

**REVISTA  
DE  
ESTUDOS  
JURÍDICOS  
*UNESP***

***UNESP – Universidade Estadual Paulista***

***UNESP – São Paulo State University***

**Reitor**

Prof. Dr. Julio Cezar Durigan

**Vice-Reitor**

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Marilza Vieira Cunha Rudge

**Pró-Reitor de Pós-Graduação**

Prof. Dr. Eduardo Kokubun

**Pró-Reitora de Pesquisa**

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Maria José Soares Mendes Giannini

**FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS**

**Diretora**

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Célia Maria David

**Vice-Diretora**

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Marcia Pereira da Silva

**Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

**Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito**

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

**Conselho do Programa de Pós Graduação**

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Yvete Flávio da Costa

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Jete Jane Fiorati

Prof. Dr. Antônio Alberto Machado

Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Kelly Cristina Canela

Mestrando Rafael Leal de Araújo

Mestre Juliana Frei Cunha

*UNESP – Universidade Estadual Paulista*  
*UNESP – São Paulo State University*

**REVISTA  
DE  
ESTUDOS  
JURÍDICOS  
*UNESP***

ISSN 1414-3097 eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos <i>UNESP</i>	Franca	a. 19, n.30	p. 536	2015
---	--------	-------------	--------	------

# **REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP**

## **Editor Chefe**

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (Unesp)

## **Conselho Editorial**

Alcir Gursen de Miranda (UFRR)	José Duarte Neto (Unesp)
Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México)	José Luiz Borges Horta (UFMG)
Alejandra Leonor Pascual (UNB)	José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra)
Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid)	Kelly Cristina Canela (Unesp)
André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp)	Lucas Abreu Barroso (UFES)
Antônio Alberto Machado (Unesp)	Luciano Vaz Ferreira (UFRGS)
Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP)	Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina)
Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra)	Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ)
Belinda Pereira da Cunha (UFPB)	Luiz Fernando Coelho (UFPR)
Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp)	Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid)
Celso Hiroshi Iochama (UNIPAR)	Maria J. Jeleztcheva (Un. Carlos III – Madrid)
César Augusto de Castro Fiuza (PUC-MG)	Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne)
David Sanches Rubio (Univ. Sevilla)	Pedro Sérgio dos Santos (UFG)
Débora Regina Pastana (UFU)	Paulo César Corrêa Borges (Unesp)
Domingos S. D. da Silveira (UFRS)	Renato de A. O. Muçouçah (UFU)
Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP)	Ricardo Prestes Pazello (UFPR)
Eduardo Pordeus (UFCG)	Riva Sobrado de Freitas (Unoesc)
Ela Wiecko V. de Castilho (UNB)	Rodrigo Reis Mazzei (UFES)
Elisabete Maniglia (Unesp)	Sérgio Salomão Shecaira (USP)
Gilberto Bercovici (USP)	Vânia B. Rey Paz (UFSM)
Guilherme Gouveia (UFJF)	Vera Regina P. de Andrade (UFSC)
Jete Jane Fiorati (Unesp)	Talita Tatiana Dias Rampin (UNB)
João Paulo Capelotti (ISHS)	Yvete Flávio da Costa (Unesp)

## **Equipe Editorial**

Mestranda Ana Cristina Alves de Paula (Unesp)  
Mestranda Carolina Sabbag Salotti (Unesp)  
Mestrando Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto (Unesp)  
Mestrando Felipe Rodrigues Xavier (Unesp)  
Mestrando Gil de Carvalho Ramos (Unesp)  
Mestre Guilherme Vieira Barbosa (Unesp)  
Mestrando Hilbert Reis (Unesp)  
Mestranda Karen Affonso Bevilacqua (Unesp)  
Mestrando Leonardo Simões Agapito (Unesp)  
Mestrando Thiago Romero (Unesp)  
Doutoranda Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca - Espanha)

Publicação Semestral - Solicita-se permuta

Endereço para correspondência :

Avenida Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 – Jardim Petrágliã CEP: 14409-160 - Franca –SP  
Endereço eletrônico / e-mail - publica@franca.unesp.br / posgrad@franca.unesp.br

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências  
Humanas e Sociais – Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 –2015, 19-30  
ISSN 1414-3097.

Capa: Orlinéya Maciel Guimarães

## APRESENTAÇÃO

A **Revista de Estudos Jurídicos Unesp** (ISSN 1414-3097; eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós- graduação em Direito da Unesp, publica em seus números, trabalhos jurídicos na forma de artigos, resenhas e traduções, na linha editorial “Sistemas normativos e Fundamentos da Cidadania”, consoante sua área de concentração, com destaque para uma de suas linhas de pesquisa: **1) Direito e cidadania na dimensão internacional; 2) Direito e cidadania participativa nas políticas públicas; e 3) Tutela e Efetividade dos direitos da cidadania.**

A Revista é fruto da preocupação do PPGDireito/Unesp/Franca com a pesquisa jurídica de excelência, em uma realidade caracterizada pela necessidade de se concretizar o compartilhamento do conhecimento e habilidades direcionadas ao fortalecimento e ao respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Os critérios utilizados nas últimas edições se referem a estratos elevados, com artigos internacionais e o firme compromisso de altos índices de exogenia, distribuída pelos diferentes Estados brasileiros e com contribuições de autores de elevado grau acadêmico, vinculados a conceituados programas de pós-graduação do Sistema Nacional de Pós-graduação.

Neste número 30, encontram-se artigos relacionados às linhas de pesquisa do PPGDireito/Unesp/Franca, inclusive com contribuições internacionais de pesquisadores renomados: Manuel Muñoz Bellerin, Nuria Cordero Ramos e Jorge Isaac Torres Manrique. Estão sendo publicados 18 artigos, cujos autores estão vinculados a centros de excelência em pesquisa: Universidad Pablo de Olavide (Sevilha); Universidade de Salamanca; Universidade de Lisboa; Universidade de Coimbra; PUC-SP; PUC-MG; PUC-PR; Unicuritiba; UniBrasil; UFC; USP; UNIVASF; FACAPE; UNESP; UFF; UFMS; IUPERJ; UERJ; UEPG; UFG; UFGD; FGV; UMC; FDSBC; FDV; UFSC; UFMG; e, UFES.

Destaca-se a pertinência dos trabalhos ora publicados, de modo a colaborarem com o debate jurídico de qualidade, notadamente por se referirem à Área de concentração do PPGDIREITO, Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Agradecemos a participação de todos os/as autores/as, bem como dos pareceristas que, cuidadosamente, contribuíram para a manutenção da alta qualidade da Revista, desejando que todos possam apreciar o conteúdo de mais este número da Revista de Estudos Jurídicos Unesp.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges  
Presidente do Conselho Editorial  
Coordenador do PPGDireito/Unesp/Franca.



## SUMÁRIO

### **CRIMES PRATICADOS DURANTE A DITADURA MILITAR ARGENTINA SOB A ÓTICA DO ESTATUTO DE ROMA**

José Irineu Resende de Miranda

Amanda Guimarães Pertinhes ..... 11

### **DERECHOS HUMANOS Y TEATRO SOCIAL CON ENFOQUE CRÍTICO: PRACTICAS SOCIALES CON PERSONAS SIN HOGAR EN SEVILLA (ESPAÑA)**

Manuel Muñoz Bellerin

Nuria Cordero Ramos ..... 35

### **A LICITAÇÃO PÚBLICA E SUA FINALIDADE DE PROMOVER O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL**

Luciano Elias Reis

Camila Backes ..... 55

### **DA RELAÇÃO ENTRE PODER CONSTITUINTE E PODER CONSTITUÍDO NO ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA.**

Harley Sousa Carvalho ..... 77

### **A OMISSÃO DO ESTADO NA CRISE HÍDRICA**

Maykoll Douglas Pereira e Souza

Natália Torquete Moura ..... 101

### **A PEQUENA CRIMINALIDADE PATRIMONIAL E ASPECTOS DA CO-RESPONSABILIDADE SOCIAL**

Jéssica Raquel Sponchiado ..... 139

**POLÍTICAS PÚBLICAS E AGRICULTURA FAMILIAR EM  
CONTEXTOS DE CRISE NO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL:  
UM ESTUDO DE CASO**

Phablo Freire

Alline Dias de Souza

Deise Cristiane do Nascimento .....165

**CIDADANIA ATIVA: ENTRE A DEMOCRACIA  
PARTICIPATIVA E A PRÁTICA DO CONTROLE SOCIAL NO  
MUNICÍPIO DE FRANCA-SP**

Murilo Gasparido

Adolfo Raphael Silva Mariano de Oliveira

Jackeline Ferreira da Costa

Otávio Augusto Mantovani Silva.....205

**DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DE TRÊS LAGOAS/MS,  
DESERTOS VERDES E OS CATIVEIROS DE PAPEL**

Cláudio Ribeiro Lopes

Napoleão Miranda.....235

**A INFLUÊNCIA DOS MOVIMENTOS DE VÍTIMAS NA  
ELABORAÇÃO DAS LEIS PENAS**

Shiguelo Kuwahara .....261

**UMA INTRODUÇÃO À TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL:  
ORIGENS, ATUALIDADES, CRÍTICAS E REPERCUSSÕES NO  
DIREITO PENAL ECONÔMICO**

Hamilton Gonçalves Ferraz .....305



**DOS LIMITES ENTRE O DOLO EVENTUAL E A CULPA  
CONSCIENTE: UMA ANÁLISE DOS CRIMES DE TRÂNSITO A  
PARTIR DA TEORIA DA AÇÃO SIGNIFICATIVA**

Túlio Felipe Xavier Januário .....333

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROCESSO  
ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO**

João Tobias da Silva Pontes .....365

**TRABALHO ESCRAVO RURAL CONTEMPORÂNEO  
E O CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA  
A DE ESCRAVO: ASPECTOS JURÍDICOS PENAIS E A  
DIGNIDADE DO TRABALHADOR**

Arthur Ramos do Nascimento.....395

**O DEBATE PÚBLICO SOBRE A DESCRIMINALIZAÇÃO DO  
USO DE DROGAS NO BRASIL: ESFERA PÚBLICA EM JOGO,  
DEMOCRACIA EM DISPUTA E A ATUAÇÃO DO SISTEMA DE  
JUSTIÇA.**

Marta Rodriguez de Assis Machado

Felipe Figueiredo Gonçalves da Silva

Lorena Otero .....429

**A AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES PRATICADOS  
POR GRUPOS DE EXTERMINIO OU MILÍCIAS  
PRIVADA INTRODUZIDOS PELA LEI 12.720/12 E SUA  
CONSEQUENTE INEFICÁCIA**

Marcia Arnaud Antunes

Daniela Saraiva .....479

**TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: ANÁLISE SOCIAL E ECONÔMICA**

Marcelo Tolomei Teixeira

Daury Cesar Fabríz .....499

**BREVES NOTAS A PROPÓSITO DE LA RECIENTE  
CREACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DEL PLAN PILOTO:  
“IMPLEMENTACIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES  
DE FLAGRANCIA DELICTIVA”**

Jorge Isaac Torres Manrique .....517

# CRIMES PRATICADOS DURANTE A DITADURA MILITAR ARGENTINA SOB A ÓTICA DO ESTATUTO DE ROMA

## CRIMES PERPETRATED DURING THE MILITARY DICTATORSHIP IN ARGENTINA FROM THE PERSPECTIVE OF THE ROME STATUTE

José Irineu Resende de Miranda\*

Amanda Guimarães Pertinhes\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O Tribunal Penal Internacional. 2 Ditadura militar e contexto social, histórico e jurídico na Argentina. 3 Crimes praticados durante o regime militar pelo Estado argentino. 3.1. Sequestros. 3.2. Torturas. 3.3. Centros de Detenção. 3.4 A morte como arma política de extermínio. 4 Análise dos crimes cometidos pelo Estado argentino sob a perspectiva do Estatuto de Roma. 4.1 Crimes praticados pelo Estado argentino durante a ditadura militar sob a concepção da legislação argentina atual. 4.2 Julgamento dos processos pelos crimes praticados pelo Estado argentino durante a ditadura militar. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** Este artigo, de caráter dedutivo e interdisciplinar, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e análise documental, tem por objetivos gerais analisar o Estatuto de Roma, o Tribunal Penal Internacional, o contexto histórico, jurídico e político da Ditadura Militar e os crimes praticados durante tal ditadura, em especial sob a ótica do Estatuto de Roma. Os resultados apresentam-se com a análise dos avanços do Estado argentino em relação aos direitos humanos, desde o contexto da ditadura militar.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Tribunal Internacional. Ditadura Militar Argentina.

**ABSTRACT:** *This article, of deductive and interdisciplinary character, developed through literature search and document analysis, aims to generally analyze the Rome Statute, the International Criminal Court, the historical, legal and political character of the military dictatorship and the crimes committed during the dictatorship, specifically from the perspective of the Rome Statute. The results are presented with an analysis of the progress of the Argentine state in relation to human rights, since the context of the military dictatorship.*

**Keywords:** *Human Rights. International Criminal Court. Argentina Military Dictatorship.*

## INTRODUÇÃO

É corrente no Brasil no entendimento de que o último período de ditadura militar na Argentina foi um dos mais sangrentos da História recente da América Latina, comparável somente ao regime chileno em

---

\* Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa, mestrado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo e doutorado em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito Comercial do Curso de Direito da Universidade Estadual de Ponta Grossa - UEPG. Atualmente é Chefe da Procuradoria Jurídica da Universidade Estadual de Ponta Grossa.

\*\* Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Advogada.

amplitude e brutalidade dos crimes cometidos. No entanto, a relativamente bem-sucedida experiência de Justiça Transicional do país vizinho – e sua influência na aplicação atual do Direito Internacional Penal - é pouco estudada no meio acadêmico brasileiro. O presente artigo tem como objetivo geral interpretar o contexto social, histórico e jurídico do período de maior terror em uma das mais sangrentas ditaduras militares na América Latina e sua influência na definição dos contornos de crimes tipificados pelo Estatuto de Roma. Pretende também isolar os crimes cometidos durante tal período e analisá-los não somente sob a luz dos artigos 7º e 8º do Estatuto de Roma, tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional, como também sob a ótica da legislação interna atual argentina.

Explora-se a criação e a regulamentação do Tribunal Penal Internacional, a estruturação de seu Estatuto de Roma e então a análise dos crimes praticados pelo Estado argentino para se questionar se esses crimes, em seu contexto histórico, realmente corresponderam a noção de “core crimes” cujo bem jurídico ofendido atinge toda a humanidade.

Assim, pretende este artigo analisar os crimes cometidos durante a ditadura militar argentina por seus agentes estatais sob a luz dos artigos 7º e 8º do Estatuto de Roma, de modo a comprovar a hipótese básica de que os crimes cometidos poderiam ser julgados nos dias de hoje pelo Tribunal Penal Internacional, ou seja, que poderiam ser tratados como crimes de guerra sob a ótica do Direito Internacional.

Dessa forma, o presente artigo é composto por quatro partes. A primeira parte - Análise da criação do Tribunal Penal Internacional e do seu Estatuto de Roma terá por objetivo específico explanar a criação do Tribunal Penal Internacional e do Estatuto de Roma – em particular os artigos 7º e 8º, utilizados neste estudo, além de fazer uma comparação da posição do Estatuto de Roma e da legislação interna argentina no que tange aos direitos humanos; as fontes primárias referem-se aos documentos oficiais argentinos. Para tanto, foi utilizado o método dedutivo para esta pesquisa de caráter interdisciplinar, histórica e jurídica, analisando o contexto histórico para então estudar o caso concreto.

A segunda parte – Análise do contexto histórico, jurídico e social argentino – tem por objetivos, além do levantamento histórico, jurídico e social no país, explicar as noções gerais e a concepção de ditadura militar.

A terceira parte – Crimes praticados durante o regime militar pelo Estado argentino classifica os crimes em questão e analisa seus principais elementos e consequências.

A quarta parte – Análise dos crimes praticados sob o estatuto de Roma – procura solucionar a questão, analisando os crimes cometidos pelo Estado argentino sob a ótica dos artigos 7º e 8º do Estatuto de Roma, inquirindo se os crimes praticados fossem cometidos atualmente, sob a ótica da legislação interna argentina, qual seria a diferença entre esta e o Estatuto de Roma; investiga-se também como a Argentina está resolvendo a situação atualmente. Assim, considerando-se o liame cronológico existente entre o auge do processo de justiça transicional argentino e os trabalhos de redação que culminaram na aprovação do Estatuto de Roma pretende-se responder em que medida tal processo contribuiu para o moderno entendimento acerca da noção de crimes de guerra e crimes contra a humanidade apresentada pelo tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional.

## **1. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

Em 1948, a Assembleia Geral da ONU fez uma solicitação à Comissão de Direito Internacional quanto a um estudo sobre a possibilidade de criação de um órgão judicial internacional para julgar acusados de genocídio. O parecer da Comissão quanto ao assunto foi favorável, resultando num projeto em 1953, que foi, porém, abandonado; com o final da Guerra Fria e a instalação de tribunais na Iugoslávia e em Ruanda, em 1994, a Comissão de Direito Internacional submeteu à Assembleia Geral um projeto de Estatuto para o idealizado Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal Penal Internacional foi, portanto, instituído pelo Estatuto de Roma, vigente desde 1º de julho de 2002. Com sede em Haia, é dotado de personalidade jurídica internacional e jurisdição sobre pessoas que cometem crimes de maior gravidade e de repercussão internacional, agindo como complemento às jurisdições nacionais, o que significa que tem poder sobre o território de qualquer Estado-membro, além dos acordos especiais.<sup>1</sup>

O Estatuto de Roma é o tratado multilateral que institui o Tribunal Penal Internacional, entrando em vigor no dia 1º de julho de 2002, e em 3 de dezembro de 2006 na Argentina, através da Lei 26.200 (Lei de Implementação do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional),

---

<sup>1</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. About the Court. Disponível em [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/about%20the%20court/Pages/about%20the%20court.aspx](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/about%20the%20court/Pages/about%20the%20court.aspx). Acesso em 25/04/2013.

aprovado no país pela Lei 25.390 e ratificado em janeiro de 2001.<sup>2</sup> No Brasil, foi internalizado pelo Decreto 4.388 de 2001<sup>3</sup>. Possui regras de direito material (parte III do mesmo, estabelecendo princípios gerais de direito penal), processual (partes V e VI do Estatuto, estabelecendo o modo de investigação e processamento dos acusados perante a Corte), de organização da Corte e do Ministério Público, além de estabelecer alguns crimes de direito internacional, elencados nos artigos 5º, 6º, 7º e 8º, quais sejam genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão, além de definir pormenorizadamente cada um deles, incluindo também crimes contra sua própria administração de justiça, determinando quais são as penas aplicáveis aos crimes, segundo o artigo 77 e seguintes.

O regime criado pelo Estatuto é mais restrito quanto à responsabilidade criminal individual, em relação aos outros crimes de direito internacional. Há de se analisar, portanto, a comparação entre os crimes sob competência do Tribunal Penal Internacional em relação à legislação interna argentina.

A começar pelo artigo 6º do Estatuto de Roma, que trata do genocídio, definindo-o como:

qualquer dos atos cometidos com intenção de destruir, no todo ou em parte, uma nação, etnia, raça ou grupo religioso, tais como:

Homicídio de membros do grupo;

Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;

Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;

Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;

---

<sup>2</sup> VARDA, Francesca. A implantação do Estatuto de Roma no continente americano: um olhar sobre alguns esforços, avanços e desafios. In: Revista anistia política e justiça de transição, n. 8, p. 194-211. 2012. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33248.pdf>. Acesso em 21/03/2015.

<sup>3</sup> BRASIL, Decreto n. 4388 de 25 de Setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Publicado no Diário Oficial da União em 26/09/2002.

Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.<sup>4</sup>

Analisa-se, em especial, os artigos 7º e 8º do Estatuto de Roma.

O artigo 7º refere-se aos crimes contra a humanidade, elencados no mesmo artigo – homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de uma população; prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; tortura; agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; desaparecimento forçado de pessoas; crime de *apartheid*; outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental – além da definição pormenorizada de cada um deles.<sup>5</sup>

Embora a legislação interna argentina, em seu Código Penal<sup>6</sup>, tipifique alguns crimes em comum aos de competência do Tribunal Penal Internacional (como homicídio, crimes contra a integridade sexual, crimes contra a liberdade, entre outros), adota também a tipificação de determinados crimes através de tratados e convenções, como a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio<sup>7</sup>, aprovada na Argentina pelo Decreto Lei 6286/56, publicado no Diário Oficial em 25

---

<sup>4</sup> BRASIL, Decreto n. 4.388. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Planalto, 25 set. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em 17 de março de 2016. Art. 6º.

<sup>5</sup> Ibid., artigo 7º.

<sup>6</sup> ARGENTINA. Código Penal de La Nación Argentina. Disponível em <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acesso em 05/05/2013.

<sup>7</sup> ARGENTINA. Decreto Ley Nº 6.286. Adhesión a la Convención para la Prevención y sanción del Delito de Genocidio. 1956. Disponível em <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/202959/norma.htm>. Acesso em 21/03/2016.

de abril de 1956, adquirindo hierarquia constitucional desde a reforma constitucional de 1994 no país – no direito interno argentino, o genocídio não é tipificado. Outra convenção a ser mencionada é a Convenção contra a tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante, assinada pela Argentina em 4 de fevereiro de 1985 e aprovada pela Lei 23.338<sup>8</sup>; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, aprovada pela Lei 23.054 de 1984 em Buenos Aires.<sup>9</sup>

O artigo 8º do Estatuto de Roma<sup>10</sup> descreve a competência do Tribunal para julgar crimes de guerra, em especial quando cometidos por parte de um plano ou estratégia ou política em larga escala dos crimes elencados em mesmo artigo. Tais crimes podem ser divididos em conflitos armados internacionais (violações graves às Convenções de Genebra de 1949 e outras violações de leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados internacionais) e em conflitos armados não internacionais (violações ao artigo 3º das quatro Convenções de Genebra de 1949 e outras violações de leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados não internacionais).

Quanto a este artigo, em relação ao Estado argentino, foi sancionada em 1º de novembro de 1995 e promulgada em 23 de novembro de mesmo ano, através da Lei 24.584, a Convenção sobre a não imprescritibilidade de crimes de guerra e crimes contra a humanidade<sup>11</sup>, a qual define os crimes contra a humanidade cometido em guerra ou em paz, além de atos desumanos resultantes do *apartheid* e do crime de genocídio, imprescritíveis, mesmo que não estejam tipificados no direito interno do país onde foram cometidos. (art. 1º da Convenção).

---

<sup>8</sup> ARGENTINA. Ley nº 23.338. Apruébase la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, firmada el 4 de febrero de 1985 por el Gobierno de la República Argentina. 1986. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23568/norma.htm>. Acesso em 21/03/2016.

<sup>9</sup> ARGENTINA. Ley nº 23.054. Pacto San Jose de Costa Rica. 1984. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=28152>. Acesso em 21/03/2016.

<sup>10</sup> BRASIL, Decreto n. 4.388. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, DF: Planalto, 25 set. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em 17 de março de 2016. Art. 8º.

<sup>11</sup> ARGENTINA. Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. Disponível em <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/30354/norma.htm>. Acesso em 05/05/2013.



## 2 DITADURA MILITAR E CONTEXTO SOCIAL, HISTÓRICO E JURÍDICO NA ARGENTINA

A análise do contexto social, histórico e jurídico na Argentina demonstra-se imprescindível para a explicação das circunstâncias que deram origem à prática dos crimes cometidos e analisados neste trabalho, para que então possam ser analisados sob a luz do Estatuto de Roma, documento que guia os crimes contra a humanidade na ordem jurídica internacional.

A ditadura militar é o regime segundo o qual os poderes políticos concentram-se entre militares, geralmente através de um golpe de Estado, sendo tais regimes caracterizados pelo uso de tortura, força desregulada e outras graves violações aos direitos humanos.

No caso particular a ser analisado, do Estado argentino, a ditadura militar no país teve suas origens num contexto histórico e político de instabilidade – crise do populismo no país –, sendo caracterizada como a mais violenta ditadura da América Latina.

A crise de populismo na Argentina, graças à agroexportação e as relações com a Inglaterra, teve um caminho atenuado no tocante desenvolvimento econômico; entretanto, o crescimento urbano, aliado à diferente e complexa estruturação social, além do desgaste da agroexportação e da Grande Depressão, acarretaram uma instabilidade política acentuada. O peronismo ascende, assim, como uma alternativa política a esta situação.<sup>12</sup>

Arturo Frondizi, foi eleito para o termo de 1958-1962, tendo sido derrotado pelos militares, em 1962.<sup>13</sup> Nas próximas eleições, de 1963, o vencedor foi Arturo Illia, candidato da oposição.

A instabilidade prossegiu, pois não houve efetivo avanço econômico e o peronismo continuava sendo marginalizado; Perón deixou de apoiar o governo, e a esquerda deu origem a atividades guerrilheiras. Em 1966, o general Onganía derruba o governo em junho de 1966, encerrando

---

<sup>12</sup> VIZENTINI, Paulo G. Fagundes. Experiência Histórica do Brasil e da Argentina Contemporâneos: Autoritarismo e Desenvolvimento (1964-1985). In. LLADÓS, José María & GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (orgs). Perspectivas: Brasil e Argentina. Brasília: IPRI, 2000. p. 439.

<sup>13</sup> CANDEAS, op. cit., p. 19.

o ciclo dos governos da Revolução Libertadora da política argentina, dando início a outro ciclo, que tentava a implementação de um regime militar.<sup>14</sup>

Onganía desencadeou, junto ao golpe, uma repressão seletiva, optando por um governo autoritário e tecnocrático, em que predominava uma hegemonia em relação à organização sociopolítica, de forma a extinguir partidos, substituindo política por administração. Controlou rigidamente o Judiciário, censurou amplamente os órgãos de expressão, interveio nas universidades e monitorou de modo permanente idéias e filosofias sociais, além de privar os direitos dos sindicatos, enfraquecendo-os e expurgando militares ligados às correntes nacionalistas-desenvolvimentistas.<sup>15</sup>

A postura de consentimento foi adotada em especial pelas empresas transnacionais, pela oligarquia agropastoril e pela burguesia industrial argentina, além da classe média, porém não sem resignação: viam em Onganía “um caudilho militar populista capaz de suprir a ausência de Perón através de um governo forte.”<sup>16</sup>

Tal consentimento facilitou Onganía ao conter as manifestações sociais, aplicando nova política econômica sem oposição, adotando um desenvolvimento neocapitalista, de política liberal ortodoxa, que apoiava os monopólios modernos. Embora tal sistema tenha obtido êxito, a princípio, o capital estrangeiro ainda necessitava do governo, além de reforçar fatos que acarretaram no atraso argentino, assim como nas desigualdades sociais e diferenças regionais.

Quanto à política externa, o regime militar estava embasado pela Doutrina de Segurança Nacional e suas fronteiras ideológicas, entrando de acordo com a noção de Guerra Fria, levando Onganía “a optar por um alinhamento incondicional e sem contrapartidas com os Estados Unidos.”<sup>17</sup>

Os militares são levados, então, em 1970, à deposição de Onganía, substituindo-o por Marcelo Levingston, adido militar na embaixada argentina em Washington.

Os objetivos de Levingston eram de manter as Forças Armadas Unidas e controlar os protestos crescentes no país. Imprimiu ao regime militar um caráter nacionalista, descontentando a base social leal ao regime. Em 1971 ocorre novamente o Cordobazo.

---

<sup>14</sup> VIZENTINI, *ibid.*, p. 440.

<sup>15</sup> VIZENTINI, *op. cit.*, p. 446.

<sup>16</sup> *Ibid.*.

<sup>17</sup> VIZENTINI, *ibid.*, p. 447.

Conforme assevera Vizentini, “os militares convencem-se da necessidade de se afastar do poder e iniciar um processo de abertura controlada, com o fim de salvar as Forças Armadas da desintegração e controlar o movimento social ascendente.”<sup>18</sup>

Levingston é afastado em março de 1971. Alejandro Lanusse assume a presidência, iniciando o processo de abertura e redirecionando a mobilização social para a luta em torno do futuro regime político.

A Argentina, então, encaminhava-se para a redemocratização.

O general Alejandro Lanusse, empossado em 1971, tinha seu governo caracterizado pela preocupação com a dimensão assumida pela crise no país; procurou fazer uma transição a um governo civil que bloqueasse o protesto social, estabilizasse o sistema e retomasse o desenvolvimento econômico, salvando também as Forças Armadas da divisão da sociedade.<sup>19</sup>

Perón tomou posse do governo de transição, e pregou a conciliação nacional, num quadro adverso ao seu projeto político. Se, por um lado, o contexto regional agravava a relação do presidente com os militares, por outro, a separação da esquerda peronista e o crescimento de ações guerrilheiras criavam uma situação interna conflituosa. A estratégia de Perón nas relações internacionais consistia na cooperação com a URSS e seus aliados europeus; estabeleceu acordos com a URSS visando ampliar exportações e obter apoio para a modernização do setor produtivo, através do câmbio de tecnologia; tal plano foi abalado pela morte de Perón em 1º de julho de 1974. Sua sucessora, María Estela Martínez de Perón privilegiou a extrema direita em seu governo, o que acabou levando ao golpe de estado de 1974.<sup>20</sup>

As Forças Armadas armam o golpe em 25 de março de 1976, iniciando, ao empossar o general Videla, um dos ciclos mais sangrentos do regime militar da história latino-americana. O novo regime partia de uma concepção diversa da Doutrina de Segurança Nacional.<sup>21</sup>

A reforma financeira de 1977 enfatizou o combate à inflação, precipitando a economia em uma profunda recessão. Em 1978 foram adotadas as tablitas, que introduziam mecanismos de deflação

---

<sup>18</sup> Ibid., p. 449.

<sup>19</sup> Ibid., p. 454.

<sup>20</sup> CANDEAS, op. cit., p. 21.

<sup>21</sup> VIZENTINI, op. cit., p. 459.

preventiva. Suas consequências foram insuportáveis, forçando o regime a aumentar ainda mais a repressão, caracterizada por ser um verdadeiro terrorismo de Estado.

Em relação à política externa, o Processo adotou uma postura de dependência consentida, tanto no plano econômico como no plano militar. Caracterizou-se por três dimensões, ainda segundo VIZENTINI: financeira (endividamento externo, necessário para cobrir o interno do regime), comercial (relações com a URSS, reduzidas a agroexportação) e econômica propriamente dita. Quanto à diplomacia militar, a Argentina abriu frente nova de atuação na América Central, vendendo armas às ditaduras da região.<sup>22</sup>

Ao final do primeiro governo militar, seu balanço fora extremamente desfavorável: uso intenso de repressão, tortura e terrorismo de Estado. O novo empossado foi o General Roberto Viola em 1980, assumindo o governo num contexto de crise social, política e econômica.

O governo foi forçado a buscar uma alternativa devido ao descontentamento generalizado e a ofensiva dos partidos desde 1979. Seriam três os cenários desejáveis, projetados pelo governo: “a continuidade do sistema antipartidário, a continuidade antipartidos tradicionais, e a continuidade com os partidos tradicionais.”<sup>23</sup>

Esta estratégia, porém, foi atropelada por um movimento grevista, surgido em 1979, que adquiriu mais força, aliado a outra frente contrária aos militares: a dos direitos humanos, que fizeram pressão juntamente com os protestos de empresários, sindicatos e partidos políticos.

As Forças Armadas depõem, dessa maneira e em vão, Viola, e colocam no poder Leopoldo Galtieri. Não obstante, os protestos continuam a se acentuar, forçando o regime a lançar mão da ocupação militar das ilhas Malvinas. A política externa de Viola e Galtieri melhora as relações com os EUA, em razão da eleição de Ronald Reagan à presidência, permitindo à Argentina exercer um “protagonismo” maior da América Central, estabelecendo uma aliança especial com Washington, tornando, assim, o envolvimento argentino intenso.

A ocupação das Malvinas criou bases conjuntas e o arrendamento de bases aos EUA. Nas semanas que se seguiram após o desembarque dos militares nas Malvinas, os objetivos parecem terem sido alcançados: os partidos reagiram ao colocar o nacionalismo acima da democracia. “No

<sup>22</sup> Ibid..

<sup>23</sup> Ibid., p. 475.

PJ apenas Bittel tentou vincular a guerra à redemocratização, enquanto na UCR somente Raul Alfonsín e Eduardo Angeloz denunciaram a aventura do governo autoritário.”<sup>24</sup> A derrota argentina na Guerra das Malvinas culminou, indubitável e diretamente, com o fim da ditadura militar argentina.<sup>25</sup>

As consequências do regime militar para o nome governo culminaram em uma dívida externa de 40 bilhões de dólares, além do acerto entre vítimas e algozes do regime militar. Alfonsín assume o governo em 1984, pondo fim ao regime militar, criando um novo e primeiro civil e democrático governo, após décadas de instabilidade.

VIZENTINI conclui, dessa forma, que o período militar argentino constituiu-se, basicamente, em dois segmentos instáveis: o peronismo e os militares; a política argentina centrou-se no contraste entre ambos, o que culminou em um trauma sociopolítico e o colapso da industrialização por substituição de importações. Igualmente ao caso brasileiro, o regime militar argentino trouxe como consequências graves desigualdades sociais, ainda não enfrentadas, além do fracasso do projeto econômico liberal e a repressão ilimitada contra sua própria nação.<sup>26</sup>

### **3 CRIMES PRATICADOS DURANTE O REGIME MILITAR PELO ESTADO ARGENTINO**

Dividem-se em sequestros, torturas, centros de detenção e, por fim, analisa-se a morte como arma política de extermínio.

#### **3.1 Sequestros**

Segundo constam os arquivos da CONADEP, registram-se denúncias de aproximadamente 600 sequestros antes do golpe militar de 24 de março de 1976; após esta data, o número de sequestros aumenta para 8.960.

Tais sequestros eram completamente clandestinos: as pessoas eram “detidas” e logo em seguida desapareciam; os índices de sequestro

---

<sup>24</sup> Ibid., p. 478-479, passim.

<sup>25</sup> ROMERO, Luis Alberto. História contemporânea da Argentina. Trad. Edmundo Barreiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006. p. 104.

<sup>26</sup> Ibid., p. 481.

distribuem-se por todo o país. O método utilizado quanto aos sequestros caracteriza-se pela operação noturna, feita por grupos de 5 ou 6 pessoas, chamados “patotas” (CONADEP, p. 11), os quais ameaçavam as vítimas, seus amigos e familiares com grandioso arsenal de armas; as vítimas sequestradas eram levadas em carros, não raro particulares e de placa não identificável, sem qualquer respeito à dignidade das vítimas, e de modo indiscreto: nas grandes cidades, os “algozes” eram de difícil identificação; nas áreas rurais ou municípios menores, usavam máscaras e gorros para esconderem suas identidades.

Registram-se também sequestros em presença de crianças, as quais podiam ser entregues a pessoas completamente alheias; aos institutos responsáveis que as entregavam à adoção; sequestradas juntamente aos familiares; deixadas à sua própria sorte, abandonadas; ou levadas aos Centros Clandestinos de Detenção, onde presenciavam torturas.

Quando a vítima a ser sequestrada não era encontrada em sua residência, os responsáveis pelo sequestro criavam uma armadilha, permanecendo escondidos na casa da vítima até que esta retornasse. Se algum amigo ou familiar fosse encontrado de “surpresa” pelos policiais, também estes eram detidos, sequestrados.

As vítimas não somente eram privadas de sua liberdade da “noite para o dia”, literalmente, como também eram torturadas, roubadas, ameaçadas e aterrorizadas. (CONADEP, p. 12)

### **3.2 Torturas**

A tortura foi utilizada como instrumento na metodologia empregada pelo regime militar, não somente na Argentina. Cita-se, primeiramente, um caso que exemplifica de forma melhor como a tortura era empregada pelos executores.

O senhor Luis Alberto Urquiza, estudante de psicologia na Escola de Suboficiais da Polícia da Província de Córdoba, em 9 de novembro de 1974, sequestrado e aprisionado nas dependências da “inteligência” militar. Segundo seu depoimento, datado de 22 de março de 1984, em Copenhague, na Embaixada da República Argentina na Dinamarca, afirmou que sofreu de uma tática de tortura chamada “submarino”, na qual várias pessoas o golpeavam, havendo ele reconhecido a voz do Comissário Principal Roselli, o assessor do Chefe de Polícia e um Tenente Coronel. Foi espancado por todas as pessoas que passavam pelo lugar; uma dessas

peças lhe revelou ser o Oficial Ayudante Dardo Rocha, ex - instrutor da Escola de Polícia.

Neste momento, a vítima sentia fortes dores ao respirar por ter suas costelas quebradas, pedindo assistência médica, a qual lhe foi negada. Em 15 de novembro afirmou ter sido colocado no meio de um círculo de pessoas, sendo novamente espancado e pisoteado. Na madrugada do dia 16 de novembro, ao ser conduzido ao banho pelo Oficial de guarda Francisco Gontero, defende que este o colocou a 5 metros de distância e efetuou três disparos de arma calibre 45 em sua perna, deixando-o sangrar por 20 minutos, então rasgando suas calças e literalmente colocando o dedo na ferida da vítima. Eventualmente lhe providenciaram assistência médica, dando-lhe exclusivamente calmantes. No mesmo dia lhe batem na perna ferida, em estado de semiconsciência. Por fim, foi liberado por falta de provas em agosto de 1978. (CONADEP, p. 23)

A tortura não era somente física, como também psicológica, contínua até mesmo depois de cessarem os interrogatórios e as violências físicas. Segundo o depoimento de Teresa Celia Merschiati, sequestrada em Córdoba, em 25 de setembro de 1976, e levada ao Centro de La Perla: (em tradução livre) “Levaram-me imediatamente depois de minha chegada à La Perla à sala de tortura ou ‘sala de terapia intensiva’. Despiram-me e ataram meus pés e minhas mãos com cordas à cabeceira da cama, ficando suspensa no ar. Colocaram um cabo em um dedo do pé direito. A tortura foi aplicada de forma gradual, sendo usados choques elétricos que tinha intensidade diferente: um de 125 volts que me provocavam movimentos involuntários nos músculos e dor em todo o corpo, aplicando-os até mesmo em meu rosto, olhos, boca, braços, vagina e ânus. Outra de 220 volts chamada “La margarita”, que me deixou profundas úlceras que ainda conservo, provocando também uma contração violenta, como se me arrancassem todos os membros de uma só vez, em especial os rins, as pernas, a virilha e as costelas. Também colocaram um pano molhado sobre meu peito para aumentar a intensidade do choque. [...] Tentei me matar bebendo água podre que ficava guardada para outro tipo de tortura chamada “submarino”, mas não consegui. (...) Assim como foi gradual a intensidade dos choques, foi gradual o sadismo de meus torturados, que foram cinco e cujos nomes aqui estão: Guillermo Barreiro, Luis Manzanelli, José Upez, Jorge Romero, Fermín de los Santos”.

### 3.3 Centros de Detenção

Existiram aproximadamente 340 centros de detenção na Argentina, instrumentos essenciais em relação ao desaparecimento de pessoas, pessoas que foram privadas injustamente de sua liberdade. Pessoas que permaneciam trancadas enquanto seus direitos eram violados, desde pedidos de habeas corpus negados ao roubo de suas identidades, a tortura física e psicológica, o extermínio.

Tais centros eram escondidos atrás das mentiras dos militares, que defenderam sempre que o regime era dotado da máxima legalidade em todos os seus procedimentos: quando, em verdade, todos os limites jurídicos e do poder estatal eram inexistentes. As torturas eram praticadas amplamente e de modo indistinto nesses centros: antes torturava-se, depois avaliava-se a relevância da vítima para os interrogadores – afinal, todos eram potenciais inimigos do Estado e da Segurança Nacional.

Outra forma de tortura era a alimentação “proporcionada” às vítimas que estavam presas nos centros de detenção. Muitas vezes, quando servidas – o que ocorria raramente, com intervalos de dias – eram “temperadas” com veneno ou vísceras de animais, entre outros. Além da alimentação, o sistema de saneamento dos centros de detenção era propositadamente precário, acarretando em doenças, infecções e principalmente à degradação da dignidade humana dos detentos.

Nota-se, em especial, a presença de um antissemitismo no trato de judeus detentos nesses centros. Segundo depoimento de R. Peregrino Fernández, oficial da Polícia Federal e membro do grupo de colaboradores do Ministro Harguindeguy: “Villar (Alberto, Chefe da Polícia Federal) e Veyra (Jorge Mario, Diretor da Polícia Federal) cumpriam as funções de ideólogos: indicavam literatura e comentavam obras de Hitler e outros autores nazistas e fascistas.” (CONADEP, p. 58), o que trazia como consequência uma brutalidade especialmente grave contra os judeus.

Alguns dos centros de detenção mais famosos foram o Olimpio, La Perla, Logístico 10, Brigada de Investigaciones de Las Flores, C.C.D.



em La VII Brigada Aérea de Morón, Pozo de Banfield, Casa Del Cilindro, La Cacha, La Casona, entre outros.

### **3.4 A morte como a arma política de extermínio**

A morte, no regime militar, é consequência direta das torturas, dos sufocamentos, do fuzilamento, do afogamento, entre outras violações à vida. A morte também adveio, nesse período, diretamente da legislação positivada argentina: a pena de morte foi incorporada durante este período, “justificada” pelos militares como uma medida necessária de prevenção de delitos graves de subversão. A pena de morte, entretanto, nunca foi utilizada para tal justificativa: serviu de disfarce para a morte coletiva ou individualizada, caracterizada pela clandestinidade.

Uma das muitas das “desculpas” usadas para mascarar a morte ilegal dos prisioneiros sequestrados e “desaparecidos” foi o “enfrentamento armado”, ou seja, os prisioneiros misteriosamente apareciam mortos “em combate” ou pela “lei de fuga”

A fim de apagar os traços dos assassinatos criminosos de detentos, os executores lançavam os corpos ao mar, praticavam a incineração e também o enterro dos corpos ou a imersão em poços.

## **4 ANÁLISE DOS CRIMES COMETIDOS PELO ESTADO ARGENTINO SOB A ÓTICA DO ESTATUTO DE ROMA**

Nesta seção são analisados os crimes e as violações aos direitos humanos praticados pelo Estado argentino durante o período da ditadura militar, sob a ótica do Estatuto de Roma, especificamente sob a ótica dos artigos 7º e 8º desta.

A Argentina teve participação ativa na Conferência de Roma, que estabeleceu a criação da Corte Penal Internacional; através da Lei 25.390, sancionada em novembro de 2000, aprova-se o Tratado, e em 8 de fevereiro de 2001, deposita-se o instrumento de ratificação na Secretaria Geral das Nações Unidas, tomando o vigésimo oitavo lugar na ordem de países que depositaram a ratificação. Em outubro de 2002 foi levado à Câmara de Senadores o Projeto de lei implementando o Estatuto de Roma: as câmaras debateram o projeto, sendo sancionado e aprovado pela Lei 26.200.

O país respeita os crimes de competência da Corte – embora, por questões terminológicas, substitua o termo por ‘delitos’ -, conservando-os

em sua redação original, além de criar, no âmbito da legislação interna, dispositivos legais de proteção à atividade do Tribunal.

Nota-se, porém, que a realidade seria muito diferente se o Tribunal Penal Internacional atuasse à época da ditadura militar argentina, em face das inúmeras e devastadoras violações aos direitos humanos cometidos pelo Estado.

A começar pelo artigo 7º do Estatuto de Roma, que elenca os crimes contra a humanidade. Como foi exposto, o Estado argentino praticou os seguintes crimes, de acordo com o mesmo artigo: homicídio; extermínio; prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave; tortura; agressão sexual (embora escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada e esterilização forçada não tenham sido os principais meios utilizados no regime) ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, [...] ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional; tortura; desaparecimento forçado de pessoas; outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Os crimes elencados pelo artigo 7º compõem por si mesmos, o quadro da ditadura militar Argentina exatamente como ela foi: violações aos direitos humanos amplamente praticadas, e não apenas clandestinamente, como de modo encorajado pelo regime militar.

Assim como define o parágrafo 2º, a, b, e, g, i, de mesmo artigo do Estatuto de Roma, houve claro ataque contra a população civil argentina, ou seja, “a prática múltiplas de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a persecução dessa política”, sendo referida política a paranoica Doutrina de Segurança Nacional Argentina, o extermínio como a “sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população”, a tortura como “ato por meio do qual uma dor ou sofrimento agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado”, perseguição como “privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em

causa”, e desaparecimento forçado de pessoas como “a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo”.

Em relação ao artigo 8<sup>a</sup> do Estatuto de Roma, que regula os crimes de guerra, embora a ditadura militar não fosse oficialmente caracterizada como uma guerra, muitos elementos pertencentes ao regime militar argentino estão presentes e elencados neste artigo, a começar pelo homicídio doloso; a tortura e outros tratamentos desumanos; o ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde; a destruição e apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária; a deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade; a tomada de reféns; dirigir intencionalmente ataques a bens civis, ou seja bens que não sejam objetivos militares; dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências [...] sempre que não se trate de objetivos militares; submeter pessoas que se encontrem sob o domínio de uma parte beligerante a mutilações físicas ou a qualquer tipo de experiências médicas ou científicas que não sejam motivadas por um tratamento médico, dentário ou hospitalar, nem sejam efetuadas no interesse dessas pessoas, e que causem a morte ou coloquem seriamente em perigo a sua saúde; ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes; atos de violência contra a vida e contra a pessoa, em particular o homicídio sob todas as suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis e a tortura; ultrajes à dignidade da pessoa, e particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes; a tomada de reféns.

Nota-se que há maior abrangência de crimes elencados no artigo 8<sup>o</sup> do Estatuto de Roma, e que, como já mencionado anteriormente, embora a ditadura militar na Argentina não tenha sido considerada oficialmente como guerra, o quadro composto por tais elementos citados, tanto no artigo 7<sup>o</sup> como no artigo 8<sup>a</sup> do presente Estatuto, sugere que a realidade vivida

por milhares argentinos em tal época foi uma verdadeira guerra contra os direitos humanos.

#### **4.1 Crimes praticados pelo Estado Argentino durante a ditadura militar sob a concepção da legislação Argentina atual**

O Código Penal argentino regula, em seu Livro Segundo, Título I, “Crimes contra a pessoa”, a figura do homicídio – tipificada pelo Estatuto de Roma no artigo 7º e 8º. O Código também regula, no Título III, “Crimes contra a Integridade Sexual”, artigos 118 a 133, tipificados pelo Estatuto de Roma em seu artigo 7º, parágrafo 1º, g, e artigo 8º, parágrafo 1º, xxii.

Os crimes tipificados no art. 7º, parágrafo 1º, e, estão regulados no Código Penal argentino, sob o título de Crimes contra a Liberdade, no Capítulo 1, especificamente no artigo 141, 142 ter. e 145 ter..

O Título VIII, “Crimes contra a ordem pública”, regula e elenca inúmeros delitos que, se tivessem sido regulados de tal forma à época da ditadura, punidos seriam, e rigorosamente, a começar pelo artigo 209, que pune quem incita a cometer um crime específico contra uma pessoa ou instituição. O artigo 210 pune também quem participa em grupos ou instituições criminosas com número superior a três pessoas.

O crime de desaparecimento forçado de pessoas foi incorporado recentemente ao Código Penal argentino, em 13 de abril de 2011, tipificando o crime de privação de liberdade de uma pessoa cometida por funcionário público ou pessoa que atua com autorização ou apoio do Estado, sob pena de 10 a 25 anos e deposição do cargo público com caráter perpétuo.

Sobre o crime de tortura e genocídio, como foi mencionado anteriormente, não há tipificação no código penal, embora esteja tipificada pela Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, aprovada Decreto Lei 6286/56, publicado no Diário Oficial em 25 de abril de 1956, de caráter hierárquico constitucional desde a reforma constitucional de 1994 na Argentina, e também a Convenção contra a tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante, assinada pela Argentina em 4 de fevereiro de 1985 e aprovada pela Lei 23.338.

Nota-se que, ironicamente, no período de 1976 a 1982, estava em vigor a Lei 14.616, aprovada em setembro de 1958, que, em seu artigo 114, afirmava que, o funcionário público que impusesse aos presos e detentos em sua guarda, qualquer espécie de tortura, aumentada a pena privativa de liberdade para quinze anos se a vítima fosse perseguido político, e se da

tortura resultasse morte, a pena privativa de liberdade seria de reclusão ou prisão de dez a vinte e cinco anos. Tal exemplo permite a sugestão de que, mesmo se todos os dispositivos legais existentes atualmente em defesa dos direitos atuais existissem, devido ao modelo de Estado e ao regime militar autoritário, seriam todos obsoletos, muito embora a não aplicação de referidos dispositivos legais atuais ensejaria a atuação do Tribunal Penal Internacional, devido à sua jurisdição complementar, prevista no art. 17 de seu Estatuto de Roma.

#### **4.2 Julgamento dos processos pelos crimes praticados pelo Estado Argentino durante a ditadura militar**

Recentemente, em 14 de junho de 2005, a Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina (CSJN), reconheceu como inconstitucionais as conhecidas Leis de Impunidade, quais sejam a Lei de Ponto Final (Lei 23.492) e a Lei de Obediência Devida (Lei 23.521), as quais isentavam a punição dos crimes cometidos contra a humanidade no período da ditadura militar argentina, e cujos objetivos eram anistiar os oficiais de níveis médio e baixo na escala hierárquica militar.<sup>27</sup>

Tal decisão teve como origem a incorporação dos tratados de direitos humanos à Constituição Argentina, em 1994. Segundo GUEMBE,

Estabeleceu-se que, como parte dessa obrigação geral, diante de violações graves ou sistemáticas surgem obrigações específicas que consistem em investigar os fatos, punir os responsáveis, indenizar as vítimas e realizar reformas institucionais que impeçam a repetição das atrocidades. Ao longo dos anos, essa interpretação tem sido sustentada pela Comissão e pela Corte interamericanas de direitos humanos e também pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas.<sup>28</sup>

A Argentina tem sido o país mais avançado na América Latina em relação à reabertura dos processos relativos a crimes e violações aos

---

<sup>27</sup> GUEMBE, M. J. Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar Argentina. *Sur, Rev. int. direitos humanos*, v. 2, n. 3, Dec. 2005. São Paulo, Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-64452005000200008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452005000200008&lng=en&nrm=iso). p. 121.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 122.

direitos humanos cometidos durante o período militar. Seguem algumas notícias que comprovam o exposto.

O Argentino Claudio Vallejos, sob custódia da Polícia Federal de Lages desde fevereiro de 2012, suspeito de estelionato, foi extraditado do Brasil para Buenos Aires, em março de 2013. Acusado de tortura, homicídio, sequestro e desaparecimento forçado de pessoas durante a ditadura militar argentina, atuava na Escola de Mecânica da Armada Argentina. Foi reconhecida a competência da Argentina para julgar o caso.<sup>29</sup>

A Suprema Corte Argentina, desde 2008, abriu 75 processos relativos aos crimes praticados durante a ditadura militar. Entre esses processos, sete militares e policiais, além de três ex-militares foram condenados à prisão perpétua, em um julgamento que analisou crimes contra vinte vítimas, entre eles privação abusiva de liberdade, com agravantes de violência e ameaça, homicídio triplamente qualificado, roubo à mão armada e sequestro; as penas são de entre cinco a dezoito anos de prisão.<sup>30</sup>

Calcula-se que aproximadamente 2.071 pessoas estiveram envolvidos em processos judiciais relativos ao Estado de terror: 405 já foram sentenciados – 350 condenações e 35 absolvições.<sup>31</sup>

Em 24 de março de 2016, data em que o fim do regime militar argentino completa 40 anos, o presidente dos Estados Unidos da América, Barack Obama, visitou o Parque da Memória, de modo a homenagear as vítimas desse regime, além de ter autorizado a abertura de mais de 4 mil documentos referentes ao período.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma autoriza extradição de argentino acusado de crimes na ditadura militar, set. 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=218387>. Acesso em 06/03/2013.

<sup>30</sup> PRESSE, France. Militares e policiais argentinos pegam pena perpétua por crimes na ditadura, mar. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/03/prisao-perpetua-para-sete-militares-e-policiais-por-crimes-na-ditadura-argentina-1.html>. Acesso em 12/09/2013.

<sup>31</sup> Ibid..

<sup>32</sup> CUÉ. Carlos E.. Obama abrirá arquivos da ditadura argentina e homenageará suas vítimas. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/18/internacional/1458258543\\_919659.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/18/internacional/1458258543_919659.html). Acesso em: 11/04/2016.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo a análise dos crimes praticados pelo Estado argentino sob a ótica dos artigos 7º e 8º do Estatuto de Roma, além da análise de tais crimes sob a ótica da legislação argentina atual, comparando o julgamento atual dos crimes pela Suprema Corte Argentina.

Constata-se que os artigos 7º e 8º são praticamente descrições dos ocorridos na Argentina durante o período da ditadura militar. Em sua quase totalidade, os atos praticados durante a ditadura militar argentina poderiam encaixar-se em dispositivos legais previstos pelo Estatuto de Roma. Ao analisar, porém, tais crimes sob a luz da legislação interna atual argentina, verifica-se que, entre ambos, o Estatuto de Roma possui unidade mais coesa, coerente e rígida, embora os julgamentos e processos reabertos na Argentina em face dos agentes criminosos da ditadura militar tenham sido os mais eficazes da América Latina.

O Estatuto de Roma, enquanto verdadeiro Código de Direito Internacional Penal, consolidou nos crimes de sua competência os atos mais odiosos cometidas pela figura do “Estado Criminoso”, considerando os mais graves incidentes humanitários ocorridos durante o século passado.

Assim, embora sua origem remonte ao imediato pós-Segunda Guerra Mundial, o Estatuto trouxe práticas estatais que só viriam a ser criminalizadas no final do século XX, como a política de “apartheid” por exemplo, e, a partir da mudança de concepção no Paradigma da Segurança Coletiva, com a intervenção armada em favor dos curdos no Iraque de Saddam Hussein, ainda nos idos dos anos 1990, tipificou como crimes contra a humanidade e crimes de guerra ações do Estado contra sua própria população no contexto de uma ditadura militar.

Os crimes da ditadura militar argentina – e o processo de Justiça Transicional – que lhes sucederam, deste modo, influenciaram juristas a delinear o entendimento de que tais forma de repressão política constituem, sim, crimes internacionais e, enquanto tais, devem ser combatidos, sem embargo o respeito a soberania dos Estados, por meio do Princípio da Complementaridade.

Por fim, a experiência de nosso país vizinho representa, sobretudo, um exemplo para a sociedade brasileira sobre como os traumas do passado podem e devem ser enfrentados por meio de um Judiciário isento e de uma

Política Legislativa consistente. Afinal, a sociedade que desconhece seu passado pode ser condenada a repeti-lo.

## REFERÊNCIAS

ARGENTINA, **Código Penal de La Nación Argentina**. Aprovado pela Lei 11.179.

\_\_\_\_\_. **Ley de Implementación del Estatuto de Roma**. Aprovado pela Lei 25.390 e ratificada em 16 de janeiro de 2001. 2006

\_\_\_\_\_. **Ley nº 23.054. Pacto San Jose de Costa Rica**. 1984. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=28152>. Acesso em 21/03/2016.

\_\_\_\_\_. **Codigo Penal de La Nación** \_\_\_\_\_. Disponível em <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acesso em 05/05/2013.

\_\_\_\_\_. **Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad**. Disponível em <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/30354/norma.htm>. Acesso em 05/05/2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto Ley Nº 6.286. Adhesión a la Convención para la Prevención y sanción del Delito de Genocidio**. 1956. Disponível em <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/202959/norma.htm>. Acesso em 21/03/2016.

\_\_\_\_\_. **Ley nº 23.338. Apruébase la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, firmada el 4 de febrero de 1985 por el Gobierno de la República Argentina**. 1986. Disponível em: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23568/norma.htm>. Acesso em 21/03/2016.

BRASIL, **Decreto n. 4388 de 25 de Setembro de 2002**. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Publicado no Diário Oficial da União em 26/09/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **2ª Turma autoriza extradição de argentino acusado de crimes na ditadura militar**, set. 2012. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=218387>. Acesso em 06/03/2013.



CANDEAS, Alessandro Warley. **Relações Brasil-Argentina: uma análise dos avanços e recuos**. Revista Brasileira de Política Internacional, v. 48, n.1. Brasília: 2005.

COMISIÓN Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). **Nunca Más**. 2ª ed. Buenos Aires: EUDEBA, 1995. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/mercosul/a\\_pdf/nunca\\_mas\\_argentino.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/mercosul/a_pdf/nunca_mas_argentino.pdf)>. Acesso em 17/03/2016.

CUÉ, Carlos E.. **Obama abrirá arquivos da ditadura argentina e homenageará suas vítimas**. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/18/internacional/1458258543\\_919659.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/18/internacional/1458258543_919659.html). Acesso em: 11/04/2016.

GUEMBE, M. J. **Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura militar Argentina**. Sur, Rev. int. direitos humanos, v. 2, n. 3, Dec. 2005. São Paulo, Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1806-64452005000200008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452005000200008&lng=en&nrm=iso).

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **About the Court**. Disponível em [http://www.iccpi.int/en\\_menus/icc/about%20the%20court/Pages/about%20the%20court.aspx](http://www.iccpi.int/en_menus/icc/about%20the%20court/Pages/about%20the%20court.aspx). Acesso em 25/04/2013.

OHCHR. **Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment**. Disponível em <http://www.ohcr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat.pdf>. Acesso em 12/07/2013.

PRESSE, France. Militares e policiais argentinos pegam pena perpétua por crimes na ditadura, mar. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/03/prisao-perpetua-para-sete-militares-e-policiais-por-crimes-na-ditadura-argentina-1.html>. Acesso em 12/09/2013.

ROMERO, Luis Alberto. **História contemporânea da Argentina**. Trad. Edmundo Barreiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

VIZENTINI, Paulo G. Fagundes. Experiência Histórica do Brasil e da Argentina Contemporâneos: Autoritarismo e Desenvolvimento (1964-1985). In. LLADÓS, José María & GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (orgs). **Perspectivas: Brasil e Argentina**. Brasília: IPRI, 2000.



# DERECHOS HUMANOS Y TEATRO SOCIAL CON ENFOQUE CRÍTICO: PRACTICAS SOCIALES CON PERSONAS SIN HOGAR EN SEVILLA (ESPAÑA)

## DIREITOS HUMANOS E TEATRO SOCIAL EM PERSPECTIVA CRÍTICA: PRÁTICAS SOCIAIS COM PESSOAS SEM TETO EM SEVILHA (ESPANHA)

Manuel Muñoz Bellerin\*

Nuria Cordero Ramos\*\*

**SUMÁRIO:** Introducción. 1 Los derechos humanos, exclusión social y sinhogarismo: aportaciones desde la Teoría Crítica. 2 Revisando las practicas de institucionalización con las personas sin hogar. 3 El teatro social como herramienta metodológica para desarrollo de las capacidades y empoderamiento con personas sin hogar en Sevilla.

4 Narraciones y experiencias compartidas con las personas sin hogar. Conclusiones. Referencias.

**RESUMEN:** *La teoría crítica refuta aquellos modelos que perpetúan ciertas prácticas sociales que, de manera velada o abierta, amparan la violación de los derechos humanos. La recuperación, por parte de los protagonistas, de los espacios donde se están poniendo en juego la dignidad, es una estrategia de enorme redundancia ética y, por tanto, política. Es la clave con la cual iniciar un largo camino de resistencia hacia la autodeterminación de personas y grupos que sienten la opresión de un sistema que no respeta, siquiera, la condición humana en su forma y sustancia más ínfimas. En este artículo, presentamos la práctica del teatro como una de estas estrategias. Concretamente, lo hacemos centrándonos en las experiencias de grupos de personas sin hogar en la ciudad de Sevilla. Para ello, ponemos en primera persona las voces, expresiones y acciones de los participantes, posicionándonos así en un modelo de acción que prioriza el protagonismo de sujetos y colectivos.*

**Palabras Claves:** *Derechos humanos. Teatro Social. Enfoque crítico y prácticas sociales*

**RESUMO:** A teoria crítica refuta aqueles modelos que perpetuam certas práticas sociais que, de maneira velada ou aberta, amparam a violação dos direitos humanos. Promover o empoderamento social a fim de permitir a recuperação dos espaços simbólicos onde se está colocando em jogo a dignidade da vida, é uma estratégia política de enorme relevância ética. Esse deve ser o ponto de partida que dá início a um longo caminho de resistência em busca da autodeterminação das pessoas e grupos que sentem a opressão de um sistema que sequer respeita a condição humana mais ínfima. Neste artigo apresentamos a prática do teatro como uma destas estratégias. Concretamente, nos centramos nas experiências de um grupo de pessoas sem teto na cidade de Sevilha, colocando em primeira pessoa as vozes, expressões e ações dos participantes. Desta forma nos posicionamos em um modelo de ação que prioriza o protagonismo dos sujeitos e coletivos.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Teatro Social. Enfoque crítico e práticas sociais.

---

\* Profesor del Departamento de Trabajo Social de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilha).

\*\* Professora vinculada ao departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales da Universidad Pablo Olavide (Sevilha).

**Como citar:** MUÑOZ BELLERIN, Manuel; CORDERO RAMOS, Nuria. Derechos humanos y teatro social con enfoque crítico: practicas sociales con personas sin hogar en Sevilla (España). **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n.30, p.1-14, ago-dez, 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

## INTRODUCCIÓN

La situación de opresión vivida por muchas personas en nuestras sociedades es un problema que atañe los principios éticos de sistemas democráticos como el de España. Un ejemplo evidente son las personas sin hogar, ciudadanos y ciudadanas que carecen de igualdad de oportunidades para el acceso a una vivienda o un empleo. La aplicación de los derechos humanos se hace una cuestión de primer orden en este tipo de contextos. No solo desde los estamentos políticos, también, en las prácticas sociales cotidianas que se llevan a cabo por medio de relaciones e interacciones en espacios públicos, como suelen ser instituciones de los servicios sociales.

En este artículo pretendemos desarrollar algunas ideas que sostienen la necesidad de establecer interacciones y relaciones desde el respeto y la dignidad humana. Para ello, se hace necesario generar estrategias que rompan una dinámica relacional arraigada en relaciones de opresión y exclusión. Generar espacios de participación donde las personas excluidas puedan expresar y desarrollar capacidades.

El teatro como metodología de la acción social es una estrategia de desarrollo de las capacidades a partir de la participación activa de los sujetos. Las técnicas teatrales, conjuntamente con otras provenientes de la acción social, como el grupo de discusión o la microhistoria de vida, son recursos de esta metodología participativa. Aquí, las experiencias y narraciones de los sujetos desempeñan una función importante de descubrimiento y re-significación de los derechos humanos.

En este artículo exponemos, en primer lugar, algunas de las aportaciones teóricas más relevantes acerca del cuestionamiento de los derechos humanos desde un enfoque crítico. A partir de este cuestionamiento, se hace evidente hacer una reflexión acerca de las prácticas sociales que se llevan a cabo en instituciones como los centros de acogida donde se ofrecen recursos asistenciales y de primera necesidad a personas sin hogar. En tercer lugar, los autores proponen una experiencia práctica a partir de un estudio de caso realizado en dos centros de acogida en la ciudad de Sevilla. En esta experiencia se emplearon técnicas transdisciplinarias de la acción social y el teatro en pos de la participación protagónica de las personas que intervinieron en la investigación aplicada. Dicho protagonismo se refuerza, en el presente artículo, mostrando las narraciones y opiniones de los participantes. De esta manera, cumplimos con el propósito ético que defendemos en el proceso de la investigación aplicada y que están

reseñados en este ensayo. Por último aportamos algunas de las conclusiones que hemos estimado más relevantes

## **1 LOS DERECHOS HUMANOS, EXCLUSIÓN SOCIAL Y SINHOGARISMO: APORTACIONES DESDE LA TEORÍA CRÍTICA**

La necesidad de poner en práctica los derechos humanos es un cometido de enorme urgencia y seriedad, más aún cuando en pleno siglo XXI, según informes como los de Human Rights (2016), Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2016), o Amnistía Internacional (2016), hay millones de personas que sufren graves vulneraciones de derechos. Una de los síntomas más relevantes de esta urgencia, se hace ostensible en las personas que viven en la calle en sociedades democráticas, como es el caso de España.

El sinhogarismo es sin duda, un ejemplo de la falta de cumplimiento de derechos para una parte considerable de la población española, si tenemos en cuenta la Declaración de los Derechos Humanos o la Constitución Española. La insuficiencia en el cumplimiento de objetivos eficaces de las políticas sociales llevadas a cabo por parte del estado y los respectivos gobiernos estatal, autonómico y municipal, refleja una situación de status quo, donde la exclusión o la opresión son realidades cotidianas por las que pasan ciudadanos y ciudadanas en ciudades como Sevilla (España). Gracias a los aportes de la teoría crítica hacemos un análisis complejo de la vulneración de derechos que supone el sinhogarismo y reflexionamos acerca de los modelos de acción que se están llevando a cabo históricamente con las personas sin hogar y cómo estos repercuten, en nuestro contexto, de manera directa o indirecta, en procesos de perpetuación de la exclusión.

La propia denominación anglosajona *homeless*, aportada por la sociología norteamericana en los años 70 (BACHILLER, 2010), reduce un concepto que es complejo debido a diferentes factores determinantes. En la actualidad el término “sin hogar” describe un fenómeno en el cual se encuentra inmerso un número relevante de ciudadanos y ciudadanas. La falta de un techo y un hogar, el desempleo y la desestructuración familiar son causas comunes de este problema. Sin embargo, hay que remontarse a la crisis sobrevinida en Europa, durante esa misma década, para identificar un problema social que no es puntual, ni se acaba en la carencia de vivienda: abarca dimensiones transversales, conectadas a la política, la economía, la cultura y lo social. La teoría de la exclusión sustentada por

la sociología francesa reverbera en esta peculiaridad multidimensional del fenómeno del sinhogarismo. Un ejemplo es la reestructuración económica que muchos países europeos llevan a cabo desde la crisis de los años 70 y que tiene como telón de fondo el desempleo (DOHERTY, 2005). Este desempleo, crónico y progresivo, que recorre las siguientes décadas (80, 90, 2000) hasta llegar a la actualidad, conlleva enormes cambios sociales y culturales. Uno de ellos será la fractura de las redes sociales, comunitarias y familiares que sostenían una parte importante de la economía y la estabilidad social. El concepto de *désaffiliation* postulado por Castel (1997) hace referencia a la ruptura que sufre la persona con respecto a aquellos nexos que le confieren identidad y pertenencia como ser humano y ciudadano. El aislamiento social, elemento coincidente en la mayoría de los estudios sobre sinhogarismo (BACHILLER, 2010), es una de las consecuencias que ratifica la teoría de la exclusión.

Aislamiento y exclusión son, en este sentido, caras de una misma moneda para muchas personas sin hogar. Ambos tienen consecuencias que dañan la identidad y suelen adjudicar una señal estigmatizante en las personas. Para Gofman,

El individuo estigmatizado tiende a sostener las mismas creencias sobre la identidad que nosotros, este es un hecho fundamental. Las sensaciones de ser una “persona normal”, un ser humano como cualquier otro, un individuo que, por consiguiente, merece una oportunidad justa para iniciarse en alguna actividad, puede ser uno de sus más profundos sentimientos acerca de su identidad (GOFMAN, 2010, p.19).

La identidad en las personas sin hogar está indisolublemente condicionada a las oportunidades que la sociedad les ofrece: para obtener un empleo, para relacionarse con sus redes sociofamiliares, para expresarse y comunicar, etc. Siguiendo a Young los componentes de opresión e injusticia suelen marcar, de manera más profunda, la incapacidad de las personas hacia el empoderamiento y la autodeterminación. Para esta autora, una persona oprimida es alguien “que sufre alguna limitación en sus facultades para desarrollar y ejercer sus capacidades y expresar sus necesidades, pensamientos y sentimientos” (YOUNG, 2000, p.75). En cuanto a la justicia, alega que “no debería referirse solo a las distribución sino también a las condiciones institucionales necesarias para el desarrollo y ejercicio de las capacidades, la comunicación colectiva y de la cooperación” (p.71). La autora norteamericana conecta el desarrollo de las facultades con las

estructuras y las prácticas sociales (p.76), y no exclusivamente a un factor político. Sin embargo, consideramos que lo político es constitutivo de normas; al igual que las estructuras, configuran prácticas sociales y éstas suelen estar dentro de aquellas. Más adelante insistiremos en ello, en el apartado de las instituciones como espacios de la acción social. Uno de los aspectos más relevantes de la tesis de Young consiste en el nivel de participación que tienen (o dejan de tener) las personas en el desarrollo de su humanidad, así como en el ejercicio político como ciudadanos dentro de la sociedad civil. Consideramos que estos aspectos están proporcionalmente relacionados al aumento de opresión e injusticias sentidos por las personas sin hogar. La falta de decisión acerca de los procesos vitales que le competen como ser humano y ciudadano de derechos es un elemento clave en esta co-relación con el resto de las personas y con el contexto en el que vive.

Desde la teoría crítica de los derechos humanos se hace necesario el análisis donde poner en juego conceptos que evidencian los niveles de empoderamiento necesarios para que las personas tengan una vida digna, o en palabras de Young *a good life*. Young basa esta idea de vida buena en valores que son universales en la humanidad y que están comprendidas en dos fundamentales:

- 1) desarrollar y ejercer nuestras capacidades y expresar nuestra experiencia,
- 2) participar en la determinación de nuestra acción y de las condiciones de nuestra acción (YOUNG, 2000, p.67).

Lograr una vida digna para las personas sin hogar requiere la revisión de las prácticas sociales que se vienen implementando, desde las instituciones, tanto individual como colectivamente. Para logra unas óptimas condiciones de vida digna es necesario como dice Martinelli generar formas de intervención, a través del trabajo social, que generen “o desenvolvimento da capacidade de realizar leituras críticas e políticas da realidade é um verdadeiro imperativo, pois é a partir dessa realidade que se instituem suas demandas” (MARTINELLI, 2011 p.7)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> “El desarrollo de capacidades para realizar lecturas críticas y políticas de las realidades es un verdadero imperativo, pues es a partir de esas realidades que se instituyen las demandas”.

## 2 REVISANDO LAS PRACTICAS DE INSTITUCIONALIZACIÓN CON LAS PERSONAS SIN HOGAR

La institucionalización como recurso nuclear en el sinhogarismo, en Europa, es histórica. Para Castel, se trata de una estrategia de socialización secundaria empleada como mecanismo de control que está fuertemente arraigado a otros antecedentes de la acción social dirigida a los vagabundos desde el siglo XVI. La especificidad de lo institucional como medio de la acción social tiene una serie de ventajas e inconvenientes que son necesarios tener en cuenta. No es discutible la urgencia por cubrir las necesidades básicas de personas y grupos que se encuentran en contextos de exclusión. Sin embargo, uno de los riesgos es lo que Castel denomina asocial- sociabilidad, que define como “las configuraciones relacionales más o menos evanescentes que no se inscriben, o se inscriben de manera intermitente y problemática, en las “instituciones” reconocidas, y que ubican a los sujetos que las viven en situaciones de ingravidez” (CASTEL, 1997, p. 364). Esta conceptualización hace referencia a una práctica social habitual en la intervención con personas sin hogar, que es el circuito de recursos e instituciones generado por los servicios sociales para cubrir sus necesidades y por el cual las personas van pasando por un itinerario programado que genera el estado de ingravidez descrito por Castel. Además limita el retorno posible a espacios normalizados y compartidos con otros ciudadanos del contexto.

La institucionalización como recurso nuclear produce relaciones e interacciones dentro de un esquema de jerarquización normativa que deslucce cualquier objetivo que contemple la autodeterminación de las personas sin hogar. Las caras de la opresión detalladas por Young en su libro “La justicia y la política de la diferencia” da cuenta de una serie de características que se producen en las prácticas sociales llevadas a cabo con personas que se encuentran en contextos de exclusión. Estas prácticas se producen, de manera interiorizada y sistemática, en espacios de poder donde unos tienen la capacidad para decidir y hacer y otros de padecer esas decisiones. En el caso de España, según los datos arrojados por el último informe del Instituto Nacional de Estadística (INE, 2012) muestran que hubo 22.938 personas sin hogar atendidas en centros de acogida. De estos datos, se recoge que el 13,1 % del porcentaje total pertenecían a Andalucía. En Sevilla se estima que hay 2.500 personas que viven en la calle, según



un estudio elaborado por diferentes entidades como la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDH, 2013).

Concretamente en Sevilla la asistencia a las personas sin hogar está centralizada, en la mayor parte, en los servicios sociales municipales, ofreciendo diversos recursos y derivando a otros que son gestionados por asociaciones u ONG: alojamiento, centro de día, comedores, servicios de higiene, atención especializada, son los servicios que generalmente se prestan a las personas sin hogar. Uno de estos recursos suele ser los centros de acogida cuya oferta más básica es la de procurar alojamiento temporal, aunque también brindan comedor, servicios de higiene, servicio de orientación sociolaboral, etc. Principalmente, en Sevilla hay tres espacios residenciales donde los demandantes pueden acudir: el Centro de Acogida Municipal, de titularidad pública (Ayuntamiento de Sevilla) pero gestionado por una entidad privada; el Centro de Baja Exigencia (Centro de Acogida de Alta Tolerancia) de iguales características; y el Centro de Acogida Miguel de Mañara de gestión y titularidad privada.

En el caso de los centros de acogida, la participación se basa en recibir aquellos bienes que los profesionales les prestan y que están en el paquete de servicios de cada institución. Ofrecer alojamiento, comida, orientación social y laboral, etc., forma parte de una asistencia que justifica las necesidades inmediatas que sufren las personas sin hogar, donde unos dan y otros reciben como medio de intercambio e interacción. Sin embargo, no suelen ser constitutivos de una toma de decisión propia, no se centra en un modelo de autogestión de la persona como elemento de autodeterminación humana.

La institucionalización es un requisito insoslayable en el proceso hacia la inclusión de muchas personas sin hogar. Por este motivo, se necesita una evaluación integral del estado en el que se encuentran los modelos de acción social insertos en instituciones como los centros de acogida. Los niveles de interacción y relaciones que se llevan a cabo son un marcador fiable del grado de respeto, dignidad y empoderamiento que se están ejerciendo en las prácticas sociales, entre profesionales y personas sin hogar. La cuestión de la participación suele ser uno de los elementos claves de esta gradación. El mayor o menor nivel de participación por parte de los internos en las actividades que se desarrollan en las instituciones es de una importancia primordial. Cuando nos referimos a la participación de los internos lo hacemos en dos ámbitos: por una parte, y la más elemental, se refiere a la toma de decisiones acerca del devenir vital por

parte del sujeto; en segundo lugar, en la opinión y participación acerca de aquellas actividades y servicios que recibe por parte de las instituciones y que, en cierto modo, constituyen la base de las relaciones cotidianas y la convivencia.

En este ensayo proponemos una técnica que puede apoyar procesos de participación activa dentro de los centros de acogida. Esta técnica es el teatro. El teatro como un instrumento inserto en la metodología de acción social participativa y que está dentro de otras técnicas de las ciencias sociales al servicio del análisis, conocimiento e intervención desde y con los intervenidos. Para ello, vamos a reseñar algunas de las aportaciones que esta metodología de la acción social nos ha revelado a partir del trabajo de campo realizado con los grupos de internos en los dos centros de acogidas descritos. Antes vamos a exponer el marco ético de la intervención desde esta metodología. En el mismo, no podemos eludir la importancia de las narrativas y los discursos de los sujetos protagonistas de la acción social. Este es el principio que justifica dicha metodología; pero, sobre todo, justifica la relevancia de la práctica de los derechos humanos desde el contexto de la acción social. Además, esta exposición es necesaria pues nos ayuda a introducir porqué el teatro es una herramienta válida como metodología.

### **3 EL TEATRO SOCIAL COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA PARA DESARROLLO DE LAS CAPACIDADES Y EMPODERAMIENTO CON PERSONAS SIN HOGAR EN SEVILLA**

Este artículo parte de un trabajo de campo llevado a cabo durante los años 2014 y 2015 en dos centros de acogida destinados a la atención de personas sin hogar de la ciudad de Sevilla. En ambos se realizaron un estudio de caso con grupos de residentes de los respectivos centros, dentro de una investigación aplicada. Nuestra finalidad con esta investigación es la de conocer las estrategias de empoderamiento y desarrollo de las capacidades que ponen en marcha instituciones del estudio al servicio de las personas sin hogar. Por otra parte, nuestra pretensión es la de ratificar o refutar, si el teatro como herramienta de intervención social puede ayudar al desarrollo del empoderamiento en estos contextos. Tanto en un caso como en otro, las valoraciones de los participantes están presentes a la hora de sacar conclusiones. Durante el trabajo de campo se programaron talleres de teatro en los cuales pudimos aplicar técnicas de la pedagogía y

la producción artística teatral a las necesidades planteadas por los grupos con los que trabajamos.

Los talleres de teatro estuvieron programadas como actividades dentro de cada centro de acogida. Para ello se organizaron respectivos grupos, de 15 participantes en cada uno, que asistieron a las sesiones de manera voluntaria, en total participaron 30 personas. Los resultados de la investigación aplicada que aquí se describen tienen un carácter cualitativo, parten de las narraciones (discursos e imágenes corporales) vertidas en las técnicas descritas a lo largo de los 18 meses de trabajo de campo: microhistoria de vida, grupo de discusión y teatro. Con respecto a esta última, el teatro, tanto las dinámicas y juegos pertenecientes al universo didáctico de la pedagogía teatral, como la creación colectiva culminada en la última fase de la investigación, marcan un punto de inflexión acerca de la validación o no de herramientas alternativas y, en este caso, transdisciplinarias, en el uso de la acción social.

El desarrollo de las capacidades a través de la práctica cultural del teatro contempla a su vez dos objetivos en este trabajo: por un lado es un medio de potenciar la creatividad siendo esta una puerta de entrada donde la persona rescata la comunicación. Una comunicación que es necesaria para la recuperación de la palabra, aquella que puede ser dicha y ya no está callada; también para indagar en las experiencias, relatos de reconocimiento acerca de lo vivido. Por otro lado, convertirse en un medio de denuncia de las situaciones de opresión recibidas como ciudadanos y ciudadanas.

Los talleres programados en cada centro de acogida tuvieron como elemento central la participación activa y voluntaria de los asistentes. Partiendo del conocimiento de las situaciones de opresión y discriminación que han sufrido los participantes del taller, se trabajó, en primer lugar, la confianza entre investigador e intervenidos. La claridad de la información acerca del motivo del taller, así como los objetivos y metodología del mismo fueron el punto de comienzo para que cada participante decidiera voluntariamente comprometerse con el grupo. La creación de un espacio libre, accesible a las necesidades de expresión y comunicación de los participantes nos hizo buscar el modelo de participación idóneo para esta tarea. Encontramos en el grupo de discusión una técnica que favoreciera dicha comunicación y que, además, produjera discursos acerca de cómo ellos sentían y vivían aspectos que son relevantes en la investigación.

El grupo de discusión se centra en una dialéctica abierta, donde “no hay ningún plan previo... a lo largo de la discusión hay operaciones

de interpretaciones y análisis; no sólo a cargo del preceptor, sino también a cargo de los participantes” (IBÁÑEZ, 2003, p. 267). La mayoría de las veces, las temáticas eran elegidas por los grupos en función a una serie de centros de interés que los participantes mostraban en el inicio de cada sesión. Otras, éramos los investigadores quienes planteábamos estos temas y los asistentes decidían si eran sugerentes o, por el contrario, eran ellos quienes los cambiaban por otros de su motivación. La duración de las sesiones era de 1 hora y 30 minutos. Cada tema podía tener 2/3 sesiones de discusión, dependiendo de la intensidad de los contenidos y el nivel de participación. En total se llevaron a cabo 26 sesiones de grupo de discusión. Los temas presentados por los grupos fueron los siguientes:

1.A. ¿Cómo es nuestra vida cotidiana, cómo es el día a día?

2.A. Las relaciones que se establecen en los centros de acogida.

3.A. El empleo, tener un trabajo.

4.A. ¿Por qué los inmigrantes tienen más derechos que los españoles?

5.A. El trato que recibimos por parte de los técnicos de los centros de acogida.

6.A. Cómo incide la pérdida de compañeros en el Centro y como afecta esto en el estado de ánimo. (Tema planteado tras el fallecimiento en uno de los centros de acogida de un interno).

7.A. Sufrimiento, Incomprensión y Ganas de Luchar.

Los temas propuestos por nosotros y que tuvieron la aprobación de los grupos, fueron los siguientes:

1.B. ¿Qué esperas del taller?

2.B. ¿Qué piensas de la sociedad?

3.B. ¿Cómo te ves a ti mismo/a?

4.B. ¿Puede apoyar el teatro procesos de participación?

5.B. Empleo como factor de seguridad y de la vivienda como factor de estabilidad.

6.B. ¿Qué tipo de relaciones se establecen entre las instituciones y las personas acogidas?

Como podemos observar, algunos de los títulos entre una y otra propuesta eran coincidentes. La contingencia de estos temas no estuvo pre-determinada por las propuestas planteadas por nuestra parte como una forma de hegemonizar o anticipar los contenidos de la investigación. En este sentido, priorizamos, en primer lugar, los temas presentados por aquellos participantes que quisieran hacerlo, y que fueron consensuados

por los grupos. De esta manera, para no saturar los temas repetidos proponíamos nuestros títulos que estaban duplicados con los de los grupos una vez transcurrido uno o dos meses de la discusión anterior. Tenemos que añadir que, por nuestra parte, los títulos seleccionados, en función de las categorías de interés para la investigación, fueron seleccionados con meses de antelación a la puesta en marcha del trabajo de campo. Por ello, la coincidencia a la que nos referimos es un factor importante a la hora de validar este estudio.

Específicamente, los títulos que concordaron fueron aquellos relacionados con:

Las relaciones que se establecen en los centros de acogida, entre técnicos e internos; entre los internos en los centros. (1.A, 2.A y 6.B)

Empleo y Vivienda (3.A y 5.B)

Identidad, Autoestima (1.A, 6.A y 3.B)

El título de la última temática, elegida y discutida por los grupos (7.A), tiene que ver con los resultados que obtuvimos en la última fase del trabajo de campo. En esta fase se propuso hacer un compendio y conclusión final de todas las temáticas, aunándolas en una serie de títulos: a) Sufrimiento; b) Incomprensión y c) Ganas de luchar. Las discusiones correspondientes a esta fase duraron 3 sesiones y consistieron en la base temática para trabajar, con posterioridad, una creación colectiva como técnica teatral.

Los primeros cuatro meses del trabajo de campo consistieron en desarrollar un intercambio comunicacional entre todos en el que fueron saliendo contenidos narrativos que iban dándonos la tónica acerca de las hipótesis planteadas en la investigación. De esta manera se facilitaba un entrenamiento en las habilidades propias de dinámica grupal (turnos de palabras, tiempos de intervención, respeto de todas las opiniones, interpretación, consenso, etc.). Los contenidos discursivos que tuvieron lugar en las sesiones de los grupos de discusión fueron el punto de partida para introducir progresivamente algunas dinámicas pertenecientes al teatro. Poco a poco íbamos proponiendo e incorporando juegos que, si bien en un principio, sirvieron para tomar confianza y liberar tensiones, llegaron a ser un complemento de los contenidos tratados en las temáticas. El cuerpo como elemento signifiante y significativo en el teatro es un medio de expresión de enorme alcance discursivo y narrativo. A las opiniones vertidas por los participantes, a partir de los temas, se unían imágenes y acciones que estos desarrollaban por medio de dinámicas teatrales. La soledad, la

falta de un empleo estable, las relaciones que se establecen en los centros de acogida o en la calle, la incomprensión sentida por parte de la sociedad, son temas que adquirieron un significado diverso y polisémico. Algunas de estas técnicas pertenecen a la pedagogía del teatro del oprimido (BOAL, 1980). Por ejemplo teatro imagen que sirve para expresar con el cuerpo aquellos aspectos simbólicos que forman parte de los conflictos vividos por los participantes en contextos de opresión. Dramaturgia simultánea es un ejercicio dramático en el que cada participante relata su historia de violencia y discriminación cotidiana. Cada historia contiene elementos que son similares y que configuran un relato que es colectivizado a través de una pequeña dramaturgia. Quiebra de la represión es una técnica que sirve para tratar conflictos insertos en la sociedad o, como fue nuestro caso, en los centros de acogida. A manera de role-playing se escenifican situaciones conflictivas y se plantean soluciones por parte de todos.

Dentro de las variadas técnicas de creación y producción teatral está la creación colectiva teatral (GARCÍA, 1994). El esquema de trabajo que propone esta técnica contempla una secuencia o fases de intervención que se puede resumir de la siguiente manera:

Elección del tema, a partir de los centros de interés del grupo y que han surgido de las discusiones de las sesiones de grupo de discusión.

Narrativas: cada actor-participante relata sus experiencias (acontecimientos, sucesos, anécdotas, etc.) que tienen correlación con los temas seleccionados.

Investigación del tema y sus contenidos a través de un análisis interdisciplinario de lecturas (ensayos, poemas, etc.) imágenes (pinturas, fotografías, documentales, etc.), etc.

Investigación de los contenidos a partir de ejercicios de improvisaciones y/o teatro imagen.

se van creando los textos, la puesta en escena, la escenografía, vestuario, etc.

Producción y montaje: que consiste en la creación de escenas a partir de trabajo anterior y que irá concluyendo en una obra o performance.

Representación.

La creación colectiva teatral se realizó en la etapa última del trabajo de campo. En los cuatro últimos meses, se propuso de manera voluntaria a los participantes de los dos grupos que entraran en esta fase de producción artística con el objetivo de una representación final. Al proyecto se apuntaron 11 personas de las 30 que participaron en todo el trabajo de

campo. El tema (o mejor dicho los temas, pues fueron tres) partieron del último grupo de discusión trabajado en los dos centros de acogida y que consistió en un compendio o conclusión de todos los temas tratados en la investigación aplicada durante cerca de 9 meses. Como ya apuntamos, estos temas fueron: Sufrimiento, Incomprensión y Ganas de luchar.

Alrededor de este inicio temático, el grupo investigó desde las dos fases de producción: teórica, es decir a partir de las experiencias, y complementariamente con el estudio multi e interdisciplinario señalado en el esquema anterior; artística, con sus cuerpos como herramienta de creatividad a través de las dinámicas y ejercicios teatrales, también descritos. Las escenas que fueron surgiendo desde las improvisaciones conformaban un relato grupal (a través de la producción del grupo participante) y colectivo (como continuación de los contenidos temáticos más importantes que todos los participantes del trabajo de campo hubieron resaltado).

Una vez finalizado el montaje, se llevaron a cabo dos representaciones en una sala teatral de la ciudad de Sevilla en julio de 2015. La creación colectiva teatral producida y representada por este grupo de 11 personas tuvo una duración de veinte minutos. El grupo tituló esta obra “La verdad que nadie quiere ver”<sup>2</sup>.

#### **4 NARRACIONES Y EXPERIENCIAS COMPARTIDAS CON LAS PERSONAS SIN HOGAR**

Las personas sin hogar son ciudadanos y ciudadanas que se ven obligados a habitar las calles, así como las instituciones de las ciudades, como es el caso de Sevilla, debido a problemas económicos, laborales o de desestructuración social y familiar. Problemas que les llevan a sentir un aislamiento que, por lo general, es impuesto. Exponer esto desde la praxis es relevante, que sea, inclusive, apoyado por las voces de los protagonistas se hace necesario. En ocasiones, el sinhogarismo es tratado como un fenómeno ajeno, distante. Sin embargo, consideramos que es un problema humano, social y político que tambalea los pilares éticos de las democracias occidentales, como el caso de España. Ubicar el sinhogarismo en el centro de la cuestión sociopolítica es darle una dimensión que trasciende lo carencial, que lo distancia de ser un problema sólo económico. Ubicarlo, por ende, desde las voces y palabras de los

---

<sup>2</sup> Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=MjEm2ZLTd3A> un resumen de la CCT con una duración de 8:24 minutos.



protagonistas es remarcar la necesidad de recuperar éticamente espacios de democracia, sobre todo aquellos espacios donde la democracia está más olvidada. En instituciones como los centros de acogida se desarrollan, de manera cotidiana y directa, prácticas, interacciones y relaciones sociales. Por este motivo, son espacios donde se debe tener un cuidado especial en priorizar la participación y el respeto, como elementos básicos de un modelo de intervención democrático.

Las opiniones que hemos recabado por parte de la mayoría de los internados e internadas de los centros de acogida donde se realizaron el estudio deja abierta la pregunta acerca del modelo de participación que se está llevando a cabo en estos centros. Estas se vertieron en dos técnicas que empleamos para tal fin: la microhistoria de vida y el grupo de discusión. Ambas permiten descubrir las realidades sentidas y vividas por los protagonistas desde una acción social que da valor a “como dice la gente que es su mundo” (BRUNER, 2009, p.34), e interpretando estas realidades desde la construcción colectiva entre interventores e intervenidos. Según algunas personas entrevistadas la participación en los centros de acogida suele ser nula: “no tengo voz ni voto, hasta que demuestre que soy válido. ¿Por qué?, argumenta R., 52 años. J., 54 años, al referirse a los técnicos y responsables de los centros de acogida, coincide en los mismos términos: “lo que vale en la sociedad es lo que ellos digan. Nosotros no tenemos voz ni voto para nada”. C., mujer de 46 años, añade: “no puedo sentirme libre con las normas y permisos que hay aquí”.

Estas opiniones, extraídas, tanto de los grupos de discusión como de las microhistorias de vida, señalan un sentir que es generalizado y que apuntan a la revisión del modelo de acción social dominante en las instituciones. Una de las críticas más reiteradas expresadas por los participantes durante el trabajo de campo está relacionada con un trato que ellos y ellas sienten desigual, indigno. A., de 32 años alega al respecto: “es igual que la cárcel porque te controlan los horarios y los ritmos”. M., mujer de 54 añade: “en los centros de acogida te quitan la libertad”. Por su parte M. hombre de 52 comenta: “nos tratan como paquetes”. J.M, de 56 “las actividades que se organizan en estos centros son necesarias pero vienen impuestas desde arriba”.

La valoración de los derechos humanos como práctica tiene aquí una relevancia indiscutible. No se trata sólo de una valoración acerca de las garantías (a priori) en el cumplimiento de los derechos; se trata, además, de la materialización de los mismos a través de las prácticas cotidianas



que se dan en espacios concretos como los centros de acogida. En estos centros se puede provocar un deterioro identitario en la persona cuando se le impide desarrollar sus potenciales y capacidades como personas y como ciudadanos. E alusión al trato recibido por parte de algunos técnicos del centro de acogida donde está alojado, M, de 48 años dice “nos hacen sentirnos culpables, ¿es que tenemos nosotros la culpa de que estemos así?”. O C., de 51 años, “nosotros somos números”. J.L., “es un fracaso estar aquí”. Frases como estas remiten a un estado de deterioro en el que la persona se encuentra fracasada, sin voluntad para salir adelante y auto-culpabilizándose de su situación

Volviendo a Martinelli,

Se queremos avançar na defesa da ética e na construção de direitos, temos de realizar práticas realmente socioeducativas, ancoradas na mútua implicação entre direitos sociais, educação e cidadania, movidas pela busca de justiça, liberdade, equidade, autonomia (MARTINELLI, 2011, p.11)<sup>3</sup>.

La implementación de prácticas socioeducativas supone un incremento de aprendizajes en la interacción donde no existan jerarquías ni posiciones hegemónicas entre los interventores e intervenidos. Supone que los interventores nos dejemos guiar por los conocimientos que los intervenidos tienen. Sobre todo porque son ellos y ellas los implicados, quienes tienen las experiencias y las vivencias. Nosotros, como investigadores sociales, activista de los derechos humanos, debemos aplicar las técnicas, ponerlas a disposición de las personas en esa construcción conjunta de derechos.

Partiendo de nuestra experiencia podemos afirmar que el teatro permite generar procesos donde las personas interaccionan a partir de las experiencias vividas, sentidas. Es un espacio donde compartir y practicar modelos de habilidades y relaciones en el que ellos y ellas se sitúan en una posición de autoidentificación más satisfactorios. A la pregunta que le hicimos con respecto a la utilidad del taller de teatro a F., una joven de 22 años que ante las situaciones de conflictos suele responder de manera autodestructiva, nos comentó lo siguiente: “es la primera vez que he expresado lo que siento y no me he ido a pegar golpes por ahí. Me he

---

<sup>3</sup> “Si queremos avanzar en la defensa de la ética y la construcción de los derechos, tenemos que realizar prácticas realmente socioeducativas, arraigadas en la implicación mutua entre derechos sociales, educación y ciudadanía, impulsados por la búsqueda de justicia, libertad, equidad y autonomía”.

liberado”. J.F., de 46 años, añade: “el teatro es una experiencia nueva; me sirve para expresar y para que la gente vea que puedo expresarme. El teatro me puede servir para mi vida particular. Saber como decir las cosas, con la gente, conmigo mismo. Y para desarrollar mis sentimientos porque en este tiempo he perdido habilidades”. J., es un hombre de 51 años que lleva dos años transitando entre instituciones de acogida y la calle, no participó a penas en el taller de teatro pero si lo hizo su compañera sentimental: “gracias al teatro ves otra parte de tus compañeros y compruebas que son igual que yo, que pueden sacar cosas de dentro que normalmente no sacas. Por ejemplo, cuando vi a María actuar me impresionó que gente que son personas sin hogar puedan y sepan expresar y hacer teatro”.

Por su parte, los relatos que cuentan los participantes son historias y secuencias espacio-temporales que son representadas en el proceso de aprendizaje teatral a través de los discursos, la prosa cotidiana y, fundamentalmente, por medio de los cuerpos. Por ello es un lenguaje polisémico donde entran en juego diversas interpretaciones acerca de una serie de conflictos que están presentes en nuestras sociedades y que esperan soluciones por parte de todos. La idea de circuito de reacción cultural desarrollada por Herrera respalda una metodología de la acción social a partir de “la apertura y el reforzamiento de la capacidad humana genérica de hacer y des-hacer mundos” (HERRERA, 2005, p.59). Esta idea nos permite descolocar prácticas insertas en modelos de intervención que están ancladas en hegemonías que son factibles en sociedades democráticas. El teatro revierte las relaciones en un sistema horizontal en el que todos y todas tenemos mucho que decir y que hacer. Y sobre todo, situados en un espacio y una posición donde nos relacionamos e interaccionamos como seres humanos, libres de una dinámica de supervivencia que hace perder nuestra condición de ciudadanos en igualdad de condiciones.

## CONCLUSIONES

El sinhogarismo es un problema socio-económico y político que afecta a miles de personas en España. Las consecuencias más inmediatas son la inestabilidad laboral, la falta de una vivienda y la ruptura con las redes socio-familiares. Pero, existen otras que marcan, de manera silenciosa y profunda, a la persona en su dimensión humana: el aislamiento y la opresión. Ambos conllevan la pérdida de aquellos valores, identidades y voluntades, que son imprescindibles para la consecución de una vida

digna. Los criterios de aplicación de la opresión según Young en el contexto del sinhogarismo tiene una correspondencia indiscutible. Para Young las prácticas sociales y culturales cotidianas que se llevan a cabo en espacios como las instituciones revelan la opresión ejercida hacia los grupos sociales que la sufren (2000, p.75). La aplicación material de derechos está en cuestionamiento cuando en sociedades democráticas no hay una auténtica igualdad de oportunidades hacia aquellos ciudadanos que más lo necesitan, dada sus circunstancias socio-económicas. La marginación es un factor que se deriva de esto. Además, viene acompañada de una carencia en la participación activa de los sujetos en la toma de decisiones acerca de aspectos que le competen, en primera persona, como seres humanos con derechos propios.

La institucionalización en este tipo de contextos se hace necesaria. Sin embargo, esta tiene que estar sujeta a modelos de la acción social que contemple el respeto y la dignidad de los demandantes. Muchas opiniones al respecto, enunciadas por los participantes durante el trabajo de campo, constatan la falta de participación y la necesidad de cambiar las relaciones e interacciones entre profesionales e internos de los centros de acogida. Las prácticas sociales que se implementan para este colectivo son constitutivas de modelos que pueden empoderar o perpetuar la opresión. La presencia de los derechos humanos como horizonte donde mirarnos a la hora de ejercer una acción social democrática supone la posibilidad de abrir procesos de lucha por la dignidad humana. La materialización de los mismos se lleva a cabo, en primer orden, teniendo presente las voces de los protagonistas y respetando el derecho de autonomía de las personas.

La escucha activa de las experiencias de las personas sin hogar nos permite conocer cualitativamente qué niveles de materialización y aplicabilidad está teniendo los derechos humanos. Las narrativas obtenidas en diferentes técnicas como las entrevistas, los grupos de discusión y los talleres de teatro son una fuente de interpretación y comprensión de las realidades subjetivas de las personas sin hogar. Pero, también supone un proceso metodológico de acción social participante, un proceso más horizontal donde se establecen relaciones de respeto y comprensión entre unos y otros, sin jerarquías ni hegemonía. Como ejemplo demostrativo, la coincidencia entre los temas seleccionados por los grupos de trabajo y los planteados por los investigadores fue revelador de la necesidad de afinar líneas comunes en la praxis desde la participación de los intervenidos. Esto

fue posible a partir de la configuración de un espacio discursivo abierto, libre y desde la confianza mutua.

Finalmente, exponemos el descubrimiento que supone la aplicación del teatro como herramienta metodológica de la acción social. El teatro social como estrategia favorecedora de procesos de transformación con los grupos y personas que así lo demandan. La recuperación de la identidad a través de la palabra y el cuerpo, en los grupos durante el trabajo de campo, ha sido significativa. Así lo expresa T., mujer de 52 años: “el teatro me ayuda a sentirme en pertenencia con algo o alguien, a sentirme acogida”. En contextos de opresión y exclusión como el que viven muchas personas sin hogar, por lo general, el pensamiento y los sentidos están alertas o bloqueados, no es posible que haya lugar para la imaginación o el razonamiento en condiciones de estabilidad, calma, estos están adormecidos por una dinámica de esperas, de incertidumbres y miedos. En la mayoría de los casos, las personas estudiadas no han tenido opciones y oportunidades para decidir sobre sus vidas. De ahí que no tengan opciones para la participación política, social o cultural. La negación a la libertad de auto-elección sobre el presente y el futuro en sus vidas que sienten muchas personas sin hogar es un síntoma que deja en evidencia la incomparecencia de los derechos más elementales del ser humano. En este sentido, el sinhogarismo supone una imposición para muchas de las PSH: una imposición a una vida no deseada ni escogida.

El teatro puede abrir espacios de participación activa pues son los sujetos quienes han hablado, tratado y ejercitado, a través del arte, sobre problemas que les incumbían y querían desarrollar. De un modo muy directo: es un espacio de participación política. Gracias al teatro, como espacio activo de participación, las personas sin hogar practican la democracia de manera singular y alternativa, pues debaten acerca de cuestiones que están arraigadas al sistema político y social, en el que ellos y ellas se encuentran y de los que son víctimas. La representación a través de una producción artística desde la técnica de la creación colectiva escenificada en *“La verdad que nadie quiere ver”* ha sido un ejemplo que contrarresta el ostracismo y marginación a la que se ven abocados. Desde la elección de los temas y el estudio de los contenidos, como el proceso de montaje a partir de las escenas improvisadas y ensayadas, hasta la actuación final ante un público, demuestra las capacidades de estas personas y la posibilidad de generar espacios de empoderamiento en los cuales puedan expresar sus derechos como ciudadanos.

## REFERENCIAS

Asociación Pro Derechos Humanos. (2013). Personas sin hogar. Los servicios sociales del ayuntamiento, incapaces de responder a las demandas básicas de las personas en exclusión. Sevilla. Disponible en: <https://www.apdha.org>. Recuperado en 25/05/2016

BACHILLER, Santiago. Exclusión, asilamiento y personas sin hogar. Aportes desde el método etnográfico. Zerbitzuan, Revista de servicios sociales, Gobierno Vasco, n.47, 2010. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=2038893>. Recuperado en 30/07/2016

BOAL, Augusto. **Teatro del oprimido**. México: Nueva Imagen, 1980.

BRECHT, Bertolt. **Escritos sobre teatro**. Barcelona: Alba Editorial, 2004.

BRUNER, Jerome. **Actos de significado. Más allá de la revolución cognitiva**. Madrid: Alianza Editorial, 2009.

CASTEL, Robert. **La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado**. Buenos Aires: Paidós, 1997.

DOHERTY, Joe. El origen del sinhogarismo: perspectiva europeas. Documentación Social, Madrid, n.138, 2005. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1373177>. Recuperado en 09/07/2016.

GARCÍA, Santiago. **Teoría y práctica del teatro**. Bogotá: Editorial Teatro La Candelaria, 1994.

GOFFMAN, Erving. **Estigma. La identidad deteriorada**. Buenos Aires: Amorrortu, 2010.

HERRERA, Joaquín. **El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana**. Sevilla: Aconcagua, 2005.

IBÁÑEZ, Jesús. **Más allá de la sociología. El grupo de discusión: Técnica y práctica**. Madrid: Siglo XXI, 2003

Instituto Nacional de Estadística. Encuestas sobre las personas sin hogar- Centros. Disponible en: [www.ine.es/prensa/np761.pdf](http://www.ine.es/prensa/np761.pdf). Recuperado en 31/07/2016.

MARTINELLI, Maria Lúcia. O Serviço social e a consolidação de direitos: desafios contemporâneos. Revista de Serviço social & saúde. Sao Paulo, año 10, n.12, 2011.

YOUNG, Iris. **La justicia y la política de la diferencia**. Universidad de Valencia. Cátedra, 2000.

# A LICITAÇÃO PÚBLICA E SUA FINALIDADE DE PROMOVER O DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

## THE PUBLIC BIDDING AND ITS PURPOSE OF PROMOTING NATIONAL DEVELOPMENT SUSTAINABLE

Luciano Elias Reis\*

Camila Backes\*\*

**Sumário:** Introdução; 1 Desenvolvimento sustentável; 1.1 O desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico brasileiro; 2 Finalidades da licitação: a inclusão da promoção do desenvolvimento nacional sustentável; 3 Licitações sustentáveis; 3.1 A adoção de critérios socioambientais nos procedimentos licitatórios; 3.2 Em quais momentos os critérios sustentáveis devem ser utilizados; 4 Conflito ou colisão entre as finalidades da licitação?; 4.1 Sustentabilidade e isonomia; 4.2 Sustentabilidade e vantagem; Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A promoção do desenvolvimento nacional sustentável como nova finalidade a ser alcançada pelas licitações está prevista no artigo 3º da Lei nº 8.666/1993. O Estado deve, por meio do procedimento licitatório, atingir este fim juntamente com a observância do princípio da isonomia entre os participantes e a seleção da proposta mais vantajosa. O conceito de desenvolvimento sustentável tem como ideia principal aquele que consegue atender as necessidades do presente, mas sem comprometer as futuras gerações de atenderem as suas próprias necessidades. O desenvolvimento sustentável foi recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio e é considerado um direito fundamental de terceira dimensão. As licitações sustentáveis levam em consideração critérios de sustentabilidade, por intermédio da utilização do poder de compra do Estado, sendo este um instrumento de implementação de políticas públicas. A sua realização é legal e não fere as finalidades da isonomia nem da seleção da proposta mais vantajosa. Utilizando um método descritivo e dedutivo, inclusive amparando-se em decisões do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas, objetiva-se debater a atual relevância da licitação como meio direto e indireto de melhorias à sociedade.

**Palavras-chave:** Licitação. Desenvolvimento Nacional Sustentável. Finalidades.

**ABSTRACT:** Article n. 3 of Law n. 8.666 /1993 promotes sustainable national development as a new purpose to be achieved by biddings. Therefore, the State must, through bidding procedure, achieve this goal observing participants isonomy principle and the selection of the best proposal.

\* Doutorando e Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC. Especialista em Direito Administrativo e em Processo Civil, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2004). Presidente da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração - Ordem dos Advogados do Brasil (PR). Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA, Professor da Pós-Graduação do UNICURITIBA, Professor da Pós-Graduação em Direito Administrativo Disciplinar no NPSPP, Professor convidado da Pós-Graduação em Licitações e Contratos Administrativos da UNIBRASIL e Professor convidado da Pós-Graduação em Licitações e Contratos Administrativos da PUC-PR.

\*\* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Curitiba, Advogada.

**Como citar:** REIS, Luciano Elias e; BACKES, Camila. A licitação pública e sua finalidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-19, ago-dez. Disponível em: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

*Sustainable development concept has its main focus in the present's needs achievement, without compromising future generations to meet their own. Legal system embraces sustainable development as a third dimension basic right. Sustainable bids take for grant sustainability criteria, through State's purchasing power as an public policies implementation instrument. Its application is legal and does not violate the purposes of isonomy nor the selection of the most advantageous proposal. Using descriptive and deductive methods and jurisprudential analysis, the paper's goal is to discuss the bid's relevance as a direct and indirect instrument of society's improvements.*

**Keywords:** *Bidding. National Development Sustainable. Purposes.*

## INTRODUÇÃO

O dilema de continuar com o consumo e ao mesmo tempo promover o desenvolvimento nacional sustentável vem ganhando forças atualmente tanto na esfera privada quanto na pública, até porque se deve garantir o crescimento da atual geração e concomitantemente dar oportunidade às futuras gerações de utilizarem os mesmos recursos.

O desenvolvimento nacional está previsto no artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, encontrando-se no rol dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. No plano infraconstitucional, o artigo 3º da Lei 8.666/1993, conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos, harmoniza-se com o acima exposto ao ter sua redação alterada pela Lei 12.349/2010 para apresentar a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como mais uma finalidade da licitação.

Entretanto a definição de desenvolvimento sustentável não é uma tarefa fácil. O uso desta expressão iniciou-se no ano de 1987, pela Organização das Nações Unidas – ONU, por meio do relatório Brundtland, e a partir desse relatório vários estudos acerca do tema vêm sendo feitos.

Mas como promovê-lo? Uma boa maneira é usar políticas públicas que incentivem um desenvolvimento econômico, mas sustentável. Sendo assim, nada melhor que o próprio poder público utilizar sua força para o bem de todos. Sabe-se que o Governo Brasileiro movimentou, com a aquisição de compras e contratações de serviços, cerca de 15% do seu Produto Interno Bruto – PIB (BRASIL, Ministério do Meio Ambiente, 2015). Logo, é considerado um grande consumidor desse mercado e pode utilizar este indelével potencial em suas licitações públicas e contratações administrativas, pois pagará com recursos públicos que devem ser destinados da melhor maneira possível e visando à melhoria na qualidade da vida da sociedade brasileira.



# 1 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O conceito de Desenvolvimento Sustentável começou a ser difundido no ano de 1987, por intermédio do Relatório Brundtland – Nosso Futuro Comum, organizado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas – ONU:

O desenvolvimento sustentável não é um estado permanente de harmonia, mas um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão de acordo com as necessidades atuais e futuras. (...) Assim, em última análise, o desenvolvimento sustentável depende do empenho político. (COMISSÃO Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1991)

De acordo com o Relatório: “o desenvolvimento sustentável é aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades.” (Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1991). O conceito traz explicitamente uma preocupação com as gerações futuras para o seu enquadramento.

Posteriormente ao conclave em 1987, entre os dias 3 a 14 de junho de 1992, aconteceu a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92 ou Eco 92), estabelecendo 27 (vinte e sete) princípios para a implementação do desenvolvimento sustentável. De acordo com o oitavo princípio: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas.” (Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 2016)

A partir de sua análise, percebe-se o papel do Estado como responsável por promover práticas sustentáveis de produção e consumo, na qualidade de consumidor, através de políticas públicas. A ideia de adotar práticas sustentáveis para a produção e para o consumo deu início aos vários conceitos de desenvolvimento sustentável. Para Ignacy Sachs:

O desenvolvimento sustentável obedece ao duplo imperativo ético da solidariedade com as gerações presentes e futuras, e exige a explicitação de critérios de sustentabilidade social e

ambiental e de viabilidade econômica. Estritamente falando, apenas as soluções que considerem estes três elementos, isto é, que promovam o crescimento econômico com impactos positivos em termos sociais ambientais, merecem a denominação de desenvolvimento. (SACHS, 2008, p. 36)

Para Daniel Ferreira, o desenvolvimento é triplamente sustentável, nos seus vieses econômico, social e ambiental. (FERREIRA, 2012.p. 52) A sustentabilidade econômica deve levar em consideração “uma eficiência mínima dos sistemas econômicos no esforço de assegurar, de forma contínua, o aumento do PIB e do PPC<sup>1</sup>, retroalimentando a economia e assim fazendo surtir os efeitos benéficos, adrede referidos, no tecido social.” A sustentabilidade social, para o autor, é mais complexa por sua dimensão psicológica. Ele apresenta outro lado dessa sustentabilidade, observando que somente ela é que autoriza a perpetuação da espécie humana, sendo a “responsável pela manutenção dos microuniversos sociais, aqueles referidos e referíveis apenas por meio da cultura, de modo a garantir sua identidade.” Entende também que a sustentabilidade econômica é reforçada pela sustentabilidade social e vice-versa. Já a sustentabilidade ambiental “deve ser assumida como um freio, não no sentido de atrasar o avanço na direção do desenvolvimento, mas de dar a temperança necessária à escolha da velocidade e dos caminhos eleitos no rumo à ecossocioeconomia do amanhã.” (FERREIRA, 2012.p. 53-55). Portanto, constata-se uma ideia tríplice do que é o desenvolvimento sustentável, criando uma harmonia entre meio ambiente, sociedade e economia.

De forma diversa, Juarez Freitas entende que a sustentabilidade é multidimensional, nos seus vieses ético, jurídico-político, social, econômico e ambiental. (FREITAS, 2011, p. 337). Para ele, o conceito de desenvolvimento sustentável:

É o princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar

---

<sup>1</sup> Para esclarecimento, PIB é o produto interno bruto enquanto PPC é a paridade do poder de compra.

físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos. (FREITAS, 2011, p. 51).

A partir dos entendimentos expostos, percebe-se uma influência do relatório de Brundtland em todos eles, visando à satisfação das necessidades das gerações atuais sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades, o que é consubstanciado no ordenamento jurídico brasileiro.

## **1.1 O desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico brasileiro**

O direito ao desenvolvimento está referenciado, em primeira análise, no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, quando prescreve que se compromete a construir um Estado Democrático assegurando esse direito a todos os brasileiros.

Em seguida, a Constituição Federal, em seu artigo 3º, inciso II, objetiva garantir o desenvolvimento nacional e cumulativamente construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (inciso III) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

Manoel Messias Peixinho e Suzani Andrade Ferraro sustentam que o:

Direito ao desenvolvimento nacional é norma jurídica constitucional de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes do Estado e, nesta direção, não pode se furtar a agir de acordo com as respectivas esferas de competência, sempre na busca da implementação de ações e medidas de ordem política, jurídica ou irradiadora que almejam a consecução daquele objetivo fundamental. (PEIXINHO; FERRARO, 2007. p. 6963)

Deste modo, o reconhecimento do desenvolvimento nacional como princípio constitucional fundamental e impositivo serve de base para a aplicação das normas tanto constitucionais como infraconstitucionais, além de servir de base para suas interpretações, impondo-se perante todos os poderes, já que não se pode interpretar qualquer norma do sistema jurídico de maneira alijada aos objetivos fundamentais da Lei Maior.

É importante salientar, ainda, que a Constituição Federal dispõe em seu texto alusão ao desenvolvimento tecnológico e econômico

(artigo 5º, inciso XXIX), ao desenvolvimento econômico e social (artigo 21, inciso IX), ao desenvolvimento urbano (artigo 21, inciso XX), ao desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (artigo 35, inciso III), ao desenvolvimento geoeconômico e social (artigo 43), ao desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País (artigo 151, inciso I), ao desenvolvimento de acordo com os planos regionais (artigo 159, inciso I, alínea “c”), ao desenvolvimento regional (artigo 163, inciso VII), ao desenvolvimento social e econômico fomentado pelo turismo (artigo 180), ao desenvolvimento das funções sociais da cidade (artigo 182), ao desenvolvimento equilibrado do País (artigo 192), na área da saúde, ao desenvolvimento científico e tecnológico (artigo 200, inciso V), ao desenvolvimento cultural do País (artigo 215, § 3º), na área da cultura, ao desenvolvimento humano, social e econômico (artigo 216-A) ao desenvolvimento científico (artigo 218), por meio do mercado interno, ao desenvolvimento cultural e socioeconômico (artigo 219), desenvolvimento científico e tecnológica e de inovação (artigo 219-A) e, por meio de recursos do PIS, ao desenvolvimento econômico (artigo 239, § 1º).

Ademais, pode-se asseverar que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental, conforme expõe a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento promulgada em 1986 ao determinar em seu artigo 1º que:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados. (Declaração sobre o direito ao desenvolvimento 1986, 2016)

Este documento veio para formalizar o desenvolvimento como “interdependente a indivisível aos demais direitos humanos.” (SOARES, 2010. p. 470). De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, para que algum direito seja considerado fundamental, necessita-se a presença de três elementos: o Estado, o indivíduo e o texto normativo regulador entre o Estado e o indivíduo. (DIMOULIS; MARTINS, 2009. p. 21-23).

Com base no acima exposto, percebe-se que, apesar do direito ao desenvolvimento sustentável não estar expressamente previsto no rol do artigo 5º da Constituição Federal, enquadra-se nos requisitos mencionados, o que per si gera a sua caracterização como um direito fundamental. Para Gustavo Henrique Justino de Oliveira, o direito ao desenvolvimento se

enquadra na terceira dimensão dos direitos fundamentais, por se relacionar aos valores atinentes à solidariedade e à fraternidade. (OLIVEIRA, 2009. p. 13-14). Em senda similar, Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece:

Note-se, ademais, que esses direitos não são direitos individualizáveis, nem têm como o titular o ser humano. Este titular são os povos, as nações, os Estados, as coletividades, conforme se prefira. Igualmente, sua fundamentalidade não decorre da eminente dignidade humana (salvo mui longínqua e vagamente), mas sim de uma convicção quanto à sua importância. (FERREIRA FILHO, 2010. p. 90).

Se a Administração Pública deixar de adotar medidas que visem ao fomento das diversas áreas, como do microempreendedorismo, da preservação ambiental, da inclusão social e da salvaguarda dos direitos trabalhistas, estará violando o direito fundamental ao desenvolvimento nacional sustentável, portanto, os interessados podem cobrar a satisfação desse direito fundamental perante o Poder Público. (FERREIRA, 2011, p. 59).

Para Daniel Ferreira, o fato do direito ao desenvolvimento tratar-se de um direito fundamental, em sua face poderá ser invocado o princípio da vedação ao retrocesso, com o significado de impedir que os poderes públicos recuem naquilo que realiza ou prestigia a concretização deste direito. Em síntese, se alguma postura legislativa fosse assumida favorecendo o direito fundamental ao desenvolvimento, o retrocesso injustificado pode ser objeto de impugnação administrativa ou judicial. (FERREIRA, 2011, p. 58).

## **2 FINALIDADES DA LICITAÇÃO: A INCLUSÃO DA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL**

O próprio artigo 3º da Lei nº 8.666/93 elenca as finalidades do procedimento licitatório, sendo elas: a seleção da proposta mais vantajosa, a isonomia entre os participantes e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Deve-se conseguir chegar a esses objetivos respeitando os princípios norteadores da licitação. Não existe hierarquia entre as finalidades, todas têm a mesma importância e servem para ajudar na legalidade do procedimento licitatório. Por conseguinte, as três finalidades devem ser atingidas conjuntamente. Não é suficiente a efetivação de somente uma ou duas, sob a pena da licitação não ser considerada válida.

A promoção ao desenvolvimento nacional sustentável não estava prevista originariamente na Lei de Licitações, mas sim foi agregada a partir da Medida Provisória nº 495/2010 que posteriormente foi convertida na Lei nº 12.349. Com isso, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável foi instituída como nova finalidade licitatória.

O Decreto Federal nº 7.746/2012 regulamentou o artigo 3º da supracitada Lei, estabelecendo normas gerais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. De acordo com seu parágrafo 4º são diretrizes de sustentabilidade:

I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Percebe-se que, com a inclusão da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como terceira finalidade legal da licitação, surge uma nova função social a ser observada pela lei. Para Daniel Ferreira, a nova função social da licitação passa a configurar “como uma obrigação genérica e ordinária, da qual o gestor público apenas poderá se desonerar por *justa causa*, devidamente motivada e comprovada”, e, caso contrário “estará a descumprir uma finalidade (de três) para a licitação, contaminando-a de vício insanável”. (FERREIRA, 2012, p. 39)

Segundo Luciano Elias Reis, as licitações devem ser examinadas também como um instrumento para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (e não só como um processo com caráter puramente econômico). Sendo assim, os certames deverão perquirir aspectos ambientais, sociais e econômicos relacionados às propostas e aos licitantes. (REIS, 2011, p. 116-117)

Outra conclusão que pode ser extraída é que a inserção da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como finalidade da licitação impõe as compras governamentais como instrumento para o fomento da sustentabilidade no âmbito nacional. Como pontua Ferreira, “a conscientização do ‘poder de compra’ governamental é imprescindível para que todos os entes políticos assumam que, isoladamente ou em conjunto,

interferem de forma profunda na condução dos negócios privados.” (FERREIRA, 2012, p. 41)

Tanto os contratos como as licitações devem estimular a adaptação voluntária da indústria, do comércio e da prestação de serviços à satisfação do desenvolvimento nacional sustentável. (FERREIRA, 2012, p. 45) Desse modo, pode-se asseverar que a atuação estatal em prol da nova finalidade licitatória é uma forma de intervenção indireta na economia que impõe uma inclinação de comportamento dos agentes privados no mercado com o objeto de melhorias na seara ambiental, social e econômica no Brasil.

### 3 LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS

Há na doutrina muitas referências sobre o conceito de licitações sustentáveis. Por isso, serão expostas algumas definições. Para Rachel Biderman, as licitações sustentáveis podem ser conhecidas como “compras públicas sustentáveis”, “ecoquisição”, “compras verdes”, “compra ambientalmente amigável” e “licitação positiva” e que

(...) é uma solução para integrar considerações ambientais sociais em todos os estágios do processo da compra e contratação dos agentes públicos (de governo) com o objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos. A licitação sustentável permite o atendimento das necessidades específicas dos consumidores finais por meio da comprado produto que oferece o maior número de benefícios para o ambiente e a sociedade. (BIDERMAN, 2016)

Eduardo Bim defende que a licitação sustentável é “influenciada por parâmetros de consumo menos agressivos ao meio ambiente. É a licitação que integra critérios ambientais de acordo com o estado da técnica, ou seja, com o melhor para o meio ambiente de acordo com a atual ciência num preço razoável.” (BIM, 2013.p. 186).

Na visão de Marçal Justen Filho, pelo fato do desenvolvimento sustentável significar o crescimento econômico norteado pela preservação do meio ambiente “a licitação deve ser estruturada de modo a promover o crescimento econômico nacional em termos compatíveis com a proteção ao meio ambiente”. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 443). Para Juarez Freitas:

(...) são os procedimentos administrativos por meio dos quais um órgão ou entidade da Administração Pública convoca interessados – no seio do certame isonômico, proba

e objetivo – com a finalidade de selecionar a proposta mais vantajosa, isto é, a mais sustentável, quando almeja efetuar pacto relativo a obras e serviços, compras, alienações, locações, arrendamentos, concessões e permissões, exigindo, fase de habilitação, as provas indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações avençadas. (FREITAS, 2011, p. 257).

Em uma definição advinda do Governo Federal, o Ministério do Planejamento qualifica e contextualiza as licitações públicas sustentáveis da seguinte forma:

É a criação de uma política de contratações públicas que leve em consideração critérios de sustentabilidade, ou seja, critérios fundamentados no desenvolvimento econômico e social e na conservação do meio ambiente através da utilização do poder de compra do Estado como instrumento de implementação de políticas públicas, visando, dar exemplo aos consumidores, induzir o comportamento de outros consumidores, reduzir a geração de resíduos, fortalecer o mercado de bens e serviços ambientais, maior ecoeficiência no processo produtivo, além de apoiar a inovação tecnológica. (MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, 2011)

As licitações sustentáveis podem impulsionar a geração de emprego e renda para a população de um município, sendo assim um fator de desenvolvimento local. Rachel Biderman explica essa prática em algumas cidades do Sul do Brasil, onde, por exemplo “prefeituras adquirem merenda escolar orgânica, de pequenos produtores familiares da cidade, gerando emprego e renda para a população rural e alimentação saudável para os estudantes do sistema público de ensino.” Posteriormente explica como esta mudança de paradigma poderá impactar no mercado dos fornecedores:

Uma mudança em direção à produção e ao consumo sustentável é outro objetivo importante das aquisições sustentáveis. (...) Se a maioria dos compradores públicos optar por produtos mais sustentáveis, uma demanda maior estimulará uma oferta maior, que conduzirá por sua vez a um preço mais baixo. Aquisições públicas podem ajudar a criar um grande mercado para negócios sustentáveis, aumentando as margens de lucro dos produtores por meio de economias de escala e reduzindo seus riscos. Além disso, as autoridades públicas, atores poderosos do mercado, podem incentivar a inovação e, conseqüentemente, estimular a competição da indústria, garantindo aos produtores recompensas pelo melhor desempenho ambiental de seus produtos, por



meio da demanda do mercado ou de incentivos concretos.  
(BIDERMAN, 2016)

Desse modo, o Poder Público na sua função de consumidor deve promover o desenvolvimento nacional sustentável optando por adquirir bens ou serviços corretos do ponto de vista ambiental, social e econômico, até porque quanto maior a procura nesse aspecto, maiores serão as ofertas e, conseqüentemente, diminuirá o valor de mercado dos produtos e isso permitirá que a população busque e adapte-se com essas novas práticas, o que per si ensejará melhorias qualitativas à sociedade.<sup>2</sup>

### **3.1 A adoção de critérios socioambientais nos procedimentos licitatórios**

Muitas dúvidas surgem especificamente em relação à adoção de critérios socioambientais nos procedimentos licitatórios. Seria essa adoção legal, não ferindo outros princípios assegurados pela Lei de Licitações? Para tanto, deve-se examinar a presente questão de acordo com uma interpretação sistemática.

A permissão para inserir o desenvolvimento sustentável pelo viés ambiental está prevista no artigo 225 da Constituição Federal e no artigo 170 que elenca os princípios da ordem econômica, sendo um deles o disposto no inciso VI: “Defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”

Deste modo, a atividade econômica deve ser voltada à preservação do meio ambiente e à diminuição dos danos a ele causados, ficando o Estado como o responsável pelas políticas públicas para assegurar o

---

<sup>2</sup> Segundo o Governo Brasileiro, por meio do site do Ministério do Meio Ambiente, trata-se do tema da seguinte forma: “As compras e licitações sustentáveis possuem um papel estratégico para os órgãos públicos e, quando adequadamente realizadas promovem a sustentabilidade nas atividades públicas. Para tanto, é fundamental que os compradores públicos saibam delimitar corretamente as necessidades da sua instituição e conheçam a legislação aplicável e características dos bens e serviços que poderão ser adquiridos. O governo brasileiro despende anualmente mais de 600 bilhões de reais com a aquisição de bens e contratações de serviços (15% do PIB). Nesse sentido, direcionar-se o poder de compra do setor público para a aquisição de produtos e serviços com critérios de sustentabilidade implica na geração de benefícios socioambientais e na redução de impactos ambientais, ao mesmo tempo que induz e promove o mercado de bens e serviços sustentáveis.” (BRASIL, 2015).

desenvolvimento econômico sustentável com a prática consciente das atividades e a preservação ambiental.

Segundo Daniel Ferreira, “a noção de responsabilidade socioambiental se encontra decantada na Lei das leis e aponta para um dever jurídico genérico, acometido a todos indistintamente, no sentido de harmonização das expectativas de crescimento, especialmente econômico, com os impactos de tanto, no meio social e ambiental.” (FERREIRA, 2011, p. 44) Sendo a Constituição Federal a Lei das Leis e assim hierárquica e superior às outras normas, todas as leis devem ser interpretadas em conformidade com os seus princípios e valores.

O Tribunal de Contas da União vem ajudando no desenvolvimento e aplicação das licitações ambientalmente sustentáveis por meio de seus julgados, conforme se constatapelosacórdãoscarreadosqueimpõe aosórgãosjurisdicionados o dever de observância do princípio do desenvolvimento nacional sustentável em suas respectivas licitações e contratos:

O TCU deu ciência à (*omissis*), acerca das seguintes situações: a) não adoção integral das normas de sustentabilidade ambiental nas aquisições de bens e serviços, o que afronta o art. 5º da IN/SLTI-MP nº 01/2010; b) não separação dos resíduos recicláveis descartados dando o destino adequado, o que afronta o preconizado no Decreto nº 5.940/2006. (Tribunal de Contas da União, itens 1.8.1 e 1.8.3, TC-042.106/2012-5, Acórdão nº 7.416/2013-2ª Câmara).

O TCU deu ciência à (*omissis*) a respeito das falhas/impropriedades a seguir transcritas: a) ausência de aplicação de penalidades a empresas que não mantiveram os lances apresentados no âmbito de processos licitatórios na modalidade pregão, na forma eletrônica, em desacordo com o art. 7º da Lei nº 10.520/2002; b) realização de licitação sem observância dos critérios de sustentabilidade ambiental na contratação de obras e serviços de engenharia, bem como na aquisição de soluções de tecnologia da informação, em desacordo com a Instrução Normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI/MPOG 01/2010 e art. 3º da Lei nº 8.666/1993. (Tribunal de Contas da União, itens 1.7.3 e 1.7.4, TC-022.374/2013-2, Acórdão nº 2.290/2014-2ª Câmara).

Recomendação ao (*omissis*) para que inclua critérios de sustentabilidade ambiental em suas licitações que levem em consideração os processos de extração ou fabricação,

utilização e descarte dos produtos e matérias primas, nos termos da Lei nº 12.187/2009 e da Instrução Normativa/SLTI-MP nº 1, de 19.01.2010. Cita-se, como referência, o "Guia de Contratações Sustentáveis da Justiça do Trabalho", do Conselho Superior da Justiça do Trabalho-2014.(Tribunal de Contas da União, item 1.7.1.4, TC-029.319/2013-7, Acórdão nº 6.708/2014-1ª Câmara).

Oportuno observar que o Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, tem a atribuição de controlar as licitações públicas e os contratos administrativos, ficando os órgãos e entidades interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, conforme previsto no artigo 113 da referida Lei.

### **3.2 Em quais momentos os critérios sustentáveis devem ser utilizados**

Outras dúvidas surgem em relação ao momento adequado para aplicar os critérios de sustentabilidade no procedimento licitatório, o qual é composto por fases, e cabe aqui demonstrar em quais delas poderá ser delimitado esse critério. Conforme exposto por Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro, a sustentabilidade pode ser delimitada em quatro momentos do procedimento licitatório: definição do objeto; fase de habilitação; julgamento das propostas; obrigações do contratado. (GARCIA; RIBEIRO, 2012. p. 245).

Na fase da definição do objeto o administrador público delimita e especifica o serviço, a compra ou a obra que pretende contratar. Desde que tecnicamente fundamentado, é possível a inserção de critérios sustentáveis na escolha do objeto. (GARCIA; RIBEIRO, 2012. p. 245). Contudo, é necessário cautela na sua definição e fundamentação a fim de evitar violação ao princípio da isonomia. Conforme leciona Marçal Justen Filho, somente há violação a referido princípio quando o ato convocatório: “a) estabelece discriminação desvinculada do objeto da licitação; b) prevê exigência desnecessária e que não envolve vantagem para a Administração; c) impõe requisitos desproporcionais com necessidades da futura contratação; d) adota discriminação ofensiva de valores constitucionais ou legais.” (JUSTEN FILHO, 2010. p. 71).

Em seguida, quanto à fase de habilitação, as suas exigências estão previstas na própria Lei de Licitações, em seu artigo 27 e seguintes.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Art.27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente,

O rol dos documentos habilitatórios é taxativo, portanto, limita o poder de escolha do administrador e assim dificulta a inserção de exigências sustentáveis. Em tese, somente dois dispositivos comportariam essas exigências. Seriam eles os artigos 28, inciso V e artigo 30, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993:

O art. 28, V, da Lei no 8.666/1993 exige na habilitação jurídica ato de registro de autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente quando a atividade assim o exigir. Pode-se imaginar, por exemplo, que uma determinada empresa para exercer uma atividade empresarial precise de uma licença específica de um órgão ambiental.

O art. 30, inciso IV, da Lei no 8.666/1993 prevê a possibilidade, na qualificação técnica, de exigir a prova de atendimento de requisitos previstos em leis especiais. Percebeu o legislador, corretamente, que seria impossível prever exigências de cada segmento econômico em um único diploma legal. Assim, é por meio desse dispositivo que se admite que o edital inclua exigências técnicas oriundas de outras normas, desde que, por óbvio, sejam indispensáveis para demonstrar a capacidade do licitante. (GARCIA, 2012, p. 248).

Afora esses dois dispositivos legais, Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro não vislumbram outros espaços para exigências autônomas de requisitos sustentáveis na fase de habilitação. (GARCIA, 2012, p. 249). Posteriormente, na fase de julgamento das propostas, passa-se a análise das propostas e ofertas para então determinar o vencedor. o critério de julgamento previsto no edital deverá ser observado e entre os tipos de licitação previstos no artigo 45 da Lei nº 8.666/1993: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta.

Entende-se que é possível admitir a estipulação de requisitos sustentáveis no julgamento das propostas somente nas licitações de melhor técnica ou técnica e preço, enquanto fator diferenciado de pontuação técnica. (GARCIA, 2012, p. 249). A possibilidade de inserir esses requisitos para o julgamento das propostas, com a finalidade de pontuação diferenciada,

---

documentação relativa a: I - habilitação jurídica; II-qualificação técnica; III -qualificação econômico-financeira; IV – regularidade fiscal e trabalhista; V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

deve estar expressamente prevista no edital e de forma objetiva, a fim de evitar direcionamento e possibilitar a ampla competição.<sup>4</sup>

Por fim, outra possibilidade de promover o desenvolvimento sustentável é por meio das obrigações que deverão ser assumidas pelo futuro contratado. “É possível, assim, que entre as obrigações do contratado estejam exigências em atenção à sustentabilidade ambiental da execução do objeto contratado.” (GARCIA, 2012, p. 250). O artigo 10 da Lei nº 12.462 de 2011, que introduziu o Regime Diferenciado de Contratações, previu expressamente que “na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável, vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.” Nesta diretriz, possibilitou uma remuneração variável do contratado vinculado a critérios de sustentabilidade ambiental, criando um incentivo econômico para o contratado que utilizar desses padrões.

#### **4 CONFLITO OU COLISÃO ENTRE AS FINALIDADES DA LICITAÇÃO?**

As finalidades da licitação devem ser promovidas concomitantemente, porém, é comum o pensamento de que ao observar e levar em consideração critérios para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, as finalidades da isonomia e da proposta mais vantajosa seriam prejudicadas e até inaplicadas.

A seguir será demonstrado se isso realmente ocorre ou se todas as finalidades podem conviver umas com as outras para promover uma licitação integralmente eficaz.

##### **4.1 Sustentabilidade e isonomia**

O artigo 3<sup>a</sup>, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 prevê a isonomia como finalidade licitatória, e o parágrafo 1<sup>o</sup>, inciso I, do mesmo diploma legal

---

<sup>4</sup> Art.45.O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (Lei 8.666/93).

veda a inclusão de cláusulas ou condições que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame.

Para Marçal Justen Filho, existe diferenciação entre os interessados para contratar com a Administração Pública, pois no caso concreto, se não existisse essa diferenciação ela teria que contratar todos os interessados, ou não contratar nenhum. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 58). Então é necessário fazer uma escolha com quem quer contratar, deixando bem observado todas as regras e especificando o porquê disso. Essa conduta é válida desde que necessária e fundamentada pelo administrador público:

Em caso de dúvida acerca de eventual ferimento do princípio da igualdade, em primeiro lugar há de se verificar se há uma correlação lógica entre a implantação de uma política de consumo sustentável pela Administração Pública e a justificativa (transformar a licitação em atividade de desenvolvimento econômico sustentável, com nítido caráter regulatório). Havendo tal compatibilização, é de se afastar a tese de violação ao princípio da igualdade. (BARCESSAT, 2011, p. 74).

Além disso, imperioso recordar da clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, o qual estabelece que o tratamento diferenciado somente é possível quando concorrerem três elementos: 1º) existência de diferenças nas próprias situações de fato que serão reguladas pelo direito; 2º) correspondência (adequação) entre tratamento discriminatório e as diferenças existentes entre as situações de fato; e 3º) correspondência (adequação) entre os fins visados pelo tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico. (MELLO, 1999, p. 10).

Pelo acima exposto, fica afastada a hipótese de violação ao princípio da isonomia, pois a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é obrigatória, visto que está elencada como um dos objetivos fundamentais da República e alberga uma correspondência entre a discriminação ocorrida, as diferenças e os objetivos colimados. Existe sim, desse modo, ilegalidade se a licitação não estiver em plena conformidade com os parâmetros e diretrizes normativas de sustentabilidade.

## **4.2 Sustentabilidade e vantajosidade**

Uma dúvida muito frequente atinente às licitações e contratações que envolvem as aquisições de bens ou serviços produzidos de

forma sustentável é em relação ao seu custo, já que muitas vezes é considerado mais elevado.

Para Rachel Biderman, em primeira análise, os custos do produto sustentável são mais caros, porém é necessário levar em conta o seu custo real, que não é simplesmente o preço de compra pago pelo produto, mas sim os custos durante todo o seu ciclo de vida (os de compra, operação, manutenção e disposição do produto). Por esta razão, a autora destaca que “quando examinamos o caso da licitação sustentável, assim que os custos ‘ocultos’ do ciclo de vida são levados em conta, as vantagens econômicas da compra de produtos sustentáveis ficam óbvias.” Posteriormente, exemplifica:

Por exemplo, o preço das lâmpadas fluorescentes compactas é mais elevado do que o das incandescentes convencionais, mas elas duram 10 vezes mais e consomem somente 1/4 da eletricidade que as incandescentes. Por isso, oferecem economia em contas públicas durante sua vida.

Na crise energética no Brasil, em 2001, conhecida popularmente como “apagão”, houve grande migração em edifícios públicos e privados, bem como nas residências, para o uso de lâmpadas mais eficientes sob o ponto de vista energético, além de instalação de sistemas mais econômicos. Além de ganhos econômicos, significa ganhos ambientais. (BIDERMAN, 2016)

Percebe-se então, que quando se fala em vantajosidade não deve ter como único aspecto o viés financeiro, mas também a qualidade oferecida pela escolha do produto sustentável e as vantagens sociais e ambientais, o que por si gerará a apreciação sob o prisma econômico em sentido lato. O exame econômico é muito mais amplo do que a mera comparação dos valores financeiros. Infelizmente é comum associar nas compras públicas a crença dogmática (“quase como se fosse uma crença metafísica, transcendental ou religiosa”) de que se deve perquirir de maneira fanática sempre o menor preço. Não se pode aquiescer com a compra da lâmpada mais barata do ponto de vista pecuniário, se tal bem deteriorar o meio ambiente. Por isso, a licitação deve estabelecer regras no ato convocatório que primem pela busca da proposta mais vantajosa, da isonomia e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, o que por si ensejará uma análise social, econômica e ambiental.

Doutro lado, as escolhas a serem colocadas no ato convocatório para as licitações sustentáveis não permitem a inserção de normas editalícias que somente busquem a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e direcionem para um grupo só de fornecedores (afronta à isonomia) ou que venham a sacrificar o erário com um montante excessivo de valores (desprezo à economicidade). Uma coisa é comprar um produto sustentável por um preço superior a trinta por cento dos demais, outra situação é assentar a contratação por um valor com 500% de diferença. Para tanto, a razoabilidade e a proporcionalidade na fixação das regras editalícias impõem um dever de motivação responsável aos agentes públicos para que fique bem externadas as razões de fato e de direito determinantes no caso concreto.

Portanto, a vantajosidade demanda uma acurada interpretação sistemática das três finalidades da licitação em conjunto com os princípios do regime jurídico administrativo. Não se deve aquilatar somente os valores das licitações e das contratações, mas principalmente se os objetos foram bem mensurados e estudados. Isso quer dizer, a definição do objeto licitado e contratado deve perscrutar vários aspectos, qual o prazo de vida útil, qual o impacto socioeconômico e ambiental, qual o custo para a manutenção preventiva e corretiva, etc.. Neste cariz, apesar do custo do produto sustentável em si ser superior ao “do tradicional”, a vantajosidade demandará uma análise mais ampla, levando em consideração o ciclo de vida e a qualidade do objeto ante o meio ambiente e o meio social. Assim sendo, não há conflito entre a promoção do desenvolvimento nacional sustentável com a vantajosidade.

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que o desenvolvimento sustentável impõe ao Estado promovê-lo levando em consideração todas as suas dimensões, sendo elas econômica, social, ambiental, ética e jurídico-política. Deve-se utilizar o raciocínio apresentado pelo Relatório Brundtland para justificar as licitações sustentáveis, visto que auxiliará na proteção das gerações futuras. Ademais, o desenvolvimento nacional sustentável é considerado um direito fundamental, enquadrando-se na terceira dimensão dos direitos fundamentais, que diz respeito aos direitos de solidariedade. Por força disso, se a Administração Pública deixar de adotar medidas que visem ao fomento do desenvolvimento nacional sustentável, estará



violando direito fundamental, por conseguinte, os interessados podem, e devem, cobrar perante o Poder Público a satisfação desse direito.

Uma forma do Estado promover o referido desenvolvimento nacional sustentável é por meio das licitações públicas e dos contratos administrativos que permitem a compra de produtos oferecidos de maior número de benefícios para o ambiente e a sociedade, com parâmetros de consumo menos agressivos ao meio ambiente e maiores retornos qualitativos à sociedade. Portanto, instituir as contratações administrativas sustentáveis é uma política pública em plena conformidade com a Constituição da República de 1988 e que deverá ser incrementada no dia a dia da Administração Pública brasileira, já que refletirá melhorias na qualidade de vida das pessoas no âmbito econômico, social e ambiental, garantindo que as futuras gerações tenham o direito às mesmas garantias conquistadas no presente. Por tudo isso, a busca incessante pela promoção do desenvolvimento nacional sustentável mais do que um direito, é um dever de todos e a Administração Pública não pode alijar-se desta conscientização.

## REFERÊNCIAS

BARCESSAT, Lena. Papel do Estado brasileiro na ordem econômica e na defesa do meio ambiente: necessidade de opção por contratações públicas sustentáveis. In: BARKI, Teresa Villac Pinheiro. SANTOS, Murillo Giordan (Coord). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BIDERMAN, Rachel, et. al. **Guia de compras públicas sustentáveis: uso do poder de compra do governo para promoção do desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <[http://www.cqgp.sp.gov.br/gt\\_licitacoes/publicacoes/Guia-de-compras-publicas-sustent%C3%A1veis.pdf](http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/Guia-de-compras-publicas-sustent%C3%A1veis.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável. In: BARKI, Teresa Villac Pinheiro; SANTOS, Murillo Giordan (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. **Licitação sustentável**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/eixos-tematicos/item/526&gt>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

COMISSÃO Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>>. Acesso em: 30 mar.2016.

Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro de 3 a 14 de Junho de 1992. **Declaração da ECO-92 sobre ambiente e desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 30 mar.2016.

**Declaração sobre o direito ao desenvolvimento 1986**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm>>. Acesso em: 30 mar.2016.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA, Daniel. **Inovações para a responsabilidade socioambiental das empresas: o papel das licitações e dos contratos administrativos**. In: Seminário Ítalo-Brasileiro, 2011, Curitiba. Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil 2001. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 42-65.

\_\_\_\_\_. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GARCIA, Flávio Amaral; RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Licitações públicas sustentáveis**. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 260, p. 231-254, maio/ago. 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012b.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. **Contratações públicas sustentáveis**. 2011. Disponível em: <<http://www.abntonline.com.br/Rotulo/Dados/Images/file/Contrata%C3%A7%C3%B5es%20P%C3%BAblicas%20Sustent%C3%A1veis.pdf>>. Acesso em: 04. abr. 2016. p. 2.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição brasileira de 1988. **Revista eletrônica de direito administrativo econômico**. n. 16, novembro/dezembro/janeiro. Salvador, 2009.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. **Direito ao desenvolvimento como direito fundamental**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Belo Horizonte, 16., 2007. Belo Horizonte. Anais... Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2007. p. 6963. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel\\_messias\\_peixinho.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf)>. Acesso em: 21 abr. 2016.

REIS, Luciano Elias. **Inovações legislativas nas contratações administrativas para a incrementação da responsabilidade socioambiental por intermédio do fomento da pesquisa científica e tecnológica**. In: Seminário Ítalo-Brasileiro, 2011, Curitiba. Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil 2001. Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 115-146.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição – conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coords.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.



# DA RELAÇÃO ENTRE PODER CONSTITUINTE E PODER CONSTITUÍDO NO ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA.

## *THE RELATIONSHIP BETWEEN CONSTITUENT POWER AND CONSTITUTED POWER IN THE PLURINATIONAL STATE OF BOLIVIA*

Harley Sousa Carvalho\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O poder constituinte na perspectiva de Antônio Negri e seu confronto com o constitucionalismo. 2. A Bolívia de 1982 a 2006: transição para a democracia e os primeiros passos da refundação. 3. De 2006 a 2009: a nova constituição. 4. Das principais inovações trazidas pela constituição de 2009: um poder constituinte que se faz permanente. 5. Terceira eleição consecutiva de Evo Morales: os poderes constituídos ultrapassando seus limites. 6. Poder constituinte x rigidez constitucional: a previsão de reforma total. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar a relação entre Poder Constituinte e Poder Constituído no Estado Plurinacional da Bolívia. Partindo-se das profundas mudanças sociais, políticas e constitucionais ocorridas no mencionado país sul-americano desde o início do século, o Poder Constituinte é caracterizado, com apoio da filosofia política de Antônio Negri, como potência permanente e ilimitada que possui a capacidade de construir e efetivar um profundo e autêntico regime democrático, não sendo contido, inclusive, pela própria Constituição do Estado Plurinacional de 2009, que reconhece variados mecanismos de participação política direta e a expressa possibilidade de reforma total do seu texto. Por outro lado, será apontado que, inobstante os avanços em práticas democráticas no contexto boliviano, há o permanente risco de expropriação da potência democrática por parte do círculo restrito do Poder Constituído, subvertendo a liberdade democrática em dominação. Para os propósitos deste trabalho, iremos explicitar o quadro teórico utilizado, apresentar análises de autores especializados na realidade sócio-política boliviana, bem como estudar sua Constituição, legislação e jurisprudência relacionada aos fatos aqui apresentados.

**Palavras-chave:** Poder Constituinte. Poder Constituído. Estado Plurinacional da Bolívia. Antônio Negri.

**ABSTRACT:** *This article aims to analyze the relationship between Constituent Power and Constituted Power in the Plurinational State of Bolivia. Starting from the deep social, political and constitutional changes occurred in said South American country since the beginning of the century, the Constituent Power is featured, with support from the political philosophy of Antonio Negri, as permanent and unlimited power that has the ability to build and perform a deep and authentic democratic regime, not being restrained, including, by 2009 Constitution of the Plurinational State, which recognizes several mechanisms of direct political participation and the express the possibility of total reform of its text. On the other hand, it pointed out that despite advances in democratic practice in the Bolivian context, there is a permanent risk of expropriation of democratic power by the narrow circle of the Constituted Power, subverting the democratic freedom in domination. For the purposes of this paper, we will explicit the theorical framework, show analysis of expert authors in the bolivian social and polical reality, and study bolivian's Constitution, legislation and jurisprudence related to the facts presented here.*

**Keywords:** *Constituent Power. Constituted Power. Plurinational State of Bolivia. Antonio Negri.*

---

\* Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

**Como citar:** CARVALHO, Harley Sousa. Da relação entre poder constituinte e poder constituído no Estado plurinacional da Bolívia. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-16, ago-dez., 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

## INTRODUÇÃO

A dicotomia entre Poder Constituinte e Poder Constituído é uma das mais clássicas e basilares lições da Filosofia Política e do Direito Constitucional, sendo uma das principais heranças do pensamento moderno, que, contudo, não ficou estagnado em suas formulações originárias, recebendo uma diversidade de atualizações.

Enquanto o Poder Constituinte seria a expressão de uma potência extraordinária exercida pela soberania popular que romperia com uma ordem jurídica anterior e inauguraria uma nova, o Poder Constituído é descrito como aquele exercido pelos representantes do povo em um ambiente de normalidade institucional, real ou aparente, sempre limitado pelos termos e fundamentos postos pela atividade constituinte.

Nesta compreensão, o Poder Constituinte seria a máxima consagração do princípio democrático, enquanto o Poder Constituído consagraria o constitucionalismo, o Estado de Direito e a legalidade (VIDAL, 2009, p. 22).

Contudo, essa didática separação entre Poder Constituinte e Poder Constituído, com a definição e justificação de cada função desempenhada, não pode ser confundida com uma relação harmônica no plano das práticas jurídicas e políticas.

Atensão existente entre democracia e constitucionalismo é um tema recorrente tanto na teoria da constituição clássica quanto na contemporânea. As duas propostas, a democrática e a constitucionalista, partem de racionalidades diferentes que irão, em muitas ocasiões, se contrapor dentro da vivência política e jurídica de uma determinada sociedade.

Por outro lado, apesar das diferenças que existem entre si, tanto a democracia quanto o constitucionalismo ganharam notória força na segunda metade do século XX, quando aquela passou a ser proposta para resguardar as nações de regimes autoritários, enquanto este foi defendido para proteger os indivíduos e as minorias das lesões e riscos decorrentes da ação majoritária.

Portanto, diante de tema tão palpitante, propomos no presente artigo expor como tais concepções se relacionam dentro da experiência democrática e constitucional do Estado Plurinacional Boliviano, que prioriza, dentro da relação acima destacada, o elemento democrático, oferecendo uma configuração bem peculiar e original.

Em nossa análise, Poder Constituinte e Poder Constituído serão trabalhados a partir do referencial teórico da filosofia política de Antônio Negri, que concebeu uma teoria do Poder Constituinte em que este não seria mais compreendido como um evento episódico e extraordinário, mas como uma potência permanente e revolucionária que se oporia constantemente aos limites do Poder Constituído e do constitucionalismo.

Nosso plano de trabalho consistirá numa apresentação dos pontos fundamentais da teoria do Poder Constituinte de Antônio Negri para possibilitar uma compreensão de seu rompimento com a filosofia política clássica e dominante, além de justificar a sua escolha como referencial.

Em seguida, a abordagem irá se voltar para a Assembleia Constituinte boliviana dos anos de 2006 e 2007, acentuando o contexto histórico em que ela foi gestada, com a indicação das questões da participação popular e das reiteradas tentativas em que os Poderes Constituídos buscaram escapar da vontade e da ação popular.

Será dado ênfase, igualmente, à tentativa em se estabelecer uma democracia direta e participativa com a criação de vários canais institucionais para a sua manifestação, cujo destaque está na peculiar previsão da possibilidade de reforma total da Constituição, consagrando o Poder Constituinte boliviano como elemento que permanece ativo, potencializado e acima das limitações constitucionais, mas que está constantemente sob ameaça de expropriação pelos Poderes Constituídos.

## **1 O PODER CONSTITUINTE NA PERSPECTIVA DE ANTÔNIO NEGRI E SEU CONFRONTO COM O CONSTITUCIONALISMO.**

Como antecipado na introdução, Antônio Negri desenvolveu uma teoria do Poder Constituinte que coloca a democracia em franca e irreconciliável oposição ao constitucionalismo moderno. Ciente da peculiaridade e originalidade da teoria desenvolvida pelo autor italiano, julgamos necessário, uma vez que o adotamos como referencial para articular a relação entre Poder Constituinte e Poder Constituído na Bolívia, apresentar alguns aspectos essenciais para a sua compreensão.

Muito além de um tema a ser compreendido dentro dos esquemas conceituais da doutrina constitucional, o Poder Constituinte descrito por Negri assume uma feição que escapa a qualquer formalismo jurídico (NEGRI, 2002, p. 10), defendendo “que a democracia é teoria do governo

absoluto, ao passo que o constitucionalismo é teoria do governo limitado e, portanto, prática da limitação da democracia” (NEGRI, 2002, p. 8).

Nessa linha crítica, irá ressaltar o paradoxo existente dentro de uma visão do Poder Constituinte que se limitará a criar ou legitimar o estabelecimento de uma nova constituição e ordem jurídica para depois se ocultar por detrás dos poderes constituídos (NEGRI, 2002, p. 9) e da máquina da representação (NEGRI, 2002, p. 13).

Para construir sua visão alternativa de Poder Constituinte, Negri irá desenvolver uma linha de pesquisa que atravessará uma série de autores cujas contribuições são estranhas e refratárias às bases filosóficas e políticas do constitucionalismo<sup>1</sup>, pautando-se especialmente em Maquiavel, Espinoza e Marx, mas não realizando plena adesão a nenhum deles.

Em Maquiavel, Negri será muito influenciado pela visão política do florentino que rompe com a tradição grega ou cristã que pautava o desenvolvimento da história em forças como o destino ou Deus<sup>2</sup>, colocando a força motora da história nos interesses humanos, sendo uma autêntica concepção materialista do tempo e da política. Valendo-se da dicotomia entre *virtú* e *fortuna*, onde aquela representa o protagonismo humano na construção da realidade e esta a sujeição a fatores alheios à ação, afirmará a necessidade de se revelar a *virtú* própria do Poder Constituinte, que romperá com as tradições dominantes e negadoras da sua força, não desconsiderando a possibilidade de seu exercício por meio das armas. Escreve Negri:

A *virtú* é trabalho vivo, capaz de destruir, pouco a pouco, as tradições e o poder que foram consolidados contra a vida. Não é casual que, pela primeira vez, desenvolva-se em termos teóricos o que até aqui foi objeto de exercícios práticos, ou discurso retórico de conclamação: aqui, ao contrário, fica demonstrado que a *virtú* pode se fazer potente com as armas, ou melhor que somente a *virtú* pode se fazer potente com as armas (NEGRI, 2002, p. 109).

---

<sup>1</sup> A título de exemplo, o clássico teórico do Poder Constituinte, Emmanuel-Joseph Sieyès, recebeu influência determinante do pensamento iluminista, em especial de John Locke (CAMPOS, 2014. p. 153-174).

<sup>2</sup> Ressalta Negri (2002, p.428): “A perspectiva jusnaturalista é o segundo limite enfrentado pela teoria histórica do poder constituinte que temos visto em ação, tanto em sua dimensão criadora como em sua progressão. [...] Marx e Maquiavel dele não se ocupam, a não ser em referências irônicas. Também em Espinoza, o naturalismo é tão oblíquo, e sua conotação é tão materialista que uma eventual definição de seu pensamento como jusnaturalista chega a ser grotesca”.



Nas obras de Espinoza, uma das suas influências mais fortes e que se encontra presente em toda sua bibliografia, Negri busca vários conceitos importantes.

Pode-se destacar a opção pela imanência em detrimento da transcendência que irá repercutir de forma fundamental no seu trabalho. Ao aderir a uma filosofia da imanência como delineada por Espinoza, Negri busca afastar e denunciar quaisquer valores que fujam da natureza humana e da sua força de construção política. Assim, visa o teórico italiano liberar toda potência construtiva do Poder Constituinte que não poderá ser aprisionada por visões mítico-religiosas nem decorrentes do formalismo jurídico, promovendo uma autêntica democracia radical. A seguinte passagem pode ser bastante elucidativa dessa influência:

Há um outro plano no qual o poder constituído prepara uma emboscada para o poder constituinte: o do pensamento transcendental. Ele se traduz em idealismo ou em formalismo: em ambos os casos, tenta colocar laços e impedir a imbricação democrática e radical da *potentia* com a *multitudo* (NEGRI, 2002, p. 429).

O poder político será movido pelos anseios de seus componentes em perseverar na própria existência e elevar a sua potência, não havendo limites estabelecidos para a consecução desse objetivo. As noções do bem e do mal, do certo e do errado, serão substituídas pelas de útil e não útil relativa à conservação dos indivíduos (SPINOZA, 2013, p. 170) e da multidão (SPINOZA, 2013b, p. 42-46).

No último dos pilares de suas influências teóricas, Negri seguirá as análises de Karl Marx que estabelecem um vínculo indissociável entre economia e política, o que implicará em colocar a centralidade do trabalho vivo dentro do conceito de Poder Constituinte.

Seguindo essa linha de argumentação, o Poder Constituinte deixa de ser um tema propriamente jurídico, onde é desenvolvido como potência criadora e legitimadora das instituições jurídicas e políticas<sup>3</sup>, mas desce

---

<sup>3</sup> Contra configuração do Poder Constituinte como mera instância legitimadora da ordem jurídica, escreve Negri (2002, p. 314): “Nesta perspectiva, o poder constituinte torna-se não apenas um poder extraordinário, mas um poder que estabelece limites – limites estes que se referem, antes de mais nada, a ele próprio. Além desses limites, ele é um poder sem força. Nesse jogo complexo, o contrato de associação subordina-se dinamicamente a uma regra de sujeição.”

aos níveis mais profundos da economia e, em especial, situa-se dentro da luta de classes (NEGRI, 2002, p. 355).

O trabalho vivo representa toda força produtiva e criadora da classe operária que, sendo fonte de toda energia produtiva da sociedade, deve ser reconhecida como autêntica manifestação do Poder Constituinte que tem como objetivo não apenas reformas superficiais e burocráticas, mas uma profunda revolução das relações econômicas da sociedade (NEGRI, 2002, p. 450).

A democracia de Negri não é eleitoral nem moldada pelas regras do direito positivo. É procedimento absoluto, situado em toda ação popular que intervém sobre as estruturas sociais e econômicas; é o trabalho vivo que constrói novas possibilidades. Podemos definir, em outras palavras, como uma democracia que se manifesta nas ruas e no confronto.

Em oposição ao trabalho vivo, Negri coloca o trabalho morto e o identifica com o Poder Constituído (executivo, legislativo, judiciário e qualquer arranjo institucional que freie a ação revolucionária), o qual desempenhará dentro da teoria de Negri o papel não de criação, mas de expropriação da potência do Poder Constituinte.

Como fica claro com esse repasse breve e introdutório das principais influências de Negri e como ele as emprega, sua teoria do Poder Constituinte rompe severamente com a forma como o tema é abordado por maior parte da comunidade acadêmica do Direito, colocando-o não apenas como força legitimadora, mas revolucionária permanente.

Diante dessa consideração, chega-se a uma importante observação: a inadequação em se articular a proposta do autor com um Direito Constitucional clássico, rígido e que, em regra, consagra de forma universal direitos advindos das revoluções liberais como liberdade, propriedade e separação de poderes.

Com esse alerta em mente, apenas uma estrutura sócio-política que privilegie o movimento democrático em detrimento da rigidez da constituição é que poderá acolher um Poder Constituinte com as feições delineadas pelo autor italiano. A prioridade dada à democracia em contraposição à tradição constitucionalista é a configuração jurídica e política que marca, por exemplo, o Estado Plurinacional boliviano, que buscou sua refundação visando uma radical descolonização valorativa e institucional e, especialmente, colocando o exercício da democracia acima das limitações constitucionais, ganhando até mesmo reconhecimento do autor, em uma das suas mais recentes obras:

Os movimentos sociais na Bolívia que conduziram o caminho para a eleição de Evo Morales à presidência em 2005 são um poderoso exemplo deste paralelismo da modernidade alternativa, que realiza formas políticas que expressam a autonomia e a conexão de distintos conjuntos de reivindicações e subjetividades sociais (NEGRI; HARDT, 2009, p. 121, tradução nossa<sup>4</sup>).

Características como a democracia participativa e a busca por uma revolução das relações sociais presentes na experiência democrática boliviana colocam a teoria de Negri como a mais adequada para a compreensão entre as tensões entre Poder Constituinte e Poder Constituído no referido país, embora não haja uma plena identidade entre a prática boliviana e a teoria negriana.

Todavia, adotar o Poder Constituinte na perspectiva de Antônio Negri não representa defender que sua formulação se encontra livre de objeções ou que seja a palavra definitiva sobre a temática. A caracterização das concepções de democracia e constitucionalismo como dois extremos inconciliáveis pode ser entendida como uma simplificação da relação entre esses dois conceitos que assumiram, com o desenvolvimento das teorias política e constitucional contemporânea, a qualidade de mútua implicação, propondo-se que “é necessário limitar a vontade do povo para preservá-la” (TORRES, 2011, p.9). Uma segunda alternativa interpretativa para a relação entre constituição e democracia que gostaríamos de destacar é a de Vera Karam Chueiri que, apesar de dialogar de forma mais intensa com Negri, propõe nova leitura:

Uma Constituição radical deve reter a ideia de potência, de impulso constituinte. Porém, diferentemente do que aponta Negri – e aqui retome-se o que disse anteriormente –, acredito que é a partir da aplicação da própria Constituição, a partir da concretização dos direitos nela previstos, que se pode atualizar e revigorar sua potência, sua carga revolucionária, no Estado Constitucional Democrático (CHUEIRI, 2013, p. 34).

---

<sup>4</sup> Original: Los movimientos sociales em Bolivia que allanaron el camino para la elección de Evo Morales a la presidencia em 2005 son um poderoso ejemplo de este paralelismo de la altermodernidad, que realza formas políticas que expresan la autonomía y la conexión de distintos conjutos de reivindicaciones y subjetividades sociales (NEGRI; HARDT, 2009, p. 121).

Contudo, a escolha da obra de Antônio Negri oferece vantagens teóricas pela ênfase dada pelo autor ao aspecto político do Poder Constituinte, característica intensa na história recente da Bolívia. Um segundo elemento determinante para a opção deste quadro teórico consiste na acentuação das tentativas dos Poderes Constituídos em buscar subverter e expropriar o Poder Constituinte democrático, permitindo uma compreensão dos fatos que serão a seguir relatados.

Posto e justificado o quadro teórico adotado, bem como fornecidos os elementos para a sua compreensão e do sentido em que os termos serão empregados, podemos passar à investigação específica do caso boliviano, o que se faz a partir do tópico a seguir.

## **2 A BOLÍVIA DE 1982 A 2006: TRANSIÇÃO PARA A DEMOCRACIA E OS PRIMEIROS PASSOS DA REFUNDAÇÃO**

A busca por uma refundação do Estado boliviano não se iniciou de forma gratuita ou por mera extravagância política. Pelo contrário, foi um desígnio que maturou por longos anos permeados por conflitos e crises.

A pobreza<sup>5</sup>, concentração de renda e instabilidade econômica são elementos que contribuíram para um ambiente de turbulência política que levou a Bolívia a ter 9 presidentes entre 1982, ano que marcou o fim da sequência de governos militares, até 2005, quando Juan Evo Morales Ayma foi eleito para o cargo.

Durante o período acima mencionado vigorou a Constituição de 1967, cujo o texto recebeu significativas alterações pelas reformas dos anos de 1994 e 2004. Destas, destacamos que a primeira citada já indicava uma característica que seria essencial na vindoura constituição do Estado Plurinacional: o caráter multiétnico e pluricultural da sociedade boliviana.

No entanto, a reforma ocorrida na década de noventa não pôde ser considerada como o marco constitucional do plurinacionalismo boliviano, uma vez que a diversidade cultural reconhecida pelo texto não refletiu sobre a estrutura institucional do poder público, que conservou a configuração tradicional de um Estado Constitucional ocidental<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Segundo dados do Banco Mundial, em 2006, quase 60% da população boliviana vivia em condições de miséria. (WORLD BANK, 2006).

<sup>6</sup> Sobre a reforma de 1994, assim comentaram Moira Zuazo, Jean-Paul Faguet e Gustavo Bonifaz (2012, p. 37): “El aporte fundamental de la Constitución de 1994 fue reconocer que la sociedad boliviana es compleja, con identidades múltiples y

Apesar dessas reiteradas tentativas de se instaurar um equilíbrio político e constitucional na Bolívia, as reformas não tiveram a capacidade de eliminar ou diminuir as constantes crises que se sucederam, as quais alcançaram níveis significativos no fim do século XX e início do século XXI.

Neste ponto, destacamos dois conflitos que ficaram conhecidos como a “guerra da água” e a “guerra do gás”.

A guerra da água ocorreu na cidade de Cochabamba, no ano 2000, consistindo em manifestações e confrontos em decorrência da privatização do sistema de abastecimento de água na região da referida cidade (CORDERO, 2009, p. 91). Já a guerra do gás consistiu em uma rebelião civil, em 2003, que buscava garantir que o gás canalizado, um dos principais recursos naturais bolivianos, atendesse o mercado interno antes de ser direcionado ao comércio exterior, uma vez que significativa parte da população local não usufruía do abastecimento adequado do produto (QUIROGA, 2003, p. 28).

Os recorrentes conflitos e uma série de crises políticas fizeram com que entre 2001 e 2005 quatro presidentes diferentes assumissem o cargo, repercutindo diretamente no enfraquecimento de tradicionais lideranças políticas e a possibilidade de surgimento de novas alternativas<sup>7</sup>, o que culminou na histórica eleição de Evo Morales, em 2005, para ser o primeiro indígena a ocupar o mais alto cargo do Executivo do país.

---

superpuestas y reivindicaciones históricas internas. El nuevo orden toma el passo adicional de institucionalizar las diferencias sociales en grupos legalmente distintos con privilegios jerárquicos.” Tradução: “O aporte fundamental da Constituição de 1994 foi reconhecer que a sociedade boliviana é complexa, com identidades múltiplas e superpostas e reivindicações históricas internas. A nova ordem toma o passo adicional de institucionalizar as diferenças sociais em grupos legalmente distintos com privilégios hierárquicos (tradução nossa).”.

<sup>7</sup> Raúl Padra (2010, p.68), membro eleito da assembleia constituinte de 2006, assim escreveu: “Los movimientos sociales desatados en el 2000 y que duran hasta el 2005 ponen en evidencia la crisis múltiple del Estado: crisis del Estado colonial, crisis del Estado liberal y su modalidad de gobiernos neoliberales, crisis del Estado moderno y crisis del la versión capitalista en un país periférico.” Tradução: “Os movimentos sociais iniciados em 2000 e que duraram até 2005 colocaram em evidência as múltiplas crises do Estado: crise do Estado colonial, crise do Estado liberal e sua modalidade de governos neoliberais, crise do Estado modernos e crise da versão capitalista de um país periférico (tradução nossa)”.

Realizando uma leitura dos mencionados fatos históricos a partir da teoria de Antônio Negri, poder-se-ia apontar que o Poder Constituinte, como potência criadora, elemento de uma crise e fruto da ação popular, se fez presente e ativo antes mesmo da convocação da futura Assembleia Constituinte através das inúmeras resistências criadas e opostas aos governos então dominantes, possibilitando a abertura de novos caminhos políticos, constitucionais e institucionais de expressão da potência popular.

Essa forma de compreensão dos fatos acima narrados também é realizada por Hugo Moldiz, que adota uma linguagem semelhante à de Negri:

Em síntese, entre 1985 e 2002, Bolívia experimentou um predomínio quase absoluto da sociedade política sobre a sociedade civil, enquanto que entre 2002 e 2005, a institucionalidade democrático-burguesa se debilitou e as massas assumiram o protagonismo. Neste último período, a democracia deliberativa das ruas, das comunidades e das vizinhanças venceu a democracia institucionalizada que reduz os cidadãos e cidadãs à sua mera condição de votantes (MOLDIS, 2006, p. 21, tradução nossa<sup>8</sup>).

Contudo, apesar da expressividade que o Poder Constituinte se manifestou na chamada “democracia das ruas”, muitos desafios foram postos a ele nos anos que sucederam e que serão objetos de análise nos tópicos em seguida.

### **3 DE 2006 A 2009: A NOVA CONSTITUIÇÃO**

Os anos de crise foram necessários para o estabelecimento de um cenário propício para mudanças significativas na sociedade boliviana. A eleição de Evo Morales foi um agudo indicador da quebra de paradigmas na política do país, sendo o primeiro indígena a ocupar o posto.

A ideia da realização de uma Assembleia Constituinte começou a se materializar, em 2006, com a edição da Lei n. 3364 que inaugurou o

---

<sup>8</sup> Original: Em síntese, entre 1985 e 2002, Bolívia experimentou um predomínio quase absoluto da sociedade política sobre a sociedade civil, enquanto que entre 2002 e 2005, a institucionalidade democrático-burguesa se debilitou e as massas assumiram o protagonismo. Neste último período, a democracia deliberativa das ruas, das comunidades e dos vizinhos venceu a democracia institucionalizada que reduz os cidadãos e cidadãs à sua mera condição de votantes (MOLDIS, 2006, p. 21).

processo eleitoral para a escolha de 255 representantes constituintes para compor o órgão (art. 5º).

A referida lei retirou seu fundamento jurídico e constitucional do artigo 232 da Constituição então vigente que havia sido reformada em 2004, ou seja, no cerne da crise civil que gestou as significativas mudanças que se sucederam. O mencionado artigo estabeleceu a possibilidade de convocação de uma Assembleia Constituinte com competência para reforma total do texto constitucional, como se vê de sua redação:

Artigo 232 – A reforma total da Constituição Política do Estado é potestade privativa da Assembleia Constituinte, que será convocada por Lei Especial de Convocação, a qual indicará as formas e modalidades de eleição dos constituintes, será sancionada por dois terços de votos dos membros presentes do Congresso Nacional e não poderá ser vetada pelo Presidente da República (Tradução nossa<sup>9</sup>).

Voltando-se para a lei convocatória, podemos verificar em seu artigo 3º a clara intenção de estabelecer absoluta independência do Poder Constituinte em relação aos Poderes Constituídos, como pode ser compreendido da sua leitura:

Artigo 3º - Se denomina Assembleia Constituinte a reunião de representantes constituintes eleitos mediante voto universal, direto e secreto. É independente e exerce a soberania do povo. Não depende nem está submetida aos poderes constituídos e tem como única finalidade a reforma total da Constituição Política do Estado. A Assembleia Constituinte não interferirá no trabalho dos poderes constituídos, os quais seguem seguiram exercendo suas funções constitucionais de maneira segura (Tradução nossa<sup>10</sup>).

---

<sup>9</sup> Original: Artículo 232º.- La Reforma total de la Constitución Política del Estado es potestad privativa de la Asamblea Constituyente, que será convocada por Ley Especial de convocatoria, la misma que señalará las formas y modalidades de elección de los constituyentes, será sancionada por dos tercios de voto de los miembros presentes del H. Congreso Nacional y no podrá ser vetada por el Presidente de la República.

<sup>10</sup> Original: Se denomina Asamblea Constituyente, a la reunión de representantes constituyentes elegidos mediante voto universal, directo y secreto. Es independiente y ejerce la soberanía del pueblo. No depende ni esta sometida a los poderes constituidos y tiene como única finalidad la reforma total de la Constitución Política del Estado. La Asamblea Constituyente no interferirá el trabajo de los poderes constituidos, los que seguirán ejerciendo sus funciones constitucionales de manera sostenida.



Ainda na tentativa de garantir a autonomia para a manifestação constituinte, a lei convocatória, em seu artigo 8º, tornou inelegível, para os fins da assembleia, os membros do executivo, como o presidente e o vice-presidente; os membros do legislativo, como senadores e deputados; membros do judiciário; funcionários públicos e qualquer pessoa que mantivesse contratos com o poder público para realização de obras e prestação serviços.

O pleito eleitoral para escolha dos representantes se realizou em 06 de junho de 2006, contando com uma expressiva participação de 84,5% do eleitorado nacional, maior número para qualquer eleição realizada até então no país (UNIÓN EUROPEA, 2006, p. 2).

Os trabalhos da constituinte ocorreram na cidade de Sucre, no período entre agosto de 2006 e agosto de 2007. Além da sede permanente na referida cidade, os constituintes realizaram excursões pelo país para ouvir propostas locais, uma vez que o deslocamento da população para o local que lhe sediava seria uma exigência pouco razoável.

Uma primeira versão do projeto da Nova Constituição foi votada e aprovada em 2007. Dentre as peculiaridades trazidas pelo projeto, destacamos a diferença hierárquica entre direitos fundamentais (art. 21 e seguintes) e direitos fundamentalíssimos (art. 15 a 20), tendo esta última categoria prioridade. Entre os direitos fundamentalíssimos estariam a não submissão a condições degradantes e de violência (art. 15) e garantias de acesso à água e segurança alimentar (art. 16).

Porém, o processo não ficou livre de alguns problemas graves e de sinais de instabilidade.

Destacamos, primeiramente, a denúncia feita por Boaventura de Sousa Santos em torno de condutas discriminatórias e racistas existentes em relação aos povos indígenas que participaram ou buscaram participar do processo, muitas vezes tidos como incapazes de contribuir para o processo constituinte (SANTOS, 2010, p. 72).

Em segundo lugar, em 2008, a Bolívia viveu uma nova e profunda crise política e institucional, o que impossibilitou a realização do referendo de ratificação do projeto. Em sequência, visando a pacificação social e obtenção de governabilidade, diversas forças políticas formularam um acordo que possibilitou a modificação de 144 artigos do projeto por parte do *Congresso de la Nación* (SANTOS, 2010, p. 75), resultando no texto final que foi submetido à decisão popular.



Em 25 de janeiro de 2009, o projeto é, enfim, submetido à decisão popular, que o aprovou com 64,43% dos votos favoráveis. A Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia entra em vigência na data de 7 de fevereiro de 2009 e, como a própria afirma em seu preâmbulo, deixando para trás um passado colonial, republicano e neoliberal.

#### **4 DAS PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA CONSTITUIÇÃO DE 2009: UM PODER CONSTITUINTE QUE SE FAZ PERMANENTE**

Um dos aspectos ressaltados pela filosofia de Antônio Negri é que o Poder Constituinte se manifesta como potência absoluta e criativa, não podendo ser confinada nas formas jurídicas próprias do constitucionalismo clássico. Em certa medida, podemos apontar que a criatividade e a inovação são alguns dos pontos mais destacáveis da nova configuração constitucional boliviana, despertando-se um grande interesse em torno do grau de efetividade que será dado a tais previsões.

De início, é possível afirmar do estudo do caso boliviano que não há dúvidas sobre a pertinência da classificação como um novo constitucionalismo<sup>11</sup>, pois em várias questões fundamentais são dadas soluções inovadoras e que priorizam o exercício direto da democracia.

---

<sup>11</sup> Roberto Viciano e Rubén Martínez (2010, p. 26-27) ressaltam a importância do caso boliviano para o Novo Constitucionalismo Latino Americano: “Una nueva fase, sin duda, de los procesos constituyentes latinoamericanos, caracterizada en particular por elementos formales de las constituciones, la conforman los dos procesos que tuvieron lugar como continuación de aquéllos: el ecuatoriano de 2007-2008 [...]; y el boliviano de 2006-2009, el más difícil de todos los habidos, y cuyo resultado, la Constitución boliviana de 2009, es seguramente uno de los ejemplos más rotundos de transformación institucional que se ha experimentado en los últimos tiempos, por cuanto avanza hacia el Estado plurinacional, la simbiosis entre los valores liberales y los indígenas, y crea el primer Tribunal Constitucional elegido directamente por los ciudadanos del país”. Tradução: “Uma nova fase, sem dúvida, dos processos constituintes latino-americanos, caracterizadas em particular por elementos formais das constituições, conforma os processos que tiveram lugar como continuação daqueles: o equatoriano de 2007-2008 [...]; e o boliviano de 2006-2009, o mais difícil de todos os havidos, e cujo resultado, a Constituição boliviana de 2009, é seguramente um dos exemplos mais significativos da transformação institucional que foi experimentada nos últimos tempos, por conta do avanço ao Estado plurinacional, a simbiose dos valores liberais e indígenas, e criação do primeiro Tribunal constitucional elegido diretamente pelos cidadãos do país (tradução nossa)”.

No refundado Estado boliviano, há o reconhecimento da plurinacionalidade que deverá ecoar sobre as estruturas institucionais do poder público com o reconhecimento da autonomia jurisdicional dos povos originários campesinos (artigo 2º), da existência de trinta e sete línguas oficiais (artigo 5º, II), reconhecimento de valores tradicionais indígenas como a *pachamama*<sup>12</sup> (preâmbulo), da democracia comunitária (artigo 26, II,3) e, inclusive, no Tribunal Constitucional Plurinacional<sup>13</sup>, que deverá desenvolver uma interpretação intercultural das normas constitucionais.

Não há propriamente uma negação de toda e qualquer contribuição que o constitucionalismo possa oferecer, mas trata-se da inserção de características próprias da sociedade boliviana, como o reconhecimento da plurinacionalidade, dentro de um novo plano constitucional, em sentido estrito, e cultural, em um sentido amplo.

Das inovações, a que mais se aproxima das propostas de Antônio Negri é, sem dúvidas, o fortalecimento da democracia direta e participativa, com previsão de instrumentos de participação como referendos, iniciativa cidadã, revogação de mandato, eleição de magistrados, controle social, assembleias e conselhos<sup>14</sup>.

Os referendos, por exemplo, possuem ampla previsão de utilização. A Constituição boliviana emprega a expressão “referendo” com significação ampla que inclui os conceitos de plebiscito (consulta prévia) e referendo (consulta posterior), que são comumente diferenciados

---

<sup>12</sup> O reconhecimento constitucional dos valores tradicionais indígenas é um dos aspectos que podemos encontrar diferenças fundamentais entre a formulação teórica de Antônio Negri e os caminhos seguidos pelo Estado Plurinacional da Bolívia. Muitos desses valores possuem uma conotação mítica e pacifista, como o viver bem, a vida harmoniosa, terra sem mal, o caminho da vida nobre, que contrariam a excessiva concepção materialista de Negri, com a centralidade da luta de classes e propensão, se necessária, ao conflito armado, sendo uma visão ética e política ainda marcadamente antropocêntrica.

<sup>13</sup> Artigo 197, I: El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino. Tradução: O Tribunal Constitucional Plurinacional será integrado por Magistradas e Magistrados eleitos com critérios de plurinacionalidade, com representação do sistema ordinário e do sistema indígena originário campesino (tradução nossa).

<sup>14</sup> Por força do art. 35 da lei de 30 de junho de 2010, Lei do Regime Eleitoral, as deliberações por meio de conselhos e assembleias não terão efeito vinculativo.

no Direito Constitucional brasileiro. Esse instrumento pode iniciar, inclusive, reformas totais e parciais no texto constitucional (artigo 411) e participar dos processos de incorporação de tratados internacionais referentes a integração econômica e monetária, limites territoriais e cessão de competência a organismos internacionais (artigo 257).

Outro instrumento de participação direta e controle social consiste na possibilidade de revogação dos mandatos nos âmbitos do executivo e legislativo (artigo 240). O mandato político na Constituição do Estado Plurinacional tem duração de cinco anos e sua revogação não pode ocorrer nos dois primeiros anos, nem no último ano, havendo, portanto, limitações temporais para o exercício desse instrumento. O início do procedimento de revogação do mandato pode ser decorrente da iniciativa cidadã, exigindo a participação de 15% do eleitorado. Ainda nesse tema, destaca-se que os magistrados são eleitos para ocupar seus cargos no judiciário pelo período de seis anos, sendo vedada a reeleição (artigo 183, I). Porém, o mandato da magistratura não poderá ser revogado.

Portanto, a variedade e amplitude de tais instrumentos possibilita uma configuração da democracia boliviana que escapa da mera significação simbólica e objetiva um efetivo exercício do poder político. Todavia, a democracia e o processo que lhe caracteriza defronta-se com reiterados desafios, estando sempre sujeita a estratégias que visam expropriar o poder absoluto do sujeito constituinte.

## **5 TERCEIRA ELEIÇÃO CONSECUTIVA DE EVO MORALES: OS PODERES CONSTITUÍDOS ULTRAPASSANDO SEUS LIMITES**

A variedade de vias institucionais para a participação popular concede à democracia boliviana uma feição bem mais intensa do que a existente em países seguidores dos cânones do constitucionalismo tradicional. Nesse aspecto, poderíamos apontar, seguindo a linha teórica de Negri, uma proeminência do Poder Constituinte em relação aos Poderes Constituídos. Contudo, essa relação nunca pode ser considerada como uma vitória definitiva, sendo permanente as tentativas de expropriação da ação constituinte.

Um exemplo significativo de expropriação do Poder Constituinte pelo Poder Constituído foi a decisão em torno da possibilidade de Evo Morales concorrer a um terceiro mandato para presidente.

Como mencionado acima, Juan Evo Morales Ayma foi eleito, em 2005, para ocupar o mais alto cargo de executivo nacional boliviano. Sua eleição histórica impulsionou uma série de mudanças das quais a mais relevantes foi a condução política em um processo de elaboração de uma nova constituição e de refundação do Estado boliviano, agora caracterizado como plurinacional.

Em 2009, ano em que a nova constituição foi promulgada, realizou-se, em dezembro, uma nova eleição para a Presidência do Estado Plurinacional, que resultou em mais uma vitória de Morales, assumindo o segundo mandato em 2010.

Ante os fatos narrados, a partir da segunda eleição, Evo Morales estaria impedido de concorrer a um terceiro mandato consecutivo. Tal limitação decorre da determinação da Constituição de 2009, através do artigo 168, que autoriza apenas uma reeleição continua para mandatos políticos de presidente e vice-presidente do Estado. Em acréscimo, as disposições constitucionais transitórias da Constituição de 2009, no artigo I, inciso II, assim dispõe: “Los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones”.

De tal modo, se a eleição de Evo Morales em 2005 deveria ser considerada para fins de reeleição, o mesmo não poderia participar de um terceiro pleito eleitoral consecutivo. Todavia, em 21 de maio de 2013, foi promulgada, pela Assembleia Legislativa Plurinacional, a Lei de Aplicação Normativa que em seu artigo 4º, inciso II, afirma que a citada limitação constitucional não seria aplicada ao caso do Presidente Evo Morales uma vez que seu primeiro mandato foi obtido sob a égide da ordem constitucional anterior.

A polêmica em torno da citada Lei de Aplicação resultou, durante o trâmite legislativo da mesma, em uma consulta sobre a constitucionalidade do projeto ao Tribunal Constitucional Plurinacional, que decidiu de forma favorável ao projeto na Declaração Constitucional Plurinacional n.03:

O artigo 168 da CPE prevê que o Presidente e o Vice-presidente eleitos pela primeira vez a partir da vigência da Constituição estão habilitados para somente uma reeleição de maneira continua. A este respeito, a precisão normativa realizada pelo artigo 4.I. do projeto de lei objeto do presente teste de constitucionalidade, quanto ao momento para reeleição de autoridade através do voto popular, não ultrapassa o conteúdo normativo do citado artigo constitucional quanto menos o

contradiz, já que o desenvolvido se encontra inserido na parte material da constituição (Tradução nossa)<sup>15</sup>.

Analisando-se a repercussão de tal decisão sobre a relação entre Poder Constituinte e Poder Constituído à luz da teoria de Antônio Negri, podemos apontar que tanto a Lei de Aplicação quanto à decisão do Tribunal Constitucional representaram violações, por parte dos Poderes Constituídos, das competências que lhes são próprias e, conseqüentemente, na expropriação do Poder Constituinte.

Somente ao Poder Constituinte cabe decidir contra a ordem posta e os limites por ela estabelecidos. A opção pelas vias legislativa e judiciária afastou a decisão popular sobre um ponto crucial da política nacional, sendo uma mancha grave para jovem democracia boliviana.

A elaboração pelo legislador ordinário de norma que subverte o sentido da disposição constitucional transitória acima mencionada apresenta-se como estratégia para contornar a limitação constitucional, a qual recebeu ratificação do Tribunal Constitucional em uma decisão que descumpra a determinação do texto da constituição de se interpretar suas normas em acordo como o teor literal do texto (art. 196).

Se o Poder Constituído não é mais constrangido pela ordem posta e pratica atos que a viola, surge o risco deste se apropriar de poderes extraordinários e assim construir uma estrutura de dominação do próprio Poder Constituinte. Sobre tais riscos, ressaltamos o alerta de Boaventura de Sousa Santos acerca do crescente protagonismo do Poder Executivo no cenário político boliviano:

A partir da eleição de Evo Morales e sua consagração como presidente e como *Inka* (a cerimônia de Tihuanaco), o protagonismo passou gradualmente do movimento popular para o Executivo. O movimento seguiu apoiando o processo, o que foi crucial em certos momentos de quase colapso. Porém, algumas vezes, este apoio foi instrumental e nem

---

<sup>15</sup> Original: El art. 168 de la CPE, prevé que el Presidente y Vicepresidente elegidos por primera vez a partir de la vigencia de la Constitución, están habilitados para una Reelección por una sola vez de manera continua. Al respecto, la precisión normativa realizada por el art. 4.I. del proyecto de ley objeto del presente test de constitucionalidad, en cuanto al momento para el cómputo del plazo para la reelección de autoridades a través del voto popular, no desborda el contenido normativo del citado artículo constitucional menos lo contradice, ya que el desarrollo se encuentra inserto en la parte orgánica de la constitución.

sempre traduziu a preservação das demandas do movimento social popular (SANTOS, 2010, P. 72, tradução nossa<sup>16</sup>).

Nessa medida, caso haja a persistência e reiteração de atos que expropriam a potência política dos movimentos populares, cuja ação foi essencial na refundação do Estado, a Bolívia poderá assistir um retrocesso dentro de suas metas democráticas e cair novamente em um novo período de dominação.

## **6 PODER CONSTITUINTE X RIGIDEZ CONSTITUCIONAL: A PREVISÃO DE REFORMA TOTAL**

Seguindo-se a linha desenvolvida neste trabalho, podemos apontar que o ponto mais significativo em que o Poder Constituinte e a Democracia boliviana se libertam de qualquer limitação constitucional é a previsão incluída na própria carta magna boliviana que autoriza a reforma total da Constituição. Não há, empregando-se uma linguagem própria da teoria de Negri, interesses transcendentais que fujam da potência e da imanência da ação popular a serem resguardados a qualquer custo e em detrimento da força majoritária.

É imperativo lembrar que a rigidez da constituição e os limites que estabelece à ação majoritária é uma das principais marcas do Direito Constitucional originado na Europa continental e que exerceu profunda influência no desenvolvimento jurídico e constitucional da América Latina.

A normatividade da constituição e seu papel contra majoritário visam assegurar a ordem jurídica e institucional de um quadro de instabilidade e crise, bem como intentam assegurar direitos e garantias dos indivíduos e das minorias contra as pressões e interesses da vontade da maioria.

O desempenho da função de uma contenção jurídica aos anseios políticos que intencionam a violação ou ameaçam a certa ordem de direitos foi coroado com o reconhecimento da rigidez e da normatividade

---

<sup>16</sup> No original: A partir de la elección de Evo Morales y su consagración como presidente y como Inka (la ceremonia de Tihaunaco), el protagonismo del proceso pasó gradualmente del movimiento popular al Ejecutivo. El movimiento siguió apoyando el proceso, lo que fue crucial en ciertos momentos de casi-colapso. Pero algunas veces este apoyo fue instrumental y no siempre tradujo en la preservación de las demandas del movimiento social popular (SANTOS, 2010, p. 72).

das Constituições, características sem as quais as pretensões do constitucionalismo não lograriam qualquer efetividade.

No Direito brasileiro, à título de exemplo, essa contenção é consagrada pelas chamadas Cláusulas Pétreas, constantes no art. 60, § 4º, da Constituição de 1988, que expõe as limitações materiais e temporais para a reforma do texto constitucional. Segundo Marmelstein, tais cláusulas impedem:

(...) que sejam alteradas as normas constitucionais por elas abrangidas mesmo se a vontade da maioria assim desejar. Com isso, as gerações futuras, ficam vinculadas, eternamente, por uma escolha imutável, ainda que essa opção se mostre equivocada. Para alguns, isso acaba transformando a Constituição de técnica de limitação do arbítrio em instrumento autoritário, já que suprime a liberdade do povo de tomar suas próprias decisões dentro do jogo democrático (MARMELSTEIN, 2008, p.273).

Retornando ao texto constitucional boliviano, apontamos que a normatividade da Constituição e a sua supremacia hierárquica é expressamente reconhecida em diversas passagens, devendo ser respeitada por todas as nações integrantes do Estado Plurinacional da Bolívia e constituindo em importante fator de unidade. A esse respeito dispõe o artigo 410, inciso I: “Todas as pessoas, naturais e jurídicas, assim como os órgãos públicos, funções públicas e instituições, se encontram submetidos à presente constituição. (tradução nossa)<sup>17</sup>.”

Entretanto, a Constituição de 2009 diferencia-se fundamentalmente das experiências constitucionais tradicionais ao prever, dentro do próprio corpo normativo, a abertura para que o Poder Constituinte possa atuar sem qualquer limitação jurídica e constitucional, assim dispondo no artigo 411:

A reforma total da Constituição, ou aquela que afeta suas bases fundamentais, os direitos, os deveres e garantias, ou a primazia e a reforma da Constituição, terá lugar através de uma Assembleia Constituinte originária plenipotenciária, ativada por vontade popular mediante referendo. A convocatória do referendo se realizará por iniciativa cidadã, com a assinatura de pelo menos vinte por cento do eleitorado; por maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa Plurinacional; ou pela Presidenta ou Presidente

---

<sup>17</sup> Original: “Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución”.



do Estado. A Assembleia Constituinte se autorregulará a todos os efeitos, devendo aprovar o texto constitucional por dois terços do total de seus membros presentes. A vigência da reforma necessitará de referendo constitucional de aprovação (tradução nossa<sup>18</sup>).

A norma acima transcrita reconhece, portanto, a possibilidade da reforma total da constituição, podendo alterar suas bases fundamentais, os direitos, deveres e garantias, desde que feito por uma Assembleia Constituinte originária.

De acordo com o artigo citado, ainda que a convocação do referendo de ativação possa se dar pela Presidenta ou Presidente do Estado ou por parte da Assembleia Legislativa, a própria ativação da constituinte e a aprovação total do texto são prerrogativas exclusivas e inalienáveis da vontade popular.

Obviamente, toda experiência constitucional concreta reconhece, ao menos implícita e informalmente, a possibilidade de que o texto normativo da Constituição venha a ser substituído futuramente em caso de uma ruptura institucional levada a cabo por uma revolução ou golpe de estado, por exemplo. Todavia, o reconhecimento normativo expresso é uma disposição singular que consagra, nos termos de uma leitura negriana, o princípio democrático em detrimento do constitucionalismo.

A possibilidade de reforma total é, em nossa interpretação, o exemplo por excelência do reconhecimento da permanência do Poder Constituinte nos desdobramentos das questões políticas e sociais da Bolívia, que, somado às inúmeras vias de exercício da cidadania e da democracia direta, o consagra como não sendo um fenômeno episódico e extraordinário cuja finalidade esgota-se em pôr e legitimar uma ordem

---

<sup>18</sup> Original: La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.



constitucional, mas um exercício contínuo (instrumentos de participação) e ilimitado (possibilidade de reforma total).

Cumprido destacar, contudo, que a dispensa de cláusulas pétreas e da limitação da ação majoritária também implica em riscos, sobretudo quanto à proteção das minorias e dos indivíduos, algo que se faz relevante e necessário numa sociedade pluricultural. Ao assumir tais riscos, a experiência boliviana abre caminho que poderá revelar uma rica e diversificada construção democrática, mas que sempre andarás próxima à uma tênue linha entre liberdade e dominação, persistindo a ambiguidade que sempre ronda a democracia e que, na doutrina de Simone Goyard-Fabre (2003, 349), reflete “a fragilidade essencial da natureza humana na qual coexistem desconfortavelmente razão e paixão”.

## CONCLUSÃO

A Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia de 2009 não pode ser vista como tão-somente mais uma constituição. Pelo contrário, trata-se do marco de um processo de reinvenção e aprofundamento das práticas democráticas do país, que se iniciou antes mesmo das atividades da Assembleia Constituinte de 2006-2007, através da resistência e reivindicação dos movimentos sociais e populares bolivianos, como a Guerra da Água e a Guerra do Gás, que romperam com as antigas estruturas de poder.

Correspondentemente, o Poder Constituinte boliviano não pode ser encarado como um fenômeno extraordinário e episódico, que desapareceria após a promulgação do novo texto constitucional, contentando-se como instância de legitimação, mas se faz ativo e permanente através das variadas possibilidades de democracia direta, não podendo ser contido, inclusive, por limitações constitucionais.

Desta feita, a leitura dos fatos que se desdobraram na última década e meia no país sul-americano exigem uma teoria igualmente audaciosa e peculiar, razão pela qual a sua compreensão se torna mais rica e intensa se feita a partir da filosofia política de Antônio Negri e seu Poder Constituinte vivo e revolucionário.

Do autor também devemos tirar os alertas e denúncias sobre as tentativas de expropriação do Poder Constituinte por parte dos Poderes Constituídos que, com estratégias e manobras duvidosas, violam a própria limitação e usurpam a atividade originária e criadora.

Contudo, a filosofia de Negri, se nos ajuda a compreender a figura do Poder Constituinte boliviano, não dá conta de toda complexidade da sociedade boliviana, que se funda em um pluralismo político, jurídico, econômico, cultural e linguístico que desafia toda atividade de compreensão científica e filosófica.

A democracia boliviana possui muitos aspectos originais, mas em certo ponto assemelha-se aos demais países: trata-se de um processo de avanços e retrocessos, possibilidades e riscos, que não pode ser captado por um diagnóstico definitivo e estanque, sempre exigindo um retorno à observação dos seus desdobramentos, comportando sempre a reavaliação de suas práticas.

## REFERÊNCIAS

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado de 2009**. Disponível em < <http://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-20090207.html>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constitución Política del Estado de 2004**. Disponível em < <http://www.lexivox.org/norms/BO-CPE-20040413.html>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constitución Política del Estado de 2007**. Dispõe sobre o projeto aprovado em Assembleia Constituinte. Disponível em: <http://www.transparencialegislativa.org/wp-content/uploads/2013/04/Constitucion%CC%81n-Bolivia.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Ley especial de convocatória a la Asamblea Constituyente (3364/2006)**. Disponível em < <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-3364.xhtml>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Ley del Régimen Electoral, de 30 de junio de 2010**. Disponível em < <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N26.xhtml>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Ley de Aplicación Normativa, de 21 de mayo de 2013**. Disponível em: < <http://www.lexivox.org/norms/BO-L-N381.xhtml>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. **Declaración Constitucional Plurinacional 0003/2013 n. 03**. Sucre, 25 de abril de 2013. Disponível em < [http://blogs.ua.es/boliviadoxa/files/2014/11/Declaraci%C3%B3n0003\\_2013-TC-Bolivia.pdf](http://blogs.ua.es/boliviadoxa/files/2014/11/Declaraci%C3%B3n0003_2013-TC-Bolivia.pdf) >. Acesso em 11 jun. 2015.

CAMPOS, Juliana Cristina Diniz. As origens da teoria do poder constituinte: um resgate da obra da obra de Sieyès e suas múltiplas releituras pela doutrina publicista continental. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. v. 1, n. 25, 2014. p. 153-174.

CHUEIRI, Vera Karam. Constituição radical: uma ideia e uma prática. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. n. 58, 2014. p. 25-36.

CORDERO, Juan Barrera. **La guerra del agua en Cochabamba**: um caso de palavras que hablan mal. Investigación Ambiental. México: Instituto Nacional de Ecología, 2009.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008

MOLDIZ, Hugo. **Crónica del proceso constituyente boliviano**. Contexto latino americano. n.1, septiembre – diciembre, 2006.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002

\_\_\_\_\_. HARDT, Michael. **Commonwealth**: proyecto de una revolución del común. Madri: Akal, 2009

PRADA, Raúl Alcoreza. La fundación de la segunda república. **Observatorio Social de América Latina**. Buenos Aires, ano 11, n.27, p.67-72. abr. 2010.

QUIROGA, Carlos Villegas. Rebelión popular y los derechos de propiedad de los hidrocarburos. **Observatorio Social de América Latina**. Buenos Aires, ano 4, n.12, p. 27-34, set./dez. 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del estado en américa latina**: perspectivas desde una epistemología del sur Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010

SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Trad. Tomaz Tadeu. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013a.

\_\_\_\_\_. **Tratado político**. Trad. José Perez. Rio de Janeiro: Fronteira, 2013b.

TORRES, Ana Maria Repolês. A relação entre constitucionalismo e democracia: revisões periódicas e abertura interpretativa. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n.18. jul/dez, 2011. p. 183-203.

UNIÓN EUROPEA. **Informe final de la misión de observación electoral**: Bolivia 2006. Disponível em: <[http://eeas.europa.eu/eucom/missions/2006/bolivia/pdf/eucom\\_bolivia\\_2006\\_final\\_report\\_es.pdf](http://eeas.europa.eu/eucom/missions/2006/bolivia/pdf/eucom_bolivia_2006_final_report_es.pdf)> Acesso em: 04 jun 2015

VICIANO, Roberto, MARTÍNEZ, Ruben. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino americano. In: GALLO, Ángel Oleas. **El nuevo constitucionalismo en América Latina**. Quito: Corte constitucional, 2010.

VIDAL, Jânio Nunes. **Elementos da teoria constitucional contemporânea**: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição. Salvador: JusPodivm. 2009.

WORD BANK. **Data by country**: Bolivia. Disponível em: <<http://data.worldbank.org/country/bolivia>> Acesso em 11 jun 2015.

ZUAZO, Moira; FAGUET, Jean-Paul; BONIFAZ, Gustavo **Descentralización y democratización en Bolivia**: la historia del Estado débil, la sociedad rebelde y el anhelo de democracia. La Paz: Friedrich Ebert Stiftung, 2012.

# A OMISSÃO DO ESTADO NA CRISE HÍDRICA

## STATE'S OMISSION IN WATER CRISIS

Maykoll Douglas Pereira e Souza\*

Natália Torquete Moura\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Panorama da atual situação hídrica. 1.1. A crise hídrica em Minas Gerais. 1.2. Consequências da falta de água. 2. Legislação sobre as águas. 2.1. Competência legislativa. 2.2. Competência material. 2.3. Águas no Código Civil. 2.4. Declaração Universal dos Direitos da Água. 2.5. Outras leis sobre águas. 2.6. Política Nacional de Recursos Hídricos. 2.6.1. Fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos. 2.6.2. Diretrizes da Política Nacional de Recursos Hídricos. 2.6.3. Instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos. 2.7. Plano Nacional de Recursos Hídricos. 3. A omissão do Estado na crise hídrica. 3.1. Previsibilidade dos fenômenos hidrológicos. 3.2. A subutilização das leis e planos pelo Poder Público. 3.3. Ausência de participação popular na gestão das águas. 3.4. A omissão do Estado e a falta de planejamento. 4. Responsabilidade civil do Estado na crise hídrica. 4.1. Evolução histórica. 4.2. Responsabilidade civil do Estado no Direito Ambiental. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** A falta de água própria para consumo era vista como um problema futuro, em virtude dos grandes recursos hidrográficos do Brasil. Contudo, devido aos períodos sem chuvas, à poluição dos rios e, principalmente, à omissão do Estado, que não realizou as políticas públicas necessárias para evitar tal problema, a crise hídrica chegou e tem causado danos à natureza e à população. A escassez de água prejudica, além da sobrevivência dos seres vivos, a produção industrial, o que resulta em desemprego e recessão econômica. A Constituição Federal estabelece em seu art. 225 que cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Observa-se que a administração pública se omitiu de realizar políticas públicas para evitar que o abastecimento dos reservatórios brasileiros chegasse a níveis tão baixos, descumprindo, pois, seu dever constitucional. Nesse cenário, tendo havido omissão do Poder Público, o que causou danos à natureza e à população, restam caracterizados os requisitos da responsabilização civil. Cabe analisar as teorias de responsabilidade civil aplicáveis à questão, precipuamente no que diz respeito aos danos ambientais, além de outros aspectos relativos à responsabilidade, como, por exemplo, a possibilidade de se usar alguma excludente de ilicitude.

**Palavras-chave:** Crise hídrica. Omissão do Estado. Responsabilidade Civil.

**ABSTRACT:** *The lack of safe water was seen as a future problem, because of the large water resources in Brazil. However, due to periods without rain, pollution of rivers and especially the State omission which did not carry out public policies necessary to prevent such a problem, the water crisis has come and has caused damage to nature and the public. Water shortages affect, beyond the survival of living beings, industrial output, resulting in unemployment and economic recession. The Brazilian Federal Constitution states in its article 225 that the Government and the community shall have the duty to defend and preserve the ecologically balanced environment.*

---

\* Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Advogado.

\*\* Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada. Assessora técnico-legislativa na Secretaria de Estado da Casa Civil e de Relações Institucionais de Minas Gerais (SECCRI). Professora universitária. Pesquisadora do grupo de pesquisa “Efetividade e crise dos direitos fundamentais”.

**Como citar:** SOUZA, Maykoll Douglas Pereira e; MOURA, Natália Torquete. A omissão do Estado na crise hídrica. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-30, ago-dez. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

*It is observed that the government did not carry out public policies to prevent Brazilian dams to achieve such low levels, disregarding therefore its constitutional duty. In this scenario, government failed, causing damage to both nature and the population fulfilled the requirements to the liability of the State. This article analyzes the liability theories applicable to the issue, primarily with regard to environmental damage, and other aspects of liability, for example, the possibility of alleging any legal excuse.*

**Keywords:** *Water Crisis. Omission of the State. Civil Liability.*

## INTRODUÇÃO

A importância da água pode ser constatada nos altos investimentos feitos em pesquisas para encontrar novas fontes deste recurso natural. Um bom exemplo é o fato de o ser humano ter passado anos pesquisando, com altos gastos, para encontrar indícios de água em Marte.

No entanto, a humanidade tem adotado comportamentos contraditórios em relação aos recursos hídricos do mundo. Se por um lado o homem viaja milhões de quilômetros para pesquisar sobre este recurso vital, por outro não cuida efetivamente da água disponível na Terra.

A quantidade de água em relação ao tamanho do planeta Terra já levou à crença de que se tratava de um recurso tão abundante que não seria necessário economizar em seu uso. Contudo, sabe-se que, atualmente, o cenário não é tão positivo quanto já se pensou, já que não existe tanta água disponível para consumo, considerando que apenas 2,5% da água do planeta é doce, sendo que desta parcela somente 0,3% está nos rios e lagos, 0,9% nos demais reservatórios, 29,9% no subsolo e 68,9% está em geleiras e calotas polares e que o consumo só aumenta.

Diante disso, é necessário racionalizar o uso da água, porque não é possível prever quando e se realmente será possível busca-la em outros planetas. Se considerarmos que a quantidade desse recurso não aumenta na Terra, ao contrário da população, será necessário otimizar a utilização da água ou encontrar novas fontes.

A situação é preocupante, pois já existe uma grande parcela da população mundial que não tem acesso à água potável em quantidade e qualidade recomendáveis, situação que tem se agravado em decorrência das mudanças climáticas.

Entretanto, com mais planejamento e investimento, pode-se diminuir sensivelmente o consumo da água. Isso porque existe um grande desperdício no seu uso e distribuição. No Brasil, por exemplo, perde-se quase a metade da água disponibilizada, seja no consumo doméstico,

na agricultura ou na indústria, o que ocorre em menor escala em países mais desenvolvidos.

Esse fato pode ocorrer, em parte, pela cultura do país, que, por ser privilegiado em recursos hídricos, se acostumou a gastar sem maiores preocupações. No entanto, apesar de ser algo que também deve mudar, o consumo doméstico não é o maior dos problemas, já que a agricultura e a indústria não só consomem mais como também desperdiçam mais água.

Outros fatores que intensificam o problema da escassez de água são: a alteração no ciclo hidrológico, causada pela destruição da natureza; a poluição, que reduz a possibilidade de utilização; e a falta de planejamento da administração pública, inclusive na produção de energia hidrelétrica, a qual altera o curso e a vazão de rios.

Essas causas devem ser evitadas por todos, mas, sobretudo, pelo Poder Público, que tem o dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente, nos termos do art. 225 da CRFB (BRASIL, 1988).

Apesar da previsão constitucional e da necessidade de uma gestão eficiente da questão hídrica, por parte do Estado, o que tem ocorrido no Brasil é a omissão da administração pública quanto à solução dos atuais problemas e ausência de um planejamento para evitar crises hídricas no futuro.

Essa omissão decorre de decisões políticas, já que os investimentos para tentar melhorar a estrutura da distribuição ou mesmo na conscientização e fiscalização, não trazem resultados imediatos, que podem ser vistos imediatamente pela população, o que, numa política que visa apenas a manutenção no poder, não resulta em votos.

Por exemplo, o Governo Federal anunciou a redução do valor das contas de energia elétrica em setembro de 2012, pouco antes da recente crise hídrica. Contudo, passada a eleição presidencial de 2014, foram anunciados sucessivos aumentos na conta de energia elétrica, pois a falta de água faz com que sejam necessárias outras fontes mais onerosas de energia.

Este exemplo demonstra a falta de planejamento do Governo Federal, porque a redução das chuvas não foi um fato isolado e imprevisível, como se verá mais adiante, de modo que a redução e o aumento das tarifas de energia e de água não deve ser usada apenas como manobra política, mas deve se fundamentar em argumentos técnicos.

Não se trata de um artifício utilizado somente por um governo ou partido político. Pode-se observar que vários governos estaduais, dos mais variados partidos, adotam a mesma prática prejudicial à coletividade.

Desta maneira, a atual crise hídrica do país é mais complexa do que parece inicialmente, pois envolve uma sucessão de acontecimentos naturais e de um contexto político, onde o Poder Público se omite e não planeja nem realiza políticas públicas necessárias para evitar os danos ao meio ambiente.

## **1 PANORAMA DA ATUAL SITUAÇÃO HÍDRICA**

A água é fundamental para a existência de toda espécie conhecida de vida e, por isso, é um dos recursos naturais mais importantes do planeta. Possui um papel múltiplo, já que tem funções biológicas e bioquímicas indispensáveis (MILARÉ, 2007, p. 215).

Não é novidade que a água é um recurso finito e que o consumo cresce em ritmo acelerado, de modo que é, cada vez mais, necessário evitar o desperdício. Todavia, nos últimos dois anos, isto deixou de ser algo teórico e distante da realidade. A falta de água chegou, especialmente no Sudeste, região de maior consumo.

O baixo índice pluviométrico é, sim, um dos grandes motivos da crise de escassez hídrica, e pode até parecer ser o mais grave, mas não explica sozinho o que causou a atual situação.

Estados que se acostumaram a ter tranquilidade no abastecimento de água, como Minas Gerais e São Paulo, passaram a ter que diminuir consideravelmente o consumo, devido à grande redução de disponibilidade de água nos reservatórios.

Ainda que tardiamente, a população foi informada acerca desse problema, para que pudesse economizar no uso dos recursos. Contudo, em virtude da demora da divulgação dos dados, a economia de água passou a ser um meio insuficiente, pois são necessárias, ainda, chuvas em abundância para se restabelecer um nível seguro de reserva.

Tal fato aponta, além de um problema de gestão, já que demonstra a dificuldade da Administração Pública em se planejar na elaboração de uma efetiva política pública que possa resolver o problema, a ausência de transparência quanto à tomada de decisão na esfera administrativa.

A Agência Nacional de Águas (ANA) faz o monitoramento hidrometeorológico em grande parte das estações do Brasil. Esse monitoramento possibilita a verificação do volume de chuvas, de evaporação, da vazão, do nível dos reservatórios e outras informações relativas à água.



Com base nos referidos monitoramentos, são feitos estudos e relatórios, que são divulgados em alguns portais oficiais na internet. É certo que é necessário algum esforço, mas é possível encontrar dados importantes sobre a situação hídrica do país.

A situação atual dos reservatórios não é tão preocupante quanto no ano de 2015, quando algumas regiões foram afetadas por médias pluviométricas inferiores às médias históricas. Mas ainda existem locais com o volume baixo.

Conforme relatório da ANA, no dia 09 de outubro de 2015, o armazenamento das bacias do Sistema Interligado Nacional estava em 37,21% do volume útil total.

Não bastasse a porcentagem pequena, o maior problema é que a distribuição não é igualitária. Assim, algumas bacias tinham bons níveis, mas, por outro lado, em outras a situação era crítica, principalmente em São Paulo, Minas Gerais e algumas bacias de Goiás e Bahia.

Em São Paulo, onde a situação foi mais grave, o sistema Cantareira, principal fonte de água da capital paulista, operava, em 10 de outubro de 2015, em 12,8% do volume total; o sistema Guarapiranga em 77,9%; Alto Cotia com 60,1%; Rio Grande em 86,5% e o sistema Rio Claro com 56,7%, todos na mesma data (SABESP, 2015).

Foi um momento difícil, porém em 2014 as condições eram ainda piores. Segundo dados da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), o nível da Cantareira estava em 8,1% em 21/09/2014. No mês seguinte, foi informado pela Sabesp que o reservatório funcionava com 2,9% da capacidade. Foi necessária a utilização da segunda cota da reserva técnica, também conhecida como volume morto, mas o volume total de água continuava diminuindo.

## **1.1 A crise hídrica em Minas Gerais**

Minas Gerais é um Estado com muitas nascentes e rios, que propiciam desenvolvimento agrícola, com a produção de várias culturas; energético, com as hidrelétricas, e turístico, devido às grandes cachoeiras e aos rios. Essas características trouxeram ao estado o apelido “Caixa d’água do Brasil”.

Contudo, devido à falta de chuvas, e de planejamento, a situação se alterou; a antiga abundância deu lugar à economia e a medidas de urgência.

A título de exemplo da falta de chuvas, no mês de outubro de 2015, choveu pouco mais de 50% da média em Belo Horizonte (INMET, 2015).

Segundo a Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA), os reservatórios do sistema Paraopeba possuíam os seguintes níveis em 10 de outubro de 2015: Rio Manso 34,9%; Serra Azul 9% e Vargem das Flores 23,3%. Isso demonstra a gravidade da situação.

Nesse sentido, há de se observar ainda que, diferentemente do que ocorreu em São Paulo, o volume dos reservatórios do Sistema Paraopeba foi pior em 2015 que em 2014, tendo em vista que as chuvas em Minas Gerais entre os dois anos não foram suficientes para que o reservatório retornasse a um nível seguro para o período de estiagem de 2015.

Tal fato pode ser observado pelas diferenças de níveis dos reservatórios em todos os meses entre 2013 e 2015. Em maio de 2013, mês em que o nível chegou ao máximo do período e começou a diminuir, o sistema estava com 92,7% do volume. Em maio de 2014, o volume era de 65,9% e em maio de 2015, de 39%, o que demonstra uma diminuição acentuada de um ano para o outro (COPASA, 2015).

Outros dados interessantes, e que serão melhores analisados em tópico próprio, são os boletins hidrometeorológicos disponibilizados quinzenalmente pela Diretoria de Pesquisa, Desenvolvimento e Monitoramento das Águas – DPMA/IGAM, que abordam vários fatores relativos à situação hídrica dos rios mais importantes do estado (IGAM, 2015).

A situação no estado de Minas Gerais foi tão grave que existiram vários relatos de pessoas que passaram dias sem o fornecimento de água. Na cidade de Caeté, por exemplo, o abastecimento ficou pela metade entre setembro e outubro de 2015 (ITATIAIA, 2015).

Ainda conforme a notícia divulgada pela rádio Itatiaia (2015), os moradores de Caeté tiveram que comprar água até para as necessidades essenciais, sendo que alguns deles reclamaram do descaso do SAAE (Serviço Autônomo de Água e Esgoto) e da Prefeitura, que não forneceram caminhão-pipa, quando solicitado, e ainda cobraram por serviços que não foram prestados.

## **1.2 Consequências da falta de água**

A consequência mais sentida da crise de escassez hídrica é, certamente, no consumo doméstico, pois dificulta a vida das pessoas em

todos os sentidos, entre os quais se destacam a alimentação e a higiene. Além disso, torna-se um problema de saúde, já que várias doenças se proliferam em decorrência da falta de medidas de higiene pessoal.

Quanto à alimentação, muitas pessoas compram água engarrafada (a popular “água mineral”) e conseguem superar esta dificuldade. No entanto, em se tratando de toda a população de determinadas regiões e de longos períodos, tal solução deixa de ser viável, tendo em vista que grande parte da população vive em situação de pobreza e o momento econômico é ruim.

Como já mencionado, os recursos hídricos são dotados de usos múltiplos, podendo ser usados, além do consumo doméstico, para a dessedentação dos animais, diluição do esgoto, produção de energia, transporte e navegação, produção de alimentos, prática de atividades esportivas, lazer, pesca, produção industrial, turismo, aquicultura, mineração, usos estéticos, entre outros.

Dessa forma, todos esses usos da água são prejudicados em situação de escassez, havendo, inclusive, conflitos para se estabelecer preferências em sua utilização.

Por óbvio, a preferência deve ser o consumo humano e animal, como estabelece o art. 1º, III, da Lei n. 9.433/97, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos. Não obstante, também são relevantes os prejuízos às atividades econômicas e ao desenvolvimento social, porque diminuem a qualidade de vida das pessoas.

Uma consequência inerente à escassez hídrica é o aumento dos preços das contas de energia e de água, bem como de alimentos. O aumento no preço da conta de água e de energia se dá pela escassez e pelo aumento do custo, mas também é uma medida para desestimular o consumo.

## **2 LEGISLAÇÃO SOBRE ÁGUAS**

A água, por ser fonte de vida e formar ecossistemas com seres vivos e não vivos nos mares, lagos e rios, e, com base em sua relevância para toda a sociedade, é protegida por lei.

A Constituição Federal (1988) divide a propriedade das águas do território brasileiro entre a União e os Estados, ficando os municípios sem a propriedade de rios ou lagos (MILARÉ, 2007, p. 220). Vejamos:

Art. 20. São bens da União:

[...]

III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

IV - as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005)

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial; (BRASIL, 1988).

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; (BRASIL, 1988).

A União possui ainda a competência de “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso”, conforme o artigo 21, XIX, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

## 2.1 Competência legislativa

A competência legislativa, na Constituição Federal, está prevista em artigos diferentes, o que permite interpretações divergentes. No art. 22, IV, da Constituição Federal (1988), foi atribuída a competência privativa da União para legislar sobre as águas, em geral.

Já o art. 24, VI, do texto constitucional, estabelece a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre o meio ambiente, o que inclui a água. No mesmo sentido, é concorrente a competência para legislar sobre a responsabilidade por dano ao

meio ambiente, com base no inciso VIII, do mesmo artigo da CF/1988 (FIORILLO, 2013, p. 334).

Diante disso, a interpretação que parece ser mais adequada é a que se infere do art. 24 (BRASIL, 1988), sendo, portanto, competência da União legislar sobre normas gerais; dos Estados e do Distrito Federal legislar complementarmente e, com fulcro no art. 30, II, da Constituição Federal (1988), do Município legislar suplementarmente (FIORILLO, 2013, p. 334).

## **2.2 Competência material**

O art. 23, VI, da Constituição Federal, a seu turno, determina que compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (BRASIL, 1988).

Ressalte-se que, em caso de responsabilização do Estado, deverão ser observadas as regras constitucionais de domínio das águas para se verificar o ente responsável, o qual responderá mesmo que não tenha realizado sua função legislativa (FIORILLO, 2013, p. 335).

## **2.3 Águas no Código Civil**

O Código Civil (Lei n. 10.406/2002 de 10 de janeiro de 2002) trata das águas nos artigos 99, I; 100; 1.288 a 1.296; 1.309 e 1.310, sendo que os arts. 99 e 100 estão no capítulo dos Bens Públicos e os demais se encontram na parte especial, onde há uma seção Das Águas (Seção V, do Capítulo V, do Título III, do Livro III) e existem ainda dispositivos na Seção VII (Direito de construir) (BRASIL, 2002).

A forma com que o Código Civil regula a matéria é alvo de críticas, porque não condiz com o atual entendimento e classificação da água. Isso se dá por influência de códigos e leis anteriores sobre o atual texto do Código Civil (FIORILLO, 2013, p. 341-344).

Diante disso, é importante ter sempre em consideração os dispositivos constitucionais acerca do assunto, para que não ocorra um tratamento de propriedade ou simples relação entre particulares no que diz respeito às águas.

Segundo Maria Helena Diniz (1999):

Ante o grande valor das águas pelo papel que têm na satisfação das necessidades humanas e no progresso de uma nação, impõe-se a existência de normas idôneas para atender a esses reclamos e solucionar os conflitos que, porventura surgirem. (DINIZ, 1999, p. 224).

Assim, considerando a essencialidade da água, que é constitucionalmente considerada como bem ambiental, tem-se que o seu uso deve atender ao interesse da coletividade, defendendo-a e preservando-a para as futuras gerações, conforme estabelece o art. 225, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

## **2.4 Declaração Universal dos Direitos sobre a água**

A água é um bem tão valioso e essencial para o planeta Terra que, em 22 de março de 1992, foi criado pela Organização das Nações Unidas (ONU) o “Dia Mundial da Água” e foi instituída declaração destinada a todos os indivíduos, com o objetivo de proteger as águas.

A citada declaração da ONU é de extrema relevância, pois busca alcançar toda a população mundial, estabelecendo fundamentos gerais, que já são utilizados até em decisões judiciais.

Os primeiros artigos da Declaração Universal dos Direitos sobre a água demonstram a importância deste recurso e estabelecem que “cada cidadão é plenamente responsável aos olhos de todos” (ONU, 1992).

É interessante observar que, nos artigos seguintes, além de tecer comentários sobre a importância da água para as atuais e futuras gerações, o texto faz reiteradas menções à importância de se planejar a gestão da água, o que não está sendo seguido no Brasil, levando-se em consideração a situação hídrica do país, relatada no capítulo anterior.

## **2.5 Outras leis sobre águas**

Além das normas já mencionadas, existem outras leis importantes sobre a água. Frise-se que a interpretação dos dispositivos deve ser feita com base nos princípios constitucionais sobre o meio ambiente e, especificamente, a água.

O Código das águas, criado pelo Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934, e modificado pelo Decreto Lei nº 852, de 11 de novembro de 1938, é uma importante norma sobre o assunto que, apesar de ser

antiga, ainda está em vigor. Contudo, alguns de seus artigos não foram recepcionados pela atual Constituição.

A Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, também conhecida como “Novo Código Florestal” – já que revogou a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, que instituiu o Código Florestal – ainda que de forma mais genérica, também tem grande valia na proteção das águas, já que regula a preservação da vegetação no seu entorno. Existe, ainda, o Código da Pesca – Decreto-lei nº 221, de 28 de fevereiro de 1967, que regula aspectos relacionados diretamente com a proteção das águas (MILARÉ, 2007, p. 221).

Um recente avanço no que diz respeito à proteção e à gestão das águas, foi a criação, pela Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997, da Política Nacional de Recursos Hídricos e do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Esta lei tem grande relevância na questão da crise hídrica e, por isso merece especial atenção no presente trabalho. Édis Milaré (2007) afirma que a citada norma tem o objetivo de “estabelecer a utilização racional dos recursos hídricos e assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água”.

A Agência Nacional de Águas – ANA – foi instituída pela Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, alterada pela Medida Provisória nº 2.216-37/2001 e teve por fim executar a Política Nacional de Recursos Hídricos.

## **2.6 Política Nacional de Recursos Hídricos**

A Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 1997, instituiu a Política Nacional de recursos hídricos, que, conforme o art. 2º, tem como objetivos:

- I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos;
- II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável;
- III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais (BRASIL, 1997).

Esta Lei foi, sem dúvida, um grande avanço para a legislação brasileira sobre as águas, pois, além de regulamentar o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), criando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, trouxe diretrizes para uma gestão eficiente e integrada para se alcançar os objetivos supracitados.

Por ter trazido ao contexto brasileiro novos conceitos e um modo eficiente, em teoria, de governança acerca dos recursos hídricos, Édís Milaré (2007) classificou a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) como um “divisor de águas” na legislação brasileira.

De fato, a Política Nacional de Recursos Hídricos mostra-se cada vez mais importante, tendo em vista que a situação da disponibilidade de recursos hídricos se agravou desde a sua criação, não em decorrência do conteúdo da lei, por óbvio, mas por outros fatores e, até mesmo, pela falta de sua implementação.

Outras características relevantes desta lei são a unificação da legislação sobre a gestão das águas, dando-a alcance nacional, e a participação e diversos atores da sociedade em decisões sobre o assunto, inclusive dos cidadãos, que são encorajados a participar de associações e organizações não governamentais sobre o tema.

## 2.6.1 Fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos

A Lei nº 9.433, de 1997 estabelece, em seu art. 1º (BRASIL, 1997), os fundamentos que servirão de base para a Política Nacional de Recursos Hídricos. Estes fundamentos têm influência constitucional e buscam a valorização da água. São eles:

I - a água é um bem de domínio público;

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;

III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;

IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;

V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos



e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades. (BRASIL, 1997).

Vê-se que, assim como a Constituição, o legislador infraconstitucional se preocupou em demonstrar que a água é um bem de domínio público, bem como que a água é um recurso ambiental limitado e possuidor de valor econômico, o que visa estimular a economia e o reuso deste bem.

Quanto à utilização das águas, a Lei nº 9.433, de 1997, estabelece que, em regra, o uso é múltiplo, levando-se em conta todas aquelas possibilidades de uso já vistas. Contudo, em caso de escassez, a preferência é do consumo humano e animal, priorizando-se, destarte, a vida.

Já os dois últimos incisos (V e VI) do art. 1º, da Lei nº 9.433, de 1997, trazem inovações, na medida em que colocam a bacia hidrográfica como unidade territorial para a administração da água, o que, caso implementado com sucesso, facilitará a verificação do balanço hídrico, que é disponibilidade de água em relação à necessidade. Além disso, a lei estipula a descentralização da gestão dos recursos públicos, possibilitando a participação dos usuários e das comunidades junto ao Poder Público (MILARÉ, 2007, p. 476-477).

Não obstante, há de se ter cuidado com a participação da população, da comunidade e de outros atores da sociedade, porque podem existir interesses divergentes em questão e fatores externos, como o econômico, podem exercer influência na tomada de decisões. A gestão técnica, por outro lado, não pode ser totalmente afastada. Trata-se, portanto, de uma mudança importante, mas de árdua conciliação, já que a participação de diversos atores da sociedade trará conflitos de difícil solução.

## 2.6.2 Diretrizes da Política Nacional de Recursos Hídricos

As diretrizes estabelecidas na Política Nacional de Recursos Hídricos (art. 3º) são metas gerais a serem implantadas por todos os membros da sociedade, especialmente pelos Estados e pela União, sendo que esta deverá se articular com aquela para o gerenciamento dos recursos hídricos de interesse comum, conforme o art. 4º da Lei nº 9.433, de 1997.

Cabe ressaltar que em todas as diretrizes existe o termo “gestão” ou o termo “planejamento”, o que aponta para uma real necessidade da administração brasileira, como será demonstrado no capítulo seguinte, já que, considerando que o Brasil possui cerca de 14% da água doce disponível no mundo, com planejamento e uma gestão eficiente, o país não estaria na atual situação de escassez.

### 2.6.3 Instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos

Os instrumentos previstos para auxiliar na gestão dos recursos hídricos, segundo o art. 5º da Lei nº 9.433, de 1997, são:

I - os Planos de Recursos Hídricos;

II - o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água;

III - a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos;

IV - a cobrança pelo uso de recursos hídricos;

V - a compensação a municípios;

VI - o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos (BRASIL, 1997).

Tais instrumentos são muito importantes e devem ser utilizados em conjunto na gestão dos recursos hídricos, de acordo com a necessidade. Dentre eles, os Planos de Recursos Hídricos, também conhecidos como Planos Diretores, são os mais relevantes para o presente trabalho, já que são mais específicos em relação ao planejamento do Estado para se evitar a crise hídrica. No entanto, é impossível desassociá-los dos demais, pois são instrumentos que devem existir em conjunto para atingir seus objetivos.

Os Planos de Recursos Hídricos, elaborados para o país, por Estado e por bacia hidrográfica, são planejamentos estratégicos que observam as necessidades imediatas e as futuras, sendo criados com a possibilidade de participação de todos os agentes da sociedade, com o objetivo de solucionar os problemas e determinar formas eficientes de gestão dos recursos hídricos.

Outro ponto fundamental dos Planos de Recursos Hídricos é que eles buscam um planejamento institucionalizado, evitando-se, assim,

medidas emergenciais utilizadas casuisticamente. A gestão hídrica deve ser, pois, planejada e seguida para se alcançar um desenvolvimento sustentável, devendo as medidas urgentes serem excepcionais (MILARÉ, 2007, p. 478).

## **2.7 Plano Nacional de Recursos Hídricos**

Em janeiro de 2006, a Agência Nacional das Águas – ANA – mobilizou parte da sociedade para a elaboração do Plano Nacional de Recursos Hídricos. Desta forma, permitiu-se a participação de vários setores da sociedade neste importante marco para a gestão das águas no Brasil.

Como visto no tópico anterior, este plano é fruto da participação de diversos agentes que elaboraram orientações para a gestão das águas em todos os âmbitos, com o objetivo de proporcionar a qualidade na utilização da água em suas múltiplas funções.

Este plano foi aprovado pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos em sua resolução de nº 58 e adicionou três diretrizes ao Sistema: a transversalidade, que visa integrar a gestão das águas com outras áreas; o controle social, com maior participação dos cidadãos, principalmente no que diz respeito à educação e ao ensino da cidadania, para que possam participar efetivamente; e o pacto federativo socioambiental (WOLKMER e PIMMEL, 2013).

O Plano Nacional dos Recursos Hídricos é um avanço em relação à Lei n. 9.433, de 1997, porque busca aprimorar a execução da Política Nacional de Recursos Hídricos, com a avaliação contínua da situação das águas e o cumprimento do planejamento feito.

Segundo Paula Modaelli (2011 *apud* WOLKMER e PIMMEL, 2013), o Plano Nacional de Recursos Hídricos busca relacionar as dimensões técnico-científica, sociopolítica, pedagógica educativa e cultural civilizatória.

Nesse sentido, para se alcançar a participação e a integração dos diversos grupos sociais é necessário transparência, por parte do Governo, na divulgação dos dados e programas oficiais e uma transformação cultural. Não basta o ensino técnico e científico acerca do tema, mas é imprescindível a orientação ética e política, de modo que as pessoas compreendam as necessidades ambientais e se interessem por participar da elaboração de políticas públicas para o desenvolvimento ambiental e a solução de problemas como o do abastecimento.

### 3 A OMISSÃO DO ESTADO NA CRISE HÍDRICA

A crise de abastecimento de Estados não acostumados, até então, com esse problema (Minas Gerais e São Paulo) é um alerta para todo o Brasil, especialmente para os chefes do Poder Executivo. Aponta-se a falta de chuvas como a culpada pela escassez hídrica. No entanto, existem órgãos e institutos capazes de, além de verificar previsões do tempo em longo prazo, estudar os ciclos hidrológicos e terem uma estimativa de fenômenos como a estiagem prolongada. Diante disso, seria possível ao Poder Público atenuar ou até mesmo evitar as crises de abastecimento.

#### 3.1 Previsibilidade dos fenômenos hidrológicos

Desde o início do século passado, o governo monitora a hidrometeorologia do Brasil, com a instalação de estações pelo Departamento Nacional de Obras Contra as Secas (DNOCS) e o Instituto Nacional de Meteorologia (INMET). Ressalte-se, ainda, as estações da São Paulo *Light and Power*, de 1909, e os registros de chuva feitos pela Mineração Morro Velho, de Nova Lima-MG, 1855, que foram alguns dos primeiros registros no setor privado (ANA, 2007).

Segundo a Agência Nacional de Águas (ANA), a Comissão de Estudos de Forças Hidráulicas do Serviço Geológico e Mineralógico, inaugurada em 1920, foi a base de outros órgãos da área de hidrometria criados posteriormente e tinha dois focos: o estudo dos fenômenos pluviométricos e dos desníveis hidráulicos.

Em 1930, Getúlio Vargas iniciou uma nova política sobre os recursos hídricos, com o estudo das bacias dos rios Paraná, Parnaíba do Sul e São Francisco. Desta maneira, foi avaliado o potencial hidráulico do Sudeste do Brasil.

Na sequência, foram criados alguns institutos que iniciaram o processo de aprimoramento dos estudos sobre as águas do país, tornando o sistema cada vez mais complexo e eficiente. Entre eles se destacam a Diretoria Geral de Pesquisas Científicas, o Instituto Geológico e Mineralógico do Brasil, a Diretoria Geral de Produção Mineral e o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM).

Já em 1960, instituiu-se o Ministério das Minas e Energia (MME), no qual foi incorporado o Departamento Nacional de Produção Mineral. A Divisão de Águas do DNPM mudou-se para Departamento

Nacional de Águas e Energia (DNAE), que teve papel importante na descentralização dos estudos hidrológicos e na divulgação de dados das bacias hidrográficas (ANA, 2007).

Com o passar dos anos, foram realizados vários estudos para aumentar o conhecimento e a capacidade dos órgãos brasileiros, dentre os quais se destacam os feitos na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em 1970, e a criação do Sistema de Informações Hidrológicas, elaborado com o auxílio do *US Geological Survey – Water Resources Division*, por meio do programa da *USAID-Agency For International Development* (ANA, 2007).

Já em uma fase mais moderna, o “PROJETO HIDROLOGIA”, de 1972, foi criado para elaborar uma série de estudos hidrológicos, reunindo informações com o auxílio de sistemas eletrônicos e implantando um sistema de informações hidrológicas.

Posteriormente, a análise e a divulgação de dados se desenvolveram com a ajuda da Companhia Auxiliar de Empresas Elétricas Brasileiras (CAEEB), a qual ajudou na criação do Sistema de Informações Hidrometeorológicas (SIH).

A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) ficou responsável por executar o Código de Águas e administrar a rede hidrométrica do país, que eram realizadas pelo DNAEE. Em 2000, a Agência Nacional de Águas se tornou responsável pela rede hidrometeorológica nacional, passando, a partir de então, a monitorar todos os aspectos das águas e a divulgá-los em seu banco de dados “Hidro” (ANA, 2007).

Existe, atualmente, uma rede com equipamentos modernos e transmissão quase que em tempo real. Outra mudança relevante é conscientização, ainda que teórica, da necessidade de conhecer e administrar o potencial hídrico do país. Essas informações são importantes para o setor privado e para o setor público, que, por meio desses dados, deveria fazer o planejamento necessário.

A Agência Nacional de Águas tem a responsabilidade pela divulgação dos dados obtidos em seus estudos e, para isso, possui o Sistema de Informações Hidrológicas Hidroweb, além de outros meios na internet e por telefone, nos quais toda a população pode ter acesso aos dados e aos programas realizados pelo Poder Público (ANA, 2007).

Desta maneira, o país possui uma estruturada e organizada rede de estudos sobre os recursos hídricos, sendo que este sistema de informações obtém e divulga os dados de todo o Brasil em tempo real. Não há que se

falar, portanto, que não é possível prever fenômenos da natureza, tendo em vista todo o monitoramento acerca da evolução da necessidade de água e da modificação climática realizado no país há décadas.

Alguns desses estudos vêm apontando uma diminuição da média de precipitação ao longo dos anos, sendo que esta queda apenas se intensificou em grande parte do país de 2012 em diante, o que, somado à falta de planejamento, ocasionou a crise de fornecimento hídrico.

Em Minas Gerais, os relatórios do Instituto Mineiro de Gestão das águas (IGAM) alertam que a média das chuvas vem diminuindo nos últimos 36 anos em praticamente todo o estado, sendo que, dos últimos 10 anos, apenas em um choveu acima do normal na bacia do Rio Paranaíba, situação que não é muito melhor nas outras bacias (ANA, 2015).

Desta maneira, é possível ao Estado prever as alterações futuras, ainda que aproximadas, sobre o volume de precipitação e de outras informações sobre as águas. Logo, não é razoável à administração pública culpar os fenômenos da natureza, neste caso a estiagem, como responsáveis pela crise de escassez hídrica, já que o Poder Público conta com uma extensa rede de dados, a qual possui informações como a de que a média de chuvas tem diminuído, ao contrário do consumo de água.

### **3.2 A subutilização das leis e planos pelo Poder Público**

Como já visto nos capítulos anteriores, existem diversas Leis no ordenamento brasileiro que versam sobre a água, especialmente sobre a proteção deste recurso ambiental. Destaca-se, nesse sentido, a Lei Federal nº 9.433, de 1997, que criou a Política Nacional de Recursos Hídricos. Não se pode olvidar, ainda, dos dispositivos constitucionais e do posicionamento da Organização das Nações Unidas acerca do tema, que dão tratamento especial à água, reconhecendo-a como Direito Humano.

Não obstante, princípios constitucionais gerais, como o da dignidade da pessoa humana, também devem ser considerados pelo Poder Público na administração e no fornecimento de água, tendo em vista que este bem ambiental é de primeira necessidade para a sobrevivência das pessoas, de modo que a sua falta traz inúmeros prejuízos à sociedade.

Desta maneira, cabe ao Estado cumprir a legislação pátria sobre a água, especialmente o que determina a Constituição, que estabelece que o Poder Público e a sociedade devem defender e preservar o meio ambiente,

além de outras leis mais específicas que, caso cumpridas a contento, fariam com que a situação da disponibilidade hídrica fosse outra.

Além disso, a Política Nacional de Recursos Hídricos estabelece objetivos (e oferece instrumentos) que não estão nem perto de serem alcançados, tais como, a) assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; b) a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; e c) a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes do uso inadequado dos recursos naturais (BRASIL, 1997).

Pode-se observar, pela quantidade de desperdício que existe no Brasil, que as políticas públicas são insuficientes para se atingir este objetivo. Na agricultura, que é o setor que mais consome água no país, com 62% do total, a perda é de aproximadamente 50%. Perde-se, ainda, entre 40 e 50% da água destinada à indústria, sem contar o desperdício no consumo doméstico, que é um dos poucos no qual se veem algumas ações no sentido de tentar diminuir o consumo, mas ainda de forma tímida e em casos emergenciais.

O país apresenta altos índices de desperdício, ainda mais se comparado a países desenvolvidos, o que aponta a uma falta de investimentos e à ineficiência na gestão deste recurso.

Em vários municípios do Brasil, metade da água tratada perde-se em sua distribuição até o consumidor, seja por ligações clandestinas ou por vazamentos. Outro fator que diminui o fornecimento de água é a sua contaminação, que, na maioria das vezes, se dá por esgoto descartado nas bacias hidrográficas, agrotóxicos ou descarte de lixo.

Todos esses exemplos de perdas indevidas de água tratada poderiam ser reduzidos com políticas públicas adequadas, como a troca da rede hidráulica, manutenção adequada, fiscalização dos chamados “gatos”, que são as ligações clandestinas, entre outras medidas que o Poder Público não adota, ao que parece, por não compensar financeiramente, já que a perda era considerada inferior aos gastos com a troca das redes de água e esgoto.

No entanto, deve-se levar em consideração não somente o valor econômico, mas também o valor social, já que existem preceitos legais, inclusive constitucionais, que determinam a necessidade de se garantir o fornecimento de água às pessoas das atuais e futuras gerações. Assim, espera-se que, com a presente situação hídrica, os atuais e os próximos

governos se atentem não somente em encontrar novas fontes ou espaços maiores para armazenar água, mas também para o desperdício e o consumo ilegal que acontece deliberadamente.

Ocorre, portanto, o descumprimento de dispositivos legais, tendo em vista que o Poder Público não realiza as medidas necessárias para se alcançar o fornecimento de água suficiente e em qualidade para a população, além de não cumprir com o estabelecido na Política Nacional de Recursos Hídricos e nos Planos de Recursos Hídricos.

### **3.3 Ausência de participação popular na gestão das águas**

No Brasil, a gestão ambiental, termo que indica uma administração racional e científica do meio ambiente (MILARÉ, 2007, p. 285), deve ser feita pelo Poder Público e pela coletividade, conforme o art. 225, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Quanto aos recursos hídricos, a participação popular é reforçada pela Lei nº 9.433, de 1997, que tem como um de seus fundamentos a gestão descentralizada e participativa.

A participação popular na gestão dos recursos hídricos é fundamental para aproximar as decisões às reais necessidades da população, que, por estar participando da administração, poderá defender seus interesses diretos, buscando alcançar o bem comum de sua região e de toda coletividade.

Para que esse modelo de gestão funcione, é necessário sintonia entre os atores responsáveis pela administração hídrica, que são o Poder Público e a sociedade, por meio das organizações da sociedade civil. Assim, quanto mais coesos estiverem esses agentes, maiores são as chances de uma gestão eficiente.

A gestão ambiental tem como base o planejamento, que, segundo Édis Milaré (2007, p. 286) “é um processo retroalimentado e progressivo que se renova sempre, mantém mobilizados os atores e leva os participantes a alcançarem os seus intentos”. Esse processo envolve uma série de procedimentos como a análise da situação, propostas de ações, modificações de planos, entre outros.

Por outro lado, não se vê na prática a efetiva participação da sociedade na gestão dos recursos hídricos, muitas vezes por falta de oportunidades, sendo que os interesses econômicos se sobrepõem aos interesses comuns, principalmente quanto à outorga e à cobrança



do uso dos recursos hídricos, ambas previstas na Política Nacional de Recursos Hídricos.

A outorga do direito de uso da água é um instrumento no qual a Administração Pública autoriza, sob pagamento e o cumprimento de outros requisitos, a utilização da água para outros fins diferentes do consumo doméstico. Há, neste instrumento, o pagamento para que o Poder Público possa auferir recursos e investi-los na preservação e manutenção da água.

O instrumento da outorga foi inserido na legislação brasileira pelo Código de Águas e é regulado atualmente pelo art. 5º da Lei nº 9.433, de 1997. Trata-se de um instrumento muito importante, pois busca controlar a quantidade e a qualidade do uso da água pelos particulares.

Vista a importância da outorga do uso dos recursos hídricos, tem-se que deve haver um controle rígido em sua concessão, já que a outorga indiscriminada poderia ser prejudicial ao fornecimento público de água. Cabe, pois, à Agência Nacional de Águas (ANA) conceder a outorga em relação às águas pertencentes à União, devendo ser criteriosa para garantir o uso múltiplo das águas.

No entanto, como atinge diretamente o interesse do usuário, deveria haver uma participação efetiva da sociedade em todos os momentos da outorga, tendo em vista que toda a coletividade deve participar da racionalização e da preservação dos recursos hídricos. Além disso, a população da região da eventual outorga tem o conhecimento prático sobre a situação do fornecimento de água local, que poderá ser prejudicado no caso de outorgas inadequadas.

A participação popular é estabelecida no art. 13 da Lei nº 9.433, de 1997, que determina que as outorgas estão condicionadas às prioridades estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos, que, por sua vez, têm participação popular em sua elaboração. Entretanto, ainda que se alegue que há a participação indireta da sociedade na concessão das outorgas, já que estas estão vinculadas aos planos elaborados com participação popular, essa afirmação não se sustenta, porque a ANA, em muitos casos, não fundamenta os atos de outorga que concede, deixando, inclusive, de indicar o Plano ao qual elas se referem.

Nesse sentido, o Poder Público, além de não fornecer meios para que a sociedade participe diretamente do processo de outorga do uso dos recursos hídricos, não cumpre totalmente com o estabelecido nos Planos de Recursos Hídricos, concedendo um elevado número de outorgas sem a fundamentação necessária.

Outro instrumento previsto na Política Nacional de Recursos Hídricos é o da Cobrança pelo Uso da água, que, conforme o art. 19 da Lei nº 9.433, de 1997, tem como objetivos a) reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor; b) incentivar a racionalização do uso da água; e c) obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos (BRASIL, 1997).

Existem, ainda, os objetivos acrescentados pela Resolução do Conselho Nacional dos Recursos Hídricos nº 48, de 21, de março de 2005, que estão previstos nos incisos IV e V do art. 2º da referida resolução:

IV - estimular o investimento em despoluição, reuso, proteção e conservação, bem como a utilização de tecnologias limpas e poupadoras dos recursos hídricos, de acordo com o enquadramento dos corpos de águas em classes de usos preponderantes; e,

V - induzir e estimular a conservação, o manejo integrado, a proteção e a recuperação dos recursos hídricos, com ênfase para as áreas inundáveis e de recarga dos aquíferos, mananciais e matas ciliares, por meio de compensações e incentivos aos usuários. (CONSELHO NACIONAL DOS RECURSOS HÍDRICOS, 2005).

A cobrança pelo uso dos recursos hídricos é fundamental para se alcançar estes objetivos e ajuda a evitar o desperdício no consumo da água, pois relaciona o Direito à Economia, de modo que a sociedade tende a consumir menos em virtude dos valores cobrados. Relaciona-se com o instrumento da Outorga, já a água concedida por meio de outorga também sofrerá cobrança (RAMOS, 2015, p. 14).

Considerando que a cobrança envolve aspectos diretamente relacionados com a crise hídrica, como o desperdício, a economia, o investimento, entre outros, é igualmente necessária a participação da sociedade na utilização deste instrumento, sendo que a cobrança também está vinculada aos Planos de Recursos Hídricos.

A arrecadação obtida com a cobrança pelo uso da água, segundo o art. 22 da Lei nº 9.433, de 1997, deverá ser aplicada prioritariamente na bacia hidrográfica em que for gerada. Uma crítica que se faz a este dispositivo é que a quantia arrecadada deveria ser aplicada integralmente na bacia em que foi gerada (RAMOS, 2015, p. 15), não prioritariamente como diz a lei, pois abre possibilidade de utilização para outros fins.

Nesse sentido, critica Christian Guy Caubet (*apud* RAMOS, 2015):

Postular o valor econômico da água, sem o mínimo debate prévio, permite engendrar uma nova frente de acumulação de capital mesmo que, eventualmente, não ofereça garantia alguma de enfrentar os desafios enunciados uma geração atrás pela Lei nº 6.938/81. Incentivar a racionalização do uso da água certamente não passa pelo fato de institucionalizar a cobrança como primeira ação operacional, sem que existam outras ações, no mínimo compatíveis e combinadas, de políticas públicas tão essenciais como: institucionalização de processos adequados de educação ambiental e de formação ou reforma de hábitos sociais (...), discussão democrática de valores essenciais de nossa sociedade (...) e criação de uma ação ou de uma polícia administrativa eficientes nas modalidades de dissuasão, fiscalização e repressão efetiva (CAUBET, 2004, p. 165-168).

A cobrança pelo uso dos recursos hídricos é, portanto, de extrema relevância para a valorização da água e deve ser utilizada para estimular o uso consciente e para a arrecadação de recursos que serão investidos no financiamento de programas determinados nos planos de recursos hídricos. Das duas formas, ajuda-se no fornecimento de água em quantidade adequada, evitando-se assim crises de abastecimento, já que diminui o desperdício e água e se obtém recursos para executar as obras e os programas do planejamento feito.

Contudo, observa-se que a cobrança de água não é utilizada com eficiência pelo Poder Público brasileiro, haja vista que a variação de preços costuma acontecer depois de iniciadas as situações críticas. Na recente crise de abastecimento, por exemplo, os aumentos se deram após o agravamento da situação, quando os reservatórios já estavam em níveis baixíssimos, o que demonstra a falta de planejamento do Estado, que deveria valer-se desse recurso também como forma de evitar a falta de água, não somente como uma medida emergencial em caso de crise.

Isto poderia ser feito com a cobrança de tarifas diferenciadas, como já é feita em alguns casos, porém de maneira mais constante, com descontos progressivos para pessoas que reduzirem o consumo durante todo o ano, ajudando, com isso, na mudança de hábitos sociais.

Desta maneira, tanto o instrumento da outorga quanto o da cobrança devem ser utilizados dentro de um planejamento e com participação da sociedade, privilegiando, assim, os interesses sociais. Ademais, ambos são instrumentos que devem ser utilizados dentro de uma

gestão organizada e institucional, com outras medidas complementares, como a educação e as obras preventivas. Em todo caso, o Poder Público deve se manter transparente, informando com clareza sobre os recursos e os planos adotados, e permitir uma maior participação popular nas tomadas de decisões, principalmente em âmbito local.

### **3.4 A omissão do Estado e a falta de planejamento**

A água, por ser um bem de domínio público, deve ser gerida pela Administração Pública com a participação popular, como já relatado. Contudo, o Poder Público tem se mostrado omissos em relação à administração dos recursos hídricos, principalmente na região Sudeste.

Além de restringir a participação da sociedade, os governos, especialmente no âmbito federal e estadual, não têm conseguido evitar e superar a crise de abastecimento hídrico, que, como visto anteriormente, é de previsão possível e acessível à administração pública.

A omissão do Estado é evidente se levarmos em consideração que a região Sudeste contava com tranquilidade no abastecimento de água há alguns anos, mas a situação mudou drasticamente. Mesmo com as previsões e alertas de redução acentuada das chuvas, pouco foi feito para se evitar o atual cenário.

O Poder Público até tenta tomar algumas medidas para amenizar o problema, como a construção de algumas barragens e a transposição de rios, entretanto, a falta de planejamento e de uma gestão integrada entre todos os órgãos da administração as tornam insuficientes. Ademais, trata-se de medidas com resultados em longo prazo e com altos investimentos.

A diminuição da perda de água tratada é um dos pontos em que o Estado tem sido omissos e que certamente poderia amenizar a crise de escassez hídrica. Nesse sentido, poderia ser economizado cerca de 30% da água que é tratada e colocada à disposição para consumo. Entretanto, não se vê a troca de redes de águas antigas, que possuem vazamentos, nem políticas efetivas na redução de desperdício no setor de agricultura, que é o grande consumidor de água do país. Assim, o incentivo a novas tecnologias para a irrigação poderia economizar uma grande quantidade de água.

Outras medidas importantes que deveriam ser tomadas, mas também ficam em segundo plano devido à falta de planejamento estatal, são: a reeducação da população sobre o uso consciente e sustentável, que deveria ser mais divulgado e ensinado nas escolas; o tratamento de água e

sua reutilização; os incentivos com descontos para pessoas que diminuam o consumo; o uso e a ocupação adequada do solo, bem como outros meios de proteção ao meio ambiente e ao ciclo hidrológico, no qual se destaca a fiscalização e a punição dos agentes causadores de poluição.

Em relação à poluição, esta compromete gravemente o fornecimento de água de boa qualidade no Brasil. Os principais causadores da poluição dos recursos hídricos são o esgoto que é descarregado sem tratamento nas bacias hidrográficas e os restos industriais. Desta maneira, o Poder Público não pode se omitir, devendo fiscalizar e punir gravemente os grandes poluidores das águas, bem como realizar obras e melhoramentos que evitem a descarga de esgoto doméstico na natureza.

Segundo o Jornal Folha de São Paulo, caso as medidas – bônus na conta de água para quem economizar, cobrança de taxas para quem aumenta o consumo e redução da pressão – tivessem sido utilizadas em São Paulo (que é o Estado que teve a situação mais crítica, muito por culpa da omissão de seu Governo) desde o início de 2014, a região metropolitana de São Paulo poderia ter 51% a mais de recursos hídricos nos reservatórios (CÉZAR, 2015).

Os governos estaduais são responsáveis por grande parte dessas omissões e da falta de planejamento no que diz respeito à gestão das águas. Não obstante, o Governo Federal também contribuiu para esse processo que resultou na crise de abastecimento.

Isto porque a Política Nacional de Recursos Hídricos é de coordenação do Governo Federal. Segundo Guilherme Dantas (2015 *apud* SHALOM 2015), “a esfera federal é tão corresponsável pela crise quanto à [sic] estadual. Por mais que os governos dos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro tenham se omitido, a Política Nacional de Águas é coordenada pelo Governo Federal”.

Diante disso, o Governo Federal se omite ao não estabelecer diretrizes claras e capazes de superar a crise. Além disso, a ANA permitiu, segundo matéria divulgada no Portal IG (2015), aumentos nas vazões acima da Curva de Aversão a Risco (CAR), que é uma tabela usada para a prevenção de crises hídricas, equilibrando a saída de água com o volume de chuvas (SHALOM, 2015).

Nesse sentido, o depoimento do engenheiro e sanitarista José Roberto Kachel, que foi funcionário da Sabesp, também divulgado pelo Portal IG (2015):

A ANA não tem como se eximir da responsabilidade. Ela é a responsável pelo gerenciamento. Quando, por exemplo, a Sabesp fez o pedido para usar a segunda cota do volume morto [em outubro], a empresa justificou o pedido apresentando cenários irreais. E a ANA foi conivente porque não exigiu da estatal a apresentação de um cenário realista, que não estivesse atrelado à certeza de chuvas (KACHEL, 2015).

A Administração Pública é, portanto, omissa em diversos sentidos, sendo o principal problema, ao que parece, a falta de planejamento na gestão dos recursos hídricos, deixando de oferecer diretrizes a serem seguidas pelos governos estaduais e fiscalizá-los no cumprimento dessas políticas públicas. Por outro lado, os governos estaduais são tão omissos quanto, pois administram mal as águas sob seu domínio e são responsáveis diretos pela escassez hídrica.

Por fim, vale ressaltar que o Poder Público não pode utilizar, como escusa para a sua omissão, o momento econômico ou a falta de recursos. Em primeiro lugar, porque é notória a série de notícias que envolvem o desvio de bilhões de reais dos cofres públicos, sendo que demorou anos para que a Administração Pública desse falta de tais recursos.

Desta forma, se os citados valores saíram dos cofres públicos e os prejuízos não foram imediatamente percebidos, isto é um indicio de que se trata de valores irrisórios perto dos recursos do país. Contudo, sabe-se que a situação não é tão fácil assim e que a falta de percepção da saída desses recursos envolve outros interesses que não cabem ser discutidos no presente trabalho.

Com isso, a alegação de falta de recursos também não prospera na medida em que muitas das omissões do Estado não envolvem altos investimentos, mas, sim, mais planejamento, fiscalização e participação de todos os atores da sociedade, medidas que, em muitos casos, sairiam mais baratas que outras tomadas e com resultados futuros e incertos, como a transposição de rios.

#### **4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NA CRISE HÍDRICA**

Antes de entrar na questão específica da responsabilização do Estado na crise hídrica, importante conceituar e tecer algumas considerações acerca da responsabilidade civil do Estado em geral, para, mais adiante, abordar sua aplicação no Direito ambiental, especialmente na crise hídrica.

A responsabilidade civil do Estado é também conhecida como responsabilidade extracontratual, isso porque a responsabilidade contratual é regida por princípios próprios, no tema contratos administrativos, que não será objeto do presente trabalho.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua assim a responsabilidade civil do Estado:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos (MELLO, 2014, p. 1011).

Já Maria Silvia Di Pietro traz o seguinte conceito:

Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos (DI PIETRO, 2012, p. 698).

Desta maneira, tem-se que a responsabilidade, no direito administrativo, decorre de atos do Estado, sejam eles lícitos ou ilícitos, que causem danos jurídicos ao administrado, sendo que, no caso de conduta lícita, é necessário demonstrar que o dano é anormal e específico.

O Estado é regido por alguns princípios que permitem que ele exerça sua função de organizar e controlar a sociedade, como a supremacia do interesse público sobre o privado e o da autotutela. Ademais, o Estado tem o monopólio do uso da força, da coercibilidade, por meio do poder de polícia. Entretanto, tais prerrogativas são limitadas, para se evitar que o interesse público seja desvirtuado.

Diante disso, a Responsabilidade do Estado é regida por princípios próprios, tendo em vista a sua posição em relação aos administrados, na qual a Administração Pública se vale de sua supremacia para tomar decisões, que podem causar danos a toda coletividade.

Além disso, os particulares não têm meios suficientes para se defenderem de eventuais atos lesivos da administração pública. Desta forma, para evitar maiores prejuízos à população, a responsabilidade estatal é regida de forma diferente da responsabilidade civil dos particulares.



Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello aduz:

Seja porque os deveres públicos do Estado o colocam permanentemente na posição de obrigado a prestações multifárias das quais não se pode furtar, pena de ofender o Direito ou omitir-se em sua missão própria, seja porque dispõe do uso normal de força, seja porque seu contato onímodo e constante com os administrados lhe propicia acarretar prejuízos em escala macroscópica, o certo é que a responsabilidade estatal por danos há de possuir fisionomia própria, que reflita a singularidade de sua posição jurídica. Sem isto, o acobertamento dos particulares contra os riscos da ação pública seria irrisório e por inteiro insuficiente para resguardo de seus interesses e bens jurídicos (MELLO, 2014, p. 1015).

#### 4.1 Evolução histórica

A responsabilidade do Estado evoluiu com o decorrer do tempo, sendo que as teorias que tratam do assunto surgiram conforme o cenário histórico e político de cada período. Nesse sentido, importante papel teve o direito francês. Esclarece-se, ainda, que existem várias diferenças terminológicas entre os diversos autores.

Nos primórdios do Direito Público, em meados do século XIX, prevaleceu a teoria da irresponsabilidade do Estado. Segundo esta teoria, o Estado não tinha responsabilidade pelas ações de seus agentes. Isso se deu em virtude das condições políticas da Época, já que o Estado Liberal se afastava das relações entre particulares, limitando a sua atuação.

No entanto, a irresponsabilidade do Estado não preponderou por muito tempo, porquanto a ideia de intangibilidade do Estado, que não era considerado passível de causar danos e ser responsabilizado, foi trocada pelo Estado de Direito, devendo ser, a partir de então, atribuídos os direitos e deveres das pessoas jurídicas ao Estado.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

A doutrina da irresponsabilidade do Estado está inteiramente superada, visto que as duas últimas Nações que a sustentavam, a Inglaterra e os Estados Unidos da América do Norte, abandonaram-na, respectivamente, pelo *Crown Proceeding Act*, de 1947, e pelo *Federal Tort Claims Act*, de 1946. Caíram, assim, os últimos redutos da



irresponsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes (MEIRELLES, 2014, p. 738).

Com o fim da irresponsabilidade do Estado, ainda no século XIX, passou-se a admitir a responsabilidade do Estado, adotando-se os princípios civilistas, com base na ideia de culpa.

Na teoria civilista da culpa, diferenciavam-se, para o fim de responsabilização, os atos de império e os atos de gestão. Os de império eram praticados pela Administração Pública com as prerrogativas do Estado, com base em seu poder soberano. Já os atos de gestão se aproximavam dos atos realizados entre particulares, do Direito Privado.

Ocorria essa diferenciação para separar os atos da pessoa do Rei (insuscetível de erro), que praticava os atos de império, dos atos do Estado por meio de seus agentes, atos de gestão, sendo que os primeiros não resultavam na responsabilização do Estado, com base na máxima “*The king can do no wrong*”, e nos segundos, por sua vez, era aceita a responsabilidade do Estado desde que demonstrada a culpa.

Contudo, na prática, era difícil distinguir quais eram os atos de gestão e quais eram de império, o que causou revolta da população. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

Essa forma de atenuação da antiga teoria da irresponsabilidade do Estado provocou grande inconformismo entre as vítimas de atos estatais, porque na prática nem sempre era fácil distinguir se o ato era de império ou de gestão. Ao mesmo tempo, a jurisprudência procurava distinguir, de um lado, as faltas do agente atreladas à função pública e, de outro, as faltas dissociadas de sua atividade. Logicamente, tais critérios tinham mesmo que proporcionar um sem-número de dúvidas e confusões” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 555).

A ideia de separação de atos de império e atos de gestão foi superada, acabando com esse cenário de insegurança. Surgiu, pois, um novo estágio na responsabilização do Estado, qual seja, o da culpa administrativa.

Na culpa administrativa, também conhecida como culpa anônima ou falta do serviço, conforme a clássica doutrina de Paul Duez, a vítima do dano precisava apenas demonstrar o mau funcionamento do serviço, não sendo necessário identificar o agente causador do dano.

Existem três maneiras de ocorrência da falta do serviço e Maria Silvia Di Pietro explica assim:

Essa culpa do serviço público ocorre quando: o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (*faute*) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário (DI PIETRO, 2012, p. 701).

Observa-se que em todos os casos era necessário mostrar que o Estado agiu com culpa. Assim, cabia ao lesado o ônus da prova da culpa.

Seguindo esse processo evolutivo, mas sem abandonar totalmente a teoria anterior, o Conselho de Estado francês utilizou a responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco.

Em sua ilustre lição, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua:

Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano (MELLO, 2014, p. 1024).

Desta maneira, beneficiou-se o administrado lesado, já que não se faz mais necessária a demonstração de qualquer falta ou culpa no serviço. Por isso, também é conhecida como teoria do risco, pois parte do pressuposto que a administração pública traz consigo o risco, de modo que responde pelos danos causados em qualquer hipótese.

Ressalte-se, por fim, que alguns autores, como Hely Lopes Meirelles (2014), distinguem duas modalidades de responsabilidade objetiva, ou teoria do risco, são elas a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral.

Ambas as teorias dizem respeito à obrigação do Estado de indenizar o lesado pelo simples fato de tê-lo causado dano. O que as difere é o fato de que na teoria do risco administrativo são admitidas as excludentes de responsabilidade do Estado (culpa da vítima, culpa de terceiros ou força maior) e na teoria do risco integral essas excludentes não são cabíveis.

Entretanto, outra parte dos teóricos não faz essa diferenciação, já que as considera como expressões correspondentes. Alguns ainda costumam criticar essas diferenças terminológicas, como é o caso de Maria Silvia Di Pietro:

Portanto, não é demais repetir que as divergências são mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias,

do que de fundo. Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade objetiva, que implica averiguar se o dano teve como causa o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado (DI PIETRO, 2012, p. 702).

## **4.2 Responsabilidade civil do Estado no Direito Ambiental**

No Direito ambiental brasileiro, todo dano ao meio ambiente causado por atividade econômica que seja suscetível de causar poluição, por comissão ou omissão, pode ensejar a reparação econômica. Existe a reparação, que visa recompor o bem lesionado, e o ressarcimento, que busca indenizar a vítima no caso de bens irrecuperáveis. Existe, ainda, a reparação pelos danos morais relativos às questões ambientais.

Em regra, adota-se, tanto no direito ambiental quanto no administrativo, a teoria objetiva, na qual não é necessária a demonstração de culpa, assim, o causador do dano ao meio ambiente responde independente de ter agido com culpa. Na teoria objetiva, é suficiente a existência do dano e do nexa causal, diferentemente da teoria subjetiva, na qual também é necessária a comprovação de culpa do agente.

Ainda nesse sentido, aplica-se, no Direito Ambiental, a teoria do risco integral, em que o Estado, assim como as empresas, assume os riscos inerentes à sua atividade, respondendo objetivamente pelos danos causados a terceiros e ao meio ambiente. Frise-se que a responsabilidade objetiva, em decorrência do risco integral, é muito importante na proteção ao meio ambiente.

O Estado responde objetivamente, destarte, pelos danos ambientais causados, inclusive nos casos de omissão. O Poder Público também responde por omissão na fiscalização ou pela concessão irregular do licenciamento ambiental.

Esta responsabilidade tem relevante papel na proteção ao meio ambiente, já que o Estado, como já relatado, tem sido omissor em muitos casos de Outorga de Uso de Água, além de ser omissor na fiscalização dos agentes poluidores dos recursos hídricos, podendo, por conseguinte, ser responsabilizado por estas omissões, desde que comprovado o dano e o nexa causal entre o prejuízo e a omissão do Poder Público.

Neste caso, não interessa qual foi o agente público causador do dano, já que o Estado não possui a prerrogativa de se valer de excludentes como a culpa exclusiva de terceiro ou qualquer outra, em decorrência da teoria do Risco Integral que é aplicada. Cabe ressaltar que o Estado pode, eventualmente, ajuizar ação regressiva contra o agente público, o que não afasta a responsabilidade do Poder Público diante do particular.

Como visto no capítulo anterior, o Poder Público tem sido omissor de diversas maneiras, sendo que é responsável direto pela escassez hídrica do país. Diante disso, cabe ao Ministério Público dos Estados e da União analisar e propor as ações de responsabilidade civil e criminal, de acordo com a legislação própria, contra os agentes públicos pelos danos ambientais causados, como forma de inibir que essas situações continuem a acontecer.

Não obstante, outra responsabilização a ser verificada no caso da crise de fornecimento hídrico é em relação aos danos causados aos particulares, que, por culpa do Estado, têm sofrido com a falta de água para as necessidades básicas.

Não se trata, neste caso específico, de dano ambiental, devendo ser analisado também conforme as regras do Direito Administrativo (usando tanto a teoria do Risco Integral quanto a do Risco Administrativo). Outro fator a ser observado é que a responsabilização, e a consequente condenação ao pagamento de indenização para o particular, dependeria, neste caso, da comprovação de um dano anormal e específico, o que na prática é bem difícil, já que a falta de água, geralmente, se dá para toda uma região, tornando o dano geral.

No entanto, em casos concretos que o particular consiga provar a ocorrência deste dano anormal e específico, como, por exemplo, a morte de uma pessoa em decorrência da falta de água que impossibilitou a realização de um tratamento médico específico, e o nexo causal entre a omissão do Estado e a falta de água, é possível uma tentativa judicial de responsabilização civil do Estado.

Ressalte-se que se trata de uma hipótese que poderia ser averiguada pelo judiciário, tendo em vista que ainda não se verificam notícias de situações semelhantes nos Tribunais pátrios. Contudo, independente da teoria que se adote neste caso, risco integral ou risco administrativo, parece ser uma tentativa razoável, já que o Poder Público não pode se eximir de sua responsabilidade em um caso tão grave, ainda mais se tratando de um recurso que é considerado um Direito Humano.

A adoção da teoria do Risco Integral parece ser mais adequada, tendo em vista que a administração dos recursos naturais, especialmente a água, implica riscos para os direitos de toda a sociedade. Assim sendo, não seria relevante a investigação da culpa, a atividade não precisaria ser ilícita e, diferentemente da Teoria do Risco Administrativo, não poderiam ser aplicadas as causas de exclusão da responsabilização civil.

Em contrapartida, o Estado poderia tentar alegar alguma das excludentes, baseando-se na teoria do Risco Administrativo, pois não se trata da hipótese de dano ambiental. Entretanto, ainda se esta fosse a teoria admitida, parece razoável que haja a inversão do ônus da prova, de modo que caiba ao Estado comprovar que a causa do dano não foi a sua omissão, já que o Poder Público possui todo o acervo de informações e o dever de gerir os recursos hídricos, bem como ônus que lhe incumbe de comprovar a ocorrência da excludente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A crise de fornecimento hídrico é uma realidade no Brasil e, diferentemente do que alguns tentam fazer parecer, não se trata de um evento isolado que ocorre pela falta de chuvas. É, em verdade, resultado do aumento descontrolado do consumo somado à falta de planejamento do Poder Público. É certo, por outro lado, que a escassez de água foi evidenciada pela recente estiagem de 2015, principalmente na região Sudeste do país, o que realçou os sérios problemas de gestão da água, porém é dever do Estado prever e planejar soluções para estas situações.

A água é um recurso de primeira necessidade, sendo, inclusive, um Direito Humano reconhecido pela ONU. No entanto, a Administração Pública brasileira tem se omitido e permitido que várias pessoas não tenham acesso satisfatório a esse recurso ambiental. Destaca-se que, pela grande quantidade de água doce que o país possui em relação ao resto do mundo, a falta de planejamento é ainda mais preocupante.

Nesse sentido, existem, no ordenamento jurídico pátrio, leis que estabelecem diretrizes a serem seguidas na gestão e na proteção dos recursos hídricos. Contudo, os administradores não cumprem com o estabelecido na legislação, assim, concedem outorgas injustificadas; impedem a participação popular, centralizando as tomadas de decisões; deixam de fiscalizar o desperdício e a poluição das águas; aumentam e diminuem a vazão dos reservatórios em desacordo com o recomendado

pelos estudos técnicos e, principalmente, não realizam uma gestão integrada e sustentável da água.

Desta maneira, para superar a situação do fornecimento de água do país, que é crítica e depende muito das chuvas em um primeiro momento, o Poder Público deverá mudar completamente sua atuação, passando a ter uma gestão eficiente dos recursos hídricos. Para tanto, deverá usar os instrumentos legais existentes, como a Política Nacional de Recursos Hídricos, e planejar a utilização da água com o foco no interesse social, não em interesses econômicos e políticos.

Algumas das medidas devem ser tomadas pelo Estado, dentre as quais se destacam a conscientização da população de maneira efetiva, especialmente nas escolas, o incentivo e a fiscalização da utilização de técnicas mais modernas, que evitem a perda de água na agricultura e na indústria, a troca da rede de água e esgoto, o investimento em novas fontes e o aumento na capacidade de armazenamento e distribuição de água.

Todas essas providências já deveriam estar sendo tomadas há muitos anos, tendo em vista a previsibilidade da ocorrência dos fenômenos hidrológicos e da consequente falta de água. Não obstante, já que o Poder Público foi omissivo e permitiu que a crise se agravasse, deve agora ser ainda mais atuante, tanto no âmbito estadual quanto no federal.

A falta de água é, portanto, consequência da ausência de planejamento do Poder Público, que tem sido omissivo na gestão deste recurso vital. Diante disso, defende-se neste trabalho a possibilidade de que o Estado seja responsabilizado por esta omissão, além da possível responsabilização criminal dos Agentes Públicos que, comprovadamente, forem responsáveis, já que, caso isto não ocorra, corre-se o risco da situação do fornecimento se agravar e de que a ineficiência da gestão se perpetue.

## REFERÊNCIAS

Agência Nacional De Águas. (2015). **Sistema de Informações Hidrológicas**. Brasília: AGA. Disponível em: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/informacoeshidrologicas/redehidro.aspx>. Acesso em: 10 out. 2015.

ALBIERO, Guilherme Gorgulho Gabrielle. (2015, 23 março). Falhas na governança agravaram crise hídrica, apontam especialistas. **Jornal da Unicamp**. a. 2015. n., 620. Disponível em: <http://www.unicamp.br/unicamp/ju/620/falhas-na-governanca-agravaram-crise-hidrica-apontam-especialistas>. Acesso em: 23 out. 2015.

ALMEIDA, Daniel Ladeira; Benassi, Roseli Frederigi. (2015). Crise hídrica e de energia elétrica entre 2014-2015 na região sudeste. **Revista Hipótese**, Itapetininga, v. 1, n.2, p. 65-76. Disponível em: <http://itp.ifsp.edu.br/ojs/index.php/HIP/article/view/88/44>. Acesso em: 24 dez. 2015.

CAMPOS, Camila. (2015, 13 outubro). Sem abastecimento há mais de 20 dias, moradores de Caeté tomam banho com água mineral. **Rádio Itatiaia**. Disponível em: <http://www.itatiaia.com.br/noticia/sem-abastecimento-ha-mais-de-20-dias-moradores-de-caete-tomam-banho-com-agua-mineral>. Acesso em: 13 out. 2015.

CAMPOS, Valéria Nagy de Oliveira; Fracalanza, Ana Paula. (2010, jul-dez). Governança das águas no Brasil: Conflitos pela apropriação da água e a busca da integração como consenso. **Ambiente & Sociedade**, Campinas v. XIII, n. 2, p. 365-382. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v13n2/v13n2a10>. Acesso em: 11 out. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (2015). **Situação dos Mananciais**. São Paulo: SABESP. Disponível em: <http://www2.sabesp.com.br/mananciais/DivulgacaoSiteSabesp.aspx>. Acesso em: 10 out. 2015.

Companhia de Saneamento de Minas Gerais. (2015). **Nível dos Reservatórios**. Belo Horizonte: COPASA. Disponível em: <http://www.copasa.com.br/wps/portal/internet/abastecimento-de-agua/nivel-dos-reservatorios>. Acesso em: 10 out. 2015.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (1988, 5 de dezembro). Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 out. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

HENKES, Silvana L. (2009). A responsabilidade civil no direito ambiental brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 51-70. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rdisan/article/view/13146/14952>. Acesso em: 12 out. 2015.

Instituto Mineiro de Gestão das Águas. (2015) Gerência de monitoramento hidrometeorológico e eventos críticos (GMHEC). **Previsão Climática**. Belo Horizonte: IGAM.

\_\_\_\_\_. (2015). **Informativos**. Belo Horizonte: IGAM. Disponível em: <http://portalinfohidro.igam.mg.gov.br/publicacoes-tecnicas/8327-informativos>. Acesso em: 10 out. 2015.

JARDIM, Carlos Henrique. As chuvas de 2013/2014 em Belo Horizonte - MG e sua relação com a (suposta) “crise hídrica”. (2015). **Revista Equador (UFPI) – Edição Especial XVI Simpósio Brasileiro de Geografia Física Aplicada**, Teresina, v. 4, n. 3, p. 192-198, 2015. Disponível em: <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/equador/article/viewFile/3641/2121#page=192>. Acesso em: 11 out. 2015.

Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. (2002, 11 janeiro). Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 10 out. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA FILHO, Gerson Romero. (2015). A crise da água na região metropolitana de São Paulo em 2014 e a ineficiente gestão dos recursos hídricos. **CES Revista**. v.29, n.1 (2015). Disponível em: <http://seer.cesjf.br/index.php/cesRevista/article/view/224>. Acesso em: 11 out. 2015.



Organização das Nações Unidas. (1992). Declaração Universal dos direitos da Água. Rio de Janeiro: Biblioteca virtual de direitos humanos - USP. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-universal-dos-direitos-da-agua.html>. Acesso em: 14 out. 2015.

RAMOS, Ana Gabriela Brito. (2015) O panorama hídrico do Brasil e a ambiguidade de soluções: direitos humanos, participação popular e a experiência da América Latina. **Revista Eletrônica Direito e Política**. v. 10, n. 2. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7472/4272>. Acesso em: 23 out. 2015.

SHALOM, David. (2015, 5 fevereiro). Governo federal é cúmplice de Estados na crise da água, dizem especialistas. **Último Segundo**, São Paulo. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/seca/2015-02-05/governo-federal-e-cumplice-de-estados-na-crise-da-agua-dizem-especialistas.html>. Acesso em: 23 out. 2015

SILVEIRA, Tiago da Rosa Sena. (2012) Responsabilidade civil ambiental e reparação dos danos provocados pela poluição das águas. **Caderno Meio Ambiente e Sustentabilidade**. a. 1, n. 1. Disponível em: <http://www.grupouninter.com.br/web/revistameioambiente/index.php/cadernomeioambiente/article/view/102/39>. Acesso em: 14 out. 2015.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Superintendência de Operações e Eventos Críticos. (2015). **Acompanhamento dos reservatórios do Sistema Interligado Nacional**. Brasília: AGA. Disponível em [http://arquivos.ana.gov.br/saladesituacao/BoletinsDiarios/SIN\\_9-10-2015.pdf](http://arquivos.ana.gov.br/saladesituacao/BoletinsDiarios/SIN_9-10-2015.pdf). Acesso em: 10 out. 2015.

VITAL, B., Carrijo, F., César, H., Beline, J.V., Pavini, T.P., (2015, 14 setembro). Crise hídrica: omissão até a última gota. **Jornalismo especializado**. Disponível em: <https://jornalismoespecializadounesp.wordpress.com/2015/09/14/crise-hidrica-omissao-ate-a-ultima-gota/>. Acesso em: 23 out. 2015.

WOLKMER, Maria de Fátima S; Pimmel, Nicole Freiburger. dez., 2013. Política Nacional de Recursos Hídricos: governança da água e cidadania ambiental. **Seqüência**, Florianópolis, n. 67, p. 165-198. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v34n67p165>. Acesso em: 23 out. 2015.



# A PEQUENA CRIMINALIDADE PATRIMONIAL E ASPECTOS DA CO-RESPONSABILIDADE SOCIAL

## *PROPERTY CRIMES WITHOUT VIOLENCE AND SOCIAL RESPONSIBILITY*

Jéssica Raquel Sponchiado\*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Sociedade Pós-industrial, sensação social de insegurança e maior repressão penal; 2. Políticas Criminais pautadas na Culpabilidade, Coculpabilidade e Culpabilidade por Vulnerabilidade; 2.1 Coculpabilidade e Vulnerabilidade; 3. Co-responsabilidade da vítima no caso da pequena criminalidade influenciada pelas técnicas comerciais de publicidade; 4. Consequência para a dogmática penal; 5. Conclusões; 6. Bibliografia.

**RESUMO:** Por meio dos postulados criminológicos críticos, este trabalho procurou demonstrar algumas ideias que partem da atenuação ou exclusão da responsabilidade do autor de delitos no campo dos crimes patrimoniais leves, devido à influência da própria estrutura social. No que tange ao aspecto mais importante deste trabalho, ressalta-se a teoria da co-responsabilidade social pela prática desta classe de crimes, de acordo com o contexto socioeconômico no qual o delinquente estava inserido.

**Palavras-chave:** Pequena criminalidade Patrimonial. Coculpabilidade social. Ilustração de casos.

**ABSTRACT:** *Through the critical criminological assumptions, this study sought to demonstrate some ideas that depart from the attenuation or exclusion of crimes of the author's responsibility in the field of minor property crimes, due to the influence of social structure itself. Regarding the most important aspect of this work, emphasizes the theory of social co-responsibility for the practice of this class of crimes, according to the socioeconomic context in which the offender was inserted.*

**Keywords:** *Delict without violence. Social responsibility. Cases.*

## INTRODUÇÃO

Vive-se, hoje, em um contexto em que a globalização, as novas tecnologias, as novas tipificações penais e a criminalidade econômica tornaram-se o eixo principal de pesquisas no âmbito do Direito Penal e da Criminologia. Verifica-se o apelo por políticas criminais repressivas, uma maior atuação do sistema penal e o endurecimento de penas. Esta configuração atual da sociedade é permeada por uma sensação social de insegurança e uma identificação da sociedade com as vítimas dos delitos. Tal

---

\* Doutoranda em Direito penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Mestre e graduada em Direito pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais – UNESP/Franca. Professora de Direito Penal, Processo Penal, Prática Penal e Teoria do Delito na Universidade Anhembi Morumbi (UAM).

conjuntura acaba por afetar, de forma direta, os anseios de maior repressão à criminalidade de rua, notadamente a pequena criminalidade patrimonial.

Questiona-se, neste artigo, qual a real demanda da sociedade brasileira no que se refere ao tema da criminalidade. A realidade material e objetiva que encontramos nas prisões brasileiras depara-se com uma superlotação e, em contrapartida, a sociedade continua a enfrentar uma grande insegurança. Um dos principais setores de criminalização responsáveis por este cenário de aprisionamentos está no âmbito dos crimes patrimoniais clássicos, e não naqueles tão estudados, atualmente, que seriam mais preocupações de interesses internacionais (ou seja, exigências de Organizações Internacionais como Banco Mundial e OCDE ao lado dos países centrais, preocupados em manter as regras do sistema econômico global protegidas) do que da própria sociedade brasileira. Assim sendo, realizar um estudo sobre os crimes patrimoniais, tidos como crimes clássicos, em um contexto de globalização e criminalidade econômica, parece ser mais conivente com a realidade social, econômica e política do Brasil.

No presente trabalho, procurou-se demonstrar que apesar desta contextualização de expansão da repressão penal não se pode ignorar, em alguns casos, a significância da não adoção de teorias como a da coculpabilidade social frente à criminalidade patrimonial leve. Não se pode ignorar, por exemplo, nos casos de pequenos furtos, o contexto socioeconômico que o delinquentes reporta e a influência de uma sociedade dominada e comandada por uma Indústria Cultural<sup>1</sup> a qual proporciona técnicas de publicidade de venda de mercadorias.

Dessa forma, pretende-se asseverar a importância de instrumentos dogmáticos na construção de limites ao excesso de criminalização patrimonial e, assim, diminuir as consequências produzidas pelo sistema penal e sua racionalidade no campo dos crimes patrimoniais tidos como “leves”, ou seja, àquela criminalidade que não envolve violência contra as pessoas, mas que apenas atinge bens/patrimônios individuais. Far-se-á necessário, como bem coloca Alamiro V. S. Netto, “entender o funcionamento da dogmática como o primeiro passo para a superação e busca de alternativas” (SALVADOR NETTO, 2013, p. 10). Salienta o autor que “até hoje, contudo, a combinação entre dogmática penal, crimes patrimoniais e penas privativas de liberdade tem se mostrado, acima de

---

<sup>1</sup> Embasamento teórico sobre Indústria Cultural em: ADORNO, Theodor W. Indústria Cultural e sociedade. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

tudo, uma seletiva e poderosa fórmula de gestão da miséria” (SALVADOR NETTO, 2013, p. 10).

Por fim, tentou-se ilustrar a tendência de exclusão e não reconhecimento de uma leitura dogmática propícia à coculpabilidade social por meio de alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e, notadamente, de um caso emblemático de condenação a mais de um ano de prisão, em regime fechado, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, devido a um furto de dois pacotes de bolacha. Tais casos que serão objetos de ilustrações seriam situações fáticas em que a teoria da coculpabilidade social se enquadraria perfeitamente, mas que a combinação entre crimes patrimoniais leves e penas privativas de liberdade se sobressaiu enquanto instrumento de gestão da miséria.

## **1 SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL, SENSACÃO SOCIAL DE INSEGURANÇA E MAIOR REPRESSÃO PENAL**

A era pós-industrial é marcada por uma grande sensação social de insegurança frente ao alto nível de complexidade e às modificações da sociedade que está em contínua aceleração. Percebe-se uma perda de referências valorativas objetivas e de estruturas de solidariedade na sociedade pós-moderna. Convive-se com o sentimento de solidão, insegurança e angústia: uma grande sensibilidade social aos riscos. Silva Sanchez salienta que a vivência subjetiva dos riscos, na sociedade atual, é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos. A sensação social de insegurança diante do delito só cresce com atuação dos meios de comunicação, principalmente em relação à criminalidade de rua (destaca-se a criminalidade patrimonial). Ressalta-se que a dramatização com a qual se examinam determinadas notícias atua como um multiplicador dos ilícitos e catástrofes (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 38). Neste sentido:

Os meios de comunicação, que são o instrumento da indignação e da coleta pública podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir de novo no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório que se acreditava reservado aos tempos revoltos. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 39)

As agências oficiais de controle social e de repressão da criminalidade acabam por transmitir imagens distorcidas da realidade, o que contribui com a difusão da sensação social de insegurança. As instituições

públicas de repressão ao crime ao lado dos meios de comunicação procuram intensificar os medos já existentes, em busca de um suposto consenso social que permita práticas autoritárias contra a criminalidade.

Diante deste contexto, o sistema penal é acionado como uma forma de se ter a segurança tão esperada no corpo social. De acordo com Silva Sanchez, “a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta.” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 40)

Com a difusão da sensação social de insegurança, as instituições públicas impõem como solução ao complexo problema da criminalidade políticas criminais repressivas. Até mesmo os movimentos sociais clássicos que buscavam uma limitação da atuação do sistema penal, acabam por contribuir à ampliação do sistema penal, em busca de um fim à insegurança. Tem-se, assim, seguimentos do movimento feminista, do movimento LGBT, movimento negro, dentre outros movimentos sociais, que apelam ao sistema penal com o objetivo de se protegerem contra a violência a qual, na maior parte dos casos, mostra-se como uma consequência da estrutural social em que vivemos. Dessa forma, diante desta procura pelo sistema penal para que este solucione os conflitos sociais ligados à sociedade pós-moderna, tem-se a demanda de criminalizações e endurecimento de penas, em matéria que se refere ao meio ambiente, às sociedades econômicas, à corrupção política, ao âmbito sexual e à violência familiar. Silva Sanchez aponta que a busca de elementos de orientação normativa se converteu em uma busca quase obsessiva (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Entretanto, com um olhar à realidade social, política e econômica brasileira pode-se afirmar, ainda mais no que se refere aos números de aprisionamentos por delitos patrimoniais, que tal sensação social de insegurança acaba por refletir em uma maior repressão à criminalidade de rua no que tange aos pequenos delitos patrimoniais. Observa-se os dados referentes aos números de aprisionamentos e verifica-se que há uma maior atuação frente aos crimes de tráfico de drogas e patrimoniais.

**Distribuição de crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade.**

<b>Crime</b>	<b>Porcentagem</b>
Tráfico	27%
<b>Roubo</b>	<b>21%</b>
Furto	11%
<b>Latrocínio</b>	<b>3%</b>
Homicídio	14%
Receptação	3%
Quadrilha/Bando	2%

**Fonte de informação:** Infopen, junho/2014.

**Distribuição por gêneros das pessoas privadas de liberdade**

<b>Crime</b>	<b>Masculino</b>
Tráfico	25%
<b>Roubo</b>	<b>21%</b>
Furto	12%
<b>Latrocínio</b>	<b>3%</b>
Homicídio	14%
Receptação	3%
Quadrilha/Bando	2%

**Fonte de Informação:** Infopen, junho/2014.

<b>Crime</b>	<b>Feminino</b>
Tráfico	63%
<b>Roubo</b>	<b>7%</b>
Furto	8%
<b>Latrocínio</b>	<b>2%</b>
Homicídio	7%
Receptação	1%
Quadrilha/Bando	1%

**Fonte de Informação:** Infopen, junho/2014.

Neste contexto de apelo ao sistema penal em busca de maior segurança social, tem-se a questão da identificação da maioria com a vítima

do delito. A sociedade coloca-se enquanto vítima. A expansão político-criminal está interligada com esta identificação social com a vítima do delito e a um repúdio cada vez mais intenso aos autores das infrações penais, notadamente os autores de furto e roubo.

Intensifica-se, assim, o interesse da vítima do delito na proteção de seus direitos, tanto no âmbito do Direito Substantivo quanto no do Direito Processual. Silva Sanchez aponta a passagem de um Direito Penal como “magna carta do delinquente” para “magna carta da vítima”, a qual estaria em clara consonância com a autocompreensão da sociedade da insegurança. (SILVA SÁNCHEZ, 2002) Acrescenta-se que,

O fenômeno da identificação com a vítima conduz também no panorama proposto por alguns autores, a entender a própria instituição da pena como mecanismo de ajuda à superação por parte da vítima do trauma gerado pelo delito. Já que a sociedade não foi capaz de evitar que a vítima sofresse o trauma causado pelo delito, tem, ao menos, uma dívida perante ela, consistente no castigo do autor. Somente as penas de prisão e multa cumprem a desejada função. A pena significa muito para a vítima. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 53)

Pois bem, na configuração social atual tem-se uma Política Criminal intervencionista, expansiva e repressiva que recebe cada vez mais o apoio de vários setores sociais, os quais sempre pedem por maior repressão penal. Os meios de comunicação de massa aliados ao populismo eleitoral, utilizam-se da sensação social de insegurança para defender medidas político-criminais imediatistas como se fossem as verdadeiras soluções dos conflitos penais. E recebem grande apoio da sociedade.

As propostas de imposição de sanções mais graves aos jovens autores de atos violentos, e em concreto de rebaixamento da fronteira da maioria penal que permitiria impor a tais jovens as sanções do Direito Penal comum se acham cada vez mais difundidas e encontram acolhimento em todos os foros. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 57)

Todavia, apesar deste contexto de insegurança social e identificação da sociedade com a vítima do delito, tem-se constatações vitimológicas de que há casos nos quais tanto o autor como a vítima contribuem para a ocorrência do crime. Mas, há situações em que mesmo que haja a participação da vítima no delito, não se conduz a uma atenuação ou exclusão de pena para o autor. Estas situações englobariam



aquelas em que o princípio vitimodogmático acaba por ser utilizado como caminho para intensificar as penas nos casos em que o autor se aproveita de uma determinada reação da vítima para obter a sua colaboração. As regras de imputação tornam-se regras de proteção à vítima (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 53).

Considerando que a maior parte da insegurança social vêm da criminalidade de rua, como os crimes patrimoniais, em muitos casos, deve-se discutir o papel da co-responsabilidade social no cometimento dos delitos. Assim, “junto ao elemento central da responsabilidade individual do agente deve-se considerar também o contexto social do delito” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 56). Passar-se-á a discutir as ideias contrárias à caracterização do condenado enquanto o único culpado, notadamente no âmbito da criminalidade convencional (como furto, roubos, estelionatos, fraudes).

Ora bem, embora há todo este contexto descrito nos termos de Silva Sanchez sobre o papel da vítima frente ao sistema de justiça criminal e a significação do sentimento de insegurança, tem-se que ponderar que a complexidade acentuada da configuração da sociedade atual. Ater-se somente aos discursos midiáticos e ao populismo eleitoral colocando toda a responsabilidade de resolução de conflitos sociais no seio do sistema de justiça criminal parece ser um tanto quanto simplista frente ao tamanho nível de complexidade da configuração social. Neste sentido, ignorar os índices de desigualdade social e as consequências que a própria estrutura socioeconômica proporciona no comportamento delinquente não parece ser o melhor caminho de desvelamento das estruturas ocultas de poder e resolução dos conflitos.

No último tópico deste trabalho ilustrar-se-á tal complexidade em três casos de condenação criminal pelo Supremo Tribunal Federal: 1. Um furto de par de chinelos; 2. Um furto de quinze bombons caseiros; 3. Um furto de dois sabonetes líquidos; assim como uma decisão intrigante, realizada em outubro de 2015, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo no que tange à prisão a mais de um ano, em regime fechado, pelo furto simples de dois pacotes de bolacha.

Tais casos não se resolvem utilizando-se a abstração de políticas criminais de extrema repressão tão pedidas pela sociedade da insegurança e concretizadas em decisões judiciais como as citadas. Uma diferenciação a nível de injusto, no interior da dogmática penal, faz-se necessária no sentido de se distinguir as respostas aos delitos leves dos delitos graves, sob pena

de uma crise de legitimidade do próprio Direito. Assim sendo, aos delitos patrimoniais leves, a teoria da coculpabilidade social seria um instrumento apto à concretizar tal diferenciação no interior da estrutura do delito de maneira a responder de forma correta à totalidade de complexidades do sistema social atual.

## **2 POLÍTICAS CRIMINAIS PAUTADAS NA CULPABILIDADE, COCULPABILIDADE E CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE**

Zaffaroni faz um estudo sobre a crise da culpabilidade, ou seja, da deslegitimação da reprovabilidade. O conceito de culpabilidade normativa entrou em crise com a deslegitimação do exercício de poder do sistema penal. É questionado o valor ético do juízo de culpabilidade, pois é difícil estabelecer o grau de reprovabilidade sendo este ato uma atitude arbitrária do poder. A reprovabilidade nunca foi um critério útil para a quantificação da pena, mas sim um critério político-criminal útil ao serviço do sistema. A função da culpabilidade pelo injusto é exclusivamente reguladora.

Zaffaroni expõe a ideia de *culpabilidade pela vulnerabilidade*. A vulnerabilidade apresenta dois níveis: posição ou estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade.

A posição ou estado de vulnerabilidade é predominantemente social (condicionada socialmente) e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, sempre mais ou menos amplo, como também por encaixar um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu (...). O esforço pessoal para vulnerabilidade é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular. A realização do injusto é parte do esforço para a vulnerabilidade, na medida em que o tenha decidido com autonomia. (ZAFFARONI, 2001, p. 270)

Complementa-se que,

A necessidade (limite ao seu exercício decisório de poder) obriga a agência judicial a estabelecer o máximo de intensidade que pode tolerar no exercício de sua responsabilidade criminalizante segundo uma ordem prioritária que atenda ao nível de culpabilidade para a vulnerabilidade de cada pessoa, o que confere eticidade à sua decisão sem que implique aceitar-lhe a violência reprodutora que não tem poder para eliminar. (ZAFFARONI, 2001, p. 277)

No que tange a vulnerabilidade do ato e do autor, afirma-se que

Enquanto por via da culpabilidade de autor são mais reprováveis as ações que se ajustam ao estereótipo, para a nossa culpabilidade pela vulnerabilidade mais frequente será que suceda o contrário, e da mesma forma com toda a carga axiológica que pretendia valorar personalidades, caracteres ou a eleição total de uma pessoa, que não era mais que uma sutílização da velha e conhecida perigosidade (...). O exercício do poder da agência judicial se dá em um processo de luta ou batalha de poderes e que, afinal, a regra decisória que privilegia o valor da vida humana em uma situação de necessidade não pode ser eticamente criticada. (ZAFFARONI, 2001, p. 281)

Pois bem, percebe-se que incorporação das ideias de culpabilidade por vulnerabilidade são compatíveis com a estrutura da pequena criminalidade patrimonial a qual apresenta um “criminoso tipicamente estereotipado”. Mais adiante serão discutidos casos recentes do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de São Paulo, enquanto propícios a uma leitura dogmática que considere os contextos sociais na estruturação do delito. Todavia, perceber-se-á com a ilustração de tais casos, que o judiciário brasileiro está muito distante da adoção de uma leitura da culpabilidade por vulnerabilidade.

## **2.1 Cculpabilidade e Vulnerabilidade**

A Teoria da Cculpabilidade insere-se no contexto de desorganização social, de desigualdades sociais e das diferenças estruturais de uma sociedade. É com o reconhecimento de que a distribuição de ganhos e custos sociais se apresenta de forma irregular que se criou a Teoria da Cculpabilidade (PETER FILHO, 2011, p. 211).

A teoria foi concebida para ser aplicada nas ocasiões em que a desorganização da estrutura estatal, a carente oferta de condições de existência digna aos seus cidadãos e a discriminação decorrente da aviltante distribuição de rendas contribuem, verdadeiramente, para a expansão da criminalidade entre aqueles eu padecem com o alheamento social. (PETER FILHO, 2011, p. 213).

Dessa forma, percebe-se que a base da Teoria da Cculpabilidade é a desorganização social, que tem matriz sociológica, mas com influência na formação da estrutura psíquica dos indivíduos.

A sociedade por mais organizada que venha ser, nunca ofertará a todos as mesmas condições e oportunidades. Nesses casos, a insuficiência de acesso igual aos frutos da civilização acarreta uma redução dos recintos interiores da autodeterminação, e tal situação, caso venha a contribuir na conduta criminosa, deverá ter a reprovabilidade da conduta repartida entre o agente que comete o fato e a sociedade que ofertou ao agente uma vida de privações adicionais àquelas de que ele já dispensa para civilizar-se. (PETER FILHO, 2011, p. 214).

Afirma-se que quanto maior a desorganização estrutural do Estado maior será a desigualdade social entre os cidadãos (PETER FILHO, 2011, p. 218). As consequências desta desigualdade, oriunda da própria sociedade, devem ser consideradas no juízo de culpabilidade pela prática do crime. Há casos em que a responsabilidade deve ser dividida com a sociedade em busca de uma menor reprovação individual. A Teoria da Cculpabilidade só é aplicada quando o delito é fruto das desigualdades socioeconômicas, ou seja, quando o Estado não oferece a todos as necessidades básicas para uma vida digna, como alimentação, moradia, saúde e educação. É em busca destes bens que o delito deve ser contextualizado. No último tópico do presente artigo, ilustrar-se-á esta situação com casos julgados pelo STF e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que envolvem a pequena criminalidade patrimonial ligada a furtos de alimentos, produtos de higiene básica e vestimentas.

O estudo da Culpabilidade por Vulnerabilidade proposto por Eugenio Raúl Zaffaroni vem a complementar a Teoria da Cculpabilidade, pois esta se baseia nas desigualdades socioeconômicas, na desorganização social, na fragilidade da marginalização social e na exclusão na distribuição dos bens da civilização. Já a Culpabilidade por Vulnerabilidade abrange qualquer estado de fragilidade, como a de natureza econômica, social, psíquica ou familiar.

Pode-se verificar a Cculpabilidade social, de forma explícita ou implícita, em legislações penais como: O Código Penal Argentino no artigo 41, 2º obriga o juiz a inquirir o réu sobre miséria ou a dificuldade de obter sustento próprio ou de terceiros dele dependentes. O Código Colombiano, em seu artigo 33, considera inimputável quem, em virtude das diversidades socioculturais, não possuir capacidade de compreender o caráter ilícito (PETER FILHO, 2011, p. 218).

A Cculpabilidade está inserida dentro dos elementos do crime, não sendo mero pressuposto de aplicação da pena, valorada no momento

da dosimetria, mas deve orientar o julgador na definição do grau de reprovabilidade que irá, em momento posterior, subsidiar a aplicação da pena (PETER FILHO, 2011, p. 222). O mesmo ocorre com a Culpabilidade por Vulnerabilidade:

No Juízo de reprovação devem ser consideradas as oportunidades ofertadas ao autor real, levando em conta sua formação, profissão, educação, posição econômica, situação familiar, abandono juvenil, deficiências educativas, inadaptação, marginalização e outros mais que, conglobados, formam o núcleo da corresponsabilidade social pelo delito ocorrido (PETER FILHO, 2011, p. 223).

É um tema muito controvertido em nosso Direito a questão sobre a localização da culpabilidade por vulnerabilidade como elemento do crime ou como circunstância judicial, Jovacy Peter Filho conclui que:

A legislação brasileira admite situar a Culpabilidade por Vulnerabilidade tanto no conceito dogmático do crime, visto que o artigo 187 do CPP demonstra ser esta consideração fundamental para a formação do juízo dogmático de culpa do magistrado (obrigatoriedade de o magistrado explorar dados da vida social do réu, instituindo desde já o seu convencimento acerca da culpabilidade a ser atribuída ao indivíduo), ou, como permite o artigo 66 do CP, na qualidade de circunstância de atenuante genérica (PETER FILHO, 2011, p. 224).

A aplicação da teoria da coculpabilidade social e da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade está muito distante da realidade brasileira com seu ‘Direito Penal de gabinete’, não as reconhecendo. Na obra “*Criminologia no Brasil*”, em específico no texto intitulado *Coculpabilidade e Vulnerabilidade: Considerações A Partir De Um Realismo Jurídico-Penal*; pode-se extrair orientações de julgados contrários a essas teorias, como:

(...) a omissão estatal em assegurar todos os direitos fundamentais, não pode ser utilizada como escusa para a prática de crimes. Caso contrário, conduzirá à dupla punição da sociedade, já vítima constante da criminalidade e, ao mesmo tempo, responsabilizando-a pela conduta dos que fazem da criminalidade um modo de vida (PETER FILHO, 2011, p. 225).

Como um meio de esperança, Jovacy Peter Filho, transcreveu um julgamento de uma apelação nos autos da Ação Penal de nº 200150010122308, pela Des. Federal Maria Helena Cisne, do TRF da 2ª Região, defendendo a Teoria da Coculpabilidade e a Teoria da Vulnerabilidade:

(...) Não se pode afirmar que a carência de ordem material ou social condicione o sujeito à prática de crimes, assim como a abundância de bens e recursos nunca foi garantia de conduta ilibada. A pergunta que se impõe é a seguinte: poderiam as carências diminuir o âmbito de autodeterminação daqueles aos quais subjulgam? Tenho que sim. O que se vê na prática é uma sociedade alienada que enxerga mas não vê. Uma sociedade que se omite, fazendo vistas grossas à miséria que a rodeia, como se isso não lhe dissesse respeito. As pessoas deparam-se, a toda hora, com levas de crianças mendigando nos sinais – menores desassistidos a quem tudo é negado: carinho, educação, saúde, conselhos, orientação. Essas crianças são ignoradas. Não são vistas porque incomodam a sensibilidade na medida em que silenciosamente desnudam a negligência. Essas crianças só são vistas no momento em que empunham um revólver e agridem. Nesse momento, aquela sociedade dantes ‘cega’ abre os olhos e clama por justiça. Qual justiça? A segregação daqueles jovens que, até então, ‘não enxergaram’. Exigem justiça, a ser realizada com a colocação desses jovens atrás das grades, num sistema penal que também descumpra um preceito constitucional que proíbe penas cruéis (...). A verdadeira coculpabilidade que entendo agregar à teoria dogmática da culpabilidade não se refere tão só ao fato de o Estado e a sociedade civil serem responsáveis pela produção de cidadãos pobres com mais carências a propendê-los à criminalidade, mas sim o fato de que os cidadãos carentes são muito mais vulneráveis à seletividade criminalizante (...). A Teoria da Coculpabilidade também significa dizer que a conduta típica e antijurídica praticada por um agente privilegiado econômica e socialmente merece maior reprovação, dentro de um contexto democrático, do que a mesma conduta praticada por um agente que se encontra vulnerável por condições materiais e sociais adversas. (PETER FILHO, 2011, p. 229-230).

### **3 CO-RESPONSABILIDADE SOCIAL E DA VÍTIMA NO CASO DA PEQUENA CRIMINALIDADE INFLUENCIADA PELAS TÉCNICAS COMERCIAIS DE PUBLICIDADE**

A consideração de uma co-responsabilidade social enquadra-se notadamente no âmbito dos furtos em estabelecimentos de autosserviços, que são influenciados pelos métodos de venda e pelo déficit de medidas de controle.

Peter-Alexis Albrecht aponta a necessidade de se verificar a real gravidade da lesão, pois apesar das intervenções na propriedade e no

patrimônio serem vistas como condutas indesejadas que perturbam a ordem social, não se pode desprezar a realidade das novas técnicas de propaganda e de venda e sua relação com os crimes patrimoniais pois as estruturas de decisão empresarial, os mercados financeiros e o sistema de crédito<sup>2</sup>, bem como as disposições empresariais de riscos (como a escolha por técnicas de venda que despertem os desejos de enriquecimento dos clientes, assim como a pretensão de elevar os lucros no âmbito das economias de finanças e da economia de seguros a qualquer custo e a oferta descontrolada de mercadorias no âmbito de uma economia globalizada e competitiva) contribuem para que o consumidor seja atraído para uma situação de sedução por certas mercadorias, sem no entanto apresentar condições materiais objetivas para que tal consumidor obtenha os bens desejados. Este contexto conduz a elevados riscos de criminalização, em especial de uma terminada classe social. Neste sentido, explica Albrecht

A compulsão por bens de status, criada pela propaganda psicológica, encontraria uma apresentação de mercadorias que teria eliminado as barreiras materiais entre mercadoria e comprador (...). A oportunidade massiva para cometimento de determinadas ações puníveis poderia ser designada como resultado de decisões de economia de empresa

---

<sup>2</sup> Sobre o sistema de crédito, tem-se que: Como forma de solucionar o problema da falta de demanda para a expansão salarial, derivada da repressão salarial, tem-se o crescimento do mercado de crédito e financiamentos e o aumento do endividamento da classe trabalhadora. O mercado de créditos estendeu-se em nível global proporcionando empréstimos e endividamento para os países em desenvolvimento. Assim, tornava necessário construir um sistema global de mercados financeiros. Lembrando-se que, quando os países em desenvolvimento não conseguiam pagar suas dívidas em meio às crises do capitalismo, os Estados sempre estavam a disposição de “salvar os bancos e arrebentar com o povo”. HARVEY, David. O enigma do capital e as crises do capitalismo. São Paulo: Boitempo, 2012, p. 24.

O que cria a diferença fundamental e dá origem à linha divisória entre desenvolvimento e subdesenvolvimento é a orientação dada à utilização do excedente engendrado pelo incremento de produtividade. A atividade industrial tende a concentrar grande parte do excedente em poucas mãos e a conservá-lo sob o controle do grupo social diretamente comprometido com o processo produtivo. Por outro lado, como o capital invertido na indústria está sendo constantemente renovado, a porta fica permanentemente aberta para a introdução de inovações. FURTADO, Celso. O mito do desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974, p. 26.



(...). Sistema de banco eletrônico, ofertas de pagamento parcelado, créditos reais, créditos excedentes da conta corrente, ofertas de novação de dívida, cartões de crédito – aumentam possibilidades de consumo onde as possibilidades financeiras seriam limitadas ou não estariam à disposição (ALBRECHT, 2012, p. 473).

Na sociedade atual, as mercadorias são disponibilizadas e oferecidas de tal modo que, com isto, “o limiar de inibição, especialmente, nas pessoas jovens, perante a apropriação ilegal, é consideravelmente reduzido (...)” (ALBRECHT, 2012, p. 473). Complementa Albrecht que a subtração antijurídica de objetos é conscientemente assumida por parte da vítima, como uma consequência concomitante da estratégia de venda ampliadora do lucro, não substancialmente lesiva do conjunto do patrimônio (ALBRECHT, 2012, p. 476).

No âmbito da pequena criminalidade patrimonial, Albrecht também deixa evidente que a vítima de pequenos furtos em estabelecimentos comerciais tem o dever de providenciar as medidas preventivas, já que se inseriu nas técnicas e publicidade de venda. Assim, a vítima teria o dever de proteger seu bem jurídico individual.

Uma lesão de bem jurídico que, em essência, também é de ser reconduzida à lesão do dever de cuidado por parte da vítima, por isso também deveria conduzir, no âmbito dos delitos patrimoniais, somente a uma sanção jurídico-penal subsidiária. Aqui, o direito Civil deveria ser o instrumento de controle primário (ALBRECHT, 2012, p. 483).

Dessa forma, explica Peter-Alexis Albrecht que diante das estratégias de venda de mercadorias, o conteúdo da culpabilidade por parte do autor precisa ser consideravelmente minimizado. No mesmo sentido, aponta Silva Sanchez:

(...) las víctimas habría de neutralizar su propia contribución incentivadora de la comisión de delitos, adoptando medidas técnicas para reducir su incidencia (...) el hurto en grandes almacenes habría de recibir una atenuación de la víctima con respecto al daño patrimonial sufrido (...) la utilización de técnicas de venta que disminuyen la inhibición frente al delito, en especial de los más jóvenes, debería tenerse en cuenta para atenuar la culpabilidad de éstos (...). En efecto, en una sociedad en la que crecen la marginalidad y la precariedad, la apelación exclusiva a la autorresponsabilidad



del delincente patrimonial leve tiene algo de cínico (...).  
(SILVA SÁNCHEZ, 2005, p. 352)

Percebe-se, portanto, que não somente a ferramenta da coculpabilidade social seria apta a lidar com a pequena criminalidade patrimonial, mas também os meios dogmáticos pelos quais se cobra uma responsabilidade de tutela do patrimônio pela própria vítima. Ora, com todo o contexto descrito por Albrecht, não se pode ignorar o fato de que a própria vítima deve apresentar condições mínimas de segurança a sua propriedade privada. Caso esta seja colocada em perigo pela falta dos devidos cuidados, dever-se-ia atenuar a responsabilidade penal do autor no caso dos crimes patrimoniais *leves*, como furtos em *grandes* estabelecimentos comerciais.

#### **4 ILUSTRAÇÃO DE CASOS SOBRE PEQUENA CRIMINALIDADE PATRIMONIAL E REPRESSÃO PENAL**

Em agosto de 2015 o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação criminal em três casos emblemáticos: 1. Furto de quinze bombons caseiros; 2. Furto de um par de chinelos; 3. Furto de dois sabonetes líquidos, não reconhecendo a tese de insignificância em nenhum destes casos. Como consequência, pode-se perceber a não adoção de teorias como a da co-responsabilidade social, pois caso assim o fosse tais condenações criminais não se solidificariam. As decisões do Supremo Tribunal Federal resultaram na edificação do Informativo 793 o qual trata da não aplicação do princípio da insignificância para tais casos que envolviam furto qualificado e reincidência, o que demonstra o perigo de adoção de um direito penal do autor. Verifica-se, claramente, um entendimento do Supremo, em relação à pequena criminalidade patrimonial, que ultrapassa valores econômicos, mas que se pretende defender e proteger as regras de circulação e de propriedade privada a qualquer custo.

Além destes casos emblemáticos na jurisprudência brasileira, cita-se a decisão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, realizada em outubro de 2015, no sentido de condenação a mais de um ano de prisão, em regime fechado, um usuário de crack, morador de rua, que cometeu o furto de dois pacotes de bolacha. Tamanha a fundamentação da decisão em questões morais enraizadas na defesa da propriedade privada que vale a pena uma análise detalhada de tal posicionamento. Desse modo, a decisão da 4ª Câmara do TJ/SP tornar-se-á objeto deste tópico de ilustração.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar a intervenção policial militar no caso do furto de dois pacotes de bolacha, assim como os depoimentos dos policiais militares no processo penal. Pois bem, a criminalização deste tipo de conduta e o não reconhecimento de teorias como a da coculpabilidade social, ou ao menos, o princípio da insignificância, acaba por legitimar a intervenção militar a qual, além de apresentar todas as críticas em um sentido amplo sobre a militarização da polícia no Brasil, tem-se que tal atuação é totalmente desnecessária. Outro modelo de policiamento, como o comunitário, poderia ser uma alternativa a tal contexto.

Após esta observação inicial, passa-se aos argumentos da fundamentação da condenação, notadamente no que se refere ao desrespeito da citada decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo à diferenciação dogmática de condutas. O desembargador expõe que o fato de o agente confessou que após

(...) passar a noite consumindo crack sentiu fome e, por isso, ingressou no mercado onde adquiriu um pacote de salgadinhos e subtraiu os dois pacotes de bolacha; já constitui, por si só, prova suficiente para o decreto condenatório.<sup>3</sup> (Acórdão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/utzs76u493s8h10/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20Luis%20Soares%20de%20Mello.pdf?dl=0>. Acesso em: 25 de outubro de 2015)

Estas foram as palavras do próprio desembargador enquanto fundamento à condenação. Tal decisão viola todo o trabalho dogmático exposto neste artigo, notadamente sobre o reconhecimento da teoria da coculpabilidade social frente à pequena criminalidade. Ademais, percebe-se o evidente caráter de ‘moralismo’ do Tribunal, pois o fato de o agente ter confessado o consumo de crack influenciou na decisão o que configura um desrespeito com os próprios princípios político-criminais de intervenção mínima do Direito Penal. Este passa, naturalmente, a ser tratado enquanto um instrumento de controle social sob as consequências de uma estrutura social marcada pela assimetria de poderes, desigualdades sociais, marginalização e exclusão social.

---

<sup>3</sup> Comenta-se que em respeito à confissão do agente, ao se olhar para a realidade da prática policial militar em relação aos crimes patrimoniais de rua, como o caso do furto, a tortura é rotineira. Até que ponto pode-se falar em um real direito ao silêncio ou a uma confissão espontânea?

Frente à tese da defesa sobre o princípio da insignificância o citado desembargador afirma que a legislação brasileira não consagra nem nunca consagrou este princípio ou o furto de bagatela. Ora, observa-se a urgência de se construir critérios limitadores da intervenção penal na própria estruturação da norma penal para que se evite esta arbitrariedade dos tribunais.

Além do mais, o desembargador se coloca contra a consideração do valor econômico subtraído o que atinge a própria orientação normativa do setor de criminalização referido, pois não há como conferir uma separação dos crimes patrimoniais com o dano patrimonial realmente auferido. Trata-se de um setor que lida diretamente com a estruturação econômica. O valor econômico é a essência de tal criminalização, ainda mais quando se utiliza da teoria do bem jurídico como referência.

No início deste artigo fora comentada a ligação do tema da criminalidade patrimonial de rua com o da segurança. O problema da insegurança social, dos riscos e perigos e do medo social, muito mais, se inter-relaciona com a estruturação social do que com a criminalidade em si. A insegurança é a consequência do próprio modelo de modo de produção determinante e dominante do capitalismo global. Não se pode concentrar toda a responsabilidade por tal sentido social em meros furtos que englobam a pequena criminalidade patrimonial.

Todavia, a criminalidade patrimonial de rua tornou-se uma ótima desculpa para que o sistema jogue a culpa do problema da insegurança e, ainda, retire uma funcionalidade disto. A citada decisão comprova tal argumento. O desembargador afirma que o reconhecimento da atipicidade material iria de encontro com a suposta “(...) realidade de uma onda nefasta de criminalidade que assola nossa terra. Deve ser combatida, sob pena de se estar incentivando os agentes que se propõem a burlar a lei como o caso do criminoso \_.”<sup>4</sup>

Algumas observações acerca destas palavras do desembargador: além de conferir a culpa da insegurança social à criminalidade de flagrante (e ajudar a própria estrutura econômica se esquivar de sua responsabilidade) retrata a nítida estruturação de classes da sociedade brasileira. O desembargador se refere à “onda nefasta de criminalidade

---

<sup>4</sup> Acórdão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/utzs76u493s8hl0/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20Luis%20Soares%20de%20Mello.pdf?dl=0>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

que assola nossa terra e deve ser combatida”<sup>5</sup>; ora bem, nossa terra ou a classe social burguesa de empresários, comerciantes, desembargadores? Simplificando: a classe social de proprietários deve ser defendida de uma onda de criminalidade de marginalizados e consumistas de “drogas.” Ademais, onde se encontram as estatísticas as quais analisam que os furtos de pacotes de bolacha fazem parte da onda nefasta de criminalidade? Percebe-se a indiferença por parte do Tribunal em relação ao contexto e estrutura social.

Tem-se que tomar cautela com o uso de estatísticas por serem facilmente manipuláveis para beneficiar os jogos de poder além de configurarem um recurso que pode legitimar e facilitar argumentos para se aumentar o tratamento de problemas sociais por meio da repressão penal; mas, no caso, se o desembargador tivesse um pouco mais de atenção perante tais estatísticas seu argumento de que o furto de pacotes de bolachas faz parte de uma onda nefasta de criminalidade poderia ser rebatido.

Todas estas fundamentações do desembargador, principalmente a que nega a recepção do princípio da insignificância na ordem legislativa, comprovam a formação jurídica baseada em um formalismo jurídico de subsunção do fato à norma e em um senso comum manipulado pelas grandes corporações empresariais dos meios de comunicação em massa.

Ainda nesta mesma frase citada, pode-se realizar mais duas observações: 1. A etiqueta criminal empregada ao agente do caso. Por furtar dois pacotes de bolacha em um evidente estado de necessidade o Tribunal empregou, de forma expressa, o papel de criminoso a tal agente. Esta etiqueta acompanhará o sujeito por toda a sua vida. 2. A referência do desembargador a não se absolver o réu pois se incentivará os agentes que se propõem a burlar a lei.

Ora, considerando a funcionalidade do Direito Penal enquanto proteção à vigência da norma (JAKOBS, 2005), tem-se que analisar se a conduta realmente teve a potencialidade de negar e contradizer a estrutura normativa da sociedade ou se representou somente uma consequência da própria estrutura social sendo que a intervenção penal seria uma resposta que negaria ainda mais a ordem valorativa do Direito do que a própria conduta delitativa em si. Percebe-se que no caso do furto de dois pacotes de bolacha, claramente, não houve nenhuma negação do Direito em sua totalidade, mas apenas uma representação da própria estrutura desigual na qual o Direito se insere.

---

<sup>5</sup> Ibid.

Em continuação com a análise do acórdão utilizado para a ilustração, transcreve-se:

Como se explicar à sociedade ou aqui, especialmente à vítima, que aquilo que lhe furtaram nada significou para a Justiça Criminal e para as leis do país. Que exemplos ou reflexos, nessa hipótese, se estará dando a todos quantos queriam burlar a lei? Ou, repita-se, às vítimas de fatos tais? Independente de valores reais econômicos, o que se preserva com a responsabilização de agentes que se dispõem a burlar a lei penal, como aqui, são, isto sim, os valores morais, cobrados pela sociedade, diuturnamente. Portanto e por isso mesmo que inimporta o quantum da coisa que se subtrai, mas sim e especificamente o que se subtrai. Se tem um valor econômico mínimo, ínfimo, irrisório que seja, terá, pelo menos à vítima, o valor moral que aquilo possa representar ou representou na aquisição e na sua manutenção. Certamente, reprise-se, fruto de suor e trabalho honesto. Seria, portanto e por isso mesmo, premiar-se a desonestidade (furto) subvalorizando-se ou dando importância alguma à honestidade, atributo que por certo esteve presente quando da aquisição daquilo que se levou. Em total e completa inversão de valores morais e lógicos. Não pode ser assim, entretanto, e a Justiça Penal atenta à legislação que existe e, bem ou mal, é vigente e se impõe respeitada e, mais, fiel ao princípio da dignidade e respeito pelo ser humano lesado, tem que coibir atuações criminosas que representem, no mundo econômico, valor qualquer que possam representar. Se se violou, enfim e efetivamente, norma penal, inimporta o valor da coisa ou sua significância no contexto econômico ou no patrimônio da vítima ou do réu. Quem se propõe a praticar crimes assume o risco da responsabilização criminal pelo resultado, obviamente, independentemente de sua condição de necessitado eventual ou não. Fosse assim como quer o acusado em sua defesa e estaria, absurdamente, liberada a criminalidade para aqueles que se sentissem menos aquinhoados pela vida. Já se imaginou o que ocorreria? Bastaria ser necessitado para estar autorizado cometer crime qualquer. Absurda a conclusão. Condenação, portanto, inevitável. Pena 1 ano e 2 meses de reclusão, mais pagamento de 11 dias-multa, mínimo valor unitário. Quanto ao regime, outro não poderia deixar de ser que o fechado. Acusado ostenta péssimos antecedentes penais além da reincidência, o que só por si habilita a imposição do regime severo. Expeça-se o mandamento de

prisão.<sup>6</sup> (Acórdão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/utzs76u493s8h10/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20Luis%20Soares%20de%20Mello.pdf?dl=0>. Acesso em: 25 de outubro de 2015)

Pois bem, muitas ponderações devem ser realizadas. Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que não é a *não condenação* que é absurda, mas sim a decisão do Tribunal. Entretanto, não era outra a se esperar após o próprio Supremo Tribunal Federal apoiar a condenação de um furto de um par de chinelos, um furto de quinze bombons e um furto de dois sabonetes líquidos. Percebe-se a significância da postura do STF.

Ao se colocar a propriedade privada enquanto bem jurídico que deve ser protegido penalmente nega-se, automaticamente, o valor fundante da dignidade humana do não proprietário para se tutelar a do proprietário. Faz-se, nitidamente, uma preferência entre classes sociais e, por isso mesmo, não se pode falar em uma orientação a valores sociais, pois há classes marginalizadas e excluídas de tais valores. Esta observação se ilustra no momento em que o desembargador assevera a fidelidade ao princípio da dignidade e respeito pelo ser humano lesado (proprietário) e, para isso, ter-se-ia que coibir atuações criminosas.

Ora, se o Tribunal estivesse tão preocupado com a vítima, e não com a manutenção da propriedade privada, a própria vítima teria voz no processo penal o que é comprovado pela moderna vitimologia que esta participação resta prejudicada. A pesquisa vitimológica nacional<sup>7</sup> muito

---

<sup>6</sup> O desembargador aponta mais duas opiniões no mesmo sentido: A miserabilidade do agente do furto não constitui causa excludente de criminalidade, caso contrário ter-se-ia uma legião de miseráveis praticando furto, impunemente, com grave repercussão na ordem pública. Tracim, Juiz Hélio de Freitas. Jutacrim 94/209. O fato do agente estar passando por dificuldades, situação da maioria dos brasileiros, não caracteriza o estado de necessidade Tracim, Rel. Juiz Afonso Faro. Acórdão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/utzs76u493s8h10/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20Luis%20Soares%20de%20Mello.pdf?dl=0>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

<sup>7</sup> A pesquisa nacional de vitimização aponta dados estatísticos sobre a vontade da vítima em ter seu patrimônio restituído. PESQUISA NACIONAL DE VITIMIZAÇÃO. Instituto de Pesquisa Datafolha e Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP), maio de 2013. Disponível em: [http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario\\_SENASP\\_final.pdf](http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf). Acesso em: outubro de 2014.

bem demonstra que seria interesse da vítima ter seu dano patrimonial, em um sentido estritamente econômico, reparado e não o aprisionamento do agente. Dessa forma, o discurso do Tribunal apresenta-se de forma contraditória com os interesses da vítima.

Ademais, muito se utilizou, nos argumentos do Tribunal, os valores morais e sua proteção penal. Roxin<sup>8</sup> e Figueiredo Dias<sup>9</sup> já afirmaram que tais valores morais não devem ser tutelados pelo Direito Penal, pois esta não seria sua função (isto é, a proteção da moral).

A decisão emprega, várias vezes, a expressão Justiça Criminal sendo que o Tribunal deveria envergonhar-se de falar sobre “Justiça” em uma decisão deste nível que viola valores, direitos e garantias constitucionais, além da negação do próprio Direito Penal referido a uma intervenção mínima.

O desembargador refere-se à necessidade de punição do agente que furtou dois pacotes de bolacha enquanto resposta à lesão da propriedade privada daquele que obtinha o objeto furtado como “fruto de seu suor e de seu trabalho honesto”. Veja bem, em pleno século XXI apresenta-se um Tribunal composto por desembargadores que não conseguem olhar para a realidade social, econômica e política do Brasil para além de sua classe social. Sem a mínima formação sociológica, criminológica e filosófica, não compreendem a própria estruturação social do país, somente conseguem apreender um ensino decorado de artigos para concursos públicos. É opção de todas as pessoas escolherem e se inserirem no mercado de trabalho? Todos e todas apresentam as mesmas condições de oportunidades?<sup>10</sup> Um usuário de crack com antecedentes penais é útil ao mercado capitalista ou será preferível ao sistema jogá-lo nos cárceres? O comerciante representa um trabalhador honesto, o usuário de drogas um violador de normas. O desembargador cumpriu sua função de servir ao sistema para o qual aqueles improdutivos devem ser excluídos de imediato.

Fala-se, na fundamentação da decisão, em inversão de valores morais e lógicos. Questiona-se: valores morais para quem? Valores lógicos

---

<sup>8</sup> Neste sentido, pode-se verificar a obra: ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>9</sup> Neste sentido, pode-se verificar a obra: DIAS, Jorge de Figueiredo. Questões fundamentais do direito penal revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>10</sup> Neste sentido: OFFE, Claus. Problemas estruturais do estado capitalista. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.



para que classe social? Para o usuário de crack, objeto da decisão (e não sujeito, pois seus direitos e garantias foram negados), será que ele tem os mesmos valores morais e lógicos do desembargador que ganha auxílio moradia cujo valor ultrapassa, em demorado, o salário da maioria da população brasileira?

O usuário de crack condenado, a mais de um ano ao regime prisional fechado, apresenta condições reais de liberdade para escolher suas condutas e não contrariar a vigência de normas? O que são normas para tal indivíduo? O desembargador fundamenta sua decisão como se o agente apresentasse reais condições de liberdade que lhe conferem a ‘vontade’ de violar a norma e compreender a responsabilização criminal.<sup>11</sup> Ao contrário do que o Tribunal diz, é *absurdamente* inaceitável uma fundamentação de condenação à pena privativa de liberdade, em plena configuração social atual, na afirmação de que não se pode “liberar” a criminalidade para aqueles que se “sentem menos aquinhoados”. Realmente, comprova-se a distância da interpretação normativa do desembargador limitada a um formalismo, a um senso comum manipulável e a um sentimento punitivista das reais condições de vida do condenado. A conclusão da defesa sobre a atipicidade material da conduta e do estado de necessidade do sujeito não é absurda. Absurda é a postura e a falta de realidade social do Tribunal.

Como última observação da significância de tal decisão comenta-se a configuração do direito penal de autor, violação da Constituição Federal, no que tange ao apelo do Tribunal aos antecedentes penais e à reincidência. A estruturação das normas penais, de maneira expressa, deveria conter tal discricionariedade e proibir tais referências e não apresentar margem à tamanha arbitrariedade o que, evidentemente, ocorre com o Art. 59, Código Penal Brasileiro.

A ilustração baseada nesta decisão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo retrata bem o desrespeito e, até mesmo, o desconhecimento por parte de desembargadores das teses dogmáticas desenvolvidas a nível internacional, como o caso da teoria da coculpabilidade social e da teoria da culpabilidade por vulnerabilidade. No caso, o furto de dois pacotes de bolacha em um contexto que envolve um usuário de crack não representa as mínimas condições de prevenção, o que não preencheria

---

<sup>11</sup> Sobre teorias da moderna dogmática penal com conotações hegelianas sobre condições reais de liberdade: PAWLIK, Michael. Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo. São Paulo: LiberArs, 2012.



a categoria da responsabilidade;<sup>12</sup> não configura o conceito material de delito e não cumpre o requisito da materialização do injusto penal. A decisão de condenação viola toda esta construção dogmática, além do desrespeito aos princípios político-criminais, notadamente dos critérios de merecimento e necessidade de pena.

## CONCLUSÕES

Procurou-se demonstrar, neste trabalho, a necessidade de se estudar os crimes patrimoniais clássicos mesmo em um contexto de globalização e sociedade de riscos, pois é este setor de criminalização, que na realidade socioeconômica brasileira, por meio do discurso da insegurança legítima atos repressivos, desproporcionais e ineficazes do Estado; além de serem responsáveis (ao lado do tráfico de drogas) pela quantidade excessiva de aprisionamentos de indivíduos que pertencem à baixa classe social, resultando em exclusão e marginalização.

Dessa forma, busca-se formas de limitar a repressão exagerada do sistema penal, assim como de impedir o uso deste sistema como um meio de populismo eleitoreiro sem se ter resultados quanto a eficácia da norma penal. Neste sentido, a teoria da co-culpabilidade social na análise da criminalidade patrimonial convencional, notadamente no que se refere à pequena criminalidade patrimonial, é de grande urgência na consideração dos casos criminais no judiciário brasileiro.

Assim sendo, dever-se-ia levar em conta para atenuar ou excluir a pena o contexto social e econômico no qual o infrator estava inserido, assim como considerar a influência das técnicas de publicidade, que colocam o lucro e a venda de mercadorias em primeiro lugar, sem, antes, ater-se às consequências que redundam da configuração de uma sociedade regida pelo consumismo. Faz-se necessária, pois, uma diferenciação a nível de injusto de forma a diferenciar políticas criminais referentes a delitos leves e delitos graves já que a partir do momento em que se condena a mais de um ano de prisão, em regime fechado, acaba por se negar o próprio Direito, deslegitimando-o.

---

<sup>12</sup> Neste sentido: ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

## REFERÊNCIAS

Acórdão da 4ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/utzs76u493s8hl0/Ac%C3%B3rd%C3%A3o%20Luis%20Soares%20de%20Mello.pdf?dl=0>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

ADORNO, Theodor W. **Indústria Cultural e sociedade**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o Direito Penal. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974

HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2012.

JAKOBS, Günther. Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma. In: YACOBUCCI, Guillermo Jorge (Dir.). **Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI**: libro homenaje al profesor Dr. Günther Jacobs. Lima: Ara, 2005.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

PAWLIK, Michael. **Teoria da ciência do direito penal, filosofia e terrorismo**. São Paulo: LiberArs, 2012.

PESQUISA NACIONAL DE VITIMIZAÇÃO. Instituto de Pesquisa Datafolha e Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (CRISP), maio de 2013. Disponível em: [http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario\\_SENASP\\_final.pdf](http://www.crisp.ufmg.br/wp-content/uploads/2013/10/Sumario_SENASP_final.pdf). Acesso em: outubro de 2014.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Direito Penal e Propriedade Privada**. A racionalidade do sistema penal na tutela do patrimônio. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2013. p. 10.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito Penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Vol. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión. **Estudios Penales y criminológicos**, Santiago de Compostela, n. 25, p. 331-360, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Ed. 5ª, Rio de Janeiro: Revan, 2001.



# POLÍTICAS PÚBLICAS E AGRICULTURA FAMILIAR EM CONTEXTOS DE CRISE NO ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL: UM ESTUDO DE CASO

## *PUBLIC POLICY AND FARMING FAMILY IN CRISIS CONTEXTS IN THE STATE OF SOCIAL WELFARE: A CASE STUDY*

Phablo Freire\*

Alline Dias de Souza\*\*

Deise Cristiane do Nascimento\*\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Teorias aplicadas ao fenômeno. 1.1 Teoria da Escolha Pública. 1.2 Elementos da Teoria Keynesiana e a Democracia Tardia Brasileira. 1.3 Princiologia Jurídica aplicada à Administração Pública. 2 A dinâmica do capital, o cenário recorrente de crise e políticas públicas. 2.1 Cenários de crise, Estados de bem-estar social e as políticas públicas. 2.1.1 PAA: Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar. 2.1.1.1 O PAA em números. 2.1.2 PNAE: Programa Nacional de Alimentação Escolar. 2.1.3 O PNAE em números. 3 Análise das políticas públicas de fomento à agricultura familiar no município de Petrolina: estudo de caso. 3.1 Métodos da pesquisa e delineamento do objeto e amostra. 3.1.1 Perspectiva e dados fornecidos pela gestão sobre as políticas públicas de fomento da agricultura familiar no município de Petrolina. 3.2 Perspectiva das famílias de agricultores rurais. 4 Análise dos dados e discussões. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** O presente estudo objetiva avaliar a efetividade de dois dos programas sociais federais (PAA, PNAE) implementados em um município do nordeste brasileiro, a partir da percepção dos sujeitos envolvidos no processo de execução no ano de 2016. No tocante ao método, a pesquisa se localiza na vertente teórico-metodológica jurídico sociológica, sendo do tipo diagnóstico, na modalidade estudo de caso. Valendo-se de levantamento de dados documentais, normativos e sociodemográficos, além de realização de entrevistas semiestruturadas. Concluiu-se a partir dos dados objetivos levantados e da percepção dos sujeitos envolvidos, gestores e produtores rurais em regime de agricultura familiar, pela efetividade dos programas desenvolvidos, com determinadas ressalvas, apontando para a necessidade de novos estudos no campo.

**Palavras-chave:** Agricultura familiar. Políticas públicas. Bem-estar social. Efetividade.

**ABSTRACT:** *This article aims to evaluate the effectiveness of two federal social programs (PAA, PNAE) implemented in a northeastern Brazilian city, from the perception of the subjects involved in the implementation process in the year 2016. With regard to the method, the research located in the sociological legal theoretical and methodological aspects, being of diagnostic type, the study type*

\* Advogado. Professor universitário. Pós-graduado em gestão de cidades pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE). Pós-graduando em Direito Constitucional Aplicado pela Damásio Educacional. Mestrando em Psicologia Social pela Universidade Federal do Vale do São Francisco (UNIVASF).

\*\* Advogada. Especialista em Gestão de Cidades pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE).

\*\*\* Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Maria (2001). Especialista em Gestão em Administração Pública. Mestranda em Engenharia de Produção.

**Como citar:** FREIRE, Phablo; SOUZA, Alline Dias de; NASCIMENTO, Deise Cristiane do. Políticas públicas e agricultura familiar em contextos de crise no Estado do Bem-Estar Social: um estudo de caso. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-28, ago-dez. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>

*of case. Drawing on survey of documentary, regulatory and socio-demographic data, and carrying out semi-structured interviews. It was concluded from the collected objective data and the perception of the subjects involved, managers and farmers in family farming system, the effectiveness of the programs, with certain provisos, pointing to the need for further studies in the field.*

**Keywords:** *Family agriculture. Public policies. Social welfare. Effectiveness.*

## INTRODUÇÃO

As sociedades na pós-modernidade se articulam de modo a preservar todas as benesses da vida coletiva e apresentar respostas eficazes aos cada vez mais recorrentes problemas inerentes à preservação desses mesmos privilégios, dos padrões que a vida coletiva contemporânea demanda. O capitalismo e suas crises se localizam nesse contexto como um entrave à manutenção da vida social ao tempo que também é elemento constitutivo desta, sendo precisamente um dos maiores desafios da sociedade (pós)moderna o estabelecimento de um equilíbrio para estes antagonismos.

O presente estudo objetiva avaliar um recorte específico dentro desse universo maior aludido, a saber, a efetividade de dois dos programas sociais implementados no Brasil pelos governos públicos: o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) e o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), a partir da percepção dos sujeitos envolvidos no processo de sua implementação, quais sejam: os gestores e produtores rurais do município de Petrolina, no Sertão Pernambucano, no ano de 2016.

Tendo em vista a complexidade do objeto, será adotada pelos pesquisadores uma abordagem plurimetodológica, com fulcro na vertente teórico-metodológica jurídico sociológica. Sendo a pesquisa do tipo diagnóstico, na modalidade estudo de caso. (GUSTEN; DIAS, 2013, p.22-92).

A triangulação metodológica, como critério de controle dos dados, levará em consideração os seguintes vértices: primeiramente o enfoque teórico múltiplo, considerando a teoria da escolha pública em contraposição com a Teoria Keynesiana, as teorias sobre a democracia tardia brasileira e finalmente as teorias sobre a principiologia jurídica aplicada à administração pública. No segundo vértice da triangulação serão consideradas perspectivas distintas sobre o fenômeno das políticas públicas avaliadas, sendo coletados dados junto aos gestores públicos e a uma amostra não probabilística dos produtores rurais em regime de agricultura familiar. E finalmente, no tocante ao terceiro vértice, o

aporte metodológico de execução, serão utilizados o levantamento de dados bibliográficos, entrevistas semiestruturadas, para o levantamento propriamente dito, e quanto a sua análise: frequência absoluta (GUSTEN; DIAS, 2013, p.93-94).

O texto está estruturado em quatro seções, sendo a introdução à primeira delas, em seguida será realizada a discussão acerca dos programas PAA e PNAE; partindo para uma observação acerca da percepção dos sujeitos envolvidos nos processos (gestores e produtores rurais), com vistas à mensuração da efetividade das políticas públicas; sendo a quarta e última seção de caráter conclusivo.

## **1 TEORIAS APLICADAS AO FENÔMENO**

Diversos poderiam ser os recursos teóricos utilizados para abordagem proposta. Logo, é imprescindível a seleção daquelas teorias que possam, quando combinadas, efetivamente, fornecer meios para uma melhor compreensão do fenômeno em questão. Isto posto, serão utilizadas, como parâmetros axiológicos: a Teoria da Escolha Pública (PEREIRA,1997; BORGES, 2001), elementos da Teoria Keynesiana (KEYNES, 1936; DATHEIN, 2000), a teoria da democracia tardia brasileira (STRECK, 2014) e, finalmente, a principiologia jurídica aplicada à administração pública (DI PIETRO, 2013).

### **1.1 Teoria da Escolha Pública**

A Teoria da Escolha Pública (TEP) se volta para a análise e compreensão das posturas estatais, levando em conta o comportamento das pessoas envolvidas no processo de tomada de decisões políticas, numa busca pelo equilíbrio entre os interesses públicos e privados. Nas palavras de Pereira (1997, p.419-420) percebe-se a função da Teoria da Escolha Pública quando se tenta ponderar e mensurar a eficácia ou falhas nas intervenções estatais, sobretudo aqueles cujo modelo se amolda ao bem-estar social, desejando-se compreender os limites possíveis desta intervenção, sendo propriamente o conteúdo da TEP essa investigação dos limites intervencionistas do Estado.

Ainda segundo Pereira (1997, p.420):

A origem mais recente da teoria da escolha pública pode situar-se em seis obras, hoje clássicas, escritas por economistas e

um cientista político, nos finais da década de 50 e década de 60: Duncan Black (1958), James Buchanan e Gordon Tullock (1962), Mancur Olson (1965), Kenneth Arrow (1951), Anthony Downs (1957) e William Riker (1962). Estas obras são geralmente consideradas as fundadoras de dois programas de investigação que têm estado interligados, embora sejam distintos: a teoria da escolha pública (public choice) e a teoria da escolha social (social choice), que se autonomizou, seguindo os trabalhos de K. Arrow e Amartya Sen (1970), mas que mantém uma estreita relação com a public choice.

Sobre o conteúdo analítico da TEP, pondera Borges (2001, p.159-160):

Dentre as vertentes do pensamento neoconservador, a teoria da escolha pública (TEP) tem se destacado nas últimas décadas por sua enorme influência sobre a agenda de governos e agencias internacionais empenhados em promover programas de ajuste "estrutural" e reforma do estado [...] Fiel as suas raízes filosóficas liberais e utilitaristas, a TEP vai enxergar o processo político e sua intromissão nas transações mercantis privadas como uma ameaça à liberdade individual e ao programa econômico, vendo o mercado como um padrão institucional mais adequado para a organização das sociedades.

É portanto, preocupação precípua da TEP, como apontam Pereira (1997) e Borges (2001), o acompanhamento do modo como os atores sociais interferem na tomada de decisão pública, especialmente no tocante a uma intervenção na economia aos moldes propostos pelo neoliberalismo.

Neste diapasão são questionados pelos teóricos, os limites do próprio formato de Estado, se mais social ou se mais liberal. Discute-se, portanto, ao tratar a escolha pública, mesmo que transversalmente, o formato de Estado e as escolhas que dele emanam. Nisso, a TEP pauta-se predominantemente pela defesa de posturas cada vez menos intervencionistas, tendo em vista uma suposta incompatibilidade insustentável entre a democracia e todas as demandas que ela impõe ao Estado, como pontua Pereira (1997, p.439):

**A desconfiança crescente que alguns cidadãos vão tendo em relação à capacidade das instituições democráticas em resolver os seus problemas, por outras palavras, um certo descrédito na democracia, que se manifesta, entre**



outros factos, no alheamento crescente do exercício da cidadania. **A reafirmação do ideal democrático, embora possa ser importante, não é, a nosso ver, a melhor forma de combater estes problemas**, pois pode até gerar o efeito perverso de aumentar a discrepância entre o ideal e a realidade (grifos nossos).

Defende assim a TEP que, a escolha pública, na gestão estatal não pode se dirigir a atender todo e qualquer reclame democrático, haja vista ser tal intento impraticável no longo prazo e possivelmente fator de risco para a estabilidade dos próprios estados, impondo aos Estados modelos cada vez menos intervencionistas.

## **1.2 Elementos da Teoria Keynesiana e a Democracia Tardia Brasileira**

Na contramão do pensamento expresso pela TEP, ainda ecoa a teoria Keynesiana, ao propor uma atuação estatal que busque equilibrar as fragilidades e pretensões democráticas com as exigências capitalistas.

A teoria econômica desenvolvida por John Maynard Keynes baseava-se na ideia de um Estado que deveria atuar na economia com o objetivo de moldá-la com vistas à manutenção do pleno emprego. Defendia assim Keynes (1936) um Estado que deveria intervir na economia, naqueles setores onde a iniciativa privada não possuía capacidade de atuar ou demonstrava desinteresse para tanto. Tais medidas teriam um caráter protecionista ao tempo que continuamente buscariam o equilíbrio entre a demanda e a capacidade de produção. Seria reservado ao estado o papel de estimular as economias em momentos de crise e recessão econômica, exatamente para que o capital fosse protegido.

Como destaca Dathein (2000, p.17-19) dentre as medidas defendidas pela teoria Keynesiana para busca do equilíbrio econômico, estão as intervenções para busca do pleno emprego em contraposição ao desemprego involuntário sempre correlacionados nas economias capitalistas. Sendo então um dos principais vetores da teoria a defesa das ações governamentais, exógenas ao 'livre mercado', para tirar a economia do equilíbrio indesejado e levá-la ao equilíbrio que resulte no pleno emprego, ou também para manter a economia próxima a este último. Noutras palavras, as políticas públicas, ou intervenções estatais defendidas por Keynes funcionariam como instrumentos aptos a evitar ou combater as crises. Além disto, mesmo que os mecanismos próprios ao mercado

fossem capazes de reverter quadros de crises, restaria justificada a atuação estatal como meio para aceleração desses processos.

Esse modelo intervencionista de Estado, preocupado com as demandas típicas da economia e outras tantas, específicas dos diálogos democráticos, vêm sendo duramente criticado pela crescente onda neoliberal que gradativamente ganha espaço nas discussões das mais variadas áreas. Afirma-se uma insustentabilidade do Estado do bem-estar social, ao passo que as democracias crescem e se solidificam. Haja vista ser natural a tais processos um número cada vez maior de demandas dirigidas a esses Estados, demandas essas que jamais poderiam ser supridas espontaneamente pelos mercados, ocasionando uma alegada onerosidade impraticável.

Flagrada esta onerosidade progressiva insustentável, resta justificado assim um esvaziamento da atuação estatal, voltado a uma escolha pública de mínima intervenção. Esse é, portanto o discurso neoliberal que tem ecoado por todo o mundo ocidental, desde a década de 1970, “criticando diretamente a teoria econômica política de Keynes e propondo um cenário de desmaterialização monetária, flexibilidade financeira e reestruturação de prioridades de políticas públicas em nome da salvação do sistema do capitalismo (COSTA, 2015, p.108-109).

Todavia, tal discurso, somente deve se sustentar naquelas sociedades em que, efetivamente, praticou-se o Estado do bem-estar e de fato, onde se verifica um esgotamento estatal em razão das intervenções pela promoção de interesses públicos.

Assim, embora seja comumente alardeado, pelo neoliberalismo, o fim da modernidade e a imperiosa redução intervencionista estatal, cabe analisar, sobretudo nos Estados cujo desenvolvimento econômico ainda não se implementou, o fenômeno por alguns tratado como modernidade tardia (STRECK, 2014, p.23-64).

Deste modo, defende-se que:

A minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem consequências **absolutamente diversas** da minimização do Estado em países como o Brasil, **onde não houve o Estado Social**. O Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites (STRECK, 2014, p.27-28) (grifos do autor)

Entende-se assim a democracia tardia como uma teoria que discorre sobre o formato de Estado a ser adotado tendo em vista os contornos econômicos e sociais, em especial esses últimos – em oposição direta ao neoliberalismo –, defendendo a manutenção das intervenções estatais voltadas à redução das desigualdades, sobretudo naqueles países em que não se experimentou amplamente o Estado do Bem-estar social.

A partir da perspectiva da democracia tardia não se pode defender um esvaziamento das ações estatais, em nome do fim do Estado máximo quando esse, de fato, não veio a ocorrer. Seria então essa modernidade tardia, um ideal de defesa e resistência pela postura intervencionista do Estado que ainda não cumpriu as promessas democráticas da modernidade<sup>1</sup>.

A despeito de qual seja o formato de Estado, adotado, se mais atuante ou meramente regulador, este deve se voltar, em suas ações, a implementar esse delineamento buscando uma efetividade em suas diretrizes políticas e econômicas, daí a evocação das teorias jurídico administrativas a seguir expostas.

### **1.3 Principiologia Jurídica aplicada à Administração Pública**

O Estado se estrutura, desde a modernidade, em suas próprias bases legitimadoras, utilizando para isso recursos jurídicos que dão sustentação aos modelos adotados ao passo que viabilizam sua instrumentalização. Nesse sentido os diversos ramos do direito, são desenvolvidos, em prol desse Estado e da sociedade que o acorda, servindo como veículos para materialização dos ideais que nele são incutidos.

O Direito Administrativo existe assim como ramo jurídico que serve ao Estado para busca contínua da execução das diretrizes internas e diretamente ligadas ao formato estatal perseguido (DI PIETRO, 2013, p.1-22).

Nesse interim são necessárias proposições básicas axiomáticas que condicionam as estruturações desse Estado, provendo-lhes o alicerce mínimo. Sendo essas proposições nomeadas, pela ciência jurídica como arcabouço principiológico (DI PIETRO, 2013, p.63).

---

<sup>1</sup> Streck comenta que o ideal de Estado mínimo serve aos mercados, e seus teóricos, apenas quando a estes é conveniente, sendo a defesa de uma intervenção mínima destinada ao socorro do capital, v.g., a estatização, velada, dos bancos privados sob a escusa da salvação do sistema financeiro capitalista.

Extensa é a lista que anuncia os princípios veiculados pelo Direito Administrativo, sendo para este estudo importante destacar alguns poucos, a saber: a supremacia do interesse público, eficiência e segurança jurídica.

O princípio da supremacia do interesse público (sobre o privado) preceitua que a ordenação estatal deve atentar aos interesses que são gerais, guiando sua atuação nestes parâmetros e não a partir de normas que possam satisfazer exclusivamente interesses de poucos indivíduos. Percebe-se aqui uma nítida rejeição aos ideais utilitaristas, quando adota o Estado uma perspectiva coletiva acima dos reclames individuais (DI PIETRO, 2013, p.65-66).

A eficiência na gestão pública é entendida como a imposição de se materializar as escolhas públicas com o maior grau possível de presteza, perfeição e rendimento funcional (DI PIETRO, 2013, p.83-84). Não podendo ser desprezado aqui a distinção semântica necessária, entre eficiência e efetividade.

Apesar de muitas vezes serem tratadas como sinônimas as expressões guardam uma margem de diferenciação, quando observados os campos de análise de resultados, sendo a efetividade mais abrangente que a eficiência. “A efetividade supõe não só a realização das condições de eficiência e eficácia, como, também, a correspondência com as demandas da população ou determinados estratos populacionais ou de grupos” (GUSTIN; DIAS, 2015, p.85).

Postos os dois princípios anteriores, resta tratar do princípio da segurança jurídica, que deve ser compreendido como a regular manutenção dos acordos firmados, de todos eles, a partir de um ideal geral de respeito à boa-fé, tanto nas relações pontuais – de interpretação de normas internas ao direito administrativo –, quanto numa análise estatal macro, da manutenção dos acordos mais gerais firmados pela coletividade<sup>2</sup> (DI PIETRO, 2013, p.85-87).

## **2 A DINÂMICA DO CAPITAL, O CENÁRIO RECORRENTE DE CRISE E POLÍTICAS PÚBLICAS**

Diversas sociedades, em todo o globo, desenvolvem sua gestão em torno do capitalismo. Indireta ou diretamente esse modelo econômico

---

<sup>2</sup> E aqui, mais uma vez, caberia uma discussão sobre as razões que levam os Estados a modificarem seus acordos coletivos, seus parâmetros constitucionais frente aos ajustes econômicos necessários em cenários de crise. Sendo pertinente a avaliação das motivos que justificam a modificação na direção de redução de direitos.

determina como os países irão coordenar suas dinâmicas sociais e essa perspectiva também está presente no Brasil.

O capitalismo, a propósito, pode ser entendido como sistema econômico em que os meios de produção, são pensados de modo a satisfazer demandas sempre crescentes de consumo, atendendo a dinâmica da oferta e procura. Os investimentos para que esse fluxo seja implementado são, em sua grande maioria, oriundos da propriedade privada, assim como a decisão sobre como os rendimentos são redistribuídos. Lucros são entendidos como o resultado desse gerenciamento, destinados àqueles que detêm o poder de gerencia sobre os meios de produção, estando o trabalho e o trabalhador inseridos nesse último conceito. Por não possuírem qualquer poder no aspecto decisório da divisão dos lucros, ficam os trabalhadores sujeitos ao interesse produtor, que lhes oferece salários como contrapartida, sendo estes, aqui compreendidos como uma mínima parcela do montante produzido<sup>3</sup>. Nesse cenário, o modelo de Estado operacionalizado interfere, mais ou menos, nessa dinâmica, protegendo, por meio do implemento de políticas públicas, mais ou menos, os indivíduos da força segregadora do capital.

A valsa social, sempre instável, que tenta equilibrar os interesses e bem-estar das massas, das grandes populações, e o interesse de pequenos grupos, detentores do poder decisório e controle sobre os insumos de produção – conceituados por diversos autores como burguesia ou elites –, é essencialmente o cerne das maiores contradições do capitalismo (MÉSZÁROS, 1998, p.12).

Essa tentativa de estabelecimento de um equilíbrio entre esses dois interesses antagônicos é tratado por Streeck (2012, p.36) como “capitalismo democrático” que se estabelece no mundo após a segunda grande guerra. Não logrando, no entanto, pleno êxito dada a natureza imanente do capital em gerar continuas e profundas crises.

Desta forma, por mais que demandem, os teóricos mais propensos ao neoliberalismo, um distanciamento do Estado das questões econômicas e uma redução de intervenções voltadas v.g., à proteção do trabalhador, quanto mais perto aproximam os sistemas de capital do seu limite exaustivo de rentabilidade, mais próximos de crises o sistema se posiciona, demandando exatamente o oposto, a intervenção dos Estados com vistas a salvação do capital, eis uma das grandes contradições do capital, como aponta Mézáros (1998, p.14):

---

<sup>3</sup> Este fenômeno peculiar de divisão dos lucros implementado no sistema de capital foi popularmente conhecido como mais-valia.

A crise estrutural do capital é a séria manifestação do encontro do sistema com seus próprios limites intrínsecos. A adaptabilidade deste modo de controle do metabolismo social pode ir tão longe quanto a “ajuda externa” compatível com suas determinações sistemáticas permita fazê-lo. O próprio fato de que a necessidade desta “ajuda externa” aflore — e, apesar de toda a mitologia em contrário, continue a crescer durante todo o século XX — foi sempre um indicativo de que algo diferente da normalidade da extração e apropriação econômica do sobretrabalho pelo capital tinha que ser introduzido para conter as graves “disfunções” do sistema.

A existência do capital implica em uma constância de ciclos de crises, como denuncia Mészáros (1998, p.7), o que demanda recorrentes intervenções estatais na direção de salvação de segmento dos mercados, sob a justificativa de uma indireta manutenção da ordem social e consequente proteção dos interesses públicos, a partir dessa intervenção privada. O que acaba por justificar, mesmo que indiretamente — e a revelia dos teóricos que defendem um estado mínimo —, intervenções igualmente significativas de proteção aos interesses democráticos<sup>4</sup>.

O argumento pela necessidade de intervenção para salvação de segmentos estratégicos do mercado em períodos de severas crises é, em sua essência, bastante parecido com o argumento que defende a intervenção dos Estados de bem-estar social nos países desenvolvidos e em desenvolvimento, o único ponto que difere é aquele voltado a legitimar quem serão os destinatários da intervenção estatal.

Crises financeiras não são apenas resultados de comportamentos “irracionais” dos agentes, mas resultam da própria forma de operação dos mercados financeiros globais liberalizados sem um sistema de regulação adequado. A crise financeira internacional, cuja origem está nas perdas causadas pelo crescente default dos empréstimos das hipotecas de alto risco do mercado *subprime* norte-americano e que, devido ao fato de que grande parte dessas hipotecas foram securitizadas e distribuídas a investidores do mercado global, acabou tornando-se global, nos induz a duas reflexões. Em primeiro lugar, ela põe em xeque

---

<sup>4</sup> Tais intervenções seriam decorrência do fenômeno considerado por Streeck (2012, p.40) como capitalismo democrático que se manifesta por meio desses arranjos entre trabalho e capital num cenário marcado pelo pós-guerra. Compreendendo um Estado de bem-estar em expansão, com foco na proteção de direitos.

os benefícios concretos da globalização financeira, com mercados financeiros desregulados, inclusive nos países desenvolvidos. Em segundo lugar, ela nos remete, a partir das medidas de natureza fiscal e monetária implementadas pelos países desenvolvidos e, em menor grau, por países em desenvolvimento - tais como injeção de liquidez e de capital nos sistemas financeiros por parte das autoridades econômicas destes países e redução sincronizada da taxa básica de juros dos principais bancos centrais mundiais - para se evitar a repetição de uma grande depressão, tanto a repensar o próprio papel do Estado na economia, quanto à necessidade de re-regulamentar os sistemas financeiros domésticos e reestruturar o sistema monetário internacional (DE PAULA; FERRARI FILHO, 2011, p.316) (grifos nossos).

Como apontam De Paula e Ferrari Filho (2011) as crises não são apenas reflexos de uma gestão estatal (ou global) irresponsável ou atécnica, e sim, como resultado inevitável de um cenário econômico ausente de regulamentação, em que os Estados assistem o mercado se organizar, sempre em direção a instabilidades, dados os influxos próprios dessas interações, culminando, repetidamente, em necessárias intervenções para salvamento do sistema, naquilo que os autores chamam de “tempos keynesianos”, uma nítida alusão à intervenção estatal para aqueles que exigem a não intervenção.

Essa demanda interventiva, sempre recorrente, em meio aos discursos neoliberais pela não intervenção estatal é certamente um dos pontos paradoxais dos sistemas de capital proposto no século XXI:

A crise estrutural do capital é a séria manifestação do encontro do sistema com seus próprios limites intrínsecos. A adaptabilidade deste modo de controle do metabolismo social pode ir tão longe quanto a “ajuda externa” compatível com suas determinações sistemáticas permita fazê-lo. **O próprio fato de que a necessidade desta “ajuda externa” aflore — e, apesar de toda a mitologia em contrário, continue a crescer durante todo o século XX — foi sempre um indicativo de que algo diferente da normalidade da extração e apropriação econômica do sobretrabalho pelo capital tinha que ser introduzido para conter as graves “disfunções” do sistema** (MÉSZÁROS, 1998, P.14) (grifos nossos)

Das disfunções graves que menciona o autor podem ser compreendidas, v.g., por meio da necessidade, contínua, de intervenção

estatal em setores específicos de espaços privados do mercado, mesmo sendo estes mesmos espaços os locais de onde emana o núcleo dos discursos neoliberais que conclamam o estado mínimo, a mínima intervenção.

## 2.1 Cenários de crise, Estados de bem-estar social e as políticas públicas

Muitos são os conceitos que podem ser utilizados para tratar do que seriam políticas públicas. Para articulação das proposições presentes neste estudo serão utilizadas as definições de Saraiva (2006) e Easton (1953).

Para Easton (1953, p.129) uma política pública deveria ser compreendida como “a alocação de valores para toda a sociedade”, destinação de esforços, financeiros e não financeiros para ajustes voltados aos benefícios de toda a coletividade que forma a sociedade. Já Saraiva (2006, p.29) vai um pouco além ao definir políticas públicas como um sistema de decisões, de caráter público, voltadas a prevenção ou correção de desequilíbrios sociais presentes em todos os aspectos da vida pública, com vistas ao atendimento dos objetivos traçados pelo Estado.

Postos esses breves conceitos, cabe destacar que o alcance e manifestação das políticas públicas estarão, sempre, diretamente ligadas ao formato de Estado praticado naquele grupo social.

O Estado brasileiro, instituído pela Carta Magna de 1988, firma um profundo compromisso com os interesses sociais e as inadiáveis intervenções para correção de injustiças e disparidades sociais historicamente construídas. Como preleciona Tavares (2015, p.705):

O art. 6º da Constituição refere-se de maneira bastante genérica aos direitos sociais pro excelência, como o direito à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, à assistência aos desamparados etc. [...] **é nesse sentido que propõe Jose Afonso da Silva um conceito, caracterizando os direitos sociais como ‘prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos**, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. (grifos nossos)

E ainda:

São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. **Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais propícias**



**ao auferimento da igualdade real**, o que, por sua vez, **proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade** (TAVARES, 2015, p.705-706).

Como precisamente pontua Tavares (2015), dada a história de profundas desigualdades experimentada no Brasil, desde sua fundação, não há que se falar em ameaça às liberdades em razão das intervenções estatais. Não pode haver liberdade material enquanto não houver uma igualdade real entre os atores sociais. Não se sustenta, desta forma, qualquer discurso neoliberal de contenção das intervenções estatais, em nome da preservação das liberdades, quando estas, de fato jamais existiram para todos. Mesmo tendo em vista as especificidades das teorias neoliberais e sua aplicabilidade técnica-econômica, não se pode distanciar da finalidade primeira do Estado, qual seja promover espaços isonômicos onde, efetivamente, seja possível à percepção e experiência de igualdade e liberdade.

Dado o compromisso esculpido na Constituição de 1988 diversas políticas públicas vem sendo instituídas em todo o país. Tendo isto em vista, para fins de implementação desse estudo, dois programas em especial serão tratados, por comporem eles o objeto de estudo. São eles o PAA: Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar e o PNAE: Programa Nacional de Alimentação Escolar.

### 2.1.1 PAA: Programa de Aquisição de Alimentos da Agricultura Familiar

O PAA é uma das políticas públicas realizadas pelo Governo Federal<sup>5</sup> voltada ao enfrentamento da fome e da pobreza no Brasil. Tendo como objetivo indireto o fortalecimento da agricultura familiar. Para alcance desses objetivos o programa opera mecanismos específicos de comercialização favorecendo a aquisição de produtos produzidos em regime de agricultura familiar e estimulando os processos de agregação de valor à produção<sup>6</sup>.

O programa foi instituído pelo artigo 19 da Lei nº 10.696, de 2 de julho de 2003 e regulamentado pelo Decreto nº 7.775, de 4 de julho de 2012. Outro importante marco para o fortalecimento da política de combate à fome foi a promulgação da Lei n. 11.346 de 15 de setembro de

<sup>5</sup> Aplicadas regulamente pelo Governo Federal deste sua implementação. Conforme data informada na atual pesquisa até a data de termino desta, a saber, 2016.

<sup>6</sup> De acordo com dados disponíveis no sítio do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), [www.mda.gov.br](http://www.mda.gov.br).

2006, que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas à assegurar o direito humano a alimentação adequada.

O PAA possui duas finalidades elementares: promover o acesso à alimentação e fomentar a agricultura familiar. Para tanto o Programa compra alimentos produzidos em regime de agricultura familiar, dispensando-se a licitação, e os destina às pessoas em situação de insegurança alimentar e nutricional e ao público atendido pela rede socioassistencial. O PAA também contribui para a constituição de estoques públicos de alimentos produzidos por agricultores familiares e para a formação de estoques particulares, permitindo maior agregação de valor aos produtos, afetando diretamente a economia das localidades em que se opera o programa.

Deste forma o PAA possui dois públicos beneficiários específicos: os fornecedores e os consumidores de alimentos. Os agricultores familiares, assentados da reforma agrária, silvicultores, aquicultores, extrativistas, pescadores artesanais, indígenas, integrantes de comunidades remanescentes de quilombos rurais e demais povos e comunidades tradicionais, são no contexto de aplicação do programa os beneficiários fornecedores, desde que atendam aos requisitos previstos no art. 3º da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006<sup>7</sup>, que caracterizam a agricultura familiar. Já os beneficiários consumidores são aqueles indivíduos em situação de insegurança alimentar e nutricional e ainda aqueles atendidos pela rede socioassistencial e pelos equipamentos de alimentação e nutrição.

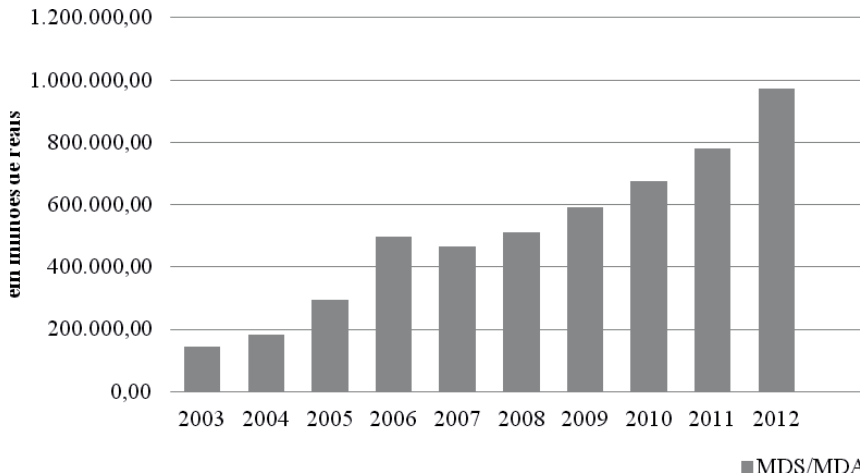
#### 2.1.1.1 O PAA em números

O sítio oficial do Ministério do Desenvolvimento Agrário disponibiliza as informações referentes ao histórico de execução do PAA, conforme pode verificar nos dados abaixo, sendo eles uma reprodução dos dados oficiais, senão vejamos:

---

<sup>7</sup> O art. 3º da aludida Lei disciplina quem poderá ser considerado agricultor ou empreendedor familiar rural, elencando os requisitos observáveis, conforme dicção normativa.

**Gráfico 1:** Evolução da execução financeira do PAA, no período entre 2003 - 2012.

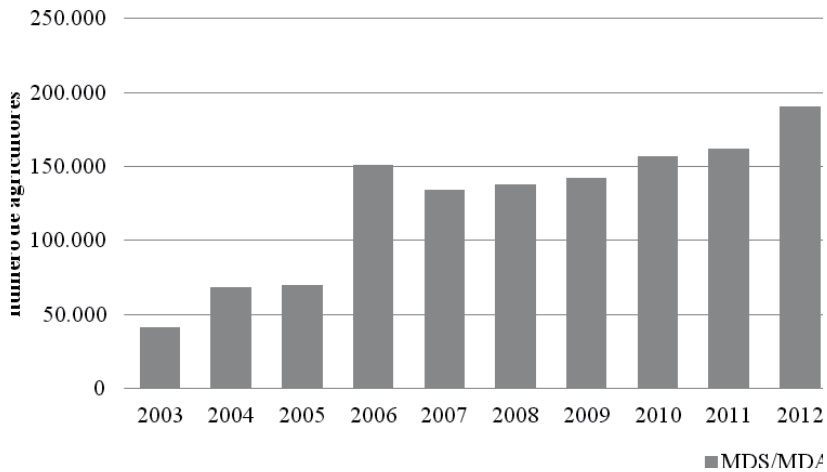


**Fonte:** Dados disponíveis no sítio oficial do Ministério do Desenvolvimento Agrário /Resumo da aplicação do recurso do PAA entre 2003 e 2012.

Entre os anos de 2003 e 2012 o acompanhamento da execução financeira do PAA registrou um crescimento de 85% dos valores aplicados, tendo em vista a execução em todo o território nacional. Os valores aplicados em 2003, quando iniciou-se o programa, eram aproximadamente cento e quarenta e cinco milhões de reais, alcançando em 2012 – último ano em que o controle de gastos e ações é fornecido em dados oficiais –, com um montante de mais de novecentos milhões de reais. A crescente se dá pelo aumento das demandas nos municípios e pelo número maior de municípios que adere, gradativamente, ao programa. Conforme dados disponíveis no sítio oficial, ainda em 2015, diversos municípios ainda não são atendidos pelo programa.

O programa ainda avalia o número de agricultores familiares que gradativamente passam a integrar o programa:

**Gráfico 2:** Evolução do nº de Agricultores Familiares participantes do Programa, no período de 2003 – 2012.



**Fonte:** Dados disponíveis no sítio oficial do Ministério do Desenvolvimento Agrário /Resumo da aplicação do recurso do PAA entre 2003 e 2012.

O número de agricultores inscritos no programa, no intervalo entre 2003 e 2012 cresceu em 78%. Saindo do número inicial de 41.464 (quarenta e um mil, quatrocentos e sessenta e quatro) agricultores familiares cadastrados no ano inicial do programa, para 190.718 (cento e noventa mil, setecentos e dezoito) agricultores em 2012.

O governo federal estima destinar, entre 2015 e 2016<sup>8</sup> um montante de R\$ 1,3 bilhão para a agricultura familiar dentro do Programa de Aquisição de Alimentos, segundo dados oficiais divulgados<sup>9</sup>. Permanecendo os números estimados para 2015/2016 proporcionais aos números trabalhados até 2012. O programa fornece os produtos nele adquiridos para órgãos federais, estados e municípios.

### 2.1.2 PNAE: Programa Nacional de Alimentação Escolar

O PNAE teve sua implantação em 1955, com o nome de Campanha da Merenda Escolar, pelo Decreto n. 37.106/1955, sendo coordenado, inicialmente, pelo Ministério da Educação (MEC). Após alterações

<sup>8</sup> Intervalo temporal em que se realizou a presente pesquisa.

<sup>9</sup> Dados divulgados no por Portal Brasil, em junho de 2015, na seção “economia e emprego”.

no nome e na vinculação institucional, passou a chamar-se, em 1979, Programa de Alimentação Escolar e foi incorporado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), em 1997. O FNDE, autarquia vinculada ao MEC é atualmente<sup>10</sup> a responsável pela normatização e condução de todas as ações necessárias a regular execução do Programa.

São atendidos pelo Programa os alunos de toda a educação básica (educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e educação de jovens e adultos) matriculados em escolas públicas, filantrópicas e em entidades comunitárias (com alguma vinculação com poder público ou que recebam dele subsídio), por meio da transferência de recursos financeiros.

A Constituição Federal, em seu art. 208, incisos IV e VII assevera:

Art. 208. O **dever do Estado** com a educação será efetivado mediante a garantia de:

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.

**VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (BRASIL, 1988, não paginado) (grifos nossos)**

Conforme a dicção normativa constitucional, obrigam-se assim, todas três esferas governamentais, a efetivar a educação, provendo, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares as condições para uma educação efetiva, tendo dentre elas a alimentação, como elemento indispensável possuindo portanto, o PNAE caráter suplementar em atendimento ao ditame da Carta Maior.

Ainda em conformidade com os dados oficiais disponíveis<sup>11</sup>, o valor repassado pela União aos estados e municípios é calculado levando em conta o dia letivo o número de alunos, definido de acordo com a etapa e modalidade de ensino, dentro do seguinte escalonamento: para alunos em creches é destinado o valor de R\$1,00 (um real), na pré-escola o valor destinado por aluno é de R\$0,50 (cinquenta centavos), em escolas indígenas e quilombolas o valor repassado é de R\$0,60 (sessenta centavos), no ensino fundamental, médio e educação de jovens e adultos o valor é menor que os

---

<sup>10</sup> Dados levantados no curso de 2016.

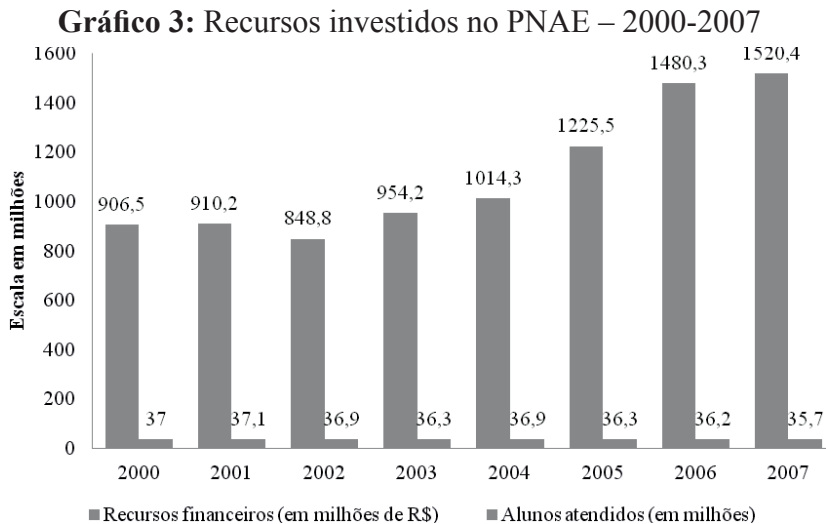
<sup>11</sup> Dados disponíveis no sítio oficial do FNDE.

demais, sendo de R\$0,30 (trinta centavos) por aluno. Já no ensino integral o valor repassado é de R\$1,00 (um real). Aos alunos do Programa Mais Educação é destinado o valor de R\$0,90 (noventa centavos) e para alunos que frequentam o Atendimento Educacional Especializado no contraturno o equivalente R\$0,50 (cinquenta centavos).

O repasse é feito diretamente aos estados e municípios, tendo como base o Censo Escolar realizado no ano anterior a destinação dos valores. O Programa prevê o acompanhamento e fiscalização direta da sociedade, por meio dos Conselhos de Alimentação Escolar (CAE), pelo FNDE, pelo Tribunal de Contas da União (TCU), pela Controladoria Geral da União (CGU) e pelo Ministério Público.

### 2.1.3 O PNAE em números

Os dados fornecidos pelos órgãos governamentais informam a progressão na gestão do programa, senão vejamos:



**Fonte:** Dados disponíveis pelo Ministério da Educação (MEC). Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.

De acordo com os dados acima, o número de recursos aplicados em 2000 estava em torno de R\$906 milhões de reais atendendo um montante de aproximadamente 37 milhões de estudantes ao longo dos

anos, em 2007 – intervalo mensurado pelos dados oficiais disponíveis – o valor de investimento elevou-se a patamares em torno de 1,5 bilhão, sendo que o número total de alunos beneficiados caiu nesse intervalo, baixando para algo em torno de 35 milhões de alunos.

O governo federal estima que em 2015 o valor total destinado para o PNAE será de R\$3,8 bilhões, beneficiando em torno de 42,6 milhões de estudantes da educação básica e de jovens e adultos. Com o advento da Lei nº 11.947/2009, 30% desse valor total – ou seja, em torno de R\$1,14 bilhão – deve ser, obrigatoriamente, investido na compra direta de produtos oriundos da agricultura familiar. Segundo o governo a medida tem como objetivo estimular o desenvolvimento econômico e sustentável das comunidades locais<sup>12</sup>e<sup>13</sup>.

A conexão finalística entre o PNAE e a agricultura familiar fora fixada na Lei n. 11.947/2009, em seu art.2º, inciso V que determina:

Art. 2º, V - o apoio ao desenvolvimento sustentável, com incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, **produzidos em âmbito local e preferencialmente pela agricultura familiar e pelos empreendedores familiares rurais, priorizando as comunidades tradicionais indígenas e de remanescentes de quilombos** (BRASIL, 2009, não paginado)

E ainda, no mesmo texto legal:

Art. 14. Do total dos recursos financeiros repassados pelo FNDE, no âmbito do PNAE, **no mínimo 30% (trinta por cento) deverão ser utilizados na aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas.**

O aludido texto normativo ao determinar a aquisição, pelo programa, de produtos locais, preferencialmente pela agricultura familiar, pelo empreendedorismo familiar, assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas, dá um importante passo em direção à sustentabilidade e fomento da produção e da economia local.

---

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Não foram localizados dados sobre o programa no intervalo entre 2008 e 2015.

### **3 ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTO À AGRICULTURA FAMILIAR NO MUNICÍPIO DE PETROLINA: ESTUDO DE CASO**

#### **3.1 Métodos da pesquisa e delineamento do objeto e amostra**

Compreendeu-se como objeto delineado para a pesquisa de campo a mensuração da efetividade dos programas PAA e PNAE, no município de Petrolina-PE<sup>14</sup>, a partir de dados objetivos e da percepção dos sujeitos envolvidos nos processos. Para tanto foram delimitados como elementos necessários ao levantamento: 1) dados sociodemográficos relacionados ao público alvo do programa, 2) dados quantitativos sobre valores, periodicidades e produtos envolvidos na dinâmica dos programas e 3) a percepção dos gestores e agricultores familiares rurais envolvidos, sobretudo desses últimos.

Como instrumentos metodológicos para coleta de dados foram utilizados questionários semiestruturados, aplicados tanto com os gestores municipais, dos dois programas, quanto para os agricultores familiares rurais cadastrados. No tocante ao fechamento das amostras optou-se pela entrevista com todo o universo de gestores (para gestão dos dois programas o município dispõe de dois profissionais, sendo os dois entrevistados). Enquanto que, no tocante aos agricultores foi selecionado, como amostra, uma das associações de produtores rurais que fornecem aos programas PAA e PNAE. A associação contava com 13 famílias associadas, sendo que para a entrevista, 11 dessas famílias foram consultadas.

As entrevistas com gestores e produtores rurais foram realizadas no intervalo entre março e abril de 2016. Quanto à análise dos dados levantados foi adotado como recurso metodológico a frequência absoluta, além da análise dos dados objetivos quantitativos e sociodemográficos fornecidos pelos entrevistados e coletados em fontes oficiais<sup>15</sup>.

O controle dos resultados auferidos a partir dos dados quantitativos e qualitativos levantados, com vistas a mensuração da efetividade do

---

<sup>14</sup> Para maiores informações sobre o município vide dados disponíveis no sítio oficial do IBGE.

<sup>15</sup> Fontes oficiais que oferecem dados sobre os programas e IBGE, como se perceberá ao longo da explanação.



programa, deu-se, ao término da pesquisa, por meio da triangulação metodológica (GUSTIN; DIAS, 2015, p.93).

### 3.1.1 Perspectiva e dados fornecidos pela gestão sobre as políticas públicas de fomento da agricultura familiar no município de Petrolina

Os programas PAA e PNAE enquanto políticas públicas implementadas pelo governo federal em cooperação com os governos estaduais e municipais configura-se como um fator de impacto econômico, a partir da entrada sistemática de recursos na economia local, alterando não apenas a dinâmica nas relações econômicas como possibilitando reconstruções nas constituições familiares.

O município de Petrolina, no sertão pernambucano aderiu ao programa PAA em 2010, acompanhando, assim como diversos outros municípios, a ampliação e aprimoramento das ações<sup>16</sup> pertinentes ao seu implemento.

De acordo com dados fornecidos pela Secretaria Executiva de Segurança Alimentar do Município de Petrolina<sup>17</sup>, em 2016, aproximadamente, 450 famílias de agricultores encontravam-se cadastradas no programa como fornecedores aptos. Ainda segundo os dados cadastrais há uma média, para os cadastros válidos, de 4 integrantes por família, resultando aproximadamente 1800 agricultores atingidos pelo programa, apenas no município em análise.

O aporte financeiro movimentado na economia municipal, a partir do PAA, atingiu apenas em 2016, um montante de aproximadamente R\$2.156.123,00 (dois milhões, cento e cinquenta e seis mil, cento e vinte e três reais).

Conforme dispõe a Secretaria Executiva de Segurança Alimentar do Município de Petrolina, não se trata o PAA de um fundo de repasse financeiro, entre União e municípios e sim, de um programa com regras específicas de gestão e permanência que devem ser atendidas, cuja fiscalização se dá continuamente. O programa se implementa em ciclos de 8 meses contínuos que se iniciam com as chamadas públicas em que são informados aos interessados no fornecimento quais produtos são de interesse da gestão municipal, para que a produção possa ser realizada. O instrumento para inclusão e identificação das famílias de produtores rurais

<sup>16</sup> Vide gráficos 1 e 2.

<sup>17</sup> Órgão municipal responsável pela condução do PAA.

integrantes do programa é a Declaração de Aptidão ao Pronaf (DAP), sendo feito por este mesmo instrumento os respectivos pagamentos. Sobre estes últimos, não podem ultrapassar por DAP o valor de R\$6.500,00 (seis mil e quinhentos reais).

Na perspectiva do gestor da Secretaria Executiva de Segurança Alimentar do Município de Petrolina o programa apresenta alguns pontos positivos e negativos. Entre os positivos destaca-se, claramente, o grande aporte financeiro que passa a circular na economia local, em especial, dirigido ao trabalhador rural. Ainda conforme o entendimento da gestão pública municipal o programa pressiona o agricultor a melhorar a produção, por meio do valor agregado ao produto, tanto no beneficiamento que o produto deve ter para poder ser incluído no programa, quando a utilização de embalagem, etc. Para a gestão pública, ao comercializar com o programa o agricultor é conduzido a melhorar sua prestação de serviço o que otimiza sua relação com outras formas de comercialização, como as demandas com o mercado provado, por exemplo. Além disso, segundo o setor público, a pressão para que o agricultor integre alguma cooperativa ou associação para gozar de maiores vantagens na ordem de preferência, estimula o diálogo e contato entre os produtores ampliando a troca de experiências e aprimoramento profissional.

De acordo com o gestor da Secretaria Executiva de Segurança Alimentar do Município de Petrolina, o PAA possui três importantes vieses. O primeiro deles possui caráter de fomento, ao alcançar o produtor rural local. A fala do gestor destaca que a renda adquirida pelos agricultores não é totalmente proveniente do programa, porém, funciona como um importante propulsor para produção por ser um recurso mais seguro que o comumente esperado no mercado convencional. O segundo viés é o socioassistencial. Ao atender diversas entidades municipais<sup>18</sup> através dos alimentos destinados a elas por meio do programa. Um dos benefícios sociais oriundos da dinâmica do programa é o aumento da qualidade dos alimentos disponibilizados a essas entidades por meio do programa uma vez que os fornecedores são pressionados a buscarem sempre alimentos de maior qualidade. O terceiro viés se relaciona ao aspecto exclusivamente econômico a partir do momento que um considerável volume financeiro circula no próprio município. Como destaca

---

<sup>18</sup> Mais de 48 entidades públicas foram atendidas em 2016 pelo programa PAA no município de Petrolina, dentre elas destacam-se, v.g., o restaurante popular, a CAPES, CRAES e cadeia feminina, além das instituições privadas como APAE, AME, PETRAPE entre outras.

o gestor entrevistado, tal valor poderia ser levado para outros mercados, pela negociação com produtores de fora da região sendo adotado, por exemplo, o recurso de licitação. No exemplo pontual da pesquisa, recursos no montante de mais de 2 milhões de reais circularam em 2016 no município aquecendo e impulsionando a economia local.

Como aspecto negativo, destaca a gestão pública, que o programa ainda possui *status* de política pública assistencialista, impondo ao programa um caráter precário. Ensejando o risco de interrupção pela escolha pública de futuros gestores no âmbito federal. A fragilidade de um programa de tamanha importância – segundo a perspectiva do entrevistado – é, fatidicamente, um aspecto negativo ainda presente.

Já o programa PNAE é acompanhado no município de Petrolina pela Secretaria Municipal de Educação. Segundo dados fornecidos pela gestão municipal aproximadamente 140 toneladas de alimentos são comercializadas por mês, a partir do programa. Equivalendo a 1400 toneladas de alimentos por ano. Estes valores dizem respeito ao intervalo de 10 meses em que o programa se implementa. Os recursos, que são destinados pelo governo federal ao PNAE são utilizados na merenda escolar. Os valores totais, veiculados no município pelo programa, giram em torno de 5 milhões e 200 mil reais. Sendo deste total, conforme a determinação legal, reservado 30% ao fornecimento pela agricultura familiar, o que foi equivalente, em números reais, no município em questão, no exercício de 2016 a algo superior ao importe de 1 milhão e meio de reais.

Como bem destaca a gestão pública no curso da entrevista, esse seria um valor percebido apenas por grandes empresas e conglomerados financeiros do ramo de alimentos em não sendo praticada esse tipo de política pública.

Destaca ainda a administração pública que dentro do programa estão, no ano de 2016, cadastrados 397 agricultores, distribuídos entre produtores individuais e 24 grupos de produtores rurais.

Ainda em conformidade com os dados levantados na pesquisa junto aos gestores municipais do PNAE, nenhum tipo de acompanhamento é feito junto com os agricultores para mensuração dos impactos do programa em suas práticas e vidas cotidianas. Os únicos controles feitos, pelos gestores, até o momento do fechamento da pesquisa, são aqueles referentes aos cadastros de produtores e o controle anual junto CAE (conselho de alimentação escolar) no intuito de fiscalização do uso dos recursos federais.

Na perspectiva dos gestores, a manutenção de programas como o PNAE estimula a produção local, fortalece o fluxo financeiro no município

ocasionando solidez, renda e todos os desdobramentos implícitos, como fomento ao consumo em outras áreas, maior empregabilidade, etc., além de evitar o êxodo rural dos trabalhadores que quando não alcançando êxito em suas atividades são forçados a migrar de função e de localidade. Foi ainda destacado na entrevista pelos gestores que a aplicação de políticas dessa natureza, em períodos cíclicos de crise produzem um aquecimento da economia importante, dado a eventual desaceleração inerente aos cenários de crise, o que para a economia local é de grande valia.

### 3.2 Perspectiva das famílias de agricultores rurais

Os dados expostos a seguir dizem respeito aos dados objetivos quantitativos e qualitativos, fornecidos por agricultores rurais participantes dos programas PAA e PNAE no município de Petrolina. A coleta dos dados se deu por meio de entrevistas semiestruturadas que ocorreram no intervalo de 13 de março a 15 de abril de 2016, no próprio ambiente de trabalho dos entrevistados. A amostra diz respeito a integralidade de um dos grupos participantes dos programas sendo de caráter não-probabilístico intencional.

Objetivou-se com o levantamento, mensurar a perspectiva dos produtores rurais sobre os impactos econômicos, laborais e sociais dos programas em suas dinâmicas, além daquilo que era dito sobre as intempéries para manutenção da agricultura em família.

Inicialmente buscou-se identificar como os produtores tomavam conhecimento do programa como observa-se na tabela 1.

**Tabela 1:** Formas de acesso/conhecimento acerca dos programas

<b>Formas de acesso/inclusão</b>	<b>Frequência</b>	<b>%</b>
Através de veículos privados de comunicação/rádio/TV	0	0
Diretamente através dos órgãos públicos	0	0
Através da associação de agricultores	9	81,9
Diretamente pelos agricultores	2	18,1
<b>Total</b>	<b>11</b>	<b>100</b>

**Fonte:** Dados da pesquisa, 2016.

No universo da pesquisa, identificou-se que a associação, a saber o grupo de associados que já participa dos programas, predominantemente,

busca por novos associados e não o contrário. A informação e ciência acerca dos programas que beneficiam agricultores chega a eles pelos grupos organizados, sendo de 100% o percentual, divididos entre a busca diretamente pela associação (81,9%), seja por agricultores que já integram a associação (18,1%). Cabe aqui observar que embora o programa seja uma iniciativa dos poderes públicos, não existe ampla visibilidade, pelos recursos de que dispõe os governos, para informação aos interessados em potencial, ou seja, aqueles agricultores que ainda não integram qualquer associação ou cooperativa. Este traço é, certamente, um aspecto de deficiência do programa.

Quando questionados sobre o intervalo de experiência dentro dos programas 63,6% dos associados pesquisados possuem entre 5 e 6 anos de permanência no programa, enquanto 36,4% dos entrevistados, possui entre 2 e 4 anos no programa, ou seja, da amostra entrevistada, a maior parte já procedeu uma renovação do DAP, o que corrobora a ideia de que uma avaliação mais consistente, tendo em vista que a percepção dos demais, embora válida, submete-se ao crivo da permanência como critério objetivo de aprovação do projeto.

Sobre a composição do núcleo familiar, segundo a pesquisa foi identificado que 72,7% (maioria das famílias consultadas) possuía uma composição familiar de 2 a 4 membros, sendo 27,3% das famílias com composição entre 5 e 6 membros. Nenhuma das famílias entrevistadas possui núcleo familiar com mais de 6 integrantes. Os dados fornecidos pelos agricultores correspondem à estimativa sociodemográfica realizada pelos órgãos públicos municipais<sup>19</sup>.

Um dado importante, que pôde ser mensurado pela amostra analisada, diz respeito a não interferência do programa da escolha profissional da comunidade. 100% dos entrevistados já desempenhavam atividade agrícola. Não havendo uma alteração da dinâmica profissional em razão de adequação ao programa, noutros termos, nenhum dos respondentes passou a realizar a atividade agrícola para estar apto à participar do programa.

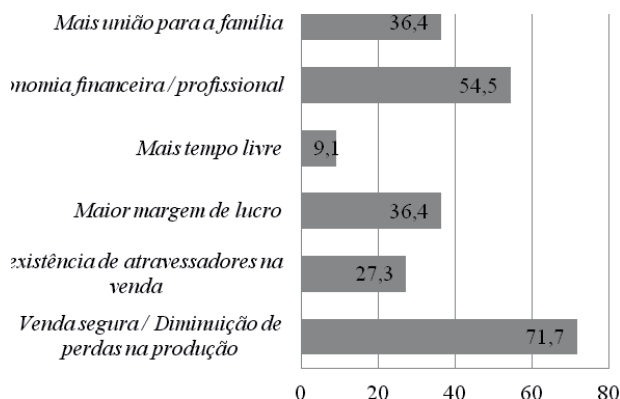
Para apreensão da percepção dos pesquisados sobre os benefícios experimentados após a participação nos programas em análise, foi dada a

---

<sup>19</sup> Em conformidade com a pesquisa realizada apenas a Secretaria Executiva de Segurança Alimentar do Município de Petrolina (responsável pelo PAA), realiza esse tipo de controle sociodemográfico junto aos agricultores cadastrados.

possibilidade dos respondentes enumerarem, livremente, a lista que, para eles, melhor correspondia a suas realidades. O que pode analisar no gráfico 4.

**Gráfico 4:** Benefícios percebidos e alteração na dinâmica da agricultura familiar após o início do programa.



**Fonte:** Dados da pesquisa, 2016.

Buscou-se junto aos agricultores rurais as percepções sobre as alterações, nas dinâmicas pessoais, familiares e econômicas, decorrentes da participação nos programas PAA e PNAE. Para a resposta foi dada a possibilidade de livre articulação pelos entrevistados, sendo categorizadas as opções mais recorrentes ofertadas pelos respondentes, possibilitando um delineamento de uma percepção média destes sobre os benefícios experimentados, ocorrendo, inclusive, mais de uma das opções por resposta. 71,7% dos entrevistados mencionaram em sua resposta quando questionados sobre “aspectos que se alteraram na dinâmica da agricultura familiar após o início do programa” –, que a partir da adesão ao programa a “venda era segura”, havendo “diminuição de perdas na produção”, ou “recebimento certo”, por estarem comercializando diretamente com o governo. Sendo este o aspecto mais recorrente nas respostas dos agricultores abordados, dado este que revela uma realidade de perdas e insegurança na produção agrícola dos pequenos produtores rurais, que, de acordo com a percepção manifesta pelos entrevistados, foi superada/amenizada com a dinâmica do programa.

Na sequência, como segunda percepção mais recorrente, presente em 54,5% das respostas esteve a “autonomia”, financeira, profissional

ou financeira/profissional sentida pelos entrevistados. Segundo eles, poder gerir o tempo e a atividade, sem a interferência de padrões é um importante benefício. Em terceiro lugar, têm-se duas respostas com 36,4% de incidência. A percepção dos benefícios de 36,4% dos respondentes relacionou-se à maior margem de lucro.

De acordo com os entrevistados o preço pago pelos produtos no programa é mais rentável do que seria se a venda se desse normalmente no mercado de alimentos. Ainda segundo os próprios entrevistados os rendimentos acima da média chegam a números em torno de 20%. Igualmente, para 36,4% dos entrevistados, desempenhar as atividades em família é um fator de relevância. Dentre as respostas sobre as vantagens em participar do programa, 27,3% informaram como benefício “a inexistência de atravessadores na realização das vendas”, sendo, para eles, fundamental o fato da venda ocorrer diretamente com o programa. 9,1% dos respondentes informou ainda que o trabalho autônomo, na agricultura familiar, proporciona maior controle do tempo e consequentemente maior tempo livre para realização de outras atividades. Em tempo, nenhum dos respondentes considerou como resposta a inexistência de benefícios em participar do programa, mesmo após estímulo dos entrevistadores, dada a possibilidade para tanto no âmbito da pesquisa semiestruturada.

**Tabela 2:** Intenção de prosseguimento e evasão dos programas

<b>Intenção de permanência e evasão</b>	<b>Frequência</b>	<b>%</b>
<b>Não pretende mudar de atividade</b>	8	72,8
<b>Pretende / considera mudar de atividade</b>	2	18,1
<b>Já realiza outras atividades paralelas à agricultura familiar</b>	1	9,1
<b>Total</b>	11	100

**Fonte:** Dados da pesquisa, 2016.

Quando indagados sobre a intenção de continuar as atividades junto ao programa, os respondentes, em sua integralidade, afirmaram total satisfação em estar trabalhando em regime de agricultura familiar, dentro dos programas (as únicas críticas citadas foram no sentido do desejo deles na ampliação dos benefícios oriundos do programa, não havendo críticas sobre a extensão ora operacionalizada) a despeito disso, 9,1% dos entrevistados

manifestaram já estar realizando outras atividades profissionais, paralelas à agricultura familiar, 18,1% responderam no sentido de que pretendem em algum momento mudar de atividade completamente, enquanto 72,8% das respostas foram no sentido de permanência na atividade voltada à agricultura familiar.

Ainda no tocante a percepção dos sujeitos sobre os benefícios experimentados a partir da participação nos programas, fora identificado que os entrevistados ao discorrerem sobre os benefícios experimentados estabeleciam uma vinculação subjetiva, um sentimento de gratidão a sujeitos que foram, segundo eles, os responsáveis pela chegada dos benefícios experimentados pela comunidade daqueles agricultores. Embora não houvesse uma previsão para levantamento desse dado, a menção a ele, por todos os respondentes, possibilitou a delimitação de uma percepção específica, da amostra, sobre a questão.

**Tabela 3:** Vinculação subjetiva realizada pelos entrevistados à satisfação com os benefícios do programa

<b>Elementos subjetivos na vinculação</b>	<b>Frequência</b>	<b>%</b>
<b>Aos próprios agricultores e seu trabalho</b>	5	45,5
<b>À pessoa do líder da associação</b>	6	54,5
<b>À pessoa do governante direto ou indiretamente</b>	0	0
<b>Total</b>	11	100

**Fonte:** Dados da pesquisa, 2016.

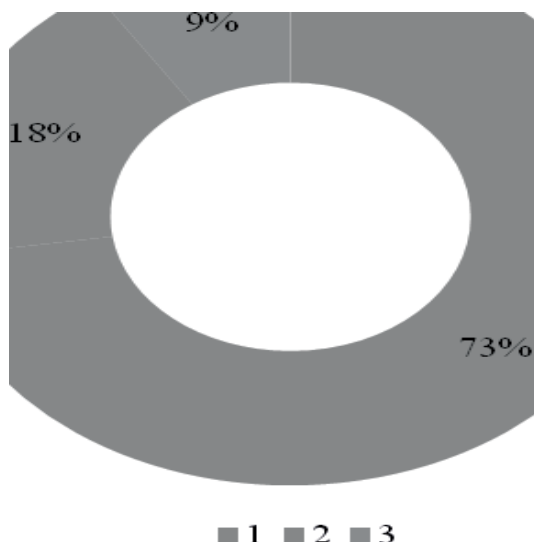
A partir das respostas coletadas, identificou-se que entrevistados ao explicar a sua satisfação, além de elencar os motivos diretos (tratados no gráfico 5), também citaram motivos subjetivos que atrelavam a satisfação aos resultados dos projetos. Atribuíram em maior quantidade (54,5%) ao trabalho da líder da associação, o sucesso das atividades. Foram recorrentes expressões como “a presidente cuida de tudo”, “quem faz tudo é ela”, “graças a ela”, o que demonstrou um senso de gratidão atrelado à pessoa que lidera e conduz a associação. Em seguida elencaram a importância do trabalho coletivo, dos próprios associados (45,5%), como fator determinante para o alcance dos resultados positivos experimentados. Em tempo, aqueles que entenderam como predominante a atuação da líder da associação, não excluíram a importância do trabalho coletivo, para fins de mensuração na pesquisa, os dados foram considerados separadamente,



numa proporção foi de 54,5% para 45,5%. Importa ainda frisar que nenhum dos entrevistados vinculou a sua satisfação à figura dos agentes públicos.

Sobre as relações construídas dentro da associação para implemento dos trabalhos, foram levantados os seguintes dados:

**Gráfico 5:** Confiança e conflitos de interesses no trabalho em agricultura familiar em associação.



- 1 - Afirmando não haver qualquer conflito de interesses no trabalho coletivo
- 2 - Afirmando haver algum conflito de interesses no trabalho coletivo
- 3 - Afirmando haver conflitos de interesse que comprometem os trabalhos

**Fonte:** Dados da pesquisa, 2016.

A satisfação com o andamento do trabalho em associação, expressa pela integralidade dos entrevistados, guarda relação estreita com a (in)existência de conflitos de interesses dos associados. Quando presentes circunstâncias que anunciem divergência de interesses, é possível que haja a quebra de confiança e isso mina a possibilidade de harmonia no trabalho coletivo. Conforme os dados da pesquisa realizada 72,7% dos entrevistados informa não haver qualquer sinal de controvérsia entre o grupo e plena confiança nos trabalhos voltados a busca dos interesses comuns. Noutra ponta, 18,2% dos entrevistados afirmou haver algum conflito, não sendo, contudo, suficiente para comprometer o andamento

das atividades. Enquanto que apenas 9,1% dos entrevistados afirmou haver conflitos que comprometem o regular andamento das atividades.

#### **4 ANÁLISE DOS DADOS E DISCUSSÕES**

Em um cenário de crise, especialmente quando os efeitos desta são sentidos em um intervalo longo e com desdobramentos internacionais e nacionais, os mais diversos setores da economia são afetados e expostos ao enfraquecimento e fragilidades, como foi o caso da crise internacional que se iniciou em 2008 e atinge o Brasil nos anos seguintes e perdura até o momento de fechamento deste trabalho (2016). (DE PAULA; FERRARI FILHO, 2011)

Quando os mercados não são capazes de ajustarem a si mesmos, e os desequilíbrios põem em risco os mercados de capitais, tanto as teorias neoliberais, quanto teorias de outra monta, como as Keynesianas, convergem no sentido de que intervenções estatais são necessárias, para promoção dos reajustes necessários. A divergência nesse ponto se localiza na questão relativa ao caráter de tais ajustes, no nível de regulamentação que pode ou deve ser promovido e as intervenções, mais especificamente no sentido de identificar, a partir de tais intervenções, qual formato de Estado se pretende erigir. Divergem as teorias se o salvamento, a ser promovido pelos Estados deve alcançar apenas os mercados e grandes conglomerados – para que a economia se reorganize e a promoção das liberdades reste protegida – ou se de outro modo, devem os Estados também estender esse interesse interventivo salvador às populações mais carentes, mais fragilizadas, dentro ou fora de cenários de crise, como asseverou a modernidade.

No bojo do estudo em tela tem-se duas escolhas efetuadas pelo governo brasileiro na gestão da coisa pública. Primeiramente identifica-se a ideia de prover para as populações carentes um atendimento assistencial (por meio do atendimento efetuado pelas entidades beneficiadas<sup>20</sup>). Em segundo lugar, é decidido que isso será feito de modo que o gasto implicado na primeira escolha será destinado a gerar uma receita para as populações produtoras rurais de pequeno e médio porte (mais expostas às fragilidades comuns à cenários de crises) na mesma localidade. Esse padrão de escolha pública aproxima-se mais do padrão Keynesiano do que propriamente dos

---

<sup>20</sup> Vide tópico 4.1, nota 21.

padrões neoliberais, embora seja recorrente a afirmação de os governos atuais adotam padrões neoliberais de controle da economia.

É possível afirmar que as medidas produzem impactos positivos na economia local, uma vez que, conforme apontam os gestores consultados, um montante anual de aproximadamente 5,5 milhões são inseridos na dinâmica da economia local através dos programas. Frisando que tais valores não se tratam de repasses fundo a fundo e sim de programas de inserção/remoção pautados em critérios anualmente verificados – como já mencionado anteriormente – correspondendo a uma importante receita para o município. Destaque-se que deste valor total oriundo dos dois programas, mais de 2 milhões são destinados pelo PAA para a agricultura familiar, ao tempo em que mais de 1 milhão e meio para os produtores rurais em regime familiar por meio do PNAE.

Considerando o número de famílias cadastradas no PAA que é de aproximadamente 450 grupos familiares alcançados pelo PAA e, levando em conta os números limítrofes para pagamento do DAP (R\$6.500,00/a cada 8 meses) e, o número médio de integrantes por família, pode-se auferir que nesse intervalo de participação no programa a família alça rendimento mensal a algo em torno de R\$800,00/mês, ou R\$200,00/indivíduo (em sendo considerada a média de 4 sujeitos por núcleo familiar rural). Esses valores quando somados ao rendimento nominal mediano mensal dos domicílios rurais que é de R\$219,83, ocasiona um considerável acréscimo na renda dessas famílias.

Já no PNAE, aproximadamente 397 agricultores participam do programa, contribuindo com sua produção para o consumo de um montante coletivo de 1400 toneladas de alimentos, no intervalo de 10 meses (quando o programa faz as aquisições), implicando em um fluxo financeiro, destinado a esses produtores, de mais de 1 milhão e meio de reais.

Em um cenário regular de crise, a produção agrícola de pequeno e médio porte (em especial essa última onde se localizam os trabalhadores em regime de agricultura familiar) sente a retração do mercado e o endurecimento ao acesso ao crédito, necessário à produção. O impacto das perdas no curso produtivo e a baixa nos valores dos produtos comercializados são fatores determinantes para a fragilização de agricultores de modo geral, sobretudo dos pequenos agricultores. Não é de causar espanto que na percepção dos agricultores, o fator de maior impacto (71,7%<sup>21</sup>) na mensuração dos benefícios na participação

---

<sup>21</sup> Vide gráfico 5.

do programa seja a venda segura e a redução de perdas (entenda-se perdas aqui, aquele quantitativo de produto que não é vendido em tempo hábil pelo produtor, pela baixa procura). Seguindo-se a esse dado na percepção dos agricultores, está a autonomia da condução dos negócios, a saber, a ausência de atravessadores na implementação das vendas (54,5%<sup>22</sup>). Pode-se concluir, nesse ponto, que a dinâmica econômica na agricultura rural é efetivamente atrelada a realização do programa e isso é claramente mensurada, por gestores e agricultores.

Quando questionados sobre a intenção em prosseguimento da atividade agrícola a percepção expressa predominante é aquela no sentido de continuidade nas atividades rurais (72,8%<sup>23</sup>) dado o alto grau de satisfação com os resultados obtidos. Tal perspectiva certamente é reflexo direto dos resultados numéricos/financeiros, citados anteriormente. Se levado em conta o traço histórico nacional do êxodo rural (FROEHLICH, et al, 2011)<sup>24</sup> este é sem dúvida um dos pontos fundamentais do programa no aspecto de sua efetividade enquanto política pública.

Avançando para os aspectos mais específicos das políticas públicas em questão, observou-se um dado, que não era pretendido inicialmente pelos pesquisadores, que veio a possibilitar (pelo caráter qualitativo implementado pela pesquisa), a mensuração de um importante aspecto da realidade analisada. 100% dos entrevistados atribuem a melhoria de suas condições de vida, em função do programa, ao trabalho coletivo (45,5%<sup>25</sup>) ou ao líder da associação que conduz os projetos e trabalhos (54,5%<sup>26</sup>),

---

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Vide tabela 2.

<sup>24</sup> Sobre o êxodo rural brasileiro, comentam Froehlich, et al (2011) que “a dinâmica populacional do rural brasileiro tem sido marcada pela drástica diminuição da população, principalmente nos últimos 50 anos. Atualmente, em percentuais absolutos essa diminuição perdeu a intensidade, entretanto, ainda continua presente, e, em algumas regiões, mantém-se acentuada [...] Embora o êxodo rural fosse mais intenso até a década de 1980, era mais homogêneo quanto ao sexo e idade. Toda a família deixava a vida rural, ou melhor, era 'expulsa' pelas condições adversas no contexto da modernização conservadora da agricultura conjugada com o acelerado processo de industrialização do país, demandante de mão-de-obra barata”.

<sup>25</sup> Vide tabela 3.

<sup>26</sup> Idem.

nenhum deles atribuiu a melhoria e segurança econômica experimentada à política pública em si ou subjetivamente ao governo em algum nível ou esfera. A percepção dos sujeitos é de que o resultado obtido esta diretamente ligado aos seus esforços e que a possibilidade de estar inserido em um programa dessa natureza é um direito do trabalhador rural haja vista ser necessário, com ou sem a participação dos trabalhadores rurais a aquisição dos alimentos.

Em sendo a discussão aqui proposta levada ao aspecto do empoderamento desses sujeitos, quando entendido que a não correlação entre os benefícios e a subjetivação do poder público é um ponto positivo a ser considerado. Deve ser também ponderado o alto grau de gratidão destes mesmos sujeitos a uma pessoa, interna ao grupo, que conduz o processo (54,5%), especialmente quando frases que denotem delegação de tomada de decisões e transferência de poderes que deveriam ser intransferível pelo caráter horizontal típico às associações. Há que se questionar se o grau de fragilidade que poderia existir numa eventual gratidão subjetiva dirigida ao governo não estaria sendo transferida para um sujeito de dentro do grupo. Em sendo considerada essa possibilidade, novos estudos fazem-se necessários, para o devido enfrentamento da questão. O empoderamento dos indivíduos especialmente no tocante a gestão de programas assistenciais é sem dúvida um elemento indissociável à mensuração da efetividade, sendo relevante estudos dirigidos pontualmente ao tema.

Levando em conta apenas a percepção dos trabalhadores rurais não haveriam pontos negativos consideráveis em relação a implementação dos programas. Todavia, na análise quantitativa, fora percebido um dado negativo que merece destaque. Embora se trate de programa público, em que a entrada de interessados se dá por meio de chamada pública, pouca publicidade é dada, ao passo que nenhum dos envolvidos tenha mensurado ter tido conhecimento dos programas de forma autônoma, pela via dos veículos de divulgação. Todos informam ter acessado o programa por meio de outros agricultores já associados (18,1%<sup>27</sup>) ou por meio da própria associação (81,9%<sup>28</sup>), quando os condutores do processo limitam a divulgação sobre a forma de entrada certamente as possibilidades para agricultores que eventualmente possam se interessar passa a ser reduzida, reduzindo assim o alcance do programa e sua efetividade pretendida.

---

<sup>27</sup> Vide tabela 1.

<sup>28</sup> Idem.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem do presente estudo de caso, iniciou-se com uma breve explanação sobre o aporte teórico que se valeu de teorias econômicas e jurídicas para elucidar conceitos como o formato de Estado e conseqüentemente as espécies de medidas interventivas que esse pode implementar em períodos de crise. Seguiu-se abordando a perspectiva de alguns teóricos sobre os cenários de crise e sua relação com modelos capitalistas de sociedade. Finalmente adentrou-se nas explicações sobre as disposições normativas dos programas PAA e PNAE e os dados levantados especificamente para a pesquisa.

Estudos que se voltam a análise da efetividade das políticas públicas devem adotar, preferencialmente, uma abordagem plurimetodológica, haja vista ser o fenômeno dotado de nuances que demandam tal postura do pesquisador. Tendo isso em vista, para a presente pesquisa, a triangulação metodológica adotada considerou em seu primeiro vértice um enfoque teórico múltiplo, considerando a teoria da escolha pública em contraposição com a Teoria Keynesiana, as teorias sobre a democracia tardia brasileira e finalmente as teorias sobre a principiologia jurídica aplicada à administração pública. No segundo vértice da triangulação foram consideradas perspectivas distintas sobre o fenômeno, quando coletados dados junto aos gestores públicos e a uma amostra dos produtores rurais em regime de agricultura familiar. E finalmente, no terceiro vértice, adotou-se múltiplos métodos, para o levantados dos dados (levantamento de dados bibliográficos, documentais e normativos, entrevistas semiestruturadas) e análise (frequência absoluta), sendo todo esse levantamento exposto nas primeiras seções da pesquisa.

Ao considerar os aspectos históricos nacionais, as teorias Keynesianas, aquelas que tratam do fenômeno da modernidade no Brasil – tratado pelos teóricos mencionados como democracia tardia –, e os parâmetros normativos dispostos na Constituição de 1988, ora vigente, concluiu-se que o modelo de Estado, mais propenso à intervenções na economia e proteção às populações menos favorecidas, é indispensável à implementação das projeções impostas ao povo brasileiro na Carta de 1988 e que se refletem, topicamente, nos programas PAA e PNAE, dentro dos limites temáticos a que se dirigem.

A história brasileira de profundas distorções, divisões e desigualdades, impõe uma atuação estatal voltada à reversão desse

quadro e isto é amplamente percebido na Carta Cidadã de 1988, portanto, intervenções econômicas e sociais, como as que se observam em programas como os que se analisam nessa pesquisa estão alinhadas com os anseios históricos e democráticos nacionais.

Quando do levantamento dos dados observou-se que objetivamente não podem restar dúvidas sobre os impactos positivos que os recursos destinados ao programa promovem na região, sendo esta a perspectiva dos gestores e dos produtores rurais envolvidos. Mais especificamente quanto a percepção manifesta pelos entrevistados sobre os efeitos do programa, identificou-se de um modo geral a ideia de ganho econômico e social. E mais detalhadamente, em aspectos pontuais do processo de produção, como a maior margem de lucro, melhor gerenciamento das atividades e empoderamento dos sujeitos.

Ante todo o exposto, conclui-se pela efetividade do programa, dado os efeitos para os quais se destina e aqueles observados concretamente. Por conseguinte, não se sugeriu a inexistência de aspectos problemáticos envolvendo os processos e os sujeitos. Observou-se, quanto aos agentes públicos, à ausência de uma publicização eficaz dos atos que envolvem a chamada pública, de modo a alcançar agricultores que não estejam atrelados a associações ou cooperativas, além da necessidade de melhoria no banco de dados relativos aos aspectos sociodemográfico dos agentes envolvidos. No tocante aos produtores rurais, fora identificada a necessidade de disseminação de mais informações relacionadas ao trabalho em cooperativa, com vistas a um maior empoderamento rural.

Destarte, todas as colocações postas, não se pode olvidar a importância da contínua realização de pesquisas futuras, nas áreas tangenciadas, com objetivo de mensurar o grau de efetividade de políticas públicas, como as abordadas na presente pesquisa e, outras tantas, além da análise dos graus de empoderamento necessário à população para a percepção, geral, daquilo que se espera entender como democracia.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. G. **Como o Brasil superou a crise**. Revista de Economia Política, April 2011, Vol.31(2), pp.320-322. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rep/v31n2/09.pdf>>. Acesso em: 05 dez 2015.

BAIARDI, A.; ALENCAR, C. M. M. **Agricultura familiar, seu interesse acadêmico, sua lógica constitutiva e sua resiliência no Brasil.** Rev. Econ. Sociol. Rural vol.52 supl.1 Brasília, 2014. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20032014000600003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20032014000600003&script=sci_arttext)>. Acesso em: 21 nov 2015.

BORGES, A. **Democracia vs. eficiência: a teoria da escolha pública.** Lua Nova: Revista de Cultura e Política, 2001, nº 53. Páginas 159 – 179.

BRASIL, **Programa de aquisição de alimentos da agricultura familiar –PAA: renda para quem produz e comida na mesa de quem precisa.** Disponível em: <[http://www.mda.gov.br/sitemda/sites/sitemda/files/user\\_arquivos\\_64/CARTILHA\\_PAA\\_FINAL.pdf](http://www.mda.gov.br/sitemda/sites/sitemda/files/user_arquivos_64/CARTILHA_PAA_FINAL.pdf)>. Acesso em: 04 abr 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 17 mar 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009. **Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nos 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei no 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências.** Brasília, 16 de junho de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/111947.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111947.htm)>. Acesso em 11 jan 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação (MEC). **Formação escola: Módulo PNAE.** In: Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Secretaria de Educação a Distância – 2.ed., atual. Brasília : MEC, FNDE, SEED, 2008. Disponível em: <[ftp://ftp.fnde.gov.br/web/formacao\\_pela\\_escola/modulo\\_pnae\\_conteudo.pdf](ftp://ftp.fnde.gov.br/web/formacao_pela_escola/modulo_pnae_conteudo.pdf)>. Acesso em: 02 mar 2016.

CARDIM DE CARVALHO, F. J. **Crise econômica internacional em 2010: Uma avaliação a meio do caminho.** Revista de Economia Política, April 2011, Vol.31(2), pp.320-322. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31572011000200009](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572011000200009)>. Acesso em: 05 dez 2015.

CASTRO, C. **A Agricultura no Nordeste Brasileiro: Oportunidades e Limitações ao Desenvolvimento.** (2012). Disponível em: <<http://econpapers.repec.org/paper/ipeipetds/1786.htm>>. Acesso em: 05 dez 2015.



CONAB. **Agricultura familiar: O Fortalecimento da Agricultura Familiar: programa Fome Zero.** Disponível em: <<http://www.conab.gov.br/conteudos.php?a=1125>>. Acesso em: 02 mar 2016.

COSTA, Marta Nunes da. **O que Marx nos pode ensinar sobre a nova "classe perigosa" – crítica, neoliberalismo e o futuro da emancipação humana.** Novos estud. - CEBRAP [online]. 2015, n.101, pp.97-114. ISSN 1980-5403.

CRUZ, P. F. S. **Os Desafios da Gestão Local e das Políticas de Desenvolvimento Territorial no Pólo de Petrolina (PE) – Juazeiro (BA): Dinamismo Econômico x Desigualdades Socioespaciais.** 2012. I Seminário de Desenvolvimento Regional, Estado e Sociedade. Disponível em: <http://unuhospedagem.com.br/revista/rbeur/index.php/sedres/article/viewFile/3890/380>. Acesso em: 25 nov. 2015.

DATHEIN, R. **O Crescimento do Desemprego nos Países Desenvolvidos e sua Interpretação pela Teoria Econômica: as abordagens neoclássica, keynesiana e Schumpeteriana.** Campinas. Tese (Doutorado em Economia) - Instituto de Economia, UNICAMP, 2000.

DE PAULA, L. F.; FERRARI FILHO, F. **Desdobramentos da crise financeira internacional.** Revista de Economia Política, Abril 2011, Vol.31(2), pp.320-322.. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rep/v31n2/09.pdf>>. Acesso em: 05 dez 2015.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo.** 26.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

EASTON, D. **The Political System.** New York: Knopf, 1953.

FNDE. **Sobre o Pnae.** Disponível em: <<http://www.fnde.gov.br/programas/alimentacao-escolar/alimentacao-escolar-apresentacao>>. Acesso em: 05 abr 2016.

FROEHLICH, J. M. et al. **Êxodo seletivo, masculinização e envelhecimento da população rural na região central do RS.** Cienc. Rural, Santa Maria, v. 41, n. 9, p. 1674-1680, set. 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-84782011000900030&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-84782011000900030&lng=pt&nrm=iso)>. acesso em: 24 abr. 2016.

GRISA, C. **As políticas públicas para a agricultura familiar no Brasil: um ensaio a partir da abordagem cognitiva.** Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/pgdr/arquivos/978.pdf>>. Acesso em: 24 nov 2015.

GUSTIN, M. B. S.; DIAS, M. T. F. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

IBGE. **Cidades, Pernambuco: Petrolina**. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=261110>>. Acesso em 12 jan 2016.

INCRA/FAO. **Perfil da Agricultura Familiar no Brasil: dossiê estatístico**. Brasília, 1996

KEYNES, J. M. (1936). **Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Economistas), 1983.

MÉSZÁROS, I. **A crise estrutural do capital**. Revista Monthly Review, fev. 1998. Tradução Alvaro Bianchi, revisão técnica Waldo Mermelstein. Disponível em: <<http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Revista-Outubro-Edic%CC%A7a%CC%83o-4-Artigo-02.pdf>>. Acesso em: 02 dez 2015.

MULLER, A. L. **A construção das políticas públicas para agricultura familiar no Brasil: o caso do programa de aquisição de alimentos**. 2007. Tese (Mestrado em Desenvolvimento Rural) Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/11006/000602049.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 nov 2015.

PALLEY, T. I. **A exaustão do paradigma de crescimento da economia americana**. Revista de Economia Política, April 2011, Vol.31(2), pp.320-322. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rep/v31n2/09.pdf>>. Acesso em: 05 dez 2015.

PEREIRA, P. T. **A teoria da escolha pública (public choice): uma abordagem neoliberal?**. *Análise Social*, vol. xxxii (141), 1997 (2), 419-442.

PITA, E. R. **A efetivação de direitos às políticas públicas para a agricultura familiar: Utopia ou realidade? Um olhar para os Perímetros Nilo Coelho, área Maria Tereza e Bebedouro**. 2015. *Revista de Extensão da UNIVASF - Volume 3, número 2, jul 2015*. Disponível em: <http://www.periodicos.univasf.edu.br/index.php/extramuros/article/viewFile/728/447>. Acesso em: 25 nov. 2015.

RACY, J. C.; MOURA JÚNIOR, Á. A.; FALSARELLA, B.; GONÇALVES, L.. **Uma contribuição ao desenvolvimento da Economia Política Internacional do Brasil**. Nova Economia, Abr 2015, Volume 25 Nº 1 Páginas 35 - 58

RAMOS, B. S. **A Inserção da Agricultura Familiar das Políticas Públicas de Desenvolvimento Territorial Rural no Brasil: um olhar a partir do governo de Fernando Henrique Cardoso e Lula**. Pós-Graduação, Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2015/pdfs/eixo10/a-insercao-da-agricultura-familiar-nas-politicas-publicas-de-desenvolvimento-territorial-rural-no-brasil-um-olhar-a-partir-do-governo-de-fernando-.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2015.

SARAIVA, E. **INTRODUÇÃO à Teoria da Política Pública**. In: SARAIVA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (Orgs.). *Políticas Públicas: coletânea*. Vol. 1. Brasília: ENAP, 2006.

SCHRÖDER, M. **Políticas públicas e agricultura familiar no Brasil: inovações institucionais a partir do Pronaf**. 2010. 34º Encontro Anual da ANPOCS. Disponível em: [http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=1538&Itemid=350](http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1538&Itemid=350). Acesso em: 25 nov. 2015.

SOBEL, T. F. **Evolução E Situação Atual Do Pólo Petrolina-Juazeiro: Uma Análise A Partir Dos Indicadores Sócio-Econômicos**. Disponível em: <http://www.sober.org.br/palestra/6/954.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

STRECK, L. L. **Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11.ed. rev., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STREECK, W. **As crises do capitalismo democrático**. Tradução Alexandre Morales. Novos estud. - CEBRAP no.92 São Paulo mar. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-33002012000100004&lng=pt&nrm=iso&tlng=en](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100004&lng=pt&nrm=iso&tlng=en)>. Acesso em: 06 dez 2015.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

VARGAS, A. **Agricultura Familiar e Sustentabilidade**. Disponível em: <<http://www.inagrodf.com.br/revista/index.php/SDR/article/viewFile/88/72>>. Acesso em: 25 nov 2015.

VITAL, T.; SAMPAIO, Y.. **Agricultura familiar e fruticultura irrigada – estudos de caso no nordeste**. Disponível Em:< <http://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/34643/1/AAPCA-V4-Artigo-02.pdf>>. Acesso em: 21 nov 2015.

# CIDADANIA ATIVA; ENTRE A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A PRÁTICA DO CONTROLE SOCIAL NO MUNICÍPIO DE FRANCA-SP

## *ACTIVE CITIZENSHIP: BETWEEN THE PARTICIPATORY DEMOCRACY AND THE PRACTICE OF THE SOCIAL CONTROL IN THE CITY OF FRANCA - SP*

Murilo Gaspardo\*

Adolfo Raphael Silva Mariano de Oliveira\*\*

Jackeline Ferreira da Costa\*\*\*

Otávio Augusto Mantovani Silva\*\*\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Democracia participativa: paradigmas teóricos e instrumentos jurídicos da ordem constitucional de 1988; 1.1. Democracia participativa: do modelo teórico aos institutos constitucionalizados; 1.2. Conselhos de políticas públicas; 2. A permanência da cidadania restringida após a redemocratização do Brasil; 3. Controle social em ação: panorama brasileiro e o caso de Franca-SP; 3.1. Controle social no Brasil após a Constituição de 1988: êxitos e desafios; 3.2. O caso dos Conselhos Municipais de Saúde e Assistência Social de Franca-SP; Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** este artigo tem por objeto o estudo dos conselhos de políticas públicas instituídos pela Constituição de 1988. A abordagem passa pelo contexto histórico do sistema político brasileiro no pós-redemocratização e por sua perspectiva teórico-normativa ressaltando a necessidade de efetivação dos instrumentos de democracia participativa presentes na Constituição. Em seguida estudo passa pela persistência da cidadania restringida operada pelas estruturas elitistas imiscuídas no governo para, por fim, analisar a efetivação da participação social nos conselhos de Saúde e Assistência Social de Franca-SP.

**Palavras-chave:** Democracia Participativa. Direitos Humanos. Controle Social.

**ABSTRACT:** *this paper aims to study the public policies councils structures from the 1988 Constitution. The approach goes through the historic context of the Brazilian political system in the period after re-democratization, passing through the theoretical and normative perspective highlighting the need of effectivate the participative democracy tools present in the Constitution. In the sequence, the study passes through the citizenship restricted by the brazilian elitist structures*

\* Doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Professor assistente doutor da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP-Franca.

\*\* Graduando em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP-Franca.

\*\*\* Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP-Franca.

\*\*\*\* Graduando em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP-Franca.

**Como citar:** GASPARDO, Murilo; OLIVEIRA, Adolfo Raphael Silva Mariano de; COSTA, Jackeline Ferreira da; SILVA, Otávio Augusto Mantovani. Cidadania ativa: entre a democracia participativa e a prática do controle social no município de Franca-sp. **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**. Ano 19, n.30, p.1-20, ago-dez, 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>

**Keywords:** *Participative Democracy. Human Rights. Social Control.*

## INTRODUÇÃO

Na ordem jurídica brasileira contemporânea, a democracia estrutura-se pela convivência dos modelos representativo e participativo. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 representa um marco fundamental para a positivação de institutos de democracia participativa após anos de lutas e clamores populares sufocados pela ditadura civil-militar. Desde então, há instrumentos jurídicos que não apenas preveem, mas também estabelecem garantias para os direitos individuais, políticos e sociais, sendo os últimos concretizados por meio de políticas públicas<sup>1</sup>. Especificamente com relação aos direitos sociais, os meios jurisdicionais de garantia têm recebido muito destaque no debate jurídico. Porém, não são os únicos previstos pela Constituição, a qual também assegura instâncias de participação e controle social, nas quais se entrelaçam a democracia em sua dimensão participativa e a luta pela efetivação dos direitos sociais, notadamente as conferências, as audiências públicas e os conselhos de políticas públicas.

No que concerne aos conselhos, suas estruturas foram pensadas, nos âmbitos municipal, estadual e nacional, para serem espaços de deliberação sobre a gestão de suas respectivas políticas. Assim, a lei determina uma composição paritária para esses órgãos, tendo entre seus

---

<sup>1</sup> Por política pública entende-se “o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados — processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial — visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados” (BUCCI, 2006, p. 39). No presente trabalho, utiliza-se o recorte específico das políticas de saúde e assistência social, voltadas, respectivamente, para o trato da saúde em amplo termo e de pessoas em estado de vulnerabilidade social. Sobre vulnerabilidade social, cf. SEMZEZEM e ALVES, 2013. Sobre o controle social na política de saúde cf. CORREIA, 2000 e 2005.

conselheiros representantes do próprio governo, de entidades prestadoras de serviços e da sociedade civil, inclusive de usuários dos serviços públicos (ou destinatários das políticas públicas).

No entanto, sabe-se que entre o direito e sua aplicação pode existir uma grande distância. Assim, o problema que motivou esta investigação é o seguinte: passados quase trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, as instituições participativas constitucionalmente previstas e legalmente reguladas são efetivas? Seus objetivos têm sido atingidos? Mais precisamente, os conselhos de políticas públicas têm sido capazes de empoderar o povo, de assegurar uma cidadania ativa? Ou são instâncias de participação meramente formais que, no máximo, acrescentam uma legitimidade simbólica a decisões tomadas em outras esferas?

A resposta a essas indagações pode variar conforme as circunstâncias específicas de cada localidade. Entretanto, a hipótese adotada é que, pelo menos nos pequenos e médios municípios brasileiros, os conselhos, de modo geral, constituem espaços imprescindíveis de luta por emancipação e concretização de direitos, sobretudo quando são considerados os focos de resistência existentes. Porém, são espaços públicos ainda em construção, pois a cooptação pelo Governo ou por interesses privados os impedem de realizar plenamente seus objetivos e, muitas vezes, atuam na canalização de interesses particulares. Assim, uma análise realista é necessária, pois, sem ela a intervenção sobre a realidade se tornaria inócua.

Para enfrentar esse problema, adotou-se o método hipotético-dedutivo<sup>2</sup> (com as ressalvas de se tratar de uma pesquisa de natureza social, qualitativa e sobre um objeto político)<sup>3</sup>, submetendo-se a hipótese ao estudo do caso dos Conselhos Municipais de Saúde e Assistência Social do Município de Franca-SP. Para a formulação da hipótese, recorreu-se à técnica da revisão bibliográfica de trabalhos que demonstram a permanência do caráter bloqueado e limitado do exercício da cidadania no Brasil, além de estudos sobre o funcionamento das instituições participativas

<sup>2</sup> Cf. POPPER, 2008. De acordo com Popper (2008, p. 307), “o avanço da ciência não se deve ao fato de se acumularem ao longo do tempo mais e mais experiências perceptuais”, mas depende da formulação de teorias por meio do “pensamento especulativo”, as quais, muitas vezes, contemplaram explicações, em princípios, sem justificativa e “ideias arriscadas”. São essas formulações que, submetidas a “testes de falseabilidade”, fazem a ciência avançar.

<sup>3</sup> Cf. GIL, 2008, p. 13.

brasileiras. Julgou-se também imprescindível fixar os conceitos e premissas fundamentais do modelo de democracia participativa, os quais constituem a base teórica empregada. A parte empírica da pesquisa consistiu em um estudo de caso baseado na Pesquisa-ação<sup>4</sup>, visto que os pesquisadores atuaram junto aos referidos conselhos por meio de um projeto de extensão universitária<sup>5</sup>.

A partir dessas premissas, este artigo é organizado em três partes: na primeira, são expostas as bases teóricas e normativas dos institutos de controle social e democracia participativa no Brasil; na sequência, discorre-se sobre a permanência da cidadania bloqueada e os fatores que a explicam; por fim, relata-se o estudo do caso dos Conselhos Municipais de Saúde e Assistência Social de Franca-SP, dentro do contexto da participação social no Brasil, confrontando-se as observações com o que preconizam o Ordenamento Jurídico Brasileiro e o modelo de democracia participativa.

## **1 DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: PARADIGMAS TEÓRICOS E INSTRUMENTOS JURÍDICOS DA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988**

### **1.1 Democracia participativa: do modelo teórico aos institutos constitucionalizados**

A democracia participativa tem como pressuposto um diagnóstico sobre os limites da democracia liberal, representativa e elitista. Esse modelo reduz a democracia a um “método político”, a um “arranjo institucional para se alcançarem decisões políticas”. Esse método consiste na aquisição de poder por lideranças que disputam o voto da população (eleições). Nessa luta, em tese, todos são livres e têm iguais condições de se tornar

---

<sup>4</sup> Cf. THIOLENT, 1996, GIL, 2008, p. 30-31. O método de Pesquisa-ação é caracterizado como um tipo de pesquisa participativa de base empírica e que tem por objeto determinada realidade social na qual os pesquisadores irão propor uma ação ordenada com vistas a formulação e diagnóstico dos problemas a serem tratados. A metodologia encontra aplicação no caso concreto ora analisado pela proximidade dos pesquisadores com a realidade sob enfoque, além de propiciar o empoderamento e a mudança da realidade social local.

<sup>5</sup> Omite-se a identidade do projeto a fim de se assegurar o caráter “cego” da avaliação deste trabalho. Entretanto, se aprovado, entende-se que seria oportuno informá-la.



parte da elite dirigente. Cabe, pois, ao povo, apenas constituir ou destituir o governo. Em síntese, “democracia significa apenas que o povo tem a oportunidade de aceitar ou recusar as pessoas designadas para governar” (SCHUMPETER, 1984, p. 304, 336-339, 355).

Entretanto, como observa Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 31-32), o modelo hegemônico “não garante mais que uma democracia de baixa intensidade baseada na privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, na distância crescente entre representantes e representados e uma inclusão política abstrata feita de exclusão social”.<sup>6</sup> Já a democracia participativa, contrapondo-se a tal modelo, funda-se no protagonismo de “comunidades e grupos sociais subalternos em luta contra a exclusão social e a trivialização da cidadania, mobilizados pela aspiração de contratos

---

<sup>6</sup> Há propósito, há uma crítica fundamental de Rawls (2002, p. 247-248) à democracia liberal que precisa ser anotada: “historicamente, um dos principais defeitos do governo constitucional tem sido a sua incapacidade de assegurar o valor equitativo da liberdade política. As medidas corretivas necessárias não têm sido tomadas; na verdade, parece que nunca foram consideradas seriamente. Disparidades na distribuição de propriedade e riqueza que em muito excedem o que é compatível com a liberdade política têm sido geralmente toleradas pelo sistema legal. Recursos públicos não têm sido empregados a fim de manter as instituições exigidas para garantir o valor equitativo da liberdade política. A falha reside essencialmente no fato de que o processo político democrático é, na melhor das hipóteses, uma rivalidade regulada; nem sequer teoricamente possui as propriedades desejáveis que a teoria dos preços atribui aos mercados realmente competitivos. Além disso, os efeitos das injustiças no âmbito do sistema político são mais graves e duradouros do que as imperfeições do mercado. O poder político rapidamente se acumula e se torna desigual; e, servindo-se do aparelho coercitivo do Estado e de suas leis, aqueles que conseguem a predominância podem muitas vezes garantir para si uma posição privilegiada. Assim, as desigualdades do sistema socioeconômico podem solapar qualquer igualdade política que possa ter existido em condições historicamente favoráveis. O sufrágio universal é um contrapeso insuficiente; pois, quando os partidos e as eleições são financiados não por fundos públicos mas por contribuições privadas, o fórum político fica tão condicionado pelos desejos dos interesses dominantes que as medidas básicas necessárias para estabelecer uma regra constitucional justa raramente são apresentadas de modo adequado. Essas questões, porém, pertencem à sociologia política. A menção delas aqui é uma forma de enfatizar que a nossa discussão faz parte da teoria da justiça e não deve ser confundida com a teoria do sistema político. Estamos no processo da descrição de uma ordenação ideal, termo de comparação que define um padrão para julgar instituições concretas e indica o que justifica o abandono desse padrão”.

sociais mais inclusivos e de democracia de mais alta intensidade”. Não se almeja, porém, a supressão da democracia representativa, mas a construção de formas de complementariedade entre os dois modelos democráticos, tendo em vista a “reinvenção da emancipação social”.<sup>7</sup>

Até porque, ambos os modelos reconhecem o valor fundamental do procedimento. A diferença é que, para a democracia participativa, ele não é compreendido simplesmente como “método de constituição de governos”, mas sim como uma “prática social”, na qual ocorra “uma forma de exercício coletivo do poder político cuja base seja um processo livre de apresentação de razões entre iguais”, e em que as desigualdades e exclusões possam ser explicitadas e questionadas por todos. Além disso, atribuiu-se um papel relevante aos movimentos sociais e à “inserção na política de atores sociais excluídos” (SANTOS, AVRITZER, 2002, p. 52-53).

Como os modelos não são excludentes, pode-se indagar como ocorre a relação entre eles. Basicamente, há duas formas: coexistência e complementariedade. No primeiro caso, coexistem em diferentes níveis de governo – em geral, restringe-se a democracia participativa ao âmbito municipal. Já no segundo, ocorre “uma articulação mais profunda entre democracia representativa e democracia participativa”, ou seja, nos diferentes níveis governamentais, parte dos processos decisórios que, em princípio, caberiam às instâncias representativas, é atribuída a procedimentos participativos (SANTOS, AVRITZER, 2002, p. 74-75).

Entretanto, é usual a afirmação de que a democracia participativa seja um projeto utópico, sobretudo quando se considera a complexidade da Administração Pública no Estado Social, na qual somente a burocracia especializada estaria em condições de tomar decisões<sup>8</sup>. A essas críticas

---

<sup>7</sup> Para um panorama sobre o debate democrático no século XX, cf. SANTOS e AVRITZER, 2002, p. 39-47. Cf. FARIA, 1982, p. 121-124. Cf. AVRITZER, 2008, p. 18-47.

<sup>8</sup> Nesse sentido, Faria (1982, p. 123-124) afirma que “justamente por essa complexidade, a participação em grande escala revela-se utópica – o que nos conduz a um círculo vicioso: afinal, o problema da democracia participativa não se limita ao seu modo de funcionamento mas, indo além, se estende à forma pela qual pode ser atingida. [...] Um de seus requisitos é a mudança de consciência popular: o que se propõe é que, deixando o papel de consumidor, cada cidadão passe a agir como executor e desfrutador da execução e desenvolvimento de sua capacidade. Mesmo porque o vigor de uma democracia participativa pressupõe um sentido muito mais amplo de comunidade do que aquele que existe na moderna sociedade industrial. Outro de seus requisitos é a diminuição da desigualdade sócio-econômica. Pois na medida em que a sociedade é caracterizada por

os defensores do modelo participativo respondem que “os problemas administrativos exigem cada vez mais soluções plurais nas quais a coordenação de grupos distintos e soluções diferentes ocorrem no interior de uma mesma jurisdição” e a burocracia não possui informações e ferramentas necessárias para resolvê-los. Consequentemente, “o conhecimento detido pelos atores sociais passa, assim, a ser um elemento central não apropriável pelas burocracias para a solução de problemas de gestão”. Em razão disso, tem-se a “re-inserção do debate democrático dos assim chamados arranjos 'participativos’” (SANTOS, AVRITZER, 2002, p. 47-50).

Como já assinalado, a Constituição Federal de 1988 combina os modelos representativo e participativo como fruto, em grande medida, das demandas dos movimentos sociais veiculadas no processo constituinte. Trata-se de uma combinação de caráter complementar, pois parte do poder das instituições representativas é cedido para procedimentos decisórios participativos nas três esferas da Federação. Porém, ainda se trata de uma complementariedade frágil, incipiente, em construção, e que enfrenta muita resistência, sobretudo das elites políticas.

Os institutos de democracia participativa podem ser divididos entre aqueles que compõem a denominada democracia semidireta – plebiscito, referendo e iniciativa popular, portanto, instrumentos de participação popular na função legislativa<sup>9</sup> (os quais não são objeto desta pesquisa), e aqueles por meio dos quais se opera o controle social das políticas públicas, que costumam ser designados como participação administrativa. Sabe-se que no último âmbito não se discute a política global, e que interesses particulares conflitantes se expressam. Entretanto, essa forma de participação possibilita a “correção sobre a burocracia centralizada, opaca,

---

uma estrutura altamente inigualitária, como ocorre especialmente nos países atrasados ou em desenvolvimento, o sistema político de não-participação continuará a ser admitido por aqueles que, em nome da ordem, do equilíbrio e da segurança interna, optam pela estabilidade ao risco da perspectiva de completo fracasso social. O círculo vicioso se dá na medida em que a consecução desses dois requisitos básicos só é possível com maior participação democrática: de um lado, não se pode conseguir mais participação democrática sem uma prévia mudança que incorpore ao processo decisório as classes trabalhadoras; de outro, porém, não se pode conseguir essas mudanças sem um aumento preliminar de participação democrática”.

<sup>9</sup> Para uma análise abrangente deste tema, cf. BENEVIDES, 1991.

autoritária”. Trata-se, ainda, de oportunidade para os cidadãos participarem daquilo que é “o rosto cotidiano do Estado” (BENEVIDES, 1991, p. 18).

Outra diferença a ser assinalada é a existente entre a participação institucional (da qual se trata neste artigo) e outros meios de atuação da sociedade para direcionar as políticas públicas – “a atuação política dos movimentos sociais, por exemplo, levando ao Estado e à opinião pública consciência da necessidade de atendimento de suas demandas” (PEREZ, 2006, p. 171).

É importante frisar, também, a diferença entre o termo controle social em termos tradicionais e sociológicos, do concernente às políticas públicas, já que assumem contornos diametralmente opostos. Se o conceito original designa uma série de ações do Estado para controle da população, com contenção de massa crítica, o novo significado aponta no sentido do controle da população sobre a gestão de políticas voltadas ao bem-estar social<sup>10</sup>. Enfim, registra-se a utilização da expressão controle não no sentido fraco de mera fiscalização, especialmente financeira e contábil, mas no sentido forte que abrange este mas também compreende a ideia de direcionamento das políticas públicas.

Nesse sentido, a “Cartilha de Orientações para Conselhos da Área de Assistência Social” editada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) no ano de 2007, define também que

[...] o objetivo do controle social abrange a elaboração e execução orçamentária dos recursos arrecadados, a fiscalização e a prestação de contas de sua utilização, sob a ótica não apenas da legalidade ou regularidade formal dos atos, mas, também, da legitimidade, economicidade, oportunidade e adequação ao propósito de assegurar o alcance do bem comum e do interesse público (BRASIL, 2007, p. 15).

A Constituição de 1988 é farta em instrumentos de controle social das políticas públicas<sup>11</sup>, os quais se encontram reproduzidos na legislação

<sup>10</sup> Nesse sentido, Correia (2000, p. 11) ressalta que “é neste campo contraditório que nasce um novo conceito de controle social em consonância com a atuação da sociedade civil organizada na gestão das políticas públicas no sentido de controlá-las para que atendam as demandas e os interesses da coletividade. É nesta perspectiva que o controle é realizado pela sociedade sobre as ações do Estado”.

<sup>11</sup> A Constituição de 1988 prevê participação direta da sociedade civil, por exemplo, na gestão do planejamento urbano (Art. 29), da saúde (Art. 198), da assistência social (Art. 204) e da educação (Art. 205).

infraconstitucional, inclusive nos âmbitos estadual e municipal. É possível, inclusive, afirmar que a “participação é um princípio de estruturação da Administração Pública hodierna”, um “princípio implícito em nosso ordenamento constitucional”, o qual é um fator fundamental para o diálogo entre a sociedade e a Administração, bem como para a legitimação e a eficiência de sua atuação. A atuação unilateral e coercitiva do Poder Público não surte mais os efeitos esperados no contexto contemporâneo, o que demanda a obtenção de consentimento e adesão dos cidadãos, para o que a participação na tomada de decisões é fundamental (PEREZ, 2006, p. 163-170).

Como os conflitos são da própria natureza da vida em sociedade e cabe ao Estado mediar pelo menos parte deles, inclusive os que envolvem a definição e a execução de políticas públicas, são necessários processos institucionalizados regidos pelo contraditório por meio dos quais os diferentes interesses possam se contrapor (BUCCI, 2013, p. 117, 130-138). Assim, o diálogo entre Estado e sociedade, a participação dos mais diferentes atores nos processos decisórios sobre políticas públicas revela-se uma condição imprescindível para a mediação democrática da conflituosidade social.

Tais institutos participativos compreendem, por exemplo: conferências e conselhos de políticas públicas, audiências e consultas públicas. Neste trabalho a atenção é concentrada nos conselhos de políticas públicas.

## **1.2. Conselhos de políticas públicas**

Os conselhos gestores de políticas públicas ou de direitos (de saúde, educação, assistência social, infância e juventude etc.) operam de modo descentralizado nos três níveis da Federação, são órgãos deliberativos e controladores de políticas públicas e paritários, ou seja, são compostos por igual número de representantes do Estado e da sociedade civil, constituindo-se em um importante canal para influência da sociedade sobre o governo. Inclusive, os conselhos são cogestores de fundos nacionais, estaduais e municipais que financiam políticas de saúde, assistência social, infância e juventude etc.. No caso dos conselhos gestores municipais, eles agem não só como controladores e fiscalizadores de ações locais, a partir das diretrizes estabelecidas pelo Governo Federal,

mas também como definidores de prioridades locais, a partir de programas federais (CAVALCANTI, 2007, p. 151-153).

Cada município é responsável pela formulação da lei de criação de seus conselhos municipais, estabelecendo “sua composição, o conjunto de suas atribuições e a forma pela qual suas competências serão exercidas” (BRASIL, 2007, p. 19).

Embora os conselhos permitam a participação popular na gestão da política social, para que de fato ela se concretize é preciso uma vinculação e articulação permanente dos conselheiros com a base representada, com as organizações da sociedade, a fim de evitar o risco de esvaziar a participação política ampla. E isso supõe sua inserção em organizações mais amplas e mobilizações populares dirigidas para as políticas públicas, o que inclui a articulação entre formas de participação direta e mecanismos representativos, para romper com a fragilidade da representação, que nem sempre expressa os reais interesses dos setores representados. Outro fator importante é a formação dos conselheiros para que possam participar de forma competente e com autonomia nas análises das proposições advindas do órgão gestor (SILVA, 2007, p. 187-189).

## **2 A PERMANÊNCIA DA CIDADANIA RESTRINGIDA APÓS A REDEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL**

Não obstante se reconheça o caráter essencial dos instrumentos participativos de controle das políticas públicas, notadamente os conselhos gestores, bem como os avanços jurídicos e políticos ocorridos após a Constituição de 1988, deve-se optar por uma análise realista, e isto remete à permanência da cidadania restringida após a redemocratização do Brasil.

Sabe-se que as restrições ao exercício da cidadania são históricas, o que se manifesta, em primeiro lugar, por uma cultura política marcada, durante décadas, por uma atitude apática. Isso foi fruto, sobretudo, do passado colonial-escravocrata, das ações repressivas do Estado, do populismo e do clientelismo como elementos estruturantes da política brasileira (CAVALCANTI, 2007, p. 146).

A prestação de serviços públicos foi, portanto, conduzida por mediadores pertencentes à elite política e econômica, sem a participação ativa da população e a consciência dos direitos de cidadania. Essas características permaneceram ao longo do século XX, em um contexto que combinou a modernização do Estado conduzida pela elite econômica

e instabilidade política. Inclusive porque, por um lado, a migração da população do campo para os polos industriais gerou uma demanda crescente por serviços públicos, especialmente nos centros urbanos, o que não pôde ser atendido satisfatoriamente pela máquina estatal, favorecendo a prática clientelista. Por outro lado, a ação repressiva do Estado, como no período da ditadura civil-militar, com exceção de movimentos de resistência, acarretou um “baixo nível de organização social” (AVRITZER, 2002, p. 567-571). Esses fatores criaram bloqueios para o exercício da cidadania participativa, pois ela é antagônica ao clientelismo e seu êxito depende justamente da organização social.

A redemocratização após o término da ditadura civil-militar de 1964 e a Constituição de 1988 representaram um momento de grande esperança de superação dos bloqueios à cidadania e de, pelo menos, redução das desigualdades sociais que não eram mais suportadas, o que se refletiu em avanços em termos de direitos políticos e sociais.

Entretanto, a reconstrução política brasileira pós-ditadura também foi marcada pela permanência de atores políticos oriundos da época ditatorial (FAUSTO, 2002, p. 525-527). No mesmo sentido, Nobre (2013, p. 11) cita a presença de forças “progressistas” que representavam o meio para se derrotar o autoritarismo até então vigente. Porém, o que se passou foi “uma transição morna para a democracia, controlada pelo regime ditatorial em crise e pactuada de cima por um sistema político elitista”. Essa blindagem já pôde ser observada durante a Constituinte, quando esta foi de encontro a movimentos sociais que não cabiam nos canais estreitos da abertura política. A neutralização desses foi então feita pelo denominado “centrão”, composto majoritariamente por parlamentares do PMDB. “Nasceu aí a primeira figura da blindagem do sistema político contra a sociedade”, cuja principal finalidade era evitar transformações estruturais que de fato ameaçassem o *status quo*. A esse fenômeno o autor atribuiu o “nome de pemedebismo, em lembrança do partido que capitaneou a transição para a democracia”.

Embora muitos direitos sociais, liberais e mesmo de participação política tenham sido conquistados a partir da Constituinte, ao longo do atual período democrático, nota-se a permanência de um Congresso majoritariamente conservador, que se manteve atrelado às trocas políticas operadas conforme a lógica do “presidencialismo de coalização”<sup>12</sup>. Percebe-

---

<sup>12</sup> “O dilema institucional brasileiro define-se pela necessidade de se encontrar um ordenamento institucional suficientemente eficiente para agregar e processar as pressões



se então que essa estrutura de barganhas acaba por estratificar o poder político, considerando-se que os representantes eleitos pelo povo servem a interesses particulares e corporativos, atuando a favor de projetos por vezes estranhos às necessidades públicas, assegurando governabilidade, mas bloqueando transformações demandadas pela realidade social. Assim, mesmo frente aos precípuos avanços participativos de 1988, os detentores do poder político têm resistido à efetivação do controle popular.

Mas se na vigente ordem político-constitucional remanescem fortes bloqueios à cidadania participativa, bem como a tradição de uma cultura excludente, por outro lado, não se pode negar a existência de movimentos associativos diversos ao longo da história do país. Inclusive, tem-se observado tanto a multiplicação dos atores sociais como o seu fortalecimento nos últimos anos. Uma das características dos movimentos surgidos a partir do processo de redemocratização da década de oitenta foi uma forte atuação de reivindicação de direitos, em diferentes áreas, o que ajudou a construir uma consciência de participação em torno da ideia do Estado de Direito e ampliação do espaço de cidadania (CAVALCANTI, 2007, p. 142-148).

E aqui é fundamental destacar a importância das associações populares nos conselhos, conferências, centros comunitários, que despontam ao final da década de 1970 e início dos anos 1980. De acordo com Avritzer (2000, p. 66), essas comunidades populares reivindicaram a autonomia de organização frente ao Estado, questionando a tradição de dependência de mediadores políticos e de serviços públicos vistos como benesse ou caridade do governo<sup>13</sup>. De fato, são esses os movimentos

---

derivadas desse quadro heterogêneo, adquirindo, assim, bases mais sólidas para sua legitimidade, que o capacite a intervir de forma mais eficaz na redução das disparidades e na integração da ordem social.” (ABRANCHES, 1988, p. 7-8). É justamente desse dilema entre o sistema institucional e a heterogeneidade do quadro social e econômico brasileiro que surge a necessidade de os partidos formarem coalizões para, a partir de trocas de favores e interesses políticos, formarem uma base de apoio sólida para a votação de pautas do partido que ocupa a Chefia do Poder Executivo. Cf. LIMONGI e FIGUEIREDO, 1998.

<sup>13</sup> No original: “This understanding of democratic politics led to an overall instrumentalization of politics (Weffort 1989; Moises 1995) and to the perception that the goal of democratic politics should be the integration of societal actors into the state. More than a decade later, during the reconstruction of an autonomous civil society and an independent opposition, social actors in Brazil sought to break with the corporatist



que atuaram nos anos finais da ditadura na consolidação da ideia de participação popular que se passará a vivenciar com mais efetividade no Brasil do século XXI.

Não se deve esquecer, no entanto, que, devido à escandalosa desigualdade na distribuição das riquezas que ainda persiste no Brasil, reafirma-se a dificuldade na efetivação da soberania popular, uma vez que a estratificação das classes vai além de seu fator puramente econômico, abrangendo também “todas as heranças simbólicas, valorativas, morais e existenciais que se passam de pais a filhos por laços de afeto”, como bem observa Souza (2011, p. 45). O que torna de suma importância o acesso aos instrumentos democráticos pela população, independente de seu estrato social. As restrições ao exercício da cidadania ainda persistem mesmo após a Constituição de 1988. Porém institutos como os conselhos propiciam um campo fértil para os sujeitos desempenharem o papel de cidadãos ativos na vida política e concretizarem conquistas que atendam às suas necessidades.

### **3 CONTROLE SOCIAL EM AÇÃO: PANORAMA BRASILEIRO E O CASO DE FRANCA-SP**

#### **3.1 Controle social no Brasil após a Constituição de 1988: êxitos e desafios**

Os atores sociais locais e comunitários são fundamentais para a consolidação da democracia no Brasil e, portanto, a realidade de participação comunitária deve ser cada vez mais valorizada e estimulada, até mesmo como forma de combate à latente política elitista e antidemocrática, fortificada pelo fenômeno do “pemedebismo” e outras situações de bloqueio ao exercício da cidadania. Afinal, os atores mais

---

tradition (Schmitter, 1971) of fusing society and the state and to create an autonomous public space. Voluntary associations and new social movements were part of this new space. Human rights movements in the 1970s, environmental movements and feminist movements in the 1980s (Mainwaring and Viola 1984), urban social movements in the 1980s and 1990s (Jacobi 1986; Boschi 1987; Gay 1994) renovated the Brazilian public space in two important ways: they challenged the tradition of clientelistic political intermediation, and they replaced the idea of concessions by the state with the idea of public political claims.” (AVRITZER, 2000, p. 66).

próximos às comunidades são naturalmente os mais bem capacitados para compreender suas peculiaridades e suas reais necessidades. Deste modo, com a participação mais ativa da população local na política, as deliberações dos representantes ganham maior legitimidade, reduzindo o peso de estratégias como as grandes coalizões para garantir a governabilidade.

A despeito do intuito constitucional, a presença da comunidade nas instâncias que lhes são conferidas por direito como forma de participação ativa na política local se mostra atualmente enfraquecida. Nada obstante, exemplos positivos como o do Orçamento Participativo, bem como de outras políticas de participação popular em Porto Alegre, demonstram que estas, bem consolidadas em áreas ligadas ao monitoramento da gestão da coisa pública, facilitam o trabalho dos técnicos da máquina administrativa, permitindo que a burocracia governamental coexista com a participação popular.

É bem verdade, no entanto, que a prática de gestão a partir dos conselhos municipais de políticas públicas possa parecer, à primeira vista, um ideal que possui pouca praticidade frente a postura por vezes conservadora e combativa que os governos travarão com a população, além da falta de informação técnica por parte da população para uma participação efetiva. No entanto, cumpre citar alguns exemplos que trouxeram sucesso à prática do controle social em alguns municípios brasileiros. Neste trabalho optou-se pelos municípios de São Paulo e Porto Alegre. A escolha por essas cidades como recorte metodológico é congruente, para além do sucesso de suas gestões participativas, pelo fato que de forma muito similar ao que ocorre no município de Franca-SP, há nessas cidades a presença de um cenário de alternância sequencial entre governos de partidos de orientação política mais voltada à esquerda (estes assumiram o Executivo, em geral, pouco depois da promulgação da Constituição de 1988) e direita, o que permite a retratação de períodos de amparo e auxílio a práticas de controle social contrastando com épocas de grande combatividade com o órgão gestor.

Nesse sentido, tendo em vista que a instituição do controle social na política de saúde em São Paulo surge como reflexo das movimentações populares e também das sanitaristas, esta última com particular força a partir dos anos de 1970 (FAUSTO, 2008, p. 498), percebe-se que a força da sociedade civil despontou como um dos fatores para o sucesso. Ademais, a eleição de um governo de esquerda<sup>14</sup> que priorizou o estabelecimento

---

<sup>14</sup> Luiza Erundina de Sousa venceu as eleições para a prefeitura de São Paulo em 1989

de bases para a intersecção entre governo e sociedade civil nas mais diversas formas foi decisivo para que o movimento iniciado nos anos 70 se mantivesse forte. Assim, a população encontrou um governo aberto ao diálogo e que auxiliou no estabelecimento de tais instâncias. Na sequência, no entanto, a eleição de Paulo Maluf veio na contramão das práticas de participação popular até então implementadas, tendo despontado vários conflitos (AVRITZER, 2008, p. 54-55). Mesmo frente aos obstáculos criados pela gestão Maluf, o Conselho conseguiu se manter firmemente como instância deliberativa de participação popular.

No que se refere a política de assistência social ainda na capital paulista, esta seguiu em grande parte a lógica assistencialista que permeou todo o Brasil do século XX, alternando entre períodos de ações mais tímidas e de formulação de secretarias específicas. No período Erundina (1989-1993) houve um aumento na participação popular, embora de forma menos expressiva do que na área da saúde. Na sequência, após uma forte mobilização popular e frente a grande resistência do Executivo, finalmente, foram sancionadas a lei de criação do Conselho e do Fundo Municipal de Assistência Social (1997), com a regulamentação do Conselho (1999) e primeira eleição dos conselheiros (2000) com representantes de usuários, entidades e trabalhadores (MAZZALI, CARA, 2007, p. 359-361).

Portanto, dois fatores podem ser analisados como importantes para o sucesso, mesmo que incipiente, do Controle Social no município de São Paulo, quais sejam: a força dos movimentos populares da década de 1970 que foi absorvida na forma de participação popular no governo Erundina, e a própria abertura dada à população pelos gestores o que, num primeiro momento, empoderou a população trazendo confiança e coesão para que lograssem resultados na gestão das políticas públicas de saúde e assistência mesmo anos depois, e mesmo com um apoio já reduzido do Governo.

No que concerne ao município de Porto Alegre, por outro lado, percebe-se uma singularidade: o executivo historicamente foi mais afeito a governos de esquerda, tendo o Partido dos Trabalhadores atuado por cerca de dezesseis anos. Por esse motivo, percebe-se não apenas um apoio inicial, mas também o desenvolvimento de um longo trabalho (uma mesma lógica de governo) de incentivo à participação popular, sobretudo de instâncias deliberativas e do Orçamento Participativo (O.P.)<sup>15</sup>. Na política da saúde,

---

pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e criou o Conselho Municipal de Saúde já em seu primeiro ano de mandato, antes mesmo de regulamentação legal.

<sup>15</sup> Como se depreende do sítio do Portal Transparência, “o orçamento participativo é um

inclusive, foi justamente o modelo bem-sucedido do O.P. que serviu como alicerce para o fomento ao controle social nas demais instâncias. Uma peculiaridade que vale ser ressaltada, consoante Avritzer (2008, p. 54), é que o conselho ali não considera prestadores de serviços como sendo parte da sociedade civil. E é precioso rememorar tal característica, pois frequentemente a brecha no termo sociedade civil é utilizado para eleger conselheiros que trabalham em entidades ou mesmo para as prefeituras, emparelhando os conselhos para que sejam feitas deliberações em conformidade com o desejo do prefeito.

Quanto à assistência Social, como se depreende diretamente do sítio eletrônico do Conselho Municipal de Assistência Social da Prefeitura de Porto Alegre (PORTO ALEGRE, *online*), a organização do conselho se deu após forte mobilização popular, apoiada pelos prefeitos e realizada com base na experiência bem-sucedida do O.P.. Inclusive, a própria criação do Conselho se deu após aprovação do povo reunido na I Conferência Municipal de Assistência Social em 1993. Todo o processo, não só de criação do Conselho, mas também da própria discussão sobre o que seria assistência social, passou por diversas reuniões e debates em regiões do O.P., o que revela uma grande solidez do povo de Porto Alegre enquanto força política. Em geral, o controle social teve maior incentivo por parte do governo para se desenvolver, algo raramente notado nos demais municípios.

Os exemplos ora citados servem como retrato de mobilização popular e de como é possível se implementar o controle social efetivamente nas cidades com base na parceria entre a sociedade e os governantes. Nesse sentido, é importante fomentar o diálogo entre governo e bases comunitárias para a construção conjunta de uma gestão efetiva de política pública, aproveitando as associações comunitárias e sindicais já organizadas como ponto de partida para a formação de um coletivo e de agentes multiplicadores. É importante ressaltar que São Paulo e Porto Alegre apresentavam duas características fundamentais que facilitavam a efetividade do controle social: sociedade civil bem organizada e governos

---

importante instrumento de complementação da democracia representativa, pois permite que o cidadão debata e defina os destinos de uma cidade. Nele, a população decide as prioridades de investimentos em obras e serviços a serem realizados a cada ano, com os recursos do orçamento da prefeitura. Além disso, ele estimula o exercício da cidadania, o compromisso da população com o bem público e a co-responsabilização entre governo e sociedade sobre a gestão da cidade” (PORTAL TRANSPARÊNCIA, *online*).

que priorizavam as políticas de participação. Entretanto, sabe-se que esta não é a realidade da maioria dos pequenos e médios municípios brasileiros.

É necessário, pois, observar que os processos participativos enfrentam riscos, como a cooptação por grupos sociais dominantes e a “integração em contextos institucionais que lhe retiram o seu potencial democrático e de transformações das relações de poder” (SANTOS, AVRITIZER, 2002, p. 60). Essa perversão da democracia participativa ocorre, por exemplo: “pela burocratização da participação, pela reintrodução do clientelismo sob novas formas, pela instrumentalização partidária, pela exclusão de interesses subordinados através do silenciamento ou da manipulação das instituições participativas”<sup>16</sup> (SANTOS, AVRITIZER, 2002, p. 74-75).

Inclusive, pesquisas sobre a atuação dos conselhos de assistência social no interior do Brasil demonstram a grande dificuldade para o controle social em razão da dominação pelo poder público, gerando subordinação, dependência, “prefeiturização” e obediência por parte dos conselheiros às orientações tomadas pelo órgão gestor e apenas comunicadas aos conselheiros. Isso também ocorre devido à falta de conhecimento dos representantes da sociedade civil, especialmente dos usuários, sobre controle social e a operacionalização técnica das políticas públicas (terminologia, legislação, questões orçamentárias etc.) (SILVA, 2007, p. 189-190).

---

<sup>16</sup> Esses e outros riscos aos procedimentos participativos também podem ser sistematizados da seguinte forma: (1) captura pelo governo (cooptação dos movimentos sociais pelo Governo, o que é comum na história da América Latina); (2) a corrupção (a aproximação entre autoridades administrativas e diferentes grupos de interesses “pode levar ao sacrifício das políticas públicas em favor do interesse pessoal de alguns e da venalidade”); (3) captura pelo mercado (poderosos grupos econômicos que atuam junto às instâncias participativas, os quais dispõem de “grande capacidade de organização, grande capital político e informações” podem capturar tanto representantes do poder público quanto da sociedade civil, levando-os a atuar em função de seus interesses); (4) deficiência de análise (a politização dos processos decisórios na formulação das políticas públicas pode ser “tão extremado que retire dessas atividades todo o conteúdo técnico ou o planejamento necessário à sua concretização”); (5) falhas de coordenação (da participação da sociedade nos processos decisórios podem resultar decisões contraditórias, inconsistentes e não consentâneas com os esforços dos demais agentes envolvidos na condução de políticas públicas”) (PEREZ, 2006, p. 171 – 176).

Observa-se, pois, que os conselhos são importantes instâncias de participação da sociedade civil, porém ainda não conseguiram realizar plenamente seus objetivos, especialmente seu potencial de emancipação dos usuários de serviços públicos. Por um lado, como já assinalado, isso se deve ao comprometimento da autonomia de sua atuação em razão da cooptação pelo Governo. Por outro lado, isso se explica pela ainda frágil ou mesmo inexistente organização dos usuários (SILVA, 2007, p. 197-198, 202). Enfim, a efetividade da participação e do controle social depende da formação técnica e política, bem como do acesso às informações relevantes pelos representantes da sociedade civil. Sem isso, há um grande risco de suas posições serem dirigidas pelos representantes do Governo ou do poder econômico (Pedrini, Adams, SILVA, 2007, p. 230).

Porém, tais problemas não são insuperáveis. Podem ser enfrentados, por exemplo, por meio da “transparência e (d)a devida regulação dos processos participativos – e por suposto sua institucionalização”. É necessário, pois, que os próprios procedimentos participativos sejam abertos ao controle de toda a sociedade, ao que deve se somar o controle judicial e parlamentar para coibir desvios (PEREZ, 2006, p. 173). Entretanto, o êxito da democracia participativa e a superação de tais limites depende, sobretudo, do amadurecimento de nossa cultura política. Para tanto, a “educação política – entendida como educação para a cidadania ativa” tem um papel fundamental, pois a prática política depende dos costumes políticos, e não há melhor “escola de cidadania” do que a própria participação popular. Assim, é fundamental “garantir ao povo a informação e a consolidação institucional de canais abertos para a participação com pluralismo e com liberdade” (BENEVIDES, 1991, p. 20-21).

### **3.2 O Controle Social nos Conselhos Municipais de Saúde e Assistência Social de Franca-SP**

Feitas essas considerações, passa-se a discorrer sobre o caso do município de Franca<sup>17</sup>, o qual foi observado por meio da participação

---

<sup>17</sup> Conforme concisamente caracterizado pelo Plano Municipal de Assistência Social, o município de Franca “está localizada na região Sudeste do Brasil, no interior do estado de São Paulo, é sede da 14ª região administrativa, formada por 23 municípios, com uma área total de 605,681 Km<sup>2</sup>, dos quais 84,57 Km<sup>2</sup> estão em zona urbana. É a 74ª maior cidade brasileira. Situa-se no nordeste do estado, a 401 km da capital e 676 km da capital federal, Brasília” (FRANCA, 2014, p. 22).

dos pesquisadores nas reuniões dos Conselhos Municipais de Saúde e de Assistência Social do ano de 2015, valendo-se do método de “Pesquisa-ação”, pois a participação em tais atividades não tiveram como enfoque apenas a realização de pesquisa, mas integraram o programa de projeto de extensão destinado à formação e assessoramento técnico-jurídico dos conselheiros.

Historicamente, Franca conviveu com a disparidade social entre, primeiramente grandes fazendeiros e seus agricultores e, posteriormente, empresários calçadistas e operários de baixa renda<sup>18</sup>. Tal fato foi decisivo para que se desenvolvessem situações de elevada vulnerabilidade social para os habitantes, situações estas que foram, até a Constituição de 1988, sanadas em parte com base na lógica da filantropia e do assistencialismo característicos do restante do Brasil. Ainda, devido à forte presença da indústria com todas suas disparidades, tornou-se preeminente a atuação dos sindicatos, sobretudo dos sapateiros, logrando grande força política na cidade e influenciado a organização da sociedade, com impactos na forma pela qual foi concretizado o controle social.

Desde a Constituição, Franca vivenciou a alternância entre partidos ora conservadores, ora de esquerda, o que fez contrastar o trato nas políticas públicas em determinados períodos, tendo despontados alguns enfrentamentos e apoio por parte do gestor.

A despeito dos períodos de enfrentamento por parte do governo, o controle social, desde 1988, tem sido uma pauta constante na agenda legislativa do município. Prova disso é que já em 1990, no ato de promulgação da Lei Orgânica do Município, o Legislativo postulava:

Nós, representantes do povo que fomos destinados a elaborar a Lei Orgânica do Município de Franca, Estado de São Paulo,

---

<sup>18</sup> O então povoado, em meados do século 18, servia de entreposto comercial entre o centro e sul do país, fornecendo sal para a região (PMAS, 2014, p. 20 – 21), e no final do século 19, passa a ter no café seu principal produto comercial. Com o investimento à produção cafeeicultora já na primeira metade do século 20, tal fato incitou a vinda de inúmeros imigrantes europeus, sobretudo italianos, portugueses e espanhóis, que vieram a formar a matriz étnico-cultural do município. Com efeito, a onda de industrialização iniciada nos anos de 1950 fez com que a população rural migrasse para os limites urbanos, formando a população que conviveu com a indústria exportadora de calçados como principal produto até bem recentemente. Hoje, no entanto, a perspectiva é outra: segundo dados do PMAS (2014, p. 41), a indústria responde por apenas 22% na participação do PIB municipal, perdendo para os predominantes 66% de serviços.



queremos, um processo democrático assegurar a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça e a **participação popular** como valores primordiais de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. (FRANCA, 1990, Preâmbulo, grifo nosso)

Inclusive, no concernente à participação popular, exercida como forma efetiva de soberania, percebe-se que o município a toma como diretriz:

Art. 138 – A **soberania popular** será exercida, nos termos do art. 14 da Constituição Federal, pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e nos termos da lei, mediante:

[...]

III – iniciativa popular de lei ou de emenda à Lei Orgânica;

IV – **participação direta ou através de entidades representativas na co-gestão da administração ou órgãos públicos e na fiscalização dos serviços e contas municipais;**

V – ação fiscalizadora sobre a Administração Pública. (FRANCA, 1990, art. 138, grifo nosso)

E o destaque dado aos dois períodos citados serve para endossar o espírito participativo que pairava sobre a *mens legis*, já naquela época, revelando que mais que um preceito, a participação popular na cidade deveria constituir um princípio a ser sempre observado. Ainda, o artigo 142 relembra a necessidade de que os Conselhos sejam locais de exercício da mesma soberania popular referenciada no art. 138 supra: “Art. 142 - Além das formas de participação popular previstas nesta lei, fica assegurada a criação de Conselhos Municipais.” (FRANCA, 1990, art. 142). Portanto, os conselhos de políticas públicas constam, legalmente, como locais não somente propensos ou indicados, mas, por excelência, voltados e criados para absorver os anseios populares e transformá-los em gestão pública. Nesse sentido, nota-se que o Legislativo, envolto na moral participativa desde 88, pensou a administração francana nos moldes de uma democracia participativa resguardando tal participação das possíveis arbitrariedades do gestor. Assim, o direito assumiu seu papel como *medium* entre a comunicação e o sistema que insiste em colonizar a população para seus próprios interesses (p. ex. Capital), sobrepujando a soberania popular a tais interesses. Isto posto, cumpre discorrer sobre o arcabouço normativo



e a observação do funcionamento dos Conselhos Municipais de Saúde e Assistência Social no Município de Franca.

O Conselho Municipal de Saúde (CMS) foi instituído pela Lei 3.496/91 e regulamentado pelo Decreto nº 9.428/10, que dispõe sobre seu Regimento Interno. O Regimento, em seu Art. 6º, inciso II, assegura o caráter paritário da composição do Conselho, ou seja: cinquenta por cento de seus membros (dez conselheiros) representarão o Governo municipal, profissionais da saúde e prestadores de serviços; e outros cinquenta por cento deverão ser usuários dos serviços de saúde – metade dos quais “eleitos em assembleias dos segmentos representativos dos movimentos comunitários, sindicatos e associações dos trabalhadores, centros comunitários e associações de moradores, entidades de portadores de deficiências e entidades de idosos”; e a outra metade sem vinculação com tais entidades e movimentos, sendo eleitos “1 (um) para cada uma das 5 regiões do município – Norte, Sul, Leste, Oeste e Centro” (FRANCA, 2010). É importante frisar a abrangência restrita da categoria “usuários”. Conforme disposto no §3º do referido artigo,

[...] **os representantes dos usuários não poderão ter qualquer vínculo com os representantes dos demais segmentos**, sendo que, se a qualquer momento, essa condição for verificada, **o Conselheiro perderá o mandato** e será substituído pelo seu suplente. Em nenhuma hipótese um mesmo indivíduo poderá ser indicado para representar dois segmentos no processo de votação. (FRANCA, 2010, grifo nosso)

Restando, portanto, claro o que já se depreende no decorrer presente trabalho: os usuários não devem possuir qualquer vínculo com o gestor ou entidades, sob o risco de se emparelhar o conselho e se ver tolhida as chances de participação social qualitativamente representativa e democrática.

Não obstante a positivação jurídica, observando-se o funcionamento do Conselho ao longo de 2015, foram encontrados diversos relatos de conselheiros segundo os quais muitos membros que deveriam representar os usuários tinham ligações com o Governo, o que comprometia sua autonomia e a efetivação do caráter paritário dos processos decisórios. Também foram comuns as situações de criação de obstáculos pela Administração para a divulgação de documentos e prestação de contas – o que também limita o pleno exercício da função dos conselheiros. Além disso, observou-se a presença de pessoas ocupantes de cargos comissionados que, valendo-se de suas funções e conhecimentos

técnicos, procuravam convencer os conselheiros do segmento de usuários a votar conforme os interesses do Governo, sem que os últimos dispusessem de informações suficientes para, eventualmente, confrontar os argumentos apresentados. Inclusive, tal fato foi presenciado com ainda maior força por ocasião da fase municipal da Conferência Estadual de Saúde de 2015, oportunidade na qual propostas e moções partindo da população foram interrompidas por discursos ou recontagem de votos, o que, além de causar dispersão, fazia parecer que a população estivesse realizando algo moralmente errado ou ilícito, criando um mal estar no povo a ponto de conseguirem maioria para rejeitar as propostas. Outros problemas também foram notados, tal qual a falta de transparência nas resoluções e prestação de contas, que eram pouco detalhadas, além da precária publicidade nas informações sobre o Conselho no sítio oficial da Prefeitura.

No entanto, mesmo com as dificuldades, notou-se uma comunidade cada vez mais preocupada com a gestão das políticas públicas e sequiosa por conhecimento, mas que ainda se vê acanhada perante as decisões do órgão gestor, seja por falta de conhecimento técnico ou mesmo por se sentirem sozinhos e desprestigiados. Nesse sentido, faz-se mister não só formar, mas principalmente empoderar estes indivíduos, para que saibam que estão nos seus lugares por direito e nada fazem senão cumprir com dignidade uma função de utilidade pública.

No que se refere ao Conselho Municipal de Assistência Social (CMAS) de Franca, registra-se que também foi criado por lei ordinária (Lei nº 5.491/01) e é regido internamente pelo Decreto nº 8.306/04. Quanto a seu funcionamento, duas características merecem ser destacadas: a ocorrência de reuniões ordinárias quinzenais, o que aumenta a superfície de contato entre a gestão e os conselheiros (no caso do Conselho Municipal de Saúde as reuniões são mensais); e a grande presença de profissionais habilitados na área do Serviço Social, gerando um alto grau de especialização daqueles que compõem e acompanham o Conselho. No entanto, paradoxalmente, este fato também traz um viés negativo: a hipertrofia de pessoas especializadas contrastando com ausência de líderes comunitários. Assim, o que se percebe é o contrário do que ocorre no CMS: há forte presença de pessoas tecnicamente habilitadas, mas pouca representatividade popular, em razão da ausência de usuários dos serviços de assistência social, pois a Lei de criação do Conselho não previa tal participação<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Cf. Lei Municipal N.º 5.491/01, Art. 6º: “O Conselho Municipal de Assistência Social será paritariamente composto por 18 (dezoito) membros, sendo 09 (nove) representantes

Ou seja, não há conselheiros indicados pelos usuários dos serviços (reunidos ou não em associações comunitárias), o que afasta a população da vivência e dos problemas cotidianos da política de assistência social. Nesse sentido, o conselho sofre o risco de se tornar politicamente isolado e perder força combativa frente ao gestor público, além de os debates e decisões tomadas não refletirem necessariamente os anseios da sociedade, especialmente dos maiores interessados que são os usuários dos serviços. Não obstante o conhecimento dos técnicos que representam a sociedade civil organizada, não se pode pressupor que eles conheçam absolutamente as necessidades dos usuários e muito menos aceitar que possam substituir a sua vontade – o que contraria frontalmente a ideia de empoderamento daqueles que, dadas as suas condições de vulnerabilidade social, historicamente ficam à margem das decisões políticas e têm sua cidadania limitada. Por outro lado, ressalta-se que essa realidade começa a mudar com a aprovação do Projeto de Lei 34/2016, o qual altera a Lei de criação do CMAS. Pela nova redação, um sexto dos conselheiros deverão ser representantes de usuários do Sistema Único de Assistência Social. Evidentemente, trata-se de um passo importante para a efetiva democratização do controle social da política de assistência, mas não suficiente, pois permanecerão os riscos de cooptação e a exigência de formação dos novos conselheiros.

Anota-se ainda que, mesmo com um regimento restritivo em termos de participação popular, as resoluções do CMAS observadas foram tomadas de forma mais transparente e democrática quando comparadas com a do CMS. Isso se explica pela força política que as entidades prestadoras de serviço conseguem exercer naquele espaço, mostrando-se menos suscetível à pressão e à cooptação pelo Governo. Por fim, ressalta-se que o sítio do Conselho na internet é amplo e possui variados materiais que passam desde o Plano Municipal de Assistência Social

---

do Poder Público e 09 (nove) representantes da sociedade civil, indicados ou eleitos pelos respectivos segmentos, conforme segue: I. REPRESENTANTES DA SOCIEDADE CIVIL: a) 01 (um) representante de organizações de atendimento à criança e adolescente; b) 01 (um) representante de organizações de atendimento à mulher e à família; c) 01 (um) representante de organizações de atendimento ao idoso; d) 01 (um) representante de organizações de atendimento à pessoa portadora de deficiência e grupos minoritários; e) 01 (um) representante de organizações de trabalhadores; f) 01 (um) representante da categoria profissional ligada à área de assistência social; g) 01 (um) representante da classe empresarial do município; h) 01 (um) representante da Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Franca; i) 01 (um) representante de universidades privadas”. (grifo nosso).

até as demais resoluções do Conselho, conferindo grande importância e legitimidade ao colegiado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia brasileira constituiu um movimento de empoderamento da sociedade após anos de regimes autoritários. Combinando os modelos de democracia representativa e participativa, a Constituição de 1988 inseriu na sociedade brasileira a proteção ao diálogo horizontal como forma de deliberação e consequente efetivação da cidadania frente ao Estado, recobrando a noção mais basilar de democracia: a de que o poder do povo se manifesta localmente, a partir de suas lideranças diretas e que conhecem a realidade com a qual vão trabalhar. Portanto, a Constituição de 1988 e progressivamente as Constituições de estados, Leis Orgânicas de Municípios e Leis de criação dos conselhos, bem como seus respectivos regimentos internos, assumiram o intento de proteção incondicional ao debate e à participação como centro da vivência do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, entende-se a democracia participativa como sendo a oportunidade de formulação de um governo com maior equanimidade e oportunidades de decisão para uma população até então em estado de total passividade e subserviência.

Evidentemente, permanecem grandes bloqueios ao exercício da cidadania em sua dimensão participativa, os quais decorrem da histórica exclusão social, do clientelismo, de uma cultura política autoritária e da persistente resistência das elites políticas e econômicas às transformações estruturais da sociedade – ilustrada pelo “pemedebismo”, e ao aprofundamento da democracia participativa.

Com obstáculos, limites, avanços e retrocessos, segue-se, todavia, a construção democrática brasileira. É isso o que se encontra tanto nos casos paradigmáticos de São Paulo e Porto Alegre, como nas observações realizadas no processo de “Pesquisa-ação” junto aos Conselhos Municipais de Saúde e Assistência Social do Município de Franca: a passividade ainda é um traço presente na postura de muitos conselheiros, notadamente entre os usuários de políticas públicas; a cooptação é um esforço constante por parte do Governo; entretanto, os conselhos constituem espaços fundamentais de resistência na construção democrática, e há avanços importantes no processo de empoderamento da população, em especial daqueles que sempre estiveram à margem dos processos decisórios.

Há, pois, um longo caminho a ser percorrido para encurtar a distância entre os postulados da democracia participativa e a prática do controle social no Brasil, o que ficou demonstrado pela experiência observada no município de Franca. Os vetores a serem seguidos neste processo são: a autonomia dos representantes de usuários e da sociedade civil organizada em relação ao Governo e aos interesses econômicos de prestadores de serviços e fornecedores da Administração; a representatividade de tais conselheiros perante suas bases (associações de moradores, associações de usuários etc.) e sua articulação com os movimentos sociais; e a formação de capacitação dos conselheiros para desempenharem adequadamente suas funções. Nesse sentido, a colaboração entre sociedade e universidade tem potencial para cumprir um papel decisivo: a troca entre diferentes formas de saber (científico e popular) pode, por um lado, construir os subsídios necessários para que os conselheiros representantes da sociedade exerçam suas funções com maior eficiência; por outro, abrem-se muitas possibilidades de novas formas de aprendizado e produção de conhecimento pela comunidade acadêmica.

Finalmente, a experiência mostra que, não obstante a lei vigorar, sua observância necessita de um respaldo da própria população, a qual deve atuar como guardiã dos direitos. Doutra modo, fatalmente interesses particulares ou corporativos dos grupos socialmente dominantes prevalecerão. A democracia é, pois, como se pôde observar, uma luta cotidiana, e os direitos não são dádivas, mas conquistas.

## REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. In: **Dados** – Revista de Ciências Sociais. Vol. 31, n. 1, 1988, p. 5-33. Disponível em: <<https://politica3unifesp.files.wordpress.com/2013/01/74783229-presidencialismo-de-coalizacao-sergio-abranches.pdf>>. Acesso em 13 fev. 2016.

AVRITZER, Leonardo. Democratization and changes in the Pattern of Association in Brazil. In: **Jornal of Interamerican Studies And World Affairs**, Outono de 2000, p. 59-73. Disponível em: <<http://www.iheal.univ-paris3.fr/sites/www.iheal.univ-paris3.fr/files/AVRITZER%20ONG%20BR%C3%89SIL166438.pdf>>. Acesso em 13. fev. 2016.

AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. In: **Opinião Pública**. vol. 14, n. 1, Campinas: UNICAMP, 2008, p. 43-64.

\_\_\_\_\_. Modelos de deliberação democrática: uma análise do orçamento participativo no Brasil. In: SANTOS, Boaventura Sousa (org.).

**Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 561-597. Disponível em: <<http://www.do.ufgd.edu.br/mariojunior/arquivos/boaventura/democratizademocracia.pdf>>. Acesso em 13 fev. 2016.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A Cidadania Ativa** – referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 1991.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Orientações para Conselheiros da Área de Assistência Social. **Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, 4ª Secretaria de Controle Externo, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CAVALCANTI, Rosângela Batista. Avanços e Desafios da Participação Social no Brasil. In: DANTAS, Humberto. MARTINS JÚNIOR, José Paulo (orgs.). **INTRODUÇÃO à Política Brasileira**. São Paulo: Paulus, 2007, p. 141-154.

CORREIA, Maria Valéria Costa. **Que controle social?** Conselheiros de saúde como instrumento. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2000.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. **Retórica Política e Ideologia Democrática**: a legitimação do discurso jurídico liberal. Tese (Livredocência em Filosofia e Teoria Geral do Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1982.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 13 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

FRANCA/SP. **Conselho Municipal de Assistência Social**. Prefeitura de Franca. Disponível em: <<http://www.franca.sp.gov.br/portal/social/departamentos/cmas.html>>. Acesso em 29 jan. 2016.

FRANCA/SP.. Decreto n. 8.306, de 12 de fevereiro de 2004. Dispõe sobre aprovação do regimento interno do conselho municipal de assistência social de franca, e dá outras providências. **Prefeitura de Franca-SP**, 12 fev. 2016. Disponível em: <[http://www.franca.sp.gov.br/portal/index.php?Itemid=1412&option=com\\_phocadownload&view=category&id=177](http://www.franca.sp.gov.br/portal/index.php?Itemid=1412&option=com_phocadownload&view=category&id=177)>. Acesso em 13 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 9428, de 07 de abril de 2010. Dispõe sobre o regimento interno do conselho municipal de saúde de franca, e dá outras providências **Prefeitura de Franca-SP**, 07 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.franca.sp.gov.br/portal/saude/conselhos/conselho-de-saude.html>>. Acesso em 13 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 5.491, de 24 de abril de 2001. Lei de criação do conselho municipal de assistência social. **Câmara Municipal de Franca-SP**, 24 abr. 2001. Disponível em: <[http://www.franca.sp.gov.br/portal/index.php?Itemid=1412&option=com\\_phocadownload&view=category&id=177](http://www.franca.sp.gov.br/portal/index.php?Itemid=1412&option=com_phocadownload&view=category&id=177)>. Acesso em 13 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei Orgânica do Município de Franca, de 05 de Abril de 1990. **Câmara Municipal de Franca-SP**. Disponível em: <[http://www.franca.sp.gov.br/portal/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=138%3Alei-orgnica-do-municipio&id=37%3Alegislacao-municipal&Itemid=452&start=20](http://www.franca.sp.gov.br/portal/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=138%3Alei-orgnica-do-municipio&id=37%3Alegislacao-municipal&Itemid=452&start=20)>. Acesso em 13 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Ação Social. **Secretaria Municipal de Ação Social**. Disponível em: <<http://www.franca.sp.gov.br/portal/prefeitura/secretarias/acao-social.html>>. Acesso em 29 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Plano Municipal de Assistência Social de Franca 2014-2017. **Secretaria Municipal de Ação Social**. Franca, 2014. Disponível em: <<http://www.franca.sp.gov.br/portal/banners/plano-municipal-assistencia-social.html>>. Acesso em 13 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. Plano Municipal de Saúde de Franca 2014-2017. **Secretaria Municipal de Saúde**. Franca, 2014. Disponível em: <[http://www.franca.sp.gov.br/portal/index.php?option=com\\_phocadownload&view=category&download=2145%3A2015-03-16-19-51-06&id=24%3Aplano-de-saude&Itemid=550](http://www.franca.sp.gov.br/portal/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=2145%3A2015-03-16-19-51-06&id=24%3Aplano-de-saude&Itemid=550)>. Acesso em 13 fev. 2016.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.



Limongi, Fernando. Figueiredo, Argelina Cheibub. Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão. **Lua Nova** – Revista de Cultura e Política, São Paulo, n.º 44, 1998, p. 81 – 106. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a05n44.pdf>>. Acesso em 13 fev. 2016.

MAZZALI, Leonel. CARA, Eliane da Silva. O processo de participação no Conselho Municipal de Assistência Social de São Paulo. In: **PUC-RS**. Revista Textos & Contextos Porto Alegre – v. 6, n. 2, jul/dez. 2007, p. 354-374. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/fass/ojs/index.php/fass/article/view/2324>>. Acesso em 13 fev. 2016.

NOBRE, Marcos. **Imobilismo em movimento**: da abertura democrática ao governo Dilma. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

Pedrini, Dalila Maria, Adams, Telmo, SILVA, Vini Rabassa da. Controle Social e Fortalecimento da Democracia Participativa. In: PEDRINI, Dalila Maria. ADAMS, Telmo. SILVA, Vini Rabassa da (orgs.). **Controle Social de Políticas Públicas**. São Paulo: Paulus, 2007, p. 223-237.

PEREZ, Marcos Augusto. A Participação da Sociedade na Formulação, Decisão e Execução das Políticas Públicas. In: bucci, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o Conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163-177.

POPPER, Karl R. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 16. ed. Trad. Leonidas Hegemberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2008.

PORTO ALEGRE. **Conselho Municipal de Assistência Social**. Disponível em: <[http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cmas/default.php?p\\_secao=60](http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cmas/default.php?p_secao=60)>. Acesso em 13 fev. 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.) **Democratizar a Democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 39 – 78.

SANTOS, Boaventura de Souza. Prefácio ao Volume 1. Coleção. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.) **Democratizar a Democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 29-38.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Sérgio Góes de Paula. Rio de Janeiro Zahar, 1984.



SEMZEZEM, Priscila. ALVES, Jolinda de Moraes. Vulnerabilidade social, abordagem territorial e proteção na política de assistência social. In: UEL. Serviço social em revista – vol. 16 n. 1. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, Departamento de Serviço Social, 2013, p. 143-166. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/ssrevista/article/view/16115/14627>>. Acesso em 13 fev. 2016.

SILVA, Vini Rabassa da. Controle Social de Políticas Públicas – Uma Reflexão sobre os Resultados da Pesquisa. In: PEDRINI, Dalila Maria. ADAMS, Telmo. SILVA, Vini Rabassa da (orgs.). **Controle Social de Políticas Públicas**. São Paulo: Paulus, 2007, p. 179-205.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

THIOLLENT, Michel. **Metodologia da pesquisa-ação**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1996.



# DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DE TRÊS LAGOAS/MS, DESERTOS VERDES E OS CATIVEIROS DE PAPEL

## *ECONOMIC DEVELOPMENT AT THREE LAKES/MS, GREEN DESERTS AND PAPER'S CAGES*

Cláudio Ribeiro Lopes\*

Napoleão Miranda\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Terra é poder; terra e poder. 2 Conflitos socioambientais: o que são e como se explicitam. 3 Acumulação capitalista: expropriação das bases materiais de produção na base do sistema e como fator principal de geração dos conflitos. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** Pretende-se apontar as relações entre a direção político-ambiental para a região de Três Lagoas/MS, Bolsão sul-matogrossense, sobre as formas como se dá a industrialização do cerrado, com ênfase para a influência da indústria do complexo territorial eucalipto-celulose-papel e o potencial de geração de conflitos socioambientais a partir disso. Estreitos vínculos entre Estado e capital para o aporte de cifras efetivamente consideráveis de investimentos privados sem a devida contraprestação social e/ou fiscal e, acima de tudo, sem preocupações de quaisquer ordens com o balanceamento entre a industrialização crescente e ilimitada e o IDH no município e região podem estar no vértice dos problemas. Acrescente-se a isso a capacidade de apropriação de território pelos denominados desertos verdes, que já ocupam extensas áreas, bem como, a promoção pelo governo estadual do desenvolvimento econômico. Propõe-se investigar como as vinculações citadas desembocam nos cativeiros de papel.

**Palavras-chave:** Políticas públicas. Concentração fundiária. Disfuncionalidades. Conflitos socioambientais.

**ABSTRACT:** *It is intended to point out the relationship between the political and environmental management for the region of Tres Lagoas/MS, Mato Grosso do Sul Bag End, on ways how is the industrialization of the cerrado, with emphasis on the influence of territorial eucalyptus-pulp complex industry -paper and the potential to generate environmental conflicts from that. Close ties between the state and capital to effectively considerable numbers of contribution of private investment without proper social consideration and / or fiscal and, above all, without worries of any orders with the balance between the growing and unlimited industrialization and the HDI in the city and region may be at the apex of problems. Add to this the ability to appropriation of territory by so-called green deserts, which now occupy large areas, as well as the promotion by the state government's economic development. It is proposed to investigate the links cited culminate in captivity paper.*

**Keywords:** *Public policy; land concentration; dysfunctions; environmental conflicts.*

## INTRODUÇÃO

Neste artigo busca-se realizar uma análise sobre a forma como o processo agroindustrializante imposto à sociedade no Mato grosso do Sul, em

---

\* Doutor em Ciência Jurídicas e Sociais pelo PPGSD/UFF, IES: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS); contato: [claudio.lopes@ufms.br](mailto:claudio.lopes@ufms.br).

\*\* Doutor em Ciências Sociais pelo IUPERJ; IES: Universidade Federal Fluminense (UFF); contato: [napomir@gmail.com](mailto:napomir@gmail.com).

especial, na região leste do Estado, conhecida como Bolsão, que culmina com a instalação das duas maiores indústrias papeleras do Mundo ali foi capaz de manter e ampliar a estrutura latifundiária regional e, ao mesmo tempo, inibir o acesso à terra e manter os parques agricultores familiares numa situação de aprisionamento ante ao capital industrial representado pelos fomentos das próprias papeleras enquanto únicas fontes de recursos disponíveis a produção. Nesse sentido, objetiva-se explicitar como e em que medida esse processo representa a continuidade da apropriação por expropriação capitalista em contraste com a dimensão humana e material do desenvolvimento econômico-social.

Para tanto, o presente trabalho, em termos metodológicos, serviu-se de pesquisa empírica (método qualitativo), realizada na região de Três Lagoas/MS, com recorte entre os anos de 2009 a 2015, cujos trabalhos de campo foram levados a efeito durante o ano de 2015, principalmente; aplicaram-se questionários estruturados e semi-estruturados e realizaram-se entrevistas com doze sujeitos, representativos da sociedade treslagoense e do Bolsão, que versavam sobre a existência (ou não) de problemas/conflitos socioambientais decorrentes, principalmente, da reentrada das papeleras ali.

## **1 TERRA É PODER; TERRA E PODER**

O uso e ocupação do solo tem se revelado como um fator de acesso e manutenção do poder. No universo capitalista periférico, como o caso brasileiro, sabe-se que há determinadas especificidades que envolvem a seletividade no âmbito econômico, seletividade esta que tende a gerar níveis de tensão em decorrência da própria administração de conflitos que suscita (SANTOS, 1979, p. 15-16).

Nesse sentido, a ocupação e uso do solo, além dos meios e mecanismos de produção (incluindo-se o capital e o know-how tecnológico) representa o diferencial que tende a provocar, como consequência necessária, a mudança de paradigmas da construção da sociedade contemporânea.

Nessa linha, o processo industrializante submetido ao Brasil nas últimas décadas e, em especial, ao Mato Grosso do Sul, é revelador de uma tomada de sentido com relação à reprodução do espaço territorial e dos meios inerentes à produção (OLIVEIRA, 2003, p. 15), com consequências graves ao ambiente, como um todo.

Não por outro motivo é possível se estabelecer relações entre terra e poder. Desde muito se conhece que a distribuição histórica das terras no Brasil se deu tendo por pano de fundo o capital mercantil (FERLINI, 2003, p. 215-216).

A ocupação, incorporação e apropriação do solo brasileiro tem obedecido a lógica expropriatória da privatização, que guarda relação direta com o fenômeno territorial-empresarial-financeiro-especulativo, isto é, ao modelo de apropriação mercantil-capitalista, ou, no sentir de Porto-Gonçalves e Cuin, um “bloco de poder tecnológico-financeiro-latifundiário-midiático” (2013, 18).

Terra é poder e quem a possui, só a possui porque precede em recursos, sejam eles econômicos, políticos, tecnológicos, enfim. Nesse sentido, pode-se afirmar que há espaços de comando e espaços de subserviência (SANTOS; SILVEIRA, 2002, 264-265) que entremeiam essas relações sociais.

As intrincadas relações de poder que se estabelecem em decorrência do modelo de funcionamento socioeconômico e que encontram na concentração fundiária e na detenção tecnológica dos meios de produção, aliadas à manipulação da representação política e midiática pelo mercantilismo capitalista formam o caldo de cultura que estabelece o rito de passagem para a perspectiva de uma sociedade que pouco enxerga a dominação e, mesmo visualizando-a, tende a acatar o mecanismo como inerente à própria condição existencial, naturalizando-a a partir do senso comum, em detrimento de sua própria condição, qualidade de vida e, mesmo, reprodução bio-sócio-cultural.

Nesse sentido, vários atores sociais desenvolvem a percepção de que não há conflitos na região; apenas, problemas ambientais, sociais, ou, socioambientais.

Diante da perspectiva posta é possível, inicialmente, inferir as relações dialéticas que suportam o objeto desta pesquisa, a saber, o problema espacial e dos mecanismos de controle espaço/economia e as tensões que daí decorrem (isto é, a raiz do problema como sendo a concentração da ocupação e o uso do solo e as variadas formas de manifestação e controle social-normativo podem servir como fatores exponenciais de geração de conflitos socioambientais).

## 2 CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS: O QUE SÃO E COMO SE EXPLICITAM

Nesse sentido, surge a questão do campo dos conflitos socioambientais decorrentes “do uso e apropriação do território e dos elementos sociais, bióticos e abióticos do espaço” (COSTA; BRAGA, 2004, 195-196) como arena de situação da justiça ambiental como mais um elemento caracterizador das discussões em torno da legitimação ou não de determinadas práticas e modelos sociais.

Busca-se acolher aqui alguns conceitos elementares, como o utilizado por Acselrad, que identifica o campo dos conflitos socioambientais a partir da alusão a quatro dimensões em sua constituição: “apropriação simbólica e apropriação material, durabilidade e interatividade espacial das práticas sociais” (2004, 23-27).

É, justamente, a partir dessa perspectiva acolhida que se defende a ideia de que o campo desta pesquisa, muito embora enxergue apenas a vivência de problemas ambientais, os quais submetem a acordos simbióticos (ACSELRAD, 2004, 25), está inserido em condição de conflitos socioambientais, pois, evidencia-se a presença de atores e momentos de apropriação material da base de recursos (acesso a terras férteis, à água, à logística para escoamento da produção etc.) como um fator decisivo para a manutenção da agricultura familiar originária de projetos da reforma agrária na região de Três Lagoas/MS, em posição dialética com o latifúndio agropecuário e a monocultura de eucalipto que ali se instalou.

Por outro lado, essa apropriação não se apresenta isolada, mas, concomitante, ou, precedentemente, há a apropriação simbólica, que se evidencia nos valores sociais (renda da terra que deveria ser desconcentrada pela continuidade de projetos de reforma agrária naquele contexto e, para cujo implemento, o sucesso dos assentamentos funcionaria como a certificação de que os projetos dão certo, realizam-se e dão, concretamente, função social à terra), ambientais (a agricultura familiar sob modelo orgânico, com a reprodução de práticas sustentáveis no sentido de preservação da terra, das matas, da fauna, dos mananciais d'água etc.).

Nesse sentido, além dessas apropriações destacadas, as questões atinentes à durabilidade dos valores de uso por parte dos assentados em detrimento dos valores de troca das papeleiras também se apresenta na relação, assim como a interatividade entre os atores sociais, muitas vezes realizada sob o formato de acordos simbióticos (entre os assentados e

as papeleiras, por exemplo, para a produção de alimentos orgânicos e que podem ser percebidos como estratégia de resistência por parte dos assentados frente ao capital agroindustrial), ou, mediante o confronto que se dá entre aqueles e o INCRA e a AGRAER, quanto a recusa ao atendimento às necessidades burocrático-fundiárias e de tecnologias de consultoria ambiental e de agricultura.

Por isso, defende-se, aqui, que se lida, na realidade, com conflitos socioambientais e não meramente com problemas, ainda que a visão de atores sociais no campo ainda não tenha atingido esse nível de especificação ou de ação.

Identifica-se nessas relações a dialética do conflito (OGBURN; NIMKOFF, 1984, 259). Em razão desse conflito, *lato sensu*, inerente à sociedade, emerge a busca fetichista por uma determinada harmonia social, isto é, a ideia de que toda sociedade, para lograr o bem comum, necessitaria de normatização/regramento e encontraria uma possibilidade relativa de sua realização na expressão do conceito de que o direito penal é uma ordem de paz, sendo o delito a negação dessa ordem, a gerar, como consequência, a pena, cuja característica primeira é a retribuição jurídica, contemplada atualmente no atual Código Penal brasileiro (SHECAIRA; CORRÊA JR, 2002, 130).

Essa ótica positivista de harmonização social, ao mesmo tempo em que almeja a pacificação social, elide a ideia motriz de invisibilização das tensões e dos conflitos sob o manto da segurança jurídica, o qual tem se prestado a servir, muito mais, como caução aos investidores capitalistas, nacionais e internacionais, do que como primado da preservação das condições de vida e dignidade humana no país e onde quer que o atual modelo tenha se imposto ao longo dos últimos séculos. O sentido racional do modelo é apropriar para gerar ainda maior apropriação; invisibilizar para gerar ainda mais condições de invisibilidade dos conflitos, afinal, essa racionalidade necessita salvaguardar-se, sistematicamente.

Todavia, a perspectiva de que parte esta pesquisa é de que as relações sociais são conflitivas, em essência. Isso se exacerba num regime de produção capitalista, onde poucos efetivamente encontram acesso aos benefícios do sistema social, com ênfase à produção e distribuição de riqueza, à custa, inclusive de interferências nocivas à sociedade e, principalmente, ao ambiente cujas consequências sempre são difusas, dificultando, inclusive, a apuração posterior das responsabilidades, ante os fatos de degradação socioambientais.

O processo capitalista de produção, ontologicamente, é acumulativo (MARX, 1987, 249); isso significa que em seu afã de apropriação da natureza, de riquezas, de concentração de renda, recursos e capital (principalmente a concentração fundiária sob o modelo monocultural) fundado, principalmente, na acumulação por despossessão (BRANDÃO, 2010, 41; HARVEY, 2014, 121 e ss.) historicamente produz menoscabo significativo dos meios de vida, realização social, cultural, produtiva e convívio com o ambiente nas áreas em que se instala, sujeitando a população às mazelas ambientais e sociais do perverso lado da exploração mercantil.

Nessa perspectiva a expressão “conflitos distributivos e dívida ecológica” (MARTÍNEZ ALIER, 2014, 78-79) pode ser apropriada pelo discurso de enfrentamento do modelo imposto para marcar e acentuar que determinados investimentos promovem prejuízos ao meio ambiente e são, sim, fatores inexoráveis de degradação das condições de vida e relacionamentos sociais e ambientais no planeta, ainda que isso tudo venha sendo feito tendo como pano-de-fundo a utilização de um complexo sistema de propaganda que apregoa o “progresso”, o “desenvolvimento” e uma determinada noção de “sustentabilidade”, com o apelo, principalmente, às mídias nacional e local (CIRILLO, 2015, capa; 30-37; MININI, 2015, 44-60) para invisibilizar conflitos.

Nesse sentido, o conceito de passivo ambiental se apresenta recolocado no cenário social como mais um elemento caracterizador da exposição de um interesse que não se restringe, apenas, à questão do controle sobre a produção, mas, que perpassa essa ideia para abarcar as possibilidades de alusões às externalidades negativas como mensuráveis e dignas de reparação a partir da ambientalização de determinados conflitos sociais (LOPES, 2004, 216; 222).

Nessa linha, pode-se identificar um campo de disputas pela pregação da legitimidade da detenção, manipulação, exploração e manutenção do território e dos modos sociais de apropriação do mundo material com vistas a gerar acordos simbióticos que visem a naturalizar as externalidades negativas decorrentes da práxis dessa relação (ACSELRAD, 2004, 16-17).

A própria construção da noção de “sustentabilidade” engendra uma série de conflitos em seu processo de construção, que vão desde a lógica malthusiana de racionalização dos recursos, passando pela lógica da gestão burocrático-estatal do patrimônio natural, até aos modelos de



inclusão das noções culturais e de justiça ambiental como fundamentadores/legitimadores dos discursos propostos.

Nessa perspectiva é relevante a necessidade de construção de uma outra racionalidade ambiental como um meio de resgate, re-apropriação e re-tomada de uma forma de a sociedade se relacionar com o ambiente, isto é, de construir outra noção de sustentabilidade que vá além do economicismo, isto é, que seja capaz de superar a racionalidade do capital (LEFF, 2006, 248-249), que possa ser um contraponto à transformação do espaço e do território em “mera plataforma de valorização financeira internacional” (PAULANI, 2008, 41), principalmente, se se pretende fazer frente, com algum nível de tensão e visibilidade, ao modelo exploratório que foi imposto à cidade e região de Três Lagoas/MS e que obedece ao regime de flutuação das commodities internacional no segmento papel-celulose.

Este desafio, portanto, exige que se estabeleça uma crítica estrutural; que sejam postos às claras os fatores de degradação socioambientais ali, bem como, os discursos que engendram a cobertura e a legitimação do modelo imposto como único possível e viável, ou, como a panacéia liberal econômico-trabalhista-social-ambiental do momento e para o futuro.

Exige que sejam visibilizados os conflitos socioambientais muitas vezes escamoteados, escondidos, jogados sob o tapete discursivo dominante que midiatiza o progresso, o desenvolvimento, uma dada sustentabilidade e os discursos da burocracia estatal, de políticos, empresários e, até mesmo, do senso comum, disseminado – não sem coerência, nem, propósito – com o fito de se assegurar o mínimo de resistência possível contra o modelo, ou, até buscar demonstrar que essa resistência existe e apresenta modos próprios de sobrevivência e enfrentamento.

Em razão do conflito, inerente à sociedade, emerge a busca por uma determinada harmonia social, isto é, a ideia de que toda sociedade para lograr o bem comum necessita de normatização/regramento, encontra a possibilidade relativa de sua realização na expressão do conceito de que o Direito Penal é uma ordem de paz, sendo o delito a negação dessa ordem, a gerar como consequência a pena, cuja característica pretérita reside na vingança (LISZT, 2003, p. 84-90).

Com a evolução das sociedades humanas, pouco a pouco, essa característica passa por modelagens, culminando no ideal da pena como retribuição jurídica (SHECAIRA; CORRÊA JR., 2002, p. 130; TASSE, 2005, p. 66; PRADO, 2004, p. 143-158), contemplada atualmente. Sendo algo de tal dimensão, deve ser limitada, a fim de que o instrumento Direito

Penal não venha a sobressair de tal ordem a transformar o ser humano em um meio em detrimento do fim que sua condição humana lhe assegura (BRANDÃO, 2008, p. 36).

Isto posto, tem-se que o Direito e, em especial o Direito Penal, como instrumento de regulação social existe para a proteção do ser humano num primeiro momento e da própria sociedade, num segundo, que se logra por meio da tutela de determinados bens jurídicos considerados essenciais a isso.

De princípio, a proteção pelo Direito vai se debruçar nos denominados bens jurídicos. Esses bens jurídicos, em verdade, correspondem à aglutinação de determinados valores ético-sociais os quais alcançaram, por sua imprescindibilidade para a vida de relação, *status* merecedor de tutela jurídico-penal.

Nesse sentido, a incidência do Direito e, especificamente, do Direito Penal tornou-se cada vez mais presente, num plano residual, porém, não menos importante do que a tutela pelos demais ramos do Direito. É a era da Globalização e seu novo Direito Penal (GOMES; BIANCHINI, 2002), que tende a converter, sistematicamente, inúmeros valores ético-sociais em bens jurídicos, causando aquilo que se logrou denominar expansão do Direito Penal (GRACIA MARTÍN, 2005).

Daí que se pode questionar se todo o arcabouço científico-dogmático acerca do Direito Penal, construído ao longo do Século XX, com especial ênfase ao sistema finalista proposto e edificado por Hans Welzel (2007, 121-145; 2007, p. 15-120; 2001) e desenvolvido por seus seguidores pode ser aplicado, sem qualquer variação para definir um determinado modelo de subsistema de Direito Penal e, em específico, para a tutela do bem jurídico ambiente frente às exigências da denominada sociedade do risco (LOPES, 2012, 251-276), ainda mais quando se refere às intrincadas relações advindas da manipulação do processo de formulação das normas jurídicas pelos segmentos que detém capacidade econômica e política privilegiadas e que podem influenciar a produção normativa de forma a assegurar-lhes o *status quo* que contribui para a concentração de renda e criminalização periférica, voltada, em essência, para os despossuídos.

Nesse sentido, exige-se um Direito Penal moderno com capacidades bem específicas de atuação frente às novas formas de delinquência (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 46 e ss.), por vezes, um Direito Penal que surge sempre em meio ao confronto de paradigmas nos momentos de suas reformas legislativas (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 184). Há quem

chegue a afirmar da necessidade de um Direito Penal atlético, repleto de velocidades por conta da sociedade atual (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

No que interessa ao presente trabalho, deve-se destacar que há valores que subjazem ao Direito Penal e que não podem ser desconsiderados se se pretende, de fato e com seriedade, enfrentar os problemas advindos dos conflitos sociais contemporâneos, principalmente, aqueles que reportam à temática ambiental.

Não se olvide que as relações sociais são conflitivas, em essência. Isso se exacerba num regime de produção capitalista, onde poucos efetivamente encontram acesso aos benefícios do sistema social, à custa, inclusive de interferências nocivas à sociedade e, principalmente, ao ambiente.

### **3 ACUMULAÇÃO CAPITALISTA: EXPROPRIAÇÃO DAS BASES MATERIAIS DE PRODUÇÃO NA BASE DO SISTEMA E COMO FATOR PRINCIPAL DE GERAÇÃO DOS CONFLITOS**

O processo de acumulação de capital, de concentração de renda e recursos (principalmente a concentração fundiária no modelo monocultural) tende a produzir menoscabo significativo nas áreas em que se instala, sujeitando a população às mazelas ambientais, econômicas e sociais do perverso lado da economia de mercado que, no Século XXI, ganha contornos mais vorazes em razão da Globalização e os compromissos, públicos e privados, com o mercado internacional de commodities que ela suscita, sujeitando os Estados nacionais ao direcionamento exigido para a manutenção do modelo pelos grandes agentes do sistema de produção – empresas multi e transnacionais, bancos, órgãos gestores etc. (FURTADO, 1974, 33). Os conflitos socioambientais, portanto, surgem em meio a essa dinâmica da sociedade, que pode, até, apresentar mesmo uma pequena parcela de pessoas ciente dos processos e prejuízos com os quais se vê obrigada a conviver, como parece ser o caso da cidade e região de Três Lagoas, Mato Grosso do Sul (SCOTTO; VIANNA, 1997, 25-28).

Nessa perspectiva, partindo-se de uma vertente criminológica conflitiva é possível delinear algumas premissas que norteiam esta investigação, a saber:

a) a ideia de que o conflito é inerente a toda e qualquer composição social;

b) imersos num regime de produção de bens capitalista soam coerentes e consequentes ao mesmo as noções de acumulação e concentração;

c) quantitativamente, os bens jurídicos comparecem de forma escassa perante a sociedade, potencializando as situações de conflito.

Das premissas acima citadas decorrem conclusões de forma derivada:

I- à premissa “a”, corresponde a tese de que para possibilitar a vida relativamente harmônica em sociedade deve-se socorrer do Direito, em todos os seus possíveis ramos (incluindo-se o Penal);

II- à premissa “b”, extrai-se a tese de que o Direito deve ser positivado de forma a possibilitar que o maior número possível de pessoas tenha condições de atingir os bens disponíveis, como forma de mitigar a concentração inerente ao modelo capitalista;

III- à premissa “c”, deriva a tese de que caso não seja possível essa mitigação dos efeitos capitalistas (ou, politicamente não se pretenda tornar isso possível), o Direito deve operar como instrumento de calibração social, voltando-se mais à criminalidade dos poderosos do que à clientela comum do sistema penal, constituída, basicamente, por desfavorecidos, párias sociais e aparas indesejadas do processo de acumulação de bens e riquezas.

Nessa linha de raciocínio, inquieta perceber se e como o Direito e, em especial, o Direito Penal, mais grave dos instrumentos de controle social, poderia realizar essa árdua tarefa de calibração social e mitigação das consequências oriundas do processo agroindustrializante pela monocultura de eucalipto e o complexo territorial celulose-papel na borda leste do Mato Grosso do Sul, se há todo um arcabouço de políticas e legislações, principalmente do setor público, a amparar os processos de degradação ambiental mediante a concentração fundiária, uso indiscriminado de agrotóxicos, dispensa de estudos de impactos ambientais pelos governos estadual e municipal, contrariando a norma federal?

Explicando mais detidamente: evidencia-se um quadro social que escapa ao controle normativo do Direito, uma vez que as normas que poderiam, em tese, ser aplicadas no caso em questão existem, mas, os agentes escapam ao seu campo de incidência usando o próprio Direito, criando, assim, como que uma “terra de ninguém”, em que a impunidade se revela como a regra maior.

Trata-se não de uma impunidade que se situa à margem do sistema, mas, que se insere no sistema, usando o próprio Direito para criar

situações de implícitas imunidades, esvaziando, assim, a capacidade de a norma e o Direito realizar um controle social com vistas a preservar os valores mais elevados e custosos à dignidade humana, como a proteção do ambiente, por exemplo.

A identificação dos fenômenos de concentração fundiária compreendidos na aquisição ou arrendamento de extensas áreas no bolsão sul-matogrossense e econômica (duas indústrias instaladas no Município de Três Lagoas que entraram em funcionamento em 2009 e 2012, respectivamente, para a produção de pasta de celulose atingiram a marca de 3,5 milhões de tonelada/ano) dá o tom do ritmo capitalista avassalador ali desenvolvido.

Em 2009, já se tinha notícia de que 2,0 milhões de hectares estavam plantados com os clones de eucalipto para fins industriais no país (<http://www.veracel.com.br/default.aspx?tabid=111>).

Apenas em área plantada (ocupação maciça e concentrada do solo), a Eldorado Brasil chegou ao final de 2013 a 160.000 hectares (<http://www.eldoradobrasil.com.br/PaginaInterna.aspx?idPage=7>); a Fibria já alcançou a marca de 154.000 hectares, antes mesmo de findar-se o ano de 2013. Juntas, ambas as indústrias produzem 35 milhões de mudas de clones de eucalipto/ano (<http://www.fibria.com.br/web/pt/negocios/floresta/matogrosso.htm>; <http://www.eldoradobrasil.com.br/PaginaInterna.aspx?idPage=7>).

Trata-se de um modelo empresarial-político-negocial que nasceu para não encontrar limites. Nem mesmo a Resolução CONAMA n. 237/97, normativa federal, tem sido observada, uma vez que governos estaduais tem utilizado uma técnica interessante para burlar a legislação administrativa de tutela ambiental: expedem-se atos normativos autorizando o plantio indiscriminado de florestas de eucalipto (silvicultura) sem exigência de estudos de impactos ambientais e seus respectivos relatórios (art. 1º da Resolução SEMAC/MS n. 17/2007), muito embora o art. 2º, § 1º da referida Resolução (nacionalmente válido) apresente previsão expressa em sentido contrário.

Com o pano de fundo estabelecido, nota-se a expansão da cidade em termos demográficos durante a década passada, fato ainda não interrompido. Três Lagoas sofre o incremento de uma população de 79.059 habitantes em 2000 para 101.791 habitantes em 2010, (<http://www.cidades.ibge.gov.br/painel/populacao.php?lang=&codmun=500830&sea>

rch=mato-grosso-do-sul|tres-lagoas|infograficos:-evolucao-populacional-e-piramide-etaria).

Estimava-se uma população de 109.633 habitantes ao final de 2013 (<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=500830>), mas, chegou-se a quase 120.000 habitantes.

Nesse mesmo período de uma década, o índice de desenvolvimento humano – IDH da cidade evolui de 985º lugar no país (<http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDHM-Municipios-2000.aspx>) para a 667ª posição (<http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDHM-Municipios-2010.aspx>).

Nota-se um abismo entre os investimentos privados (e também públicos, pois mais de 80% investido na Eldorado Brasil se deu mediante recursos do BNDES) voltados a fomentar a industrialização crescente na região leste do Mato Grosso do Sul e a parcela estatal voltada a oferecer qualidade de vida à população.

Nessa perspectiva, é possível inferir que há, de fato, toda uma política pública, nas três esferas do sistema federativo (federal, estadual e municipal) voltada a atrair investimentos, principalmente, privados.

Em geral, inicia-se com políticas de isenções tributárias de longo prazo que causam intenso impacto nas finanças públicas, já que, principalmente, as normas criadas com tal escopo impedem que haja arrecadação por parte de todo um setor produtivo – no caso, o complexo celulose-papel, em princípio, mas, não somente.

A continuidade desse processo de expropriação privada de recursos naturais e públicos leva à cessão de áreas por parte da municipalidade destinadas à instalação dos complexos industriais e, também, à criação de alojamentos destinados a receber a mão-de-obra que deve criar e manter o parque industrial.

Além disso, nota-se, com veemência, que até mesmo a legislação ambiental é alterada, ou, ignorada, com o fito de acomodar-se às exigências do capital industrial (veja-se a respeito que o Governo do Mato Grosso do Sul, por meio de resolução da Secretaria de Estado de Meio Ambiente, das Cidades, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia violou, frontalmente, a Resolução CONAMA 237/1997, dispensou o complexo celulose-papel – silvicultura – da obrigação de realizar e apresentar estudos de impactos ambientais e seus respectivos relatórios).

Como um dos resultados empíricos avistados tem-se o aparelhamento de um Estado fraco em detrimento de uma ação social forte

por parte dos investidores e seus asseclas. Um Estado fraco, seja na área federal, estadual, ou, principalmente, municipal, tende a gerar situações em que os conflitos sociais sejam invisibilizados, principalmente, quando o tema central em questão é o ambiente, bem jurídico difuso, cuja titularidade nem sempre é passível de ser identificada de plano.

O tom, portanto, dessa sinfonia macabra é avassalador, do ponto de vista da simbiose Capital-Estado/privado-público/assistencialismo-autonomia e de como se criam, sustentam, legitimam e oferecem condições para a ampliação desmedida da ideia de que terra é poder e, território, *locus* de conquista, tudo feito em nome do “progresso”, do “desenvolvimento” e da “sustentabilidade” em detrimento de uma maior participação democrática da sociedade, como um todo, no bolo de renda, urbana e principalmente, fundiária.

Já há notícia concreta sobre a futura instalação de uma terceira indústria papeleira na região do Bolsão, à margem do Rio Pardo, na cidade de Ribas do Rio Pardo, uma vez que a SUDECO aprovou consulta prévia para que a empresa CRPE HOLDING S/A. possa buscar se beneficiar de um empréstimo no valor de até R\$731 milhões pelo FCO – Fundo de Desenvolvimento do Centro-Oeste<sup>1</sup>.

A concentração de terras, isto é, a manutenção dos latifúndios pré-existentes e a criação de novos com a compra e/ou o arrendamento de porções significativas de áreas rurais pelas indústrias, bem como, o número reduzido de atores atuantes no mercado nacional de celulose-papel é da essência do modelo e da forma como ele se introduziu no Brasil. Sabe-se que “desde a sua concepção, o número de empresas participantes do mercado fica sujeito à política de escala mínima do BNDES. Assim, a indústria de celulose já nasceu oligopolizada” (MONTEBELLO; BACHA, apud SCHLESINGER, 2008, 68) e financiada pelo próprio Estado, o que revela um contra-senso a tudo o que vem sendo propagado – e propagandeado – pelos agentes do complexo agroindustrial territorial eucalipto-celulose-papel no que respeita à suas reais capacidades de geração de renda e empregabilidade.

Fato relevante a se destacar e explicitado por Kudlavič é que foi justamente por meio desse “progresso” alardeado, das concessões de créditos e benefícios fiscais por parte do Estado e dos programas criados para ocupação incontestemente do Centro-Oeste pela agroindústria que se

---

<sup>1</sup> Fonte: Jornal Correio do Estado, matéria assinada por Rosana Siqueira, edição de 13/12/2013.



acabou por cunhar a expressão e o sentimento de que a microrregião de Três Lagoas tinha uma “vocação florestal” (KUDLAVICZ, 2011, 48), que restou incorporada pelo senso comum.

Nesse sentido, o mito do progresso se apresenta como o grande motor da civiliza o e as suas vincula es ao poder são inegáveis, bem como, a ideia de que o progresso não   neutro, mas, “a quem predominantemente [...] serve e quais os riscos e custos de natureza social, ambiental e de sobrevivência da espécie que ele está provocando; e que catástrofes futuras ele pode ocasionar” (DUPAS, 2012, 27).

Trata-se, portanto, da necessidade de se problematizar o que   “progresso”, a “quem” ele beneficia, em que condi es ele   visualizado e quais os “motivos” para a sua aceitabilidade/virusaliza o?

Uma das perspectivas possíveis   ancorar essa análise numa análise socioecon mica tradicional. Por ela, o que se vê ocorrer na região do Bolsão nada mais   do que fruto da evolu o humana, isto  , do desencadear de processos inexoráveis que tendem a buscar condi es materiais que possam oferecer melhores situa es de vida ao maior número possível de pessoas envolvidas.

Mas, sob outro aspecto, que busca retratar a história não ortodoxa, isto  , as vivências dos vencidos (L WY, 2005, 10-11),   possível realizar um resgate e, ao mesmo tempo, declinar fatores e situa es concretas de vida que contraponham o discurso da racionalidade hegemônica do capitalismo, de forma a buscar dar visibilidade a uma parcela consideravelmente mais ampla de pessoas que nada obt m de benefícios ante a presença do modelo e, pior, são expropriadas, sistematicamente, tendo por matriz a ideia de que essa expropria o custosa, dolorosa, degradante e desumana está na ordem do dia de uma conduta de vida que visa ao sucesso (MARTINS, 1981, 147-148).

Ainda que não se pretenda que o Estado possa acompanhar a vertiginosa escalada dos investimentos privados, interessa perceber que investimentos em setores como segurança pública, saúde, lazer, educa o e habita o não correspondem   expansão industrializante, podendo tornar-se vetores de violência como se pode perceber na região de Três Lagoas/MS.

Some-se a isso a concentra o fundiária e econômica, a migra o indiscriminada de mão-de-obra e o fluxo de capital como mais um chamativo   movimentaa o de parte da criminalidade, organizada ou não, bem como, o fato de se criar como que uma espécie de paraíso ambiental [no sentido pejorativo do termo] com a dispensa de EIA-RIMA ao setor



agricultável de silvicultura que, assim, fica à margem do sistema jurídico de controle, administrativo e até penal, com problemas estruturais que não conseguem, sequer, ser mitigados – abarrotamento do SUS, elevação dos índices de violência, poluição ambiental, depauperação dos recursos naturais e humanos, subjugação dos assentamentos de reforma agrária aos interesses e prazos impostos pelo complexo agroindustrial territorial eucalipto-celulose-papel (ALMEIDA, 2012, 4) etc.

Durante os trabalhos de campo, uma informação colhida na entrevista junto à presidenta da Associação de Agricultores Familiares do Assentamento São Joaquim, localizado na região de Três Lagoas, município de Selvíria/MS foi que a AGRAER, agência que deveria prover aos assentados assistência técnica em extensão rural, na verdade, não cumpria essa função, atuando, muito mais, como censor/fiscalizador do INCRA, tendo sido noticiado que muitos assentados estavam sendo pressionados por nada produzirem, quando, em verdade, não o poderiam, tanto por escassez de água, como, por não terem conseguido, ainda, “limpar” a área, isto é, realizar o “desmate” exigido por ausência de plano de manejo prévio (que poderia e deveria ser fornecido pela AGRAER).

Assim, o INCRA não conferia o certificado de cessão de uso – CCU, porque vários assentados não davam conta de cumprir a obrigação inicial – limpar o lote, realizando o desmate mínimo, mediante plano de manejo prévio – e a AGRAER não prestava a assistência devida porque esses mesmos assentados não tinham o tal CCU.

Sem o CCU, nada é possível, em termos legais, aos assentados. Nenhum financiamento, nenhuma assistência por parte dos órgãos públicos oficiais. Evidenciou-se, aqui, o ponto nevrálgico do conflito socioambiental ali: a ausência, proposital, ou, não, de regularidade da área rural cedida pelo INCRA imobilizava muitos assentados, impedindo-os de produzir e, assim, cumprir sua função social por meio da agricultura familiar e sobreviver.

Veja-se o “samba-de-uma-nota-só”: o INCRA não fornece o CCU porque assentados não cumpriram as obrigações iniciais exigidas no ato de imissão na posse dos lotes, ou seja, realizar a limpeza da área mediante desmate; a AGRAER, que deveria oferecer a assistência técnica em forma de plano de manejo para o desmate não atende aos assentados porque esses não dispõem de regularidade fundiária, o tal CCU.

É um círculo vicioso, o mais perverso por atingir, justamente, assentados pelo próprio INCRA, gente despossuída, sem recursos,

sem condições de contratar uma consultoria que supra a omissão da AGRAER, para dar conta de regularizar-se mediante o plano de manejo e o efetivo desmate legal.

Retrata-se, nesse momento, na região de Três Lagoas/MS, um caso clássico de injustiça ambiental (HERCULANO, 2013, 388-389). Se, por injustiça ambiental, entende-se “o mecanismo pelo qual sociedades desiguais destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais [...] mais vulneráveis” (HERCULANO, 2013, 388), tem-se que o caso de agricultores familiares impedidos de produzir pela perversa lógica burocrática acima descrita, ilhados no jogo-de-empurra entre INCRA e AGRAER se enquadra, exatamente, nisso, tratando-se, evidentemente, de um conflito socioambiental.

Enquanto o complexo territorial eucalipto-celulose-papel, na expressão de ALMEIDA (2012, 4) é isento pelo Estado de MS de licenciar suas operações em campo, diga-se “florestais”, beneficiando-se à larga com créditos e financiamentos, especialmente subsidiados e com carência para início do pagamento, pelo FCO ou pelo BNDES, principalmente, além de receber isenções fiscais de tributos estaduais e municipais, apenas no Assentamento de Reforma Agrária São Joaquim, vários agricultores familiares são impedidos de produzir e correm risco, até, de reversão das posses pelo INCRA, por não cumprirem sua função social pela absoluta ausência do CCU, documento preliminar de regularização fundiária e de acesso a qualquer financiamento, público ou privado. A matriz de Justiça Ambiental se encaixa como uma luva, nesse conflito.

Emerge desse drama social, como única alternativa de financiamento da produção familiar, a submissão aos planos e programas de desenvolvimento sustentável propostos pelas indústrias papeleiras. Assim, nesse sentido, assentados que queiram, ou, necessitem de financiamento para produzir, devem se postar sob o jugo de uma ou de ambas as papeleiras, que se constituíram na única fonte de recursos ali, face ao impedimento que a ausência de CCU impõe aos assentados para buscarem recursos em instituições bancárias, públicas ou não.

Criou-se, então, ao que parece, uma relação assistencialista que não visa a romper com a condição de dominação dos assentados pelo capital industrial, muito ao contrário e que preserva um status de subserviência por meio do assistencialismo, limitando a agricultura familiar e, ao mesmo tempo, dirigindo as potencialidades dos assentados e do assentamento, como um todo.

Essa percepção ficou muito evidente quando, ao findar a entrevista, convidaram o pesquisador a conhecer um dos projetos, que combinava a criação de galinhas em regime de semi-cativeiro com horta orgânica e fruticultura, financiado por uma das indústrias papeleiras, a Eldorado Brasil.

O projeto em questão decorre de compromissos firmados pela indústria em seus contratos de financiamento junto ao BNDES. Há cláusulas que obrigam ao investimento de um percentual do crédito obtido em ações sociais. No caso destacado, a indústria optou por atender a alguns assentados do Assentamento São Joaquim, localizado em Selvíria/MS, propondo alternativas de produção de renda.

Colheu-se do assentado o seguinte relato, que “os assentado não foram ouvido si esse seria um projeto di interesse prá nós”, ou seja, se seria compatível com as suas capacidades, ou, se teriam interesse, ou, mesmo interessados, como se daria o projeto, o que resultou na obrigação de aceitar um modelo pronto-e-acabado, com galinhas de granja, cujo resultado se revelou pífio face à pouca ou nenhuma rusticidade dessa espécie para o tipo de criação a que se propôs.

Se é possível contribuir com alguma problematização e crítica, neste trabalho, sobre o referido programa, pode-se afirmar que o fato de que se distribuiu, em cerimônia realizada na sede do SEBRAE em Três Lagoas, apenas 35 (trinta e cinco) kits (dez outros já haviam sido distribuídos anteriormente, em 2013, entre Três Lagoas e Selvíria, pela mesma indústria). Tem-se, então, 45 (quarenta e cinco) lotes/assentados beneficiados pelo PAIS, mas, apenas no Assentamento São Joaquim, são 181 (cento e oitenta e um) candidatos ao referido programa. Logo, a iniciativa se revela muito mais pirotécnica, isto é, para fazer barulho, causar publicidade do que algo efetivo, que realmente vá mudar a realidade dos assentados.

**Figura 1:** Programa de Produção Agroecológica Integrada e Sustentável – PAIS, projeto de criação de galinhas de granja em semi-cativeiro integrado à horta agroecológica e fruticultura, financiado pela ELDORADO BRASIL.



**Fonte:** C. Lopes, 28/07/2015

Por outro lado, e aqui a crítica deve ser mais contundente, esse tipo de “apoio”, prestado pela indústria, por conta de compromissos firmados e exigências para alcançar os financiamentos do BNDES, sem a parceria e presença direta do Estado, via INCRA e/ou AGRAER, acaba por lançar os assentados numa completa relação de submissão e subserviência que, ao invés de promover a libertação do cativeiro capitalista<sup>2</sup>, os mantém sob o jugo do assistencialismo do capital industrial e sob o crivo do tempo social ditado pelas papeleiras.

Nessa perspectiva, enxerga-se, aparentemente, u’a nova ferramenta de controle social por parte da relação simbiótica Capital/Estado: este último se mantém praticamente inerte, principalmente, por seus órgãos como INCRA, AGRAER, IBAMA, ou, realizando funções aparentes quanto ao licenciamento ambiental, caso do IMASUL, cujas

---

<sup>2</sup> Entende-se por cativeiro capitalista, no caso, a relação a que foram submetidos os assentados, sujeitos da pesquisa, os quais esperavam, com a posse da terra, libertar-se do jugo proletário com base na renda da terra, mas, impossibilitados de produzir, sem amparo estatal e subjugados pelo assistencialismo das papeleiras, estão presos ao regime e limites de produção impostos pelo complexo agroindustrial territorial eucalipto-celulose-papel.

chancelas aos grandes empreendimentos parecem habituais, quase de ofício; ao mesmo tempo, o capital agroindustrial adota os assentados, colocando-se como única fonte e perspectiva de financiamento de projetos para produção da agricultura familiar. Entretanto, os projetos não podem ser destinados a todos; há aqueles que – ainda – não conseguiram o documento mínimo para regularização fundiária, isto é, o certificado de cessão de uso – CCU. Por outro lado, mesmo para os que se encontram regularizados, os projetos e financiamentos, aparentemente, dão-se em doses ultra-homeopáticas, contemplando parques agricultores a cada ano, de forma que o assistencialismo – e o cativoiro – seja mantido por longo período.

Quanto à outra indústria, Fibria, também esta indústria desenvolve projetos sociais na região do Bolsão, em moldes semelhantes aos da sua concorrente, “beneficiando” a assentados rurais, população urbana de Três Lagoas e região e, até, aldeia indígena localizada na área rural de Brasilândia:

**Figura 2:** Perfuração do poço e instalação de reservatório de 30 mil litros. Assentamento 20 de Março, Três Lagoas/MS



**Fonte:** FIBRIA, Relatório Destaques MS 2015.

**Figura 3:** Construção do Centro Comunitário do Assentamento São Joaquim, em Selvíria/MS



**Fonte:** FIBRIA, Relatório Destaques MS 2015.

O relatório citado (Destaques MS 2015) apresenta muitos outros projetos sociais desenvolvidos pela Fibria, junto a outros agricultores familiares, assentados, comunidade indígena, populações urbanas etc.. Pelo momento optou-se por explicitar apenas dois projetos, exemplificativamente, o que não é feito com o fito de diminuir a demonstração de investimentos sociais realizados por essa indústria, mas, apenas, registrar o suficiente sobre tais investimentos e projetos, para o que interessa a este trabalho. A existência de vários projetos sociais, no sentir da pesquisa, tem o condão de demonstrar a ausência estatal em detrimento da forte presença do capital agroindustrial. É nessa perspectiva que se fala neste trabalho da formação dos cativeiros de papel pelos desertos verdes.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A entrada em operação das duas maiores indústrias de pasta de celulose do mundo na região de Três Lagoas deflagrou uma nova época para a vertente da concentração fundiária. A par disso, esse modelo monocultural passou a exercer, por meio da concentração fundiária e



econômica, o monopólio dos investimentos, públicos e privados naquela região, denominada Bolsão sul-matogrossense.

Nesse sentido, frente à ausência de investimentos públicos para a realização de uma reforma agrária concreta, os assentados viram-se à mercê dos programas de desenvolvimento social – PDS praticados pelas duas papeleiras instaladas na região.

Assim, os desertos verdes não apenas se instalaram causando forte pressão sobre a agricultura familiar, como, também e principalmente, passaram a controlá-la, pois, as papeleiras se apresentam como única fonte de recursos viável para os assentados. Diante disso, uma das grandes questões que se posta é tentar compreender como o Direito pretende – ou, pode – reagir a isso, isto é, se o Direito e, em específico, o Direito Penal tem, de fato, condições de atuar como um dos instrumentos de calibragem social, particularmente, no que respeita à proteção ampla do ambiente (não apenas natural).

A ideia de um Direito que se expressa a partir da legislação, mas, à margem da realidade social e das necessidades vinculadas às garantias e proteção do ser humano e do próprio ambiente frente a interesses que possam feri-los parece ter se tornado num dos nós paradoxais do próprio sistema normativo, tendo em vista que a pressão e a capacidade de engendramento do capital põe o Direito a seu serviço.

O desafio a ser enfrentado (uma vez que, tradicionalmente, o Direito e, inclusive o próprio subsistema penal, servem ao modelo de exclusão social, voltados, quase que exclusivamente, a produzir seus efeitos e consequências sobre as camadas desfavorecidas da sociedade) é buscar operar sobre u'a nova gama de situações socioambientais representada pelas classes sociais que detém o poder e os mecanismos de sua manipulação e, quem sabe, além da regulação administrativa, se voltar à nova criminalidade, composta de agentes muito bem articulados, com grande influência política e poder econômico, além de livre trânsito no meio judiciário e estreitos contatos com as agências e órgãos de proteção ambiental para tentar ser, de fato, um instrumento de garantia do bem jurídico ambiente nos termos da Constituição Federal, atendendo aos reclamos pela sua preservação às presentes e futuras gerações e visando assegurar um mínimo ético-social de respeito à dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. As práticas espaciais e o campo dos conflitos ambientais. In: ACSELRAD, Henri (Org.). **Conflitos ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004, p. 13-35.

ALMEIDA, Rosemeire Aparecida de. **A nova fronteira do eucalipto e a crise da reforma agrária**. Boletim DATALUTA, v. 1, 2012, pp. 02-10.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **O direito penal na era da globalização**: hipertrofia irracional (caos normativo): instrumentalização distorcionante: inoperatividade, seletividade e simbolismo: excessiva antecipação da tutela penal (prevencionismo): descodificação: desformalização e funcionalização do direito criminal (flexibilização das garantias penais, processuais e executórias): prisionização (explosão carcerária): enfoque crítico do direito penal e da legislação criminal brasileira pós-1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRANDÃO, Carlos. Acumulação primitiva permanente e desenvolvimento capitalista no Brasil contemporâneo. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de et al. **Capitalismo globalizado e recursos territoriais**: fronteiras da acumulação no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Lamparina, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

CIRILLO, Bruno. **Lucro na floresta**. Globo Rural. São Paulo: Editora Globo, n. 357, julho/2015, pp. 30-37.

COSTA, Heloisa Soares de Moura; BRAGA, Tânia Moreira. Entre a conciliação e o conflito: dilemas para o planejamento e a gestão urbana e ambiental. In: ACSELRAD, Henri (Org.). **Conflitos ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004, p. 195-216.

DUPAS, Gilberto. **O mito do progresso, ou progresso como ideologia**. 2. Ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

ELDORADO BRASIL. **Relatório de sustentabilidade 2014**, 2014.

FERLINI, Vera. **Terra, trabalho e poder**: o mundo dos engenhos no Nordeste colonial. Bauru: EDUSC, 2003.



FIBRIA CELULOSE S/A. **Relatório Destaques MS 2015**, 2015.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Círculo do Livro – Ed. Paz e Terra, 1974.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização**: hipertrofia irracional (caos normativo): instrumentalização distorcionante: inoperatividade, seletividade e simbolismo: excessiva antecipação da tutela penal (prevenção): descodificação: desformalização e funcionalização do direito criminal (flexibilização das garantias penais, processuais e executórias): prisionização (explosão carcerária): enfoque crítico do direito penal e da legislação criminal brasileira pós-1988. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HARVEY, David. **O novo imperialismo**. Trad. Adail Sobral; Maria Stela Gonçalves. 8. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

HERCULANO, Selene. **Políticas ambientais**: o ambiente é você... e você... somos nós. Niterói/RJ: Editora da UFF, 2013.

KUDLAVICZ, Mieczslau. **Dinâmica agrária e a territorialização do complexo celulose/papel na microrregião de Três Lagoas/MS**. 2011, 176p. Dissertação (Mestre) – Programa de Pós-Graduação em Geografia, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, 2011.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Tradução: Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Atual. e notas Ricardo Rodrigues Gama. Tomo I, 1ª Ed. Campinas: Russell Editores, 2003.

LOPES, Cláudio Ribeiro. **Exigências de proteção do ambiente na sociedade de risco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 20, vol. 96, maio-junho/2012, p. 251-276.

LOPES, José Sergio leite. A ambientalização dos conflitos em Volta Redonda. In: ACSELRAD, Henri (Org.). **Conflitos ambientais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Heinrich Böll, 2004, p. 217-244.

LÖWY, Michael. **Walter Benjamin**: aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”. Trad. Wanda Nogueira Caldeira Brant, [tradução das teses] Jeanne Marie Gagnebin; Marcos KLutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

MARTÍNEZ ALIER, Joan. **O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens e valoração**. Tradução Maurício Waldman. 2. ed. 1. reimpr. São Paulo: Ed. Contexto, 2014.

MARTINS, José de Souza. **O cativo da terra**. 2. ed. São Paulo: Lech, 1981.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: Livro Terceiro: o processo global da produção capitalista. v. IV, 5. ed. Trad. Reginaldo Sant’Anna. Rio de Janeiro: Difusão Editorial, 1987.

MININI, Sarah. **Indústria florestal**: superação de crises desde a primeira semente. Revista Expressão MS. Três Lagoas: Expressão MS Ed. E Impr. de Jornais, n. 007, ano 02, junho/julho/2015, pp. 44-60.

OGBURN, William F.; NIMKOFF, Meyer F.. **Cooperação, competição e conflito**. Trad. Maria Isaura Pereira de Queiroz. In: CARDOSO, Fernando Henrique; IANNI, Octávio (organização e introdução). 14. ed. São Paulo: Nacional, 1984.

OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de. **Agroindústria e reprodução do espaço**. Campo Grande: Ed. UFMS, 2003.

PAULANI, Leda. Brasil **Delivery**: servidão financeira e estado de emergência econômico. São Paulo: Boitempo, 2008.

PORTO GONÇALVES, Carlos Walter; CUIN, Danilo Pereira. Geografia dos conflitos por terra no Brasil (2013): expropriação, violência e r-existência. In: **Conflitos no campo** – Brasil 2013. Coord. Antônio Canuto, Cássia Regina da Silva Luz, Flávio Lazzarin. Goiânia: CPT Nacional – Brasil, 2013, pp. 18-26.

PRADO, Luiz Regis. **Teoria dos fins da pena**: breves reflexões. Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais. São Paulo, RT, ano 1, n. 00, 2004, p. 143-158.

SANTOS, Milton; SILVEIRA, Maria Laura. **O Brasil**: território e sociedade no início do século XXI. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

\_\_\_\_\_. O espaço dividido: os dois circuitos da economia urbana dos países subdesenvolvidos. Tradução de Myrna T. Rego Viana. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1979.

SCHLESINGER, Sergio. **Lenha nova para velha fornalha**: a febre do agrocombustíveis. Rio de Janeiro: FASE, 2008.

SCOTTO, Gabriela; VIANNA, Angela Ramalho. **Conflitos ambientais no Brasil**: natureza para todos ou somente para alguns? Rio de Janeiro: IBASE, 1997.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. **Teoria da pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch Ed., 1992.

TASSE, Adel El. **Teoria da pena**. 1. Ed, 3. Tir. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

WELZEL, Hans. Causalidad y acción. In: **Estudios de Derecho Penal**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2007a, p. 121-145.

\_\_\_\_\_. Estudios sobre el sistema de derecho penal. In: **Estudios de Derecho Penal**. Trad. Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw. Buenos Aires: Julio Cesar Faira Editor, 2007b, p. 15-120.

\_\_\_\_\_. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad., pref. e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.



# A INFLUÊNCIA DOS MOVIMENTOS DE VÍTIMAS NA ELABORAÇÃO DAS LEIS PENAIS

## *THE INFLUENCE OF VICTIM'S MOVEMENTS IN THE DEVELOPMENT OF THE CRIMINAL LAWS*

Shiguelo Kuwahara\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Movimento feminista e o combate à violência contra a mulher: Lei Maria da Penha. 2 Opinião Pública e vitimização: Lei dos Crimes Hediondos. 3 Opinião Pública e vitimização: Lei dos Crimes Hediondos II. 3.1 Campanha pela inclusão do crime de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos: Caso Daniella Perez. 3.2 Mobilização pela inclusão do crime de homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio: Chacina da Candelária. 3.3 Mobilização pela inclusão do crime de homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio: Chacina de Vigário Geral. 4 Direitos das vítimas de crimes violentos: Projeto de Lei do Senado n.º269, de 2003. Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo analisa a influência dos movimentos de vítimas na elaboração das leis penais no Brasil. Para isso, além da análise funcional das leis, o autor se utiliza referências metodológicas da análise de movimentos sociais e da análise de discurso. Utilizando como fontes, as atas e pareceres das Casas Legislativas do Congresso Nacional, procura identificar a permeabilidade do legislador aos discursos dos movimentos sociais, da imprensa e da opinião pública. Como hipótese, trata de questionar a real sensibilidade do legislador às demandas por reconhecimento dos direitos das vítimas de crime em contraste com sua recorrente resposta por aumentar a retribuição penal aos autores de atos criminosos.

**Palavras-chave:** Movimento vitimológico. Crimes hediondos. Assistência à vítima. Direitos da vítima.

**ABSTRACT:** The article analyzes the influence of the victim's movements in the development of criminal laws in Brazil. For this, in addition to the functional analysis of the law, the author uses methodological references from analysis of social movements and speech analysis. Using as sources, minutes and opinions of the Legislative Houses of Congress, seeks to identify the permeability of the legislator to the discourses of social movements, the press and public opinion. As a hypothesis, it comes to question the actual sensitivity of the legislature demands for recognition of the rights of victims of crime in contrast to his applicant's response to increase criminal retribution.

**Keywords:** victimology movement. Heinous crimes. Victim assistance. Victim's rights.

## INTRODUÇÃO

A aproximação entre os movimentos sociais de reconhecimento de direitos e de proteção de grupos sociais e o movimento vitimológico trazem como consequência que é apenas com a escuta e a vocalização das demandas das vítimas que se legitima o sistema de direitos humanos.

---

\* Doutorado pela Universidade de Salamanca no programa Pasado y Presente de los Derechos humanos. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho.

É o caso, por exemplo, dos movimentos de direitos das mulheres, que iniciaram seu marco mobilizador com o foco nos direitos de propriedade, à participação política e ao voto e seguiu com a luta contra a discriminação no emprego e no estudo. Posteriormente passou a enfatizar o direito ao controle do próprio corpo, transformando o direito ao aborto e a luta contra violência física e sexual nos denominadores comuns para ativistas de diferentes campos ideológicos. Logo, abrigos para vítimas de violência doméstica e sexual, canais de denúncias e busca de ajuda, centros de estudo e pesquisa sobre o tema começaram a se multiplicar em todo o mundo.

Outros grupos também se aproximaram do movimento em prol das vítimas tais como os ativistas pelos direitos das crianças, pela proteção do consumidor, pelos direitos dos homossexuais, pela proteção dos idosos, e grupos em prol dos direitos civis e políticos em geral. Além destes, também se destacam outras organizações de apoio a vítimas que não estão diretamente relacionadas à esfera criminal como a Anistia Internacional, a Cruz Vermelha, o Comissionado para Refugiados das Nações Unidas, e inclusive o Greenpeace e outras entidades de proteção do meio ambiente, que lutam contra a vitimização em massa de pessoas e animais.

Ester Kosovski (2009) observou a importante contribuição da vitimologia no movimento de direitos humanos, através da ação dos movimentos de vítimas:

Este conhecimento, por sua vez, tem sido utilizado pelos movimentos de ação em defesa das vítimas e de evolução da aplicação da Justiça Penal. Especialmente valiosos têm sido os movimentos de defesa dos direitos da mulher, da criança e do adolescente, dos homossexuais, dos indígenas, dos condenados e de grupos especialmente vulneráveis em matéria de vitimização, como as minorias e os excluídos. A ação desenvolvida por estes grupos tem servido de retroalimentação para um conhecimento cada vez maior da vitimização e dos meios de reduzi-la (KOSOVSKI, 2009, p. 158).

Cerezo Domingues (2010) explica que as associações de vítimas surgiram no final dos anos sessenta, nos Estados Unidos, em razão dos altos índices de criminalidade. A população, alarmada com a delinquência, começa a alterar seus hábitos, adotando uma série de medidas de proteção para se prevenir da delinquência. Logo, surgem os primeiros agrupamentos

de vítimas, cujo objetivo era de estabelecer redes sociais de assistência e ajuda às vítimas.

Este fenômeno coincide com o surgimento das primeiras pesquisas de vitimização, que confirmaram a existência da “cifra negra”, ou seja, crimes que não eram registrados pelos órgãos oficiais e que estavam relacionados, principalmente, aos crimes sexuais, abuso infantil e violência doméstica. As pesquisas de vitimização levaram as organizações de vítimas a serem respaldadas pelo meio acadêmico, que se encarregou de valorizar seu trabalho e defender a necessidade de sua existência.

Cerezo Dominguez explica que tão logo as organizações lograram seu objetivo inicial de obter reconhecimento, passaram a exigir que o Estado se responsabilizasse por satisfazer as necessidades das vítimas. Assim, no começo dos anos setenta, surgem os primeiros programas de ajuda e assistência a vítimas nos Estados Unidos.

Nos anos oitenta, com a chegada de Ronald Reagan à Presidência dos Estados Unidos e de Margareth Thatcher ao cargo de Primeira Ministra do Reino Unido, os movimentos de vítimas encontraram oportunidades para influenciar diretamente os governos. Logo, ao tempo em que estes governantes implantavam a política de “lei e ordem” com o objetivo de diminuir as taxas de criminalidade, também se tornou uma prioridade atender às reivindicações das organizações de vítimas.

Assim, se inicia um movimento político pelos direitos das vítimas, que buscavam “equilibrar a balança” no que se refere aos direitos dos acusados e a introdução nas práticas das instituições do “ponto de vista da vítima”. Surgem várias inovações normativas: o “Task Force on Victims of Crime”, informe do Presidente Ronald Reagan de 1982 com 68 recomendações dirigidas às instituições públicas e privadas; o Victim’s Bill of Rights, lei de 1983 que proclama uma série de direitos das vítimas; o Victims of Crime Act, de 1984, que estabelece fontes de financiamento de programas de assistência a vítimas. A estas, seguem-se várias outras leis que protegem os interesses e necessidades das vítimas, entre elas a lei de assistência a crianças desaparecidas e a lei de prevenção da violência doméstica, ambas de 1984.

Entre os anos oitenta e noventa, as organizações de vítimas crescem e se profissionalizam. Passam a ser financiadas por fontes estatais e aumentam bastante seu poder de influência. Os organismos internacionais como as Nações Unidas fazem eco às suas reivindicações e, em 1985,

aprovam a Declaração sobre os Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Crime e de Abuso de Poder.

O movimento de vítimas influenciou os vitimólogos, a ponto de as conferências de vitimologia passarem, de encontros de eruditos onde se apresentavam e se discutiam os achados da pesquisa científica, para foros políticos-ideológicos. Este ativismo político no âmbito do ambiente científico fez com que, conscientemente ou não, muitos acadêmicos se tornassem peças-chave na propagação de valores neoconservadores. Alguns assuntos tornaram-se tabu, como, por exemplo, o da contribuição da vítima na geração do delito e o da interação vítima-delinquente.

Neste ambiente conturbado, Van Dijk (1988) identificou quatro principais ideologias demagógicas (“vitimologias” ou “vitimodemagogias”), surgidas como “vitimologia aplicada” que se acomodaram no movimento vitimológico. São ideologias de tipo “militante”, que preferem “mudar o mundo ao invés de compreendê-lo”. Van Dijk vê com reservas a vitimologia aplicada, que não possui uma teoria vitimológica bem definida, ou qualquer outra teoria social. As “vitimodemagogias” são:

- Ideologia do cuidado (*the care ideology*): Baseada no princípio do Estado do Bem- Estar entende que a comunidade deve, na medida do possível, cuidar do sofrimento das vítimas (VAN DIJK, 1988, p. 116). As questões das vítimas de crime são enfatizadas, incluindo problemas tais como o stress pós-trauma, danos psicológicos e necessidades econômicas. Pouca importância é dada aos aspectos morais do crime ou punição ao agressor, enfatizando que os danos e traumas da vítima sejam tratados por profissionais e o sofrimento seja amenizado. A ideologia do cuidado se preocupa em trazer à tona os variados danos ocultos que sofrem as vítimas. Muitas vezes, as vítimas escondem seu sofrimento e suas dificuldades econômicas e, o que é mais grave, não denunciam sua vitimização às autoridades por medo de represálias. As organizações que prestam assistência às vítimas também reivindicam mais respeito por parte das instituições, que agem de modo burocrático e estigmatizante em relação às vítimas, causando a vitimização secundária.

- Ideologia reabilitadora (*the rehabilitation ideology*): Baseia-se na ideia original da vitimologia sobre a participação da vítima na gênese do delito e dupla penal vítima-delinquente, de que o conflito penal decorre do conflito entre duas partes que podem, ambas, serem tratadas, como uma alternativa à punição do agressor (VAN DIJK, 1988, p. 117). Em alguns



países, incentivam-se a comunicação entre o agressor e a vítima, em programas de reparação e mediação, como parte do acordo de liberdade condicional. Os que defendem a prática a justificam afirmando que têm se observado efeitos positivos sobre o agressor.

- Ideologia retribucionista (*the retributive or criminal justice ideology*): A ideologia retribucionista é construída sobre a ideia de justa retribuição pelo dano causado, e defende que a punição deve ser proporcional à ofensa (VAN DIJK, 1988, pp. 117-118). Aqui, o objetivo principal é punir de acordo com uma escala sobre a quantidade de dano que a ofensa causou à sociedade, levando frequentemente ao endurecimento das leis penais. Os retribucionistas são contrários à excessiva burocratização e defendem a maior participação da vítima no processo criminal, de modo a que possa expressar sua opinião sobre a sentença que deve ser infligida ao agressor. Para a ideologia retribucionista, a compensação faz parte da penalização do agressor.

- Ideologia abolicionista (*the abolitionist ideology*): Os que propõem a ideologia abolicionista partem do declínio do poder da vítima na justiça criminal e seus efeitos adversos sobre os agressores e, neste sentido, procuram introduzir um novo sistema de justiça baseado em princípios de direito civil (VAN DIJK, 1988, p. 118). De acordo com sua proposta, as autoridades da justiça criminal devem intervir o mínimo possível, no mais, promovendo a mediação, a reparação, o cuidado com as vítimas e a prevenção do crime. É baseada em experiências de mediação de conflitos introduzidas em alguns países da América do Norte e na Europa, aplicadas a pequenos crimes. Os críticos afirmam que os modelos de mediação criminal provavelmente beneficiam mais aos agressores do que as vítimas. Por outro lado, ajudariam a reduzir a quantidade de processos criminais e, em consequência, a sobrecarga de trabalho para as autoridades judiciais. Isto pode explicar a popularidade da ideologia entre as instituições penais e judiciárias em vários países.

Assim, propomos analisar o impacto e o protagonismo do movimento vitimológico no direito penal, observando a forma como as vitimodemagogias identificadas por Van Dijk atuaram, o que pode corroborar nossa impressão de que a vitimologia está em função de um movimento vitimológico, não de uma criminologia, e que, muitas vezes, a militância que ocorre na vitimologia aplicada abre mão da ciência para transformar-se numa disputa ideológica. Logo, é fundamental conhecermos a natureza destes movimentos e sua ideologia e compreendermos a forma

como influenciam as decisões políticas. Assim, passaremos a identificar os elementos que tornaram possível o movimento vitimológico.

Cerezo Domingues (2010) trabalha com a hipótese de que o protagonismo das vítimas e sua influência nas leis penais decorrem de três fatores: empatia – a sociedade tem uma tendência a se identificar com a vítima; meios de comunicação – a pauta da imprensa acaba pautando a mobilização social; e trabalho dos lobbies e grupos de pressão. Para aferir sua tese, Cerezo Domingues se utiliza de pesquisas de percepção da confiança nas instituições de justiça, pesquisas de vitimização e percepção da criminalidade e entrevistas com representantes de associações de vítimas.

Oliveira (1999) trabalha com a oposição entre os direitos da vítima e os direitos do delinquente, e como as políticas de exclusão – a que afasta a vítima do direito penal para garantir ao Estado o máximo de eficácia no direito de punir, e as políticas de inclusão – a que aproxima a vítima do direito penal para proporcionar a viabilidade da composição entre vítima e delinquente na busca de penas alternativas, são influenciadas pela opinião pública e pela ideologia política.

Além destes argumentos, propomos analisar o movimento vitimológico a partir de referências metodológicas da análise de movimentos sociais e estrutura de oportunidades políticas: as estruturas de mobilização, que buscam as instituições e organizações da sociedade civil que possibilitaram estruturar o movimento vitimológico; marcos do movimento, que identifica os slogans, as palavras de ordem e reivindicações do movimento vitimológico e sua penetração na opinião pública; e as oportunidades políticas, que analisa as oportunidades que se abrem no meio político para que as reivindicações do movimento vitimológico se fixem como pautas políticas.

## **1 MOVIMENTO FEMINISTA E O COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: LEI MARIA DA PENHA**

De modo similar ao que ocorreu nos Estados Unidos, o protagonismo das organizações de proteção à mulher vítima de violência tem grande destaque em relação a outros grupos vitimizados. Apesar disso, a principal lei especificamente voltada à proteção integral da mulher vítima de violência, especificamente de violência doméstica, surgiu apenas em 2006, e ficou conhecida como Lei Maria da Penha.

Barsted (2011) observou que a aprovação da Lei Maria da Penha é um caso exemplar de exercício de cidadania ativa e da atuação das feministas no espaço público, sendo o resultado de uma bem-sucedida ação de *advocacy* feminista. A autora explica que o movimento feminista no Brasil se desenvolveu a partir dos anos setenta, focando suas bandeiras no direito à igualdade de gênero. Foi a partir do final dos anos setenta que a violência contra a mulher se tornou uma luta específica do movimento feminista, em especial com a aceitação pelos órgãos judiciários, da tese da “legítima defesa da honra”, no qual homens que assassinavam suas mulheres ficavam impunes sob a alegação de adultério.

Barsted destaca a atuação do feminismo brasileiro na promulgação da Constituição Federal de 1988, em que se incluiu a igualdade de gênero e o direito a uma vida sem violência, e enumera vários exemplos da influência do movimento feminista no reconhecimento de direitos das mulheres no Brasil, dentre eles, a Lei n.º9.029, de 13 de abril de 1995 que passou a considerar crime a exigência de atestado de esterilização e teste de gravidez para fins de admissão ou permanência em emprego; a Lei n.º9.046, de 18 de junho de 1995 que determinou que os estabelecimentos penais destinados às mulheres fossem dotados de berçários, onde as condenadas possam amamentar seus filhos; a Lei n.º10.224, de 15 de maio de 2001 que dispõe sobre o crime de assédio sexual; e a Lei n.º11.106, de 28 de março de 2005 que alterou diversos dispositivos do Código Penal de conteúdo claramente discriminatório como, por exemplo, a extinção de punibilidade de estupro que se casasse com a vítima, revogação do crime de rapto de “mulher honesta”, e revogação do crime de adultério.

No âmbito do direito internacional dos direitos humanos, houve a aprovação da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres pela Organização dos Estados Americanos (1994), chamada de Convenção de Belém do Pará, que declarou que a violência contra a mulher é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens.

Por outro lado, à parte de todas estas inovações legislativas no sentido de garantir maior proteção à mulher vítima de violência, houve a aprovação da Lei Federal n.º9.099/95, conhecida como Lei dos Juizados Especiais, que previu que os crimes de menor potencial ofensivo passem a ser resolvidos no âmbito de um juizado especial criminal. Assim, os crimes de lesão corporal e de ameaça no âmbito das relações domésticas passaram a ser tratados por referida lei, ficando claro que sua aplicação

causava a impunidade dos casos de violência contra a mulher, entrando em conflito com a Convenção de Belém do Pará, o que, na prática, resultava na descriminalização da violência cometida contra a mulher:

Cerca de 70% dos casos que chegavam aos Juizados Especiais Criminais envolviam situações de violência doméstica contra as mulheres. Do conjunto desses casos, a grande maioria terminava em “conciliação”, sem que o Ministério Público ou o Juiz deles tomassem conhecimento e sem que as mulheres encontrassem uma resposta qualificada do poder público à violência sofrida (BARSTED, 2011, pp. 27-28).

Assim, as organizações feministas passaram a se mobilizar para a criação de um projeto de lei que provocasse o Estado a sanar o conflito legislativo e impulsionar uma política de enfrentamento da violência contra a mulher.

O movimento feminista se organizou em um Consórcio de ONGs e mulheres operadoras do Direito. As ONGs consorciadas foram: CEPIA ([www.sepia.org.br](http://www.sepia.org.br)), CFEMEA ([www.cfemea.org.br](http://www.cfemea.org.br)), AGENDE ([www.agende.org.br](http://www.agende.org.br)), ADVOCACI ([www.advocaci.org.br](http://www.advocaci.org.br)), CLADEM/IPÊ ([www.cladem.org](http://www.cladem.org)) e THEMIS ([www.themis.org.br](http://www.themis.org.br)). Houve também uma importante atuação nas organizações de direitos humanos CEJIL ([www.cejil.org](http://www.cejil.org)) e CLADEM junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos no caso Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativa de homicídio perpetrada por seu ex-marido.

Conforme explicam Calazans e Cortes (2011, p. 42), em junho de 2002, o Consórcio se reuniu pela primeira vez para elaborar uma minuta de anteprojeto de lei que abarcasse todas as aspirações, contribuindo para erradicar de forma ampla a violência doméstica e familiar contra a mulher. Destas primeiras reuniões resultou um artigo escrito pelas advogadas Leila Linhares Barsted e Rosane Reis Lavigne, divulgado na publicação *Carta da Cepia*, de dezembro de 2002: “As violências mais comuns cometidas contra as mulheres – lesões corporais e ameaças – passaram a fazer parte do rol dos crimes considerados de ‘menor potencial ofensivo’”. (BARSTED; LAVIGNE, 2002, pp. 8-9).

O Consórcio de ONGs definiu que o principal marco do movimento deveria ser a rejeição da Lei n.º 9.099/95 no que se refere à violência doméstica cometida contra as mulheres, dado que esta não é uma violência de “menor potencial ofensivo”. Para isso, seria necessário criar

um novo marco legislativo para tratar da matéria, que deveria ser realizado mediante a elaboração de um Projeto de Lei.

Conforme explicam Calazans e Cortes (2011), as principais fontes para a elaboração da proposta foram os estudos e declarações de organismos internacionais de direitos humanos, entre elas, *Relatório sobre Violência Contra a Mulher, suas Causas e Consequências*, elaborado pela Relatora Especial da Comissão de Direitos Humanos da ONU, Sra. Rashika Coomaraswamy; a Convenção de Belém do Pará; a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (Convenção da Mulher); a Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial da Mulher, Beijing, 1995. O resultado destes estudos foi apresentado em 2003, em um seminário realizado na Câmara dos Deputados à bancada feminina do Congresso Nacional.

O estudo apresentava as seguintes propostas: conceituação da violência doméstica contra a mulher com base na Convenção de Belém do Pará, incluindo a violência patrimonial e moral; criação de uma Política Nacional de combate à violência contra a mulher; medidas de proteção e prevenção às vítimas; medidas cautelares referentes aos agressores; criação de serviços públicos de atendimento multidisciplinar; assistência jurídica gratuita para as mulheres; criação de um Juízo Único com competência cível e criminal através de Varas Especializadas, para julgar os casos de violência doméstica contra as mulheres e outros relacionados; não aplicação da Lei 9.099/1995 – Juizados Especiais Criminais – nos casos de violência doméstica contra as mulheres.

Neste movimento social, um símbolo ficou especialmente marcado como o motivo e fundamento do projeto de lei. Trata-se do caso Maria da Penha Fernandes. Para Piovesam e Pimentel (2011, p. 109) o caso é elucidativo de uma forma de violência que atinge principalmente a mulher - a violência doméstica - e que revela duas peculiaridades: o agente do crime não era um desconhecido, mas seu próprio marido, e as marcas físicas e psicológicas derivadas da violência foram agravadas pela impunidade. As inúmeras violências sofridas por Maria da Penha Fernandes, foram objeto de denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, e ao final, o Relatório da Comissão condenou o Estado brasileiro por violação de seus deveres estipulados no artigo 7º da Convenção de Belém do Pará, e os artigos 8º e 25º da Convenção Americana.

Calazans e Cortes explicam que o projeto foi apresentado à Ministra da Secretaria de Políticas para Mulheres, que prontamente acolheu a proposta, comprometendo-se a dar andamento ao projeto o mais rápido possível. Foi instituído o Grupo de Trabalho Interministerial através do Decreto n.º5.030/2004, com o objetivo de elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher. Com a criação do Grupo Interministerial, foi proporcionada ampla participação da sociedade civil na elaboração do Projeto de Lei.

Nas reuniões, ficou claro que o “inimigo número um” era a aplicação da Lei n.º9.099/95 para os casos de violência contra a mulher. Logo, reforçava-se um dos marcos do movimento que era sobre a rejeição da ideia de que a violência contra a mulher era de “menor potencial ofensivo” (CALAZANS; CORTEZ, 2011, p. 45). Foram convidadas outras organizações e grupos como Articulação de Mulheres Brasileiras (AMB), Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, representações de mulheres indígenas e negras, representantes da Magistratura, da Segurança Pública, do Ministério Público e da Defensoria, Pública e um grupo de juizes do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE).

Contudo, a participação dos juizes do FONAJE acabou por desvirtuar a proposta inicial do Consórcio de ONGs, uma vez que estes propunham a manutenção da competência dos Juizados Especiais Criminais para os casos de violência contra a mulher, ou seja, mantinham a aplicação da Lei n.º9.099/95. O FONAJE parecia não compreender que a Lei n.º9.099/95 era o maior símbolo da impunidade da violência contra as mulheres.

Em novembro de 2004, a Secretaria de Políticas para Mulheres encaminhou a versão final do projeto ao Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres e ao Consórcio de ONGs. Apesar de contemplar muitas das propostas do Consórcio de ONGs, o projeto apresentado pela Secretaria de Políticas para Mulheres, por influência do FONAJE, mantinha a competência da Lei n.º9.099/95 para os casos de violência contra a mulher:

A SPM acatou as ponderações do FONAJE e, diante de sua maior força política, transferiu para o Legislativo qualquer negociação sobre este ponto polêmico do anteprojeto, mesmo diante das posições contrárias, manifestadas em pareceres, do Consórcio de ONGs, da Articulação de Mulheres Brasileiras e da sub-procuradora da República Dr.<sup>a</sup> Ela Wiecko (CALAZANS; CORTEZ, 2011, p. 46).

O Projeto de Lei n.º4.559/2004 foi apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados no dia 3 de dezembro de 2004 e teve o apoio integral da Bancada Feminina e de outros parlamentares, tanto na Câmara como no Senado.

Foi indicada para a Relatoria do Projeto de Lei a Deputada Federal Jandira Feghali (PC do B/RJ). Logo após sua indicação, o Consórcio organizou um debate sobre o Projeto de Lei e convidou a Relatora. O Consórcio apresentou o projeto original e as modificações que resultaram no Projeto de Lei n.º4.559/2004. A deputada se comprometeu a, na medida do possível, realizar negociações junto ao legislativo e à Secretaria de Políticas para Mulheres, no sentido de contemplar as propostas do Consórcio. Na mesma reunião foram elaboradas estratégias do movimento de mulheres (CALAZANS; CORTES, 2011, p. 48), dentre as quais, a constituição de um grupo de apoio para subsidiar os trabalhos da deputada relatora, a realização de audiências públicas regionais em cidades a serem indicadas pelo movimento de mulheres, a busca de recursos para realizar um seminário sobre 10 anos da Convenção de Belém do Pará versus 10 anos da Lei 9.099/1995, a inclusão no calendário de atividades das organizações e redes de debates sobre o projeto.

Estas estratégias constituíram-se na agenda do movimento de mulheres. A realização de audiências públicas se constituiu em uma das principais táticas, e conseguiu atrair a participação e o apoio do movimento de direitos humanos, sindicatos, universidades e da OAB (CALAZANS; CORTES, 2011, p. 50).

A inclusão de outros atores foi importante para divulgar e legitimar o movimento, mas também ampliou as visões sobre o tema. Surgiram propostas relacionadas ao tratamento do agressor (ideologia do cuidado), gerando polêmica com organizações feministas que entendiam que os recursos financeiros deveriam ser aplicados exclusivamente às mulheres em situação de violência.

Vários foram os recursos utilizados pelo movimento (CALAZANS; CORTES, 2011, pp. 55-56): manifestações, mobilizações e campanhas; peças publicitárias apresentando depoimento de mulheres que vivenciaram situações de violência; publicação de folders explicativos, vigílias, cartas aos parlamentares. Houve uma grande adesão ao movimento, inclusive maior do que o esperado.



A tramitação do projeto de lei foi marcada pela pressão do movimento feminista sobre o Congresso e a cada passagem pelas comissões e relatorias, a presença das representantes do Consórcio era marcante.

O Projeto de Lei foi aprovado na forma de substitutivo com a inclusão de emendas, tornando-se a Lei n.º 11.340 de sete de agosto de 2006, denominada Lei Maria da Penha. Prevaleceu a proposta do Consórcio, com o afastamento definitivo da aplicação da Lei n.º 9.099/95 nos casos de violência contra a mulher.

Na Câmara dos Deputados houve um grande consenso em relação ao projeto substitutivo e nos discursos destacavam-se expressões de apoio da bancada feminina do parlamento. Ainda que muitos obstáculos tenham se seguido a partir da aprovação da Lei, em especial na resistência de juristas em sua aplicação, este é um exemplo claro do protagonismo das organizações da sociedade civil no campo vitimológico e na elaboração das leis penais.

Na análise dos discursos envolvidos na elaboração da Lei Maria da Penha, identificamos ao menos três ideologias em conflito: a ideologia abolicionista, representada pelos defensores da aplicação da Lei n.º 9.099/95; a ideologia da reabilitação, representada pelos defensores da ideia de tratamento dos maridos e companheiros agressores das mulheres; a ideologia da retribuição, representada pela defesa da ideia de maior penalização do agressor, em razão do reconhecimento da gravidade representada pela violência contra a mulher.

Há também a inclusão da ideologia do cuidado, com a criação, pela Lei Maria da Penha, de uma rede de apoio composta, dentre outras, pela criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; pela assistência especial para crianças e adolescentes que convivam com tal violência; pela capacitação para a Polícia Militar, Corpo de Bombeiros e Guardas Municipais para lidarem com situações de violência contra a mulher, pela inclusão de diretrizes e princípios pelo Sistema Único de Segurança Pública na assistência à mulher vítima de violência doméstica; pela obrigatoriedade da criação de centros de atendimento psicossocial e jurídico, casas abrigo, delegacias especializadas, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde, centros especializados de perícias médico-legais, centros de educação e de reabilitação para os agressores.

Quanto às políticas públicas para mulheres, atualmente em vigência no âmbito do Governo Federal, está o “Programa Mulher: Viver Sem Violência”, instituído pelo Decreto n.º 8.086, de 30 de agosto de 2013,



que tem por objetivo “integrar e ampliar os serviços públicos existentes voltados às mulheres em situação de violência, mediante a articulação dos atendimentos especializados no âmbito da saúde, da justiça, da rede socioassistencial e da promoção da autonomia financeira”. O eixo de atuação destas instituições, redes e programas é a Lei Maria da Penha.

## **2 OPINIÃO PÚBLICA E VITIMIZAÇÃO: LEI DOS CRIMES HEDIONDOS**

A Lei dos Crimes Hediondos talvez seja a mais criticada na história jurídica brasileira. Isto ocorre em razão da criação de uma distinção subjetiva de gravidade entre crimes, sendo que alguns deles passariam a ser considerados “repugnantes, “abjetos” ou “terríveis”, o que ocasiona uma série de agravamentos na penalização e no cumprimento das penas, e, principalmente, na redução de garantias processuais.

Ocorre que a criação de uma lei que criasse um tratamento diferenciado aos que cometiam crimes considerados mais ofensivos à sociedade foi prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII. Durante os debates da Assembleia Constituinte, um particularmente acirrado envolveu defensores da instituição da pena de morte para crimes comuns e os contrários à sua aplicação. Estes debates, apesar de não terem ao final resultado na adoção da pena de morte para crimes comuns, acenderam uma preocupação dos constituintes de que era necessário adotar medidas mais duras para a punição de crimes considerados mais graves sob a perspectiva da opinião pública.

Dentre os mais fervorosos defensores da pena de morte estava o constituinte Amaral Netto (PDS/RJ), jornalista e político de orientação conservadora. Amaral Netto apresentou na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, uma série de argumentos e pesquisas favoráveis à adoção da pena de morte, dentre as quais, o elevado interesse da opinião pública sobre o tema (a pena de morte foi o segundo tema com maior número de sugestões populares), a pressão popular e a opinião pública favorável à aprovação da pena de morte. Afirmou que a pena de morte estaria prestigiada no mundo, sendo adotada pelos Estados Unidos e por muitos países socialistas. Também argumentou que o sistema carcerário não recupera o criminoso, e que a ideia de recuperação do criminoso é utópica. Segundo o constituinte, a pena de morte já existe no Brasil, através dos esquadrões da morte, e que a institucionalização da

pena de morte acabaria com a demanda por matadores e que podem ser elaboradas garantias para evitar eventuais falhas do Judiciário. Por fim, defendeu que o povo, através de plebiscito, deveria decidir sobre a adoção da pena de morte.

O constituinte Farabulini Júnior (PTB/SP), também de orientação conservadora, argumentou favoravelmente à pena de morte como medida contra a impunidade e a crescente onda de criminalidade nos grandes centros urbanos.

Argumentaram contra a pena de morte, dentre outros, os constituintes José Genoíno (PT/SP), de esquerda, Lysâneas Maciel (PDT/RJ) e Maurílio Ferreira Lima (PMDB/PE), ambos de orientação progressista.

Para estes constituintes, a pena de morte não deveria ser adotada porque a criminalidade tem sua causa na desigualdade social, na miséria e no abandono da população e que a Justiça brasileira é seletiva no processamento e condenação, de modo que apenas os pobres e negros seriam atingidos pela pena de morte. Além disso, o processo de condenação de um criminoso à pena de morte pode estimular outros pré-criminosos a cometerem crimes para chamar a atenção da sociedade. Também argumentaram que o erro judiciário é irreparável, que o Poder Judiciário não está isento de errar e falhar, e, neste caso, errar seria condenar um inocente à pena capital, e que existem alternativas à pena de morte no tratamento de crimes hediondos, de modo que se admite a adoção de outras penas graves, mas não tão definitivas como a pena capital.

Por fim, defenderam que dados sobre experiências de segregação e de endurecimento de penas desmentem o argumento de que reduzem a criminalidade, e que a Assembleia Constituinte deveria se preocupar com normas que irão reger o futuro do país, que as normas constitucionais não devem ser reativas e sim planejar a longo prazo, observando um horizonte de país que se deseja construir.

Também falou o Relator da Comissão, José Paulo Bisol (PMDB/RS), que argumentou que a defesa da pena de morte se limita a dois argumentos: o primeiro é a vingança, o segundo, a erradicação dos crimes hediondos. Por entender que não é lícito legislar sobre o sentimento de vingança social, o relator passou a questionar o argumento sobre a possibilidade de erradicar os crimes hediondos. Para o relator, a eliminação do inimigo é no fundo um genocídio: argumentou que as ditaduras militares elegeram os comunistas como o grande inimigo a ser eliminado. Assim, passaram a matar todos os que achavam serem comunistas, ainda que não o

fossem. Equiparou esta situação à do Papa que ordenou o massacre de toda uma cidade sob o argumento de que “Deus saberá identificar os hereges”.

Prevaleceu o entendimento que o Judiciário e a polícia são órgãos extremamente falhos, e que as instituições de Justiça brasileira são seletivas na condenação das pessoas e apenas responsabilizam os pobres e negros, sendo que instituir a pena de morte é condenar uma massa de brasileiros pobres. Logo, antes de se pensar em pena de morte é necessário tirar da pobreza uma imensa massa de brasileiros e dar a eles condições de vida dignas.

Ao final, a pena de morte para crimes comuns, assim como a prisão perpétua, as penas cruéis e as de trabalhos forçados foram rejeitadas na Subcomissão dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Contudo, a ideia de incrementar a punição de crimes violentos floresceu juntamente com a de outras condutas típicas como o terrorismo, o tráfico ilícito de entorpecentes, a tortura, bem como do crime de racismo e da ação criminosa de grupos armados; todas reivindicando um status diferenciado em relação à lei penal comum. O termo “crimes hediondos” foi sendo cunhado aos poucos nas falas dos constituintes, ainda que não houvesse, naquele momento, uma clara definição de quais seriam estes crimes. A punição dos crimes hediondos, tal como imaginada originalmente pelos constituintes de visão mais conservadora, foi aos poucos sendo migrada da pena capital para a prisão perpétua, e da prisão perpétua para o agravamento das condições processuais e penais.

Assim, além da definição das condutas típicas, havia a discussão sobre as consequências penais que seriam atribuídas a elas, tais como a inafiançabilidade, a imprescritibilidade e a impossibilidade de graça ou indulto. Havia várias propostas sobre a redação do dispositivo em tramitação na Assembleia Constituinte:

- Proposta da Comissão de Sistematização: “Ninguém será submetido à tortura, a penas cruéis ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática de tortura crime inafiançável, imprescritível e insuscetível de graça ou anistia, por ele respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo ou denunciá-lo, se omitirem”.

- Proposta do “Centrão”: “Ninguém será submetido à tortura, a penas cruéis ou a tratamento desumano ou degradante. A lei considerará a prática de tortura, o tráfico de drogas, os crimes hediondos e o terrorismo, crimes inafiançáveis, insuscetíveis de graça ou anistia, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-lo, se omitirem”.

- Emenda José Tavares: “A lei definirá como crimes inafiançáveis o terrorismo, o tráfico de substâncias entorpecentes, ou drogas, determinantes de dependência física ou psíquica, sendo este último definido, também, como imprescritível”.

Em síntese, os constituintes que defendiam a proposta da Comissão de Sistematização enfatizavam a melhor técnica legislativa, mantendo a vedação da tortura como um limite à ação do Estado, em um único artigo que a definia em sua totalidade. Entendia que a tortura é um crime do Estado contra o cidadão, ao passo que os demais tipos penais se referiam a crimes cometidos por cidadãos comuns contra cidadãos comuns. Assim, não caberia a inclusão de qualquer outra figura delituosa (extraído dos discursos do constituinte Antonio Mariz, PMDB/PB). Também argumentavam que o crime de tortura merecia um status diferenciado ao dos demais crimes, em razão dos fatos recentes na história do Brasil, e em razão do status que o crime tem no Direito Internacional (extraído dos discursos do constituinte José Genoíno, PT/RJ).

Por outro lado, os constituintes que defendiam a proposta do “Centrão” argumentavam que não estava em questão a defesa do cidadão contra o Estado, mas a defesa do cidadão contra os crimes hediondos, sejam praticados pelo Estado, sejam praticados pelas pessoas. Também se argumentou que o crime de terrorismo é ainda mais grave que o de tortura, e que o crime de tráfico de drogas financia o terrorismo (extraído dos discursos do constituinte Gerson Peres, PDS/PA).

Realizada a votação, prevaleceu a proposta do “Centrão”.

Na Comissão de Redação, reconheceu-se a necessidade de inserir a expressão “e os definidos como crimes hediondos”, em razão da novidade da expressão no Direito Brasileiro, o que deveria levar o legislador ordinário a definir, em lei específica, o que e quais seriam os crimes hediondos:

Parece evidente que tem razão o Relator, porque crime hediondo dá juízo de valor sobre a conduta. Então, haverá necessidade de a lei estabelecer quais os crimes já definidos na tipificação penal que forem considerados hediondos para efeito de serem inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia (Extraído do discurso do constituinte Nelson Jobim, PMDB/RS, Diário da Assembleia Nacional Constituinte).

Assim, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte foi aprovada a inclusão dos crimes hediondos, equiparados aos crimes de

tortura, terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes. Havia, parece, um consenso dos constituintes em relação a isso; apenas divergências quanto ao status que deveriam ocupar frente a outras condutas consideradas como de especial gravidade. Sem definição legal prévia, os crimes hediondos passaram a fazer parte do sistema jurídico brasileiro por mandamento constitucional.

A Lei dos Crimes Hediondos passou a ganhar forma com a apresentação do Projeto de Lei do Senado n.º50/1990, de autoria do senador Olacir Soares (PFL/AC). Segundo o parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, a filosofia do projeto é “sancionar os culpados pelos crimes de sequestro e de extorsão mediante sequestro segundo a indignação que esses crimes causam à sociedade” (Senador Mauro Benevides, PMDB/CE, Diário do Congresso Nacional, terça-feira, 19 de junho de 1990, p. 3178).

O Projeto de Lei do Senado n.º50/1990, é verdade, não tratava especificamente dos crimes hediondos, mas do agravamento das penas para os crimes de sequestro e extorsão mediante sequestro. Assim mesmo, o projeto foi aprovado em regime de urgência e encaminhado à Câmara dos Deputados em 21 de junho de 1990.

Na Câmara dos Deputados já tramitava o Projeto de Lei n.º3.734/89, de iniciativa do Poder Executivo. O projeto havia sido encaminhado pela Mensagem Presidencial n.º546 de 21 de setembro de 1989 e trazia um conteúdo bem mais amplo do que o projeto do Senado. O projeto do Executivo se originava de estudos do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária-CNPC. O parecer do jurista Damásio Evangelista de Jesus endossava a proposta argumentando que tratava-se de dar eficácia à previsão constitucional, que “procurou o justo equilíbrio” entre os direitos do cidadão autor de crime e os interesses da sociedade.

O Projeto de Lei do Executivo n.º3.734/1989 recebeu parecer favorável unânime da Comissão de Constituição e Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, considerando que a proposta se “constituirá em instrumento válido de defesa da sociedade contra a crescente onda de criminalidade existente no país”.

Ao ser distribuído na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei do Senado n.º50/90 recebeu o Projeto de Lei do Executivo n.º3.734/89 em anexo, resultando no Projeto Substitutivo n.º5.405/90. Todas as demais propostas de lei sobre o assunto que tramitavam na Câmara dos Deputados, também foram anexadas. O novo projeto, na forma do substitutivo

n.º5.405/90, recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, que louvou a possibilidade de o Poder Legislativo “oferecer sua concreta contribuição” diante dos crimes que vinham “causando indignação e repulsa da sociedade”.

Apesar de alguns protestos de parlamentares que apontavam pouco tempo para reflexão e discussão, o Projeto de Lei foi votado e aprovado na Câmara dos Deputados em 29 de junho de 1990, sendo encaminhado ao Senado Federal, para nova revisão.

No Senado, o Projeto de Lei n.º5.405-A/90, (Projeto de Lei do Senado n.º50/90) foi incluído na pauta de votação, tal como na Câmara, em regime de urgência. Novamente o afobamento foi criticado por alguns parlamentares, que protestavam que se corria o risco de aprovar uma lei imperfeita, sem a devida reflexão:

Sr. Presidente, quer apenas que não se diga que aprovamos uma medida penal com essa extensão, sem que houvesse discussão alguma. É a primeira vez que se estabelecem penas dessa proporção (Senador Leite Chaves, PMDB/PR, Diário do Congresso Nacional, quarta-feira, 11 de julho de 1990, p. 3895).

Mais uma vez, infelizmente, estaremos votando aqui, neste instante, matéria da maior importância sem termos tido a oportunidade de um exame completo dos seus efeitos, embora todos sejamos a favor de alguma medida, porque hoje sentimos a necessidade de criarmos condições de um combate mais efetivo a esses sequestros que estão ocorrendo com tanta constância (Senador Jutahy Magalhães, PSDB/BA, Diário do Congresso Nacional, quarta-feira, 11 de julho de 1990, p. 3896).

Assim mesmo, seguindo o Regimento do Senado no que se refere à tramitação com urgência, o Projeto de Lei foi aprovado. E novos protestos se seguiram após a aprovação da Lei:

De qualquer maneira, esta lei atende aos reclamos da nação, atende à emotividade formada no País, por essa onda de acontecimentos criminosos, mas eu quero deixar, para salvar minha responsabilidade, consignado aqui nos nossos Anais a minha posição, como Senador muito responsável, como Presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, como homem que sempre professou o Direito; deixo consignadas, repito, as minhas reservas, graves reservas

a respeito da matéria que acabamos de aprovar (Senador Cid Sabóia de Carvalho, PMDB/CE, Diário do Congresso Nacional, quarta-feira, 11 de julho de 1990, p. 3898).

A Lei dos Crimes Hediondos recebeu a numeração n.º8.072/90, sendo sancionada pelo Presidente da República, com apenas dois vetos, do artigo 4º, referente a competências do Juiz na aplicação da multa, o que deixaria a estipulação totalmente a critério do Juiz, e o artigo 11, que repetia a mesma norma do parágrafo 1º do artigo 2º, que impossibilitava a progressão do regime no cumprimento da penal.

A tramitação da Lei dos Crimes Hediondos foi aprovada em regime de urgência nas duas Casas do Congresso Nacional, o que levou a protestos dos parlamentares sobre a pouca reflexão disponibilizada sobre o assunto. Contudo, a matéria assumiu a urgência em razão dos requerimentos dos próprios parlamentares, sem que naquele momento houvesse oposição por parte de nenhum deles. Esta situação passa a impressão de que a atuação do parlamento se deu de forma atabalhoada, sem reflexão.

Importante recordar que, na época, havia recentemente sido implantado um dos planos econômicos mais desastrosos da história recente do Brasil, o Plano Collor, que confiscou as economias de milhões de brasileiros. Tal situação instalou o caos econômico e social no país, que acabou culminando na completa ingovernabilidade, levando ao impeachment do presidente Fernando Collor de Mello. Tudo isso fazia com que os projetos de lei, de fato, ficassem em segundo plano nas discussões parlamentares.

Ao ser ampliado na Câmara dos Deputados, com a apresentação de Projeto Substitutivo, ocorreu na verdade uma manobra, de forma a incluir o Projeto de Lei do Executivo na tramitação do Projeto de Lei do Senado. Com o retorno do Projeto de Lei, agora na forma de Substitutivo, os senadores ficaram na incômoda posição de aprovar ou rejeitar um projeto que não haviam discutido.

No final, o Senado optou por não se opor ao “clamor popular” e acabou aprovando o Projeto de Lei, mesmo sob protestos.

O projeto inicial, o Projeto de Lei do Senado n.º50/1990, tinha como objeto o novo tratamento a dois tipos penais, o sequestro e a extorsão mediante sequestro. O projeto visava agravar as consequências criminais dos autores de crimes de sequestro e extorsão mediante sequestro, crimes que estava em ascensão na época, atingindo principalmente as classes média e alta do país. Dentre os casos de maior repercussão:



- Antonio Beltrán Martínez, em 1986, Vice-presidente do banco Bradesco, foi sequestrado em São Paulo e permaneceu 41 dias em cativo. Foi libertado depois que sua família pagou um resgate de quatro milhões de dólares.

- Abílio Diniz, em 1989, Presidente do Grupo Pão de Açúcar, o empresário foi sequestrado em São Paulo, no mês de dezembro, e ficou em poder dos criminosos por seis dias. Foi libertado pela polícia, numa operação transmitida ao vivo pela TV antes do pagamento do resgate. A exigência era de 32 milhões de dólares.

- Roberto Medina, em 1990, idealizador do Rock in Rio, o empresário passou 16 dias em cativo no Rio de Janeiro, no mês de junho, e só foi libertado depois que sua família pagou um resgate de 2,5 milhões de dólares.

Estes sequestros tiveram destaque na imprensa nacional, ganhando as primeiras páginas dos principais jornais do país. Para a população e para o Congresso Nacional não havia dúvidas sobre a necessidade de penalizar com maior rigor os autores destes crimes. Assim, o Senado aprovou em regime de urgência o Projeto de Lei do Senado n.º50/1990, certo de que legislava para solucionar uma demanda premente da população.

Ocorre que, ao chegar à Casa Revisora, a Câmara dos Deputados optou por ampliar o projeto inicial, acrescentando dispositivos de outros projetos de lei que já tramitavam na casa. Agregou-se o Projeto de Lei do Executivo n.º3.734/89, que tratava dos crimes hediondos, na forma do inciso XLIII, do artigo 5º da Constituição Federal. Assim, ao projeto inicial, que previa apenas a majoração das penas e agravamento da execução criminal dos crimes de sequestro e extorsão mediante sequestro, foram incluídos:

- Definição dos tipos penais considerados hediondos: latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro, estupro, atentado violento ao pudor, epidemia com resultado morte, envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte, genocídio.

- Definição dos tipos penais equiparados aos hediondos: tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo.

- Aumento da penalização e agravamento da execução criminal: insuscetibilidade de anistia, graça e indulto, fiança e liberdade provisória, majoração das penas mínima e máxima previstas no tipo penal, impossibilidade de progressão de regime e execução da penal em regime



integralmente fechado, agravamento das penas de formação de quadrilha ou bando quando para o cometimento de crimes hediondos e equiparados.

A Lei dos Crimes Hediondos foi duramente criticada pela doutrina e pela jurisprudência. Muitos a reputavam como inconstitucional; outros a apelidavam de legislação do pânico. Mas é certo que a lei não só continua em vigência como foi ampliada para abarcar outros crimes.

### **3 OPINIÃO PÚBLICA E VITIMIZAÇÃO: LEI DOS CRIMES HEDIONDOS II**

Em 1994, foi aprovada a Lei n.º8.930/94, que ampliou o rol de crimes considerados hediondos. O Projeto de Lei foi iniciado pelo Poder Executivo, através da Mensagem Presidencial n.º571 de oito de setembro de 1993, por provocação do Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente do Estado do Rio de Janeiro – CEDCA/RJ. A justificativa da proposta destacou que na aprovação da Lei dos Crimes Hediondos o legislador descurou-se de incluir a “sinistra atividade dos esquadrões da morte ou grupos de extermínio” que têm como alvo predileto crianças e adolescentes envolvidos em infrações patrimoniais.

À Mensagem Presidencial de oito de setembro de 1993, seguiu-se a entrega, diretamente à Presidência da Câmara dos Deputados, de Projeto de Lei de Iniciativa Popular que previa a modificação da Lei dos Crimes Hediondos para a inclusão do homicídio qualificado, que colheu mais de um milhão de assinaturas em todo o país. A exposição de motivos deste projeto de iniciativa popular destaca a impunidade em relação aos crimes de homicídios qualificados, diante uma legislação que “mais parece posta contra as vítimas e a favor dos criminosos”.

Em termos de tramitação, prevaleceu a proposta do Projeto de Lei do Executivo, que havia sido distribuída antes, recebendo o número Projeto de Lei n.º4146/93. O Projeto de Iniciativa Popular tramitou apensado ao Projeto do Executivo.

Ambos os projetos foram apreciados pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados. O Relator Deputado José Luiz Clerot (PMDB/PB) emitiu parecer favorável a ambos os projetos no que tange à constitucionalidade. Contudo, rejeitou o Projeto de Lei proposto pelo Poder Executivo (apresentado pelo CEDCA/RJ), em razão de falhas técnicas: o projeto propunha a hipótese de crime de homicídio cometido em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que

cometido por uma só pessoa, ou seja, admitia um grupo composto por uma só pessoa. Assim, apoiou a proposta de Lei de Iniciativa Popular que previa a inclusão do crime de homicídio qualificado na Lei dos Crimes Hediondos, o que já abrangia a proposta do Poder Executivo.

Ao Projeto de Lei n.º 4146/93, surgiram emendas:

- Emenda Supressiva proposta pelo Deputado Federal Nelson Trad (PTB/MS): propunha a supressão do homicídio qualificado do Projeto de Lei, o que, na prática, suprimia o próprio Projeto de Lei. Argumentou o Deputado que o Projeto de Lei se fundava em bases emocionais e vingativas, e que não atacava as causas da violência, sendo os pobres, as vítimas e os destinatários das infrações penais e das punições.

- Emenda Aditiva proposta pela Deputada Federal Regina Gordilho (PRONA/RJ): propunha incluir no rol dos crimes hediondos os crimes de “colarinho branco” cometidos por políticos tais como desvio de verbas públicas. Argumentava a Deputada que as autoridades políticas do País nunca sofreram sanções nem cíveis nem penais, ficando impunes em suas gestões.

O Projeto foi levado à discussão no plenário da Câmara dos Deputados no dia 24 de março de 1994. Os debates ficaram concentrados nos seguintes temas:

- A proposta carece de fundamentação científica, uma vez que apenas responde ao clamor popular, mas não ataca as causas da criminalidade. A repercussão jurídica do projeto será enorme, e não há estudos suficientes para avaliar seu impacto. (extraído do discurso do Deputado Federal Nelson Trad, PTB/MS, Diário do Congresso Nacional, p. 4297).

- A proposta é uma resposta no combate à impunidade. Menos de 10% dos assassinatos cometidos no País são solucionados. O Projeto de Lei foi objeto de estudo minucioso do Ministério da Justiça e dos membros da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. (extraído do discurso do Deputado Federal Edmundo Galdino, PSDB/TO, Diário do Congresso Nacional, p. 4298).

- O Congresso não deve se levar pela emoção coletiva. A população é desinformada e tendenciosamente desinformada, o que leva a criação de uma opinião pública distorcida. A aprovação do projeto de lei poderia levar a Lei a ser deturpada, por exemplo, por um Promotor de Justiça que oferece denúncia por homicídio qualificado, que vem a ser julgado como homicídio simples, e até o julgamento, prejudicar os direitos do acusado.

(extraído do discurso do Deputado Federal Vital do Rêgo, PDT/PB, Diário do Congresso Nacional, p. 4299).

- É necessário pensar em medidas para acabar com a fome, a pobreza, o analfabetismo e a doença, que são as grandes causas da violência e da criminalidade (extraído do discurso do Deputado Federal Amaury Muller, PDT/RS, Diário do Congresso Nacional, p. 4298).

- A política de ressocialização dos autores dos crimes classificados como hediondos não pode ser igual a que se aplica a um estelionatário, um peculatório ou ao autor de lesão corporal culposa. A Lei dos Crimes Hediondos faz, única e exclusivamente, estabelecer uma distinção na forma do cumprimento da pena. O autor de crime hediondo, quando se recupera, é no longo prazo, de modo que não se pode devolvê-lo à sociedade na mesma velocidade que o autor de outros crimes. (extraído do discurso do Deputado Federal José Luiz Clerot (PMDB/PB), Relator do Projeto, Diário do Congresso Nacional, p. 4300-4301).

O Projeto de Lei foi levado à votação na Câmara dos Deputados no dia 21 de junho de 1994. O parecer emitido pelo Deputado Relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, defendia a rejeição das emendas, que, ao final, foram rejeitadas. Por fim, o projeto de lei, renumerado na forma do Projeto de Lei Substitutivo n.º4.146-C/93 foi aprovado e encaminhado à Casa Revisora.

No Senado Federal, o projeto tramitou como Projeto de Lei da Câmara n.º113/94. O Relator do Projeto, Senador Maurício Corrêa (PSDB/DF), opinou pela aprovação, com uma correção de redação do texto, de modo a retirar os termos “consumado ou tentado”, e alterando o caput do Artigo 1º da Lei de Crimes Hediondos de modo a incluir o termo “consumados ou tentados”.

O Projeto de Lei não suscitou novas discussões. As falas apenas exaltavam o interesse da opinião pública pela aprovação da matéria e o empenho da Sra. Glória Perez na aprovação do projeto. Colocado em votação, foi aprovado e encaminhado à sanção presidencial. A Lei n.º8.930/94 foi sancionada, sem vetos.

O contexto social da aprovação da Lei n.º8.930 de seis de setembro de 1994 foi de grande mobilização popular por maior punição aos autores de crimes de homicídio qualificado. Três fatos motivaram esta mobilização, recebendo ampla cobertura dos meios de comunicação:

- Assassinato da atriz Daniella Perez: No dia 28 de dezembro de 1992, a atriz Daniella Perez, então com 22 anos de idade, foi emboscada e

assassinada com golpes de punhal pelo ator com quem fazia par romântico na novela “De Corpo e Alma”, da Rede Globo de televisão. A mãe da atriz e autora da novela, a novelista Glória Perez, liderou um movimento de coleta de assinaturas para um Projeto de Lei de Iniciativa Popular que tornasse crime hediondo o crime de homicídio qualificado.

- Chacina da Candelária: Na madrugada do dia 23 de julho de 1993, oito crianças e adolescentes que dormiam no pórtico da Igreja da Candelária, região central do Rio de Janeiro, foram assassinados por um grupo de extermínio. O caso gerou grande comoção no país e no exterior.

- Chacina de Vigário Geral: No dia 29 de agosto de 1993, quarenta homens armados e encapuzados invadiram a Favela de Vigário Geral e assassinaram 22 pessoas. Nenhuma tinha passagem pela polícia. No dia anterior, quatro policiais militares foram atraídos ao local por um telefonema anônimo. Tratava-se de uma emboscada de traficantes. Os policiais foram executados. A chacina seria uma vingança pelo assassinato destes quatro policiais militares.

### **3.1 Campanha pela inclusão do crime de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos: Caso Daniella Perez**

A atriz Daniela Perez foi assassinada no dia 28 de dezembro de 1992. Daniella era uma estrela em ascensão na Rede Globo, maior emissora de televisão do País. Atuava na novela “De Corpo e Alma”, programa de maior audiência naquele período. A mãe da vítima, Glória Perez, era a própria autora da novela. O assassino, Guilherme de Pádua, era seu par romântico na novela. Alguns dias antes do crime, os personagens de Daniella Perez (Yasmin) e de Guilherme de Pádua (Bira) haviam rompido o relacionamento. O crime disputou as manchetes dos jornais com a renúncia do Presidente da República Fernando Collor de Mello, após a abertura do processo para o seu impeachment.

Após o assassinato da filha, Glória Perez passou a incluir na novela os temas da impunidade e da morosidade da justiça. A novela foi adaptada para fazer desaparecer os personagens Yasmin, interpretada pela vítima Daniella Perez, e Bira, interpretado pelo autor do homicídio Guilherme de Pádua. Glória Perez passou a liderar uma campanha para incluir o crime de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos, agregando o apoio de muitas pessoas, inclusive no meio artístico, obtendo a simpatia de grande parte da população. No site [www.gloriafperez.net](http://www.gloriafperez.net),

Glória Pérez disponibiliza arquivos pessoais sobre o caso, e faz um relato sobre a campanha de modificação da Lei dos Crimes Hediondos.

A campanha arrecadou mais de um milhão e trezentas mil assinaturas. No site de Glória Perez, destaca-se o apoio do médium Chico Xavier e do Cardeal Dom Paulo Evaristo Arns. A novelista, juntamente com uma comitiva de artistas, familiares de vítimas de crime e juristas, entregou o Projeto de Lei de Iniciativa Popular ao Presidente da Câmara dos Deputados.

### **3.2 Mobilização pela inclusão do crime de homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio: Chacina da Candelária**

No dia 23 de julho de 1993, ocorreu a chacina de um grupo de crianças e adolescentes que dormiam sob uma marquise da Igreja da Candelária no centro do Rio de Janeiro. O crime ficou conhecido como Chacina da Candelária e causou grande comoção nacional e internacional.

Como vimos, o Projeto de Lei do Executivo, proposto pelo Conselho Estadual de Defesa da Criança e do Adolescente do Rio de Janeiro – CEDCA/RJ visava coibir a atuação dos grupos de extermínio, que tinham como alvo preferencial as crianças e adolescentes pobres que eram acusados de cometer pequenos crimes nas regiões centrais das metrópoles. Assim, criou-se uma co-atuação em que, ao passo que as entidades de defesa da criança e do adolescente e de defesa dos direitos humanos se manifestavam exigindo justiça, no Congresso Nacional tramitava o Projeto de Lei do Executivo, que propunha a inclusão do crime de homicídio cometido por grupo de extermínio.

O modo de ação destes grupos, formados por pessoas treinadas para ação armada e organizada, tornava muito difícil a elucidação destes crimes, ainda mais pela disseminação do medo, da intimidação e eliminação de eventuais testemunhas. A proteção das testemunhas de crimes cometidos por grupos de extermínio e crimes cometidos por agentes do Estado motivou a criação, em 1997, no Estado de Pernambuco, do programa de proteção a vítimas e testemunhas.

No caso da Candelária, duas vítimas sobreviventes testemunhas-chaves do caso sofreram atentado a tiros. Uma delas morreu, outra sobreviveu. Na época não havia um programa de proteção a vítimas e testemunhas, sendo que a proteção apenas foi possível por acordos

pontuais para a inclusão das testemunhas em programas de proteção de outros países.

Um fato interessante em relação aos sobreviventes da Chacina da Candelária é que um deles, Sandro Barbosa do Nascimento, protagonizou o caso do sequestro do Ônibus 174 do Rio de Janeiro. Após uma tentativa frustrada de roubar os passageiros de um ônibus da linha 174 no Rio de Janeiro, Sandro manteve várias pessoas como reféns. Após várias horas de sequestro, Sandro enfim, aceitou se entregar. No momento em que se rendia um policial se aproximou e efetuou vários disparos com uma submetralhadora, atingindo a refém Geisa Firmo Gonçalves. Geisa faleceu atingida por disparos do policial e de Sandro. Sandro foi morto na viatura policial, por sufocamento, após ser dominado.

### **3.3 Mobilização pela inclusão do crime de homicídio praticado em atividade típica de grupo de extermínio: Chacina de Vigário Geral**

Pouco mais de um mês após a Chacina da Candelária, um novo massacre chocou o país. Na madrugada do dia 29 de agosto de 1993, cerca de quarenta homens encapuzados invadiram a Favela de Vigário Geral, na Zona Norte do Rio de Janeiro, arrombaram casas e assassinaram vinte e um moradores. Houve três sobreviventes. O caso ficou conhecido como Chacina de Vigário Geral. A chacina teria sido uma vingança pela execução de quatro policiais militares, menos de 24 horas antes, no mesmo local, por traficantes.

As chacinas se tornaram símbolos emblemáticos da violência paraestatal e da impunidade. Muitos relatórios de organizações não governamentais passaram a exigir o esclarecimento destes crimes e a responsabilização dos culpados. Geralmente, as chacinas contam com a participação de agentes do Estado – policiais civis e militares e guardas municipais, e muitas vezes as investigações são prejudicadas em razão desta infiltração de agentes públicos nas investigações.

O aumento do rigor da lei não coibiu a repetição dos casos de chacinas e execuções sumárias praticadas com o envolvimento de agentes do Estado. São muitos os casos em que não há repercussão pública, apenas o sofrimento silencioso das vítimas. Mesmo a morte que, conforme explica Tarrow (1997), é fonte de ação coletiva “pelo efeito que causa nos vivos”, não causa mais nas pessoas a mesma indignação pública, tamanha é a naturalização da violência de nossos tempos. Numa sociedade habituada

com a violência e com a vitimização, raros são os casos que causam eco na opinião pública e mobilizam as pessoas.

Gomes Portão (1982), em estudo sobre os processos de vitimização nos meios de comunicação de massa, explica que a opinião pública, como liberdade de opinião, está ligada aos conceitos de liberdade de expressão e de liberdade de imprensa. Ele explica que há várias concepções de opinião pública: como subproduto de processos educacionais e do crescimento dos meios de comunicação de massa; como fenômeno político, em que grupos de cidadãos se comunicam com seus governos, surgido quando os cidadãos tiveram liberdade de comunicar suas opiniões sem censura; como técnicas de estereotipagem que reduzem a opinião ao mínimo e frustra o esforço e a ação inteligente; como massa apolítica, consumidora de subcultura, condicionada pela TV e manipulada pelos meios de comunicação.

Estas concepções, entre os mais otimistas e os mais pessimistas, não podem deixar de reconhecer que o princípio da livre comunicação, como uma das garantias individuais, deve ser preservado.

Gomes Portão se preocupa com a preservação da intimidade e da imagem das vítimas nos meios de comunicação, bem como as vítimas dos meios de comunicação de massa, e quanto aos dispositivos legais de proteção e as medidas jurídicas de reparação. Para ele, será necessária uma regulamentação que equalize as liberdades públicas com os direitos individuais. A liberdade de imprensa, a liberdade de opinião, a liberdade de pensamento, a liberdade de expressão, devem estar em equilíbrio com o direito individual à privacidade, à imagem, à intimidade, ao respeito individual.

Contudo, frequentemente, nos deparamos com situações em que estes direitos fundamentais entram em conflito. Na vitimologia, há certa dubiedade quanto a este tema. Ao mesmo tempo em que a exposição das vítimas pode ser excessivamente realista para alguns expectadores e chegar ao limite do desrespeito à vítima, por outro lado podem ajudar na apuração de responsabilidades, na adoção de providências pelas autoridades, na criação de políticas de proteção. Na história recente, algumas imagens chocaram a opinião pública mundial e ajudaram a mudar políticas. Por exemplo, a chocante imagem da menina Kim Phuc (Kim Phuc, aos oito anos de idade, foi ferida após sua aldeia ser atingida com bombas de napalm, lançadas pelas tropas norte-americanas), e do menino Aylan Kurdy (Aylan Kurdi morreu afogado aos três anos de idade após a embarcação em que viajava com a família naufragar, quando tentavam



imigrar para a Europa fugindo da Guerra da Síria). As famosas imagens que estas tragédias pessoais geraram não mostram “apenas” uma vítima. Elas nos mostram outra categoria de vítima: a macrovítima.

Para Beristain Ipiña (2004), as macrovítimas provêm de delitos de uma gravidade trágica muito maior que os similares delitos de mesmo gênero, produzindo uma pluralidade de vítimas. Ao nos depararmos com imagens de vítimas individuais, como as que mencionamos, passamos a considerá-las símbolos de uma macrovitimização. Estas macrovitimizações, que até então, mesmo com a ação dos meios de comunicação de massa não estavam postas junto à opinião pública, ganham visibilidade com estas vítimas individuais, passando a determinar a opinião pública de forma predominante e influenciar a ação política de modo efetivo.

Por outro lado, os abusos dos meios de comunicação em massa, em especial na exploração da criminalidade (e da vitimidade) tanto como meio de obter audiência quanto na propagação de ideologias neoconservadoras, tem afetado a forma como se realiza o controle penal em vários países no mundo.

Para Cervini (1994, p. 54), os meios de comunicação de massa mostram para a sociedade uma realidade deformada, pela interação entre a opinião pública e a opinião publicada, ainda mais quando chegam ao delicado âmbito do controle penal, apresentando uma imagem deturpada da criminalidade real, disseminando o medo e a violência e incentivando o agravamento das leis penais:

Sumner e Sutton (1991) também observaram as críticas feitas pelos pesquisadores quanto a forma com que os crimes são retratados pelos meios de comunicação, reforçando os preconceitos da sociedade. As empresas de comunicação não têm o mero interesse de informar, mas principalmente de gerar lucros, atrair a atenção e dar entretenimento. Conforme explica Sumner e Sutton, histórias de crimes sexuais e de assassinatos horrendos ou em série, tem mais probabilidade de gerar audiência. Nesta busca, as empresas de comunicação estimulam um “pânico moral”, iniciando uma série de consequências, tais como o aumento da população preocupada com o crime e com a mudança de leis penais, criando uma atmosfera de “crise perpétua” e prejudicando a capacidade dos governos em pensar políticas públicas a longo prazo.

Schneider (1989, pp. 151-152) explica que as notícias de crime fascinam a população há séculos. São sempre narrados de modo sensacionalista porque cumprem uma função exonerante para a sociedade,



aliviando-a dos aborrecimentos da vida cotidiana. As notícias criminais são interessantes, baratas e fáceis de produzir, assim, criando uma “aliança ímpia entre os meios de comunicação de massas e a sociedade.

No Brasil, os dois principais programas dedicados exclusivamente a temas policiais são o Programa Cidade Alerta (veiculado pela TV Record) e o Programa Brasil Urgente (veiculado pela TV Bandeirantes). Ambos disputam a audiência durante o final da tarde, de segunda a sábado, com sete e dez pontos de média de audiência, respectivamente. Cada ponto corresponde a 67 mil domicílios ou 196 mil telespectadores na Capital de São Paulo. Estando a violência divulgada insistentemente nos programas de televisão, o que faz com que apenas algumas vítimas ganhem a dimensão de macrovítimas?

As macrovítimas têm algumas características:

- Tendem a ser vistas como completamente inocentes: são as crianças e adolescentes; ou foram atraídas pelo criminoso através de arдил ou emboscada, ou aleatoriamente. Os exemplos que podemos citar são as vítimas da Chacina da Candelária e as crianças Isabella Nardoni e Ives Ota.

- Representam fantasias da vida ideal: jovens que retratam uma vida cheia de sonhos e com um futuro que parece promissor, por exemplo Daniella Perez, o casal de adolescentes Felipe Caffé e Liana Friedenbach e as vítimas da Boate Kiss.

- Representam uma ideia ou um ideal de justiça: pessoas que acabam sendo adotadas por ideologias, passando a simbolizar uma causa. São exemplos o ativista Chico Mendes, a Sra. Maria da Penha Fernandes e a missionária Dorothy Stang.

- Representam a sociedade frente ao inimigo comum: pessoas comuns, mas que são vitimadas por uma representação de um inimigo da sociedade, como as vítimas do terrorismo e as vítimas da guerra. Por exemplo, as crianças Kim Phuc e Aylan Kurdy.

Há uma tendência a não se considerar como macrovítimas as pessoas com envolvimento criminoso, as que de alguma forma contribuíram com o crime, bem como aquelas cujos algozes, para a mídia, parecem ser até mais interessantes do que as próprias vítimas (como por exemplo, os pais assassinados pela própria filha, Suzane Richthofen).

Recentemente, o caso de uma adolescente vítima de estupro coletivo no Rio de Janeiro gerou uma grande comoção no movimento de mulheres, em especial, por ter o delegado de polícia encarregado da investigação supostamente insinuado que a vítima teria provocado ou até

consentido com o ocorrido. A repercussão negativa gerou a reação imediata do Congresso Nacional, que aprovou às pressas uma inovação legislativa que agrava as consequências penais para autores e partícipes de crime de “estupro coletivo”. Analisando o caso à luz da noção de macrovitimização, parece que toda a mobilização ocorreu pela vitimização secundária ocorrida após o crime (o tratamento recebido pela vítima na delegacia de polícia, bem como a estigmatização e o preconceito causado à vítima pela sociedade em geral). Ou seja, a macrovitimização não ocorreu em razão da vitimização primária (o crime em si), mas pela vitimização secundária e terciária (as repercussões institucionais e sociais do crime). A resposta institucional não atacou as causas da macrovitimização e do protesto, mas focou-se, como é comum nestes casos, na demagogia da retribuição.

As macrovítimas passam a ser vistas como símbolos de uma vitimização coletiva: Daniella Perez representa as vítimas de homicídios face de uma justiça ineficiente, Maria da Penha Fernandez representa as vítimas de violência contra a mulher frente a uma sociedade machista e uma justiça ineficiente, Isabela Nardoni representa as crianças vítimas de pais violentos, os jovens da Boate Kiss representam as vítimas da negligência do Estado na fiscalização de eventos públicos e privados, a criança Aylan Kurdi representa as vítimas da guerra que tentam imigrar para países seguros que lhes fecham a portas, as crianças e adolescentes da Candelária representam todas as crianças e adolescentes abandonados pela sociedade expostos a violência das ruas. Para que a macrovitimização seja exposta à opinião pública e gere efeitos, é necessário o encontro entre a potencial macrovítima e os meios de comunicação em massa. Neste sentido, os movimentos sociais tendem a promover a macrovítima na mídia, criando uma agenda de movimento.

Na agenda da aprovação da Lei dos Crimes Hediondos observamos que, inicialmente, a defesa da pena de morte na Constituinte de 1988 deixou como resíduo a inclusão da menção aos crimes hediondos no inciso XLIII, do artigo 5º da Constituição Federal.

Para Silva Franco (2007, p. 80), o componente político-criminal que foi a força motriz para a inclusão de tal dispositivo na Constituição Federal é o denominado “Movimento da Lei e da Ordem”. Mas em que consiste a filosofia político-criminal do “movimento da lei e da ordem”? Segundo Silva Franco, o movimento toma como premissa que o tratamento brando que é dado à criminalidade era resultado de “perspectivas dogmáticas

sofisticadas”, sendo necessário retomar o básico do que as pessoas comuns consideram como bem e o mal, ou, no caso, o bem contra o mal.

Esta “criminologia da vida cotidiana” tem como base a ideia de retribuição, ou seja, no aspecto penal é o “olho por olho, dente por dente”. Para isso, o movimento propõe a reforma das instituições e leis penais, de modo a eliminar toda a burocracia e o excesso de garantismo que prejudica a aplicação da doutrina. O crime e o delinquente são vistos como doenças que devem ser combatidas, criando-se uma guerra do bem contra o mal, uma cruzada dos cidadãos “de bem” contra a parte nociva da sociedade.

Toron (1996, p. 93) explica que o “movimento da lei e da ordem” teve origem nos ideais contratualistas de Rousseau e Locke, através do trabalho de Ralf Dahrendorf, *A lei e a ordem*, em que se entendia que o crime e a impunidade representam perigo para o contrato social, em que a ausência da resposta estatal terá como resultado o uso privado da violência, o retorno da guerra de todos contra todos, o justicamento, o linchamento, as milícias, etc. O movimento tende a manipular o sentimento de insegurança da população, criando condições para a implementação de suas políticas:

Assim, no que se refere ao “movimento da lei e da ordem” se torna necessário considerar que os medos da sociedade e sua influência sobre os meios de comunicação, bem como a resposta dos meios de comunicação aos medos da sociedade, se tornam o campo fértil de atuação do movimento. Em termos de movimentos sociais, esta “situação pré-comunicativa” gera uma grande economia de recursos, bastando um fato especialmente mobilizador para dar início a pressões no campo político por reformas nas leis penais e na política criminal. Políticos que representam o “movimento da lei e da ordem”, como o constituinte Amaral Netto, que mencionamos anteriormente, sempre estão dispostos a capitalizar estes eventos para alavancar seus projetos e propostas.

Assim, observamos que a criação da Lei dos Crimes Hediondos, em 1990, foi influenciada primeiramente, pela “onda” de crimes de sequestro nos anos oitenta, com especial cobertura midiática dos casos Antonio Beltrán Martínez, Abílio Diniz e Roberto Medina. O projeto original foi modificado por proposta do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que tratava especificamente da definição do rol dos crimes hediondos. Logo, a conjugação entre manobras legislativas e a dificuldade dos parlamentares em se posicionarem contrários a uma proposta de enorme clamor popular, acabou aprovando a lei.

A segunda “onda” de crimes que influenciaram o incremento da Lei dos Crimes Hediondos em 1994, foi motivada pelo assassinato da atriz Daniella Perez e pelas Chacinas da Candelária e de Vigário Geral. Estes casos deram visibilidade ao que já era noticiado diariamente em relação aos crimes de homicídio qualificado e homicídios múltiplos.

De fato, não há como negar a alta incidência destes crimes no país, que a violência transmitida insistentemente nos programas policiais pode não ser tão descolada da realidade como se pensava, e enfim, que os homicídios fazem parte do cotidiano da população, não só através dos enredos jornalísticos, mas de modo real. É alta a probabilidade de um cidadão brasileiro ter contato com um crime de homicídio, seja através de parentes e amigos, ou mesmo na rua.

Parece que a influência decisiva dos meios de comunicação em massa, na formação da opinião pública em relação às políticas criminais, ocorre quando há o encontro entre a macrovítima e a mídia. Neste momento, a latente vitimização reprimida da população, consistente nas emoções, nos medos, na agressividade, vêm à tona na forma de movimentos de vítimas.

O “movimento da lei e da ordem”, representado no Brasil como uma forma de oportunismo político, se aproveita destes movimentos para legitimarem suas investidas. Vejamos o discurso do constituinte Amaral Netto na sessão que discutiu a pena de morte: “Quem é o povo? Há o meu povo, o povo do Relator, o povo do Presidente, o povo de cada um dos membros da Constituinte. Cada um de nós tem o seu povo”. (extraído do discurso do constituinte Amaral Netto, Assembleia Nacional Constituinte, Atas de Comissões, p. 96). Este discurso evidencia uma ideologia de fragmentação na titularidade de direitos, como as frases “direitos humanos para humanos direitos”, ou “direitos humanos para proteger bandidos”. São críticas aos direitos humanos que atacam sua universalidade. O “movimento da lei e da ordem” apresenta soluções fáceis para o problema da criminalidade e justifica sua legitimidade apresentando pesquisas sobre a alta aprovação popular sobre a pena de morte, o aumento das penas, a redução da maioria penal, etc. Tais soluções, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos, têm sido rechaçadas pela maior parte da doutrina atual porque se provaram falaciosas.

Apesar destas críticas, a Lei dos Crimes Hediondos continua em plena vigência e, continuamente, agregando novos tipos penais:

- Lei n.º9.695, de 20 de agosto de 1998: Incluiu o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais no rol dos crimes hediondos.

- Lei n.º11.464, de 28 de março de 2007: Possibilitou a concessão da liberdade provisória e a progressão de regime aos autores de crimes definidos como hediondos.

- Lei n.º12.015, de sete de agosto de 2009: Deu nova redação ao crime de estupro e de estupro de vulnerável.

- Lei n.º12.978, de 21 de maio de 2014: Incluiu o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável no rol dos crimes hediondos.

- Lei n.º13.104, de nove de março de 2015: Incluiu o crime de feminicídio (homicídio qualificado em razão de condição de sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica ou familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher) no rol dos crimes hediondos.

- Lei n.º13.142, de seis de julho de 2015: Incluiu o crime de homicídio e lesão corporal gravíssima ou seguida de morte, praticado contra agente da segurança pública e militar, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, e seus familiares, no rol dos crimes hediondos.

Há ainda inúmeros projetos de lei que tentam incluir outros tipos penais no rol dos crimes hediondos, entre eles: peculato, inserção de dados falsos em sistemas de informações, concussão, excesso de exação, corrupção passiva e corrupção ativa; roubo e roubo qualificado; porte e da utilização de armas privadas das Forças Armadas; homicídio e lesão corporal praticado em face de guarda municipal ou de agente de trânsito; roubo, furto, receptação e contrabando de defensivos agrícolas; disponibilização de conteúdo na internet ou que ensejarem a prática de atos que causem a morte da vítima; homicídio doloso na direção de veículo automotor, se o agente conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência ou participar, em via, de corrida, disputa ou competição automobilística ou ainda de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; homicídio qualificado aquele praticado contra membros do Ministério Público e Magistratura. Parece não haver limites à inclusão de tipos penais no rol de gravíssimos, quando se trata da demagogia retributiva.

Contudo, se o “movimento da lei e da ordem” vende soluções fáceis para a questão da criminalidade, mormente explorando as oportunidades criadas pela vitimização perpétua e o surgimento de macrovítimas, quando se trata de criar direitos para as vítimas, o mesmo movimento não demonstra o mesmo empenho, como se observa no Projeto de Lei do Senado n.º3.503, de 2004.

#### **4 DIREITOS DAS VÍTIMAS DE CRIMES VIOLENTOS: PROJETO DE LEI DO SENADO N.º269, DE 2003**

Um projeto de lei para garantir os direitos das vítimas de violência foi apresentado pelo Senador José Sarney (PMDB/MA) em julho de 2003. O Projeto de Lei do Senado n.º269/2003 procurava contemplar os direitos previstos na Resolução n.º40/34, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas - Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas de Criminalidade e de Abuso de Poder. A Declaração recomenda medidas para serem tomadas nos níveis nacional, regional e internacional para garantir acesso à justiça e tratamento condigno, restituição, compensação e assistência social para vítimas de crime.

A Declaração das Nações Unidas é hábil em reconhecer que os efeitos da vitimização vão além do ato criminoso, repetindo, inclusive e especialmente, nos órgãos estatais policiais e judiciários, conforme observa Oliveira (1999, p. 116), “tem por finalidade combater ou, quando menos, suavizar os efeitos das vitimizações secundária e terciária”.

Neste sentido, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça para as Vítimas de Crimes e Abuso de Poder, reconhecendo que “milhões de pessoas pelo mundo sofrem dano como resultado do crime e do abuso de poder e que seus direitos não são adequadamente reconhecidos”, assim como que as “vítimas de crime e as vítimas de abuso de poder, e também seus familiares, testemunhas e os que cuidam deles, são injustamente sujeitos a perdas, danos e injúrias” e que “podem sofrer ameaças quando buscam processar seus ofensores”, convoca os Estados Membros a adotarem medidas que deem efetividade aos direitos contidos na Declaração, cujos principais conteúdos são:

- Adoção de conceito de vítima: “Vítima” significa pessoas que, individual ou coletivamente, sofreram dano, incluindo injúrias psicológicas e mentais, sofrimento emocional, perdas econômicas ou prejuízos substanciais em seus direitos, como consequência de ações ou

omissões que são violações criminais na legislação dos Estados, incluindo aquelas leis prescritas para abusos criminosos de poder. O termo “vítima” também inclui os familiares e dependentes da vítima direta e pessoas que têm sofrido danos ao intervir na assistência a vítimas ou na prevenção da vitimização. As vítimas usufruirão dos direitos contidos na Declaração independentemente da identificação do autor dos danos, sua prisão, processamento e condenação, bem como de sua relação com a vítima, inclusive familiar. Os direitos contidos na Declaração serão aplicáveis a todas as pessoas, sem distinção de qualquer tipo, tais como de raça, cor, religião, sexo, idade, idioma, nacionalidade, opinião, práticas e crenças culturais, status familiar ou de nascimento, etnia ou origem social e incapacidades.

- Tratamento digno: As vítimas devem ser tratadas com compaixão e respeito a sua dignidade.

- Acesso à Justiça: As vítimas terão acesso aos mecanismos de Justiça e à pronta reparação pelos danos que tiverem sofrido. Mecanismos judiciais e administrativos deverão ser disponibilizados às vítimas de modo que sejam rápidos, equitativos, baratos e acessíveis. As vítimas devem ser informadas sobre seus direitos e sobre como procurar estes mecanismos.

- Responsabilidades dos órgãos judiciais e administrativos:  
a) informar as vítimas sobre seus direitos e sobre os objetivos, prazos e progressos dos procedimentos relativos a seus casos; b) mostrar os pontos de vista e considerações das vítimas e apresentá-los nos momentos processuais adequados, onde seus interesses pessoais são afetados; c) prestar assistência durante todo o processo; d) tomar medidas para reduzir os inconvenientes às vítimas, proteger sua privacidade, garantir sua segurança, bem como a de seus familiares e testemunhas de intimidação e retaliação; e) evitar demoras desnecessárias na resolução dos casos e na execução de decisões e sentenças que concedam indenizações às vítimas.

- Restituição: Refere-se a todas as medidas que restitua a vítima ao seu *status quo* anterior à violação do direito;

- Compensação: Quando pela natureza e extensão do dano não se puder restituir a vítima à condição anterior, deve-se indenizá-la pelos danos emergentes, danos morais e lucros cessantes;

- Responsabilidade do Estado: Quando não se puder obter do causador do dano a devida reparação, o Estado deverá proporcionar uma indenização às vítimas. O Estado deverá criar e manter fundos para indenizar as vítimas;



- Assistência: As vítimas devem receber assistência material, médica, psicológica e social através de meios governamentais, voluntários e comunitários. As vítimas devem ser informadas dos serviços existentes e encaminhadas a eles com acesso facilitado. Os funcionários da polícia, da justiça, da saúde, do serviço social e de outros serviços devem receber treinamento para melhor atender às necessidades das vítimas.

Para atender a estes direitos, o Projeto de Lei do Senado n.º 269/2003, estabelece de forma clara: os direitos das vítimas, o conceito de vítimas, a assistência financeira às vítimas, a criação do Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos, normas gerais para o acesso ao benefício.

A justificativa do Projeto fundamenta-se também no artigo 245 da Constituição Federal: “A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito” (Artigo 245, Constituição Federal).

A origem do artigo remonta às discussões da Assembleia Nacional Constituinte que, na mesma linha da argumentação da defesa da pena de morte e da prisão perpétua, abordava o sofrimento das vítimas em contraste com os benefícios concedidos aos criminosos, e em igual importância, da pressão dos Sindicatos dos Transportadores Rodoviários Autônomos de Bens que denunciavam os crimes de latrocínio dos quais eram vítimas frequentes de quadrilhas que atuavam nas rodovias. Assim, podemos concluir que, da mesma forma que os Crimes Hediondos, a assistência às vítimas prevista no artigo 245 da Constituição, também é fruto destas discussões.

Na Justificação do Projeto de Lei, se explica que a proposta parte das seguintes premissas: a) a segurança pública é uma questão central da vida política brasileira; b) a vítima merece a solidariedade do Estado, não a sua piedade ou comiseração; c) os gastos orçamentários devem contemplar de forma crescente a assistência às vítimas de crimes violentos ou herdeiros e dependentes carentes. A Justificação esclarece, ainda, que a proposta não fixa a responsabilidade objetiva do Estado na indenização às vítimas, mas cria um modelo de assistência financeira, baseado em princípios de solidariedade social, em que o Estado ficará sub-rogado no direito de indenização da vítima até o montante da quantia repassada, patrocinando uma modesta, ainda que efetiva, “divisão social dos custos da violência”.



O Projeto de Lei propõe a criação de um Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos, contando com receitas ordinárias e outras receitas vinculadas, tais como multas decorrentes de sentenças penais transitadas em julgado e fianças quebradas ou perdidas. Reconhece, ainda, a necessidade de dar assistência às vítimas de “bala perdida”.

O Projeto de Lei foi apresentado no dia 8 de julho de 2003 e colocado em votação, em regime de urgência, no dia 5 de maio de 2004. O Projeto recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, e destacou que se trata de um projeto de “conteúdo humanitário, o que raras vezes vemos em nossa Casa de leis” (Senador Ramez Tebet, PMDB/MS).

Não houve senadores inscritos para novas discussões. O Projeto de Lei foi aprovado e encaminhado à Casa Revisora. Destaca-se que a rápida aprovação do Projeto também foi motivada pelo fato de seu autor, o Senador e ex-Presidente da República José Sarney, ser também o Presidente do Senado na época.

O Projeto de Lei chegou à Câmara dos Deputados em 10 de maio de 2004 e foi encaminhado para elaboração de parecer das Comissões de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Finanças e Tributação, e Constituição e Justiça e Cidadania.

Analisando o extrato da tramitação do Projeto de Lei na Câmara dos Deputados, conclui-se que, a partir do momento da designação dos respectivos relatores das mencionadas Comissões, iniciou-se uma disputa entre políticos de oposição a governo, que pugnam pela aprovação e políticos da situação, que pugnam pela rejeição do Projeto.

Focamos, em especial, na atuação do relator do Projeto na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, Deputado Federal Luiz Couto (PT/PB), que deu parecer contrário à aprovação, pela inconstitucionalidade, injuridicidade, má técnica legislativa, e, no mérito, pela rejeição. Parece difícil concordar com os argumentos expostos no Parecer do deputado Luiz Couto, como será explicado a seguir.

O Parecer afirma que o Projeto de Lei peca pela inconstitucionalidade quando propõe a criação de um fundo através de Lei Ordinária, citando o artigo 165, parágrafo 9º da Constituição Federal: “Cabe à lei complementar: Estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos”. Na realidade, o dispositivo constitucional se refere à criação de

uma Lei Complementar que estabeleça as condições para a instituição e o funcionamento de fundos, não os próprios fundos. Um exemplo é o Fundo de Direitos da Criança e do Adolescente, criada pelo artigo 260 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é uma lei ordinária (Lei n.º8.069/90).

Da mesma, o suposto conflito entre poderes não ocorrerá, se o Poder Executivo e o Poder Legislativo entenderem que as matérias aprovadas pelo Legislativo ou encaminhadas pelo Executivo para aprovação pelo Legislativo são assuntos de interesse público. Logo, a alegação de inconstitucionalidade em razão de conflito de competências não passa de uma questão de divergência quanto ao próprio mérito do Projeto.

O Parecer confunde a Lei n.º9.807/99, que cria o Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas, com o Projeto de Lei, entendendo que tratam da mesma matéria. Contudo, não se pode confundir a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas com um Projeto de Lei de assistência a vítimas de crimes. Uma trata de pessoas ameaçadas em razão de colaborarem com a investigação ou o processo criminal, outra de pessoas lesadas por fatos criminais, havendo diferentes intervenções e diferentes necessidades e demandas. Uma vítima de crime sofre muitos danos, mas se não tem informações para o esclarecimento do crime e se não estiver sob grave ameaça, não tem acesso ao Programa de Proteção.

Também rejeita os direitos das vítimas proclamados no Projeto de Lei por entender que “repisam em sua quase totalidade” no que já existe na legislação. Assim, se ignora completamente a Resolução 40/34 da Assembleia das Nações Unidas – Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crime e de Abuso de Poder, chegando a ironizar a inclusão da definição de “vítima” no Projeto, apesar de ser um conceito legal definido pela Resolução n.º40/34 das Nações Unidas. O Parecer ignora os efeitos da vitimização secundária, fenômeno reconhecido de modo consensual pela doutrina vitimológica. Da mesma forma, o direito a exigir a reparação dos danos do próprio criminoso é medida inócua, uma vez que o delinquente é, em geral, insolvente.

É apenas ao final que se revela o verdadeiro motivo da resistência à aprovação do Projeto. Segundo o parecer, aprovado o Projeto de Lei, considerando os atuais índices de violência, o Estado seria obrigado a priorizar a compensação financeira dos danos sofridos pelas vítimas, ao invés de combater suas causas. Logo, podemos concluir que a intenção do relator é minimizar as despesas obrigatórias do Governo e que, apesar de tentar argumentar juridicamente a inviabilidade do projeto de lei, na

realidade, a questão de fundo não é de constitucionalidade e juridicidade, e deveria seguir seu curso para votação em plenário, para que fosse analisado seu mérito. Contudo, o mesmo Parecer tem sido apresentado em todas as ocasiões em que o Projeto de Lei é colocado em discussão: em 30 de março de 2005; em quatro de abril de 2006; em 17 de abril de 2007; em dois de junho de 2011. Assim, conclui-se que se trata de manobras legislativas para esquivar o parlamento de apreciar uma medida de interesse público, ainda que com grande potencial para expor os parlamentares aos discursos “vitimodemagógicos”, o que poderia se converter em um inconveniente político.

Assim, apesar da rápida aprovação do Projeto de Lei no Senado Federal, o mesmo não ocorreu na Câmara dos Deputados, provavelmente em razão da falta de interesse do Governo Federal em sua aprovação, criando uma longa disputa entre os partidos de oposição, favoráveis ao Projeto, e os partidos do Governo, contrários ao Projeto.

## CONCLUSÃO

Concluimos que, no que se refere à atuação parlamentar na aprovação de projetos “vitimodemagógicos”, é mais provável que sejam aprovadas leis alinhadas à ideologia da retribuição do que as alinhadas à ideologia do cuidado. De fato, o endurecimento das leis penais é de muito mais fácil aprovação e execução. Não compromete as despesas do governo e tem alto impacto eleitoral. Ao contrário, as leis que preveem direitos, instituições e cuidados para as vítimas são custosas para o governo, causam demandas para as instituições públicas e seus funcionários, e têm pouca visibilidade eleitoral, com o agravante de se abrirem novos espaços para que o cidadão interaja com as instituições, fazendo petições, trazendo demandas novas, reclamações, etc.

Logo, sem outra opção, o que podem fazer as vítimas e familiares de vítimas de crimes como homicídio doloso, latrocínio, sequestro, roubo, tortura, lesão corporal, etc.? A estas vítimas resta aderir à ideologia do “movimento da lei e da ordem”, fomentando a ideologia da retribuição. Isto gera um novo ciclo de vingança estatal, do qual se aproveitam os políticos conservadores e toda uma gama de políticas e ideologias conservadoras, como o incremento do Estado Policial e Carcerário, a redução de investimentos sociais, a desagregação do tecido social, a criação de uma sociedade civil fragilizada, tudo com evidentes impactos negativos na

sociedade. Em síntese, trata-se do retorno do Talião na justiça criminal, como a reivindicação possível dos movimentos de vítimas de violência.

## REFERÊNCIAS

Assembleia Nacional Constituinte - 20 anos. Subsecretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Anais. (Apresentado por Senador Garibaldi Alves Filho e Deputado Federal Arlindo Chinaglia). Brasília, 2008.

BARSTED, Leila Linhares; LAVIGNE, Rosane Reis. “Proposta de lei de violência doméstica contra as mulheres”. *Carta da Cepia*. Rio de Janeiro: Sepia, 2002, ano VIII, n.º10, Dezembro de 2002, pp. 8-9.

\_\_\_\_\_. “Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista”. En CAMPOS, Carmen Hein (org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Protagonismo de las víctimas de hoy y mañana (Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. “O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha”. En CAMPOS, Carmen Hein (org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Izabel. *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*. València: Tirant lo Blanch, 2010.

CERVINI, Raúl. “Incidencia de las ‘Mass Media’ en la expansión del control penal en Latinoamérica”. En *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março 1994, Ano 2, n.º5, pp. 37-54.

Diário da Câmara dos Deputados, quinta-feira, 23 de março de 2006, pp. 14350-14366.

Diário do Congresso Nacional (Seção I), quarta-feira, 22 de junho de 1994, pp. 10132-10134.

Diário do Congresso Nacional (Seção I), quinta-feira, 28 de junho de 1990, pp. 8006-8009.

Diário do Congresso Nacional (Seção I), sexta-feira, 25 de março de 1994, pp. 4297-4304.

Diário do Congresso Nacional (Seção I), sexta-feira, 29 de junho de 1990, pp. 8229-8234 e 8240-8243.

Diário do Congresso Nacional (Seção II), quarta-feira, 11 de julho de 1990, pp. 3894-3898.

Diário do Congresso Nacional (Seção II), quarta-feira, 31 de agosto de 1994, pp. 4950-4952.

Diário do Congresso Nacional (Seção II), quinta-feira, 14 de junho de 1990, pp. 3085 e 3098.

Diário do Congresso Nacional (Seção II), quinta-feira, 21 de junho de 1990, pp. 3258-3259.

Diário do Congresso Nacional (Seção II), sexta-feira, 18 de maio de 1990, pp. 2111-2112.

Diário do Congresso Nacional (Seção II), terça-feira, 10 de julho de 1990, pp. 3860 e 3863.

Diário do Congresso Nacional (Seção II), terça-feira, 19 de junho de 1990, pp. 3178-3179.

Diário do Congresso Nacional (Seção II), terça-feira, 19 de junho de 1990, pp. 3178-3179.

Diário do Senado Federal, quarta-feira, 9 de julho de 2003, pp. 17333-17339.

Diário do Senado Federal, quinta-feira, 6 de maio de 2004, pp. 12352-12357.

Dossiê do Projeto de Lei n.º4146/93, Câmara dos Deputados.

Extrato de tramitação do Projeto de Lei n.º3503/2004, Câmara dos Deputados.

Extrato de tramitação do Projeto de Lei n.º4559/2004, Câmara dos Deputados.

GOMES PORTÃO, Ramão. *A vítima nos meios de comunicação de massa*. São Paulo: Editora Traço, 1982.

KIRCHHOFF, Gerd Ferdinand. “Vitimologia: um empreendimento supérfluo?”. En KOSOVSKI, Ester; MAYR, Eduardo; PIEDADE JR., Heitor. *Vitimologia em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

KOSOVSKI, Ester. “Cidadania, Direitos Humanos e Vitimologia”. En PINAUD, João Luiz Duboc; PEDRINHA, Roberta Duboc (coord.). *Estudos Contemporâneos das Ciências Criminais na Defesa do Ser Humano. Homenagem a Evandro Lins e Silva*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

LARRAURI, Elena. “Victimología”. En ESER, Albin et al. *De los Delitos y de las Víctimas*. Buenos Aires: AD HOC, 1992.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal. Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatório n.º 54/01, caso n.º 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes*. Washington: Comissão Interamericana de Direitos Humanos/OEA, 4 de abril de 2001.

Parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, Projeto de Lei n.º 3503, de 2004. Câmara dos Deputados.

Parecer da Comissão de Finanças e Tributação, Projeto de Lei n.º 3503, de 2004. Câmara dos Deputados.

Parecer da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Projeto de Lei n.º 3503, de 2004. Câmara dos Deputados.

PIOVESAN, Flavia; PIMENTEL, Silvia. “A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional do Brasil”. En CAMPOS, Carmen Hein (org.). *Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

SCHNEIDER, Hans Joachim. “La criminalidad en los medios de comunicación de masas”. *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, ene-abr. 1989, v. 11, n.º 37.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos. Notas sobre a Lei 9.082/90*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SUMNER, C. J. ; SUTTON, A. C. “Vítimas de crime e dos meios de comunicação”. En KOSOVSKI, Ester (org.). *Vitimologia. Enfoque Interdisciplinar. Trabalhos apresentados no 7º Simpósio Internacional de Vitimologia. Rio de Janeiro, agosto de 1991*. Rio de Janeiro: Reptoarte, 1993.

TARROW, Sidney. *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política* (versión Hermínia Bavia y Antonio Resines). Madrid: Alianza Editorial, 1997.

TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos. O mito da repressão penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

VAN DIJK, J. J. M. “Ideological trends within the victims movements: An international perspective”. En MAGUIRE, M.; POINTING, J. (eds.). *Victims of crime: A new deal?* Milton Keynes, Open University Press, 1988.





# UMA INTRODUÇÃO À TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL: ORIGENS, ATUALIDADES, CRÍTICAS E REPERCUSSÕES NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

## NA INTRODUCTION TOWARDS DIFFERENTIAL ASSOCIATION THEORY: ROOTS, ACTUALITIES, CRITIQUES AND REPERCUSSIONS IN ECONOMIC CRIMINAL LAW

Hamilton Gonçalves Ferraz\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Origens históricas e sociológicas da teoria da associação diferencial. 2 A associação diferencial em Sutherland. 2.1 Primeiras elaborações (1924-1939). 2.2 A consolidação teórica da associação diferencial (1939). 2.3 Acréscimos e reformulações: os nove princípios da associação diferencial (1947). 3 Críticas, correções e atualizações da associação diferencial: as modernas teorias da aprendizagem. 3.1 Críticas à associação diferencial. 3.2 Novas formulações teóricas a partir da associação diferencial: teorias das subculturas criminais e rotulacionismo (*labelling approach*). 3.3 Reformulações contemporâneas: novas teorias da aprendizagem. 4 Considerações finais. 4.1 O legado de Sutherland para a Criminologia. 4.2 A aprendizagem e o Direito Penal Econômico: perspectivas e possibilidades. Referências.

**RESUMO:** Analisa-se a teoria da associação diferencial desenvolvida por Edwin Sutherland, seus desenvolvimentos posteriores e as implicações das teorias da aprendizagem no Direito Penal Econômico. Nesse sentido, são apresentadas as origens históricas e sociológicas da associação diferencial; suas configurações ao longo dos estudos de Sutherland e suas críticas, correções e atualizações para, ao final, levantar o legado da teoria associação diferencial para a Criminologia contemporânea e propor possibilidades de aproveitamento das teorias da aprendizagem no Direito Penal Econômico.

**Palavras-chave:** Teoria da Associação Diferencial. Direito Penal Econômico.

**ABSTRACT:** *The paper studies the differential association theory, developed by Edwin Sutherland, its further formulations and the implications of learning theories in Economic Criminal Law. In this way, it is presented the historical and sociological origins of differential association; its layouts during Sutherland's studies and its critiques, corrections and updating's in order to, at the end, set up the legacy of differential association theory to contemporary Criminology and propose possibilities of utilizing learning theories in Economic Criminal Law.*

**Keywords:** *Differential Association Theory. Economic Criminal Law.*

## INTRODUÇÃO

O Brasil vivencia em sua história democrática recente um momento bastante sensível. Ao mesmo tempo em que são revelados grandiosos esquemas de corrupção e fraude contra, pelo e em parceria com o Estado, as tensões entre público e privado, liberdades individuais e segurança, e garantias fundamentais e eficiência nunca estiveram tão elevadas.

---

\* Mestre em Direito penal pela Faculdade de Direito do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Trata-se de um contexto político, econômico e social que muito se assemelha àquele experimentado pelos primeiros sociólogos e criminólogos do século XX, notadamente dos EUA, e que foram responsáveis por desenvolver e elaborar as primeiras grandes teorias e estudos a respeito do crime e do criminoso envolvendo as classes econômicas e políticas mais favorecidas. Estes pesquisadores formaram as primeiras sedimentações teóricas fundamentais para o moderno Direito Penal Econômico, e até hoje são de estudo obrigatório para todos que buscam dominar a matéria.

Por estas circunstâncias, o presente artigo se justifica. Aproveitando o ensejo do conturbado cenário político, jurídico e econômico brasileiro contemporâneo, pretende-se apresentar e introduzir com maior profundidade a teoria da associação diferencial, elaborada por Edwin Sutherland<sup>1</sup>. Adverte-se desde já que, embora seja tema de muito interesse para a Criminologia e para as ciências criminais, não se pretende aqui levantar uma biografia do criminólogo e seus percursos profissionais<sup>2</sup>. De forma mais modesta e objetiva, serão traçadas as origens históricas

<sup>1</sup> Evidentemente, não seria possível, em um único artigo científico, explorar toda a obra de Edwin Sutherland em detalhes. Nesse sentido, para este trabalho, selecionou-se, dentro do possível, as obras mais representativas do pensamento do autor: SUTHERLAND, 1931; 1940; 1999; \_\_\_\_\_, CRESSEY, 1978. É verdade que esta última obra é fruto de atualização de seu discípulo, Donald Cressey; entretanto, observa-se que o pensamento de Sutherland não sofreu alterações, sendo objeto de atualização apenas as críticas posteriores ao seu pensamento e as respostas desenvolvidas por Cressey. Além dos trabalhos de Sutherland, recorreu-se a obras de seus destacados e reconhecidos estudiosos, conforme será percebido ao longo do texto.

<sup>2</sup> De modo muito sucinto, Edwin Hardin Sutherland (1883-1950) estudou Sociologia na Universidade de Chicago em um curso por correspondência, estudando com Charles Henderson (de onde viriam influências para os estudos dos crimes de colarinho branco). De 1909 a 1911 lecionou sociologia e psicologia na Grand Island College. Regressa à Universidade de Chicago em 1911 para finalizar seus estudos, tendo aulas com Thorstein Veblen, adquirindo noções de economia política. Entre 1913 e 1919 lecionou na William Jewel College, Missouri; Universidade de Illinois (1919-1926); Universidade de Minnesota (1926-1929); Universidade de Chicago (1930-1935) e, finalmente, Universidade de Indiana (1935-1949), tendo sido professor visitante em várias universidades de outros estados, como Kansas e Washington. Dentre seus discípulos mais famosos encontram-se Albert Cohen, Lloyd Ohlin, Donald Cressey, Daniel Glaser e Marshall Clinard (ÁLVAREZ-URÍA, 1999, p. 17-25; MAISONNAVE, 2011, p. 71-75; no Brasil, LEMOS, 2015, p. 8).

e sociológicas de sua teoria explicativa da delinquência; sua elaboração e configurações que assumiu ao longo das pesquisas de Sutherland; as principais críticas, correções e atualizações da associação diferencial (as modernas teorias da aprendizagem) para, ao final, efetuar-se uma análise de sua contribuição teórica e em que medida pode enriquecer a dogmática penal econômica.

## 1 ORIGENS HISTÓRICAS E SOCIOLOGICAS DA TEORIA DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL

Apesar do título do tópico, não se enfrentará, por hora, a conceituação da teoria da associação diferencial<sup>3</sup> para se privilegiar a identificação de suas raízes históricas e sociológicas. No momento, na lição de Artur Gueiros, é suficiente que se compreenda que, por esta teoria, o comportamento criminoso, como qualquer outro, é consequência de um processo que se desenvolve no seio de um grupo social, produzindo-se por interação com indivíduos que violam determinadas normas. A causa geral para o delito, em todo agrupamento social, seria a aprendizagem (SOUZA, 2011, p. 111).

Sutherland pesquisou, lecionou e viveu um momento histórico muito peculiar. Ao final do século XIX e nas primeiras décadas do século XX, os EUA transformavam-se num grande eixo econômico, palco das mais diversas disputas e contradições políticas, econômicas, e sociais, receptor de levas maciças de imigrantes e começa a experimentar uma crescente conflitividade social. Em um berço não muito calmo nem confortável nascia o *welfare state* americano, que encontraria em Chicago um lugar privilegiado para seu florescimento através da sociologia e de uma nova e nascente criminologia sociológica (BATISTA, 2011, p. 66-67; ANITUA, 2008, p. 481-488; SHECAIRA, 2011, p. 204-208).

É neste local, na primeira metade do século XX, que se forma a chamada “Escola de Chicago”<sup>4</sup>. Apesar de congregar inúmeros sociólogos e criminólogos com perspectivas distintas, ela se destaca por ressaltar a

---

<sup>3</sup> Como se observará adiante, a teoria da associação diferencial assumiu mais de uma formulação ao longo dos trabalhos de Sutherland.

<sup>4</sup> Também chamada de “Escola Sociológica de Chicago”, “Escola Criminológica de Chicago” e mesmo “Escola Ecológica de Chicago”. Neste trabalho, utiliza-se genericamente a expressão “Escola de Chicago” dado que o objeto do artigo já se refere às suas contribuições sociológicas e criminológicas.

importância etiológica do fator ambiental e suas estreitas correlações com índices de delinquência; as características físicas e sociais de determinados espaços urbanos e como estes elementos geram criminalidade e explicam a distribuição geográfica do delito (MOLINA, 2003, p. 743). A obra fundamental desta corrente criminológica é *Delinquency Areas*, de Clifford Shaw, de 1929, que, sistematizando dados oficiais concernentes à delinquência juvenil em Chicago, possuía como principal objetivo observar os locais urbanos onde grassava a criminalidade ao longo dos anos, para verificar a possibilidade de se falar em áreas criminais (TANGERINO, 2011, p. 127-128).

A influência da Escola de Chicago no pensamento de Sutherland é amplamente reconhecida. É interessante notar que o criminólogo estudou na Universidade de Chicago entre 1904-1906 (em que realizou um curso por correspondência) e em 1911, onde finalizou seus estudos, além de trabalhar no Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago entre 1930-1935, quando então passou a lecionar na Universidade de Indiana. Vale destacar uma marca distintiva de Sutherland: sua proximidade com a Economia Política (também em Chicago), por influência de Thorstein Veblen (ÁLVAREZ-URÍA, 1999, p. 17-24; MAISONNAVE, 2011, p. 73-75).

Uma segunda influência (proveniente também da Escola de Chicago) está no interacionismo simbólico de George Mead e John Dewey, isto é, a ideia segundo a qual as pessoas atuam de acordo com o significado, de onde advém a necessidade de se analisar como esses significados são aprendidos na interação (ANITUA, 2008, p. 491; MOLINA, 2003, p. 845)<sup>5</sup>.

Uma terceira grande influência sofrida por Sutherland se deu pela obra de Thorsten Sellin, "Cultura, crime e conflito", de 1938, da qual se apreende a ideia de "conflito cultural", que se presta a distinguir por que indivíduos apreendem valores normativos distintos e não alguns gerais e idênticos (ANITUA, 2008, p. 491).

Sutherland também se amparou na noção de "desorganização social". Embora ela deva muito às pioneiras formulações de Durkheim, que concebera a "anomia" como um limite ao desvio, produzindo um "estado de desorganização" (BATISTA, 2011, p. 65), esta ideia foi amplamente adotada pela Escola de Chicago (em especial, Shaw e Mackay), significando

---

<sup>5</sup> Segundo Shecaira, Mead ainda seria, mais tarde, autor de propostas teóricas importantes que dariam sequência ao pensamento de Sutherland (SHECAIRA, 2011, p. 217).

um produto de “patologia social”, que ocasionava um comportamento desviado, no sentido de que os padrões normativos necessários para o comportamento “normal” não chegavam a todos os níveis do corpo social, a própria sociedade (TAYLOR, WALTON, YOUNG, 1997, p. 140-141).

Uma última influência, mais controversa, se refere à obra de Gabriel Tarde, *Les Lois de l'imitation*, (“As leis da imitação”), de 1890. Tarde partia do pressuposto de que o ser social, enquanto social, é imitador por essência, e que “a imitação desempenha nas sociedades um papel análogo àquele da hereditariedade nos organismos ou da ondulação nos corpos brutos” (TARDE, 1890, p. 12). Sutherland não admitia a influência do sociólogo francês e esta discussão causa polêmica no meio criminológico<sup>6</sup>; porém, de qualquer forma, é um notável antecedente histórico da noção contemporânea de aprendizagem.

Apresentadas, sucintamente, as raízes do pensamento de Sutherland, passa-se à exposição e análise de sua teoria criminológica.

## **2 A ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL EM SUTHERLAND**

### **2.1 Primeiras elaborações (1924-1939)**

Na leitura de Gerben Bruinsma, a teoria da associação diferencial possui um notável desenvolvimento e aperfeiçoamento. Sutherland publicou diferentes versões de sua explicação do crime em quatro sucessivas edições de seu livro de Criminologia (*Principles of Criminology*) ao longo de um período de vinte anos, além de outros textos publicados, variando palavras, conceitos centrais e mecanismos causais (BRUINSMA, 2014, p. 1065).

O esboço inicial da teoria surge na primeira edição do seu manual, “Criminologia”, de 1924. Nesta obra, as linhas gerais da associação diferencial podem ser encontradas: (i) a busca por uma explicação universal do crime; (ii) uma atenção à interação do indivíduo e seu ambiente social; (iii) o interesse em conflitos culturais e macrosociais e suas consequências para o indivíduo; e (iv) a ideia de que o crime, como

---

<sup>6</sup> Apresentando a discussão e admitindo sua influência, SOUZA, 2011, pp. 105-146. No mesmo sentido, SHECAIRA, 2011, p. 203; Bustos Ramírez e Roberto Bergalli elencam, juntamente com Tarde, outras famosas teorias da aprendizagem, oriundas de Ebbinghaus e Pavlov (BERGALLI, RAMÍREZ, MIRALLES, 1983, p. 117).

qualquer outro comportamento, é aprendido e não um resultado de defeitos hereditários (BRUINSMA, 2014, p. 1066).

Na segunda edição de seu livro (1934), agora chamado “Princípios de Criminologia”, Sutherland acrescenta que “a falha para seguir um padrão prescrito é devida à inconsistência e falta de harmonia nas influências que dirigem o indivíduo”. Nesta fase, o criminólogo americano se encontra mais aproximado dos ideais da “Escola de Chicago” (BRUINSMA, 2014, p. 1066), já analisada anteriormente.

No seu “O Ladrão Profissional” (*The Professional Thief*), de 1937, Sutherland pela primeira vez emprega o conceito de “associação diferencial”, no caso, em sentido bastante estreito e pouco elaborado, para se referir às associações, relações sociais, interações sociais levadas a cabo entre criminosos, como condição de entrada no “submundo” do crime (BRUINSMA, 2014, p. 1066).

## 2.2 A consolidação teórica da associação diferencial (1939)

Antes de introduzir a formalização da teoria da associação diferencial, incumbe tecer algumas considerações prévias a respeito da relação entre ela e os estudos de Sutherland naquilo que veio a se chamar de “crimes de colarinho branco”.

Conforme Germán Aller, Sutherland inicia seus estudos sobre o delito de colarinho branco a partir de 1928. Em publicação de 1932 se referiu a *white-collar classes*, influenciado pelo pensamento de Veblen. Em 1936, em estudos com Harvey Locke, utilizou a expressão *white-collar workers*, para se referir aos diferentes tipos de residentes em Chicago que dispunham de certo status por sua atividade (profissionais universitários, homens de negócios, clérigos ou vendedores). Em 1934, no seu “Princípios de Criminologia”, utilizou uma expressão similar: *white-collar criminaloid*, tomando a palavra *criminaloid* de Edward Ross, que a havia usado em 1907 para designar as pessoas que prosperavam por práticas fraudulentas sem serem capturadas pela opinião pública (MAISONNAVE, 2011, p. 76-77). Em 27 de dezembro de 1939, por ocasião do 34º Encontro Anual da Sociedade Americana de Sociologia, Sutherland finalmente profere sua conferência intitulada *White-Collar Criminality*, publicada em 1940 (MAISONNAVE, 2011, p. 78).

Nesse polêmico trabalho, Sutherland apresenta, a partir de anos de estudos e pesquisas no tema, as vigas mestras de seu pensamento

criminológico, que viriam a se aperfeiçoar e consolidar definitivamente na famosa obra “Crime de Colarinho Branco”, de 1949. As conclusões de Sutherland naquela conferência foram, em síntese, que: (i) a criminalidade de colarinho branco é, de fato, criminalidade, sendo em todos os casos violação da lei penal; (ii) a criminalidade de colarinho branco difere da criminalidade das classes menos favorecidas principalmente na implementação da lei penal, que segrega administrativamente os criminosos de colarinho branco de outros criminosos; (iii) as teorias criminológicas que explicam o crime a partir da pobreza ou de condições psicopáticas ou sociopáticas estatisticamente associadas à pobreza são inválidas porque, primeiro, são derivadas de amostras (estatísticas) bastante deformadas por fatores de status socioeconômico; segundo, elas não se aplicam a criminosos de colarinho branco; (iii) sequer explicam a criminalidade das classes menos favorecidas, uma vez que estes fatores não se relacionam a um processo geral característico de qualquer criminalidade; (iv) uma teoria do comportamento criminoso que explique tanto a criminalidade de colarinho branco e a criminalidade das classes menos favorecidas é necessária; e (v) uma hipótese desta natureza é sugerida em termos de associação diferencial e desorganização social (SUTHERLAND, 1940, p. 11-12).

Como se pode observar, a evolução da teoria da associação diferencial caminhou lado a lado com o desenvolvimento e os estudos de Sutherland sobre os crimes de colarinho branco, devendo-se reconhecer que este novo conceito é inseparável de sua teoria explicativa do comportamento criminoso (ÁLVAREZ-URÍA, 1999, p. 33; MAISONNAVE, 2011, p. 78). Na bela colocação de Fernando Álvarez-Uría:

“Delito de colarinho branco” e associação diferencial formam entre si um par dialético, pois neste caso o descobrimento de um novo continente — um mundo delitivo oculto e desconhecido, a criminalidade de colarinho branco — obrigava a remodelar o mapa geral e portanto as teorias explicativas da delinquência. O ano de 1939 marca um antes e um depois na Criminologia de Sutherland. Foi também o ano em que Capone abandonou o cárcere, o ano, enfim, que Raymond Chandler publicava “O sonho eterno” (tradução livre) (ÁLVAREZ-URÍA, 1999, p. 33-34).

Sutherland, ainda em 1939, acrescenta então em seus “Princípios de Criminologia” as bases da teoria associação diferencial (que ainda não era definida pelo criminólogo por esta exata expressão), que, naquele



momento, era composta por sete princípios: (i) os processos que resultam em comportamentos criminosos sistemáticos são fundamentalmente os mesmos daqueles que resultam em comportamentos conforme a lei; (ii) o comportamento criminoso sistemático é determinado por um processo de associação com aqueles que cometem crimes, assim como o comportamento sistemático conforme a lei é determinado por um processo de associação com aqueles que obedecem ao direito; (iii) a associação diferencial é o específico processo causal no desenvolvimento do comportamento criminoso sistemático; (iv) a probabilidade de que uma pessoa participe em um comportamento criminoso sistemático é determinada, grosseiramente, pela frequência e consistência de seus contatos com padrões de comportamento criminoso; (v) diferenças individuais entre as pessoas em relação a características pessoais ou instituições sociais causam crimes apenas enquanto afetem a associação diferencial ou a frequência e consistência de contatos com padrões criminosos; (vi) conflito cultural é a causa subjacente da associação diferencial e, portanto, do comportamento criminoso sistemático; (vii) a desorganização social é a causa básica do comportamento criminoso sistemático (BRUINSMA, 2014, p. 1067).

### **2.3 Acréscimos e reformulações: os nove princípios da associação diferencial (1947)**

A última versão da teoria da associação diferencial (que passara a ser formalmente denominada por esta nomenclatura) é apresentada em 1947, na quarta edição dos seus “Princípios de Criminologia” (BRUINSMA, 2014, p. 1067). Neste momento são assentados os famosos nove princípios da explicação do comportamento criminoso, os quais foram mantidos nas edições seguintes de seu manual por Donald Cressey: (i) o comportamento criminoso é aprendido; (ii) o comportamento criminoso é aprendido em interação com outras pessoas em um processo de comunicação; (iii) a parte principal da aprendizagem do comportamento criminoso ocorre no seio de grupos pessoais íntimos; (iv) quando o comportamento criminoso é aprendido, esta aprendizagem inclui (a) as técnicas de cometimento do delito, as quais são por vezes muito complicadas, e por vezes muito simples e (b) a direção específica dos motivos, direções, racionalizações e atitudes; (v) a específica direção dos motivos e direcionamentos é aprendida pelas definições a respeito da lei como favoráveis ou desfavoráveis; (vi) uma pessoa se torna delinquente em razão de um excesso de definições favoráveis



à violação da lei sobre definições desfavoráveis à violação da lei; (vii) as associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade; (viii) o processo de aprendizagem do comportamento criminoso por associação com padrões criminosos e anticriminosos envolve todos os mecanismos que são envolvidos em qualquer outro aprendizado; e (ix) enquanto o comportamento criminoso é uma expressão de necessidades e valores gerais, ele não é explicado por estas necessidades e valores, já que o comportamento não criminoso é também expressão destas mesmas necessidades e valores (SUTHERLAND, CRESSEY, 1978, p. 80-82).

Não se objetiva aqui explorar cada diferença entre as versões da teoria de Sutherland<sup>7</sup>. É suficiente perceber que a versão final da associação diferencial rejeita o conceito de desorganização social. Isso porque Sutherland concebera a associação diferencial como hipótese complementar, a contrapartida da desorganização social (SUTHERLAND, 1999, p. 295), e, na realidade, percebera posteriormente que um grupo pode estar organizado para comportamento criminoso ou não criminoso, o que faz com que a criminalidade seja uma expressão da organização diferencial de determinado grupo (SUTHERLAND, CRESSEY, 1978, p. 83).

### **3 CRÍTICAS, CORREÇÕES E ATUALIZAÇÕES DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL: AS MODERNAS TEORIAS DA APRENDIZAGEM**

Não obstante seja a teoria da associação diferencial uma ruptura fundamental no saber criminológico existente à época, ela, hoje, já sofreu diversas críticas, correções e mesmo atualizações em novas teorias da aprendizagem. Para empreender uma análise clara e precisa, serão tratadas separadamente as críticas frontais à teoria (algumas das quais chegam ao ponto de rejeitá-la); e na sequência serão apresentadas as principais propostas de sua correção ou atualização.

#### **3.1 Críticas à associação diferencial**

Shecaira leciona que a associação diferencial desconsideraria a incidência de fatores individuais de personalidade. Existiria também certa simplificação na reconstrução do processo de aprendizagem, que, dependente de contatos simbólicos, o convertem em um desenvolvimento

---

<sup>7</sup> Neste sentido, conferir BRUINSMA, 2014, p. 1068-1069.

muito complexo. A associação diferencial desatenderia às diferentes aptidões individuais para a aprendizagem e não aclararia o porquê de sua interpretação estar dirigida unicamente aos modelos de comportamento criminal e às orientações de valores desviados. E, finalmente, seria incapaz de explicar por que alguém que convive com um modelo criminoso de comportamento não adere, obrigatoriamente, a ele (SHECAIRA, 2011, p. 224-225).

Taylor, Walton e Young apontam que determinados tipos de comportamento delitivo não seriam passíveis de explicação pela associação diferencial, como, por exemplo, a cleptomania. Ademais, afirmam os autores que o sujeito visualizado por Sutherland seria visto como um receptor passivo de motivos delitivos e não delitivos: o “homem é um continente, um objeto sobre o qual recaem inúmeras influências externas” (o que seria consequência das noções sociológicas herdadas da Escola Ecológica de Chicago). Também a associação diferencial não incluiria a ideia de finalidade e significado humanos (TAYLOR, WALTON, YOUNG, 1997, p. 144-145).

Bustos Ramírez e Roberto Bergalli acrescentam ainda que a associação diferencial se limitaria ao marco das relações teóricas que geram os contatos diferenciais entre os grupos sociais e seus membros concretos, mas nunca à conduta reativa dos portadores ou agências de controle social. Ademais, as confirmações empíricas da teoria teriam dado resultados pouco positivos (BERGALLI, RAMÍREZ, MIRALLES, 1983, p. 119).

James Wilson, mais radical, sustenta que a associação diferencial e a maioria das teorias explicativas da delinquência dos anos 50 e 60, embora tentassem fornecer abordagens fundadas sobre suas causas, seriam incapazes de oferecer uma base plausível de ação para políticas públicas. Isso porque, ao enfatizar aspectos subjetivos pré-delituais (família, escola, relações interpessoais e interações sociais), definir as ações estatais que poderiam ser eficazes nesses âmbitos seria extremamente difícil. Estas teorias confundiriam análises causais com análises de política pública. Por fim, sobre Sutherland e Cressey, afirma que os autores não indicariam quais formas de se prevenir a delinquência através de atuação nos grupos sociais a que os indivíduos pertencem (WILSON, 2013, p. 34-36).

Joana Maltez e José Cruz contrastam ainda, no que se refere aos crimes de colarinho branco, a teoria da associação diferencial com as modernas teorias da escolha racional. Sutherland não explicaria a razão de um grande número de indivíduos em um mesmo ambiente respeitar

a lei, enquanto outros não o fazem, razão pela qual a escolha racional se apresentaria, para estes autores, uma teoria mais adequada para explicar os crimes praticados em contextos empresariais (MALTEZ, CRUZ, 2013, p. 154-155).

Alessandro Baratta, referindo-se não apenas à associação diferencial, mas a todas as teorias de matriz estrutural-funcionalista, critica a assunção do paradigma etiológico explicativo do crime. Por ignorarem as relações mais amplas entre a distribuição, produção e a lógica de valorização do capital, estas teorias seriam “de médio alcance”, porque se as condições de desigualdade econômica e cultural dos grupos individuais não são criticamente refletidas, o fenômeno do desvio e da criminalidade também não seria criticamente refletido, e nem seu significado (BARATTA, 2002, p. 82-83). Vera Malaguti, compartilhando destas percepções, não deixa de ressaltar o fato de que essas teorias foram importantes plataformas para desenvolvimentos teóricos posteriores fundamentais, como o rotulacionismo (BATISTA, 2011, p. 72).

### **3.2 Novas formulações teóricas a partir da associação diferencial: teorias das subculturas criminais e rotulacionismo (*labelling approach*)**

Vera Malaguti leciona que a escola das teorias subculturais criminais origina-se da teoria de associações diferenciais (que possuem a anomia<sup>8</sup> como base teórica explicativa). Na raiz desta escola estaria a tentativa de produção de políticas públicas de integração e mobilidade social no mesmo contexto histórico da construção do *welfare state* em uma América heterogênea e conflitiva (BATISTA, 2011, p. 70). Em linhas gerais, verifica-se que a teoria das subculturas criminais, na lição de Pavarini,

representaria portanto a reação necessária de algumas minorias altamente desfavorecidas ante a exigência de sobreviver, orientar-se dentro de uma estrutura social, apesar das limitadíssimas possibilidades legítimas de atuar (tradução livre) (PAVARINI, 2002, p. 111).

---

<sup>8</sup> Apesar de não ser o objeto do trabalho, a teoria da anomia, desenvolvida por Merton, em linhas gerais, estuda como certas estruturas sociais exercem uma pressão definida sobre certas pessoas na sociedade para engajá-las em condutas inconformistas ao invés de condutas conformistas e, verificando estas relações, a anomia busca entender e explicar o comportamento criminoso (MERTON, 1938, p. 672).

Feitas as considerações preliminares, deve-se delimitar quais teorias das subculturas se está a analisar. Por serem as mais representativas, destacam-se as contribuições de Albert Cohen, Richard Cloward e Lloyd Ohlin.

Cohen, de forma meticulosa, diferencia as subculturas em geral da subcultura juvenil delinquente, e se refere a esta como “o modo de vida de certos grupos, ‘gangues’ de garotos que vem surgindo em grandes cidades americanas”; seus membros crescem, uns se tornam cidadãos obedientes à lei, outros prosseguem em direção a formas mais adultas de criminalidade, mas a tradição delinquente seria mantida viva pelos grupos que os sucedem (COHEN, 1971, p. 13).

Para Cohen, a subcultura delinquente se caracteriza por ser “não utilitária”, “maliciosa” e “negativista”: “não utilitária” em razão da desconsideração de termos racionais e utilitários pelo esforço empregado e pelo risco corrido na prática do crime; “maliciosa”, por denotar certo gosto, prazer em desafiar e hostilizar a sociedade e seus tabus; e “negativista”, pela “polaridade negativa” com que se configura em relação às normas da “respeitável” sociedade adulta (COHEN, 1971, 25-28).

Por uma série de estudos e estatísticas levantados por Cohen, a distribuição social das subculturas juvenis delinquentes seria predominante na parcela masculina da classe trabalhadora da população juvenil (COHEN, 1971, p. 37). É importante frisar que este diagnóstico diverge da velha leitura positivista de que as populações menos favorecidas teriam “tendências” biológicas ou sociais ao delito: Cohen é categórico ao afirmar que seria fora de dúvida que praticamente todas as crianças, independentemente da classe social, praticam delinquências (COHEN, 1971, p. 38). Assim, o comportamento delinquente não é confinado às classes menos favorecidas, o que, entretanto, não significa que a impressão popular de que a delinquência juvenil seria principalmente um produto das classes e bairros menos favorecidos seja uma ilusão (COHEN, 1971, p. 42); essa leitura motivaria apenas, por razões igualitárias e humanitárias, a que se minimize a concentração desproporcional de delinquência nos grupos menos prósperos, menos poderosos e respeitados (Idem, p. 42).

Na interpretação de Cohen, subculturas surgem, basicamente, por problemas individuais de ajustamento na sociedade que não se operam sozinhos, devendo-se considerar como pré-requisito a existência das condições necessárias para uma efetiva interação social (Idem, p. 70); a subcultura delinquente é uma das formas de se lidar com problemas de

ajustamento, que seriam essencialmente problemas de status: crianças seriam negadas de status na sociedade porque não poderiam atingir os critérios de respeito e status exigidos, fazendo com que a subcultura delinquente possa prover o critério de status que essas crianças podem atingir (Idem, p. 121).

Cloward e Ohlin, por sua vez, adicionam e corrigem certos aspectos da teoria de Cohen (BOADAS, 1982, p.458). Para estes autores, uma subcultura delinquente é aquela em que certas formas de atividade delinquente são fundamentais para o desempenho de papéis dominantes sustentados pela subcultura (CLOWARD, Richard; OHLIN, 1998, 2000, 2001, p. 7).

Haveria três tipos de subculturas delinquentes: “criminosa”, caracterizada por valores criminais e seus membros se orientam em direção a ganhos materiais; “conflitiva”, em que os membros buscam status pela manipulação de força ou ameaça de força e; “evasiva”, marcada pela alienação de papéis convencionais e pela ênfase no consumo de drogas (Idem, p. 20).

A análise dos autores parte essencialmente da visualização da delinquência como um meio para o atingimento de fins (Idem, p. 22). Assim, as pressões que levam à formação das subculturas delinquentes seriam provenientes das discrepâncias entre as aspirações culturais dos jovens de classe baixa e as oportunidades para alcançá-las por meios legítimos (BOADAS, 1982, p.450).

Na sequência das teorias subculturais, aponta-se o advento do paradigma do rotulacionismo (*labelling approach*). Como bem percebido por Fernando Álvarez-Uría, a teoria da associação diferencial, ao delinear um conceito de organização social diferencial, que abre uma via ao estudo de valores, culturas e subculturas em conflito, torna possível perguntar-se a respeito de quem impõe as regras e em benefício de quem (ÁLVAREZ-URÍA, 1999, p. 37). As respostas a estas questões seriam esboçadas pela teoria do rotulacionismo.

De acordo com a teoria da rotulação, o desvio e a criminalidade não seriam qualidades intrínsecas de uma conduta ou entidades ontológicas pré-constituídas à reação social e penal. Trata-se de etiquetas atribuídas a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, processos formais e informais de definição e seleção (ANDRADE, 2016, p. 28).

O autor fundamental a essa concepção é Howard Becker, segundo o qual desvio não era uma qualidade que residia no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele (BECKER, 2008, p. 27).

Becker chega ainda a fazer referência aos estudos de Sutherland, quando questiona como, a partir das investigações dos crimes de colarinho branco, delitos cometidos por empresas são quase sempre processados como causas civis, mas o mesmo crime cometido por um indivíduo é usualmente tratado como um ilícito penal (BECKER, 2008, p. 25). Vale apontar que esta teoria foi amplamente acolhida e desenvolvida na América Latina, destacando-se os estudos de Lola Aniyar de Castro e Vera Regina Pereira de Andrade (CASTRO, 1983; ANDRADE, 2015).

### **3.3 Reformulações contemporâneas: novas teorias da aprendizagem**

Normalmente os manuais de Criminologia não costumam, no tratamento das contribuições de Sutherland, fazer menção aos desenvolvimentos posteriores do veio criminológico que inaugurou, isto é, as modernas teorias da aprendizagem. Para os propósitos do presente trabalho, é suficiente apontar dois autores significativos que deram continuidade a essa perspectiva teórica: Daniel Glaser e Ronald Akers<sup>9</sup>.

Glaser, recorrendo a Mead, elabora a chamada “teoria da identificação diferencial”. O pressuposto da teoria é a constatação de que a maioria dos integrantes da sociedade se identifica com delinquentes e não delinquentes ao longo de sua vida, em um processo que pode se dar por experiência direta com grupos integrados por delinquentes, ou como reação negativa diante das forças opostas ao delito. Sustenta-se, em essência que uma pessoa adota um comportamento delitivo na medida em que se identifica com pessoas reais ou imaginárias cujo comportamento

---

<sup>9</sup> Não se desconhece os trabalhos de Matsueda, Sampson, Graif, Harding, Haynie, De Coster, dentre outros, que seguiram estudando e desenvolvendo concepções criminológicas de aprendizagem (TRIPLETT, 2014, p. 1075-1076; SUTHERLAND, CRESSEY, 1978, p. 92). Porém, dado que Glaser e Akers são os mais destacados pela literatura criminológica que leciona o tema (TAYLOR, WALTON, YOUNG, 1997, p. 147-149; BERGALLI, RAMÍREZ, MIRALLES, 1983, p. 120-122; SUTHERLAND, 1978, p. 92-93; PAVARINI, 2002, p. 188), mostra-se mais adequado, em função dos limites do texto, se deter nas contribuições destes dois autores.

delitivo pareça, desde sua perspectiva, aceitável (TAYLOR, WALTON, YOUNG, 1997, p. 146).

A teoria da identificação diferencial, aperfeiçoando a associação diferencial de Sutherland, tem em conta a escolha humana. Ou seja, aquele “excesso de definições favoráveis em relação às definições desfavoráveis ao delito” passa a compreender a ponderação relativa destes fatores feita deliberadamente pelo sujeito (Idem, *ibidem*). Conforme percebem Bustos Ramírez e Roberto Bergalli, a ênfase que esta reformulação coloca sobre a voluntariedade do ato, mediante a introdução do processo de racionalização da conduta, remove a possibilidade de incluir o comportamento criminoso na categoria do “patológico” (BERGALLI, RAMÍREZ, MIRALLES, 1983, p. 121).

Em relação às contribuições de Ronald Akers, necessita-se mais cautela, uma vez que é um sociólogo e criminólogo com uma dinâmica produção teórica, que se atualizou ao longo do tempo.

Inicialmente, Akers, em parceria com Robert Burgess, elabora, em 1966, a chamada teoria do reforço da associação diferencial (*differential association-reinforcement theory of criminal behaviour*), que buscava combinar a teoria de Sutherland com princípios de psicologia comportamental. Neste momento, Burgess e Akers percebem que a associação diferencial teria falhado em receber considerável suporte empírico, além de apresentar inconsistências a respeito da operacionalização dos conceitos da teoria (AKERS, JENNINGS, 2009, p. 324).

A teoria do reforço da associação diferencial, em 1966, se caracterizava por sete princípios: (i) o comportamento criminoso é aprendido de acordo com os princípios de condicionamento de operação (*operant conditioning*); (ii) o comportamento criminoso é aprendido tanto em situações não sociais que reforçam ou discriminam e por aquela interação social na qual o comportamento de outras pessoas é reforçado ou discriminado para o comportamento criminoso; (iii) a principal parte do aprendizado do comportamento criminoso ocorre naqueles grupos que compreendem a maior fonte de estímulos do indivíduo; (iv) a aprendizagem do comportamento criminoso, incluindo específicas técnicas, atitudes, e procedimentos de evitação é uma função dos efetivos e disponíveis mecanismos de reforço (*reinforcers*) e as contingências de reforço existentes; (v) a específica categoria de comportamentos que são aprendidos e sua frequência de ocorrência são uma função dos mecanismos de reforço que são efetivos e disponíveis, e as regras ou normas pelos



quais estes mecanismos de reforço são aplicados; (vi) o comportamento criminoso é uma função das normas que são discriminantes para o comportamento criminoso, e a aprendizagem das quais toma lugar quando tal comportamento é mais reforçado do que comportamento não criminoso; (vii) a força de um comportamento criminoso é uma função direta da quantidade, frequência e probabilidade de seu reforço (AKERS, JENNINGS, 2009, p. 324).

Desde então, Ronald Akers passou a discutir modificações à sua série original de princípios e revisou sua teoria em respostas a críticas, desenvolvimentos teóricos e empíricos na literatura e para facilitar a interpretação e explicações de seus postulados básicos, passando a denominá-la “teoria da aprendizagem social” (*social learning theory*). Importante destacar que a aprendizagem social não é uma teoria rival ou competidora da associação diferencial, e sim, uma teoria mais ampla que modifica e acrescenta aspectos teóricos importantes oriundos de teorias de aprendizagem comportamentais, como a aquisição, continuação e cessação comportamental (Idem, *ibidem*).

São duas as propostas centrais da teoria da aprendizagem social. Em primeiro lugar, o mesmo processo de aprendizagem em um contexto social estrutural, interacional, ou situacional produz tanto comportamento desviante como não desviante, que se diferenciam pelo peso das influências no comportamento; e, em segundo lugar, que a probabilidade de que as pessoas engajem em um comportamento criminoso aumenta quando (i) se associam diferencialmente com outras pessoas que praticaram comportamento criminoso e manifestam definições favoráveis a ele; (ii) são relativamente mais expostas em pessoa ou simbolicamente a modelos de comportamento criminosos; (iii) definem o comportamento como desejável ou justificável em uma situação discriminante para o comportamento; e (iv) receberam no passado e anteciparam na presente ou futura situação maior recompensa do que punição pelo comportamento. Com estas perspectivas, a teoria de aprendizagem social busca oferecer explicação tanto para a participação delitiva quanto para o não envolvimento com o crime, o que é compreendido através de quatro conceitos fundamentais desenvolvidos por Akers: associação diferencial, definições, reforço diferencial e imitação (AKERS, JENNINGS, 2009, p. 325).

A “associação diferencial”, trabalhada por Akers, se refere aos indivíduos com quem uma pessoa decide se associar diferencialmente e interagir, direta ou indiretamente. As “definições” são as orientações e



atitudes próprias do indivíduo em relação a um dado comportamento. O “reforço diferencial” se refere às recompensas e punições recebidas pelo indivíduo que afetam a probabilidade de participar em um comportamento criminoso ou não criminoso. E, por último, a “imitação” é o processo de engajamento de um indivíduo em um comportamento modelo, ou a adoção de outro comportamento individual observado, pelo que suas características afetam a probabilidade de um indivíduo imitar o comportamento (Idem, p. 325-327).

A teoria da aprendizagem social assume um amplo espaço de aplicação, podendo ser observada em diversos domínios da estrutura social. É, de fato, uma teoria recente que vem encontrando tanto confirmações empíricas, como, de igual forma, estudos que a negam, devendo, portanto, ser objeto de mais pesquisas e desenvolvimentos (Idem, p. 329-330).

## **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

### **4.1 O legado de Sutherland para a Criminologia**

Ao longo da exposição, buscou-se apresentar a teoria da associação diferencial, como ela foi desenvolvida por Sutherland e seu atual estado da arte. Neste ponto, passa-se à análise crítica de seu legado para a Criminologia e suas contribuições, bem como às potencialidades das teorias da aprendizagem no Direito Penal Econômico.

Como foi destacado anteriormente, a teoria da associação diferencial possui um vínculo intenso com os estudos a respeito dos crimes de colarinho branco. Porém, é interessante perceber que tanto a teoria explicativa de Sutherland como seus estudos sobre os “white collar crimes” são indissociáveis de um pressuposto prévio: sua concepção e percepção do que seja “Criminologia”. Para Sutherland (posteriormente atualizado por Cressey), Criminologia é

criminologia é o corpo de conhecimento relativo à delinquência juvenil e o crime como um fenômeno social. Ela inclui em seu escopo os processos de elaboração de leis, de violação de leis e a reação relativa à violação de leis (SUTHERLAND, CRESSEY, 1978, p. 3).

Esta modesta, mas poderosa definição provocou uma mudança de abordagem fundamental para a Criminologia: se a delinquência e o

crime são fenômenos sociais, e se o objeto da Criminologia compreende desde a elaboração das leis penais até sua violação, o crime e o criminoso deixam de ser fenômenos biológicos, psicológicos, naturais e passam a ser socialmente compreendidos — assim, deixam de ser naturalizados, tidos como meros dados impassíveis de questionamento.

Um segundo ponto a se destacar a respeito das contribuições de Sutherland se refere a sua crítica em relação às teorias explicativas usuais da criminalidade, que apenas sofreram um abalo mais forte com seus estudos do crime de colarinho branco e da teoria da associação diferencial. Esta contribuição é largamente aceita, mas pouco se aprofunda a questão.

Embora Sutherland tenha desempenhado um papel fundamental na crítica à Criminologia positivista de seu tempo, a noção de que a pobreza era causa da criminalidade chegou a sofrer questionamentos muito anteriores ao criminólogo americano. Adolphe Quételet, um dos grandes fundadores da estatística, além de precursor da ideia de “homem médio”, estudando a criminalidade nos departamentos da França em 1835, percebera que no departamento de Creuse, situado no interior do país e, à época, um dos mais pobres, era o que apresentava, em todos os relatórios, “a maior moralidade” (QUÉTELET, 1835, p. 199). Mary Carpenter, em meados do século XIX, em seus estudos a respeito da delinquência juvenil na Inglaterra, denunciava como as estatísticas criminais inglesas eram falhas, porque não detectavam toda a criminalidade, principalmente das classes mais altas, que normalmente passavam impunes (CARPENTER, 1852, p. 3).

Na verdade, a forma com que se buscava articular pobreza, condições biopsicológicas e sociais e delinquência não era tão simplória. Ela passou a se tornar mais aceita com o advento da Criminologia positivista de recorte biológico, assumindo contornos distintos dependendo do autor e da corrente adotada.

Enrico Ferri, por um lado, considerava que as classes menos favorecidas eram compostas de pessoas portadoras de condições biopsicológicas inferiores, transmitidas por hereditariedade, o que as tornavam mais inclinadas à delinquência e onde mais frequentemente se encontravam os casos de “delinquentes natos”, contra os quais a pena teria pouca ou nenhuma eficácia (FERRI, 1900, p. 375-376)<sup>10</sup>. Ferri não desconhecia a existência de delitos “bancários”, a “agiotagem” e a

---

<sup>10</sup> Em outra oportunidade, reconhece explicitamente como a “miséria econômica tem uma influência inegável na criminalidade”, porém, tal causa combinava-se com fatores orgânicos e antropológicos (FERRI, 1913, p. 74).

corrupção, mas se limitava, quando muito, a reconhecer a fragilidade das leis penais diante desse tipo de delinquência (FERRI, 1900, p. 418). Estudando a relação entre riqueza e criminalidade, Ferri sequer atentava para o que hoje se chamaria “delinquência de colarinho branco”, e considerava que, em realidade, a riqueza provocava os sofrimentos do “vício”, a corrupção “da moral e dos bons costumes”, levando indivíduos ao “jogo e às apostas” ou ao adultério (FERRI, 1913, p. 74).

Garofalo chegou a sustentar uma posição ainda mais peculiar. Distanciando-se explicitamente de teses “socialistas”, negava ser a pobreza causa da criminalidade. Aliás, o famoso criminólogo se aproximava de um liberalismo extremado ao sustentar, em pleno século XIX, que “qualquer homem que buscar um trabalho é capaz de encontrá-lo”, e que, embora não duvidasse que a indigência existisse de fato, sua causa seria atribuída à “falta de coragem” e empreendimento (GAROFALO, 1914, p. 144-146). A causa que levaria alguém ao crime não seria sua peculiar condição econômica, mas sua própria condição física, “uma completa ausência do instinto de probidade acompanhada de um despreço por sua boa reputação” (Idem, p. 147).

Por outro lado, Garofalo, talvez de forma mais contundente do que a maioria de seus contemporâneos, denunciava abertamente a criminalidade das classes mais poderosas, que praticavam fraudes, embustes e corrupção. Em um momento de sua obra o criminólogo italiano critica o baixo número de condenações criminais sobre as classes mais favorecidas, notando que tal disparidade se daria em razão de conseguirem contratar melhores advogados ou mesmo corromper funcionários da justiça — “o dinheiro pode servir para derrotar os fins da justiça”, afirmava Garofalo (Idem, p. 156-157).

Lombroso, em obra mais tardia de seu pensamento, chegou a analisar a influência da pobreza sobre a criminalidade, e concluiu que fatores raciais e climatológicos (ou geográficos) teriam maior peso (LOMBROSO, 1911, p. 128).

Por outro lado, estudando a riqueza como uma causa da criminalidade, considerava que ela promovia degenerações de outras naturezas, como “sífilis”, “exaustão”, e levava os homens a praticarem crimes por “ vaidade”. Em uma passagem muito interessante, Lombroso acusava como eram frequentes os crimes praticados por poderosos e como conseguiam mais facilmente obter meios de escapar da punição, mencionando como na Itália do século XIX haviam ministros acusados de

crimes contra o público permanecendo no poder e usando seu poder como meio para nele permanecerem (Idem, p. 134).

Destarte, se é verdade que a Criminologia, até Sutherland, era essencialmente classista, seja em sua teoria quanto em sua prática (BARAK, LEIGHTON, FLAVIN, 2010, p. 13), deve-se compreender que ela assim era não tanto em razão de teorias explicativas simplistas e mecânicas. O que demonstra o caráter classista e seletivo daquela Criminologia era, primeiro, a mediatização do processo explicativo da delinquência, que relacionava a pobreza à inferioridade biopsicológica, e esta, ao crime; e, segundo, as concepções de “periculosidade” provenientes da interpenetração entre o Direito Penal e a Psiquiatria, a Criminologia e a Psiquiatria. Ao mesmo tempo em que se enfatizava crimes comuns (que afetavam vida, patrimônio, integridade física e liberdade sexual, por exemplo) ou estados perigosos pré-delitivos, rotulava-se e classificava-se os indivíduos em “normais” ou “anormais” (perigosos), sendo os últimos quase sempre oriundos de classes subalternas<sup>11</sup>.

Com seus estudos a respeito do crime de colarinho branco e da teoria da associação diferencial, Sutherland rompe completamente com estas concepções. O crime de colarinho branco não se deve a qualquer condição orgânica, não é praticado por classes menos favorecidas, e é tão ou mais grave que inúmeros crimes comuns (SUTHERLAND, 1940, p. 4-5), e nem por isso seus autores seriam rotulados como “perigosos” ou “patológicos”. Agora sim, pode-se compreender como sua Criminologia promoveu a despatologização do crime e do criminoso, ruptura fundamental com o paradigma etiológico-positivista (CARVALHO, 2013, p. 177-178; LEMOS, 2015, p. 14-18).

Outra grande contribuição dos estudos de Sutherland, um pouco mais “incidental”, é sua percepção das cifras ocultas da criminalidade (já que as estatísticas oficiais não tratavam dos delitos de colarinho branco) (SUTHERLAND, 1999, p. 64-65). Essa contribuição encontra antecedentes em um interessante estudo chamado “A prisão como um laboratório criminológico” (*The Prison as a Criminological Laboratory*), de 1931. Neste trabalho, Sutherland buscava encontrar maneiras adequadas de se estudar o delinquente, em especial, considerando o ambiente prisional em que se encontra. Aqui Sutherland percebia duas dificuldades: primeiro, os prisioneiros seriam um grupo seletivo, já que nem todos os criminosos

---

<sup>11</sup> Sobre isto, conferir RAUTER, 2003; CARVALHO, 2013; MATTOS, 2006 e MATSUDA, 2009.

são condenados à prisão, e aqueles que são condenados provavelmente diferem em mentalidade, status econômico, estabilidade emocional, raça ou lugar de nascimento daqueles que se encontram fora da prisão; segundo, o prisioneiro na prisão não está em seu “habitat natural”: “um criminoso pode ser tão compreendido numa prisão quanto um leão em uma jaula”, devendo-se estudar o crime e o criminoso além da prisão (SUTHERLAND, 1931, p. 132). Estas são as raízes das considerações criminológicas contemporâneas a respeito da seletividade do sistema penal e como ele opera, essencialmente, criminalizando por estereótipo (ANDRADE, 2015, p. 260-262; CARVALHO, 2013, p. 176-178) <sup>12</sup>.

Não se pode perder de vista como o impacto das ideias de Sutherland foi diferenciado ao redor do mundo, e, em particular, na América Latina. A partir dos estudos de Rosa del Olmo sobre a história da Criminologia no continente, observa-se que as grandes matrizes de conhecimento que informaram os criminólogos latino-americanos foram a escola positiva italiana, a escola alemã (com Von Liszt e Mezger como duas grandes referências) e, quando muito, a escola francesa. Um dos congressos pioneiros de Criminologia que tratou dos crimes de colarinho branco no continente data de 1979, realizado no Rio de Janeiro (DEL OLMO, 2004, p. 261). Os primeiros grandes ataques à criminologia positivista que imperava no continente só começaram nos anos 70<sup>13</sup>, quando então, por

---

<sup>12</sup> Jock Young menciona ainda que Sutherland, com estas considerações a respeito da operatividade do sistema penal, teria lançado uma “bomba-relógio” que só seria amplamente estudada nos anos setenta (YOUNG, 1999, p. 41). Percebendo as potencialidades das teorias de Sutherland na “análise do maquinário judicial e policial”, KIRCHHEIMER, 1940, p. 974-975.

<sup>13</sup> Vera Andrade demonstra como, nos anos 70, a Criminologia que rompeu com as concepções positivistas até então em voga no continente partia da articulação de dois paradigmas básicos: marxismo e reação social (labelling approach), em um movimento muito diferente daquele experimentado nos EUA de Sutherland. Sobre isto, conferir ANDRADE, 2012, p. 79-96.

del Olmo, a América Latina pôde conhecer a primeira tradução do “White-Collar Crime” para o espanhol, em 1969<sup>14</sup>.

## **4.2 A aprendizagem e o Direito Penal Econômico: perspectivas e possibilidades**

Por fim, é de se notar como os estudos de Sutherland influenciaram (e ainda influenciam) o Direito Penal Econômico<sup>15</sup>. Nesse sentido, tanto os estudos a respeito dos crimes de colarinho branco quanto sua explicação à delinquência pela associação diferencial penetram com grande intensidade no labor dogmático<sup>16</sup>, desde discussões preliminares a respeito da correta

---

<sup>14</sup> Sobre esta história, a nota de rodapé de Rosa del Olmo em DEL OLMO, 1976, p. 42.

<sup>15</sup> Conforme recorda Artur Gueiros, o conceito de Direito Penal Econômico é matéria de controvérsia doutrinária (SOUZA, 2011, p. 119-121). Sem adentrar na polêmica, é suficiente apontar os clássicos conceitos trabalhados por Klaus Tiedemann: em uma acepção estrita, Direito Penal Econômico vem a representar “o direito da direção da economia pelo Estado”, ao passo que em uma acepção ampla significa o “ramo do direito penal que permite considerar como delitos econômicos todo o conjunto de delitos relacionados com a atividade econômica e dirigidos contra as normas que organizam e protegem a vida econômica” (tradução livre). (TIEDEMANN, 1985, p. 19-20). No Brasil, o Direito Penal Econômico tem seu nascimento em berço autoritário, com a tutela penal da economia popular pelo Decreto-lei 869/1938 e os estudos de vanguarda de Roberto Lyra. Sobre isso, SOUZA, 2015, p. 52-60.

<sup>16</sup> Leciona Carlos Pérez del Valle que a origem do estudo da criminalidade econômica em relação com a denominada “delinquência de colarinho branco” seria indiscutível; entretanto, com o decurso do tempo, percebeu-se que os crimes de colarinho branco “democratizaram-se”, sendo muito diversas as possibilidades sociais a seu acesso, o que, portanto, sugere que a ideia de criminalidade econômica que atualmente constitui o objeto político-criminal do direito penal econômico não necessariamente coincidiria com a “delinquência de colarinho branco” (PÉREZ DEL VALLE, 2005, p. 26-27). Andrei Zenkner Schmidt, no mesmo sentido, reputa inapto o conceito de crime de colarinho branco para o Direito Penal Econômico, por não ser capaz de delimitar seu objeto, uma vez que se encontram crimes atentatórios à ordem econômica sem autores economicamente privilegiados, assim como delitos contra a liberdade individual praticados por alguém que ostente a mesma condição (SCHMIDT, 2015, p. 73). Ana Luíza Barbosa de Sá aponta que a doutrina já avançou para além das conclusões de Sutherland, distinguindo-se occupational crimes (crimes em razão da função, cargo ou ofício); business crimes (que

tipicidade e relações de imputação objetiva do delito (que assumem traços muito peculiares em razão do contexto empresarial e econômico no qual se inserem) até discussões mais polêmicas a respeito da legitimidade política do Direito Penal Econômico, da análise econômica que perpassa a construção e aplicação e capacidade de rendimento de suas principais categorias conceituais e dos fundamentos da pena quando aplicada a esta peculiar categoria delitiva.

Um campo particularmente fértil para se estabelecer pontes entre o Direito Penal Econômico e as teorias criminológicas da aprendizagem é o tratamento do erro de proibição, podendo-se desenvolver critérios de julgamento ou soluções teóricas criativas para a análise de casos de erro em contextos empresariais de decisões coletivas.

De fato, a análise de elementos relativos ao ambiente da tomada da decisão pelo injusto e as formas disponíveis de obtenção da consciência da antijuridicidade pode ser complementada a partir da investigação dos meios pelos quais a prática da conduta delitiva foi aprendida, avaliando-se não apenas o sujeito culpável e suas características individuais, mas também o contexto no qual ele se insere. Esta análise ampliada pode ser decisiva, seja para se reconhecer ou negar a evitabilidade de um erro de proibição; reconhecer ou solucionar casos de dúvida em erro sobre a proibição<sup>17</sup> e graduar adequadamente a redução de pena em casos de erros de proibição vencíveis, enriquecendo a valoração referente ao “ter ou atingir” a consciência da ilicitude (art. 21, CP) com a verificação das condições de compreensão e aprendizagem da conduta conforme ao Direito. Pode igualmente ser empregada na avaliação da culpabilidade enquanto circunstância judicial de aplicação da pena (art. 59, CP), de maneira a mitigar ou exasperar a reprovabilidade da conduta considerando a capacidade do agente em obter a consciência da ilicitude e a maior ou menor influência de seu meio em estimular ou reforçar o comportamento ilícito ou conforme ao Direito.

Estas propostas não são definitivas e são absolutamente passíveis de críticas. Entretanto, a partir do momento em que se postula e se aceita a interpenetração entre Criminologia e Direito Penal Econômico

---

exclui a atividade econômica estranha aos setores industrial e comercial) e corporate crime (que concentra sua atenção na grande empresa, como sujeito de atividades delituosas) (SÁ, 2014, p. 166). Analisando os problemas de definição da delinquência econômica, JENÉ, 2015, p. 323-337.

<sup>17</sup> Acerca desse tema, por todos, LEITE, 2013.



— e, no caso do presente trabalho, as contribuições deflagradas por Sutherland e as modernas teorias da aprendizagem -, abre-se um leque de perspectivas dogmáticas inovadoras, que se justificam conforme o seu potencial para realizar segurança jurídica, balanceando adequadamente as pretensões estatais de justiça com a liberdade individual e os direitos fundamentais dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

AKERS, Ronald L.; JENNINGS, Wesley G. Social Learning Theory. In: MILLER, J. Mitchell (org.). **21st Century Criminology: a reference handbook**. Londres: Sage Publications Ltd., 2009, p. 323-331.

ÁLVAREZ-URÍA, Fernando. Prólogo. In: SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Trad. de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999, p. 11-53.

ANITUA Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**, trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

\_\_\_\_\_. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3ª Ed., Rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>>, p. 24-36. Acesso em 19 jul. 2016.

BARAK, Gregg; LEIGHTON, Paul; FLAVIN, Jeanne. **Class, race, gender & crime: the social realities of Justice in America**. 3ª Ed. New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc, 2010.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Vera Malalgutí. **INTRODUÇÃO crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.



BECKER, Howard. **Outsiders: estudos da sociologia do desvio.** Trad. de Maria Luíza X. de Borges; revisão técnica de Karina Kuchnir. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BERGALLI, Roberto, RAMÍREZ, Juan Bustos e MIRALLES, Teresa. **El pensamiento criminológico**, Vol. I. Un análisis crítico. Bogotá: Editorial TEMIS Librería, 1983.

BOADAS, Carme Madrenas I. Una visión de la teoría de las subculturas criminales: Albert K. Cohen, y Richard A. Cloward y Lloyd E. Ohlin. **Doctrina Penal: Teoría y práctica en las ciencias penales**, Buenos Aires, v. 5, 17/20, p. 435-461, 1982.

BRUINSMA, Gerben. Differential Association Theory. In: \_\_\_\_\_; WEISBURD, David. (orgs). **Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice**. New York, Heidelberg, Dordrecht, London: Springer, 2014, p. 1065-1075.

CARPENTER, Mary. **Juvenile delinquents, their condition and treatment.** Londres: W. & F. G. Cash, 5, Bishopsgate Street Without, 1852.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia.** 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da reação social.** Trad. de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

CLOWARD, Richard; Ohlin, Lloyd. **Delinquency and opportunity: a theory of the delinquent gangs.** Londres: Routledge, reprinted edition, 1998, 2000, 2001.

COHEN, Albert. **Delinquent boys: the culture of the gang.** New York, The Fress Press e London: Collier Macmillan Publishers, 1971.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e a sua Criminologia.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

DEL OMO, Rosa. The development of Criminology in Latin America. **Social Justice.** Vol. 26, nº 2 (1976), 25th. Anniversary Commemoration (Summer 1999), p. 19-45.

FERRI, Enrico. **Sociologia criminale.** 4ª Ed. Turim: Fratelli Bocca Editori, 1900.

FERRI, Enrico. **The positive school of criminology**: three lectures given at the University of Naples, Italy on April 22, 23 and 24, 1901. Trad. de Ernest Untermann. Chicago: Charles H. Kerr & Company, 1913.

GAROFALO, Raffaele. **Criminology**. Trad. de Robert Wyness Millar. Boston: Little, Brown and Company, 1914.

JENÉ, Carles Viladàs. A delinquência econômica. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMÍREZ, Juan José. **O pensamento criminológico II: estado e controle**. Trad. de Roberta Duboc Pedrinha, Sérgio Chastinet Duarte Guimarães. Rio de Janeiro, Revan, 2015, p. 321-354.

KIRCHHEIMER, Otto. Principles of Criminology by Edwin H. Sutherland (review). **Journal of Criminal Law and Criminology** (1931-1951), Vol. 30, nº 6 (Mar-abr. 1940), p. 973-975.

LEITE, Alaor. **Dúvida e erro sobre a proibição no Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

LEMOS, Clécio. Apresentação do livro: Crime de Colarinho Branco. In: SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 7-23.

LOMBROSO, Cesare. **Crime: its causes and remedies**. Trad. de Henry P. Horton. Londres: William Heinemann, 1911.

MALTEZ, Joana Veríssimo; CRUZ, José N. A teoria da escolha racional e as infrações econômicas e financeiras. In: CRUZ, José N., CARDOSO, Carla S., LEITE, André Lamas; FARIA, Rita. **Infrações econômicas e financeiras: estudos de criminologia e direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 153-167.

MAISONNAVE, Germán Aller. **Criminalidad del Poder Económico: Ciencia y práxis**. Montevideu-Buenos Aires: ed. B. de F., 2011.

MATSUDA, Fernanda Emy. **A medida da maldade: periculosidade e controle social no Brasil**. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, 2009.

MATTOS, Virgílio de. **Crime e psiquiatria**. Uma saída: preliminares para a desconstrução das medidas de segurança. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MERTON, Robert K. Social Structure and Anomie. **American Sociological Review**, Vol. 3, nº 5 (Out. 1938), p. 672-682.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Tratado de criminología**. 3ª Ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Trad. de Ignacio Muñagorri. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. In: BACIGALUPO, Enrique (dir). **Curso de derecho penal económico**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 19-39.

QUÉTELET, Adolphe. **Sur L'homme et le développement de ses facultes ou Essai de physique sociale**, Tome Second. Paris: Bachelier, Imprimeur-Libraire, 1835.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

SÁ, Ana Luiza Barbosa de. **Controle racional das normas de Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2014.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Direito Penal Econômico**: Parte Geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da Criminologia à Política Criminal. Direito Penal Econômico e o novo Direito Penal. In: **Inovações no Direito Penal Econômico**. \_\_\_\_\_. (Org). Brasília: ESMPU, 2011, pp. 105-146 (disponível em <http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes>).

\_\_\_\_\_. Roberto Lyra e o Direito Penal Econômico. In: BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. **Coleção Direito Uerj 80 anos: Direito Penal**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 49-82.

SUTHERLAND, Edwin H. The Prison as a Criminological Laboratory. **Annals of the American Academy of Political and Social Science**, Vol. 157, Prisons of Tomorrow (Sep., 1931), pp. 131-136.

\_\_\_\_\_. White-Collar Criminality. **American Sociological Review**, Vol. 5, nº 1 (Feb., 1940), pp. 1-12.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco**. Trad. de Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

\_\_\_\_\_, CRESSEY, Donald R. **Criminology**. 10ª ed, rev. Filadélfia, Nova York, São José, Toronto: J.B. Lippincott Company, 1978.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Aplicações ecológicas à São Paulo no final do século XIX. In: SÁ, Alvino Augusto de, TANGERINO, Davi de Paiva Costa e SHECAIRA, Sérgio Salomão (coords.). **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 115-143.

TARDE, Gabriel. **Les Lois de l'imitation**. Paris: Félix Alcan, Éditeur, 1890.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. **La nueva criminología**. Contribución a una teoría social de la conducta desviada. Trad. de Adolfo Crosa. 1ª Ed., 2ª Reimpressão. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1997.

TIEDEMANN, Klaus. **Poder económico y delito** (introducción al derecho penal económico y de la empresa). Trad. Amelia Mantilla Villegas. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1985.

TRIPLETT, Ruth. Differential Social Organization. In: BRUINSMA, Gerben; WEISBURD, David. (orgs). **Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice**. New York, Heidelberg, Dordrecht, London: Springer, 2014, p. 1075-1084.

WILSON, James Q. **Thinking about crime**. New York: Basic Books, 2013.

YOUNG, Jock. **The Exclusive Society: Social exclusion, crime and difference in late modernity**. Londres: Sage Publications Ltd., 1999.

# DOS LIMITES ENTRE O DOLO EVENTUAL E A CULPA CONSCIENTE: UMA ANÁLISE DOS CRIMES DE TRÂNSITO A PARTIR DA TEORIA DA AÇÃO SIGNIFICATIVA

## *THE LIMITS BETWEEN PREMEDITATION AND COUNSCIOUS UNWILLINGNESS: AN ANALYSIS OF THE TRAFFIC CRIMES FROM THE THEORY OF THE MEANINGFUL ACTION*

Túlio Felipe Xavier Januário\*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Teorias volitivas; 1.1 Teoria da aprovação (consentimento); 1.2 Teoria da indiferença; 1.3 Teoria da vontade de evitação; 1.4 Teorias da decisão contrária ao bem jurídico; 2 Teorias cognitivas; 2.1 Teoria da representação; 2.2 Teorias da probabilidade; 3 Teoria significativa do dolo; 3.1 Da aplicação da teoria significativa do dolo nos crimes de trânsito; Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** Buscando atenuar as grandes dificuldades encontradas pela doutrina e jurisprudência na diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, diversas teorias foram desenvolvidas ao longo dos anos. As mais tradicionais sempre entenderam presente no dolo, além de um elemento cognitivo, um volitivo, sendo este último analisado a partir de um viés psicológico, tentando averiguar as verdadeiras intenções do agente, no momento da conduta. Outras, porém, partindo da dificuldade de constatação deste último elemento, entendem ser suficiente um determinado nível de consciência no momento da ação, para a configuração do dolo. No presente trabalho, busca-se, após minuciosa análise da evolução doutrinária no tema, comprovar que a teoria significativa da ação e a filosofia da linguagem, se aplicadas à distinção entre dolo eventual e culpa consciente, apresentam os mais seguros, e político-criminalmente acertados resultados. Para isso, serão utilizados casos de homicídio e lesões corporais cometidos na direção de veículo automotor, julgados pelos tribunais nacionais, como grupo de análise.

**Palavras-chave:** Direito penal. Dolo eventual. Culpa consciente. Teoria da ação significativa. Crimes de trânsito.

**ABSTRACT:** *Trying to reduce the great difficulties of the doctrine and jurisprudence in differentiating premeditated murder from manslaughter, several theories were elaborated over the years. The more classical ones, always understood present in the premeditation, in addition to a cognitive element, a volitional one, analyzed from a psychological bias. However, others, starting from the difficulty in finding this last element, understand being sufficient a certain level of conscience in the moment of the action, to configure the premeditation. In the present essay, we look for, after a thorough analyses of the doctrinal evolution in the topic, prove that the “theory of the meaningful action” and the “speech philosophy”, if applied to the distinction between premeditated murder and manslaughter, present the safest and most correct results, in a criminal policy perspective. For this, it will be analyzed cases of murder and body damages caused in the traffic, judged by national courts.*

**Keywords:** *Criminal law. Premeditated murder. Manslaughter. Theory of the meaningful action. Traffic crimes.*

## INTRODUÇÃO

Dentre os temas mais controversos do Direito Penal, especialmente no que se refere aos crimes de trânsito, encontra-se o, já reconhecidamente

\* Mestrando em Direito penal pela Universidade de Coimbra. Graduado pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP/Franca. Advogado.

**Como citar:** JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites entre o dolo eventual e a culpa consciente: uma análise dos crimes de trânsito a partir da teoria da ação significativa.

**Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n.30, p.1-21, ago-dez, 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

problemático, tipo subjetivo, quando se trata da distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente.

Observa-se que, o Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 302, caput, dispõe a respeito do homicídio culposo na direção de veículo automotor, prevendo pena de detenção, de 02 (dois) a 04 (quatro) anos e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir. São previstas ainda, em seus parágrafos, causas de aumento da pena, em casos como de embriaguez ao volante, participação em competição não autorizada e omissão de socorro.

Importante destacar, porém, que o diploma somente dispõe a respeito da modalidade culposa do crime em análise, de maneira com que, em caso de eventual imputação a título de dolo, o tipo legal previsto seria o do artigo 121, caput, do Código Penal, com pena prevista de 06 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão, não sendo esta modalidade considerada um crime de trânsito (NUCCI, 2010, p. 1243).

Desta forma, corrobora-se a magnitude da importância da correta caracterização do tipo subjetivo, nos casos de homicídio causado na direção de veículo automotor, já que a diferença das penas previstas para cada uma das modalidades é bastante significativa. Além disso, sempre bom ressaltar que eventual imputação a título de dolo levaria à competência do Tribunal do Júri para o julgamento do caso.

Ocorre que, em virtude da tênue fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente, os tribunais têm encontrado muitas dificuldades no correto enquadramento dos casos, em especial, naqueles em que o agente encontra-se sob a influência de substâncias alcoólicas ou equiparadas, ou na prática de competições não autorizadas, conhecidas como “rachas”.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, no julgamento do HC 112.242, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que o agente, ao conduzir veículo automotor sabendo não ter condições para tal, aceitaria a ocorrência do resultado e, portanto, agiria com dolo eventual. No caso, tendo sido comprovado que o agente teria dirigido à velocidade bem superior a permitida, estando ainda, supostamente, na prática de competição não autorizada, vindo a causar óbito de terceiro, considerou, a suprema corte, que aquele “aceitara a ocorrência do resultado”, agindo com dolo eventual.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> “HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 302 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO

Mas, também no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 107.801, de Relatoria da Ministra Carmen Lúcia, apesar da Ministra Relatora ter votado pela não concessão da ordem, o Ministro Luiz Fux considerou que a embriaguez ao volante do agente, só seria passível de configuração de dolo, e conseqüentemente de pronúncia, em caso de embriaguez preordenada. Assim, sendo acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio, concedeu a ordem, desclassificando a conduta para o previsto no artigo 302 do Código de Trânsito, determinado a remessa dos autos para o juízo de primeira instância, retirando-o da competência do tribunal do júri.<sup>2</sup>

---

BRASILEIRO. DEBATE ACERCA DO ELEMENTO VOLITIVO DO AGENTE. CULPA CONSCIENTE X DOLO EVENTUAL. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIA QUE OBSTA O ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO. REEXAME DE PROVA. WRIT ORDEM DENEGADA. I - O órgão constitucionalmente competente para julgar os crimes contra a vida e, portanto, apreciar as questões atinentes ao elemento subjetivo da conduta do agente aqui suscitadas – o Tribunal do Júri - concluiu pela prática do crime de homicídio com dolo eventual, de modo que não cabe a este Tribunal, na via estreita do habeas corpus, decidir de modo diverso. II - A jurisprudência desta Corte está assentada no sentido de que o pleito de desclassificação de crime não tem lugar na estreita via do habeas corpus por demandar aprofundado exame do conjunto fático-probatório da causa. Precedentes. III – Não tem aplicação o precedente invocado pela defesa, qual seja, o HC 107.801/SP, por se tratar de situação diversa da ora apreciada. Naquela hipótese, a Primeira Turma entendeu que o crime de homicídio praticado na condução de veículo sob a influência de álcool somente poderia ser considerado doloso se comprovado que a embriaguez foi preordenada. No caso sob exame, o paciente foi pronunciado pela prática de homicídio doloso por imprimir velocidade excessiva ao veículo que dirigia, incompatível com a via em que ocorreu o acidente, colocando em risco a incolumidade alheia, situação que demonstra que o réu aceitou a ocorrência do resultado e agiu, portanto, com dolo eventual. IV - Este Tribunal assentou o entendimento de que a demonstração de prejuízo, “a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que, (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). V - Habeas Corpus denegado.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 112.242. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª. Turma, Data de Julgamento: 05/03/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4194513>>. Acesso em 28 de janeiro de 2017.

<sup>2</sup> “PENAL. HABEAS CORPUS. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA



---

POR HOMICÍDIO QUALIFICADO A TÍTULO DE DOLO EVENTUAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. EMBRIAGUEZ ALCOÓLICA. ACTIO LIBERA IN CAUSA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO. REVALORAÇÃO DOS FATOS QUE NÃO SE CONFUNDE COM REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A classificação do delito como doloso, implicando pena sobremodo onerosa e influindo na liberdade de ir e vir, mercê de alterar o procedimento da persecução penal em lesão à cláusula do due process of law, é reformável pela via do habeas corpus. 2. O homicídio na forma culposa na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB) prevalece se a capitulação atribuída ao fato como homicídio doloso decorre de mera presunção ante a embriaguez alcoólica eventual. 3. A embriaguez alcoólica que conduz à responsabilização a título doloso é apenas a preordenada, comprovando-se que o agente se embebedou para praticar o ilícito ou assumir o risco de produzi-lo. 4. In casu, do exame da descrição dos fatos empregada nas razões de decidir da sentença e do acórdão do TJ/SP, não restou demonstrado que o paciente tenha ingerido bebidas alcoólicas no afã de produzir o resultado morte. 5. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que “O anteprojeto Hungria e os modelos em que se inspirava resolviam muito melhor o assunto. O art. 31 e §§ 1º e 2º estabeleciam: ‘A embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, ainda quando completa, não exclui a responsabilidade, salvo quando fortuita ou involuntária. § 1º. Se a embriaguez foi intencionalmente procurada para a prática do crime, o agente é punível a título de dolo; § 2º. Se, embora não preordenada, a embriaguez é voluntária e completa e o agente previu e podia prever que, em tal estado, poderia vir a cometer crime, a pena é aplicável a título de culpa, se a este título é punível o fato’”. (Guilherme Souza Nucci, Código Penal Comentado, 5. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2005, p. 243) 6. A revalorização jurídica dos fatos postos nas instâncias inferiores não se confunde com o revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes: HC 96.820/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 28/6/2011; RE 99.590, Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJ de 6/4/1984; RE 122.011, relator o Ministro Moreira Alves, DJ de 17/8/1990. 7. A Lei nº 11.275/06 não se aplica ao caso em exame, porquanto não se revela lex mitior, mas, ao revés, previu causa de aumento de pena para o crime sub iudice e em tese praticado, configurado como homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB). 8. Concessão da ordem para desclassificar a conduta imputada ao paciente para homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, caput, do CTB), determinando a remessa dos autos à Vara Criminal da Comarca de Guariba/SP.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 107.801. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, 1ª. Turma, Data de Julgamento: 06/09/2011). Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4053973> >. Acesso em 28 de janeiro de 2017.



Desta forma, observando-se que, mesmo no âmbito da mais alta corte nacional, não é pacífico o tema, tem-se por notório o fato de que, aos juízes de primeira instância e aos tribunais estaduais, faltam critérios seguros para a distinção entre as modalidades dolosa e culposa, nos crimes em análise.

O que se nota, porém, como uma das grandes causas de divergência entre os julgadores, é o chamado “elemento volitivo” do dolo e sua dificuldade de aferição e comprovação nos casos concretos. Observa-se que, a jurisprudência utiliza-se de critérios psicológicos para a constatação do mesmo, sendo que estes são de difícil, senão impossível, constatação prática.

Assim, o que se pretende com o presente trabalho, é analisar o desenvolvimento e evolução da doutrina, no que se refere à diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente, tendo como plano de fundo os crimes de homicídio e lesões corporais no trânsito, buscando determinar qual seria o critério mais favorável de diferenciação entre as modalidades dolosa e culposa, tendo-se como objetivo a uniformização da jurisprudência e um conseqüente incremento da segurança jurídica.

## 1 TEORIAS VOLITIVAS

É importante ressaltar que, a doutrina tradicional brasileira costuma classificar as teorias sobre o dolo entre “teoria da vontade”, “teoria da representação” e “teoria do consentimento”, como é o caso de Júlio Fabbrini Mirabete (2011, p. 125).

Ocorre que, tal classificação não deveria ser mais utilizada, seja por sua simplicidade, que não condiz com o atual estágio de evolução da doutrina do dolo, seja por seu desacerto, uma vez que, conforme explica Luís Greco (2004, p. XIV), não existe apenas uma teoria da vontade, ou uma teoria do conhecimento, mas sim, várias, sendo, inclusive, a teoria do consentimento, uma espécie do primeiro grupo.

Assim, acompanhamos o entendimento do autor, que classifica as teorias entre cognitivas e volitivas, nestes termos:

As teorias cognitivas seriam aquelas que fundamentam o dolo num dado cognitivo qualquer: ou no conhecimento da possibilidade da ocorrência do resultado (teoria da possibilidade), ou no conhecimento de que a ocorrência do resultado não é só meramente possível, como também provável (teoria da probabilidade). [...] Já as teorias da

vontade seriam aquelas que, para afirmar o dolo, não se contentam com a exigência de um mero dado cognitivo. Elas requerem, além do conhecimento da possibilidade do resultado, um posicionamento pessoal do autor, uma tomada de posição, um dado de índole voluntativa ou emocional: ou a indiferença em relação ao resultado, ou o consentimento no resultado, ou sua aprovação, ou levar a sério o risco de sua ocorrência... (GRECO, 2004, p. XV).

## 1.1 Teoria da aprovação (consentimento)

Dentre as teorias volitivas, talvez a que tenha maior aceitação da doutrina e da jurisprudência, já há um bom tempo, seja a do consentimento ou da aprovação, chegando alguns autores, inclusive, a entender que esta seria a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro, especialmente para o dolo eventual (MIRABETE, 2011, p. 125).

Para os defensores desta teoria, além do conhecimento da possibilidade de ocorrência do resultado típico, para a configuração do dolo, faz-se necessário que o agente tenha consentido na sua ocorrência, assumindo o risco de sua produção (BITENCOURT; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 155).

Observa-se, porém, a dificuldade de constatação de um elemento interno do agente, tal como a aprovação ou o consentimento para com o resultado, fato que impõe dificuldades práticas para tal teoria.

Tentando superar tais impedimentos, foram desenvolvidas as chamadas “fórmulas de Frank”, que apesar de criadas nos anos 30 do século passado, ainda são utilizadas pela doutrina e jurisprudência, em alguns casos (FRANK apud ROXIN, 1997, p. 438).

A primeira fórmula de Frank procura questionar sobre como o agente teria atuado se tivesse certeza, desde o princípio, da ocorrência do resultado. Caso se constate que, mesmo assim, teria atuado, seria caso de dolo eventual. Do contrário, culpa consciente.

Provando a inexatidão de tal fórmula, temos o seguinte exemplo:

Un muchacho apuesta 20 DM a que puede acertar de un disparo a una bola de cristal que sostiene en la mano una señorita de una de tiro al blanco en la feria. El mismo cree que, en caso de fallar, podrá desaparecer sano y salvo entre el bullicio de la feria. Da en la mano de la muchacha (LACMANN apud ROXIN, 1997, p. 438).

No caso, conforme pretendia Lacmann, constata-se a existência de casos em que, com certeza, o agente teria deixado de atuar se tivesse certeza da ocorrência do resultado, não podendo, porém, ser excluído o dolo.

Tendo-se em vista tais críticas, foi apresentada a segunda fórmula de Frank, na qual, quando o agente diz para si mesmo: “sea de una forma u otra, pase esto o lo otro, yo actúo en todo caso” (FRANK apud ROXIN, 1997, p. 438), haveria dolo.

Ocorre que, conforme explica Hava García (2003, p. 11), tal fórmula apresenta o inconveniente de que, para uma correta e justa análise do elemento subjetivo nestes casos, o agente teria que ter, no momento da ação e da prognose, conhecimento de todas as circunstâncias que constituem a base de sua culpabilidade, o que, na prática, é bem pouco provável. Além disso, assim como a primeira fórmula, a segunda é de difícil aplicação processual, pois, o juiz ainda teria que analisar elementos internos do agente, não resolvendo, portanto, o principal problema da teoria do consentimento.

## **1.2 Teoria da indiferença**

A chamada “teoria da indiferença” fora desenvolvida por Engisch, e busca realizar a diferenciação entre o dolo eventual e a culpa consciente através de um elemento interno do agente. Segundo o autor, quando o agente recebe com indiferença as conseqüências acessórias negativas de seu atuar, há que se apreciar o dolo eventual, ao contrário de quando as considere indesejáveis (ENGISCH apud ROXIN, 1997, p. 432).

As principais críticas direcionadas a tal teoria consistem no fato de que, ao utilizar-se como parâmetro de diferenciação um elemento interno do agente, tal como o faz Engisch, corre-se o sério risco de julgamento, não do fato por ele praticado, mas sim, de sua personalidade, o que iria de encontro com as garantias penais modernas (HAVA GARCÍA, 2003, p. 12).

## **1.3 Teoria da vontade de evitação**

Conforme explica Armin Kaufmann (1960, p. 185 – 206), principal expoente da presente concepção, o desenvolvimento da teoria finalista da ação apresentou como um de seus grandes méritos a correta delimitação da culpabilidade, não havendo mais espaço para a apreciação do chamado “dolus-malus” ou quaisquer resquícios do mesmo no âmbito

da diferenciação entre o delito doloso e o culposo. Desta forma, pretendeu o autor criar um conceito de dolo que fosse, não apenas unitário, mas também objetivo.

Segundo ele, a vontade de realização do agente engloba não apenas o resultado principal almejado, mas todas as conseqüências acessórias e modalidades de seu agir. Mas, encontra limitação nos casos em que, aquele próprio dirige sua vontade para a evitação de determinada conseqüência tida como possível.

Assim, conclui Kaufmann (1960, p. 194 – 196) que, quando o agente crê, erroneamente, que a ação dirigida a evitar eventual conseqüência acessória conseguirá impedir sua produção, excluir-se-á o dolo. Da mesma forma, quando haja dúvida de sua parte, sobre a eficiência ou não de sua ação no sentido de impedir a ocorrência da conseqüência acessória, pois ainda há uma vontade de evitação. Situação oposta ocorrerá, quando o agente, mesmo tendo como possível a ocorrência do resultado acessório, não modifica seu atuar, configurando-se seu dolo.

É importante ressaltar que, apesar de ser um dos principais defensores da doutrina finalista da ação, extremamente subjetivista, Kaufmann buscou uma objetivação dos limites do dolo, de maneira com que, este terminaria onde houvesse uma vontade de evitação por parte do agente. Mas, conforme explica Hassemer (1990, p. 910 – 911), as principais críticas vieram, justamente, nos pontos considerados por Kaufmann como mais louváveis: a ontologização e a objetivização. Além disso, levaria a resultados inaceitáveis, pois, nem sempre que o sujeito reduza a perigosidade de sua ação, o dolo deveria ser excluído, pois, ainda assim, aquele atuara perigosamente.

Assim, segundo Roxin (1997, p.437), a teoria de Kaufmann, apesar de poder ser utilizada como um forte indício do dolo eventual, não pode ser adotada como regra geral, fazendo-se necessária sempre, uma análise do caso concreto.

#### **1.4 Teorias da decisão contrária ao bem jurídico**

Ainda no âmbito das teorias volitivas, uma das mais modernas concepções do dolo é defendida, dentre outros, por Claus Roxin. Para o autor, a essência do dolo seria a “realização de um plano”. Assim, um resultado há de considerar-se dolosamente produzido quando e porque corresponda com o plano do sujeito atuante (ROXIN, 1997, p. 416 – 417).

A partir deste pressuposto, desenvolve o autor, seu critério de diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, explicando que quem inclui em seus cálculos a possibilidade de realização de um tipo, sem que este o dissuada de agir, terá decidido contrariamente ao bem jurídico protegido por este tipo. Por outro lado, quando não há esta decisão, mas sim, um descuido, haverá culpa, ainda que consciente (ROXIN, 1997, p. 425).

Interessante observar que, a partir desta concepção de dolo como realização do plano do agente, mostra-se como muito improvável, a possibilidade de casos concretos de trânsito passíveis de configuração como dolo eventual. Neste sentido, exemplifica Roxin:

Quando, p.ej. alguien, a pesar de la advertencia de su acompañante, adelanta de manera arriesgada y provoca así un accidente, este accidente no estará causado por regla absolutamente general dolosamente, sino sólo por imprudencia consciente, aunque el sujeto – hasta aquí como en el caso de la correa de cuero – conocía las posibles consecuencias e incluso le había advertido de ellas. La diferencia radica sin embargo en que el conductor, en tal situación y pese a su consciencia del riesgo, confía en poder evitar el resultado mediante su habilidad al volante, pues, de lo contrario desistiría de su actuación, porque él mismo sería la primera víctima de su conducta. Esta confianza en un desenlace airoso, que es más que una débil esperanza, no permite llegar a una decisión en contra del bien jurídico protegido. (ROXIN, 1997, p. 426 – 427).

Assim, observa-se que, nos casos de trânsito, no geral, o agente não inclui em seus planos a possibilidade de resultar-se acidentado, até mesmo porque, caso isto ocorresse, ele seria uma das vítimas. O que ocorre é, na verdade, que apesar de ter consciência do risco, confia na sua capacidade de evitar o resultado.

Desta forma, partindo do exposto até então, conclui Roxin (1997, p. 427) que há que se afirmar o dolo eventual quando o sujeito conta seriamente com a possibilidade do resultado típico, mas, apesar disto, continua atuando, resignando-se, conformando-se com o mesmo. De outro lado, quando o agente, apesar de consciente da possibilidade de ocorrência do resultado, não a leva a sério, ou não confia na sua ocorrência, não se resignando com a mesma, terá atuado com culpa consciente.

Outro defensor da teoria da decisão contrária ao bem jurídico é Hassemer. Para o autor, a ratio da maior punibilidade do delito doloso estaria no fato de que, nele, o agente não violaria apenas o bem

jurídico, mas também a norma que obriga a observação deste bem. (HASSEMER, 1990, p. 917).

Observa, porém, que o dolo é uma situação interna do agente, não observável de maneira direta. Assim, adota a idéia de que a sua constatação deve ser feita através de elementos indicadores externos, que facilitaríamos, inclusive, a sua posterior prova processual. Tais indicadores são categorizados entre os que indicam o perigo da situação para o bem jurídico, a representação do agente sobre este perigo e sua decisão a favor da realização do mesmo. (HASSEMER, 1990, p. 925 – 929).

Observa o autor, que das três categorias supracitadas, somente a primeira é observável. As outras, somente são constatáveis mediante indicadores. Assim, exemplifica:

Así, en el que hay que tratar la peligrosidad objetiva para el bien jurídico típicamente protegido, se determina por ejemplo la fuerza destructiva de una bomba y su distancia del objeto amenazado, las posibilidades de que una arma exhibida sea utilizada, el lapso de tiempo que dura un suceso lesivo (p.ej. el estrangulamiento de una persona), la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque, existencia o proximidad de una acción de salvamento o evitadora del peligro, etc. En el nivel cognitivo (de la representación del peligro) se determina por ejemplo la visibilidad del suceso por el agente (su presencia en el lugar del hecho, proximidad espacial del objeto), su capacidad de percepción (perturbación pasional o por drogas de esa capacidad, aumento de la misma por cualidades innatas o adquiridas profesionalmente), complejidad vs. simplicidad de la situación, tiempo necesario para realizar observaciones relevantes, etc. Y se determinarían, en el nivel de la decisión, la confirmación de conductas activas de evitación, la probabilidad de una autolesión en relación con los motivos del agente, indicadores de especial relevancia como juventud, incapacidad física, peculiaridades profesionales, comportamientos anteriores del delincuente en situaciones similares que puedan tener relación, de una forma relevante para el dolo, con la situación actual, indicios de vínculos afectivos entre delincuente y víctima, etc. (HASSEMER, 1990, p. 929 – 930).

Um dos principais críticos à teoria de Hassemer, Schünemann (2013, p. 140), por sua vez, entende que o conteúdo psíquico do dolo não é uma disposição latente, observável apenas em determinadas situações, como pretende o primeiro autor, mas sim um real conteúdo psíquico

vivenciado diretamente por uma pessoa, fato do qual não se pode abstrair por conta de eventuais dificuldades de prova.

O autor defende, assim, um conceito tipológico de dolo<sup>3</sup>, composto de elementos que podem se manifestar em intensidade graduável, sendo possível uma compensação entre eles. Nestes termos:

[...] quando o elemento da capacidade de controle ou a característica da atitude contrária aos bens jurídicos se manifesta de forma mais forte, basta para a realização do conceito de dolo uma manifestação mais fraca do outro elemento. Assim, o conceito de dolo compreende tanto o caso de um propósito, ainda que exista uma probabilidade bastante reduzida de produção de um resultado, como uma ação com dolo de conseqüências necessárias relativa a um resultado extremamente indesejado. (SCHÜNEMANN, 2013, p. 10)

Dentre as teorias mais relevantes que adotam um conceito de dolo como decisão contrária ao bem jurídico, a mais moderna é a apresentada por Maria del Mar Díaz Pita. Para a autora, o sujeito que atua dolosamente, com base nos seus conhecimentos previamente adquiridos, seleciona determinados objetos em detrimento de outros, de acordo com sua preferência. Este seria, portanto, o sentido da expressão “decisão contrária ao bem jurídico”, ou seja, a partir de algo mais do que mero conhecimento,

---

<sup>3</sup> Sobre os chamados conceitos tipológicos, esclarece Luís Greco: “Um conceito adequado do dolo terá, assim, de ser tipológico: ao invés de enunciar condições necessárias e suficientes, a serem avaliadas segundo a lógica do tudo ou nada, como faz o conceito classificatório tradicional, o conceito tipológico descreve algo como perfil geral, que servirá de guia para avaliar não apenas se os diversos elementos estão presentes, mas em que intensidade, e permitirá que uma manifestação menos intensa de um elemento seja compensada pela manifestação mais intensa de outro. Havendo muito conhecimento, bastará pouca vontade (e esse será o caso do chamado dolo direto de segundo grau: a bomba que o revolucionário instala com a intenção de matar a vítima também matará a filha dela, o que ele sinceramente lamenta); e havendo muita vontade, bastará pouco conhecimento (alguém dispara de uma longa distância, com a intenção de matar a vítima).”: GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. In: SCHÜNEMANN, Bernd. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Coordenação: Luís Greco. – São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 5 – 25. p. 10.

o sujeito faz uma seleção entre alternativas de comportamento, merecendo uma sanção de maior gravidade. (DÍAZ PITA, 2014, p. 15).

Desta forma, conclui Díaz Pita (2014, p. 16 – 17) pela existência do elemento volitivo no dolo, fato que não pode ser negado somente por ser de difícil comprovação. Pelo contrário, da mesma forma com que é feito com o elemento cognitivo, deve ser aquele manejado de maneira normativa, já que inacessível a partir de uma perspectiva psicológica. Este seria, segundo a autora, precisamente o objetivo da expressão “decisão contrária ao bem jurídico”, ou seja, uma valoração sobre determinado segmento da realidade, cuja atividade probatória seria feita através de indicadores externos.

## **2 TEORIAS COGNITIVAS**

Em virtude das já explicadas dificuldades encontradas pelas teorias volitivas, em especial, a de constatação e prova do elemento volitivo do dolo, foram desenvolvidas diversas teorias nas quais se buscava enriquecer o aspecto cognitivo do dolo, abstraindo-se assim, do volitivo.

### **2.1 Teoria da representação**

Desenvolvida por Schröder, na Alemanha do pós-guerra, e aperfeiçoada posteriormente por Schmidhäuser, a teoria da representação fora uma das primeiras linhas teóricas que pretendia abstrair-se do elemento volitivo para a conceituação do dolo.

Ela parte da ideia de que a mera representação da possibilidade de ocorrência do resultado já deveria fazer com que o agente desistisse de sua ação. Pelo contrário, a confiança na sua não-produção equivaleria a uma negação desta possibilidade. (ROXIN, 1997, p. 433).

Assim, tem-se que não há lugar para uma imprudência consciente, haja vista que toda imprudência é imprudência inconsciente. (SCHRÖDER apud ROXIN, 1997, p. 433). Dolo e imprudência deveriam ser distinguidos a partir do conhecimento ou não da possibilidade do resultado. (SCHMIDHÄUSER apud ROXIN, 1997, p. 433).

A principal crítica a esta concepção reside no fato de que, ao invés de abstrair-se do elemento volitivo, conforme pretendia, a teoria da



representação na verdade presume-o a partir de certo grau de conhecimento do autor. (KÖHLER apud HAVA GARCÍA, 2003, p. 4).

## 2.2 Teorias da probabilidade

Por sua vez, a teoria da probabilidade, desenvolvida por H.Mayer, pretende fundamentar o dolo na representação do agente sobre a probabilidade de ocorrência de um resultado lesivo, mediante sua ação. (MAYER apud ROXIN, 1997, p. 435).

Conforme explica Hava García (2003, p. 5), porém, o principal problema apresentado pelas teorias cognitivas até então desenvolvidas, especialmente as da representação e da probabilidade, reside no fato de que, nelas, não se fundamenta o porquê da maior gravidade do injusto nos casos em que o agente tenha um maior conhecimento. Aliás, conforme ressalta Díaz Pita, no atual estado de desenvolvimento da sociedade, tal concepção resulta até mesmo perigosa, senão vejamos:

En efecto, en una sociedad como la actual, en la que de forma cotidiana los individuos entran conscientemente en contacto con focos de riesgo para bienes jurídicos indispensables (desempeñando tareas peligrosas que no sólo son toleradas sino que a menudo resultan necesarias para la colectividad, aunque implican un cierto nivel de inseguridad —industria, tráfico vial, etc.—), señalar a la mera representación de la posibilidad/probabilidad de que, en el desempeño de esas actividades, se produzca un menoscabo (o una puesta en peligro típica) de alguno de esos bienes jurídicos, como única causa legitimante de la mayor penalidad que conlleva en todo caso la actuación dolosa, parece, cuando menos, un argumento endeble. (DÍAZ PITA apud HAVA GARCÍA, 2003, p. 5).

Buscando resolver este déficit de fundamentação, Günther Jakobs apresentou uma versão que conecta elementos das teorias da probabilidade e da representação. Segundo o autor, nos delitos imprudentes há uma menor afetação da validade da norma, já que revela uma incompetência do agente para cuidar de seus próprios assuntos, um descuido ou uma inadvertência, cujas conseqüências não foram por ele avaliadas, por que lhe eram desconhecidas. Não há, assim, evidência alguma de que o resultado lhe vai a agradar ou ser, por ele, aceito. (JAKOBS, 1995, p. 312 – 313).

Segundo o autor, uma vez disposto no Código Penal Alemão que não haverá dolo em caso de erro, tem-se que o elemento cognitivo é básico

para a constatação dolo. Rechaça, porém, qualquer elemento volitivo, tendo-se em vista que, no chamado “dolo de conseqüências necessárias”, ou “de segundo grau”, o agente atua somente com conhecimento, e não com vontade. Assim, dolo é conhecimento da ação junto com suas conseqüências. (JAKOBS, 1995, p. 315 – 316).

No que se refere ao dolo eventual, objeto principal do presente estudo, Jakobs (1995, p. 327) considera-o configurado quando o agente, no momento da ação, julga que a realização do tipo não é improvável como conseqüência de seu atuar. Por outro lado, o mero “cogitar”, sem qualidade de juízo de probabilidade, caracterizará imprudência consciente.

O principal ponto negativo de tal concepção, que apresenta como característica um enriquecimento do elemento cognitivo, a fim de suprir a falta do volitivo, mostra-se justamente no fato de que, como conseqüência disto, os problemas probatórios apresentados pelas teorias da vontade, no que se refere ao elemento volitivo, apresentam-se aqui, no cognitivo. Ou seja, como comprovar-se, no processo judicial, que o agente, no momento da ação considerou como não improvável a conseqüência secundária de tal ação? (HAVA GARCÍA, 2003, p. 6).

Mais recentemente, Ingeborg Puppe apresentou uma nova versão da teoria da probabilidade. Para a autora, as principais críticas a serem feitas às clássicas versões de sua concepção, residiam nas seguintes questões: “a primeira, a partir de que cociente de probabilidade o dolo começa e a culpa termina; e a segunda, como o autor deve obter conhecimento de tais cocientes de probabilidade [...]”. (PUPPE, 2004, p. 69).

Busca, assim, a autora, realizar uma diferenciação qualitativa entre o perigo culposo e o perigo doloso, entendendo que os pontos de partida das clássicas teorias da probabilidade seriam corretos, pecando, porém, em não conseguir fixar um limite claro e inequívoco entre dolo e culpa. (SCHRÖDER apud PUPPE, 2004, p. 70).

Segundo ela, o primeiro a desenvolver uma teoria baseada na qualidade do perigo fora Herzberg, segundo o qual, não interessaria se o agente teria levado a sério um perigo conhecido, mas sim, se ele conhecia um perigo que deveria ser levado a sério. Um perigo doloso seria “desprotegido”, enquanto que um perigo culposo seria “protegido”, ou seja, existiriam fatores que, no caso concreto, se oporiam à sua realização. (HERZBERG apud PUPPE, 2004, p. 79 – 80).

Para Puppe (2004, p. 82), porém, um perigo será doloso, fundamentando o dolo, quando representar, em si mesmo, um método

idôneo para a provocação do resultado. O “propósito” da ação do agente, ou seja, o seu objetivo na linguagem cotidiana, quando coincidente com o resultado típico, caracterizará apenas o motivo do mesmo, não podendo ser um elemento do injusto, mas apenas da culpabilidade. (PUPPE, 2004, p. 132).

Interesse notar, ainda, que na teoria desenvolvida pela autora, há uma abolição da tripartição do dolo entre dolo direto, dolo eventual e dolo de conseqüências necessárias, neste sentido:

Uma vez que a teoria do perigo doloso exige a utilização de um método genericamente idôneo para provocar o resultado, não faz sentido para ela a distinção entre propósito, dolo direto e dolo eventual. Os casos em que o conceito de propósito tem alguma relevância são elementares de ânimo, em que esse conceito não será o mesmo da teoria do dolo (cf. nm. 146 e ss.). As três formas de dolo não designam diversos graus do injusto subjetivo ou da culpabilidade, e sequer têm influência na aplicação da pena [...]

**A tripartição conceitual do dolo deve, portanto, ser abandonada.** (PUPPE, 2004, p. 141 – 142).

### 3 TEORIA SIGNIFICATIVA DO DOLO

Conforme observado, existe uma grande discussão na doutrina internacional, a respeito da conceituação do dolo e de seus elementos configuradores. Diversas teorias foram apresentadas, sendo que, algumas delas adotam uma concepção dualista, entendendo fazer-se necessária a presença não apenas de um conhecimento por parte do agente, mas também uma vontade de atuar.

Outras, porém, levando em conta, principalmente, as dificuldades de comprovação processual do elemento volitivo, abstraem dele, entendendo ser suficiente apenas um aspecto cognitivo, mesmo que mais enriquecido do que nas teorias dualistas.

A verdade, porém, é que nenhuma das duas vertentes até então desenvolvidas encontra-se isenta de duras críticas. Dentre os autores que defendem uma versão dualista do dolo, observa-se que muitos procuram analisar o elemento volitivo a partir de um ponto de vista psicológico, ou seja, um “querer o resultado”, “conformar-se” com ele, “aceitá-lo”.

Mostra-se óbvio que, tais concepções apresentam grandes problemas práticos, pois tais aspectos são de difícil, senão impossível constatação.

Assim, diante da falta de critérios mais concretos para a sua aferição, o que se observa na prática, é uma grande manipulabilidade de conceitos, possibilitando decisões diversas para casos semelhantes e causando grande insegurança jurídica neste âmbito. (PUPPE, 2004, p. 40).

Por outro lado, tem-se que as concepções monistas, que pretendem, única e exclusivamente a partir do elemento cognitivo, conceituar o dolo e diferenciá-lo da culpa, também não são isentas de ressalvas.

Primeiramente, há que se questionar as evidentes conseqüências político criminais destas teorias, uma vez que, tendo-se o dolo somente como conhecimento, os casos tradicionalmente tratados como culpa consciente passariam a ser dolosos, e suas punições, como lembra Hava García (2003, p. 2), longe de serem excepcionais, passariam a ser a regra.

Além disso, cumpre ressaltar que as teorias cognitivas do dolo apresentam uma solução meramente aparente para o problema da comprovação do elemento volitivo. Isto porque, a partir de suas propostas, tem-se uma hipertrofia do elemento cognitivo, incrementando-se e aprofundando-se seus requisitos, a partir de conceitos como “perigo qualificado” ou “perigo não coberto”. Assim, as dificuldades apresentadas anteriormente no âmbito da vontade do agente, quais sejam, a aferição e prova judicial da mesma, transferem-se para o âmbito do conhecimento, tendo-se então, como novo desafio, a prova de que o agente “conhecia um perigo não coberto”, ou um “perigo qualificado”. (ROMEO CASABONA, 2005, p. 12).

Tendo-se em vista o exposto, surge como uma terceira via a proposta elaborada inicialmente por Tomás Salvador Vives Antón, que a partir da filosofia da linguagem de Wittgenstein, elabora uma teoria significativa do dolo. Tal concepção, se adotada a classificação até aqui utilizada, pode ser conceituada como dualista, uma vez que não abstrai do elemento volitivo para a caracterização do dolo.

Ela seria uma terceira via, porém, a partir de uma classificação entre teorias ontológicas e normativas, sendo as primeiras aquelas que pretendem reconhecer o dolo através de determinados dados de natureza psicológica, enquanto que as segundas o fazem como resultado de uma atribuição. (BUSATO, 2014, p. 62 – 66).

A filosofia de Wittgenstein procura apresentar um novo paradigma, onde a linguagem mediará o conhecimento e se produziria

intersubjetivamente<sup>4</sup>. A partir disto, tem-se como idéias centrais os chamados “jogos de linguagem” e a de “seguir uma regra”, assim conceituados:

Assim, de forma muito simples, se pode dizer que o jogo de linguagem é a constelação de possíveis modos de manifestação da linguagem (não apenas falada) em cada um dos seus respectivos contextos. Ademais, como visto, os jogos de linguagem são normatizados por regras, institucionais ou não, escritas ou não, extraídas do contexto e usos públicos. (CABRAL, 2014, p. 131 – 132).

Ao contrário das antigas teorias volitivas, que partiam do pressuposto de que a intenção do agente seria algo interno, psicológico, Wittgenstein afirma que pensar é uma atividade de operar signos, que pode ser realizada através da escrita, da fala, de uma ação, etc. Desta forma, não se pode distinguir o pensamento da fala, ou do agir, por exemplo, uma vez que se pensa falando ou agindo. (WITTGENSTEIN apud CABRAL, 2014, p. 132 – 134).

Da mesma forma, devem ser rechaçadas as idéias de acesso privilegiado do agente aos seus estados mentais, que só poderiam ser averiguados por terceiros por meios indiretos, assim como a de uma linguagem privada do mesmo, uma vez que, esta só ganharia significado quando se tornasse pública. (CABRAL, 2014, p. 135 – 136).

Assim, utilizando-se dos pensamentos de Wittgenstein para a averiguação do dolo, tem-se que é necessário sim, um elemento volitivo para sua constatação, elemento este, porém, que não deve ser analisado a partir de uma perspectiva psicológica, mas sim, integralmente normativa, ou seja, em seus fundamentos e em seus elementos. (MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, 2014, p. 29 – 32).

---

<sup>4</sup> “A filosofia da linguagem de Wittgenstein, cujo paradigma filosófico é adotado neste trabalho, rompe com as possibilidades de conhecimento metafísico, com o idealismo, com a idéia kantiana de isomorfismo entre linguagem e mundo, signo e objeto, com a concepção essencialista das palavras, ou seja, a filosofia da linguagem libera-se de todas as ilusões e erros da filosofia da consciência, apresentando um novo paradigma, onde a linguagem media o conhecimento e se produz intersubjetivamente.” HABERMAS apud CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e direito penal: modernas tendências. – 2.ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 119 – 144. p. 130.

Desta forma:

Apoiado em um autêntico conhecimento (sobre dados concorrentes no momento da realização do fato), o elemento cognitivo proporciona a bagagem intelectual, prévia e imprescindível, com que conta o sujeito e lhe proporciona os dados necessários para a adoção de uma determinada decisão. Porém, ao ser um requisito inescusável, tal elemento não constitui ainda um requisito suficiente para afirmar a presença de um comportamento doloso; para isto deve existir ademais um *compromisso* com a vulneração do bem jurídico, que nos revela que o sujeito adota uma decisão *especial*, a saber, a decisão de enfrentar a sociedade, porque esta qualificou tal bem como valioso para a convivência ao protegê-lo através de uma norma penal. (MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, 2014, p. 31).

Tal concepção parte da teoria da ação significativa, proposta por Vives Antón, que, de maneira breve, pode ser assim explicada:

A proposta do Prof. Vives é de reorganizar o sistema de imputação a partir de dois pilares: a norma e a ação, as quais, conjugadas, convertem a teoria do delito em um conjunto de pretensões normativas em face do sentido de um tipo de ação.

Quando se propõe uma teoria do delito que distribui as pretensões normativas entre o tipo de ação – expresso em uma pretensão conceitual de relevância e uma pretensão de ofensividade -, a antijuridicidade formal – expressa em uma pretensão de ilicitude que inclui instâncias de imputação da antinormatividade -, uma culpabilidade como pretensão de reprovação e uma punibilidade como pretensão de necessidade de pena, como faz Vives Antón, fica melhor e evidente que o dolo não é mais do que uma atribuição. (BUSATO, 2014, p. 74).<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> “Vives exige, para o reconhecimento do “tipo de ação” uma pretensão de relevância no sentido da determinação de que uma ação humana em concreto é uma das que interessam ao Direito Penal. Mas esta pretensão de relevância é verificável mediante o cumprimento de dois pontos: uma pretensão conceitual de relevância, que expressaria a idéia de tipicidade, e uma pretensão de ofensividade, que representaria a idéia de antijuridicidade material. E logo, fecha o injusto com a antijuridicidade formal, que corresponde a uma pretensão de ilicitude que se traduz na verificação da falta de ajuste do comportamento significativo em relação ao ordenamento jurídico. É neste ponto onde Vives situa o dolo e a imprudência, sendo o primeiro identificado segundo um compromisso de atuar por

Desta forma, a partir de uma concepção significativa de dolo, tem-se que o elemento volitivo existe no seu âmbito, não podendo sua dificuldade probatória ser justificativa para exclusão. Pode-se considerar que o agente atuou dolosamente quando, com base nos seus conhecimentos previamente adquiridos, das técnicas que dominava, selecionou determinados objetos em face de outros, ou seja, a realização do resultado lesivo frente ao respeito pelo bem jurídico. (DÍAZ PITA, 2014, p. 15). Em outras palavras, celebrou um compromisso com o resultado lesivo. (VIVES ANTÓN apud DÍAZ PITA, 2014, p. 15).

Este “querer” normativo, ou seja, o “compromisso com a lesão”, da mesma forma que o “ter conhecimento”, deve ser alvo de uma atividade probatória, o que seria feito, segundo Maria Del Mar Díaz Pita (2014, p. 17), através dos indicadores externos que a reflitam.

### **3.1 Da aplicação da teoria significativa do dolo nos crimes de trânsito**

A presente teoria aparenta ser bastante promissora no que se refere ao tratamento de um dos grupos de casos mais problemáticos quando se trata da diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, qual seja, o dos homicídios e lesões corporais praticados na direção de veículo automotor, especialmente quando o agente encontra-se sob uso de álcool ou substâncias análogas, ou na prática de competição não autorizada, popularmente conhecida como “racha”.

Apesar de ainda pouco conhecida pela jurisprudência nacional, a proposta de Vives Antón apresenta uma importante mudança no que se refere à forma de averiguação do dolo, especialmente quanto ao seu elemento volitivo. Isto porque, ao contrário do que é comumente feito pelos tribunais, e ratificado pela doutrina tradicional, não se deve ficar tentando supor o elemento psicológico do agente no momento do fato, pois, uma vez sendo este inacessível, nada mais será do que uma suposição.

Desta forma, o dolo deve ser analisado de uma maneira integralmente normativa, em seus fundamentos e, principalmente, em seus elementos. Assim, levando em conta as regras jurídicas e sociais aplicáveis ao caso e as técnicas dominadas pelo agente, há que se valorar se, ao

---

parte do autor. O dolo, para Vives, resulta um dolo neutro, ou seja, é a intenção de realizar o fato antijurídico. BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). Dolo e direito penal: modernas tendências. – 2.ed. – São Paulo: Atlas, 2014. p. 59 - 84. p. 74.



praticar a conduta, o agente realizou um compromisso com a lesão do bem jurídico, atribuindo-lhe o dolo ou não.

Um caso interessante a título de exemplificação é o Recurso em Sentido Estrito nº. 00125622220098220007, julgado pela Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Rondônia, que fora julgado pelo Tribunal de Justiça de Rondônia, no qual um condutor de uma motocicleta, ao “empinar” e fazer outras manobras arriscadas com seu veículo, que, possivelmente por ser utilizada na prática de “Rallys”, encontrava-se sem quaisquer sinais identificadores ou faróis, atropelou um portador de deficiência auditiva, quando este estava próximo ao meio fio, após atravessar uma avenida. Em primeira instância, o magistrado considerou que, em virtude do grande risco que oferecem não apenas aos pedestres, mas, principalmente, aos condutores, é de difícil configuração o homicídio doloso na condução de motocicletas, pois, em caso de sinistros, o motociclista seria a principal vítima. Assim, optou por desclassificar o feito para a modalidade culposa. O tribunal, porém, considerou que na fase de pronúncia o princípio do “in dubio pro reo” deveria ser invertido, de maneira com que, em caso de dúvidas, haveria que ser pronunciado o Acusado. Deu provimento, assim, ao recurso ministerial.<sup>6</sup>

Na situação exposta, existem diversos fatores essenciais a serem levados em conta, na sua análise. Primeiramente, se por um lado é extremamente reprovável e vedada a condução de uma motocicleta sem diversos acessórios essenciais para a incolumidade, tais como os faróis, ainda mais a prática de manobras que colocam em risco todos os transeuntes, por outro, deve se observar que, se de fato o motociclista era piloto de “rally”, provavelmente possuiria uma perícia um pouco maior do que a média, no mínimo. Além disso, os fatos de a vítima ser deficiente auditiva e ainda encontrar-se na pista de rolagem, mesmo que próxima ao

---

<sup>6</sup> “Homicídio. Pronúncia. Acidente de trânsito. Dolo eventual. Culpa consciente. Desclassificação. Manobras perigosas. Excesso de velocidade. Dúvidas. Competência exclusiva do júri popular. Em se tratando de crimes contra a vida, a desclassificação só é possível, em sede de pronúncia, quando indubitavelmente comprovada a inocorrência do dolo eventual, caso contrário deve o feito ser remetido ao sinédrio popular.” TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. Recurso em Sentido Estrito nº. 00125622220098220007. Relator: Desembargador Valter de Oliveira, Câmara Criminal, Data de Publicação: 03/08/2010). Disponível em: < <https://www.tjro.jus.br/apsg/faces/jsp/apsgDetalheProcesso.jsp> >. Acesso em 28 de janeiro de 2017.



meio fio, assim como o horário avançado da noite, em que o movimento costuma ser bem menor, devem ser levados em consideração.

Desta forma, tomando-se por base todos estes indicadores externos supracitados, não se pode considerar que o agente tenha prestado um compromisso com a lesão ao bem jurídico “vida” da vítima. Muito embora aquele tenha conduzido seu veículo de maneira temerária e sem diversos equipamentos obrigatórios, pesam a seu favor o fato de que era extremamente improvável que alguém, deficiente auditivo, atravessasse a rua na sua frente, àquela hora da noite.

Além disso, em virtude do fato muito bem destacado pelo juiz a quo, de que ao realizar manobras arriscadas com seu veículo, o motociclista colocou em risco não somente terceiros, mas também e principalmente a sua pessoa. Assim, é evidente que, apesar de ter agido de maneira imprudente, confiava na sua perícia de piloto profissional. Desta forma, entendemos haver, no caso em tela, homicídio culposo na direção de veículo automotor, qualificado pela circunstância de estar na prática de exibição, ou demonstração de perícia em manobra, previsto pelo artigo 302, § 2º., do Código de Trânsito Brasileiro.

A 2ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por sua vez, na decisão do Recurso em Sentido Estrito nº. 10694090553678001, de Relatoria da Desembargadora Beatriz Pinheiro Caires, apreciou a modalidade dolosa em caso no qual o agente estaria embriagado, em alta velocidade, vindo a atingir veículo quando na contramão de direção, causando duas mortes e três vítimas não fatais. No caso, a Desembargadora Relatora, ora vencida, considerou que a imputação do dolo ao agente seria mera presunção pelo fato de o mesmo estar embriagado, motivo pelo qual não poderia subsistir. No seu entender, pelo contrário, quando o motorista está sob a influência de bebida alcoólica, tende a ter sua autoconfiança prevalecida, acreditando na sua capacidade de evitar o resultado. Votou, assim, pela desclassificação para a modalidade culposa. A Desembargadora Revisora, porém, divergiu deste entendimento, considerando que a embriaguez ao volante e o excesso de velocidade seriam suficientes para corroborar a decisão de pronúncia.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRÂNSITO. HOMICÍDIO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOLO EVENTUAL. ELEMENTOS SUFICIENTES À PRONÚNCIA. ART. 413 DO CPP. AUSÊNCIA DE DEVIDA COMPROVAÇÃO DE CULPA CONSCIENTE. CIRCUNSTÂNCIA A SER DIRIMIDA PELOS JURADOS. RECURSO IMPROVIDO. 1- Existindo elementos suficientes quanto à caracterização

Analisando o presente caso sob a perspectiva da teoria significativa, há que se acompanhar, no nosso entender, o posicionamento da primeira desembargadora, pela culpa consciente.

Isto porque, muito embora a embriaguez e o excesso de velocidade sejam circunstâncias que tornam ainda mais reprovada a conduta do agente, não há como se abstrair do fato de que, em caso de acidente, o motorista acusado seria também, uma das vítimas. Não há que se falar, assim, em um compromisso com a lesão ao bem jurídico, mas tão somente, em imprudência.

Isto corrobora a tese da Desembargadora vencida, no sentido de que a embriaguez, no caso, ao contrário da pretensão ministerial no sentido de que representaria uma assunção do agente para com o risco, tende a elevar a autoconfiança do agente, além de reduzir a completa percepção da realidade, fazendo o agente crer e confiar na sua capacidade de evitação de um acidente.

Assim, mesmo nos casos de embriaguez ao volante, mostra-se de difícil configuração prática a modalidade dolosa, a não ser, é claro, quando aquela seja preordenada.

Por sua vez, um pouco mais delicada se mostra a resolução dos casos em que um motorista comete homicídio ou lesões corporais, quando da prática de competição não autorizada em via pública, popularmente conhecida como “racha”.

Na Apelação Criminal nº 1046014000409001, julgada pela 4ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de Relatoria do Desembargador Eduardo Brum, foram apreciados fortes indícios de que agente estaria embriagado, e na prática de “racha” com outro veículo, estando, inclusive, dirigindo na contramão de direção, vindo a colidir frontalmente com a motocicleta da vítima, que falecera no local.

---

de dolo eventual, evidenciado pelas circunstâncias do fato, deve ser mantida a decisão de pronúncia, que não reclama a mesma certeza para uma condenação, relegada a análise detida do elemento subjetivo que moveu o agente ao Conselho de Sentença. 2- Inexistindo provas irrefutáveis da sustentada culpa consciente, inviável acolher a tese de desclassificação, sob pena de prematura exclusão da competência constitucional do Tribunal do Júri. 3- Recurso improvido.” TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Recurso em Sentido Estrito n. 10694090553678001. Relatora: Beatriz Pinheiro Caires, 2ª. Câmara Criminal, Data de Julgamento: 03/04/2014, Data de Publicação: 22/04/2014. Disponível em: < [http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado2.jsp?listaProcessos=10694090553678001](http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10694090553678001) >. Acesso em 28 de janeiro de 2017.

O Ministério Público ofereceu denúncia pleiteando a condenação por homicídio doloso, por motivo torpe e com emprego de meio que possa resultar em perigo público e mediante recurso que tornou impossível a defesa da vítima. O juiz de primeiro grau, porém, decidiu pela impronúncia, condenando o Acusado como incurso nas penas do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, qual seja, por homicídio culposo na direção de veículo automotor. O Tribunal, por sua vez, entendeu estarem presentes indícios suficientes para a configuração do dolo, dando provimento ao recurso ministerial e entendendo pela pronúncia do Acusado.<sup>8</sup>

No caso em tela, por mais que as circunstâncias pesem contra o Acusado, não entendemos restar configurado, mais uma vez, o dolo eventual. Isto porque, muito embora tenha restado configurada a prática de competição não autorizada em via pública, não há que se falar em compromisso com a lesão do bem jurídico da vítima.

Há que se levar em conta, que os fatos se deram em hora avançada na madrugada e em rodovia com pouco movimento de veículos. Além disso, a circunstância de estar embriagado apenas corrobora a tese de que o Agente não estaria na melhor das condições para averiguar as circunstâncias da ocasião. Assim, pelo exposto, muito embora tenha agido de maneira irresponsável e totalmente imprudente, os indicadores externos

---

<sup>8</sup> "APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - "RACHA" E EMBRIAGUEZ - DOLO EVENTUAL - INDÍCIOS SUFICIENTES - PRONÚNCIA - QUALIFICADORAS - MANIFESTA IMPROCEDENCIA - CRIME CONEXO - REMESSA AO TRIBUNAL DO JÚRI - RECURSO MINISTERIAL PROVIDO EM PARTE E DEFENSIVO PREJUDICADO.

1. Havendo indícios de que os acusados podem ter atuado com dolo eventual, assumindo, assim, o risco de matar alguém ao supostamente se envolverem em disputa automobilística, deve tal questão ser dirimida pelo Conselho de Sentença, porquanto a pronúncia consiste em mero juízo de admissibilidade da acusação, e não em certeza.

2. É imperativa a exclusão das qualificadoras quando manifestamente improcedentes e descabidas, inexistindo nos autos provas que as sustente. 3. Admitida a acusação relativamente ao crime doloso contra a vida, o delito conexo imputado na exordial deve ser remetido ao Tribunal do Júri. 4. Recurso ministerial provido em parte e defensivo prejudicado." TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal nº. 1046014000409001. Relator: Eduardo Brum, 4ª. Câmara Criminal, Data de Julgamento: 25/11/2015, Data de Publicação: 01/12/2015). Disponível em: < [http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10460140004090001](http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=10460140004090001) >. Acesso em 28 de janeiro de 2017.

impedem que se considere seu atuar como doloso, não podendo se falar que o mesmo tenha se comprometido com a lesão do bem jurídico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto, a caracterização do dolo e sua diferenciação com a culpa é um dos temas mais controversos da dogmática penal já há um bom tempo, o que acaba se refletindo na jurisprudência, uma vez que, por falta de parâmetros mais concretos, os tribunais acabam proferindo decisões diversas para casos, muitas vezes, semelhantes.

A doutrina tradicional e majoritária ainda analisa o dolo a partir de uma concepção dualista, com um elemento cognitivo e um volitivo. Incide no erro, porém, de averiguar este último por uma perspectiva psicológica, o que justifica as grandes dificuldades probatórias existentes nos processos judiciais posteriores.

Por outro lado, existe uma tendência cada vez maior de abstrair-se dele elemento volitivo, enriquecendo o cognitivo e considerando-o suficiente para a constatação do dolo. Tais teorias, por sua vez, não de ser rechaçadas, primeiramente, por suas conseqüências político criminais, uma vez que resultariam numa inevitável hipertrofia criminal, já que casos anteriormente tratados como culpa consciente passariam a ser dolosos.

Além disso, os defensores destes modelos falham em fundamentar o porquê da maior gravidade dos delitos dolosos unicamente em virtude de um maior conhecimento do agente. Por fim, há que se ressaltar que, de uma perspectiva cognitiva, as dificuldades probatórias anteriormente presentes no elemento volitivo, não são eliminadas, mas unicamente transferidas para o cognitivo.

Assim, muito embora ainda em desenvolvimento, a teoria significativa, baseada na filosofia da linguagem de Wittgenstein, tem se mostrado bastante promissora no sentido de conceituar corretamente o dolo e diferenciá-lo da culpa. As dificuldades probatórias do elemento volitivo não podem justificar sua abstração, mas, tão somente, uma análise a partir de uma perspectiva normativa, assim como é feita com o cognitivo.

Desta forma, atua dolosamente o agente quando, partindo-se das regras sociais e jurídicas e dos conhecimentos do autor, possa-se constatar, através de suas manifestações externas, que este decidiu contrariamente ao bem jurídico, ou seja, prestou um compromisso com sua lesão.

Esta concepção mostra-se, não apenas a mais correta até o momento, mas também a político-criminalmente mais aceitável, uma vez que, não nega o elemento volitivo, e muito menos as dificuldades probatórias que este apresenta, mas sim, e justamente por isso, analisa-o a partir de uma perspectiva normativa, como uma atribuição que se faz ao agente, a partir de dados exteriormente constatáveis e que deverão ser objeto de atividade probatória.

Há que se ressaltar, porém, conforme restou evidenciado na análise dos casos práticos supracitados, que se analisados a partir da teoria significativa, mostra-se de muito difícil configuração prática a modalidade dolosa nos homicídios e lesões corporais praticadas na direção de veículo automotor, excetuando-se, é claro, situações muito particulares, tais como as de embriaguez preordenada e de tentativa de suicídio, por parte do agente.

Assim, muito embora, muitas vezes, existam indícios concretos de que o agente tenha decidido contrariamente ao bem jurídico, tais como, o excesso de velocidade, a prática de competição não autorizada ou a embriaguez ao volante, destaca-se, em favor da modalidade culposa, o fato de que, em caso de eventual acidente, o próprio agente restar-se como uma das principais vítimas, colocando a sua própria incolumidade física em risco.

Não há que se falar que tal entendimento traria conseqüências político-criminais negativas. Não se nega que o trânsito tem se mostrado como uma das principais causas de morte de jovens, nos dias atuais, quadro que se agrava pela conduta imprudente de motoristas que colocam a vida de várias pessoas em risco.

Mas, tal fato não pode servir de justificativa para um desvirtuamento dos conceitos da teoria do delito, a fim de agravar a punição dos agentes. Devem ser discutidas no âmbito legislativo, caso se entenda necessário, formas de aumentar os efeitos de prevenção geral negativa dos delitos de trânsito, sem utilizar-se, para tanto, de um jogo argumentativo para enquadrá-los no âmbito dos crimes dolosos, o que incidiria em erro conceitual.

## **REFERÊNCIAS:**

AZEVEDO, David Teixeira de. O direito penal no código de trânsito brasileiro. In: AZEVEDO, David Teixeira de. **Atualidades no direito e processo penal**. São Paulo: Método, 2001. p. 187-215.

BEM, Leonardo Schmitt de. Dolo eventual e culpa consciente. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n.36, v. 10, p. 85-98, jan./mar. 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUSATO, Paulo César. Dolo e significado. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e direito penal: modernas tendências**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 59-84.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e direito penal: modernas tendências**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-144.

CALLEGARI, André Luís. Dolo eventual e crime de trânsito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugenio (Coord.). **Direito penal contemporâneo: questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 135-151.

CANESTRARI, Stefano. La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo. **Nueva Doctrina Penal**, Buenos Aires, B, p.393 - 430, 2003.

\_\_\_\_\_. La estructura del dolus eventualis: la distinción entre dolo eventual y culpa consciente de cara a las nuevas fenomenologías del riesgo. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. **El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología** : Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 863-904.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Dolo e imprudencia como magnitudes graduales del injusto. **Revista de Derecho Penal y Criminología**. Madrid, 3º época, n. 2, p. 37-59, jul. 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DÍAZ PITA, Maria del Mar. A presumida inexistência do elemento volitivo no dolo e sua impossibilidade de normatização. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e direito penal: modernas tendências**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1-22.

DÍAZ PITA, Maria del Mar. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo: sobre la normativización del dolo. **Cuadernos de política criminal**, Madrid, n. 65, p.269-364, 1998.

FRISCH, Wolfgang. **Vorsatz und risiko: grundfragen des tatbestandsmäßigen verhaltens und des vorsatzes: zugleich ein beitrag zur behandlung aussertatbestandlicher möglichkeitsvorstellungen**. Köln: Heymann, 1983.

FUKASSAWA, Fernando Y. **Crimes de trânsito: de acordo com a lei n. 9.503, de 23-9-1997: Código de trânsito brasileiro**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRECO, Luís. Algumas observações introdutórias à “Distinção entre dolo e culpa”, de Ingeborg Puppe. In: PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri, SP: Manole, 2004. p. IX-XXI.

\_\_\_\_\_. Bernd Schünemann, penalista e professor. A propósito desta coletânea. In: SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 5–25.

HASSEMER, Winfried. Los elementos característicos del dolo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 43, Fasc/Mes 3, p. 909-932. 1990.

HAVA GARCÍA, Esther. Dolo eventual y culpa consciente: critérios diferenciadores. **Anuario de derecho penal: aspectos fundamentales de la parte general del Código Penal Peruano**. Freiburg, n. 8, p. 1-20. 2003. Disponível em: <[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_2003\\_08.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_08.pdf)>. Acesso em 10 de março de 2016.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal, parte general: Fundamentos y teoría de la imputación**. Traducción de Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.



JAKOBS, Günther. Sobre el tratamiento de las alteraciones volitivas y cognitivas. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, n. 1, v. 45, p.213-234, jan./abr. 1992.

KAUFFMANN, Armin. El dolo eventual en la estructura del delito. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, tomo 13, Fasc/Mes 2, p. 185-206. 1960.

KINDHÄUSER, Urs. El tipo subjetivo en la construcción del delito: una crítica a la teoría de la imputación objetiva. **Indret: revista para el análisis del derecho**, Barcelona, n. 4, p. 1-35. 2008. Disponível em: < [http://www.indret.com/pdf/579\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/579_es.pdf) >. Acesso em 19 de abril de 2016.

LAURENZO COPELLO, Patricia. Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo. In: CEREZO MIR, José et al. **El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos : libro homenaje al professor doctor Don Angel Torío López**. Granada: Comares, 1999. p. 423-438.

\_\_\_\_\_. El estado actual de las teorías del dolo y su reflejo en el derecho penal positivo. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 12, 7/8, p. 509-519. 2002.

\_\_\_\_\_. Los componentes del dolo: respuestas desde una teoría del conocimiento. **Revista peruana de ciencias penales**, Lima, n. 12, 7/8, p. 321-337. 2002.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Dolo y dolo eventual: reflexiones. In: NIETO MARTÍN, Adán. **Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam I**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Universidad Salamanca, 2001. v.1. (Homenajes). p. 1109–1134.

MAPELLI CAFFARENA, Borja. El dolo eventual en el asesinato. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, n. 2, v. 41, p.431-464, mai./ago. 1988.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, Carlos. O conceito “significativo” de dolo: um conceito volitivo normativo. In: BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e direito penal: modernas tendências**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 23–58.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts 1º. a 120 do CP**. 27.ed.rev. e atual. até 4 de janeiro de 2011. São Paulo: Atlas, 2011.



NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 5.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel E. El concepto de dolo en el derecho penal. Hacia un abandono definitivo de la idea de dolo como estado mental. In: AROCENA, Gustavo Alberto; BALCARCE, Fábian I.; CESANO, José Daniel (Coord.). **Reflexiones sobre la cuestión criminal**: libro homenaje al Prof. Carlos J. Lascano (h). Córdoba: Lerner, 2011. p. 351-392.

PUPPE, Ingeborg. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução, introdução e notas: Luís Greco. Barueri, SP: Manole, 2004.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. Consideraciones sobre la prueba del dolo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 69, v. 15, p.129-155, nov./dez. 2007.

\_\_\_\_\_. De nuevo el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico: recesión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, 842 páginas. **Indret**: revista para el análisis del derecho, Barcelona, n. 3, p. 1–12. 2012. Disponível em: < <http://www.indret.com/pdf/899.pdf> >. Acesso em 19 de abril de 2016.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**: parte geral. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao código de trânsito brasileiro**. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROMEO CASABONA, Carlos Maria. Sobre a estrutura monista do dolo: uma visão crítica. **Ciências penais**: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, n. 3, v. 2, p. 7-32, jul./dez. 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, tomo I**: fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo; Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

SCHÜNEMANN, Bernd. Do conceito filológico ao conceito tipológico de dolo. In: SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coordenação: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 127–141.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Crime de trânsito - responsabilidade objetiva - dolo eventual e culpa consciente [Parecer]. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 59, v. 14, p. 346 - 373, mar./abr. 2006.

\_\_\_\_\_. Dolo eventual e culpa consciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 38, v. 10, p. 142 - 153, abr./jun. 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Os crimes de trânsito e a questão do elemento subjetivo. In: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; RASSI, João Daniel (Org.). **Estudos em homenagem a Vicente Greco Filho**. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 491-504.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 107.801. Relatora: Ministra Carmen Lúcia, 1ª. Turma, Data de Julgamento: 06/09/2011). Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4053973> >. Acesso em 28 de janeiro de 2017.

\_\_\_\_\_. Habeas Corpus n. 112.242. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª. Turma, Data de Julgamento: 05/03/2013. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4194513> >. Acesso em 28 de janeiro de 2017.

TAYLOR, Greg. Concepts of intention in German criminal law. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, n. I, vol. 24, p. 99-127. 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Criminal nº. 1046014000409001. Relator: Eduardo Brum, 4ª. Câmara Criminal, Data de Julgamento: 25/11/2015, Data de Publicação: 01/12/2015). Disponível em: < [http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=1046014000409001](http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes2.jsp?listaProcessos=1046014000409001) >. Acesso em 28 de janeiro de 2017.

\_\_\_\_\_. Recurso em Sentido Estrito n. 10694090553678001. Relatora: Beatriz Pinheiro Caires, 2ª. Câmara Criminal, Data de Julgamento: 03/04/2014, Data de Publicação: 22/04/2014). Disponível em: < [http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_resultado2.jsp?listaProcessos=10694090553678001](http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?listaProcessos=10694090553678001) >. Acesso em 28 de janeiro de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA. Recurso em Sentido Estrito nº. 00125622220098220007. Relator: Desembargador Valter de Oliveira, Câmara Criminal, Data de Publicação: 03/08/2010). Disponível em: < <https://www.tjro.jus.br/apsg/faces/jsp/apsgDetalheProcesso.jsp> >. Acesso em 28 de janeiro de 2017.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. Reexame do dolo. In: : BUSATO, Paulo César (coord.). **Dolo e direito penal: modernas tendências**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 85–118.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. La demarcación entre el dolo y la culpa: el problema del dolo eventual. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, n. 2, v. 39, p. 394-422, mai./ago. 1986.



# DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

## FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE TAX ADMINISTRATIVE PROCESS

João Tobias da Silva Pontes\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 A evolução da concepção de estado e os direitos fundamentais. 1.1 Direitos fundamentais. 2 Os princípios que orientam o direito administrativo. 2.1 Princípios no processo administrativo tributário. 2.1.1 Princípio do devido processo legal. 2.1.2 Princípios do contraditório e da ampla defesa. 2.1.3 Princípio da ampla competência decisória. 2.1.4 Princípio da ampla instrução probatória. 2.1.5 Princípio do duplo grau de jurisdição. 2.1.6 Princípio do julgador competente. 2.1.7 Princípio da oficialidade. 2.2 Princípio da segurança jurídica. 3 Análise de casos. Considerações finais. Referências.

**RESUMO:** Este artigo é fruto de pesquisa no campo jurídico onde se procura fazer o liame entre o conceito de direitos fundamentais e a instrumentalidade processual envolta no processo administrativo tributário. Destaca-se, inicialmente, a evolução da concepção de Estado que migra, historicamente, de concepções de caráter liberal para o moderno Estado Social Democrático de Direito. Nesse ínterim, a teoria do Direito foi se conformando às novas atribuições advindas da concepção social do Estado, em que este assume a característica de prestador de serviços, além das funções clássicas oriundas da antiga concepção liberal. Tal moldura é refletida nas constituições dos estados modernos, onde proliferam diversos princípios consagradores da nova ordem, que orientam a produção e aplicação do Direito. E é na ordem constitucional que buscaremos os direitos fundamentais, elevados a essa condição pelas decisões políticas de dada sociedade, que refletem os valores almejados pelos seus componentes. A constituição torna-se, assim, o instrumento jurídico determinante da expressão dos direitos fundamentais e de suas respectivas garantias, onde são enunciados os princípios que orientam as condutas intersubjetivas. Fazendo um recorte para a área processual tributária, destacamos alguns dos princípios que orientam a aplicação do direito na relação litigiosa entre fisco e contribuinte. Pairando sobre todos os princípios, encontra-se o sobreprincípio da segurança jurídica a dar certeza e estabilidade ao Direito. Por fim, são analisados alguns casos práticos de lides tributárias envolvendo o fisco paulista e contribuintes, julgados nos órgãos competentes da esfera administrativa, onde são destacados os argumentos que reforçam a segurança jurídica nas decisões.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Segurança jurídica. Processo administrativo tributário.

**ABSTRACT:** *This article is the result of research in the legal field which seeks to make the link between the concept of fundamental rights and procedural instrumentality shrouded in tax administrative process. Stands out, initially, the evolution of the concept of the state that migrates historically liberal character designs for the modern Social Democratic rule of law. Meanwhile, the law theory was conforming to the new tasks arising from the social conception of the state, where it takes on the characteristic service provider, besides the classical functions derived from the old liberal conception. This frame is reflected in the constitutions of modern states, which proliferate many principles of the new order, which guide the production and application of the law. And it is in constitutional order to seek fundamental rights, raised to this condition by policy decisions of a given*

---

\* Graduação em Ciências Contábeis pela Universidade de Brasília e graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto brasileiro de Estudos Tributários. Pós-graduando na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

**Como citar:** PONTES, João Tobias da Silva. Direitos fundamentais e o processo administrativo tributário. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n.30, p.1-19, ago-dez, 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

*society, which reflect the expected values for their components. The constitution, it is thus the key legal instrument of expression of fundamental rights and their respective guarantees, which are set out the principles that guide their interpersonal behavior. Making a cut for the tax procedural area, we highlight some of the principles that guide the application of law in the contested relationship between tax authorities and taxpayers. Over all the principles, is the higher principle to give certainty and stability to the law. Finally we analyze some practical cases of tax disputes involving the São Paulo tax authorities and taxpayers, judged by competent agencies of the administrative sphere, where the arguments that strengthen legal certainty in the decisions are posted.*

**Keywords:** *fundamental rights. legal certainty. tax administrative process.*

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura demonstrar a importância da definição de garantia dos direitos fundamentais na Constituição em um Estado Democrático Social de Direito. O objetivo central é esclarecer como o direito positivo brasileiro trata das garantias aos direitos fundamentais na relação entre a Administração Pública e os administrados, especialmente no ramo de Direito Tributário.

Para tanto, primeiramente, traça-se um sintético histórico da evolução do Estado desde sua concepção liberal até a adoção de uma visão social do Estado no século XX. Em seguida, aborda-se o conceito de direitos fundamentais, e como eles estão garantidos na Constituição Federal do Brasil de 1988. São dados destaques aos princípios que orientam a aplicação do Direito Administrativo no país, os quais têm a relevante função de resguardar os direitos dos cidadãos, sobretudo os direitos fundamentais, frente à atuação estatal. Ainda, mais especificamente tratando de questões de natureza tributária, discorre-se sobre os princípios que orientam o processo administrativo tributário.

Por fim, são feitas análises de casos práticos a partir de julgamentos efetuados no âmbito do TIT - Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, onde se procurou verificar a aplicação dos princípios constitucionais que demarcam a segurança jurídica, um dos direitos fundamentais. A relação Fisco-contribuinte deve estar assentada sobre bases jurídicas sólidas que permitam aos sujeitos da relação jurídica tributária ter estabilidade e certeza nas suas ações concretas do dia-a-dia, consolidando um Estado de Direito que permita a previsibilidade das decisões negociais em um ambiente econômico competitivo.

São fontes que orientam a análise desenvolvida a legislação de regência do ICMS paulista, o Código Tributário Nacional, além da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, a doutrina referida

nas referências bibliográficas e a jurisprudência dos órgãos de julgamento do contencioso administrativo tributário paulista, sobretudo do Tribunal de Impostos e Taxas.

## **1 A EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DE ESTADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O Estado, como concebido hoje, em suas três funções essenciais, legislativa, administrativa e jurisdicional, evoluiu de uma concepção liberal nos séculos XVIII e XIX para uma feição social mais abrangente a partir do século XX.

Com a Revolução Francesa, o poder divino do rei foi limitado e as funções estatais ficaram bem definidas e separadas em poderes distintos. As Revoluções Francesa e Industrial viram triunfar o poder da classe burguesa, que passou a ter o controle da nascente economia capitalista. Esse novel sistema econômico necessitava de regras claras e estáveis, de sorte que o novo modelo de Estado foi essencial para tolher as investidas absolutistas do rei sobre o domínio econômico. A mudança nos paradigmas políticos, com a instituição de formas representativas da vontade popular, particular e principalmente da classe burguesa, impediu a total subserviência às determinações imperiais, pelo menos no campo econômico, ou tal subserviência foi muito mitigada em várias nações onde o modo capitalista de produção prosperou. As pessoas foram estimuladas a desenvolver suas atividades profissionais e empreender seus negócios sem que o rei pudesse impedir arbitrariamente tais atividades. Leis foram editadas por órgão estatal independente do poder divino do rei. Leis que planificaram o horizonte para o desenvolvimento do capitalismo, garantindo, sobretudo, a propriedade privada e os contratos civis.<sup>1</sup>

Ao Estado, em sua função executiva, cabia administrar o destino da nação, segundo o que estivesse estipulado nas leis, cumprindo suas atribuições clássicas de segurança, de defesa contra invasores externos, agente arrecadador, emissor de moeda, regulador do comércio externo,

---

<sup>1</sup> Para uma análise do tema, sugerimos a leitura da obra “Por que as nações fracassam”, de Daron Acemoglu e James Robinson. Na obra, os autores analisam as razões que levam algumas nações a prosperarem e outras a fracassarem. No cerne do estudo, está a ideia de que somente através de instituições políticas e econômicas inclusivas é possível manter um desenvolvimento sustentado.

dentre outras, e estruturante das demais funções de Estado: a legislativa e jurisdicional.

A intervenção na economia era mínima e apenas no que fosse absolutamente necessário, posto que os particulares tinham total autonomia para desenvolver seus negócios. Aliás, o Estado intervinha para garantir o cumprimento dos contratos e preservar a propriedade no mais das vezes. Também era de sua alçada a promoção da infraestrutura do país, a logística de estradas, portos, entrepostos, aduanas, uma vez que se tratava de obras de grande envergadura, em que os particulares não tinham disposição, nem capital para enfrentar.

No entanto, crises sucessivas, de abastecimento, de oferta, de desvalorização escritural da moeda, enfim, crises inerentes ao capitalismo, cuja análise não cabe no presente estudo, acabaram por induzir a participação mais ativa do Estado na economia, seja como agente regulador, seja como protagonista econômico. A crescente participação estatal na economia foi consequência direta da incapacidade da economia capitalista antever e evitar as sucessivas crises em que foram jogados os países que se viram frente a frente aos problemas de desemprego, fome, desigualdades, inflação etc.

Os efeitos deletérios na sociedade provocados pela chamada segunda revolução industrial no início do século XIX, a insatisfação do movimento operário que surgia, a pregação da Igreja Católica pela harmonia do convívio entre patrões e empregados e as reações ocorridas no meio acadêmico, conforme enfatiza Ferreira (2012, p. 444), levaram à transformação de um Estado liberal para um Estado social de Direito.

Di Pietro (2007, p. 218) ilustra bem essa passagem no texto abaixo, em que trata do direito administrativo:

Com o Estado Social, o interesse público a ser alcançado pelo direito administrativo humaniza-se, na medida em que passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas com valores considerados essenciais à existência digna; quer-se liberdade com dignidade, o que exige maior intervenção do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda a coletividade o bem-estar social. O interesse público, considerado sob o aspecto jurídico, reveste-se de um aspecto ideológico e passa a confundir-se com a ideia de bem comum.

Para entender como esse novo Estado se apresenta, Bercovici (2005, p. 33) ensina que as constituições do século XX não querem



manter a estrutura econômica vigente até então, mas sim alterá-la, com propósitos dirigentes para se atingir certos objetivos sociais e econômicos. A autorregulação dos mercados não fora capaz de evitar as crises que o sistema econômico engendrou. Daí, a necessidade de uma constituição dirigente, que altere a estrutura econômica na busca de uma nova ordem econômica, de natureza programática.

Ora, esse protagonismo do Estado se refletiu no Direito, se refletiu nas diversas constituições que o mundo ocidental, sobretudo, editou ao longo do século XX. A presença forte do Estado, em que este era demandado a ofertar serviços públicos cada vez mais numerosos e regulares, nos levou ao Estado social.<sup>2</sup>

Aqui a presença do Estado na economia é ampla: além daquelas atividades clássicas que a ele estão reservadas, também lhe cabe fornecer saúde, educação, assistência e previdência social, fomentar setores econômicos incipientes, combater desigualdades sociais e regionais, e investir na infraestrutura. A ideia que prevalece no século XX é a de que a intervenção estatal na economia é necessária para orientar o desenvolvimento e induzir o crescimento econômico.

Portanto, a função administrativa do Estado assumiu outra feição no Estado Social, muito mais ativa e ampla, com largos reflexos na economia e, principalmente, na esfera dos direitos fundamentais das pessoas. Os estudiosos do Direito devem ter a preocupação constante de analisar como a relação Estado-cidadão é vista do ponto de vista da observância dos direitos fundamentais, face ao amplo papel do Estado na sociedade moderna.

## **1.1 Direitos fundamentais**

Primeiramente, temos que nos aproximar do conceito de direitos fundamentais, delimitando o objeto do nosso estudo. Aqui vale destacar o que entendemos por interpretação que se dá aos textos normativos. Ensina Carvalho (2011, p. 197) que o intérprete não “extrai” ou “descobre” o sentido que se acha oculto no texto. O sentido é construído a partir da sua ideologia, do universo de sua linguagem, vale dizer, do “mundo” que

---

<sup>2</sup> Para um estudo sobre a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, recomenda-se a leitura do livro de Paulo Bonavides: “Do Estado Liberal ao Estado Social”, em que o ilustre jurista discorre sobre a revolução do Estado Social em sua fase de concretização constitucional.

ele conhece. Conclui-se, dessa proposição, que a interpretação é processo inesgotável, dada à multiplicidade, instabilidade e mutabilidade das relações entre os seres que processam mutações semânticas no espírito humano (CARVALHO, 2011, p. 201).

O que são direitos fundamentais somente a Teoria do Direito pode explicar, entendida como sistema de conceitos e afirmações idôneos que explicam as formas e estruturas do direito positivo. Segundo o jurista italiano Ferrajoli (2011, p. 91-92), direitos fundamentais devem ser entendidos como um conceito formal e estrutural de “[...] direitos atribuídos universalmente a todos enquanto pessoas (como são todos os ‘direitos humanos’ ou ‘das pessoas’) e/ou enquanto cidadãos (como são todos os ‘direitos de autonomia’, sejam esses ‘políticos’ ou ‘civis’)”. Sua definição não diz quais são os direitos fundamentais, mas sim o que são direitos fundamentais. Ele defende que a forma universal dos direitos fundamentais é a única técnica que tutela as necessidades e expectativas que os direitos fundamentais estipulam.

Em outro estudo, e a partir de sua definição de direitos fundamentais, Ferrajoli (2005, p. 292-294) propõe duas tipologias de direitos fundamentais, de caráter teórico e formal: uma subjetiva e outra objetiva. Há três classes de sujeitos possíveis de serem titulares de direitos fundamentais: pessoas físicas, cidadãos e pessoas com capacidade de agir. Conforme o *status* de relevância ou não de ser cidadão e/ou com capacidade para agir, podem ser classificados quatro tipos de direitos fundamentais: (a) direitos humanos: pertencem a todas as pessoas, inclusive às que não são cidadãos nem têm capacidade de agir; (b) direitos civis: pertencem às pessoas com capacidade de agir, independentemente da cidadania; (c) direitos públicos: pertencem aos cidadãos, independentemente da capacidade de agir; (d) direitos políticos: pertencem às pessoas que têm cidadania e também são capazes de agir. Os dois primeiros conjuntos, que não dependem de cidadania, Ferrajoli chama de direitos da pessoa ou direitos de personalidade. E aos dois últimos conjuntos, que levam em conta a cidadania, de direitos de cidadania.

No entanto, para ele, os direitos fundamentais devem ser constitucionalizados, isto é, devem estar inseridos em constituições rígidas e num sistema onde haja rigoroso controle judicial da constitucionalidade. Assim, a produção normativa deverá observar os direitos fundamentais, de maneira que o conteúdo das leis tem um significado que dão à

democracia uma característica substancial, e não apenas formal (FERRAJOLI, 2011, p. 99).<sup>3</sup>

A constituição, portanto, traria em seu bojo a proteção aos direitos fundamentais, aos quais toda a legislação infraconstitucional deverá estar subordinada, tendo em vista o caráter universal de tais direitos e os valores ínsitos que se deseja perseguir. A rigor, somente dessa forma estariam os direitos fundamentais protegidos da discricionariedade política, vinculando Estado e sociedade.

Para o constitucionalista Silva (2009, p. 178), direitos fundamentais referem-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico. No direito positivo são as prerrogativas e instituições consubstanciadas em garantias de convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Entende que “[...] no qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. Os direitos fundamentais do homem impõem limites aos poderes do Estado.

A preservação da força normativa dos princípios fundamentais da constituição, em um mundo de permanentes mudanças político-sociais, deve levar em conta também, sob minuciosa e adequada ponderação, a orientação contraposta. Nesse sentido, Hesse (1991, p. 21), ensina que direitos fundamentais não podem existir sem deveres, por exemplo, ou que o federalismo não subsiste sem certa dose de unitarismo. É desejável que a constituição seja estabelecida com uns poucos princípios fundamentais, adaptáveis à realidade sócio-político vivenciada pela sociedade, de forma a preservar a sua força normativa. O contrário, constituição pródiga em princípios, erigidos ao sabor das circunstâncias particulares e momentâneas, sobretudo de caráter político, tenderiam a enfraquecer o caráter normativo da constituição, posto que esta teria que ser revista com

---

<sup>3</sup> Ferrajoli (2011, p. 118) advoga a separação entre funções de governo e funções de garantia para que os direitos fundamentais estejam ao amparo das últimas, não ficando dependentes do Poder Executivo sob o rótulo abrangente de “Administração Pública” (direitos sociais como educação, saúde pública, por exemplo): “[...] é hoje essencial uma outra distinção e separação, aquela entre funções e instituições de governo e funções e instituições de garantia, baseada na diversidade das suas fontes de legitimação: a representatividade política das primeiras, sejam elas legislativas ou executivas, e a sujeição à lei, e precisamente à universalidade dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos, das demais”.

uma periodicidade maior do que o desejável. Para ser eficaz, a constituição necessita ser estável, imune a frequentes revisões constitucionais, posto que, caso contrário, sua força normativa estaria sendo debilitada.

Marinoni (2004, p. 2-3) leciona que direitos fundamentais expressam valores caros à sociedade, de modo que não podem apenas estar atrelados à subjetividade dos seus titulares, mas, principalmente, irradiam efeitos (valores) sobre toda a ordem jurídica.

Tendo em vista a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é dever do Estado protegê-los. A autonomia privada não deve prevalecer se afronta um direito fundamental. É dever do Estado estabelecer normas e atuar para que o direito fundamental não seja afrontado.

Qualquer norma constitucional definidora ou garantidora de direitos fundamentais, por conseguinte, deve ter aplicação imediata pelos poderes públicos. Assim, conforme sua competência, devem os poderes: proceder em tempo razoável na elaboração de normas que garantam a exequibilidade dos direitos fundamentais; mover-se no âmbito desses direitos; não enunciar preceitos incompatíveis com os direitos fundamentais; interpretar os preceitos constitucionais consagradores de direitos fundamentais na aplicação em casos concretos, procurando sua máxima efetividade; concretizar os direitos fundamentais no exercício de sua competência planificadora, regulamentar e prestadora de serviços (PIOVESAN, 2003, p. 45-46).

A Constituição brasileira de 1988 foi pródiga em relacionar direitos fundamentais no corpo de seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Sob esse título estão os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais e os direitos políticos. Não se pode perder de vista que a relação de direitos fundamentais expressos no Título II é exemplificativa, como a própria Constituição prevê no § 2º do art. 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Segundo Marinoni (2004, p. 2), há previsão constitucional para se eleger outros direitos materiais como fundamentais fora aqueles elencados na própria Constituição.

Interessa-nos aqui, destacarmos aqueles princípios elencados pela Constituição brasileira que conformam a atuação do Estado em sua função executiva, ou seja, os princípios que delineiam a atividade estatal em sua relação com os administrados, vale dizer, princípios que a Administração

Pública deve atender, sob pena de afrontar os direitos fundamentais do cidadão. Abordaremos, portanto, no tópico a seguir, de forma sintética, alguns princípios a que se submetem os poderes públicos na realização dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, e, em particular, dos princípios afetos ao processo administrativo tributário.

## **2 OS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM O DIREITO ADMINISTRATIVO**

O estudo dos princípios se faz premente porque tais normas são os esteios fundamentais de todo o ordenamento jurídico, como assevera Mendes (2012, p. 352). Estão em patamar superior da hierarquia jurídica a orientar o conjunto de prescrições que emanam dos poderes estatais.

A doutrina brasileira busca, incessantemente, como é prova a abundante publicação de obras sobre o tema, sistematizar os princípios que regem o Direito Administrativo, sobretudo aqueles encartados na Constituição Federal. Delimitar com precisão se os princípios foram violados na prática dos operadores do direito é uma tarefa importante para essa sistematização, conforme aponta Marrara (2012, p. xvi).

A Constituição de 1988 traz, em seu artigo 37, expressamente os princípios que regem a Administração Pública, quais sejam legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.<sup>4</sup> Não obstante esse rol exemplificativo, a Administração Pública está submetida aos ditames principiológicos implícitos ao Estado Democrático de Direito. Na própria Constituição e na legislação infraconstitucional, são citados outros princípios que informam a atividade administrativa. Portanto, é de vital importância para aplicação do Direito Administrativo conhecer a exata extensão dos princípios que sustentam a atividade administrativa, onde são construídas as relações jurídicas entre administrados e a Administração Pública. Di Pietro (1999, p. 66-86) destaca os seguintes princípios no Direito Administrativo, a título exemplificativo, sem esgotar o assunto: legalidade, supremacia do interesse público, impessoalidade, presunção de legitimidade ou veracidade, especialidade, controle ou tutela, autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, publicidade, moralidade,

---

<sup>4</sup> Artigo 37 da Constituição Federal: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:[...]”.

razoabilidade e proporcionalidade, motivação, eficiência e segurança jurídica. Araújo (2007, p. 47-74) relaciona os princípios supremacia do interesse público, legalidade, indisponibilidade do interesse público, poder-dever ou exigibilidade do exercício da competência, isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, responsabilidade do Estado, presunção de legitimidade, imperatividade e auto-executoriedade, controle jurisdicional, discricionariedade, continuidade dos serviços públicos, especialidade, tutela administrativa, motivação, autotutela, hierarquia e subordinação.

Di Pietro (2012, p. 10) nos ensina, ainda, que o princípio da legalidade deve ser “[...] considerado em sentido amplo, que abrange o aspecto formal (lei em sentido estrito) e o aspecto material, axiológico, substancial, que abriga os valores e princípios essenciais à justiça e à dignidade da pessoa humana”.

Além dos princípios expressos no artigo 37 da Constituição Federal, há que se dar conta dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, motivação, reserva do possível e segurança jurídica, dentre outros condizentes com a ordem constitucional. Finalmente, na esfera infraconstitucional, há os princípios de direito administrativo informados nas normas do direito positivo, como, por exemplo, na lei de licitações, lei de concessões de serviços públicos, lei de processo administrativo federal (PIETRO, 2012, p. 10-11).

## **2.1 Princípios no processo administrativo tributário**

Na lição de Conrado (2004, p. 98), a ideia de processo está relacionada com o fato jurídico “conflito”. Diante do fato jurídico tributário, há posições conflitantes em que o direito é reivindicado por contribuinte e pelo fisco concomitantemente. Até chegar a esse ponto de tensão, o agente público, através de uma série de determinados atos administrativos, organizados lógica e cronologicamente, comumente denominados de procedimento, efetua o lançamento de ofício, em que é exigido o imposto, se devido, e impondo a penalidade cabível. Ao se contrapor a essa exigência fiscal, o contribuinte inaugura o processo administrativo tributário, onde exercitará seu direito à ampla defesa e apresentará o contraditório.

Enquanto o procedimento visando à constituição do crédito tributário, entendido como a obrigação de pagar tributo mais a aplicação de penalidade pelo cometimento de infração à legislação tributária, é

marcadamente fiscalizatório e de natureza investigativa, o processo administrativo tributário surge em momento posterior, quando o contribuinte resiste à pretensão do fisco. Portanto, o processo administrativo tributário nasce com a apresentação tempestiva da impugnação do lançamento ou do ato de aplicação da penalidade.

Inaugurado o processo administrativo tributário, incide sobre o mesmo os princípios inerentes ao devido processo legal, posto que está em questionamento direitos fundamentais do contribuinte como sua liberdade de empreender e administrar seus negócios bem como seu patrimônio. Nessa etapa litigiosa do percurso de constituição da obrigação e das sanções tributárias, portanto, deve o contribuinte ser cientificado da aplicação da norma tributária pela autoridade administrativa, o que permitirá que ele ponha em prática as garantias constitucionalmente previstas de ampla defesa e contraditório.<sup>5</sup> O direito à defesa e contraditório é abrangente, e possibilita que o contribuinte instrua sua defesa com todos os meios lícitos admitidos em direito. Pode, se assim o desejar, manifestar-se sobre as informações, pareceres, decisões, perícias e documentos formulados ou apresentados pelo órgão autuante. O exercício do direito à ampla defesa e contraditório torna-se, assim, condição de validade do ato de lançamento ou de aplicação de penalidade no bojo do processo administrativo tributário instalado.

Tanto a autoridade administrativa como o contribuinte estão sujeitos a limitações procedimentais: o lançamento ou ato de aplicação de penalidade deve ser acompanhado por todas as provas documentais correspondentes, assim como a defesa do contribuinte também deve trazer os documentos comprovadores de seus argumentos, sendo vedado fazê-lo posteriormente. Exceção a esta regra decorre de situações em que a prova documental deixou de ser juntada, tempestivamente, em razão de força maior, ou seja, em virtude de fatos ou argumentos supervenientes.

A etapa processual tributária inicia-se após a notificação de lançamento que abre para o contribuinte prazo legal para que promova sua impugnação. A notificação de lançamento formaliza a pretensão tributária do Estado sobre a esfera jurídica econômico-financeira do

---

<sup>5</sup> Inciso LIV do art. 5º da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”;

Inciso LV do art. 5º da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.



contribuinte e a impugnação a esta pretensão formaliza a resistência do contribuinte e oficializa a existência do litígio fiscal. É a partir da impugnação, tempestivamente formalizada, que se tem por transformado o procedimento em processo passando a incidir, assim, os princípios do processo administrativo tributário, no ensinamento de Marins (2010, p. 146-147). A seguir, em apertada síntese, damos relevo a alguns dos princípios orientadores do processo administrativo tributário.

### 2.1.1 Princípio do devido processo legal

Marins (2010, p. 168-169) leciona que, relativamente ao direito material tributário, o princípio do devido processo legal compreende as garantias concernentes aos princípios da legalidade, isonomia, capacidade contributiva, anterioridade, não confisco etc., vale dizer, de todos os princípios expressos no capítulo da Constituição Federal sobre o Sistema Tributário Nacional, especialmente aqueles que definem as limitações ao poder de tributar (artigos 150 a 152).

No sentido estritamente processual, o princípio do devido processo legal expressa as garantias elementares inscritas no texto constitucional em ser artigo 5º: direito de impugnação administrativa à pretensão fiscal (inc. LIV); direito à autoridade julgadora competente (inc. LIII)<sup>6</sup>; direito ao contraditório (inc. LV); direito à cognição formal e material ampla (inc. LV); e) direito à produção de provas (LV); f) direito a recurso hierárquico (LV).

### 2.1.2 Princípios do contraditório e da ampla defesa

Conforme abordado anteriormente, o contribuinte tem o direito de contestar a autuação da autoridade administrativa, tendo como suporte a este direito os princípios do contraditório e da ampla defesa, por meio dos quais o acusado poderá apresentar impugnação administrativa e formular sua resistência formal à pretensão do fisco.

A apresentação de sua defesa promove a instalação do litígio administrativo fiscal entre o Estado e o contribuinte. O processo administrativo tributário é o instrumento jurídico por meio do qual a lide chegará a termo.

---

<sup>6</sup> Inciso LIII da Constituição Federal: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.



É através do processo administrativo fiscal que o contribuinte poderá se manifestar, contradizer a acusação e apresentar seus argumentos e provas em contrário. É direito fundamental seu ser ouvido e ver apreciadas todas as suas alegações de defesa, além do direito de produzir provas.

### 2.1.3 Princípio da ampla competência decisória

O órgão de julgamento tem o dever de conhecer e de apreciar em toda sua extensão as alegações e provas produzidas pelas partes no conflito fiscal (MARINS, 2010, p. 172). E sua decisão deverá ser fundamentada após a apreciação das alegações de fato e de direito trazidas ao processo administrativo tributário para julgamento. Todas as questões formais e de mérito devem ser apreciadas.

Com relação à instrução probatória que fundamenta a convicção do julgador na tomada de decisão, assim se pronuncia Tomé (2008, p. 318):

A convicção precisa, necessariamente, decorrer das provas, apreciadas livremente e confrontadas entre si, com identificação dos aspectos convergentes e divergentes entre elas. Com tais providências, o julgador está habilitado a atribuir maior ou menor força axiológica a cada prova, firmando seu convencimento acerca do conjunto probatório como um todo e, por conseguinte, concluindo sobre a ocorrência ou não do fato jurídico tributário em sentido estrito e do ilícito tributário, bem como dos correspondentes liames obrigacionais. Tudo, é claro, devidamente fundamentado.

### 2.1.4 Princípio da ampla instrução probatória

O contribuinte tem o direito à ampla produção de provas, através de quaisquer meios lícitos permitidos em Direito. Na peça defensiva, deve apontar os seus motivos de fato e de direito para fundamentar os pontos de discordância da acusação fiscal. Deve, ainda, juntar desde logo os documentos que entender necessários para comprovar suas alegações, bem como solicitar perícias, diligências e outras formas de manifestação probatória para elucidação dos fatos controversos.

A Administração Pública não pode interferir ou mesmo colocar empecilhos, seja por que ato normativo for, na instrução probatória por parte do acusado no processo administrativo tributário. Dentro do prazo que as normas processuais preveem, pode o contribuinte instruir o processo

com todas as provas que julgar necessárias para sustentar sua defesa. Ressaltando a importância da segurança jurídica, entretanto, Tomé (2008, p. 316) observa que “[...] o direito de contrapor-se à exigência fiscal e de produzir provas dos seus argumentos é regido pelo ordenamento, que, não admitindo a instabilidade das relações jurídicas, fixa termos dentro dos quais as atividades não de ser realizadas”.

#### 2.1.5 Princípio do duplo grau de jurisdição

O duplo grau de jurisdição, como princípio de direito processual, tem por objetivo assegurar à parte ou interessado, a revisão do julgado que em seu desfavor foi proferido em grau inferior. Como todo processo, o duplo grau de jurisdição ou cognição, está subentendido no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, quando trata do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Duplo de grau de jurisdição é o direito a recurso, direito que a parte vencida tem de ver sua questão ser apreciada por outro julgador, que possa reconhecer a pertinência de suas argumentações e proferir sentença substitutiva à do órgão julgador originário, tudo em prol da certeza e estabilidade da decisão. É imperativo jurídico decorrente do devido processo legal, ainda que tal princípio não venha explicitamente expresso na constituição.

Para Segundo (2014, p. 39), “[...] no caso do processo administrativo, no Brasil, não se tem propriamente jurisdição, mas exercício do autocontrole, pelo que talvez seja mais apropriado falar-se em duplo grau de controle, ou de julgamento”.

#### 2.1.6 Princípio do julgador competente

Os órgãos de julgamento administrativo não podem estar submetidos ao poder hierárquico típico das funções administrativas do Estado. Para que haja isenção e imparcialidade nos julgamentos, os julgadores têm que ser dotados de competência julgadora previamente estabelecida na legislação (MARINS, 2010, p. 175). Os órgãos julgadores estão adstritos ao poder hierárquico no que diz respeito às suas funções administrativas típicas, tais como horário de funcionamento da repartição, critérios de nomeação etc. (SEGUNDO, 2014, p. 44).

Os incisos XXXVII<sup>7</sup> e LIII do art. 5º da Constituição Federal são expressões do princípio, e condicionam que a Administração Pública estruture os órgãos de julgamento na forma a dar efetividade ao princípio, antes de qualquer julgamento da lide tributária.

No Estado de São Paulo, o órgão de julgamento de questões tributárias, no âmbito da Administração Pública, está estruturado no Tribunal de Impostos e Taxas, que tem competência para julgar, na esfera administrativa, as lides de natureza tributária que envolvam contribuintes do Estado.

### 2.1.7 Princípio da oficialidade

À autoridade administrativa cumpre instaurar o processo administrativo, impulsioná-lo e concluí-lo. A legalidade estrita vincula a ação administrativa, de modo que, ao contrário do processo judicial em que se as partes não se manifestarem o processo é extinto sem resolução de mérito, o processo administrativo deve ser concluído com pronunciamento definitivo acerca do entendimento do conflito.

Iniciado o processo administrativo tributário em que será efetuado o controle de legalidade do ato administrativo nele consubstanciado, a autoridade julgadora competente deverá se pronunciar a respeito do conflito nele instaurado, pondo fim definitivo, no âmbito administrativo, à lide. A decisão final do julgador, não obstante ser moldada por sua convicção pessoal, deve ser fundamentada nas provas trazidas pelas partes e no seu livre convencimento.

## 2.2 Princípio da segurança jurídica

A colmatar esses princípios, subjacente à atividade administrativa do Estado, encontra-se um valor maior no sistema jurídico que empresta estabilidade e certeza na aplicação do Direito: a segurança jurídica.

Não se pode olvidar que Direito e segurança jurídica são noções intrinsecamente entrelaçadas. O ser humano busca incessantemente obter segurança, de forma a dar previsibilidade à sua vida, aos seus atos. Trata-se de traço psicológico imanente à sua essência.

O Direito é uma disciplina da conduta humana, nas palavras de Mello (2013, p. 41). Na regulação das condutas intersubjetivas, o Direito

---

<sup>7</sup> Inciso XXXVII da Constituição Federal: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

fornece as diretrizes básicas e essenciais para que o homem trace seu comportamento e suas atitudes. O Direito informa e antecipa quais são as condutas permitidas, proibidas ou obrigatórias, bem como as respectivas sanções pelos desvios que não se orientam pelas prescrições positivadas. Nada mais é do que segurança. Segurança jurídica. Certeza e previsibilidade das ações dos indivíduos e instituições. Na lição de Mello (2013, p. 41): “Dessarte, a ordem jurídica constitui uma prévia rede de segurança para a conduta dos indivíduos, afastando liminarmente qualquer imprevisto ou surpresa que poderia lhes advir se não existisse esta preliminar notícia sobre o alcance de sua atuação futura”.

Portanto, é natural esperar que a segurança jurídica seja prestigiada nas ações dos poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), mesmo diante do quadro de permanente inovação normativa que os novos valores da vida social mutante impõem. Nesse sentido, os institutos da decadência, prescrição, irretroatividade da lei, coisa julgada, direito adquirido, ato jurídico perfeito, modulação de efeitos, dentre outros, são manifestações da segurança jurídica no ordenamento.

É no sentido da realização de valores de uma sociedade, consubstanciada na sua Carta Maior, que emprestam aos princípios a importância capital no sistema jurídico de uma nação. Sobre o tema, Carvalho (2011, p. 272) assevera que a segurança jurídica é, abaixo da justiça, ideal maior do direito, constituindo mesmo um sobreprincípio que se irradia por todo ordenamento jurídico. Assim, se algum dos princípios que realizam o sobreprincípio for violado, não existirá o valor por ele afirmado.

Para Carvalho (2011, p. 274), princípio “[...] é uma regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação para outras regras do ordenamento”.<sup>8</sup>

Para Di Pietro (2012, p. 11), a segurança jurídica tem dois sentidos: um objetivo, relativo à segurança das relações jurídicas, e outro subjetivo, relativo à proteção da confiança. No sentido objetivo, o princípio

---

<sup>8</sup> Paulo de Barros Carvalho leciona que, embora implícito no direito posto o sobreprincípio da segurança jurídica, ele se efetiva pela realização de outros princípios tais como a legalidade, anterioridade, igualdade, irretroatividade, universalidade da jurisdição, tudo isso na análise de um dado ordenamento jurídico historicamente posto, com seu conjunto de normas válidas e vigentes (CARVALHO, 2011, p. 276).

da segurança jurídica se insere na teoria geral do direito em institutos como os da prescrição, decadência, usucapião, irretroatividade das leis, direito adquirido, coisa julgada, ato jurídico perfeito, como já antes abordado.

No sentido subjetivo, Di Pietro (2012, p. 14-15) aborda a confiança do administrado nos atos do poder público, onde estão envolvidas ideias de previsibilidade, calculabilidade e confiança.<sup>9</sup> Tem-se aqui a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pela Administração Pública sejam lícitos, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e por terceiros.

Valim (2013, p. 74) leciona no mesmo sentido sobre o significado do princípio da segurança jurídica ao afirmar “[...] toda produção do Direito deve se pautar pelas exigências do referido princípio – as quais conduzem a uma ação consequente do Estado, livre de voluntarismos e sobressaltos -, sob pena de um juízo de invalidade da norma editada”.

De tudo quanto podemos verificar, é inarredável a importância e a prevalência do princípio da segurança jurídica como valor supremo de dado ordenamento jurídico. Tanto no sentido de conferir certeza, o seguro conhecimento das normas de forma a planejar os comportamentos, quanto no sentido da estabilidade, mecanismo de defesa contra atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos.

No próximo tópico analisaremos alguns casos de conflitos na área tributária em que o princípio da segurança jurídica norteou a decisão final dos litígios. Os respectivos processos administrativos tramitaram perante os órgãos de julgamento do contencioso tributário paulista e estão disponíveis para consulta através do endereço eletrônico do TIT – Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo.

### **3 ANÁLISE DE CASOS**

Para ilustrar a importância do tema, vamos examinar a seguir alguns processos administrativos tributários que tramitaram perante os órgãos de julgamento administrativo do Estado de São Paulo.

Os casos aqui analisados foram extraídos dos julgados do Tribunal de Impostos e Taxas – TIT<sup>10</sup>, órgão administrativo de julgamento de causas

<sup>9</sup> Não obstante cuidar do tema da segurança jurídica, Maria Sylvia entende tratar-se expressão imprecisa, que se insere entres os chamados conceitos jurídicos indeterminados (DI PIETRO, 2012, p. 12).

<sup>10</sup> Para a seleção dos casos aqui expostos, foi consultada a página do TIT - Tribunal

tributárias no Estado de São Paulo, e visam a demonstrar o entendimento dos julgadores em questões exemplares, sob a égide da segurança jurídica na garantia dos direitos fundamentais, do processo administrativo tributário paulista.

1º caso: Auto de Infração e Imposição de Multa - AIIM - complementar  
7ª CÂMARA JULGADORA - JUIZ RELATOR: HELDER KANAMARU  
AIIM nº 3.128.485-1 - PROCESSO: DRT/14 257311/2010

O contribuinte foi autuado por deixar de pagar o imposto (Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS), tendo em vista divergência no seu controle de estoques de mercadorias, apurada por meio de procedimento fiscal de levantamento específico.

No relato da infração, o Agente Fiscal consignou que o autuado deixou de pagar determinada quantia de imposto, cujo valor foi estabelecido a partir do retorno de informações fiscais solicitadas a outros fiscos, pedidos de verificação fiscal no jargão técnico da administração tributária. Além disso, aponta o autuante que tal auto de infração é auto complementar a outro lavrado anteriormente, sobre os mesmos fatos, mas que não englobou a totalidade do montante devido, haja vista a demora em retornar os pedidos de verificação fiscal remetidos aos diversos fiscos.

Em julgamento de primeira instância, a Delegacia Tributária de Julgamento proferiu decisão no sentido de afastar integralmente a acusação fiscal, acatando as alegações de nulidade do lançamento ante a falta de descrição claro dos fatos e pela ausência de documentos que embasaram a ação fiscal. De tal decisão, foi interposto o recurso de ofício com a manifestação da Representação Fiscal pugnando pela manutenção do AIIM.

O juiz relator aponta que a descrição da infração faz menção a pedidos de verificação fiscal que não foram juntados ao auto de infração, e que o valor do imposto devido é decorrente desses documentos. Aponta que ocorre no caso cerceamento de defesa, posto que as provas devem ser juntadas no auto de infração, a teor do que dispõe o art. 19 da Lei Estadual nº 13.457/2009, que trata do processo administrativo tributário decorrente do lançamento de ofício, ante a descrição

---

de Impostos e Taxas na internet através do endereço <https://www.fazenda.sp.gov.br/VDTIT/ConsultarVotos.aspx?instancia=2>, e informada a expressão “segurança jurídica” no campo de pesquisa das ementas. Acesso em 17 jul. 2015.

precária do auto.<sup>11</sup> Por fim, o juiz relator aponta, também, que o Auto de Infração e Imposição de Multa original, citado pelo autuante, não foi juntado a esse novo auto lavrado, e, ainda que o fosse, tratar-se-ia de novo julgamento de mesmo fato, o que afrontaria o princípio da segurança jurídica. A decisão da Câmara Julgadora foi pelo afastamento da acusação fiscal, negando provimento ao recurso de ofício e mantendo a decisão de primeira instância de julgamento.

Verifica-se no caso, inconsistência a macular a acusação fiscal: a ausência dos elementos probatórios, posto que no relato o agente autuante faz menção a provas que estão encartadas em outro auto de infração, não juntadas nesse AIIM objeto do julgamento. Embora os autos tivessem sido baixados em diligência, o agente autuante não supriu a ausência de provas cabais a demonstrar a falta de pagamento do imposto, o que leva a acusação inconsistente, motivo de nulidade do auto. Quando à alegação de que não cabe julgamento sobre o mesmo fato, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, tal está correto em tese, pois o mesmo objeto não deve ter dois julgamentos. No entanto, com a devida vênia, não é o que ocorre no presente caso. Trata-se de infração que não foi apurada em toda sua extensão econômica no primeiro auto de infração, tendo em vista a ausência, naquele momento, das necessárias provas a comprovar o ilícito em sua totalidade. O que maculou o segundo auto de infração foi a falta de juntada das provas que comprovassem o ilícito em sua plenitude, agora que todos os pedidos de verificação fiscal retornaram. Além disso, o agente autuante deveria ter juntado todos os demonstrativos do levantamento fiscal que originou o primeiro AIIM, tudo para esclarecer a acusação. Apurado o montante total devido por infração de falta de pagamento do imposto, obtido através de levantamento fiscal, comprovado por demonstrativos e demais provas juntados ao AIIM, caberia a cobrança da diferença remanescente, se assim estivesse explicitado no segundo auto de infração.

2º caso: crédito de imposto relativo à aquisição de energia elétrica  
CÂMARA SUPERIOR - JUIZ RELATOR: FRANCISCO A. FEIJÓ  
AIIM nº 3.132.222-0 - PROCESSO: DRT/4 422385/2010

O contribuinte foi autuado por ter se creditado do imposto (ICMS) incidente na utilização de energia elétrica no setor de açougue de

---

<sup>11</sup> Art. 19 da Lei nº 13.457/2009: “As provas deverão ser apresentadas juntamente com o auto de infração e com a defesa, salvo por motivo de força maior ou ocorrência de fato superveniente”.



seu supermercado. Na defesa, apresentou laudo técnico que comprovava a utilização de energia elétrica em atividade de industrialização, argumento que foi acatado pela decisão de primeira instância, afastando a acusação fiscal de creditamento indevido. A Fazenda Pública, em recurso de ofício, pugnou pela procedência da acusação sob o argumento de que os Tribunais Superiores do Poder Judiciário já pacificaram o entendimento de que não é possível o creditamento por entrada de energia elétrica em estabelecimentos comerciais. O recurso da Fazenda não foi provido e se manteve a decisão singular de afastamento da acusação fiscal. Diante desse quadro, a Fazenda interpôs recurso especial perante o TIT, tendo em vista decisões divergentes das Câmaras Julgadoras sobre o mesmo tema, para restabelecimento integral do crédito tributário.

A legislação do ICMS prevê que não é possível o creditamento do imposto incidente sobre energia elétrica consumida em atividades administrativas da empresa, tais como as que se desenvolvem em escritórios dos setores de recursos humanos, diretoria, almoxarifado etc. Somente quando a energia elétrica é consumida em atividades de industrialização, o imposto incidente sobre seu consumo poderá ser escriturado como crédito nos livros fiscais, conforme previsão da Lei Complementar nº 87/96, art. 33, II, “b”, que trata do tema.<sup>12</sup>

Ocorre que o supermercado pode ter atividades de panificação, ou um açougue, como no caso em tela, em seu espaço de comercialização. Essas atividades, padaria ou açougue, têm natureza industrial, ou seja, processam insumos com o propósito de gerar um produto final que transforma os materiais iniciais.

Embora o Superior Tribunal de Justiça já houvesse proferido decisões no sentido de ser inadmissível que estabelecimentos comerciais aproveitassem crédito de ICMS pelo consumo de energia elétrica, a

---

<sup>12</sup> A Lei Complementar nº 87/96, conhecida como “Lei Kandir”, é a lei que orienta a instituição do ICMS nas unidades da Federação.

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:[...]

II – somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

- a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;
- b) quando consumida no processo de industrialização;
- c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e
- d) a partir de 1º de janeiro de 2020 nas demais hipóteses;



Administração Tributária de São Paulo editou uma norma,<sup>13</sup> Decisão Normativa CAT 1/07, em que previa a possibilidade do creditamento para aquelas atividades de industrialização que ocorressem no âmbito dos supermercados.

Portanto, a Administração Tributária tornou pública sua interpretação de que é permitido o creditamento do imposto incidente sobre o consumo de energia elétrica utilizada nas atividades industriais no interior de supermercados. Assim, tendo o contribuinte agido de acordo com a norma editada pela própria Administração Tributária, por força do princípio da segurança jurídica, não pode essa mesma Administração Tributária ignorar a norma por ela editada e glosar o crédito escriturado legitimamente pelo contribuinte. Tendo observado os atos normativos expedidos pela própria autoridade administrativa, o contribuinte fica a salvo da imposição de penalidades, cobrança de juros de mora e atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo (parágrafo único do art. 100 do CTN).

### 3º caso: crédito de imposto fundado em documento inidôneo

14ª CÂMARA JULGADORA - JUIZARELATORA: DENISE F. O. CHEID  
AIIM nº 3.154.981-7 - PROCESSO: DRT/9 640543/2011

O contribuinte foi autuado por ter se creditado, indevidamente, em operações que corresponderam à entrada de mercadorias no estabelecimento, de montante fundado em notas fiscais declaradas inidôneas pelo Fisco e que foram escrituradas em seus livros fiscais. Apresentou impugnação ao lançamento alegando que agiu de boa-fé, que as operações ocorreram efetivamente e, portanto, ocorreu a circulação de mercadorias, o que justifica o lançamento do crédito em seus livros fiscais. No julgamento do caso em primeira instância, a DTJ manteve integralmente a acusação fiscal. Notificado da decisão de primeira instância, o contribuinte ingressou com recurso ordinário perante o TIT. A juíza relatora proferiu seu voto pela manutenção do auto de infração, após análise das provas carreadas aos autos, aduzindo que a empresa fornecedora do contribuinte autuado simulou sua existência, ou seja, nunca existiu de fato; não foi comprovado o transporte das mercadorias; os pagamentos apresentados são dissonantes

---

<sup>13</sup> A legislação tributária paulista pode ser consultada no endereço: [http://info.fazenda.sp.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=sefaz\\_tributaria:vtribut](http://info.fazenda.sp.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=sefaz_tributaria:vtribut)  
Acesso em 17 jul. 2015.

com os valores das notas fiscais; e concluiu que o vício existente na origem impede que a operação realizada seja legítima. Outro juiz da Câmara Julgadora votou em sentido contrário, entendendo haver os pressupostos da boa-fé no caso e afastando a acusação fiscal. O Representante Fiscal se manifestou pela manutenção da acusação, alegando que não ficou comprovada a boa-fé da adquirente das mercadorias. O resultado final foi decidido pelo voto de qualidade do presidente da Câmara Julgadora, uma vez que 2 juízes votaram pela procedência do AIIM e dois votaram pela improcedência.

Trata-se de caso muito comum de autuação, em que o contribuinte adquire mercadorias de um fornecedor em operações acobertadas por notas fiscais aparentemente regulares e efetua a escrituração do crédito do imposto destacado nas notas fiscais. Posteriormente, o Fisco, através de suas diligências fiscalizatórias, comprova que o emitente das notas fiscais é contribuinte fictício, ou as notas fiscais são inábeis, tendo sido geradas com vício. O ilícito tributário pode se dar tanto na entrada real de mercadorias no estabelecimento adquirente ou, o que é mais grave, sem a entrada de fato de mercadorias no estabelecimento destinatário. Tais documentos inidôneos são conhecidos por “notas frias”, termo utilizado para indicar a nota emitida com a finalidade de legitimar uma situação irregular, como por exemplo dar cobertura formal a ilícito tributário. Muitas vezes, o suposto emitente da “nota fria” não existe ou simula sua existência, o que agrava a natureza da infração cometida. Ilícitos que se consumam com as denominadas “notas frias”, em qualquer de suas modalidades, implicam não só infração tributária, mas configuram também crime fiscal, nos termos da lei que define o crime tributário.

Houve tempo em que a Administração Tributária desconstituía o crédito escriturado pelo contribuinte adquirente das mercadorias, cobrando-lhe, por solidariedade, o imposto devido na transação comercial, além da aplicação de penalidade pela infração do creditamento indevido, independentemente de ter o destinatário das mercadorias agido de boa-fé ou não na transação comercial. Não se analisava a boa-fé, posto que a responsabilidade por infrações tributárias independe da intenção do agente, na dicção do art. 136 do Código Tributário Nacional.

No entanto, muitos contribuintes, inconformados com a situação, posto que entendiam ter agido de boa-fé nas operações comerciais, encampando a tese de que cabia à Administração Tributária verificar a idoneidade do contribuinte fornecedor, ingressaram com ações,

notadamente Mandados de Segurança, junto ao Poder Judiciário, buscando salvaguardar a escrituração do crédito do imposto e afastar a penalização imposta pelo Fisco.

O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de acatar a boa-fé do comprador nas operações em que, posteriormente, o Fisco venha a comprovar que o fornecedor nunca existiu ou que tenha fraudado a emissão de notas fiscais. A orientação do Corte Superior se deu a partir do julgamento de recurso especial paradigmático da questão.<sup>14</sup> Assim, para o STJ, comprovada a boa-fé do adquirente, os efeitos da declaração da Fazenda Pública de inidoneidade de notas fiscais teriam efeito *ex-nunc*, ou seja, a partir do ato da Administração Pública. Se o negócio mercantil ocorreu antes da declaração de inidoneidade, e o comprador agiu de boa-fé, ele tem o direito de manter o crédito do imposto em sua escrita fiscal.

Boa-fé pertence à classe de conceitos jurídicos indeterminados, de difícil conformação e que precisa, para ser melhor caracterizado, de elementos objetivos que lhe deem sustentação. Assim, ao constatar a inidoneidade de documentos fiscais, antes da lavratura de auto de infração, o Agente Fiscal necessita juntar provas da boa-fé do adquirente das mercadorias. Para tanto, dentre outras evidências, ele precisa comprovar se: a) ocorreu a entrada física das mercadorias no estabelecimento do adquirente; b) quem foram os interlocutores de comprador e vendedor na operação mercantil; c) como se deu o transporte das mercadorias e por quem; d) como foram efetuados os pagamentos relativos às aquisições e para quem foram, de fato, transferidos os valores respectivos; e) se à época da transação comercial, o fornecedor encontrava-se regularmente cadastrado na Secretaria da Fazenda.

Sem essas mínimas informações que demonstrem a regularidade da operação, não há se falar em boa-fé na transação comercial. Afastada a boa-fé, e tendo em vista a atividade vinculada do agente público, a ação a ser adotada é a lavratura de auto de infração que glose o crédito indevido e aplique a multa infracional. Na análise da boa-fé do contribuinte deve ser observado se foram tomadas todas as cautelas previstas na legislação tributária para as relações entre contribuintes. Portanto, não basta apenas

---

<sup>14</sup> Para ilustrar esse entendimento, vide REsp 1148444 MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 14/04/2010, DJe 27/04/2010. Esse julgado foi utilizado como precedente para a edição da Súmula 509 do STJ: É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda.

que a empresa vendedora esteja formalmente regular perante os órgãos públicos por ocasião da ocorrência das operações, ou que as notas fiscais emitidas tenham sido autorizadas, ou que tenha havido a entrada da mercadoria no estabelecimento adquirente, ou, ainda, que o pagamento tenha sido feito através de saques em dinheiro em banco, pois existem outros elementos que precisam ser analisados, até porque a emitente das notas fiscais pode ter simulado a existência do estabelecimento. A obtenção de inscrições junto a órgãos públicos e a abertura de contas bancárias são, inclusive, pré-requisitos para a prática da simulação da existência de um estabelecimento.

Muitas vezes o contribuinte destinatário autuado alega que a declaração de inidoneidade dos documentos não poderia se aplicar a fatos pretéritos à sua publicação, ao justificar sua conduta sob o argumento de que, ao tempo da aquisição das mercadorias, a situação cadastral do fornecedor era a de “ativo e idôneo” e que, em razão disto, não poderia ser responsabilizado por uma situação desconhecida. No entanto, a inscrição cadastral, por si só, não confere a seu possuidor a certeza absoluta quanto a sua existência de fato. A inscrição cadastral é mero ato declaratório e não constitutivo de direito. Ao concedê-la, não há como prever que irregularidades ocorrerão, pois, até que se prove o contrário, presume-se a boa-fé dos que se inscrevem como contribuintes do Estado. As pessoas inscrevem-se por obrigação legal, porém, a inscrição não assegura que elas terão existência de fato e não convalida dados eventualmente declarados em falsidade. Portanto, o que interessa perquirir é a idoneidade do documento fiscal à época de sua emissão posto que, o que se faz “*a posteriori*”, é tão somente a declaração formal pelo Estado quanto a sua inidoneidade. O fato de a declaração de inidoneidade ter sido reconhecida pelo Fisco tempos depois da realização das operações não torna legítimo o ato ilegítimo; não transforma em bom, o que era viciado e nem afasta a necessidade de recomposição do erário. O reconhecimento da inidoneidade é ato administrativo de cunho declaratório e tem efeito desde o seu nascedouro, motivo pelo qual a declaração de inidoneidade dos documentos emitidos pelas empresas, desde sua formação, é medida de rigor. O fato é que há, nesses casos, uma ação fraudulenta visando exatamente dificultar a percepção da Fazenda Pública de que a infração está ocorrendo, razão porque a constatação desse tipo de ação só pode ser feita posteriormente à sua ocorrência, e, por consequência lógica, acarreta a publicidade da declaração que caracteriza a inidoneidade dos documentos após a detecção

da fraude pelo Fisco. Daí o porquê desta declaração ter efeito retroativo (*ex tunc*). Como o destinatário se beneficiou de um crédito com base em imposto não pago em decorrência de ação fraudulenta detectada, a sua responsabilidade solidária pelo pagamento está determinado no art. 11, inciso XII, do RICMS/00.

#### 4º caso: erro na aplicação de alíquota

14ª CÂMARA JULGADORA - JUIZ RELATOR: SÉRGIO R. ALMEIDA  
AIIIM nº 3.138.467-5 - PROCESSO: DRTC/I 835490/2010

Contribuinte atuante no ramo atacadista de autopeças foi autuado por falta de pagamento de imposto ao lançar em suas notas fiscais de venda alíquota de 12%, quando, no entendimento da fiscalização tributária, deveria ter utilizado a alíquota de 18%. O contribuinte impugnou o auto de infração sem, todavia, convencer o julgador tributário de primeira instância que manteve a acusação fiscal. Inconformado, interpôs recurso ordinário perante o TIT que acatou a argumentação apresentada pelo autuado e reformou a decisão de primeiro grau.

O contribuinte aplicou a disciplina estabelecida pela legislação do ICMS paulista que prevê alíquota de 12% nas operações com implementos e tratores agrícolas, máquinas, aparelhos e equipamentos industriais e produtos da indústria de processamento eletrônico de dados (art. 54, V, do RICMS/00).<sup>15</sup> Todavia, em interpretação extensiva, o Agente Fiscal autuante entendeu que somente poderia ser utilizada a alíquota de 12% quando os produtos tivessem destinação industrial ou agrícola.

A própria Administração Tributária já havia editado a Resolução SF nº 4/1998, onde estabelecia a relação de máquinas, aparelhos e equipamentos industriais, implementos e tratores agrícolas e produtos da indústria de processamento eletrônico de dados, com suas respectivas classificações nas posições NCM/SH.<sup>16</sup>

Ademais, foi publicada a Decisão Normativa CAT 1/2011 que constatou a necessidade de aprimoramento da legislação que trata dessas operações, especialmente a relação de mercadorias que constam nos anexos da Resolução SF nº 4/1998, reconhecendo o primado da

<sup>15</sup> Regulamento do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS - Decreto nº 45.490/2000.

<sup>16</sup> Nomenclatura Comum do Mercosul - Sistema Harmonizado, sistema de classificação de mercadorias adotado a partir de 1996 pelos países integrantes do Mercosul.

segurança jurídica que deve permear as relações dos administrados com a Administração pública.

O juiz relator, na análise do mérito da questão, votou pelo provimento do recurso interposto pelo contribuinte autuado, reconhecendo que a outorga de isenção interpreta-se literalmente (art. 111 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966). Assim, o rol dos equipamentos relacionados na Resolução SF nº 4/1998 tem caráter taxativo, não cabendo interpretação extensiva para se exigir quaisquer tipos de destinação aos produtos, seja industrial ou agrícola, mas sim verificando se a mercadoria consta da relação da norma. Constando, aplica-se a redução de alíquota em conformidade com o comando legal.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo do texto, verificamos que a constituição é o instrumento jurídico onde estão assentadas as garantias de direitos fundamentais que a sociedade elegeu como tais.

Há nítida intenção de resguardar os direitos dos cidadãos na relação com a Administração Pública, ainda que ao Estado estejam previstas várias ações de natureza programática dada sua função de prestador de serviços que se consolidou com as modernas constituições.

Especificamente, com relação às questões de natureza tributária, verificamos importantes dispositivos constitucionais que garantem aos administrados direitos fundamentais, tais como: devido processo legal, seja na esfera administrativa ou judicial, ampla defesa e contraditório, razoabilidade e proporcionalidade na aplicação de sanções, por exemplo, não confisco, irretroatividade de normas, legalidade, publicidade, eficiência etc.

Sobretudo, deve-se destacar a prevalência de um valor supremo a orientar a edição e aplicação do direito: a segurança jurídica. Princípio que estabelece a previsibilidade das normas, dando certeza ao direito e orientando as condutas intersubjetivas sob a égide de um ordenamento jurídico coerente.

Vimos que no âmbito do direito tributário, na esfera administrativa, os conflitos surgidos entre a Administração Pública e os administrados são julgados tendo como norte a prevalência da segurança jurídica, a par de todos os outros princípios inerentes à atividade estatal.

O ambiente para o desenvolvimento econômico passa pela estabilidade do ordenamento jurídico, onde os agentes possam antever, com razoável dose de certeza, quais os comportamentos são esperados ou são passíveis de serem adotados no bojo de suas atividades.

Definidos os direitos fundamentais expressos constitucionalmente, espera-se que as garantias trazidas pelo texto constitucional e demais normas possam efetivá-los, de modo que os sujeitos tenham a certeza da preservação dos seus direitos fundamentais dentro da ordem jurídica estabelecida.

## REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 87/1996. **Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências**. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp87.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: linguagem e método**. 4. ed., São Paulo: Noeses, 2011.

CONRADO, Paulo Cesar. **Processo Tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.



DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3-29.

FERRAJOLI, Luigi. **Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales**. 2. ed., Madrid: Editorial Trotta, 2005.

\_\_\_\_\_. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 441-451.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais** - Página 6/6. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 23 set. 2014.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro**. 5. ed., São Paulo: Dialética, 2010.

MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Estado de Direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41-46.

MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Princípio da eficiência. In: MARRARA, Thiago (Coord.). **Princípios de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 352-374.



PIOVESAN, Flávia. A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro (Coords.). **Constituição Federal 15 anos**. São Paulo: Método, 2003. p. 33-51.

SÃO PAULO. Lei nº 13.457/2009. **Dispõe sobre o processo administrativo tributário, decorrente de lançamento de ofício e dá outras providências**. São Paulo: Governo do Estado de São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/norma/?id=155075>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Processo Tributário**. 7. ed., São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. 2. ed., São Paulo: Noeses, 2008.

VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (Coords.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 65-94.



# TRABALHO ESCRAVO RURAL CONTEMPORÂNEO E O CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO: ASPECTOS JURÍDICOS PENAIS E A DIGNIDADE DO TRABALHADOR

## SLAVE LABOR CONTEMPORARY RURAL AND REDUCING CRIME THE CONDITION ANALOG TO SLAVE: LEGAL CRIMINAL AND WORKER'S DIGNITY

Arthur Ramos do Nascimento\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Violência, necessidade de intervenção do direito penal e sua relação com o direito agrário para a tutela trabalhista da dignidade. 2 Impactos sociais e trabalhistas nos crimes contra o trabalhador no campo. 3 A legislação criminal brasileira sobre crime de redução à condição análoga a de escravo. 4 Do artigo 149 do código penal brasileiro. 5 A dignidade da pessoa humana no trabalhador. 6 Questões ainda pendentes de maior análise. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O presente estudo analisa o crime de redução à condição análoga à de escravo, tal como perpetuação do trabalho escravo rural no Brasil contemporâneo. Aqui estudam-se os aspectos penais do crime de redução a condição análoga à de escravo, no sentido de orientar os estudiosos e possibilitar uma compreensão do fenômeno à luz do diálogo entre os ramos do Direito: Agrário e Penal, lançando-se bases, ou novos olhares, para um conhecimento dessa questão na contemporaneidade. Entendendo-se o crime de redução a condição análoga à de escravo, não só como um ilícito penal, mas como uma ofensa à toda ordem jurídica, queremos dentro desse debate problematizar uma das questões que mais tem ferido os Direitos Humanos dentro da esfera rural atualmente: fere-se o homem em sua dignidade, os seus direitos trabalhistas e a justiça social. Para tanto oferece-se uma visão balizada por conceitos gerais e artigos do Código Penal Brasileiro, ao fim suscitando e rebatendo a ideia que, com a aprovação da EC 81/2014, existe a necessidade de lei especial para conceituar a escravidão contemporânea: demonstra-se que o conceito do Código Penal não é perfeito, mas se faz assaz suficiente para a responsabilização dos culpados.

**Palavras-chave:** Direito Agrário; Direito Penal; Direito do Trabalho; Trabalho Escravo Contemporâneo; Direitos Humanos do Trabalho.

**ABSTRACT:** *This study analyzes the condition to reduce crime similar to slavery, such as perpetuation of rural slave labor in contemporary Brazil. Here we study the criminal aspects reduction of crime to a condition analogous to slavery, to guide the students and enable an understanding of the phenomenon in the light of dialogue between the branches of law: Agricultural and Criminal falling down bases, or new looks for an understanding of this issue in contemporary times. Understood to be the reduction of crime to a condition analogous to slavery, not only as a criminal offense, but as an offense against the entire legal system, we want within that problematize debate of the issues that has most hurt human rights within the rural sphere today : man in his dignity if it hurts, their labor rights and social justice. For that we offer a vision imposed by general concepts and articles of the Brazilian Penal Code, after raising and rebutting the idea that, with the approval of EC 81/2014, there is a need for a special law to conceptualize contemporary slavery: demonstration that the concept of the Criminal Code is not perfect, but it is rather sufficient for accountability of the guilty.*

---

\* Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Mestre em Direito agrário pela Universidade Federal de Goiás. Professor da Universidade Federal da Grande Dourados.

**Como citar:** NACIMENTO, Arthur Ramos do. Trabalho escravo rural contemporâneo e o crime de redução à condição análoga a de escravo: aspectos jurídicos penais e a dignidade do trabalhador. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n.30, p.1-21, ago-dez, 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

*Keywords: Agrarian law; Criminal law; Labor Law; Contemporary Slave Labor; Human rights Labour.*

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Inicialmente, cumpre esclarecer que a abordagem apresentada nessa pesquisa busca ser inter e transdisciplinar, especialmente com o diálogo dos ramos jurídicos do Direito Agrário e Direito Penal, que são as bases teóricas mais específicas para a discussão do trabalho escravo contemporâneo<sup>2</sup>. Aqui se estudam os aspectos penais do crime de redução a condição análoga à de escravo<sup>3</sup>, no sentido de orientar os estudiosos e possibilitar uma compreensão do fenômeno à luz do diálogo entre os ramos do Direito: Trabalhista, Agrário e Penal, lançando-se bases, ou novos olhares, para um conhecimento dessa questão nos tempos contemporâneos. A análise conceitual da escravidão contemporânea ganha renovada importância com a aprovação da Emenda Constitucional 81/2014, que mudando o texto constitucional, estabelece o confisco para propriedades em que tenha ocorrido comprovada exploração de mão de obra escrava

O Trabalho Escravo presente no espaço agrário demonstra cada vez mais uma complexidade que só pode ser compreendida quando alimentada pela reflexão de diversas fontes do conhecimento, incluindo a Sociologia, a Antropologia, Economia e os diversos ramos do Direito. A

---

<sup>1</sup> O presente estudo se apresenta como uma atualização e revisão da dissertação apresentada ao programa de mestrado da Universidade Federal de Goiás (2012), com a inclusão de considerações recentes, como a aprovação da PEC 57-A/1999 (ex-PEC 438/2001) convertida na Emenda Constitucional 81 de 2014.

<sup>2</sup> Não se nega a existência do trabalho escravo urbano, também presente (e cada vez mais denunciado) no Brasil. Destaca-se, entretanto que o presente artigo se dedica destacadamente para a abordagem da modalidade rural da escravidão.

<sup>3</sup> Existe divergência entre os pesquisadores do fenômeno quanto a nomenclatura a ser adotada, se seria tecnicamente correto o uso da expressão “condição análoga a de escravo” tal como exposto no Código Penal Brasileiro ou “trabalho escravo” como comumente é utilizado. Sem o interesse de furtar à problemática que a adoção de nomes envolve, a presente pesquisa tratará ambas as nomenclaturas como sinônimos respeitando, sempre que conveniente, a utilização adotada pelo Codex penalista, ainda que as preferências do pesquisador sejam para a utilização do termo “trabalho escravo” por carregar maiores significações quanto a ofensa à dignidade da pessoa do trabalhador e ofensa aos direitos humanos (do trabalho).

compreensão do fenômeno não deve ser obstaculizada pela visão limitada de que é objeto só de interesse da esfera Penal, ou somente da esfera Trabalhista, ou ainda apenas do Direito Agrário. É preciso transcender essa visão limitada e cômoda e compreender o Direito com um sistema integrado e interligado. Nesse sentido, para melhor compreender a Escravidão Rural Contemporânea necessita-se da reflexão mais ampla possível, buscando referenciais diferenciados que nos possibilitem revisar conceitos que, às vezes, podem se encontrar ultrapassados ou incompletos.

A existência do Trabalho Escravo Rural Contemporâneo se apresenta perante o mundo jurídico e à sociedade como um problema ainda pouco estudado, posto como algo que acontece sempre “em outro Estado”, ou com a cômoda justificativa que “acontece pouco” ou “que não se pode acabar com isso”, ou mesmo com a ideia de que “a escravidão acabou”. Quanto menor é a preocupação dedicada ao problema, mais ele se prolifera e mais pessoas são colocadas em situações sub-humanas de vida e trabalho, nas mãos de criminosos exploradores.

Em decorrência desta realidade, a questão a ser respondida neste trabalho é: quais são os aspectos penais relevantes da redução à condição análoga a de escravo? Qual a razão de tal prática ser objeto de interesse, a um só tempo, do Direito Penal e do Direito Agrário? Quais os principais pontos que precisam de compreensão? Pretende-se, de modo geral, apresentar o diálogo entre esses ramos do Direito, unindo seus conhecimentos para tecer mais referenciais sobre o trabalho escravo rural contemporâneo.

Especificamente, anseia-se analisar detalhadamente o Art. 149 do Código Penal Brasileiro, para, a par de seu texto e significado, compreender o fenômeno em alguns de seus diversos aspectos. Justifica-se a escolha do tema em razão de constituir parcela importante da pesquisa principal mencionada, e também por uma atenção que se volta sempre para os Direitos Humanos envolvidos e que são desrespeitados enquanto o trabalho escravo se perpetua. Busca-se promover a reflexão por parte dos interessados para que, cada vez mais, pessoas se dediquem à compreender e combater esse retrocesso nas relações de exploração da força de trabalho e das conquistas constitucionais sobre os direitos trabalhistas.

Opta-se pela pesquisa bibliográfica de autores variados que pudessem contribuir nessa reflexão, colhendo deles idéias e conceitos que se mostram importantes para o alcance dos objetivos traçados. Com base nessa bibliografia levantada o procedimento metodológico utilizado é o

dialético, visto possibilitar uma análise objetiva dos pontos apresentados e também porque se amolda melhor com a pesquisa de caráter explicativo.

Como já observado dá-se especial destaque ao estudo do Art. 149 do Código Penal, entretanto ressalta-se que sempre há a preocupação em contextualizar a prática do trabalho escravo rural contemporâneo como algo mais grave do que uma prática criminosa tipificada. Para conseguir esse objetivo destacam-se os impactos sociais e trabalhistas, práticas criminosas que orbitam nessa agressão aos direitos humanos tipificada no dispositivo mencionado, para então “destrincha-lo” apresentando conceitos simples e acessíveis. Pretende-se demonstrar que o conceito contido no Art. 149 do Código Penal ainda que não completo ou perfeito, é suficiente para o enquadramento de situações e, nesse sentido, fundamentar punições penais e patrimoniais (desapropriação por descumprimento da função social e confisco).

Veza que versa a pesquisa sobre um assunto complexo não há a pretensão de que esse estudo seja conclusivo ou mesmo esgote o debate penal da questão, nem se almeja apresentar todos os artigos correlatos. O objetivo que se pretende alcançar é a promoção de uma visão mais ampla, que aponte para o diálogo de várias fontes diante do trabalho escravo contemporâneo, colaborando, para a perene discussão problemática e jurídica dessa questão.

## **1 VIOLÊNCIA, NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO AGRÁRIO PARA A TUTELA TRABALHISTA DA DIGNIDADE.**

Desde o século passado, em razão do destaque constitucional e também à dedicação dos estudiosos do Direito, o ramo jurídico do Direito Agrário passou a receber maior atenção, mas poucas escolas jurídicas têm voltado seus olhos para esse importante campo de estudos. Em linhas gerais podemos dizer que o Direito Agrário é o ramo do direito que engloba os princípios e normas ligadas às relações oriundas da relação do homem com a terra e das atividades humanas no campo. De forma muito clara, o Direito Agrário se relaciona com o Direito do Trabalho, pois as relações de trabalho no campo, ainda que tutelados por uma lógica especial, devem obedecer os ditames dos direitos humanos trabalhistas. Nessa esfera (que se configura cada vez mais como sendo de ordem pública) toda relação humana (trabalhista, econômica, contratual, agrícola, pecuária, cultural etc.) e coisas (*res*) que habitam ou orbitam dentro do

espaço agrário, são objetos de estudo da disciplina. O Direito Agrário tem a função e a preocupação de promover a Justiça Social no campo, com o seu progresso econômico e social, dando destaque ao homem do campo<sup>4</sup> como protagonista da história do Brasil e agente ativo no desenvolvimento nacional. No presente estudo volta-se a atenção ao diálogo entre o Direito Agrário e o Direito Penal como caminho para o alcance dos direitos e garantias trabalhistas de dignidade, liberdade e tutela.

O Direito Agrário vem a responder diversos anseios sociais e mundiais: solução para os problemas da alimentação (falta e produção), questões relativas à desemprego, superpopulação nas zonas urbanas, além de ser um cenário rico para estudos jurídicos. É preciso, inclusive, entender a influência negativa que o desenvolvimento das cidades tem causado ao campo nos últimos tempos, e nesse sentido aponta-se para a situação de violência como aspecto importante para compreensão.

Não há como negar que a civilização se encontra, nos tempos atuais, em um deprimente estágio de violência. Meios de comunicação denunciam (ou pelo menos noticiam) diariamente diversas modalidades de violência que povoam o cotidiano das regiões urbanas e rurais, nacional e internacionalmente. Assiste-se (às vezes como testemunhas oculares) a diversas modalidades de violência, algumas de natureza física, outras de ordem moral, algumas psicológicas e outras de alçada econômica, há aquelas contra as minorias, as contra determinados grupos, classes sociais etc.. A permanência da violência está gerando uma apatia por parte do indivíduo que não mais se choca ou emociona com a violência contra o seu semelhante<sup>5</sup>.

O Direito, na definição de Kelsen, "se constitui primordialmente como um sistema de normas coativas permeado por uma lógica interna de validade que legitima, a partir de uma norma fundamental, todas as outras normas que lhe integram" (KELSEN, 1984, p.54). Por certo não se pode

<sup>4</sup> O espaço agrário torna-se importante para a Disciplina envolvendo toda e qualquer ação humana que se oriente para a produção agropecuária, ou mesmo atividades que envolvam o homem do campo, ou homem ribeirinho, ou comunidades como os quilombolas etc., ou seja, toda atividade que envolva a exploração da (ou sobre a) terra.

<sup>5</sup> Renato Cardoso de Almeida Andrade (fazendo menção à obra "Problemas Atuais da Criminologia", de Nelson Pizzotti Mendes) afirma em seu artigo A banalização da violência e o espetáculo do crime que "Os crimes tornaram-se rotina da cidade grande, e os seus habitantes acostumaram-se com a idéia de que eles são inevitáveis como a poluição, o trânsito caótico e a falta de água".

olvidar que todo o sistema jurídico se compõe de novos outros sistemas (menores e mais específicos) que comumente são chamados de “ramos do direito”. O Direito Penal, como ramo especial, é um sub-sistema do Direito que se dedica à apreciação dos comportamentos humanos que desrespeitam valores preciosos á comunidade social. Usando da conceituação precisa do Prof. Fernando Capez, observa-se que:

"O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.

A ciência penal, por sua vez, tem por escopo explicar a razão, a essência e o alcance das normas jurídicas, de forma sistemática, estabelecendo critérios objetivos para sua imposição e evitando, com isso, o arbítrio e o casuísmo que decorreriam da ausência de padrões e da subjetividade ilimitada na sua aplicação. Mais ainda, busca a justiça igualitária como meta maior, adequando os dispositivos legais aos princípios constitucionais sensíveis que os regem, não permitindo a descrição como infrações penais de condutas inofensivas ou de manifestações livres a que todos têm direito, mediante rígido controle de compatibilidade vertical entre a norma incriminadora e princípios como o da dignidade humana." (CAPEZ, 2000, p.1)

O Sistema Penal, e todo o sistema jurídico, focalizam suas forças para compreender e transmitir a utilidade e a motivação das normas jurídicas, promovendo a paz social (obrigação do Estado), que se reflete em bens sociais estimados como a liberdade, a igualdade, a segurança, entre outros. Como zelador desses princípios (bens sociais) o Sistema Penal se presta ao controle contra ações humanas no sentido de coibir condutas que se configurem como ofensivas e lesem os bens jurídicos protegidos<sup>6</sup>. De outro modo pode-se dizer que o Estado visa lutar contra o crime<sup>7</sup>, cumprindo

<sup>6</sup> Cumpre mencionar que nesse sentido Prando (2006,p.154), citando Lola Anyiar de Castro, afirma que “o controle social é entendido enquanto o conjunto de medidas voltadas à manutenção e reprodução de uma ordem econômica estabelecida”.

<sup>7</sup> E aqui nos referimos ao crime usando a máxima de que este é toda ação (ou omissão) típica, antijurídica, culpável, uno e indivisível (exceto para sua compreensão didática ou analítica).



assim sua função administrativa e social, no combate às condutas lesivas e reprováveis, de acordo com seu resultado ou da própria ação. A despeito de sua suma importância o Estado faz uso desse instrumento como *ultima ratio*, ou seja, quando outros sistemas (civil, trabalhista, comercial etc.) não forem de sua alçada ou seus mecanismos forem insuficientes<sup>8</sup>.

Cada vez mais o Direito tem voltado seus olhos para a criminalidade crescente nas zonas rurais, visto existirem delitos específicos do meio rural que envolve desde a violência doméstica (que possui algumas peculiaridades diante de sua contraparte urbana) até questões “maiores” como crimes ambientais, questões de acampamentos de movimentos sociais, plantio de psicotrópicos e, como veremos melhor adiante, a presença de trabalho escravo contemporâneo. Nessa seara o Direito Penal se encontra com o Direito Agrário e desse diálogo devem surgir considerações especiais, dada as características particulares e a natureza especial do pensamento agrarista.

A questão das ocupações de terra, narcotráfico rural, exploração do trabalho infantil, trabalho da mulher, crimes contra indígenas, são preocupações do Sistema Penal que pertencem também à zona de interesse do Direito Agrário. Há que se mencionar que essa relação entre o Direito Penal e o Direito Agrário permite aos penalistas, se alimentando da Sociologia Rural, determinar características autônomas entre criminalidade rural e urbana (SILVA, 1997). Cumpre citar também o ensinamento por Antônio Vivanco, em sua *Teoria de Derecho Agrario*, versando sobre o relacionamento desses dois ramos:

"Há determinados bens rurais que necessitam de uma proteção especial, por isso a destruição ou danificação dos mesmos com fins dolosos deve ser severamente castigada, a fim de evitar sérios prejuízos à comunidade.

O âmbito do Direito Penal é muito diferente do campo do Direito Agrário, não obstante existe, entre os dois, uma matéria coincidente que se encontra representada pela proteção à atividade agrária, que ambos os direito exercem, mas de forma distinta: uma pela regulação jurídica comum e outro por meio de um regime punitivo" (VIVANCO, 1967, apud SILVA, 1997).

---

<sup>8</sup> Nesse sentido a análise das políticas públicas de combate se mostra importante. Elas servem como instrumentos alternativos do Estado para prevenir e combater, antes que seja necessário lançar mão da punição criminal.

Observa-se que esse diálogo entre os ramos distintos do Direito nos permite uma compreensão melhor da questão e possibilita, também, pensar em mecanismos de combate à violência. Não é preciso muito para constatar que esse diálogo pode (e de fato é) produtivo para o estudo de diversos fenômenos da violência no campo. Em razão do recorte e objetivos a que se pretende a presente análise se limita doravante a abordar a violência contra trabalhadores no campo que são reduzidos à condição análoga de escravo, o que se convencionalmente tem sido chamado de “trabalho escravo rural contemporâneo”.

Trata-se de uma realidade já exposta pelos órgãos de proteção ao trabalhador, pelos movimentos sociais, pela Comissão Pastoral da Terra, entre outros. O trabalho escravo contemporâneo é um problema que não se resume a situação de uma prática criminosa, vemos que se configura como o fruto de um país de desigualdades, e cuja existência reflete negativamente em diversas esferas, e que, urgentemente, precisa habitar no palco dos debates jurídicos do Brasil e do Mundo.

## **2 IMPACTOS SOCIAIS E TRABALHISTAS NOS CRIMES CONTRA O TRABALHADOR NO CAMPO**

É preciso observar que essa exploração do homem pelo homem, que há tempos foi a base da economia brasileira, hoje representa uma chaga aberta. A prática do trabalho escravo contemporâneo (que possui características próprias que o diferencia da escravidão clássica do período pré-republicano) é alimentado por (e alimenta) uma situação de pobreza, violência e marginalização. As regiões “fornecedoras” de vítimas do crime de redução à condição análoga à de escravo (para usar o termo legal), ou de escravos contemporâneos (para adotarmos um termo mais corrente), são regiões pobres, sub-desenvolvidas ou que representam situações de extrema pobreza. Nessas regiões não há empregos suficientes para toda a população, os salários (visto existir grande procura e pouca oferta) são quase sempre baixos e que não conseguem atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família.

Em razão da situação de pobreza há, em geral, nessas regiões pouca qualificação da força de trabalho e verifica-se, não raro, a presença do êxodo escolar. Vemos que vai se formando um quadro dentro dessas situações: indivíduos desempregados (ou sub-empregados), com baixa

escolaridade (ou semi ou totalmente analfabetos), que vivem em uma região que lhe fornece poucas oportunidades.

Esse cenário se mostra “convidativo” para a prática do aliciamento de mão de obra. Os aliciadores, comumente chamados de “gatos”, aliciam os trabalhadores com promessas de altos salários, retorno financeiro garantido, período determinado de trabalho (o período de uma lavoura, por exemplo). Oferecerem possibilidades que o indivíduo não tem na própria cidade, o que o faz vislumbrar a chance de uma ascensão social por meio de um período de trabalho fora, longe de sua terra e de sua família. Para “favorecer” o trabalhador na sua decisão, os gatos costumam pagar salários adiantados, o que parece ser muito vantajoso ao aliciado, visto que já lhe possibilita saldar alguma dívida que possua em sua própria cidade, e também garantir que a família possa se manter por alguns dias ou semanas até que ele possa, do local onde prestará os serviços, mandar parte de seus rendimentos.

Forma-se uma situação grave com a saída desses trabalhadores. As regiões pobres e pouco desenvolvidas sofreram muito no passado com a migração de suas populações para “oásis” e “terras prometidas” no sul e sudeste do país. Muitos nordestinos “desceram” o mapa nacional buscando melhores condições de vida em São Paulo e Rio de Janeiro. Inflaram as cidades, não conseguiram seu intento e acabaram marginalizados. Suas cidades natais acabaram, muitas delas, abandonadas por completo se tornando praticamente cidades fantasmas. Sem população, sem trabalhadores se tornara impossível desenvolver. O aliciamento de trabalhadores gera ainda mais pobreza e miséria na região porque retira dela a força de trabalho, não gera qualquer tipo de riqueza (visto que o explorado não consegue enviar rendimentos para sua família). Com a perda do arrimo de família, o grupo familiar agora ainda se vê sem seu provedor e os filhos passam a abandonar o lar para, eles mesmos, tentarem melhor condições de vida.

Socialmente a prática do trabalho escravo contemporâneo se mostra prejudicial em vários níveis: desde a dissolução violenta e desumana do núcleo familiar até o empobrecimento das zonas urbanas de onde esses trabalhadores são retirados para, não raro, encontrarem a morte. Pouco se precisa dizer, nesse sentido, sobre os impactos negativos nos direitos trabalhistas que são desrespeitados. Há a negação do salário, das garantias trabalhistas como pagamento de hora-extra, dos equipamentos

individuais de segurança, 13º salários, férias (com o 1/3 constitucional), descanso semanal remunerado etc..

### **3 A LEGISLAÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA SOBRE CRIME DE REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO**

O crime de redução à condição análoga à de escravo, é uma prática que envolve muitos fatores e possui muitos reflexos de relevância legal, trabalhista, constitucional, social. Salutar se mostra, em razão do alto índice (e das formas diversas) de violência envolvida, observar o que legislação criminal disciplina sobre o assunto. Já falamos inicialmente que o Sistema Penal tipifica o que vem a ser uma conduta socialmente condenável, o que é ofensivo em relação aos valores defendidos pela coletividade, o que ameaça o que é relevantemente protegido. Assim, como afirma Luciana Aparecida Lotto:

“O Código Penal Brasileiro prevê a proteção à liberdade do trabalhado, penalizando aqueles que violam ou que procuram fraudá-la,(...).

Há que se destacar a preocupação no âmbito penal no tocante à punição àqueles que eventualmente venham a infringir normas trabalhistas e que sujeitem os trabalhadores à condições degradantes de trabalho, cerceando a liberdade do trabalho, devendo este ser desenvolvido em um ambiente saudável e digno, garantindo, assim, um desenvolvimento sustentável da sociedade, visando o lado socioeconômico do país.” (2008, p. 56-57)

O Sistema Penal, dessa forma, se baseia nos princípios da legalidade e da lesividade. Enquanto aquela, baseada no axioma *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*<sup>9</sup> que garante que nenhum cidadão será punido por algo não previsto em lei quando da prática do ato. É um princípio que se subdivide: na proibição da retroatividade da lei; proibições de incriminações vagas e indeterminadas; uso de analogia para fundamentar ou mesmo agravar punições. Já essa (o da lesividade) garante que somente haverá sanções penais para comportamentos que lesem direitos de outrem, ou seja, como já afirmou-se anteriormente, o

---

<sup>9</sup> Brocardo latino traduzido como “O crime é nulo, a pena é nula sem prévia lei que o defina” presente no Código Penal, em seu Art. 1º que afirma: Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Sistema Penal só atuará subsidiariamente e em situações que ofenderem bem jurídicos relevantes. Também esse princípio pode ser subdividido: proibição de incriminação de atitude interna; proibição de conduta que exceda o âmbito do próprio autor; proibição de simples condições existenciais ou estados; e proibição de incriminação de condutas desviadas que não cheguem a lesar qualquer bem jurídico (CASTILHO, 2000).

Nesse sentido, antes de atingirmos o ponto central (o Artigo de lei principal dessa análise) importante se mostra compreender outros artigos que podem ser utilizados como base para sua compreensão. Afirmamos acima que o Sistema Penal pune a ofensa aos direitos trabalhistas e o faz (na esfera da apreciação criminal) no Código Penal Brasileiro, no título IV – DOS CRIMES CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO.

Podemos citar seguindo os dispositivos legais, a configuração do constrangimento mediante violência ou grave ameaça sobre uma pessoa para que exerça uma determinada atividade ou trabalho<sup>10</sup>. Aqui o Sistema Penal tenta rechaçar a ofensa ao livre-arbítrio do indivíduo e sua liberdade. Constranger alguém obrigando-o a executar determinado trabalho fere a liberdade de exercício da profissão garantido constitucionalmente. Quando alguém é compelido à prática do trabalho escravo verificamos a presença desse constrangimento mantido por meio de forte vigilância armada dentro das fazendas e ameaça de maus-tratos, violência física (e psicológica) e homicídio contra o trabalhador ou seus familiares.

A prática da exploração da mão de obra escrava contemporânea também se reflete (ainda que não diretamente, mas numa análise interpretativa mais ampla) na prática do atentado contra a liberdade de contrato de trabalho e boicotagem violenta<sup>11</sup>. Formam-se contratos fraudulentos<sup>12</sup> em razão das dívidas forjadas (ou super-faturadas) e

---

<sup>10</sup> Art. 197 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça: I - a exercer ou não exercer arte, ofício, profissão ou indústria, ou a trabalhar ou não trabalhar durante certo período ou em determinados dias (grifos nossos). Código Penal Brasileiro.

<sup>11</sup> Art. 198 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a celebrar contrato de trabalho, ou a não fornecer a outrem ou não adquirir de outrem matéria-prima ou produto industrial ou agrícola (caput).

<sup>12</sup> Vito Palo Neto destaca, mencionando Kevin Bales, que “(...) é a escravidão por contrato que, segundo o autor, mostra como as modernas relações de trabalho são usadas para ocultar a nova escravatura. O autor explica que nesses casos são oferecidos contratos que garantem trabalho, por exemplo, em uma fazenda, oficina ou mesmo

que submetem o trabalhador sob dois aspectos importantes. Há tanto a coerção presente nas forte e permanente segurança fortemente armada do empregador, para impedir que o trabalhador-escravo fuja, e também há a ameaça de que o empregador possa ir à polícia para denunciar o devedor.

Como já observado anteriormente há um desrespeito a direitos trabalhistas legalmente garantidos. Muitos princípios trabalhistas e direitos assegurados são frustrados lançando por terra décadas de luta e conquista da classe trabalhadora. E, nem é preciso muito para dizer, também constitui-se como prática criminosa frustrar esses direitos<sup>13</sup>. Na tipificação dessa conduta criminosa verifica-se a questão da retenção de documentos e a formação da dívida fraudulenta como forma de frustrar os direitos trabalhistas.

A formação do trabalho escravo rural contemporâneo se dá por meio de um complexo esquema de aliciamento, transporte, negociação e violência física. Os aliciadores, comumente chamados de “gatos”, por vezes se esquivam da responsabilidade pelo crime do trabalho escravo, por não serem os empregadores, só os “intermediários”. Contudo o Código Penal Brasileiro considera essa prática como o crime de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional<sup>14</sup>. Observa-se, dessa sorte, que o Código Penal, com vistas ao que já comentamos,

---

fábricas, mas quando os trabalhadores são levados ao local de trabalho acham-se escravizados. Trata-se de uma situação em que o contrato, que pode até ter uma aparência legal por cumprir determinadas formalidades, é usado como um engodo para enganar o indivíduo, atraindo-o para a escravidão. Nesses casos, ao se levantar questões legais, o contrato pode ser apresentado, mas a realidade é que o trabalhador contratado é um escravo, ameaçado de violência, sem qualquer liberdade de movimento e sem qualquer remuneração.” (2008, p. 83).

<sup>13</sup> Aqui estamos nos referindo ao Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho: I - obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida; II - impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais.

<sup>14</sup> Art. 207 - Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional: § 1º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.

pretende proteger a força de trabalho dada a sua importância de bem jurídico constitucionalmente tutelado e a promoção da justiça social frente aos “males do liberalismo econômico, objetivando melhor distribuição das riquezas” (LOTTO, 2008, p.57).

O Direito precisa ser dinâmico e acompanhar o desenvolvimento e a necessidade da sociedade. Nota-se isso na questão do combate ao trabalho escravo contemporâneo tendo por base o antigo texto penal a respeito do assunto:

“Art. 149 – Reduzir alguém a condição análoga à de escravo:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.”

O simplismo do texto e a sua precariedade de conceitos e margem para atuação dos órgãos institucionais era alvo de sérias críticas por parte dos doutrinadores, como vemos:

“(…) a incriminação feita no art. 149 do CP é vaga e indeterminada, em razão de estar oculto o núcleo do tipo, ou seja, do verbo que exprime a ação praticada pelo sujeito. O verbo reduzir é o núcleo, mas este exprime resultado, não a ação propriamente dita. Não se sabe exatamente qual a ação que constitui crime, podendo ser praticado de vários modos. O exame da realidade brasileira aponta cinco etapas que possibilitam a hipótese do trabalho análogo à escravidão, ou simplesmente escravo: o recrutamento, o transporte, a hospedagem, a alimentação e a vigilância.” (LOTTO, 2008, p.56-57).

O texto legal não permitia que a situação complexa da redução à condição análoga à de escravo pudesse ser identificado (com o mínimo de abrangência necessária) o que dificultava grandemente a atuação dos órgãos de combate ao Trabalho Escravo. Como se poderia identificar o que é essa “redução” à condição análoga de escravo? Como buscar punições aos envolvidos quando o dispositivo legal se mostrava tão precário? O Legislador, posteriormente, e cumprindo o que se espera do Direito enquanto um instrumento de pacificação social e instrumento para o

alcance da justiça social, tratou de rever o texto legal e, no verdadeiro espírito da Lei, buscar uma ampliação de conceito e abrangência.

#### **4 DO ARTIGO 149 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Como já observado o Legislador, buscando atender aos anseios e clamores levantados por aqueles que se empenham no combate ao trabalho escravo contemporâneo, reviu o teor do dispositivo legal, através da Lei nº 10.803/2003 (promulgada em 11 de dezembro de 2003. D.O.U. 12.12.2003), alterou o Art. 149 do Código Penal Brasileiro (Dec.Lei nº 2.848, 07/12/1940) estabelecendo, além de um texto mais trabalhado indicando as hipóteses em que o crime se configura. Assim passou a constar no Diploma Penal:

#### **REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO**

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

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

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

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

I - contra criança ou adolescente;

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



Tal disposição legal tornou a aplicação da Lei Penal um pouco mais independente da interpretação doutrinária ou da necessidade de algum outro dispositivo de lei extra-penal<sup>15</sup>. Como já dito, o texto revogado era vago, o que tornava a aplicação da Lei inviabilizada. O novo texto é mais completo, mas se encontra longe de poder ser considerado ideal<sup>16</sup>: por exemplo, que como a Lei enunciou os meios e formas de como o crime, em tese, é praticado, acaba gerando uma condição especial para sua configuração que seria o vínculo trabalhista (relação de trabalho) o que, visto que as hipóteses são limitadas, deixou excluídas diversas outras situações com forte constância na questão do trabalho escravo contemporâneo<sup>17</sup>.

O Art. 149 não se encontra sob o título dos crimes contra a ordem do trabalho (os artigos foram mencionados anteriormente), o dispositivo em foco está sob o título dos crimes contra a liberdade individual. Não negamos que uma situação de “trabalho” seja importante, mas não se pode confundir o trabalho, que é gênero, com emprego, que é espécie. De forma que trabalho é toda ação, toda atividade, física ou intelectual, com o fulcro de fazer, criar, transformar ou obter alguma coisa. É uma ideia genérica, posto que é uma atividade gênero. A relação de emprego é aquela surgida de um contrato de trabalho (que pode ser tácito, verbal, não-solene) em que um indivíduo vende sua força de trabalho para alguém que por ela se dispõe a pagar, direcionando-a conforme seus objetivos e no alcance de um fim. É mais específico que aquele, posto se tratar ser dele uma

---

<sup>15</sup> Como reza a doutrina “Em princípio, o Direito Penal deve definir de modo autônomo os pressupostos de suas normas, evitando a remissão a outras regras do ordenamento jurídico” (PRADO, 2002.p. 145).

<sup>16</sup> Lotto (2008, 56-57), por exemplo, critica o Artigo dizendo que “a incriminação feita no art. 149 do CP é vaga e indeterminada, em razão de estar oculto o núcleo do tipo, ou seja, do verbo que exprime a ação praticada pelo sujeito. O verbo reduzir é o núcleo, mas este exprime resultado, não a ação propriamente dita. Não se sabe exatamente qual a ação que constitui crime, podendo ser praticado de vários modos. O exame da realidade brasileira aponta cinco etapas que possibilitam a hipótese do trabalho análogo à escravidão, ou simplesmente escravo: o recrutamento, o transporte, a hospedagem, a alimentação e a vigilância.”.

<sup>17</sup> Nesse sentido a amplitude do conceito de “trabalho forçado” para a OIT (e que aqui convencionamos chamar de “trabalho escravo”) se torna prejudicada.

espécie<sup>18</sup>. Nesse sentido, um fazendeiro que estiver mantendo em cativeiro uma moça para prestação forçada de favores sexuais em razão de dívidas (próprias ou de outrem, como de alguém da família) será enquadrado como um sujeito ativo do crime de redução à condição análoga a de escravo. O que não se pode olvidar é que mais do que a liberdade do indivíduo o que se busca proteger é a sua dignidade, não somente como trabalhador, mas como uma pessoa humana.

O texto da análise em foco busca entrar em sintonia com as disposições internacionais de combate ao trabalho escravo, ponto no qual destaca-se a Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho, que em seu Art. 2º faz a definição do que vem a ser trabalho forçado, trabalho obrigatório, recepcionado como aspectos do trabalho escravo contemporâneo<sup>19</sup>. Outra ressalva positiva que se faz ao dispositivo é que se passou a identificar tanto o trabalho forçado quanto o em condições degradantes, o que significou um avanço.

Da análise do Artigo em exame e através da doutrina e da análise penal, o dispositivo, que estabelece o crime de redução à condição análoga à de escravo enquanto um tipo de ilícito penal, compreende:

– Bem jurídico protegido: cumpre observar que os artigos são distribuídos no Código Penal sob uma lógica e esse agrupamento se dá pelo critério do bem jurídico. O Artigo 149 se encontra no Título dos Crimes contra a Pessoa, dentro deste título está incluso no Capítulo VI que é o dos crimes contra a liberdade individual e, por sua vez, dentro da Seção I que trata dos crimes contra a liberdade pessoal. Assim, se poderia dizer que o bem jurídico é a liberdade individual. Como já observado o que se busca proteger é a dignidade humana envolvida, bem jurídico este protegido constitucionalmente. Como se pode verificar há uma preocupação em proteger, especificando gradativamente, os direitos fundamentais relativos à pessoa humana em especial o da liberdade pessoal, como um dos aspectos da dignidade humana. Nesse sentido se manifesta Prado (2008, p.276) ao

---

<sup>18</sup> Podemos mencionar, apenas para ilustração, que outras formas de trabalho são: voluntariado, estágio educacional, servidão, representação comercial, atividades religiosas etc.. algumas dessas espécies são remuneradas, outras não, de forma que o retorno pecuniário não é fato determinante para a configuração de uma relação de trabalho, somente da espécie relação de emprego.

<sup>19</sup> Artigo 2º 1. Para os fins da presente Convenção, a expressão "trabalho forçado ou obrigatório" designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.

afirmar que “o estado de liberdade integra a personalidade do ser humano e a ordem jurídica não admite sua completa alienação”.

Como se extrai do ensinamento de Hungria (1955, p.138)<sup>20</sup> a questão da liberdade física e de locomoção se encontram atreladas à interpretação do que vem a ser essa liberdade pessoal protegida, e essa é um aspecto da dignidade. Nesse sentido não há como pensar no crime de redução à condição análoga à de escravo, como uma afronta unicamente ao direito de liberdade. A prática criminosa envolve simultaneamente (algumas ou todas) a prática da ameaça<sup>21</sup>, seqüestro e cárcere privado<sup>22</sup>, constrangimento ilegal<sup>23</sup>, lesão corporal<sup>24</sup> entre outros (como os já mencionados neste estudo). Todas essas práticas são consideradas como crimes contra a pessoa<sup>25</sup> em seus diversos aspectos: contra a vida<sup>26</sup>, contra a sua integridade<sup>27</sup>, liberdade.

---

<sup>20</sup> “as diversas liberdades asseguradas ao homem e cidadão não são mais que faces de um mesmo poliedro: a liberdade individual. A primeira e mais genérica expressão desta é a liberdade pessoal, assim chamada porque diz mais diretamente com a afirmação da personalidade humana. Compreende o interesse jurídico do indivíduo à imperturbada formação e atuação de sua vontade, à sua tranqüila possibilidade de ir e vir, à livre disposição de si mesmo ou ao seu status libertatis, nos limites traçados pela lei. Trata-se, em suma, do direito à independência de injusto poder estranho sobre a nossa pessoa” (HUNGRIA, 1955, p. 138.).

<sup>21</sup> Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave. (caput).

<sup>22</sup> Art. 148 - Privar alguém de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado (caput) § 2º - Se resulta à vítima, em razão de maus-tratos ou da natureza da detenção, grave sofrimento físico ou moral:.

<sup>23</sup> Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda (caput).

<sup>24</sup> Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem (caput).

<sup>25</sup> CP, Parte Especial, Título I.

<sup>26</sup> CP, Parte Especial, Título I, Capítulo I – Dos crimes contra a vida: homicídio, Art. 121, e Capítulo III – Da periclitacão da vida e da saúde: a exposição a agrotóxicos e situações de perigo na atividade laboral, Art.132, e os maus-tratos Art. 136.

<sup>27</sup> Idem, Capítulo II – Das lesões corporais. Art.129.

Compreende-se que, a despeito de uma parcela da doutrina adotar a interpretação simplista que o bem jurídico protegido seria somente a liberdade física, observa-se acima que se trata de uma questão muito mais complexa. O crime de redução à condição análoga à de escravo possui uma pena, na maior parte dos casos, mais grave que todos os retro mencionados e que fazem dele parte. Adotamos que de fato o bem jurídico é a liberdade, mas não somente física, trata-se da liberdade sob todos os seus aspectos. Em última instância entendemos que, em essência, a dignidade da pessoa humana é o real sentido da Lei.

– Sujeito ativo: visto que a conduta não exige nenhum tipo de característica especial<sup>28</sup> o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, *sem restrições* (PRADO, 2008, p.276). Trata-se de um crime, portanto, comum. Prado (2008, p.276) lembra que se o sujeito ativo for funcionário público é possível o aperfeiçoamento do delito (Art. 350, CP).

– Sujeito passivo: da mesma forma que abordado no ponto anterior, sendo um crime comum, para se tornar sujeito passivo não é requerida nenhuma particularidade ou especial condição<sup>29</sup>, podendo qualquer pessoa ser vítima do crime<sup>30</sup>.

– Coautoria: dada a complexidade do crime (e numa interpretação mais aprofundada verifica-se quase sempre a existência de uma rede

---

<sup>28</sup> Sobre esse aspecto Nucci (2009,p.691) afirma que pode ser qualquer pessoa “embora, em regra, passe a ser o empregador e seus prepostos”.

<sup>29</sup> Nucci (2009, p.691) que “somente pode ser o empregado, em qualquer tipo de relação de trabalho”, entretanto essa afirmação parece temerária. Como observou Prado (2008,p.278) “o legislador, utilizando de boa técnica legislativa, emprega o termo trabalhador (elemento normativo jurídico, cujo conceito é fornecido pelo Direito do Trabalho) em vez de empregado, que é uma expressão bem menos ampla do que a primeira. Na verdade, pode-se dizer que trabalhador é ‘um gênero de que empregado é uma das partes’. De fato, enquanto empregado significa apenas a pessoa física que presta serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário (art.3º, caput, CLT), o vocábulo trabalhador abrange tanto esse, como o trabalhador avulso, autônomo e outros não enquadrados nessas categorias” (grifos do autor). Assim, julgamos interessante mencionar o posicionamento de Nucci para salientar como restrições podem ser prejudiciais para entender a amplitude da questão.

<sup>30</sup> Prado (2008, p. 276) “pode figurar todo ser humano, independentemente de raça, idade, sexo, condição cultural ou capacidade jurídica”.

de pessoas envolvidas na prática) permite-se a coautoria, já que podem participar de sua execução várias pessoas.

– Tipo objetivo: Chamado também por alguns autores de “ação nuclear” (cf. CAPEZ, 2004, p. 302), é o verbo “reduzir”. Nesse sentido a “reduzir” significará a submissão (cf. PRADO, 2008, p. 277) de uma pessoa por outrem, submissão essa compulsória e absoluta, similar à que se aplicava aos escravos (na escravidão clássica). Como já abordamos inicialmente a escravidão contemporânea se destoa em alguns aspectos da escravidão clássica, em razão disso essa submissão, demonstrada pelo cerceamento (restrição) (PRADO, 2008, p.277) da liberdade<sup>31</sup> (por meio da violência física, moral, psicológica, retenção de documentos, salários, meios de transporte etc.) já é suficiente para a lei. Tipifica também o crime de redução à condição análoga à de escravo a submissão à trabalhos forçados.

– Elemento normativo do tipo: posto que a tipicidade de um determinado fato necessita de uma adequação legal (ou social) de conduta/comportamento, no caso em análise verificamos que constitui o elemento normativo do tipo a expressão “trabalho degradante”.

– Tipo subjetivo: o tipo subjetivo (ou elemento subjetivo) é o dolo<sup>32</sup> (como verificamos no §1º, inciso I) visto que se exterioriza pela vontade (espontânea, livre e consciente, do Autor do crime) em sujeitar (submeter) o trabalhador-vítima *ao seu poder* (CAPEZ, 2004, p.304) cerceando-lhe a liberdade e forçando-o à prestação de trabalhos degradantes. Cumpre observar que a culpa não é punida. Prado (2008, p.279) observa que o dolo pode ser direto ou eventual.

– Forma culposa: não há previsão normativa (CAPEZ, 2004, p.305).

– Consumação: o crime é consumado a partir do momento em que o trabalhador-vítima é reduzido à condição análoga à de escravo (liberdade cerceada, submissão da vítima contra sua vontade de não

<sup>31</sup> Esse cerceamento de liberdade, lembramos, não deve ser confundido com impossibilidade de locomoção, visto que há casos em que os trabalhadores podem sair do local de trabalho, mas por força dos “grilhões” são obrigados a retornar para o local de trabalho. Aqui, como se percebe, a liberdade está cerceada, mas não de modo fisicamente visível. Capez (2004, p.304) menciona que “nessas hipóteses, não é necessário que o agente se oponha frontalmente à saída do empregado, bastando que imponha obstáculos ou dificuldades, com o fim de mantê-lo sob seus domínios”. Em sentido semelhante Prado (2008, p.277) lembra que “tampouco exige-se que permaneça enclausurada”.

<sup>32</sup> Opinião compartilhada por Capez (2004, p.304), Prado (2008, p.277) e Nucci (2009, p.692).

executar os trabalhos, imposição de trabalhos forçados e degradantes etc.) por tempo considerável (com peso jurídico). Trata-se de crime material, permanente, passível de flagrante, visto que é um crime que se perpetua no tempo, e perdurará até que cesse a submissão (CAPEZ, 2004, p.304; PRADO, 2008, p.278). A posterior libertação do sujeito passivo, como observa Prado (2008, p.278), não descaracteriza o delito.

– Tentativa: visto se tratar de um crime material, a tentativa é perfeitamente admissível (na modalidade comissiva). Observa-se que esta ocorre quando se executam alguns “preparatórios” sem chegar às vias de fato (a condição de submissão, cerceamento de liberdade, degradação/humilhação)<sup>33</sup>.

– Pena: de dois a oito anos e multa, segundo o princípio da proporcionalidade, além das penalidades relativas à violência sofrida. Essa pena ainda é aumentada<sup>34</sup> de metade se o crime é cometido contra criança ou adolescente, ou por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem<sup>35</sup>.

– Ação Penal: como não é necessária nenhuma condição de procedibilidade a ação penal é a pública incondicionada<sup>36</sup> (prevista no CPP, arts. 394 a 405 e 408 a 502<sup>37</sup>).

– Classificação doutrinária: é classificado como um crime comum, doloso, comissivo, material, de dano e permanente.

---

<sup>33</sup> Capez (2004, p.304) observa que ocorre a tentativa quando o agente não consegue o resultado final “apesar da prática de atos de execução (violência, ameaça etc.)” e observa que “na hipótese das figuras equiparadas, a tentativa será possível quando o agente tentar, mas não conseguir, cercear a locomoção ou se apoderar de documentos ou objetos capazes de impedir a saída, ou quando não conseguir manter a vigilância no local.”

<sup>34</sup> Consta claramente no artigo em destaque e é reforçado por Capez (2004, p.305).

<sup>35</sup> Um estudo importante, e que cremos complementar ao presente, sobre esses aspectos terá grande relevância no estudo da questão. Em razão de nosso foco se voltar especialmente às políticas públicas não nos aprofundamos na consideração desses elementos especiais como os casos de majoração da pena a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

<sup>36</sup> Nesse sentido seguem: Capez (2004, p.305); Prado (2008, p.279-280).

<sup>37</sup> Como aponta Capez (2004, p.305).

## 5 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO TRABALHADOR

É possível observar que todos os aspectos normativos apresentados, se voltam para a proteção da dignidade da pessoa humana. Seja sob o ponto de vista constitucional do direito trabalhista, das disposições de caráter agrarista da função social da propriedade rural (com destaque à regulação de proteções trabalhistas), a existência de disposições internacionais assimiladas ao direito nacional e os aspectos penais da prática criminosa todas essas disposições tutelam a proteção da vida humana com dignidade. A ideia de pessoa humana que temos hoje se mostra fruto de uma construção de várias concepções modificadas na história humana<sup>38</sup>, passando por concepções que remontam à teorias romanas ou mesmo de forte influência religiosa. Podemos dizer que a dignidade humana foi considerada (dentro do pensamento romano) como algo essencialmente ligado ao homem livre e racional, ou seja, não havia uma ideia de dignidade compartilhada por todo o gênero humano, mas algo ligado ao direito de cidadania dos melhores homens (PINTO COELHO; MELLO, 2011, p. 7713).

A ideia de dignidade também se fundou em princípios religiosos (antigo testamento), considerando o homem a criatura (sobre todas as outras) dotada de dignidade por ter sido criado à imagem e semelhança de Deus. Essa concepção foi herdada pelo cristianismo que estendeu a ideia de salvação e dignidade para todos os homens. No período medieval o grande pensador desse tema foi São Tomás de Aquino, que ligou a dignidade humana ao critério do livre arbítrio. Como ser capaz de autodeterminar-se e sendo livre por natureza, o homem se constituía como ser dotado de dignidade, superior, portanto, ao restante da criação.

A autonomia da vontade, como elemento não encontrado em nenhum outro ser vivente, também foi usado como critério para a filosofia kantiana que estabeleceu que não é o homem simples meio (como são as coisas), ele existe como fim em si mesmo. A partir de Kant temos que “o homem não é uma coisa, não é, por conseqüência, um objeto que possa

---

<sup>38</sup> Ledur (1998, p.79) afirma que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana “está historicamente ligado à tradição bíblica, à cultura helenístico-romana, ao Cristianismo e à própria filosofia”. Sugerimos como aprofundamento no assunto a leitura de Pinto Coelho e Mello (2011), onde os autores demonstram de forma salutar como o “super-princípio” da dignidade humana se insere dentro do ordenamento jurídico brasileiro, levantando interessantes aspectos teóricos.



ser tratado simplesmente como meio, mas deve em todas as suas ações ser sempre considerado como um fim em si” (SILVA, 1998, p.90)<sup>39</sup>. De outra forma podemos dizer que somente é pessoa o ser humano, o ser racional. Essa qualidade é inerente de todos os seres humanos sem distinção, e tal premissa leva-nos a considerar o seguinte: “desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio” (SILVA, 1998, p.90).

A dignidade pode ser entendida como “o valor da consciência de ser e do ser (consciência ontológica) e da conseqüente capacidade de agir e incidir livremente no mundo exterior, sob imperativo categórico” (LEDUR, 1998, p.90)<sup>40</sup>. Podemos entender a dignidade como virtude, como honra e como consideração (origem etimológica da palavra). É aquela qualidade moral, de respeito que a pessoa tem por si própria e que a faz merecedora do conceito público (SILVA, 1967, p. 526).

A preocupação com a dignidade humana que tem ocupado, como já afirmado em outro momento, grande relevância nos sistemas jurídicos pelo mundo (SILVA, 1998, p. 89). Começou pela Constituição Alemã que declarou que “a dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais”<sup>41</sup>. Esse pensamento

---

<sup>39</sup> Nos termos apresentados dentro da filosofia kantiana tudo tem um preço ou tem uma dignidade. Coisas têm preço e se entende preço como o valor pelo qual se paga por essa coisa. As coisas podem ser substituídas por outras de preço equivalente, posto que servem apenas como meio. O homem não tem preço, porque ele não pode ser substituído, entendo que ele tem valor superior a qualquer preço: ele tem dignidade. (SILVA, 1998, p.91). Silva (1998, p.91) assim destaca, explicando a filosofia de Kant “segundo a qual no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem um preço pode muito bem ser substituído por qualquer outra coisa equivalente. Daí a idéia de valor relativo, de valor condicionado, porque existe simplesmente como meio, o que se relaciona com as inclinações e necessidades geral do homem e tem um preço de mercado, enquanto aquilo que não é um valor relativo, e é superior a qualquer preço, é um valor interno e não admite substituto equivalente, é uma dignidade, é o que tem uma dignidade”, se remetendo à obra de Emmanuel Kant, *Fondements de la Métaphysique des Moeur* (Fundamentos da Metafísica dos Costumes).

<sup>40</sup> Ressaltamos conceito dado por Hironaka (2003, p.164) “a dignidade é ‘um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas’”.

<sup>41</sup> Art. 1º, nº1.



também impulsionou a Constituição Lusitana que declarou: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”<sup>42</sup>. Outro destaque se dá para a Constituição Espanhola, que estatui “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social”<sup>43</sup>. Temos um grave problema quando se pensa a questão de conceitos como o da “dignidade da pessoa humana”, “solidariedade” e “justiça social”, por exemplo. O uso desses termos pode ser apresentado tanto em discursos demagógicos como para, de fato, combater injustiças<sup>44</sup>.

O princípio da dignidade da pessoa humana não foi uma invenção constitucional, mas tem ganhado cada vez maior importância dentro da hermenêutica jurídica e para a compreensão do Direito<sup>45</sup>. Esse princípio nos diz que a pessoa humana é o centro da sociedade, do Direito e do Estado, e toda a ordem juspolítica e social orbita ao seu redor, subordinando (sem jamais anular) outros princípios e regras (DELGADO, 2005, p. 174)<sup>46</sup>. Esse reconhecimento já se encontrava, de forma pioneira, no preâmbulo e artigos da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, servindo de inspiração para diversas constituições nacionais, como a do Brasil<sup>47</sup>,

---

<sup>42</sup> Art. 1º.

<sup>43</sup> Art.10.

<sup>44</sup> “É pouco provável que se renuncie a empregá-los em qualquer jogo de poder, ou em qualquer intento de organizar esperança. A coisa muda, e muito, se estabelecemos referenciais definidos na história concreta.” (cf. STEIN; DE BONI L, 1993, p. 232).

<sup>45</sup> Isso não deve ser entendido de forma errônea como se esse princípio se “sobrepusesse” aos demais, sob pena de, em algum aparente sopesamento se anular outro princípio em prevalência de um. Não há hierarquia entre princípios constitucionais, podendo-se admitir somente a prevalência de um princípio (ou alguns princípios) em um caso concreto. A nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais estão edificadas sobre o fundamento da dignidade humana.

<sup>46</sup> Flórez-Valdéz. (1990, p. 149), afirma que a dignidade da pessoa humana se tornou “o epicentro de todo o ordenamento jurídico”.

<sup>47</sup> O Brasil foi o primeiro país a mencionar essa questão em sede de constituição (ano de 1946), ainda que não como fundamento geral se restringindo somente a esfera do trabalho (Art. 145), sendo seguido pela Constituição da Alemanha em 1949 e a Constituição Portuguesa de 1976.

protegendo a dignidade da pessoa humana e a relacionando com outras áreas, como a do Direito do Trabalho<sup>48</sup>.

A Constituição da República de 1988 inovou quando conferiu, em diversos dispositivos<sup>49</sup>, status de fundamento e princípio à dignidade humana na ordem jurídica, política e social brasileira. O objetivo nessa valorização é ultrapassar o pensamento individualista e adotar uma visão comunitária dentro de uma dimensão social e, assim, repelir “a negação dos meios fundamentais para seu desenvolvimento como pessoa ou a imposição de condições infra-humanas de vida” (FLOREZ-VALDEZ, 1990, p.149). E para o presente estudo importa verificar que o trabalho escravo rural resulta em grave ofensa à dignidade do indivíduo, por lhe negar valores individuais básicos e sua possibilidade de afirmação social por meio do trabalho<sup>50</sup>.

Os princípios da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana são os fundamentos na busca do trabalho decente, que pode ser considerado a antítese da escravidão contemporânea<sup>51</sup>. Não é tão somente o cerceamento da liberdade física (locomoção, direito de ir e vir) que configura a existência do trabalho escravo, mas sim a coisificação do

---

<sup>48</sup> “Considerando o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo...” (Preâmbulo); Art. 1º “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos...”; Art. XXIII, 3 “Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social”.

<sup>49</sup> Encontramos a dignidade da pessoa humana no Art. 1º, Art.3º, I, Art. 170, caput.

<sup>50</sup> Assim afirma Plá Rodriguez (1993, p.25) “o Direito do Trabalho surge como consequência de uma desigualdade: a decorrente da inferioridade econômica do trabalhador. Essa é a origem da questão social e do Direito do Trabalho (...) em todo Direito do Trabalho, há um ponto de partida: a união dos trabalhadores; e há um ponto de chegada: a melhoria das condições dos trabalhadores.”.

<sup>51</sup> Na verdade, o trabalho em condições análogas à de escravo é reconhecido, hoje em dia, a partir do momento em que há o desrespeito ao atributo maior do ser humano que é a sua dignidade, e que ocorre, do ponto de vista do trabalho humano, quando é negado ao trabalhador um conjunto mínimo de direitos que a Organização Internacional do Trabalho convencionou denominar *trabalho decente*, e que são os Direitos Humanos específicos dos trabalhadores". (BRITO FILHO, 2006).

trabalhador a negação de sua dignidade enquanto pessoa<sup>52</sup>. Quando não há o respeito à dignidade no exercício laboral, para o trabalhador, executar essa tarefa passa a ser um peso insuportável, não há o seu aperfeiçoamento humano, como assinala Coutinho (2004. p. 19). Nesse sentido, Coutinho (2004, p.19-20) cita Marx levantando que se promove a desumanização do trabalhador quando está inserido em um trabalho alienante que não lhe reconhece a dignidade ou promove o seu aperfeiçoamento<sup>53</sup>.

Assim a dignidade humana defendida na Constituição, enquanto um direito humano, não se trata de um valor qualquer, mas de um valor inerente e específico. Esse valor (dentro de um sentido jurídico) significa que o cidadão deve viver responsabilmente e ter seus direitos respeitados, devidamente assegurados pelo ordenamento jurídico vigente, estando o direito à vida como o mais fundamental de todos (MELO, 2005 p.207). Trata-se de uma preocupação muito atual em razão de todo o avanço econômico, tecnológico e científico, que deve priorizar soluções para as questões sociais que a despeito de todo o desenvolvimento ainda continuam sem resposta (MELO, 2005, p. 208).

Mais do que um discurso de ordem jurídica, temos que o princípio da dignidade humana é um princípio de ordem social, política, cultural e econômica. E no que aponta Nobre Júnior (2000, p.240), citando Joaquim Arce y Flórez – Valdez, temos que o respeito à dignidade humana compreende: a) igualdade de direito entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma impedir qualquer

<sup>52</sup> Nesse sentido "Essa situação degradante de trabalho é modernamente concebida como 'trabalho em condições análogas à de escravo', em violação à organização do trabalho, e configura-se infração penal descrita nos tipos legais dos arts. 149, 131, parágrafo único, 203 e 207 do Código Penal. Para a sua caracterização não é necessário o cerceio da liberdade de locomoção do trabalhador, mediante o aprisionamento deste no local de trabalho. Basta a configuração da falta de condução, da dependência econômica, da carência de alimentação e de instalações hidro-sanitárias adequadas, do aliciamento de mão-de-obra, dentre outros". (Processo n. 00245-2004-811-10-00-3 RO. Juíza Relator HELOISA PINTO MARQUES. TRT 10ª Região. Acórdão da 2ª Turma. Publicado em: 18/03/2005). Grifos nossos.

<sup>53</sup> Nesse trecho o autor destaca que até Marx reconhece que em situações de trabalho alienante o trabalhador "não se afirma no trabalho, mas nega-se a si mesmo". Sugerimos, para aprofundamento, a leitura da obra de Ledur (1998, p.95-104) traça uma interessante correlação do direito ao trabalho e a dignidade da pessoa humana.

coração externa ao desenvolvimento de sua personalidade, ou qualquer ato que resulte na sua degradação; c) observância e proteção de seus direitos inalienáveis; d) inadmissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou a imposição de condições subumanas de vida.

Há o atendimento desse princípio quando são obedecidos os ditames da CLT e da CRFB/88 no que concerne aos direitos trabalhista, em suma, quando ocorre o reconhecimento do trabalhador como sujeito-fim e não objeto-meio do desenvolvimento (FRANCO FILHO, 2000, p.42)<sup>54</sup>. Seja como valor ou princípio é preciso que a dignidade da pessoa humana não pode ser relegada à meras cláusulas “retóricas” ou um texto cheio de boas intenções, devendo o Estado lhe conferir força e normatividade. Tal postura se espera no tratamento adequado dos instrumentos de efetivação desses direitos que são as políticas públicas e as normas de cunho humanitário e social (MELO, 2005, p.208). Essa resposta precisa ser pensada em escala global (ainda que se faça mister uma atuação local, inicialmente) visto que a globalização trouxe problemas graves, e a maior parte ligada ao mundo do trabalho de forma direta ou indireta<sup>55</sup>.

Temos que a dignidade da pessoa humana se alcança quando essa se encontra na possibilidade de viver com dignidade<sup>56</sup>. Ora, viver com dignidade não significa apenas viver “organicamente” ou “biologicamente”, mas viver com satisfação de suas necessidades (muito além das meramente fisiológicas), onde se garanta o exercício de sua existência, sua individualidade, sociabilidade, busca do bem comum e da

---

<sup>54</sup> O autor acrescenta que “não devemos pensar em criar mais direitos, mas sim a dar garantia para a eficácia dos que já existem.”.

<sup>55</sup> Quem aponta esses problemas (dos quais apontaremos três de quatro) é Franco Filho (2000, p.35), onde afirma que “Primeiro: a afirmação dos direitos de cidadania, concentrada nos movimentos migratórios e nas dificuldades de inserção do migrante na sociedade receptora, decorrência da xenofobia, ressaltando, no particular, a importância da Convenção internacional sobre a proteção do trabalhador migrante e seus familiares, adotada no âmbito das Nações Unidas, em 1990. Segundo: a multiplicação dos focos de conflitos, que se acentuam com o crescimento da economia informal, o aumento do número de jovens desempregados e as dificuldades de afirmação das minorias sociais e raciais. Terceiro: a falta de determinação política para encontrar meios efetivos de superação dessas dificuldades.” (grifos nossos).

<sup>56</sup> Quem muito bem trabalha esse aspecto é Merino (2006, p.28).

felicidade. Como ensina Cambi (2006, p. 662-683), claro está que o Brasil vive, em escala teórica, um neoconstitucionalismo, que se caracteriza pelo reconhecimento da força normativa da constituição, pela expansão da jurisdição constitucional e pelo desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Essa força normativa da Constituição, sua positividade-constitucional significa reconhecer que não é apenas uma carta de intenções, mas sim de caráter jurídico imperativo com normas constitucionais programáticas. Ora, isso vincula o legislador de forma permanente à realização dessas normas (imposição constitucional); vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores (os Três Poderes) que devem tomá-las como normas diretivas materiais permanentes; e servem de limites materiais negativos dos poderes públicos, sendo inconstitucionais qualquer ato em contrário (CANOTILHO, 1995, p.184). A análise sobre as políticas públicas de combate à escravidão rural deve ter sempre tal ensinamento como lastro. A dignidade da pessoa humana é de tal forma intrínseca ao cidadão que atrai para si a reivindicação de todas as dimensões de direitos fundamentais, se há subtração dessa dignidade ocorre a “coisificação” do indivíduo e sua bestificação<sup>57</sup>.

## 6 QUESTÕES AINDA PENDENTES DE MAIOR ANÁLISE

Os desdobramentos referentes à essa análise da redução a condição análoga a de escravo são diversas e, suscitados pela presente análise, precisam ser entendidos e explanados em estudos posteriores. Entre várias possibilidades mencionamos alguns principais.

Um dos pontos que precisam de uma análise mais aprofundada é a pensar como sujeito passivo do crime de redução à condição análoga a de escravo como sendo também toda a coletividade<sup>58</sup>. Visto que se trata de um

<sup>57</sup> “[P]ara os homens é ‘exigência legítima o serem considerados e tratados, não como objetos mas como sujeitos na vida social, especialmente no Estado e na economia nacional’” (PIO XII, apud LAZZARINI, 2001, p.105).

<sup>58</sup> Conforme defendido por Francisco Milton Araújo Júnior (2006), dando ênfase ao dano moral, “o dano moral pode afetar o indivíduo e, concomitantemente, a coletividade, haja vista que os valores éticos do indivíduo podem ser amplificados para a órbita coletiva. Xisto Tiago de Medeiros Neto comenta que ‘não apenas o indivíduo, isoladamente, é dotado de determinado padrão ético, mas também o são os grupos sociais, ou seja, as coletividades, titulares de direitos transindividuais. (...)’. Nessa perspectiva, verifica-se

crime que agride o âmbito coletivo e individual. Claro que não se objetiva o fato de que esse crime atinge cada pessoa reduzida à condição análoga à de escravo de modo particular e único, mas visto o fator constitucional presente, a dignidade da pessoa humana que é ofendida – um verdadeiro dogma constitucional – não há como não pensar que toda a sociedade se torna vítima dessa agressão. Por certo que uma visão tão expansionista ou extensiva do conceito de sujeito passivo não encontra guarida na doutrina, mas é o caso de se pensar: não chegou a hora de alargarmos essa compreensão para “acordar” a sociedade.

Punição dos proprietários das fazendas que fogem da responsabilidade por não empregarem diretamente os trabalhadores (os gatos fazem isso), configurando a responsabilidade por culpa no sentido de prática do crime por omissão. Observa-se que muitos fogem dessa responsabilidade, mas a culpa por omissão (*culpa in eligendo* e *culpa in vigilando*) poderia ser adotada pelo Legislador punindo os proprietários da fazenda.

Outro ponto a se verificar são as outras pessoas envolvidas no crime e que não se enquadram diretamente na tipificação legal, visto que nem todos os envolvidos se amoldam ao núcleo do tipo. Um acréscimo ao artigo, ou um dispositivo que enquadrasse nas mesmas penas aqueles que oferecem hospedagem e/ou transporte para fins de tráfico de escravos/pessoas/trabalhadores, ou que de alguma forma participam da rede criminosa ligada ao trabalho escravo rural contemporâneo.

Um estudo complementar ao presente e que terá grande relevância a estuda (até usando essa análise como base) considerando questões especiais como os casos de majoração da pena a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

---

*que o trabalho em condições análogas à de escravo afeta individualmente os valores do obreiro e propicia negativas repercussões psicológicas em cada uma das vítimas, como também, concomitantemente, afeta valores difusos, a teor do art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei 8.078/90, haja vista que o trabalho em condição análoga à de escravo atinge objeto indivisível e sujeitos indeterminados, na medida em que viola os preceitos constitucionais, como os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV), de modo que não se pode declinar ou quantificar o número de pessoas que sentirá o abalo psicológico, a sensação de angústia, desprezo, infelicidade ou impotência em razão da violação das garantias constitucionais causada pela barbárie do trabalho escravo”.*

## CONCLUSÃO

Diante do exposto, se infere aspectos relevantes quanto ao fenômeno da perpetuação do trabalho escravo contemporâneo observando que é um assunto complexo e muito mais amplo do que meramente uma prática criminosa. Expomos a necessidade de se apreciar a questão sob vários aspectos se alimentando de diversas fontes (a análise em questão é um problema que envolve ofensa aos direitos humanos, questões da esfera trabalhista, criminal, previdenciário, civil, constitucional) percebendo que há reflexos negativos em várias escalas. No presente trabalho o destaque foi a compreensão do fenômeno por uma ótica mais penalista buscando, contudo, transcender a tipificação simplista.

Muitos são os impactos negativos da prática criminosa de redução à condição análoga a de escravo. Diante deste quadro, apesar da existência previsão normativa a respeito da atividade criminosa, entendemos que o legislador necessita reestruturar o artigo (ou criar um novo dispositivo) que abarque todos os envolvidos na rede criminosa para alcance da efetiva tutela da Dignidade. Como se trata de uma situação de violência e de preservação de valores sociais é necessário a intervenção penal, ampliando-a.

Já se verificam melhorias nesse sentido, como se prova pela reestruturação do Art. 149 do Código Penal, que longe de ser ideal constituiu um avanço. É preciso contudo, repensar os limites impostos e sugerir novos dispositivos, medidas eficazes de aplicação ou nova compreensão dos termos, como abordado no estudo. Assim conclui-se que o Código Penal não tratou da questão em sua completude, pela sua relevância, não somente econômica, mas principalmente para a tutela da dignidade humana, dignidade do trabalho e, em última instância, o desenvolvimento do país. O problema do Trabalho Escravo Rural Contemporâneo deve ser objeto de maior atenção por parte do Direito Penal que precisa dialogar com o Direito Agrário (e outros, como os Direitos Humanos e Direito Trabalhista) objetivando sua compreensão e combate eficaz. Não só por sua relevância econômica ou política, mas, especialmente, por se referir a valores sociais e humanos. Espera-se que a sociedade, a comunidade acadêmica e a ciência jurídica, se beneficiem de alguma forma com essa pesquisa para que contemos cada vez mais com uma força de combate ao trabalho escravo contemporâneo.



## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Renato Cardoso de Almeida. A banalização da violência e o espetáculo do crime. 2008. Disponível em <http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/243016/?noticia=a+banalizacao+da+violencia+e+o+espetaculo+do+crimeartigos>. Acesso em 15 de jul.2015.

ARAÚJO JÚNIOR, Francisco Milton. Dano moral decorrente do trabalho em condição análoga à de escravo: âmbito individual e coletivo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região**, Belém, v.39, n. 77, p. 97-113, jul./dez. 2006.

BATISTA, Nilo. **INTRODUÇÃO crítica ao direito penal brasileiro**, Rio de Janeiro, Revan, 1990, p. 67-77

BREMER, Felipe Fiedler. **Análise didática do trabalho escravo no Brasil. Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2166, 6 jun. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12944>. Acesso em: 22 jan. 2011.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho com redução a condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana**. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. São Paulo: LTr, 2006

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. In: Fux, Luiz; Nery Jr. Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim. (org.). **Processo e Constituição**. 1 ed. São paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 662-683

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 1. vol. São Paulo: Saraiva, 2000.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **Considerações sobre a interpretação jurídico-penal em matéria de escravidão**. *Estud. av.* vol.14 no.38 São Paulo Jan./Apr. 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142000000100004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000100004). Acesso em 22 jan. 2011.



COUTINHO, Sérgio. As contínuas transformações do Direito do Trabalho. **Revista do Direito Trabalhista**. Ano 10. Nº 10 – 31 de outubro de 2004.

FERNANDES, Cleider Rodrigues. **Art. 149 do CP – Redução a Condição Análoga à de Escravo**. Clubjus, Brasília – DF: 05 jul. 2008. Disponível em: < <http://www.clubjus.com.br/?artigos&ver=1139.19557>>. Acesso em: 22 jan. 2011.

FLOREZ-VALDEZ, Joaquim Arce y. In **Los Principios Generales del Derecho y su Formulación Constitucional**, Madrid: Civitas, 1990.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. As mudanças no mundo: a globalização, os princípios do direito do trabalho e o futuro do trabalho, **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, v. 66, nº 3 jul/set 2000

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Responsabilidade pressuposta**. São Paulo: USP, ano de obtenção 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, v.6, 3ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1955.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

LAZZARINI, Alvaro. Cidadania e Direitos Humanos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. n.223, jan/mar.2001.

LEDUR, José Felipe. A realização do direito ao trabalho. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1998, p. 21.

LOTTO, Luciana Aparecida. **Ação Civil Pública trabalhista contra o trabalho escravo no Brasil**. São Paulo: LTr, 2008.

MELO, Raimundo Simão de. Dignidade da pessoa humana e meio ambiente do trabalho. **Revista Direito do Trabalho**. v.31, nº 117, jan/mar. 2005.

MERINO, Lucyla Tellez. **Direito Humanos e Direito do Trabalho: Enfoques Humanistas na Proteção dos Direitos Sociais**. Dissertação de Mestrado, FD/USP. 2006.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 219: jan/mar. 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 6 ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PALO NETO, Vito. **Conceito Jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2008.

PINTO COELHO, Saulo de Oliveira; MELLO, Rodrigo Antonio Calixto de Pina. Dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao desenvolvimento sócio-ambientalmente sustentável: a (re)significação do desenvolvimento sustentável e seu (re)conhecimento na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo. In: XX Congresso Nacional do CONPEDI/FUMEC, 2011, Belo Horizonte - MG. **Anais do 56a Encontro Nacional do CONPEDI XX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2011. p. 7707-7732.

PRADO, L. R. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral: arts. 1º a 120. v. 1. 3. ed. rev. atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 145.

SILVA, Jônathas. O Direito Agrário, um enfoque interdisciplinar. **Revista da OAB Goiás** Ano XI, nº 31. Jun-set de 1997. Disponível no <http://www.oabgo.org.br/Revistas/31/materia-2.htm>, acessado em 10 de janeiro de 2010.

SILVA, Jose Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia” In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212 (abril/junho, 1998), p.90 . \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ed. Malheiros, São Paulo, 15ª ed. 1998)

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Considerações sobre a disciplina do crime de redução a condição análoga à de escravo no Código Penal brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1308, 30 jan. 2007. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/9443>. Acesso em: 20 jan. 2011.

STEIN, E. e DE BONI L. A. (Orgs.). **Dialética e liberdade**. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1993, p. 232



# O DEBATE PÚBLICO SOBRE A DECRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS NO BRASIL: ESFERA PÚBLICA EM JOGO, DEMOCRACIA EM DISPUTA E A ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA<sup>1</sup>.

## *THE PUBLIC DEBATE ON THE DECRIMINALISATION OF DRUGS IN BRAZIL: PUBLIC SPHERE AT STAKE, DEMOCRACY ON THE SPOT AND THE FUNCTIONING OF THE JUSTICE SYSTEM.*

Marta Rodriguez de Assis Machado\*

Felipe Figueiredo Gonçalves da Silva\*\*

Lorena Otero\*\*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 O que não pode ser debatido em uma democracia? A repressão à *Marcha da Maconha* no Brasil. 1.1 Repressão que toma forma jurídica. 1.2 Sobre maconha não se pode falar?. 1.3 Das ruas ao Supremo Tribunal Federal. 2. Drogas, Direitos Fundamentais e Restrições ao Poder Punitivo: o Recurso Extraordinário 635.659/SP. 2.1 O caso - três gramas de canábis para consumo próprio: risco à saúde pública ou direito fundamental à intimidade? 2.2 As decisões. 2.3 Jurisdição Constitucional: a subida ao STF. 2.4 Esperando a decisão: o que está em jogo? 3. As duas dimensões da disputa: pela política de drogas brasileira, mas também pelos limites da Democracia. Referências.

**RESUMO:** As diretrizes gerais da política de drogas brasileira são traçadas pela Lei nº 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad). A estrutura do modelo de controle brasileiro conta com a criminalização do consumo, da produção e da comercialização de drogas. Muito embora a lei preveja um tratamento penal ao usuário mais brando, sem previsão de pena de prisão, ele persiste sob a jurisdição penal do Estado. De outro lado, as condutas relacionadas à produção, distribuição e comercialização de drogas são puníveis com penas que variam entre cinco a quinze anos de prisão. Recentemente as discussões sobre a reformulação da política de drogas brasileira foram marcadas por episódios de censura. Fez-se necessária a intervenção do Judiciário para garantir a liberdade de expressão e o debate público sobre a questão. Além disso, o Judiciário também foi chamado a decidir sobre a constitucionalidade de um dos pilares essenciais

<sup>1</sup> Agradecemos a Debora Alves Maciel pelos comentários à versão preliminar deste texto e por seu sempre contagiante e inspirador otimismo com o Direito.

\* Graduada, mestra e doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora na Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Pesquisadora permanente do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento e Coordenadora do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena Direito GV. 1

\*\* Graduado em Direito pela Fundação Getúlio Vargas.

\*\*\* Graduada em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes. Especialista em Processo penal pelo Instituto de Direito penal Econômico e Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Consultora jurídica no Growroom Brasil.

**Como citar:** MACHADO, Marta Rodriguez de Assim; SILVA, Felipe Figueiredo Gonçalves da; OTERO, Lorena. O debate público sobre descriminalização do uso de drogas no Brasil: esfera pública em jogo, democracia em disputa e a atuação do sistema de justiça. 429 **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 19, n.30, p.1-30, ago-dez, 2015. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

do modelo, a criminalização do consumo de drogas. O STF ainda está por analisar essa questão, que pode mudar substancialmente a política brasileira de drogas. Este artigo levanta algumas questões sobre a consolidação da democracia brasileira e o papel do Judiciário, a partir das discussões sobre a reforma da política de drogas.

**Palavras-chave:** Política de drogas. Descriminalização. Democracia. Debate público. Liberdade de expressão.

**ABSTRACT:** *The general structure of the Brazilian drug policy is determined by Law n° 11.343/2006 that creates the National System of Drug Policies. Brazilian model includes the criminalization of the consumption, production and sale of illegal drugs. Even though the law stipulates a softer criminal treatment for the drug user, he/she is still subject to the criminal justice system. On the other hand, conducts related to the production, distribution and sale of drugs are punishable with five to fifteen years of imprisonment. Recently, discussions on the reformulation of the Brazilian drug policy were doomed by episodes of censorship. The Judiciary was called to intervene in order to assure the freedom of speech and to guarantee the public debate on the drug policy. Also, the Judiciary was called to decide on the constitutionality of the criminalization of the consumption of illegal drugs. This decision is still to take place, but can represent an important shift in the national drug -policy. This paper discusses some essential issues on the consolidation of the Brazilian democracy and the role of the Judiciary throughout the matters of drug policy reform.*

**Keywords:** *Drug policy. Decriminalisation. Democracy. Public debate. Freedom of speech.*

“Legalize a liberdade”  
(Frase pichada em um muro da Av. Paulista)

## INTRODUÇÃO

No Brasil, os crimes ligados ao uso e ao mercado de entorpecentes estão descritos na Lei n° 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad). Dentre as instituições criadas pela Lei de Drogas certamente o que há de mais polêmico é a criminalização do consumo pessoal de drogas ilícitas, estabelecida no tipo penal do art. 28 da lei<sup>2</sup>. A lei prevê ao usuário penas como a advertência, a prestação

---

<sup>2</sup> “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se

de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso. Muito embora, de forma inovadora, o dispositivo não preveja a possibilidade de aplicação de pena de prisão ao usuário de drogas, sua conduta continua sob a jurisdição penal do Estado, com todas as implicações disto decorrentes (submissão à força policial, ao processo penal e suas restrições, condenação penal, antecedentes criminais, além dos efeitos sociais e morais daí decorrentes).

De outro lado, as diversas condutas ligadas à produção, distribuição, transporte e comercialização são criminalizadas como tráfico de entorpecentes, sujeitas a penas de cinco a quinze anos de prisão, que podem ser cumuladas, se for o caso, com o delito de associação para o crime (de três a dez anos). Esse arcabouço normativo se alinha à política estabelecida internacionalmente no âmbito da ONU desde 1961, com a Convenção de Viena, que obriga os Estados signatários tipificar penalmente o consumo, o tráfico e o plantio de drogas (BOITEUX, 2009: 18-34; SABADELL; ELIAS, 2008: 217-233).

De acordo com as informações sobre o sistema penitenciário nacional divulgadas pelo InfoPen<sup>3</sup>, em 2012 eram 131.368 indivíduos

---

desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

<sup>3</sup> O InfoPen é um registro de indicadores gerais e preliminares sobre a população penitenciária do país, produzido no âmbito do Ministério da Justiça com dados

presos por tráfico de drogas no país, o que representa aproximadamente 24% da população carcerária total no período, que era de 548.003 presos. Diversas críticas são direcionadas a essa lei, sobretudo por seu impacto no fenômeno do encarceramento em massa<sup>4</sup>. No que diz respeito ao usuário, é possível dizer que atualmente ele se vê atingido não apenas pelo artigo 28, que o criminaliza sem lhe prever pena de prisão, mas também por um efeito perverso da inovação da Lei de Drogas. Como a distinção entre tráfico e uso não é rígida se tem notícia de que muitas situações de consumo de drogas passaram a ser interpretadas como tráfico pelos juízes, resultando no encarceramento de usuários<sup>5</sup>. TRECHO DEPOIS DAQUI

---

catalogados de todas as penitenciárias nacionais. Escolhemos utilizar as informações divulgadas no relatório oficial produzido pelo Infopen em dezembro de 2012 porque a metodologia de coleta e produção de informações foi alterada entre 2013 e 2014. Em junho de 2014 foi divulgado o último relatório do Infopen, que foi complementado pelo Depen em junho de 2015 (cf. <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2015/11/080f04f01d5b0efebfbcf06d050dca34.pdf> – Acesso: 22/08/2016). No relatório há a indicação de que a interrupção na publicação dos relatórios em 2013 e 2014 se deveu a uma decisão de promover algumas alterações na metodologia de coleta das informações. O relatório de 2012 está disponível no link: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BrowserType=IE&LangID=pt-br&params=itemID%3D%7BC37B2AE9%2D4C68%2D4006%2D8B16%2D24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>. Acesso: 22/07/2016.

<sup>4</sup> Sobre o fenômeno do encarceramento em massa que sucede a crise do welfare state, ver: WACQUANT, 2011: 387-402; WESTERN; WILDEMAN, 2009: 221-242; WESTERN; MULLER, 2013: 166-189.

<sup>5</sup> Os presos no sistema carcerário são enquadrados em um ou mais dentre 42 tipos penais, sendo que apenas um deles (2,38%) - o tráfico de drogas - é responsável por aproximadamente 25% do encarceramento total do país. A evolução do encarceramento por tráfico desde a promulgação da Lei de Drogas também chama atenção: em dezembro de 2006 eram 45.133 presos por tráfico de drogas, ao passo que em dezembro de 2012 o número de presos subiu para 131.368. Entre dezembro de 2006 e dezembro de 2012, portanto, aumentou em 191% o número de presos pelo crime de tráfico de drogas, ao passo que, no mesmo período (2006-2012), a população carcerária total brasileira evoluiu de 380.634 presos para 548.003, representando um crescimento de 43,97% (cf. Infopen, 2012, disponível no link na nota 4, supra). Concomitantemente, porém, as taxas gerais de consumo de drogas no país e no mundo, segundo o UNODC, não sofreram reduções significativas.



É sob esse horizonte normativo que se discute hoje a descriminalização e regulamentação do uso de substâncias entorpecentes na esfera pública brasileira. Esse debate ganhou força recentemente pela intensificação da mobilização social - o surgimento de organizações e coletivos sobre o tema e a visibilidade das *Marchas da Maconha* anuais<sup>6</sup>; e pelo incremento da produção literária e cultural<sup>7</sup>. A dinamização da esfera pública nacional é também embalada pelo movimento internacional de rediscussão da política proibicionista. Além dos exemplos mais recentes de mudança na legislação - o de Portugal em 2001, que descriminalizou o porte de todo tipo de droga para uso próprio, e o do Uruguai, que em dezembro de 2013 aprovou lei que regulamenta a produção e comercialização da maconha - a Organização dos Estados Americanos

---

<sup>6</sup> SILVESTRIM (2011: 8-12) e VIDAL (2008) relatam o surgimento do movimento antiproibicionista no país em torno da questão da descriminalização da maconha, em meados de 2000, sob a égide da Constituição Federal de 1988. A garantia de liberdade de reunião e de expressão de ideias inspirou a realização das primeiras edições da Marcha da Maconha e, com a expansão maciça da utilização da internet, os coletivos e movimentos passaram a se formar. Em 2002 foi criado o Growroom, que é basicamente um fórum online brasileiro destinado ao compartilhamento de informações e experiências sobre o cultivo de maconha. Desde a criação do fórum seus organizadores passaram a se engajar na militância antiproibicionista e o Growroom tornou-se uma espécie de lócus virtual de mobilização. A partir de 2002 as experiências dos coletivos passaram a se espalhar pelo Brasil e, desde então, fundou-se o ANANDA (Salvador/BA), Coletivo Desentorpecendo a Razão – DAR (São Paulo/SP), C6 (“cmeia”) (Curitiba/PR), Psicotropicus (Rio de Janeiro/RJ), Princípio Ativo (Porto Alegre/RS), INCA (Florianópolis/SC), entre outros.

<sup>7</sup> Sem pretender fazer qualquer tipo de balanço: em 1993 surge no Rio de Janeiro a banda Planet Hemp, que se manifesta publicamente a favor da legalização da maconha. Em 1995 lançam o disco Usuário que tem a faixa Legalize já. O grupo foi preso após um show em Brasília por apologia ao crime. Marcelo D2, integrante do grupo e rapper com carreira independente, também se pronunciou publicamente pela causa diversas vezes. Em 2011 foi lançado o livro *O Fim Da Guerra: a Maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas*, do jornalista Denis Russo Burgierman (BURGIERMAN, 2011). No mesmo ano, foi lançado o documentário *Quebrando o Tabu*, de Fernando Grostein Andrade, com entrevistas e manifestações favoráveis à descriminalização de Fernando Henrique Cardo, Bill Clinton, Jimmy Carter, Dráuzio Varella e Paulo Coelho.

(OEA) emitiu recentemente um relatório em que defende a flexibilização das ações de repressão contra a droga no continente<sup>8</sup>.

O avanço da discussão provocou também a visibilização de resistências ideológicas e morais<sup>9</sup>; e o embate alcançou as instituições formais do Estado. Como veremos, em um primeiro momento, diante das forças de repressão ao movimento, sustentada por parcela do Judiciário, do Ministério Público e das polícias, a judicialização da questão se deu em torno da garantia da liberdade de manifestação. Foi apenas após a intervenção do STF que, após quase uma década de repressão, garantiu-se o direito de discussão pública sobre o crime de uso de entorpecentes no Brasil.

Em um segundo momento, as discussões da esfera pública alcançam as instituições formais, sob a forma de propostas de reformulação da política nacional de drogas. O debate foi formalizado por duas vias: de um lado, disputas jurídicas em torno da legitimidade do crime; de outro, disputa parlamentar pela alteração da lei.

A questão chega ao judiciário pelo argumento da inconstitucionalidade do crime de porte de entorpecente, pelo Recurso Extraordinário 635.659/SP interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, e que se encontra pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

No legislativo, a descriminalização do porte de entorpecente para uso próprio integrou a proposta de reforma do Código Penal, que atualmente

---

<sup>8</sup> OEA, 2012, disponível em: [http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe\\_de\\_Escenarios.pdf](http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe_de_Escenarios.pdf).

<sup>9</sup> Talvez o maior foco de resistência à Marcha advenha das entidades religiosas, sobretudo ligadas ao cristianismo. O Pastor Evangélico Silas Malafaia tem constantemente criticado a Marcha da Maconha e os defensores da descriminalização das drogas, ao argumento de que a maconha é adversária dos valores da família (cf. [https://www.youtube.com/watch?v=WS5MFJ\\_\\_em4](https://www.youtube.com/watch?v=WS5MFJ__em4)). O tema enfrenta também resistências importantes no Congresso (por exemplo, o deputado estadual paulista Zé Teixeira (DEM), os senadores Magno Malta (PR/ES) e Sérgio Souza (PMDB/PR), e os deputados federais Marco Feliciano (PSC/SP), Delegado Waldir (PSDB/GO) e Ratinho Júnior (PSC/SC)). Parte significativa da grande mídia vem se manifestando contrariamente à Marcha e à descriminalização da maconha. O apresentador Datena, da Rede Bandeirantes de Televisão, discursou em seu programa sobre as impropriedades da Marcha, defendendo sua proibição no país (cf. <https://www.youtube.com/watch?v=Lq1aUx-x60Q>).

tramita no Senado<sup>10</sup>. Chegou a ser aprovada pela Comissão de Juristas e teve apoio da população em consulta pública realizada pelo Senado<sup>11</sup>. No mesmo sentido, o deputado Jean Wyllys propôs recentemente projeto de lei que trata do assunto de forma mais abrangente. O PL nº 7.270/2014, além de descriminalizar o porte para consumo pessoal e autocultivo de qualquer tipo de droga, regula a produção e comercialização da maconha e seus derivados, dispõe sobre políticas de redução de danos para usuários de todo tipo de droga, além de alterar também as normas sobre o tráfico ilícito.

Outras duas iniciativas de reforma da política de drogas para adotar a descriminalização do consumo como pilar estrutural do modelo foram apresentadas em 2014, uma no Senado Federal e outra na Câmara dos Deputados. No Senado a proposta foi apresentada através do “Portal e-cidadania” do Senado Federal<sup>12</sup>. No dia 21/01/2014 André de Oliveira Kiepper apresentou a Sugestão nº 8 de 2014 para que a maconha seja regulamentada nos mesmos moldes em que se dá a regulamentação da produção/venda de álcool e tabaco<sup>13</sup>. A proposta conseguiu contar com

---

<sup>10</sup> O Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012 foi apresentado pelo Senador José Sarney para discutir a reforma estrutural do Código Penal Brasileiro. O projeto ainda tramita pelas comissões internas do Senado Federal e, desde sua apresentação, foi modificado diversas vezes. A versão mais recente da proposta legislativa, aprovada em 2013 pela Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal do Senado Federal, bem como o Parecer da Comissão sobre a matéria encontram-se disponíveis em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>.

<sup>11</sup> O Senado realizou consulta pública online entre 16 e 31 de agosto de 2012, que foi respondida por 370 mil internautas. De acordo com a pesquisa, 84,92% dos votos foram favoráveis à descriminalização e 15,08% contrários à proposta de legalização. Para mais informações, ver: <http://www12.senado.gov.br/jornal/edicoes/2012/09/04/consulta-revela-apoio-popular-a-descriminalizacao-de-drogas>. Acesso: 15/07/2014.

<sup>12</sup> O portal e-cidadania foi criado pelo Ato da Mesa Diretora do Senado nº 3 de 2011 e visa estimular a participação popular no sistema político. O portal oferece três grandes blocos de serviços: e-representação, e-legislação e e-fiscalização. Através do sistema e-legislação é possível que qualquer cidadão submeta uma proposição legislativa. Caso a proposição atinja mais de 20.000 assinaturas de apoio, torna-se uma proposta de lei do Senado, de origem externa, sujeita à tramitação ordinária. Para mais informações, cf. <http://www12.senado.gov.br/ecidadania/elegislacao>.

<sup>13</sup> A sugestão nº 8 e as assinaturas de apoio podem ser encontradas no link: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=145345&tp=1>.

o apoio de mais de 20.000 pessoas, razão pela qual, em 11/02/2014, a Sugestão nº 8 foi incorporada no processo legislativo do Senado e remetida à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. O Senador Cristovam Buarque (PDT/DF) foi designado relator da matéria na Comissão<sup>14</sup> e determinou em abril de 2014 a realização de uma audiência pública sobre a questão<sup>15</sup>.

Em fevereiro o deputado Eurico Júnior (PV/RJ) apresentou o PL 7.187/2014, que objetiva regulamentar “o controle, a plantação, o cultivo, a colheita, a produção, a aquisição, o armazenamento, a comercialização e a distribuição de maconha (*cannabis sativa*) e seus derivados, ou cânhamo, quando for o caso”<sup>16</sup>. A proposta inclui a descriminalização do consumo de canábis e cria condições para legalização da comercialização e produção da planta.

Todos estes projetos de alteração legislativa encontram resistências significativas no parlamento. Na discussão sobre a reforma do código penal, o projeto substitutivo apresentado pelo senador Pedro Taques (PDT) exclui a proposta de descriminalização do uso<sup>17</sup>. De outro lado, o deputado Osmar Terra (PMDB) apresentou o PL nº 37 de 2013, projeto que, na contramão das propostas de Jean Wyllys e Eurico Júnior, endurece o tratamento penal ao uso e tráfico de entorpecentes<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Cf. [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=116101](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116101).

<sup>15</sup> Quando da elaboração deste artigo a audiência pública ainda não havia sido realizada.

<sup>16</sup> Cf. íntegra do projeto disponível em:

[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1231177&filename=PL+7187/2014](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1231177&filename=PL+7187/2014).

<sup>17</sup> A íntegra do projeto substitutivo de reforma do código penal está disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>.

<sup>18</sup> O projeto de lei de autoria do Deputado Osmar Terra tramita hoje na Comissão de Educação, Cultura e Esporte (Secretaria de Apoio à Comissão de Educação, Cultura e Esporte) do Senado Federal, aguardando relatório. A alteração mais significativa proposta deste PLC diz respeito à possibilidade de internação compulsória de indivíduos que forem diagnosticados como dependentes por médicos integrantes da rede institucional do SISNAD, prevista em seu art. 34-A, §3º, II. O PLC 37/2013 não altera o §2º do art. 28 da Lei de Drogas, mantendo as mesmas balizas para diferenciação das condutas, delegada ao magistrado. É possível consultar o andamento do Projeto de Lei através do link: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113035>. Acesso: 05/09/2016.

No momento, são essas as vias institucionais que estão em aberto e têm o potencial - cada uma a sua maneira e com alcances distintos - de redefinir a política pública brasileira sobre drogas.

O foco deste texto é a atuação do *sistema de justiça* no processo de rediscussão da política de drogas. Retrataremos sua atuação no primeiro momento do debate, em que os órgãos do sistema de justiça tiveram papéis distintos e contrapostos, alguns atuando na colaboração à repressão, outros na garantia da liberdade de expressão e manifestação. As disputas jurídicas que se manifestaram nesse momento levantam questões importantes sobre as restrições à liberdade na esfera pública e suas consequências para a democracia. Em seguida, exporemos o caso que mencionamos acima, que chegou ao STF e que pode mudar os rumos da política nacional de drogas no país. Embora o processo esteja ainda em curso, a história recente da militância pela legalização do uso da maconha já nos dá elementos para refletir sobre algumas questões atuais da relação entre esfera pública.

Veremos aqui como o adensamento das controvérsias públicas, propiciou uma maior interação entre movimento social e instituições, resultando na ocupação de espaços de politização formais. Embora o caso judicial ainda não tenha desfecho, ele pode ser também observado pensando-se na atuação do judiciário em casos de travamento do debate no legislativo, como parece ser o cenário atual diante de temas de repercussão moral como este. Independentemente do resultado do processo, chamamos a atenção para a combinação entre protestos e mobilização jurídica que fez o debate pela descriminalização das drogas avançar e tomar forma institucional nos últimos anos.

## **1 O QUE NÃO PODE SER DEBATIDO EM UMA DEMOCRACIA? A REPRESSÃO À MARCHA DA MACONHA NO BRASIL<sup>19</sup>**

Uma das primeiras manifestações do movimento antiproibicionista no Brasil foi o surgimento da *Marcha da Maconha*. Desdobramento da *Million Marijuana March* dos Estados Unidos, a *Marcha da Maconha*

---

<sup>19</sup> A breve reconstrução do histórico da Marcha da Maconha enquanto movimento social que luta pela descriminalização da maconha foi feita com base em análise documental e com base na pesquisa de iniciação científica de uma das co-autoras (cf. OTERO, 2013), que contou com a realização de entrevistas com os principais articuladores da Marcha. A narrativa é conduzida para fornecer os subsídios empíricos que compõem a reflexão pretendida neste artigo. Todas as referências serão indicadas no caminho percorrido na narrativa.

ocupou as ruas das principais cidades brasileiras a partir do ano de 2007<sup>20</sup>. Sua principal reivindicação é a descriminalização do consumo e do plantio da maconha, reclamando a revisão da atual política de drogas brasileira.

A Marcha da Maconha objetiva “a realização de manifestações pacíficas, performances culturais e atos de livre expressão para informação e discussão de políticas públicas que envolvem a (des)criminalização da *Cannabis*” (CARVALHO, 2013: 393-394). A principal atividade promovida pela Marcha é a realização de *passatas* que, em regra, no primeiro sábado do mês de maio, em que se comemora o Dia Mundial da Legalização da *Cannabis*. A atuação da Marcha, contudo, nem sempre foi bem recebida pelas instituições do sistema de justiça criminal brasileiro.

Em 2007 foi realizada com sucesso a primeira passeata da Marcha da Maconha, organizada pelos criadores do *Growroom*<sup>21</sup> e ativistas do movimento antiproibicionista que se articulavam através de lideranças da sociedade civil<sup>22</sup>. O evento chamou a atenção das agências de controle,

---

<sup>20</sup> Há relatos de que a primeira iniciativa da Marcha da Maconha no Brasil ocorreu em 2002, estimulada por uma ativista portuguesa que, de passagem no Rio de Janeiro, identificou um ponto na cidade frequentado por usuários de maconha e distribuiu convites para uma passeata pela descriminalização da droga. A passeata se realizou bem timidamente, mas foi o suficiente para semear a pauta antiproibicionista nas terras férteis dos novos movimentos sociais brasileiros. Cf. OTERO, 2013: 26-41.

<sup>21</sup> O *Growroom* é um fórum online brasileiro destinado ao compartilhamento de informações e experiências sobre o consumo e cultivo de maconha. O fórum online foi criado por William Lantelme Filho em 2002 e desde então, reúne cerca de 50.000 pessoas que passaram a se engajar na militância antiproibicionista.

<sup>22</sup> Entre os anos de 2002 e 2007 o movimento antiproibicionista se articulou através de lideranças da sociedade civil organizada: no Rio de Janeiro o Movimento Nacional pela Legalização das Drogas (MNLDD), em Porto Alegre o Princípio Ativo, em Salvador a ANANDA - com apoio de personalidades políticas - como Fernando Gabeira (PT), Carlos Minc (PT), Marcos Rolin (PT) e Renato Cinco (PSOL). Durante este período ativistas do *Growroom* se juntaram às lideranças e desenvolveram algumas estratégias destinadas à promoção do evento, intentando atrair principalmente a juventude para participar. A estratégia contou com a criação de uma identidade visual para o evento (a padronização do nome “Marcha da Maconha” e os elementos gráficos que compõem o slogan do movimento), e de um site para disponibilizar informações, fomentar a discussão, divulgar o evento e até mesmo orientar a realização da passeata em todas as cidades brasileiras, com um manual didático.

sobretudo dos Ministérios Públicos Estaduais e das autoridades policiais, que passaram a questionar a legitimidade do movimento e a legalidade da sua agenda política. A partir daí a história da Marcha da Maconha foi marcada por episódios de repressão que só tiveram fim em 2011, quando o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do movimento e da sua pauta política.

A repressão se deu de diversas maneiras: ações de autoridades policiais e membros do Ministério Público, líderes religiosos<sup>23</sup>, censura de perfis de redes sociais, apreensão de materiais de divulgação, prisões de integrantes do movimento, violência policial, manipulação midiática. A criminalização da Marcha se deu sob a alegação de que suas atividades constituiriam os crimes de *apologia ao crime e incitação ao uso de entorpecentes*.

Sob essa interpretação, parte do sistema de justiça criminal brasileiro intentou silenciar o movimento e coibir a realização das passeatas de maio da Marcha. De outro lado, os participantes do movimento engajaram-se na luta pela possibilidade de questionar o crime e discutir o tema, pondo à prova uma prerrogativa essencial de um Estado Democrático: a liberdade de expressão. Fizeram isso saindo às ruas e enfrentando as forças policiais, mas também por meio de mecanismos de litigância via judiciário.

## 1.1 Repressão que toma forma jurídica

Entre 2008 e 2011 foram ajuizadas, pelos Ministérios Públicos de alguns estados do Brasil, demandas que objetivavam proibição da realização das passeatas de maio da Marcha da Maconha. O argumento lançado pelas Promotorias era o de que os atos públicos promovidos pela Marcha configurariam *apologia ao crime*<sup>24</sup>, tipo penal previsto no art. 287 do Código Penal Brasileiro<sup>25</sup>, ou *incitação ao uso indevido de drogas*, tipo

---

<sup>23</sup> Cf. nota 10, *supra*.

<sup>24</sup> *Apologia ao uso de drogas*, que corresponde ao tipo penal previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

<sup>25</sup> “Art. 287 - Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime: Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.”. BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm).



penal previsto no §2º do art. 33 da Lei nº 11.343/06<sup>26</sup>. Em contrapartida, os organizadores da Marcha sustentaram em sua defesa que os atos públicos do movimento visam tão somente questionar a política criminal de drogas e promover o debate público sobre a questão, o que constitui exercício legítimo da liberdade de reunião e de manifestação do pensamento, corolários da liberdade de expressão, previstas na Constituição Federal em seu art. 5º, incs. IV e XVI<sup>27</sup>.

No geral, três foram as razões centrais alegadas para a incriminação: (i) o sítio eletrônico da Marcha (<http://marchadamaconha.org/>) continha, à época, um vídeo com uma “convocação” geral para participar do evento de maio que, segundo entendimento dos promotores, veiculava imagens apologéticas e fazia expressamente referência ao induzimento do consumo de maconha; (ii) não seria possível indicar um representante que pudesse responder legalmente por quaisquer problemas que pudessem vir a ser causados nos eventos<sup>28</sup>; e (iii) a Marcha não poderia ser vista como um movimento social porque seus organizadores se utilizariam da liberdade de expressão como pretexto para promover a incitação ao uso de drogas, ou,

---

<sup>26</sup> “Art. 33. (...)”

§ 2º - Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.” BRASIL, Lei nº 11.343/06, disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm).

<sup>27</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

<sup>28</sup> Muito embora não se exija a identificação de um representante para realização de manifestações públicas, argumentou-se que a inexistência de uma “liderança” na Marcha era um indício de que não se tratava de um movimento social sério, mas sim de um coletivo apologético que incitaria o consumo de drogas em locais públicos. Para mais informações, ver: MARONNA; ROSSINI, 2010.



ainda, porque as atividades conduzidas pela Marcha acabariam criando um ambiente favorável ao consumo que dificulta o controle pelas autoridades.

As Promotorias de Justiça ao redor do Brasil se utilizaram de uma estratégia processual bastante peculiar: às vésperas das datas marcadas para realização das passeatas de maio da Marcha, ajuizavam *Ações Cautelares inominadas*<sup>29</sup> perante as Varas Criminais locais, aduzindo pedidos de medidas liminares de urgência visando a determinação da suspensão da realização dos eventos. A lógica por trás da estratégia era dificultar a defesa dos manifestantes, que se viam quase sempre surpreendidos por decisões liminares contra as quais não teriam tempo de recorrer antes da data prevista para os eventos. Marchar contrariando uma decisão liminar constituiria um outro crime, o de desobediência<sup>30</sup>, previsto no art. 330 do Código Penal.

Na maior parte dos casos, os juízes de primeira instância deferiram tais pedidos de liminar. Quando as cautelares ajuizadas pelos promotores eram eventualmente indeferidas em primeira instância, recorria-se aos Tribunais de Justiça por meio de Mandados de Segurança<sup>31</sup>. Diante disso, participantes do movimento também passaram a fazer uso de instrumentos jurídicos para garantir o direito de marchar. Em alguns casos, anteciparam-se à repressão e impetraram *habeas corpus* preventivos, ou seja, a medida

---

<sup>29</sup> Muito embora as Ações Cautelares no processo penal brasileiro não possuam previsão expressa na legislação, excepcionalmente admite-se sua utilização com base no poder geral de cautela dos magistrados, entendido como um princípio geral de direito aplicável ao processo penal por força do art. 3º do Decreto-Lei nº 3639/1941 (Código de Processo Penal). São raros os casos em que essa modalidade de ação é utilizada, sobretudo quando não há clareza na identificação e determinação dos indivíduos que serão demandados.

<sup>30</sup> “Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:  
(...)Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.”.

<sup>31</sup> Foi o que aconteceu, por exemplo, nas cidades de São Paulo e Belo Horizonte no ano de 2008, em que a liminar fora indeferida em primeira instância nas ações cautelares ajuizadas pelos Ministérios Públicos, que subiram aos respectivos Tribunais de Justiça através de mandados de segurança para reverter o indeferimento liminar. Neste sentido, ver.: BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Mandado de Segurança nº 12198963/2-00, Relatoria do desembargador Euvaldo Chaib, jul. 19/08/2008; BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Mandado de Segurança nº 4744713-36.2008.8.13.0000, 2ª Câmara Criminal, Relatoria do desembargador Vieira de Brito, julgamento em 07/08/2008.

jurídica que lhes garantiria o direito de ir e vir diante das ameaças de limitação desse direito.

Nos casos em que as ordens de *habeas corpus* eram concedidas, os participantes da Marcha recebiam salvo-conduto<sup>32</sup> judicial que lhes garantiria a possibilidade de marchar sem o risco de serem presos. No entanto, com a mesma agilidade em que *habeas corpus* eram impetrados em primeira instância, Promotores recorriam aos Tribunais de Justiça, por meio de Mandados de Segurança, para reverter as decisões e obter a determinação da suspensão da realização dos eventos.

A primeira decisão favorável que garantiu a realização da Marcha da Maconha foi proferida em 2008 na capital gaúcha. A magistrada, Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, acolheu os argumentos detalhados da defesa a respeito da pretensão do evento e frisou em sua decisão que a Constituição Federal assegura a liberdade de expressão enquanto garantia fundamental do cidadão brasileiro, bem assim que essa manifestação do pensamento se dê de forma pública<sup>33</sup>. Sendo assim, a Marcha da Maconha gaúcha foi às ruas com a celebração de um “enterro” do artigo 5º da Constituição Federal e para Democracia como forma de protesto. Marcharam carregando um caixão com a constituição em seu interior pelo Parque da Redenção em um dia muito frio e chuvoso.

Ainda, no ano de 2009, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, magistrado e professor – com título de doutor em direito com tese sobre liberdade de expressão – proferiu sentença no Rio de Janeiro reconhecendo que não importa o teor do pensamento, o que importa é que se tenha liberdade para dizê-lo, não se pode impedir a manifestação de qualquer pensamento feito com respeito<sup>34</sup>.

Conquanto estas decisões tenham sido minoritárias no período, o fundamento de sua prolação indica que havia ao menos argumentos

---

<sup>32</sup> Cf., neste sentido: BRASIL, Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, Habeas Corpus nº 1080118354-9, Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, julgado em 03/05/08.

<sup>33</sup> BRASIL, Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, Habeas Corpus nº 1080118354-9, Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, julgamento em 03/05/08;.

<sup>34</sup> BRASIL, Poder Judiciário do Rio de Janeiro, IV Juizado Especial Criminal - Leblon, habeas corpus nº 2009.001.0900257-7, Juiz de Direito Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, julgamento em 14/04/2009.

jurídicos razoáveis para a não proibição da Marcha desde sua primeira edição e que o judiciário era uma arena disputável, apesar da desvantagem.<sup>35</sup>

## 1.2 Sobre maconha não se pode falar?

A maior parte das decisões proferidas pelo Judiciário entre 2008 e 2011 reconheceu que os eventos promovidos pela Marcha da Maconha, notadamente as passeatas de maio, configurariam atos de apologia ao crime ou/e de incitação ao consumo de *cannabis*. Argumentou-se que o exercício da liberdade de expressão e de reunião não é legítimo nos casos em que implique, direta ou indiretamente, promoção de práticas criminosas pela via de discursos apologéticos.

Foram poucas cidades que conseguiram marchar. Em São Paulo, por exemplo, nunca foi possível realizar o evento. As decisões que proibiram a Marcha compartilham uma característica: a precariedade de suporte empírico para demonstrar se os atos públicos do movimento efetivamente faziam apologia ao consumo de maconha ou não. Assumem como premissa, por exemplo, que o conteúdo do sítio eletrônico da Marcha “deseja convencer e incrementar a legalidade do uso indevido de droga (induzir e instigar)” o que se evidenciaria com a “escrita em letras maiúsculas FUME MACONHA”<sup>36</sup>.

Por vezes as premissas assumidas pelos magistrados eram ainda mais genéricas e baseadas em conjecturas. Para Euvaldo Chaib, por exemplo, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo que apreciou a discussão sobre a legalidade da Marcha em 2008, conquanto a liberdade de reunião seja legítima, as passeatas promovidas pelo movimento acabariam redundando necessariamente no consumo de drogas:

---

<sup>35</sup> Também neste sentido, ver:

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, habeas corpus nº 70030025068, 5ª Câmara Criminal, Relatoria desembargadora Genacéia da Silva Alberton, julgamento em 03/06/2009;

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, habeas corpus nº 70036328334/2010, Relatoria do desembargador Cláudio Baldino Maciel, 24/06/2010.

<sup>36</sup> BRASIL, Poder Judiciário do Rio de Janeiro, Ação cautelar inominada nº 2008.001.103260-6, 40ª Vara Criminal, Juiz de Direito Roberto Câmara Lace Brandão, julgada em 03/05/2008.

“Embora não se desconheça que, em princípio é livre a manifestação do pensamento, conforme regra inserida na Constituição da República, não há dúvida que não só o tráfico, mas o simples uso de maconha, substância entorpecente, é crime, de sorte que a realização do evento torna-se inviável, porque acabaria redundando na prática de conduta ilícita, de conduta criminosa, nos precisos termos do artigo 287 do Código Penal e do artigo 33, parágrafo 2º, da nova Lei de Combate as Drogas, nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.”<sup>37</sup>

Chegou-se até a afirmar que “este debate deve ser realizado nas dependências das Universidades, nas plenárias e não nas ruas ao sabor de cigarros de maconha na frente das pessoas, de crianças que não têm discernimento”<sup>38</sup>. Ou ainda:

“(…) a plena liberdade de associação só é assegurada para fins lícitos (art. 5º da CF de 1988, inciso XVII). O objetivo primário do evento se reveste a princípio de interesse legítimo, posto que almeje ação de cunho político, pretendendo revisão legislativa. Todavia o efeito secundário é inegável – há nítida apologia do uso de droga ilícita e, por conseguinte, ao tráfico ilícito de entorpecentes. Como muito bem argumenta o parquet.”<sup>39</sup>

Nas cidades em que foi possível a realização da passeata, isto se deu especialmente por duas razões: a intensa atuação de advogados ligados aos movimentos sociais e a existência de membros do Judiciário que reconheceram na agenda política do movimento e em suas atividades o exercício legítimo das liberdades de expressão e de reunião, constitucionalmente garantidas<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Mandado de Segurança nº 12198963/2-00, Rel. Euvaldo Chaib, jul. 19/08/2008.

<sup>38</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Mandado de Segurança (criminal) nº 1.0000.08.474471-3/000, Relatoria do desembargador Vieira de Brito, julg. 07/08/2008.

<sup>39</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Habeas Corpus preventivo nº 3144/2008, Rel. Valmir de Oliveira Silva, jul. 11/06/2008.

<sup>40</sup> A Juíza de Direito Laura de Borba Maciel Fleck, de Porto Alegre, argumentou nos autos do HC nº 1080118354-9: “Nesse sentido, e do material acostado com a impetração, se vislumbra que o movimento que se reunira na denominada “Marcha da Maconha” não visa propalar o uso de substâncias que causem dependência química, mas discutir, inclusive em nível mundial, políticas públicas que incluem a descriminalização do uso

O trabalho dos advogados de defesa foi intenso: dos plantões judiciários, para tentar emplacar um entendimento diferente sobre a Marcha, às passeatas, a fim de garantir o cumprimento das ordens judiciais que autorizavam as passeatas<sup>41</sup>.

Se, de um lado, a atuação dos advogados que defenderam os participantes da Marcha foi essencial para garantia dos seus direitos, igualmente importantes foram os pronunciamentos do Poder Judiciário ao longo destes três anos no sentido de reconhecer a legitimidade da realização da Marcha, sob o argumento de que questionar publicamente a validade de uma lei criminal não é o mesmo que incitar o cometimento de um crime previsto nessa lei. Conquanto estas decisões tenham sido minoritárias no período, foram essenciais para configurar a existência de controvérsia jurídica relevante a ser dirimida pelo STF. Havia argumentos jurídicos razoáveis para a não proibição da Marcha desde sua primeira edição e esses argumentos foram decisivos para que o Supremo Tribunal Federal decidisse em definitivo a favor da Marcha em 2011<sup>42</sup>.

### **1.3 Das ruas ao Supremo Tribunal Federal**

Como não havia um consenso no Judiciário, a cada ano que passava, o caso repercutia mais e ao longo de incansáveis discussões,

---

de substâncias entorpecentes, no caso, especificamente da “Cannabis sativa”, discussão pública que esta há vários anos em curso no Brasil e que visa, ao final, modificação legislativa. Tal tipo de discussão e exercício do direito de crítica tem sido exercido em relação a vários outros assuntos que são ou foram tipificados como delitos, como ocorreu em relação ao estatuto do desarmamento e ainda ocorre em relação à discussão sobre a descriminalização do aborto, eutanásia, etc. Temas polêmicos.”

<sup>41</sup> Os defensores que atuaram nos casos eram de distintos perfis: alguns eram diretamente envolvidos com o movimento antiproibicionista; alguns tinham atuação acadêmica sobre o tema; outros tinham histórico de atuação em advocacia pro-bono; outros não estavam ligados especificamente a esta causa, mas tinham envolvimento histórico com os movimentos sociais. Dentre os advogados que atuaram nessas causas, citamos: Nilo Batista (RJ), Salo de Carvalho e Marcelo Mayora (RS), Mariana Garcia (RS), André Barros (RJ), Gerardo Xavier (RJ), Mauro Chaiben (DF), Leonardo Sica (SP) e Luisa Ferreira (SP).

<sup>42</sup> Veja-se, neste sentido: BRASIL, Poder Judiciário do Rio Grande do Sul, Habeas Corpus nº 1080118354-9, Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, julgamento em 03/05/08;

chegou ao conhecimento da última instância judiciária do nosso país, o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de ação própria a sanar tal controvérsia jurídica.

No dia 21 de julho de 2009 a então Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat, ajuizou perante o STF a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 187 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.274<sup>43</sup>. As ações requeriam ao tribunal

---

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, habeas corpus nº 70030025068, 5ª Câmara Criminal, Relatoria desembargadora Genacéia da Silva Alberton, julgamento em 03/06/2009;

BRASIL, Poder Judiciário do Rio de Janeiro, IV Juizado Especial Criminal - Leblon, habeas corpus nº 2009.001.0900257-7, Juiz de Direito Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, julgamento em 14/04/2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, habeas corpus nº 70036328334/2010, Relatoria do desembargador Cláudio Baldino Maciel, 24/06/2010.

<sup>43</sup> A ADPF e a ADI são ações que se inserem no âmbito do chamado controle concentrado de constitucionalidade de normas jurídicas. A ADI tem como objetivo declarar em abstrato a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, a, da Constituição Federal do Brasil), enquanto a ADPF tem como objetivo “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” (art. 102, §1º da Constituição Federal e art. 1º da Lei nº 9.882/99), sendo também cabível “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição” (art. 1º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.882/99). A ADI também é utilizada para se conferir à lei ou ao ato normativo federal ou estadual determinada interpretação “conforme à Constituição”, mecanismo hermenêutico utilizado por magistrados no Brasil, a partir do qual se confere à norma em questão uma interpretação que coaduna com os dispositivos constitucionais. A legitimidade para propor tais ações é restrita. No caso da ADI (art. 103, I a IX, da Constituição) e da ADPF (art. 2º I, da Lei nº 9.882/99), são competentes para propor a ação: a) o Presidente da República; b) a mesa do Senado Federal; c) a Mesa da Câmara dos Deputados; d) a Mesa da Assembleia Legislativa ou a Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal; e) o Governador do Estado e do Distrito Federal; f) o Procurador Geral da República; g) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; h) partido político com representação no Congresso Nacional; i) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Foi necessário o ajuizamento destas duas ações porque os dois tipos penais cuja interpretação era questionada pertenciam a leis promulgadas em épocas diferentes: o Código Penal brasileiro é de 1940, muito anterior à Constituição Federal de 1988,

que analisasse a constitucionalidade da interpretação dos tribunais estaduais de que o questionamento público promovido pela Marcha configuraria apologia ao crime ou incitação ao consumo de drogas. Na ADPF requereu-se ao STF que desse “ao art. 287 do Código Penal, interpretação conforme à Constituição, ‘de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos’”<sup>44</sup>. Na ADI, por sua vez, requereu-se que o STF “realize interpretação conforme à Constituição do §2º do art. 33 da Lei 11.343/06, de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar criminalização da defesa da legalização das drogas ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”<sup>45</sup>.

Muito embora as ações tenham sido ajuizadas em julho de 2009, foi apenas em junho de 2011 que, a pedido do ministro Celso de Mello, a ADPF nº 187 foi incluída na pauta do Plenário do STF. O pedido do ministro foi em grande parte influenciado pelo que ocorrera nas ruas de São Paulo no dia 21 de maio de 2011, quando integrantes da Marcha resistiram à decisão do Tribunal de Justiça do Estado que proibia mais uma vez a realização da passeata com base no argumento de que a discussão da legalização da maconha promove incitação ao consumo de drogas<sup>46</sup>. A violência com a

---

portanto, e a Lei de Drogas é de 2006. Por esta razão ajuizou-se a ADPF para discutir o art. 287 do Código Penal e a ADI para discutir o art. 33 da Lei de Drogas. Nos dois casos o requerimento feito ao STF foi o de realização de interpretação conforme à Constituição para excluir determinadas interpretações específicas do âmbito de incidência das duas normas penais questionadas.

<sup>44</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADPF nº 187, relatoria do ministro Celso de Mello, j. 15/06/2011, p. 1.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 3.

<sup>46</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo, Mandado de Segurança nº 0100200-35.2011.8.26.0000, 2ª Câmara Criminal, relator desembargador Teodomiro Mendez, decisão liminar proferida em 20/05/2011, acórdão julgado em 15/08/2011. Na decisão liminar o desembargador argumentou: “Da leitura dos referidos sítios constataram a ocorrência da apologia ao uso da maconha; há efetiva e concreta sugestão do uso do estupefaciente. Não se trata, apenas, de discussão acerca da necessidade da legalização da droga, mas, inquestionável incitação ao crime, quer pela regra geral - artigo 286, do Código Penal (incitar, publicamente, a prática do crime), quer pela norma especial artigo 33, § 2º, da Lei Federal nº 11.343, de 2006. A comprovar a efetiva intenção do



qual a Polícia Militar do Estado de São Paulo coibiu a passeata de maio estampou as manchetes dos principais jornais do país<sup>47</sup>, evidenciando a necessidade de se discutir a questão controversa, decidindo de uma vez por todas o destino da Marcha da Maconha no Brasil<sup>48</sup>.

No dia 15/06/2011 a ADPF foi julgada pelo Plenário do STF e, conforme disposto nas notas taquigráficas do julgamento, “o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para dar, ao artigo 287 do Código Penal, com efeito vinculante, interpretação conforme à Constituição, ‘de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos’, tudo nos termos do voto do Relator”. O mesmo entendimento foi corroborado alguns meses depois pelo mesmo Plenário do STF no julgamento da ADI 4.247/DF, em que se deduziu igualmente interpretação conforme à Constituição ao art. 33, §3o, da Lei de Drogas para excluir a incidência do dispositivo sobre a discussão de descriminalização das drogas<sup>49</sup>.

---

movimento consta dos autos imagens retiradas de vídeos, postados na internet, onde se verifica o ocorrido em marchas realizadas em outras cidades, como Rio de Janeiro/RJ, Belo Horizonte/MG, Vitória/ES e Atibaia/SP”.

<sup>47</sup> FOLHA de São Paulo. Polícia agride repórter e manifestantes da Marcha da Maconha em São Paulo, 22/05/13. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/multimedia/videocasts/919102-policia-agride-reporter-emanifestantes-na-marcha-da-maconha-em-sp-veja.shtml>. Acesso em 15/05/2014.

<sup>48</sup> O episódio da proibição da Marcha em São Paulo no ano de 2011, seguido do confronto com a Polícia Militar, motivou a organização de uma passeata que ficou conhecida como “Marcha pela Liberdade”. Com a repressão à passeata que fora organizada no dia 20/05/2011, os organizadores da Marcha da Maconha convocaram os paulistanos a saírem às ruas em ato pela liberdade de expressão, que havia sido massacrada anteriormente pelas decisões do Judiciário paulista. O ato aconteceu no dia 18/06/2011, três dias depois da decisão do STF na ADPF 187, e contou milhares de pessoas marchando em defesa da liberdade de expressão. A manifestação foi pacífica e simbolizou uma virada importante na efetivação das liberdades de pensamento, sobretudo em São Paulo, que desde 2008 enfrentava decisões que proibiam expressamente a Marcha da Maconha. Para mais informações, ver: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/06/manifestantes-encerram-marcha-da-liberdade-na-avenida-paulista.html>. Acesso: 22/07/2014.

<sup>49</sup> Ver: BRASIL, STF, ADI 4274/DF, ministro relator Ayres Britto, j. 23/11/2011.



Durante o julgamento desses dois casos, a questão foi amplamente debatida na Corte. Foram admitidos na qualidade de *amicii curiae*<sup>50</sup> a Associação Brasileira de Estudos do Uso de Substâncias Psicoativas (ABESUP) e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), que apresentaram suas manifestações de forma bastante robusta, trazendo ao crivo do STF questões latentes da pauta antiproibicionista no país.

A ABESUP enfatizou as questões relativas à liberdade de expressão e de reunião e ainda trouxe questões importantes sobre o autocultivo de canábis e a utilização medicinal e religiosa da planta. A manifestação da ABESUP foi além do pedido formulado na inicial da ADPF, pleiteando o reconhecimento da atipicidade de determinadas condutas, tais como: o cultivo doméstico, o porte e o uso em âmbito privado da maconha, a utilização da referida substância para usos medicinais e para realização de pesquisas médicas, o uso ritual da maconha em cerimônias litúrgicas, dentre outras.

O IBCCRIM, por sua vez, enfatizou a necessidade de separar claramente a conduta do usuário de drogas da conduta do militante ativista que defende a descriminalização das drogas. Argumentou que a possibilidade de questionamento público da norma penal é justamente uma das vertentes basilares da liberdade de expressão efetiva, que engloba o direito de defender posições que não agradam à maioria.

Conquanto o clima que antecedeu a discussão tenha sido de confronto e o debate bastante extenso, a razão de decidir da ADPF 187 é bastante objetiva e foi incontroversa: discutir a legalização das drogas

---

<sup>50</sup> A expressão *amicus curiae* significa, em sua tradução literal, “amigo da corte”. No direito brasileiro, *amicus curiae* é um tipo especial de intervenção em processos de controle de constitucionalidade. É um tipo de intervenção de terceiros no processo constitucional com intuito exclusivamente assistencial, de oferecimento de informações relevantes sobre o tema para o tribunal. A figura do *amicus curiae* está prevista no art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/99, que disciplina as Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Declaratórias de Constitucionalidade, e nos §§ 1º e 2º do art. 6º da Lei nº 9.882/99, que disciplina a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Em geral, não se admite nenhum tipo de intervenção de terceiros em um processo de controle de constitucionalidade. No entanto, permite-se que o ministro relator da causa admita no processo a manifestação de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre a questão constitucional em xeque. Na qualidade de interventor estritamente assistencial, o *amicus curiae* não é parte no processo, sendo sua atuação relacionada à formação da convicção dos magistrados através das informações prestadas nos autos.

não significa realizar apologia ao consumo e não é possível coibir um movimento social inteiro e frustrar o exercício de direitos fundamentais com base em alegações genéricas e assunções discricionárias<sup>51</sup>. A liberdade de expressão, argumentou o STF, significa que o homem possui - enquanto ser social – direito de se expressar livremente sem censura.

A questão não encontrou divergência na Corte: entendeu-se unanimemente que a mera proposta de descriminalização de determinado ilícito penal não se confunde com o ato de incitação ao consumo de drogas nem com o de apologia ao crime. Nas palavras do relator Celso de Mello, “a proibição do dissenso equivale a impor à sociedade um mandado de imobilidade” e, portanto, “é perfeitamente lícita a defesa pública da legalização das drogas”.

O caso da Marcha da Maconha evidencia alguns aspectos daquilo que Vilhena (2008: 441-447; 451) denomina “Supremocracia”. Foi necessária a intervenção da Corte Constitucional brasileira para que se

---

<sup>51</sup> Há um trecho do voto do ministro Celso de Mello que resume perfeitamente o entendimento esposado pelo STF: “A Marcha da Maconha”: expressão concreta do exercício legítimo, porque fundado na Constituição da República, das liberdades fundamentais de reunião, de manifestação do pensamento e de petição.

É importante destacar, de outro lado, Senhor Presidente, que, ao contrário do que algumas mentalidades repressivas sugerem, a denominada “Marcha da Maconha”, longe de pretender estimular o consumo de drogas ilícitas, busca, na realidade, expor, de maneira organizada e pacífica, apoiada no princípio constitucional do pluralismo político (fundamento estruturante do Estado democrático de direito), as ideias, a visão, as concepções, as críticas e as propostas daqueles que participam, como organizadores ou como manifestantes, desse evento social, amparados pelo exercício concreto dos direitos fundamentais de reunião, de livre manifestação do pensamento e de petição.

Nesse contexto, a questionada (e tão reprimida) “Macha da Maconha” é bem a evidência de como se interconexionam as liberdades constitucionais de reunião (direito-meio) e de manifestação do pensamento (direito-fim ou, na expressão de Pedro Lessa, “direito-escopo”), além do direito de petição, todos eles igualmente merecedores do amparo do Estado, cujas autoridades – longe de transgredirem tais prerrogativas fundamentais – deveriam protegê-las, revelando tolerância e respeito por aqueles que congregando-se em espaços públicos, pacificamente, sem armas, apenas pretendem, Senhor Presidente, valendo-se, legitimamente, do direito à livre expressão de suas ideias e opiniões, transmitir, mediante concreto exercício do direito de petição, mensagem de abolicionismo penal quanto à vigente incriminação do uso de drogas ilícitas.”. BRASIL, STF, Plenário, ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, 15.6.2011.

fizesse valer um aspecto básico da democracia e um direito fundamental, a liberdade de expressão. Posições jurídicas que se impuseram por anos nas primeiras e segundas instâncias de vários Estados do país, que impediram a mobilização nas ruas e que resultaram em prisões e desencadearam atos de violência policial contra manifestantes, tinha fundamentação jurídica que não se sustentou perante o Supremo Tribunal Federal. Embora o STF tenha levado mais de dois anos depois de acionado para finalmente intervir no caso - o que aconteceu sem dúvida pela repressão violenta à Marcha pelas forças policiais que antecedeu o encaminhamento do caso à pauta de julgamentos - a posição jurídica de repressão à Marcha não teve adesão de nenhum ministro. Foi descartada sem grandes controvérsias pelo Plenário da Corte que unanimemente chegou à conclusão de que discutir a revogação de qualquer tipo penal não implica apologia ao cometimento do delito em questão.

Interessante perceber nesse caso como o direito exerceu papel ambivalente: inicialmente acionado para reprimir o movimento, a discussão jurídica termina construída em torno da garantia fundamentação à liberdade de expressão e manifestação. Da mesma forma, percebe-se que a posição das agências do sistema de justiça variaram bastante. A controvérsia jurídica pela caracterização do movimento como apologia ou incitação ao crime *versus* manifestação legítima de direito fundamental esteve presente em todos os órgãos e instâncias – Ministérios Públicos, juízes de primeira e segunda instância – e só foi pacificada após a manifestação do STF.

Após a decisão do STF, as marchas aconteceram sem maiores conflitos<sup>52</sup>, embora a disputa ideológica tenha permanecido. Tão logo o

---

<sup>52</sup> A imprensa brasileira registrou a realização das passeatas nos anos seguintes à decisão do STF. As passeatas com maior magnitude aconteceram em São Paulo e no Rio de Janeiro, e não há relatos de incidentes graves de repressão ou de conflito que tenham maculado a realização dos eventos. Ver:

2011 – Marcha da Liberdade - <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/05/marcha-da-liberdade-termina-na-praca-da-republica.html>

2012 – Marcha da Maconha - <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/05/marcha-da-maconha-chega-ao-fim-em-sp-sem-incidentes-diz-pm.html>

2013 – Marcha da Maconha - <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/06/manifestantes-realizam-marcha-da-maconha-na-avenida-paulista.html>

2014 – Marcha da Maconha - <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/manifestantes-se-reunem-no-vao-livre-do-masp-para-marcha-da-maconha.html>

2015 - <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/05/marcha-da-maconha-acontece-na->

STF decidiu a questão, o deputado estadual paulista Zé Teixeira (DEM) e o senador Magno Malta (PR/ES)<sup>53</sup>. concederam várias entrevistas em que lançaram fortes críticas à Marcha e à decisão do STF. Os parlamentares argumentaram que a Marcha contraria todos os valores da família brasileira e se constitui em um movimento arbitrário, imoral, que não pode ser levado a sério.

Um dos aspectos mais interessantes do caso é o de ter revelado como, apesar de mais de vinte anos desde a Constituição democrática, o espaço de exercício da liberdade de expressão e manifestação é instável e está em disputa.

O ato de questionamento do sistema penal ainda é visto como subversivo por uma parcela relevante de agentes do sistema de justiça brasileiro, que efetivamente atuaram na sua repressão por mais de quatro anos até que viessem a ser contrariados pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, ainda que tenha sido necessária a intervenção do STF para sustar uma perseguição indevida a militantes, o episódio fornece indícios da consistência das vias institucionais criadas pela Constituição de 1988, sobretudo no que diz respeito aos mecanismos de controle de constitucionalidade.

## **2 DROGAS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E RESTRIÇÕES AO PODER PUNITIVO: O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP**

O cenário que descrevemos acima retrata a dimensão da mobilização do movimento antiproibicionista no Brasil nos últimos anos. O principal tópico da pauta antiproibicionista é a descriminalização imediata do consumo pessoal de drogas em razão de dois argumentos centrais: o proibicionismo falhou na tentativa de contenção do crescimento do consumo e do comércio ilegal de drogas e as políticas implementadas

---

[avenida-paulista-neste-sabado.html](http://avenida-paulista-neste-sabado.html)

2016 - <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/ativistas-participam-da-marcha-da-maconha-na-avenida-paulista-em-sp.html>

Links acessados em: 05/09/2016.

<sup>53</sup> Cf. <http://www.progresso.com.br/politica/ze-teixeira-critica-liberacao-da-marcha-da-maconha> e <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2011/06/21/magno-malta-critica-decisao-do-supremo-que-liberou-a-marcha-da-maconha>.

ao redor do mundo trouxeram sérios questionamentos sob a perspectiva dos direitos fundamentais.

Um dos reflexos imediatos da dinamização dessa discussão na esfera pública foi o surgimento de questionamentos judiciais sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Esses debates têm girado essencialmente em torno da eficácia dos direitos fundamentais e dos limites ao poder de legislar do Estado. A discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal em 01/03/2011 por meio do Recurso Extraordinário nº 635.659, interposto pela Defensoria Pública de São Paulo, que ainda está pendente de julgamento. Em 2011, foi reconhecida a repercussão geral do caso, o que significa que os ministros reconheceram a existência de questão de relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa e, por isso, o caso deve ser julgado em apreciação colegiada da Turma ou do Pleno<sup>54</sup>.

O Recurso ainda está pendente de julgamento, aguardando retorno do pedido de vista feito pelo Ministro Teori Zavascki em 10/09/2015. Por ora foram proferidos três votos, com três entendimentos diferentes. O Ministro Relator, Gilmar Mendes, votou pela inconstitucionalidade completa do art. 28 (caput e §1º) por entender que a criminalização do consumo viola a privacidade e o princípio da lesividade<sup>55</sup>. Ainda, o relator entendeu que a inconstitucionalidade deveria ser declarada com relação a todas as drogas, já que o Recurso Extraordinário ataca o dispositivo legal em abstrato. Ou seja, muito embora o caso concreto que deu origem ao recurso envolva a posse de maconha, apenas, o controle de constitucionalidade é realizado sobre a norma em abstrato, tal como redigida.

O Ministro Edson Fachin<sup>56</sup> entendeu que o caso trata apenas da posse de maconha, e restringiu a declaração de inconstitucionalidade à

---

<sup>54</sup> Nos termos do art. 102, §3º, da Constituição, é necessária a comprovação de repercussão geral para a admissão dos Recursos Extraordinários. Repercussão geral é, conforme definido no §1º do art. 543-A do Código de Processo Civil, “a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”. Nos termos do §4º do art. 543-A do CPC, a repercussão geral será apreciada em decisão colegiada de uma das turmas do STF ou, se for o caso, do Plenário do tribunal.

<sup>55</sup> O voto do Ministro Relator Gilmar Mendes pode ser lido através do link: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso: 05/09/2016.

<sup>56</sup> O voto do Ministro Edson Fachin pode ser lido no link: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>. Acesso: 05/09/2016.

posse e plantio de canábis, não se pronunciando sobre a questão no que concerne às outras drogas.

Por fim, o terceiro voto até agora proferido é do Ministro Roberto Barroso<sup>57</sup>. O Ministro entendeu que o Recurso discute apenas a posse de maconha, limitando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade à canábis. O voto do Ministro, então, declara a inconstitucionalidade do art. 28, caput e parágrafo 1º, no que diz respeito à maconha. O Ministro ainda vai além e propõe uma afirmação para a Repercussão Geral, que poderá ser submetida a votação em separado pelo Plenário do STF para decidir sobre a criação de súmula a respeito.

Barroso propõe a seguinte afirmação para ser discutida e votada: “É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.”. Ou seja, a proposta do Ministro Barroso é a de estabelecer um padrão referencial não vinculante das quantidades indicativas de uso e tráfico. O padrão é referencial e não vinculante porque o texto da proposta indica expressamente a possibilidade de decisões que não atentem aos valores indicados. No entanto, a proposta também prevê expressamente que o ônus argumentativo das decisões que não se utilizarem dos padrões referenciais será maior quando foram desfavoráveis ao réu.

Quando todos os votos forem proferidos, o Supremo Tribunal Federal dará a última palavra sobre a validade jurídica da criminalização

---

<sup>57</sup> O voto do Ministro Barroso pode ser lido através do link: <http://jota.uol.com.br/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas>. Acesso: 05/09/2016.

do consumo de maconha no Brasil. Uma decisão, portanto, capaz de alterar radicalmente a regulamentação da questão no plano nacional.

## **2.1 O caso - três gramas de canábis para consumo próprio: risco à saúde pública ou direito fundamental à intimidade?** <sup>58</sup>

Para compreender o processo de transformação de demandas sociais em normas jurídicas válidas utilizaremos aqui a imagem de dentro/fora do sistema jurídico, não como fronteiras fixas e pré-estabelecidas, mas como processos de passagem ou “tradução” de um argumento “externo” para a linguagem jurídica; ou então “juridificação”, como Nobre e Rodriguez (2011:18) definem: “tradução para o código direito”. Dessa forma, podemos inicialmente pensar em duas grandes dimensões sob as quais se pode discutir a questão da legitimidade de uma política pública: uma perspectiva que se pode chamar de *interna* ao sistema jurídico e outra perspectiva *externa*. Sob a perspectiva interna, observa-se a validade jurídica do conjunto de normas e instituições. Isso significa que boa parte das discussões gira em torno do *pertencimento*<sup>59</sup> de um conjunto de normas ao ordenamento jurídico. Sob a perspectiva externa a discussão é aberta para abranger dimensões de avaliação à luz de outros sistemas sociais, alheios à lógica interna do sistema jurídico. Moral, política, religião, economia são alguns dentre muitos outros sistemas capazes de oferecer pontos de vistas válidos para dimensionar a análise da legitimidade da política de drogas.

Argumentos das mais diversas extrações são levantados na esfera pública para se debater uma política pública. Eles perpassam os debates parlamentares sobre um projeto de lei, as decisões do poder executivo, mas não penetram diretamente na esfera do judiciário, ao menos sem que se faça necessária uma intermediação (ou tradução). O debate jurídico se faz sob uma *língua* própria, a dogmática jurídica, que envolve a reconstrução dos pontos de vista em disputa levando em consideração as normas vigentes e os discursos de interpretação disponíveis. Ainda que cada vez mais muitas

---

<sup>58</sup> As informações apresentadas foram produzidas a partir da cópia integral do processo eletrônico do Recurso Extraordinário, disponibilizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4034145> – Acesso em 21/06/2014.

<sup>59</sup> Utilizamos aqui a terminologia kelseniana sobre a dimensão de análise da validade jurídica das normas jurídicas. Ver: KELSEN, 2005: 42-66; 181-184; 222-232.



decisões levem em consideração diretamente (ou seja, sem tradução) argumentos externos ao direito para avaliar suas consequências<sup>60</sup>, é muito difícil que uma decisão jurídica se sustente apenas com base nesses argumentos. Argumentos externos e posições ideológicas ao entrar no direito devem passar por um processo de “tradução” para a linguagem jurídica. No campo das disputas jurídicas, as ideologias são transformadas por “ideologias jurídicas”, na expressão de Viehweg (1997: 101; 1997a: 115 e ss.). Elas tomam a forma de controvérsias dogmáticas, embora possam ressignificar os próprios limites da dogmática. A dogmática jurídica está longe de ser um discurso neutro, ele é apenas a linguagem pela qual se dá a disputa *política* no campo do *direito*<sup>61</sup>. Não é objetivo deste texto se alongar sobre essa discussão, mas achamos necessário explicitar nosso ponto de vista em relação à disputa política no campo do direito pois o que passamos a expor neste item é justamente esse processo de “tradução” da demanda pela descriminalização da maconha que até agora descrevemos como tendo tomado as ruas na forma de Marcha em argumentação jurídica desenvolvida em um processo criminal.

A política de drogas brasileira é traduzida para o código<sup>62</sup> do sistema jurídico por meio da criação de normas jurídicas e instituições. Todas as dimensões estruturais da política criada pela Lei nº 11.343/06 e seus regulamentos são formatadas na linguagem jurídica através de um conjunto de normas jurídicas. Assim, o debate sobre a descriminalização do uso das drogas, que na esfera pública envolve argumentos morais, econômicos, políticos etc., ao ser formatado em conflito passível de ser levado ao STF, tomou a forma

---

<sup>60</sup> Sobre o uso de argumentos consequencialistas pelo Judiciário, cf. PARGENDLER & SALAMA, 2013: 95-144.

<sup>61</sup> Sobre as relações entre a linguagem da dogmática jurídica e a democracia cf. RODRIGUEZ, PÜSCHEL e MACHADO, 2012: 33-52.

<sup>62</sup> Código é o termo utilizado por Luhmann para referir ao conjunto de elementos distintivos que um sistema social se utiliza para comunicação. O sistema jurídico, por exemplo, opera segundo ele pelo código normativo do proibido/permitido, ao passo que a ética opera pelo código moral/imoral, certo/errado, justo/injusto. Embora a ideia de código nos seja cara para compreender a especificidade e autonomia do direito e da dogmática penal como sua linguagem própria, não seguimos com Luhmann na discussão deste texto. Gostamos ainda de pensar a ideia de código aqui como fizeram Nobre e Rodriguez (2011) não como forma fixa mas como os termos reconfiguráveis em que se dá a disputa pelo direito e pelas formas institucionais.



da discussão sobre a constitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas. Ou seja, sob a perspectiva interna, a discussão presente nesse caso se dá sobre a adequação de uma destas normas jurídicas instituídas por uma lei ordinária, o artigo 28, a uma norma hierarquicamente superior<sup>63</sup>, a Constituição Federal. É sob esse *enquadramento* que gira o caso que passaremos a expor.

No dia 21 de julho de 2009 dois agentes penitenciários realizaram uma inspeção de rotina na cela nº 3 do raio 21 do Centro de Detenção Provisória de Diadema e encontraram um invólucro plástico contendo pequena porção de maconha. Os agentes perguntaram a quem pertencia a droga e supostamente F.B.S.<sup>64</sup> teria assumido ser o dono do material, alegando ser para seu consumo pessoal.

F.B.S. foi encaminhado à Delegacia, onde confirmou a versão dos agentes penitenciários perante a autoridade policial. O laudo pericial do Instituto de Criminalística atestou que a substância apreendida era maconha e que o invólucro continha pouco menos de 3g de canábis.

Como F.B.S. estava preso quando foi flagrado com pequena quantidade de maconha o Ministério Público não propôs a transação penal para aplicação imediata da pena, conforme determina o art. 76, §2º, da Lei nº 9.099/95<sup>65</sup>. Em razão disto, o *Parquet* ofereceu denúncia contra F.B.S.

---

<sup>63</sup> Sobre a hierarquia das normas em Direito, cf. KELSEN, 2005: 181; 222-230.

<sup>64</sup> Ocultamos o nome do réu, que é irrelevante para o desenvolvimento deste artigo, para preservar sua privacidade.

<sup>65</sup> O art. 76 da Lei nº 9.099/95 determina que, “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”. O dispositivo alude à chamada transação penal, que consiste na possibilidade de aplicação imediata da pena não restritiva de liberdade determinada em sentença proferida em rito sumaríssimo, com o fim de evitar a condenação criminal. Aceita a transação penal, a ação penal é extinta e desconsiderada para todos os fins criminais. A sentença que aplica a proposta de transação penal não é considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, sendo relevante apenas para determinar a possibilidade de aplicação futura do mesmo benefício, nos termos do que dispõe o §4º do art. 76. A regra geral para admissão da transação penal é ditada pelo §2º do art. 76: “Art. 76 (...)

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de

no dia 09/11/2009. Entendendo estarem presentes prova da materialidade do crime e indícios de autoria, a denúncia foi recebida pela juíza Patricia Helena Hehl Forjaz de Toledo da 2ª Vara Criminal de Diadema, São Paulo, instaurando-se assim a ação penal contra F.B.S..

No interrogatório judicial o réu negou que a maconha apreendida pertencia a ele. Além da negação da autoria a defesa alegou que se estava diante de conduta materialmente atípica em razão da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Referido artigo ofenderia o princípio da lesividade e cercearia indevidamente direitos fundamentais. Indagou-se ainda qual seria a função da pena não privativa de liberdade a um indivíduo que está preso e ainda tem mais de 10 anos de pena a ser cumprida.

## 2.2 As decisões

A juíza da 2ª Vara Criminal de Diadema proferiu a sentença na própria audiência preliminar, julgando procedente a ação penal contra F.B.S. *“para condená-lo à pena de 02 (dois) meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade ou entidade pública cujas atividades serão fixadas pelo Juízo da Execução, em conformidade com as vagas existentes”*.

A magistrada entendeu que a negação da autoria em juízo não estaria respaldada “nos fatos” e, por isso, a versão dos agentes penitenciários deveria prevalecer. No que diz respeito ao argumento da atipicidade material da conduta de F.B.S., entendeu não existirem razões para a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Reconheceu em sua decisão que o tipo penal de uso de drogas visa tutelar um interesse legítimo de saúde pública da coletividade que não pode ceder em razão da garantia à liberdade ou intimidade do réu.

Além disso, a juíza considerou que o fato de a conduta do réu ter sido praticada dentro de um estabelecimento prisional enquanto cumpria pena só é relevante para determinar o agravamento da pena. Ou seja, o fato de F.B.S. estar preso não significaria que outras penalidades alternativas, como a prestação de

---

pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”.

No caso concreto, F.B.S. fora flagrado com maconha dentro de um presídio enquanto cumpria pena decorrente de condenação criminal transitada em julgado. Por essa razão, incidiu a vedação do inc. I do §2º do art. 76 da Lei n. 9.099/95, dando ensejo à continuidade da ação penal.

serviços comunitários, perderiam sua função. A pena está prevista em lei e, segundo entendeu a juíza, deveria ser agravada por conta da “conduta social” do réu.

Contra a sentença foi interposto recurso de apelação na própria audiência preliminar. O recurso foi recebido e a defesa reiterou seus argumentos nas razões de apelação: a conduta de F.B.S. seria materialmente atípica por conta da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas e, ainda, não haveria prova suficiente da autoria do delito. O recurso foi respondido pelo Ministério Público de São Paulo, que argumentou pela manutenção da sentença em seus exatos termos.

A apelação de F.B.S. foi rejeitada, em 18/06/2010, pelo Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema, em decisão relatada pelo juiz de direito Helmer Augusto Toqueton Amaral. A Turma julgadora entendeu que “*a lei não pune o vício em si próprio, uma vez que não se encontra entre as típicas descritas no art.28 a conduta de ‘usar’*”, razão pela qual não subsistiria o argumento de ofensa à liberdade individual ou à intimidade. Assim, com fundamentação bastante sucinta, o acórdão reiterou os termos da sentença proferida em primeiro grau e rejeitou genericamente o argumento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas.

Diante do improvimento do recurso, o Defensor Público do Estado de São Paulo Leandro de Castro Gomes interpôs Recurso Extraordinário (RE)<sup>66</sup> contra o acórdão do Colégio Recursal.

### **2.3 Jurisdição Constitucional: a subida ao STF**

O RE foi interposto com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição, sob a arguição de que o acórdão do colégio recursal violou

---

<sup>66</sup> O Recurso Extraordinário é previsto no art. 102, III, da Constituição Federal do Brasil, no âmbito da competência do Supremo Tribunal Federal. Nos termos do referido dispositivo, o RE é cabível contra decisões proferidas em única ou última instância que impliquem (art. 102, I, “a” a “d”): (a) contrariedade a dispositivo da Constituição; (b) declaração de inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) declaração de validade de lei ou ato de governo local contestado diante da Constituição; e (d) declaração de validade de lei local contestada em face de lei federal. Há ainda outro requisito de admissibilidade do RE: a demonstração da existência da chamada repercussão geral, nos termos do §3º do art. 102 da Constituição. O RE é certamente um dos últimos remédios (porquanto há ainda a possibilidade de recursos internos dentro do STF) recursais existentes no direito brasileiro e se destina essencialmente a discutir questões constitucionais apreciadas ou não apreciadas em outras instâncias decisórias.

o direito à intimidade de F.B.S. (CF, art. 5º, X) ao não reconhecer a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas<sup>67</sup>.

A defesa do réu apresentou dois fundamentos jurídicos para que seja julgado procedente o RE: (a) o art. 28 da Lei de Drogas viola o direito fundamental à intimidade e à vida privada porque não cabe ao Estado decidir o que o indivíduo faz ou deixa de fazer consigo na sua esfera de privacidade<sup>68</sup>; e (b) o dispositivo também contraria o princípio da lesividade na medida em que o consumo pessoal de drogas não afeta diretamente direitos ou interesses juridicamente protegidos de terceiros – o que implicaria reconhecer a inexistência de um bem jurídico que possa ser penalmente tutelado.

Em direito penal, a ideia de lesividade a bens jurídicos é utilizada como fundamento legitimador das incriminações<sup>69</sup>. Todo crime deve tutelar um bem jurídico e toda conduta, para ser considerada materialmente típica, deve implicar em lesão efetiva a tal objeto de proteção legal. Uma das consequências de tal formulação é, por exemplo, a criação jurisprudencial do princípio da insignificância – condutas materialmente insignificantes, como, por exemplo, furtos de pequeno valor, não são consideradas típicas materialmente e por esta razão não se justificaria a ação persecutória do Estado em âmbito penal. A argumentação aqui é distinta, mas pressupõe a mesma abordagem em relação ao bem jurídico.

Nesses termos, o pedido formulado no recurso é o de declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, cumulando

---

<sup>67</sup> Conforme consta das razões recursais apresentadas pela defesa de F.B.S.: “O recurso de apelação interposto perante o Colégio Recursal, que visava a reforma da decisão de primeiro grau que condenou o apelante, além da declaração de inconstitucionalidade do tipo penal previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06, foi provimento, violando, assim, o direito individual recorrente à intimidade e vida privada”.

<sup>68</sup> Alega o recorrente em suas razões recursais: “Seu comportamento não extravasa seu próprio âmbito, estando em núcleo intangível ao Estado, em seu chamado status libertatis. Nessa esfera não pode ingressar o Estado, especialmente da aguda intervenção penal”.

<sup>69</sup> Sobre a doutrina tradicional do bem jurídico, ver: BARATTA, 1994; ROXIN, 2007: 445-450; ROXIN, 2009: 61 e ss.; ROXIN, 2011: 202 e ss.; HORMAZABAL MALARÉE, 1992; PRADO, 1996: 25-40. Embora a ideia de bem jurídico venha sendo criticada em âmbito teórico (cf. um pouco sobre esse debate em ARROYO ZAPATERO, NEUMANN e NETO, 2003; DA LUZ, 2013), ela goza ainda de bastante vigor no debate jurídico penal nacional tanto na doutrina, como na jurisprudência.

na reforma do acórdão do Colégio Recursal do JEC de Diadema para reconhecer a atipicidade material da conduta e determinar a absolvição de F.B.S., com base no art. 386, III, do Código de Processo Penal<sup>70</sup>. A Procuradoria-Geral da República apresentou seu parecer contrário ao recurso argumentando que o bem jurídico tutelado pelo art. 28 é a saúde pública, razão pela qual não se sustentaria o argumento da insignificância lesiva da conduta do usuário de drogas. Entendeu a PGR que o usuário de drogas contribui para a disseminação social do vício e para a propagação das substâncias proibidas em território nacional.

Foram admitidos como *amici curiae* nesse processo nove entidades não governamentais com atuação em âmbito nacional, que desenvolvem atividades relacionadas ao tema das drogas: VIVA RIO, Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia (CBDD), Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), e Pastoral Carcerária. Todas as entidades puderam se manifestar no processo em favor do provimento do recurso com o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas.

O Ministro Gilmar Mendes, relator do recurso, submeteu ao Plenário, em 08/12/2011, a apreciação da existência de repercussão geral<sup>71</sup> na questão trazida ao STF<sup>72</sup>. Segundo ele, uma vez que a controvérsia constitucional do caso levará o STF a determinar se a Constituição brasileira “autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal”, trata-se de “discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria”. Foi acompanhado nesse posicionamento pelos demais ministros, que reconheceram a importância

---

<sup>70</sup> O pedido aduzido pelo recorrente foi: “Posto isso, pugna o recorrente pelo conhecimento e provimento deste recurso extraordinário, o que implicará no reconhecimento da violação do direito à intimidade e vida privada pela decisão impugnada, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, com a consequente reforma do acórdão que manteve o teor da sentença condenatória, sendo o recorrente absolvido nos termos do art. 386, III, do CPP, por atipicidade da conduta”.

<sup>71</sup> Cf. nota 54, *supra*.

<sup>72</sup> Cf. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 635.659/SP, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário do STF, julgamento em 08/12/2011, p. 2.

social e jurídica da questão, que precisa ser decidida em definitivo sob a jurisdição constitucional do STF.

## 2.4 Esperando a decisão: o que está em jogo?

Como vimos, a demanda chegou ao STF com dois fundamentos jurídicos: o art. 28 da Lei de Drogas viola o direito à intimidade e o princípio da lesividade. Além destas duas questões, há duas outras trazidas aos autos por meio das manifestações dos *amicii curiae*: a necessidade de aplicação do princípio da proporcionalidade para decidir sobre a constitucionalidade de qualquer restrição a direitos fundamentais feita pelo legislador e o contexto social em que se insere a prática da política de drogas no país.

Embora a aplicação do princípio da proporcionalidade não seja diretamente<sup>73</sup> mencionada nas razões de interposição do RE, nada impede que o STF se aproprie da noção de sopesamento para decidir a questão. O argumento foi trazido pela Conectas Direitos Humanos em sua manifestação como *amicus curiae* e pode servir para complementar a argumentação lançada pelo recorrente.

A Conectas sugere, em síntese, que a decisão sobre a legitimidade da estratégia do legislador de punir pela via do sistema criminal o uso de drogas deve ser analisada sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade enquanto fator determinante da tutela de direitos fundamentais. A referência é a formulação do sopesamento tal qual feita por Alexy (2008: 163-179; 584-611)<sup>74</sup>, segundo a qual a restrição a um direito fundamental só se fundamenta diante de previsão expressa em norma hierarquicamente igual (ou seja, uma norma constitucional) ou em razão da área de proteção<sup>75</sup> de outro direito fundamental, hipótese em que será necessária a aplicação do princípio da proporcionalidade para determinar se a intervenção é legítima.

---

<sup>73</sup> É, contudo, o princípio da proporcionalidade que fundamenta a própria noção de lesividade como limite ao poder punitivo do Estado. São noções correlatas e complementares, mas isto não é apresentado desta forma na peça recursal. Por conta disto, cabe apresentar a questão tal qual trazida aos autos pela Conectas Direitos Humanos.

<sup>74</sup> Também sobre a proporcionalidade na formulação de Alexy, ver: SILVA, 2011: 363-380; SARLET, 2005: 325-386.

<sup>75</sup> Sobre o conceito de área de proteção, ver: ALEXY, 2008: 301-321; DIMOULIS; MARTINS, 2007: 136-141.

Os *amicii curiae*, sobretudo a Conectas e o IBCCRIM, também compilaram em suas manifestações as principais decisões judiciais de que se tem notícia no Brasil reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 28. Foram apresentadas sete decisões<sup>76</sup>, incluindo acórdão proferido pela 6ª Câmara Criminal do TJSP, tribunal que carrega a reputação de ser altamente conservador<sup>77</sup>.

Caberá ao STF, portanto, dar a última palavra sobre a legitimidade jurídica da estratégia política de criminalização do uso de drogas. Muito embora o enquadramento da discussão sobre a validade do art. 28 da Lei de Drogas seja essencialmente jurídica, as dimensões de legitimidade *externa* da política de drogas certamente desempenham um papel importante na compreensão dos contornos da questão e impactarão a decisão a ser tomada pelo Supremo.

---

<sup>76</sup> São elas: (a) Sentença proferida pela Juíza de Direito Maria Lúcia Karam, da 8ª Vara Criminal da Comarca do Rio de Janeiro nos autos do processo nº 4851/86, em 31 de maio de 1988; (b) Acórdão proferido pelo Conselho Permanente para a 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar nos autos do processo nº 17/95-5, em 07/08/1996. (c) Acórdão proferido pela 6ª Câmara Criminal do 3º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos da Apelação Criminal nº 01113563.3/0-0000-000, relatado pelo Juiz de Direito Convocado José Henrique Rodrigues Torres em 31 de março de 2008; (d) Sentença proferida pelo Juiz de Direito do Rio de Janeiro Rubens Roberto Rebello Casara nos autos do processo nº 0 074975-39.2010.8.19.0001, em 31 de janeiro de 2012; (e) Sentença proferida pelo Juiz de Direito Frederico Ernesto Cardoso Maciel, da 4ª Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, nos autos do processo nº 2013.01.1.076604-6, em 09/10/2013; (f) Sentença proferida pelo Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto, da 37ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, nos autos do processo nº 0021875-62.2012.8.19.0208, em 20 de março de 2014; (g) Sentença proferida pelo Juiz de Direito José Henrique Rodrigues Torres, do Juizado Especial Criminal de Campinas, nos autos do processo nº 2.564/13, em 15 de abril de 2014.

<sup>77</sup> O acórdão, referido no item (c) da nota 77, *supra*, foi proferido pelo Juiz de Direito José Henrique Rodrigues Torres, titular da 1ª Vara Criminal de Campinas, atuando à época como Juiz Convocado da Seção de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo.



### **3 AS DUAS DIMENSÕES DA DISPUTA: PELA POLÍTICA DE DROGAS BRASILEIRA, MAS TAMBÉM PELOS LIMITES DA DEMOCRACIA.**

O processo descrito até aqui dá conta em linhas gerais do percurso das mobilizações em torno da legalização do uso da maconha no Brasil, dos obstáculos que enfrentou e do seu resultado em distintos âmbitos institucionais. Esse quadro também levanta questões que estão além do tema da política de drogas e que dizem respeito a condições centrais do Estado de Direito e à qualidade das nossas instituições democráticas. Pretendemos neste item, levantar alguns pontos para reflexão futura sobre esses temas.

A mobilização pela legalização da maconha alcançou o seu efeito de levar o tema para dentro das instituições formais, o que nos dá a dimensão da potência do debate público e da mobilização das ruas, articulada à atuação jurídica. A controvérsia pública protagonizada em grande medida pela Marcha da Maconha (embora não só, como já apontamos) teve reflexo nas instituições formais, que foram recentemente dinamizadas de distintas formas por instrumentos capazes de modificar a política nacional de drogas. Tanto a esfera legislativa como o judiciário foram acionados e, em ambos os casos, aguarda-se o processo de decisão, que seguirá as peculiaridades de cada uma das esferas. A repercussão do tema no congresso e no judiciário mostra que o debate público foi capaz de gerar *inputs* institucionais e colocar processos formais em movimento, embora ainda seja cedo para avaliar quão porosas as instituições serão aos argumentos que sustentam tal demanda,

Como mencionamos, os debates parlamentares são difíceis, com considerável resistência de setores mais conservadores<sup>78</sup>. O Recurso

---

<sup>78</sup> Não é o objetivo deste texto mapear o debate legislativo. Apenas para representar o cenário da controvérsia, cf. sobre o debate no Senado e na Câmara, as seguintes notícias: Em debate na Câmara, maioria rejeita legalizar maconha. Em quatro horas e meia de debate, na Câmara dos Deputados, sobre os impactos da legalização da maconha, a maioria dos parlamentares, especialistas e autoridades públicas presentes se posicionou contra mudanças nas leis vigentes no Brasil. O seminário, organizado pela Comissão de Legislação Participativa (CLP), lotou o plenário 3 da Câmara na tarde de terça-feira, dia 06 de maio de 2014, em Brasília (<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/noticias/em-debate-na-camara-maioria-rejeita-legalizar-maconha>.); Já há também parlamentares que se manifestaram de forma contrária



Extraordinário impetrado pela defensoria pode ser mais um exemplo de utilização da via do judiciário diante do bloqueio do parlamento para decidir temas controvertidos com forte conteúdo moral. O caso, contudo, já poderia ter sido julgado desde 2011 e não será a primeira vez que o STF adia sem previsão o julgamento de questões de alta voltagem política. Embora seja notável, não se faz aqui uma crítica direta ao adiamento, pois sabemos que a remessa de um caso para a pauta de julgamentos não é fruto da eficiência ou celeridade do Tribunal, mas envolve também um juízo de oportunidade política.

Deve-se considerar ainda que o avanço da pauta substantiva da descriminalização se deu mesmo diante de um cenário inicial de bloqueio da discussão pública por meio da utilização dos crimes e das medidas cautelares para conter a ação daqueles que se manifestavam publicamente sobre o tema. A interpretação a favor da criminalização das demandas públicas foi acolhida por parte dos atores do sistema de justiça, promotores, juízes e desembargadores, o que resultou, como vimos, em decisões

---

ao debate proposto pela iniciativa, como é o caso do senador Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), que declarou que há temas mais relevantes em discussão e disse se contrário à proposta. Já Paulo Davim (PV-RN) afirmou que é uma incoerência liberar a maconha. Se nós estamos numa campanha árdua para diminuir o número de tabagistas no Brasil e no mundo, seria uma incoerência concordarmos com a liberação dessa substância. O uso da maconha tem, sim, severas repercussões ao longo do tempo nos seus usuários, declarou o parlamentar do Partido Verde, agremiação que até pouco tempo defendia a descriminalização da canábis. Mas, no bloco dos contrários ainda há espaço para o senador Álvaro Dias (PSDB-PR) que recorreu ao argumento de que a maconha é porta de entrada para outras drogas. Acho que não devemos flexibilizar a legislação em relação ao uso da maconha. Eu sou frontalmente contrário. É estimular o vício e dar origem a vícios ainda mais perversos, disse o tucano. Mas há parlamentares que também estão dispostos à reflexão sobre o tema. Quais são as vantagens de termos a possibilidade de uma regulamentação à luz, inclusive, da legislação que recentemente foi iniciada em inúmeros países, dentre os quais o Uruguai? É uma tendência que merece ser seriamente estudada, ponderou Eduardo Suplicy (PT-SP). O senador Randolfe Rodrigues (PSOL-AP) disse que é necessário fazer o debate inspirado em experiências que deram certo ao redor do mundo. Eu acho que o Brasil tem que debater à luz das experiências existentes no mundo. Há experiências nos Estados Unidos, no Uruguai e na Europa. A questão deve ser tratada à luz das experiências, principalmente no que diz respeito à segurança e à saúde pública, defendeu Rodrigues (cf. <http://www.revistaforum.com.br/digital/135/o-brasil-vai-legalizar-maconha/>).

proibindo a realização das manifestações públicas que questionavam a criminalização do usuário de drogas.

Não é possível medir, sem a realização de mais pesquisas empíricas, o efeito concreto dessa proibição para o movimento social. É possível até mesmo que tal controvérsia jurídica – que foi seguida pelo uso de prisões e de violência policial - tenha ampliado a visibilidade e a repercussão do movimento. Mas é inegável que, diante da repressão, o movimento social teve que enfrentar uma dupla tarefa: além da mobilização em torno da causa, teve que se mobilizar para garantir o espaço mesmo de mobilização. Isso se deu, por alguns anos, tanto pela persistência das passeatas e da ocupação das ruas pela Marcha, como pela litigância na justiça. Aqui, as estratégias simultâneas do movimento e da repressão via judiciário, bem como a existência de distintas posições entre distintas instâncias e juízes permitiram que por quase meia década os resultados da atuação do sistema de justiça fossem assimétricos e instáveis. Foi apenas com a decisão do STF de 2011 no sentido de que a manifestação pública contra a existência de um crime não pode ser considerada crime é que se pode então, de forma tranquila, trazer à esfera pública a rediscussão dos fundamentos que sustentam o crime de consumo pessoal de entorpecente.

A forte intervenção do sistema de justiça no caso evidencia os vínculos entre a disputa social e a disputa jurídica. A análise da utilização de instrumentos jurídicos de lado a lado e as respostas do sistema de justiça em diferentes momentos da batalha entre argumentos revela como as posições morais e ideológicas foram traduzidas em disputa jurídica e como essas esferas se influenciaram e se alimentaram mutuamente ao longo dos últimos anos. Da mesma forma, mostra a ambiguidade do direito, ora mecanismo de controle e repressão, ora mecanismo de salvaguarda dos direitos de liberdade e do próprio processo democrático; e as relações da luta social com essas duas facetas do direito.

Analisado sob outra perspectiva, este caso também traz elementos para reflexão sobre nossa auto-compreensão como sociedade política e democrática e sobre a legitimidade do nosso direito positivo. Isso porque tal repressão jurídica ao exercício do questionamento de uma norma do sistema jurídico é incompatível com os pressupostos do Estado de Direito, para o qual são constitutivos os direitos de cidadania, de liberdade de expressão e de manifestação na esfera pública. Incompatível também com qualquer visão de democracia que não limite seu exercício às instituições formais dos mecanismos de representação política e que considere a

dimensão discursiva dos participantes da democracia no processo de criação de normas legítimas.

Se pensarmos que o fenômeno jurídico não se esgota na possibilidade de coerção e que a força do direito está para além dela, ou seja, está ligada a uma esfera de legitimação, é preciso então pensar o direito para além do mero funcionamento das instituições formais – o parlamento, o judiciário e o executivo criando, decidindo e fazendo valer as normas sob ameaça de coerção – e incluir aí os processos sociais de discussão, reflexão, criação de sentido e crítica das normas. Ou seja, uma tal visão do direito - que é pensada pela teoria do discurso do direito, a partir de autores como Jürgen Habermas e Klaus Günther – ao evidenciar processos democráticos de formação das normas, pressupõe uma legitimidade ligada a um poder social que não está constringido ao poder legislativo, como numa visão liberal tradicional da democracia<sup>79</sup>. Não teremos tempo de entrar nesse tema aqui; de qualquer modo, nem é preciso avançar nesse ponto para concluirmos que a situação que descrevemos acima, de bloqueio do debate público pela ameaça de criminalização da expressão da opinião, é de todo incompatível com qualquer ideia ainda que intuitiva de deliberação pública livre de constrangimentos.

Nessa perspectiva, a ameaça à democracia representada pela repressão ao debate público tem também efeitos para a legitimidade do direito, no caso, para a legitimidade da própria lei cujo questionamento público foi vetado. Esse ponto fica mais claro se pensarmos o processo democrático a partir da perspectiva dos cidadãos em um Estado Democrático de Direito, definidos por Klaus Günther como *pessoas deliberativas*.

---

<sup>79</sup> Ao tratar da gênese democrática do direito legítimo, Habermas mostra como o direito moderno se diferencia do direito tradicional justamente pela ausência de valores indisputáveis que o legitime. Na sociedade moderna não há consensos no campo dos valores e dos significados e, justamente por isso, “as normas jurídicas têm de reivindicar sua própria legitimação como o resultado de processos discursivos inclusivos, por meio dos quais a pluralidade das vozes e opiniões que emergem socialmente mostram-se aptas a gerar consensos e acordos temporários, motivados pela ‘força de convencimento’ dos melhores argumentos disponíveis” (SILVA, 2013:142). Para a teoria do discurso, o direito como instrumento de coerção está necessariamente ligado a uma expectativa de legitimidade, alcançada por processos democráticos de formação das normas. Em Direito e Democracia, Habermas trata da produção do direito legítimo por meio de uma política deliberativa e dos pressupostos do modelo procedimentalista.

A ideia de *pessoa deliberativa* vincula as duas dimensões, a da legitimação democrática e a da obediência ao direito, porque abarca os dois papéis dos cidadãos em uma democracia: o *cidadão* como autor de normas jurídicas, e a *pessoa de direito*, destinatários dessas normas (GÜNTHER, 2009: 37).

A *pessoa deliberativa* se caracteriza pela sua imputabilidade, ou seja, sua liberdade e capacidade de se posicionar criticamente diante de seus proferimentos e ações. É essa característica de estar em condições de, com base em razões, realizar ou não um ato que permite que ela responda por seus atos e seja sancionada em caso de descumprimento de uma norma vigente. Da pessoa deliberativa não é exigido que ela aceite as razões que sustentam uma norma; ela pode discordar da norma, embora seja cobrada, sob a ameaça de sanção, de se comportar de acordo com ela, mesmo a rejeitando. A rejeição à norma não pode ser legitimamente manifestada pela violação da norma. A rejeição à norma deve ser levantada nos debates públicos em que os cidadãos discutem as razões que os levam a apoiar ou a rejeitar uma norma. Ao mesmo tempo, é justamente a possibilidade que teve a pessoa deliberativa de participar do debate sobre a norma ou de levantar sua discordância em relação a ela a qualquer momento no debate público que torna legítima a exigência de que se obedeça à norma, mesmo em caso de discordância. Isso quer dizer que a pessoa deliberativa é titular de um direito subjetivo de participação política em procedimentos públicos de formação da opinião e da vontade. Procedimentos democráticos são organizados de modo que razões e contrarrazões em relação a propostas de normas possam ser examinados argumentativamente em uma competição pública pelas melhores razões. É da possibilidade do exercício do direito de tomar parte nesses procedimentos que decorre o dever de obedecer a norma. (Cf. GÜNTHER, 2009: 32-35). Se o direito moral de rejeitar a norma não for garantido à pessoa deliberativa no papel de cidadão, a exigência de obediência não será legítima.

Nessa perspectiva, o bloqueio de discussão pública sobre a criminalização do uso de drogas tem efeitos profundos em ambas as dimensões - tanto para o processo democrático, como para a legitimidade das normas que compõem a política de drogas. No limite, é possível argumentar que até a decisão do STF de 2011, que garantiu minimamente o direito dos cidadãos de se manifestarem contra a norma na esfera pública, o dever de obediência à norma não podia ser exigido, ou melhor, não podia ser *legitimamente* exigido. O pacto democrático que legitima o direito e

o uso da sanção jurídica estava quebrado. Ao invés de proteger a norma, a tentativa de estabilização da norma pelo silenciamento do dissenso em relação a ela a desestabiliza, pois lhe retira a legitimidade.

A mobilização da Marcha e da litigância pelo direito de manifestação nesse caso foi essencial para restabelecer não somente o espaço da deliberação pública, como a legitimidade do direito. É claro que a deliberação pública ainda deve ser aperfeiçoada, garantindo-se as melhores condições possíveis de participação e diálogo e isso dependerá não somente da ausência de repressão, mas também da qualidade da participação e do quanto as instituições serão porosas aos argumentos da esfera pública. Isso ainda está por ser avaliado, observando-se os processos atualmente em andamento de discussão da política de drogas.

Os casos apresentados colocam em xeque a juridificação de visões estritamente morais em torno da categoria crime: as mobilizações da Marcha da Maconha e da Defensoria Pública de São Paulo provocaram o Judiciário para que ele estabelecesse que os crimes são fenômenos essencialmente políticos e que devem ser discutidos, portanto, na esfera política, por meio do debate público.

De qualquer modo, chamar a atenção para os bloqueios que o debate sobre drogas enfrentou nos parece importante neste momento também porque o bloqueio da participação infelizmente não parece ter sido excepcional no caso da Marcha da Maconha. Depois daí, a repressão ao direito de manifestação pública voltou a acontecer nas manifestações de junho de 2013<sup>80</sup> e em muitas outras desde então. Violência policial, prisão

---

<sup>80</sup> Entre 2012 e 2013 milhares de brasileiros foram às ruas para protestar, em diversas cidades, contra o aumento das tarifas de transporte público, sobretudo as tarifas de ônibus, constantemente reajustadas nos últimos anos pelas autoridades municipais brasileiras. Em junho de 2013 as mobilizações sociais cresciam cada vez mais e se espalhavam ao redor do país. As manifestações foram capitaneadas, à época: pelo Movimento Passe Livre, em São Paulo; pelo Fórum de Lutas contra o Aumento das Passagens, no Rio de Janeiro; pela Assembleia Popular Horizontal, em Belo Horizonte. As três capitais brasileiras foram os principais focos de mobilização contra o aumento das passagens.

Entre os dias 6 e 13 de junho de 2013 o Movimento Passe Livre organizou quatro protestos contra o aumento das tarifas de ônibus, que havia sido anunciado há pouco tempo pelo prefeito Fernando Haddad (PT/SP). Os atos foram marcados pela repressão policial: muitos manifestantes foram feridos em confrontos com a Polícia Militar de São Paulo, outros tantos foram presos e o cenário de destruição tomou conta da cidade. O avanço tecnológico permitiu com que as cenas de violência policial fossem facilmente

de manifestantes e uso de leis penais para incriminar o exercício de crítica marcam o retorno dessas ameaças e colocam novamente os movimentos

---

gravadas com apenas um celular e, por conta disto, não demorou muito para imagens de abusos e de repressão incondicionada circularem nas redes sociais e nas mídias. Sob o pretexto de coibir atos de vandalismo nos protestos, a repressão policial foi marcada pela utilização excessiva da força indiscriminadamente contra qualquer um que se encontrasse nos arredores das manifestações. A violência era tamanha e tão escancarada que indignou não só os paulistanos, mas todo o Brasil. Os protestos espalharam-se pelo país e as cenas de violência policial se repetiram em várias cidades do país. Através da internet, sobretudo das redes sociais, as lideranças locais convocaram um ato público nacional, no dia 17/06/2013, em favor da liberdade de manifestação do pensamento e contra a criminalização dos protestos. Estima-se que nas 12 cidades em que ocorreu a manifestação passaram mais de 500 mil pessoas, o que certamente significa a maior mobilização pública na forma de protesto da história democrática do Brasil.

A partir de 17/06/2013 a onda de protestos que ocupou as ruas do Brasil passou a incorporar diversos pleitos, transcendendo a questão do transporte público e da efetivação da liberdade de manifestação do pensamento.

Em 2014 o Brasil viu uma nova onda de manifestações públicas na forma de protesto, quase todas focalizadas na crítica à Copa do Mundo, que ocorreu no país. Os protestos foram novamente marcados pela excessiva utilização da força por parte das autoridades policiais, que culminou em várias cenas de violência contra manifestantes pacíficos, contra jornalistas, turistas e até contra quem nada tinha que ver com as manifestações. Os protestos contra a Copa do Mundo no Brasil também foram marcados pela atuação “preventiva” das Polícias Cíveis estaduais, que lograram êxito em conseguir dezenas de mandados de prisão preventiva contra supostos manifestantes violentos. Através do monitoramento das atividades dos manifestantes nas redes sociais as polícias conseguiram identificar militantes que capitaneavam as mobilizações e passaram a persegui-los de toda forma para evitar sua participação nos protestos. Se os protestos de 2013 haviam sido marcados pela forte repressão policial nas ruas, os protestos de 2014 contaram com mais um ingrediente: as inúmeras prisões arbitrárias e injustificáveis de manifestantes.

Estes eventos recentes reforçam a problemática apresentada neste artigo, evidenciando a necessidade de repensar as medidas necessárias para consolidação da democracia brasileira, sobretudo no que concerne ao debate público como meio por excelência de legitimação da opção democrática.

Para mais informações sobre o histórico dos protestos de 2013, cf. [http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos\\_no\\_Brasil\\_em\\_2013](http://pt.wikipedia.org/wiki/Protestos_no_Brasil_em_2013).

Para mais informações sobre os protestos contra a Copa do Mundo de 2014, cf. ANISTIA, 2014 (disponível em: [http://issuu.com/anistiabrasil/docs/balanc\\_o\\_parcial\\_-\\_copa\\_-\\_final](http://issuu.com/anistiabrasil/docs/balanc_o_parcial_-_copa_-_final)).

sociais diante do desafio de garantir a liberdade de manifestação para então tentarem fazer avançar suas pautas de reivindicação política.

Tal situação põe à prova tanto uma ideia de democracia que valoriza a atividade política dos cidadãos, como o próprio fundamento de legitimidade do Estado de Direito. Independentemente de quais demandas estão sendo silenciadas, tais ameaças ao debate público devem ser observadas com cautela diante dos riscos que representam para o Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANISTIA Internacional. Balanço Parcial da Copa. Campanha *Brasil, chega de bola fora*. São Paulo, SP, 2014. Disponível em: [http://issuu.com/anistiabrasil/docs/balanc\\_o\\_parcial\\_-\\_copa\\_-\\_final](http://issuu.com/anistiabrasil/docs/balanc_o_parcial_-_copa_-_final). Acesso: 24/07/2014.

ARROYO ZAPATERO, Luiz; NEUMANN, Ulfrid; NETO, Adam M. *Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla, La Mancha, 2003.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Ano 2, n. 5 – jan.1994.

BOITEUX, Luciana. Tráfico de Drogas e Constituição. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2009. Série “Pensando o Direito”, Referência PRODOC BRA/08/001.

BURGIERMAN, Denis Russo. O fim da guerra: a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas. São Paulo: Leya, 2011.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens Roberto. Convenções da ONU e leis internas sobre Drogas ilícitas: violações à razão e às normas fundamentais, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pp. 30 e ss.



COMPARATO, Fábio Conder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. *In* Direitos Humanos – Visões Contemporâneas, edição de Associação Juizes para a Democracia, 2012.

DA LUZ, Yuri Corrêa. Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo. São Paulo: Monografia nº 64 apresentada ao IBCCRIM, 2013.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. Problemas de constitucionalidade da criminalização do tráfico de entorpecentes na perspectiva da tutela dos direitos fundamentais. *In* Revista Última ratio, ano 3, n. 4. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ELY, John Hart. Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review. Cambridge: Harvard University Press, 1980, pp. 637-665.

FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Drogas e Direito Penal Mínimo: Análise Principlológica da Criminalização de Substâncias Psicoativas. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 16, n. 75, nov/dez, 2008, pp. 135-183.

FILGUEIRAS, Fernando. Perceptions on Justice, the Judiciary and Democracy. *In*: Brazilian Political Science Review, n. 7, v. 2, 2013, pp. 62-87. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bpsr/v7n2/03.pdf>

FOLHA de São Paulo. Polícia agride repórter e manifestantes da Marcha da Maconha em São Paulo, 22/05/13. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/multimedia/videocasts/919102-policia-agride-reporter-emanifestantes-na-marcha-da-maconha-em-sp-veja.shtml>. Acesso: 15/05/2014.

GARCIA, Roberto Soares. A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Boletim

IBCCRIM. Edição Especial sobre Drogas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2005.



GÜNTHER, Klaus.. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. In. PÜSCHEL, Flávia Portella e MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 27-51.

HABEMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre facticidade e validade. Vols. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y estado social e democratico de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*. 2ª. Edição. Santiago de Chile: ConoSur, 1992.

KARAM, Maria Lúcia, Drogas: Dos Perigos da Proibição à Necessidade da Legalização, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pp. 10 e ss.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 4ª ed. (trad. Luís Carlos Borges), 2005.

HAILER, Marcelo. O Brasil vai legalizar a Maconha? *Revista Fórum Semanal*, São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.revistaforum.com.br/digital/135/o-brasil-vai-legalizar-maconha/>. Acesso: 22/07/2014.

KOMETANI, Pâmela. Manifestantes realizam Marcha da Maconha na Avenida Paulista. *Globo*, portal G1. São Paulo, 08/06/2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2013/06/manifestantes-realizam-marcha-da-maconha-na-avenida-paulista.html>. Acesso: 22/07/2014.

MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. In Boletim IBCCRIM. Edição Especial sobre Drogas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_ ; ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. *Marcha da maconha: Apologia ou liberdade de expressão*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2010. Volume único. 1374C. (Mesas de estudos e debates).

NOBRE, Marcos; RODRIGUEZ, José Rodrigo. “Judicialização da Política”: deficits explicativos e bloqueios normativistas. Revista Novos Estudos 91, novembro 2011. p. 5-19.

O PROGRESSO. Zé Teixeira critica liberação da “marcha da maconha”. Dourados, MS, 19/06/2011. Disponível em: <http://www.progresso.com.br/politica/ze-teixeira-critica-liberacao-da-marcha-da-maconha>. Acesso: 22/07/2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Scenarios for the drug problem in the Americas 2013 – 2025*. Drafted by the Scenario Team appointed by the Organization of American States under the mandate given to the OAS by the Heads of Government of Member States meeting at the 2012 Summit of the Americas in Cartagena de Indias. Disponível em: <[http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe\\_de\\_Escenarios.pdf](http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe_de_Escenarios.pdf)>. Acesso: 14/07/2014.

OTERO, Lorena. Das ruas ao Supremo Tribunal Federal: a criminalização da Marcha da Maconha no Brasil. 2013. 135fl. Relatório Final de Iniciação Científica – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2013.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. "Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método". *In* Revista de Direito Administrativo (RDA), n. 262 (2013): 95-144.

PETRÓ, Gustavo; PIZA, Paulo Toledo. Manifestantes encerram Marcha pela Liberdade na Avenida Paulista. *Globo*, portal G1. São Paulo, 18/06/2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/06/manifestantes-encerram-marcha-da-liberdade-na-avenida-paulista.html>. Acesso: 20/07/2014.

PINHO, Márcio. Marcha da Maconha chega ao fim em SP sem incidentes, diz PM. *Globo*, portal G1. São Paulo, 19/05/2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/05/marcha-da-maconha-chega-ao-fim-em-sp-sem-incidentes-diz-pm.html>. Acesso: 24/07/2014.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PREVIDELLI, Amanda. Marcha da Maconha passa pela Av. Paulista e chega à Consolação. *Globo*, portal G1. São Paulo, 26/04/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/manifestantes-se-reunem-no-vaio-livre-do-masp-para-marcha-da-maconha.html>. Acesso: 15/07/2014.

QUEBRANDO o tabu (filme). Direção de Fernando Grostein Andrade. Spray Filmes, 2011. DVD.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In PASSETTI, Edson (org.). Curso livre de abolicionismo penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004a, p. 131-151.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. PÜSCHEL, Flavia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. O raciocínio jurídico-dogmático e suas relações com o funcionamento do poder judiciário in *Dogmática é Conflito: Uma Visão Crítica da Racionalidade Jurídica*, coord. RODRIGUEZ, José Rodrigo. Ed. Saraiva. São Paulo, 2012, p. 33-54.

ROXIN, Claus. *Es la protección de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* In: HEFENDEHL, Roland (ed). *La Teoría del Bien Jurídico: Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, 2007.

\_\_\_\_\_. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Trad. André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (coords.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2011, p. 202

SABADELL, Ana Lucia; ELIAS, Paula. Breves reflexões sobre a política internacional de drogas: o papel das Nações Unidas. In BITENCOURT, Cezar Roberto (org.). Direito penal no terceiro milênio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 217-233.

SARLET, Ingo. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais. Boletim da Faculdade de Direito, v. LXXXI, Coimbra, 2005, p. 325-386.

SILVA, Virgílio Afonso da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (orgs.). Direito e interpretação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 363-380.

SILVA, Felipe Gonçalves. Habermas e a Ambiguidade do Direito Moderno. In: SILVA, Felipe Gonçalves e RODRIGUEZ, José Rodrigo. Manual de Sociologia Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133-153.

SILVESTRE, Mauro Leno. *Maconheiro tem problema de memória: história do movimento pró-legalização da cannabis no Brasil*. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, São Paulo, julho 2011. Disponível em: [http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300970373\\_ARQUIVO\\_PaperMauroLeno-SimpósioTemático16.pdf](http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300970373_ARQUIVO_PaperMauroLeno-SimpósioTemático16.pdf). Acesso em 14 de julho de 2014.

STOTZKY, Irwin P. *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*. Colorado: Westview Press, 1993.

VIDAL, Sérgio. *Falta alguma coisa na história da maconha no Brasil e no mundo?* Fonte: European Coalition for Just and Effective Drug Policies: <http://www.encod.org/info/Falta-alguma-coisa-na-historia-da.html>. Publicado em 16 de abril de 2008. Acesso em 14 de julho de 2014.

VIEHWEG, Theodor. *Ideologia y Dogmática Jurídica*. In: *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. *Algunas Consideraciones acerca del Razonamiento Jurídico*. In: *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Tradução de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997(a).

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, Dec. 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso). Acesso em 26 de junho 2014.

WACQUANT, Lóic. *From Slavery to Mass Incarceration: Rethinking the 'Race Question' in the US*. In: Tonry, Michael. *Why Punish? How Much? A Reader on Punishment*. New York: Oxford Press, 2011, pp. 287-402.

WESTERN, Bruce; WILDEMAN, Christopher. *The Black Family and Mass Incarceration*. The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science. Vol. 621, n. 1, 2009, pp. 221-242

\_\_\_\_\_; MULLER, Christopher. *Mass Incarceration, Macrosociology and the Poor*. The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science, vol. 647 n. 1, 2013, pp. 166-189

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; Guerra às Drogas e Letalidade do Sistema Penal, Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, volume 16, n. 63 - edição especial, 2013, pp. 113 e ss.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. 292 p.

\_\_\_\_\_. 2008. Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus 1080118354-9, Juíza de Direito Dra. Laura de Borba Maciel Fleck, j. 03/05/2008.

\_\_\_\_\_. 2008a. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. Ação cautelar inominada 2008.001.103260-6, Juiz de Direito Roberto Câmara Lace Brandão, j. 03/05/2008.

\_\_\_\_\_. 2008b. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Mandado de Segurança 4744713-36.2008.8.13.0000, desembargador relator Vieira de Brito, j. 07/08/2008.

\_\_\_\_\_. 2008c. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança 12198963/2-00, desembargador relator Euvaldo Chaib, j. 19/08/2008.

\_\_\_\_\_. 2009. Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. IV Juizado Especial Criminal. Habeas Corpus 2009.001.0900257-7, Juiz de Direito Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, j. 14/04/2009.

\_\_\_\_\_. 2009a. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus 70030025068, desembargadora relatora Genacéia da Silva Alberton, j. 03/06/2009.

\_\_\_\_\_. 2010. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus 70036328334/2010, desembargador relator Cláudio Baldino Maciel, j. 24/06/2010.

\_\_\_\_\_. 2011. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187, ministro relator Celso de Mello, j. 15/06/2011.

BRASIL. 2011a. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança 0100200-35.2011.8.26.0000, desembargador relator Teodomiro Mendez, decisão liminar proferida em 20/05/2011, j. 15/08/2011.

\_\_\_\_\_. 2011b. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4274/DF, ministro relator Ayres Britto, j. 23/11/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659 (em tramitação), relator Ministro Gilmar Mendes. Petição inicial disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4034145>. Acesso em: 15/07/2014.

# A AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES PRATICADOS POR GRUPOS DE EXTERMINIO OU MILÍCIAS PRIVADA INTRODUZIDOS PELA LEI 12.720/12 E SUA CONSEQUENTE INEFICÁCIA

## *CRIMES COMMITTED BY PRIVATE MILITIAS AND DEATH SQUADS IN BRAZIL. ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE BRAZILIAN LAW NO. 12,720/ 2012 AND ARTICLE 288 OF THE CRIMINAL CODE*

Marcia Arnaud Antunes \*

Daniela Saraiva \*\*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Contexto Histórico. 1.1. O surgimento do crime de organização criminosa. 1.2. A Lei nº 12.720/2012. 1.2.1 Críticas à Lei 12.720/12. 1.2.1.1 A Ementa. 1.2.1.2 Péssima técnica legislativa diante do clamor social. 1.2.1.3 A tipificação dos crimes de milícias privadas e grupos de extermínio. 2. A questão da tipificação dos crimes de organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão, e grupos de extermínio. 3. Contribuições da Doutrina. 3.1. A organização paramilitar. 3.2. A milícia particular. 3.3. As organizações grupo e esquadrão. 3.4 Análise Doutrinária dos tipos penais do art. 288-A do Código Penal. Considerações Finais. Referências.

**RESUMO:** Este artigo pretende problematizar a aplicabilidade da Lei nº 12.720 / 2012 que tipificou os crimes praticados por organizações criminosas, e alterou diversos diplomas legais (como o Código de Processo Penal e o Código Penal) criando alguns dispositivos que já geram acirrada controvérsia em que não deve demorar a ser alvo de ações de inconstitucionalidade, em particular a caracterização das milícias, conhecidas como a Constituição da milícia privada e previstas no artigo 288 do Código Penal. Esta lei sofreu várias críticas porque não define o que seria organização paramilitar, milícia privada ou particular, grupo ou esquadrão e da morte e, além disso, não conseguiu trazer o número mínimo necessário de agentes para caracterizar tais organizações, o que poderá acarretar sua inaplicabilidade. A ausência de tipo penal específico somada aos princípios norteadores do direito público em geral, de do direito penal em particular, não só podem inviabilizar a efetiva aplicação da lei em tela.

**Palavras-chave:** Milícia privada. Grupos de Extermínio. Eficácia Lei nº 12.720/2012. Artigo 288-A do Código Penal.

**ABSTRACT:** *This article aims to discuss the applicability of Law No. 12,720 / 2012 typified the crimes committed by criminal organizations, and amended several pieces of legislation (such as the Criminal Procedure Code and the Penal Code) creating some devices that have generated fierce controversy that should not take the subject of unconstitutionality, in particular the characterization*

\* Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e Assistente Mestre da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: direito social, modelo positivista, criança, legitimidade e direitos humanos e Ciência Política e Teoria Geral do Estado.

\*\* Mestranda e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

**Como citar:** ANTUNES, Marcia Arnaud. SARAIVA, Daniela. A ausência de tipificação dos crimes praticados por grupos de extermínio ou milícias privada introduzidos pela lei 12.720/12 e sua consequente ineficácia. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-12, ago-dez. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>.

*of the militias, known as the Constitution of private militia and provided for in Article 288 of the Penal Code. This law has undergone several critical because it does not define what would be paramilitary organization, private or private militia, group or squadron and death and, moreover, failed to bring the minimum required number of agents to characterize such organizations, which could result in its inapplicability. The absence of specific criminal offense added to the guiding principles of public law in general, criminal law in particular, can hinder the effective application of the law in question.*

**Keywords:** *Private Militia. Extermination groups. Effectiveness of Law No. 12,720 / 2012. Article 288 of the Criminal Code*

## **INTRODUÇÃO**

A Edição da Lei nº 12.720 / 2012, que tipificou os crimes praticados por organizações criminosas e alterou diversos diplomas legais (como o Código de Processo Penal e o Código Penal) apresenta alguns aspectos que podem vir a inviabilizar sua efetividade: não define o que seriam os tipos penais: organização paramilitar, milícia privada ou particular, grupo ou esquadrão e da morte e, o que poderá acarretar sua inaplicabilidade. A ausência de tipo penal específico somada aos princípios norteadores do direito constitucional, do direito público em geral e do direito penal em particular, não só podem inviabilizar a efetiva aplicação da lei em tela, mas também revela uma tendência perniciososa de criação que visam atender as expectativas populares insufladas pela mídia, mas que acabam por dificultar a efetiva ação do Estado para punir condutas de fato perniciosas. Uma análise das circunstâncias históricas envolvidas no processo de criação desta legislação aponta que parte do problema da tipificação se deve à uma legislação criada sob à mira de uma mídia alarmista que forjou na opinião pública um “clamor” pela regulamentação destas práticas, o que levou à uma legislação feita às pressas, de afogadilho, com imprecisões técnicas insanáveis, o que poderá acarretar sua ineficácia.

## **1 CONTEXTO HISTÓRICO**

Durante décadas o Estado Brasileiro se manteve totalmente ausente na proteção das populações carentes- em particular em uma desordenada ocupação do espaço urbano- o que propiciou o surgimento de grupos criminosos e resultou no enorme crescimento da violência em algumas cidades. Muitos destes grupos, sob o pretexto de promover a segurança das comunidades carentes, assumem feição de um estado paralelo, em particular por serem em grande parte dos casos compostos



por agentes estatais agindo ao arrepio da lei e visando obter benefícios econômicos. Tais organizações passaram a ser notadas pela mídia a partir de 2008 após a ampla divulgação sobre essas organizações, conduzindo a opinião pública a exigir uma regulamentação específica que coibisse as práticas destes grupos, até então não previstas em lei específica. Exigência justa, mas o seu atendimento, a forma que seguiu a regulamentação está marcada por falhas indelévels de péssima técnica legislativa o que poderá acarretar a ineficácia do dispositivo legal criado.

### **1.1. O surgimento do crime de organização criminosa**

A primeira conceituação utilizada no Brasil para definir a organização criminosa foi a prevista pela Convenção de Palermo, e posteriormente reconhecida pelo Decreto Legislativo em 12 de março de 2004. Como estávamos na esfera dos Tratados Internacionais, a sua aplicação prática não foi possível diante da grave ofensa ao princípio da legalidade, tendo em vista que, como é sabido, o artigo primeiro do Código Penal prevê: “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”. Como o crime de organização criminosa não era previsto em lei pátria, apenas restava possível a aplicação do previsto pelo artigo 288 do Código Penal para se coibir tais práticas.

Posteriormente, visando solucionar o problema, foi criada a Lei nº 9.034/1995, contudo o problema persistiu uma vez que a mesma mais uma vez não apresentou o conceito de organizações criminosas, o que impossibilitou a sua aplicação prática. Visando solucionar o problema, a Lei nº 12.694/2012 foi criada, trazendo em seu artigo 2.º a definição de organização criminosa como: “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.” Entretanto, a péssima técnica legislativa persistiu, pois a lei deixou de prever a pena para aquele que fizesse parte da organização criminosa.

Foi em agosto de 2013 que a Lei nº 12.850 foi publicada, revogando expressamente a Lei nº 9.034/1995 e trazendo consigo não só

uma nova definição para organização criminosa, mas também a previsão de pena ao indivíduo que a integre.

## **1.2. A lei nº 12.720/2012**

A lei nº 12.720/2012 entrou em vigor em 28 de setembro de 2012, data de sua publicação, e trouxe consigo dois casos de aumento de pena: um previsto no artigo 121 e o outro no artigo 129, ambos do Código Penal, bem como um tipo penal novo denominado Constituição de Milícia Privada, previsto no artigo 288-A do Código Penal. Desde sua publicação a lei é alvo de diversas críticas. Este dispositivo legal se originou do projeto de lei nº 370/2007, porém muitas foram as diferenças entre o texto inicial elaborado e o texto aprovado que de fato alterou o Código Penal. O objetivo do projeto de lei era muito mais amplo, tendo em vista que visava combater o extermínio praticado em situações de conflitos éticos, religiosos, políticos ou sociais, e em outras diversas situações, como a intolerância à diversidade de comportamento de minorias, sejam tais práticas consumadas por grupos que se arrogam direitos de fazer justiça ou que se escondem sob outras falsas roupagens de prestação de serviços para angariar certa simpatia junto à sociedade ou a complacência de autoridades públicas. Ora, o extermínio de pessoas não pode ser tolerado em absolutamente nenhuma circunstância!

O deputado Luiz Albuquerque Couto, criador do projeto, para demonstrar a essência e o significado da lei considerou como ocorrências análogas o Massacre do Carandiru ocorrido em 1992, a Chacina da Candelária ocorrida em 1993 e, por fim o Massacre dos trabalhadores sem terra de Eldorado dos Carajás –PA, ocorrido em 1996. Infelizmente o projeto de lei não alcançou o seu intento e o texto de lei aprovado muito se distanciou do objetivo traçado em sua origem. Durante a criação da nova lei diversas modificações foram realizadas a ponto do projeto de lei apresentado ter hoje pouquíssima relação com o texto aprovado e em vigor.

A criação do artigo 288-A notadamente veio atender a necessidade de regulamentação pátria no disposto no item 1º, da Resolução no 44/162, editada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, que preceitua que “os governos proibirão por lei todas as execuções extralegais, arbitrárias ou sumárias, e zelarão para que todas essas execuções se tipifiquem como delitos em seu direito penal, e sejam sancionáveis como penas adequadas que levem em conta a gravidade de tais delitos. Não poderão ser invocadas,

para justificar essas execuções, circunstâncias excepcionais, como por exemplo, o estado de guerra ou o risco de guerra, a instabilidade política interna, nem nenhuma outra emergência pública. Essas execuções não se efetuarão em nenhuma circunstância, nem sequer em situações de conflito interno armado, abuso ou uso ilegal da força por parte de um funcionário público ou de outra pessoa que atue em caráter oficial ou de uma pessoa que promova a investigação, ou com o consentimento ou aquiescência daquela, nem tampouco em situações nas quais a morte ocorra na prisão. Esta proibição prevalecerá sobre os decretos promulgados pela autoridade executiva” .

Mas nem só a regulamentação da Resolução da ONU foi pretendida: uma resposta à população, que via com horror o crescimento da violência parecia imperativo. Nasce neste contexto a Lei 12.720/12.

### 1.2.1 Críticas á Lei 12.720/12

#### 1.2.1.1 A Ementa

Uma crítica inicial apresentada por Marcelo Rodrigues da Silva se refere à inadequação da Ementa apresentada na Lei 12.720/12: Dispõe sobre o crime de extermínio de seres humanos. Como afirma o A.: “Dentro do contexto da lei, impende salientar que a palavra “extermínio” pode gerar um enquadramento errôneo no juízo de adequação dos fatos à nova lei, tendo em vista que para a caracterização das causas de aumento elencadas nos § 6º do artigo 121 e § 7º do artigo 129, ambos do Código Penal, e do crime de “Constituição de Milícia Privada” (artigo 288-A do Código Penal) não é necessário que o agente pretenda a eliminação ou tentativa de eliminação total de seres humanos ou de grupo nacional, étnico,

racial ou religioso, no todo ou em parte.” A imprecisão do título induz à erro pois o fulcro da Lei não se dirige apenas o homicídio, mas em particular os vários tipos de crimes praticados no contexto da ação das milícias privadas e dos grupos de extermínio. Continua Marcelo Rodrigues da Silva: “Assim, o crime em estudo não se confunde como o crime de genocídio (lei 2.889 de 1º de outubro de 1956), que tem por principal fundamento a intenção do agente, que é eliminar, ainda que parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.” Não se trata tão pouco

de genocídio, pois não há um fim de eliminar todo um grupo social ou religioso, mas apenas determinada (s) pessoa (s).

### 1.2.1.2 Péssima técnica legislativa diante do clamor social

Mas a Lei não veio apenas regulamentar uma legislação internacional. A melhor doutrina na esfera penal aponta que muitas das críticas que a esta se dirige resultam da péssima técnica legislativa, aparentemente oriunda de uma preocupação em legislar em resposta ao clamor social. Este clamor nunca foi um bom conselheiro ao legislador. Prado afirma que “Essa causa de aumento de pena, tal como o artigo 288-A, foi inserida às pressas pelo legislador brasileiro, com a nítida finalidade de dar uma resposta aos anseios sociais devido à expansiva ação exercida pelas milícias, grupos armados, que sob o pretexto de se estar prestando um serviço de segurança ao qual teoricamente teria renunciado o Estado por meio de sua negligência, praticam atos de extorsão e violência, mormente em comunidades carentes das cidades brasileiras.”

### 1.2.1.3 A tipificação dos crimes de milícias privadas e grupos de extermínio

Mas sem dúvida uma das críticas mais alarmante á Lei e a resultante inclusão do artigo 288-A no Código Penal - e era ao que se pretendia ressaltar no presente artigo- concerne à imprecisão dos tipos penais milícias privadas e grupos de extermínio. Segundo Bitencourt “A tipificação do crime constituição de milícia privada afronta o princípio da legalidade estrita ao não definir “organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão”, dificultando gravemente a segurança exigida em um Estado Democrático de Direito.” A legislação em tela, ao ser imprecisa, inviabiliza o enquadramento dos crimes no tipo legal. Os princípios mais elementares do direito penal não o permitiriam. “Ainda o A. :” Na realidade, o legislador devia ter conceituado e definido o significado dos grupos que elenca, atendendo, assim, o princípio da taxatividade estrita.

Da mesma forma entende Adel El Tasse: ”a total ausência de definição do que constitui grupo ou esquadrão faz com que a parte final do dispositivo do artigo 288-A, do Código Penal, careça de qualquer aplicação, por não atender ao princípio da legalidade em matéria penal, não servindo a salvaguarda da espécie à afirmação de que se trataria de um tipo constituído de elemento normativo empírico, posto que não há

nenhum dado extrajurídico no nosso sistema válido a permitir a integração do conceito de grupo ou esquadrão.” A ausência de tipo penal específico somada aos princípios norteadores do direito público em geral, de do direito penal em particular, não só podem inviabilizar a efetiva aplicação da lei em tela.

## **2 A QUESTÃO DA TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES DE ORGANIZAÇÃO PARAMILITAR, MILÍCIA PARTICULAR, GRUPO OU ESQUADRÃO, E GRUPOS DE EXTERMÍNIO**

A Lei 12.720/12 instituiu o artigo 288-A do Código Penal da seguinte forma: “Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código:

Pena – reclusão, de 4 a 8 anos”. Trata-se de um tipo penal extremamente aberto, pois a lei não conceituou o que vem a ser “‘grupo de extermínio’, ‘esquadrão’, ‘milícia privada’, ‘organização paramilitar’, abrindo margem interpretativa para a doutrina”. A questão que se pretende aqui propor é que a falta de enquadramento legal de tais conceitos poderá ensejar a ineficácia do novo tipo penal, fazendo permanecer, na prática, e na melhor das hipóteses, a antiga aplicação do tipo quadrilha ou bando (artigo 288, Código Penal), e não ao novo crime

de Constituição de Milícia Privada.

A doutrina não é uniforme com relação à conceituação dos elementos trazidos pelo artigo 288-A do Código Penal. Essa dificuldade foi externada, inclusive, no Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito (Resolução nº 433/2008), da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, presidida pelo Deputado Marcelo Freixo, destinada a investigar a ação dessas novas “milícias”, no âmbito daquele Estado. Ignácio Cano, no Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito das Milícias no Rio de Janeiro propôs uma definição de milícia que nos parece bastante interessante, posto que fornecesse critérios para interpretação da prática dos diversos grupos milicianos, que atuam de forma diversa nos diversos casos em que se observam tais práticas. Segundo Cano, para que se configure uma milícia privada, devem acontecer simultaneamente: “1. O controle de um território e da população que nele habita por parte de um grupo armado irregular; 2. O caráter em alguma medida coativo desse controle dos moradores do território; 3. O ânimo de lucro individual como motivação principal dos integrantes desses grupos; 4. Um discurso de

legitimação referido à proteção dos habitantes e à instauração de uma ordem que, como toda ordem, garante certos direitos e exclui outros, mas permite gerar regras e expectativas de normatização da conduta; 5. A participação ativa e reconhecida de agentes do estado como integrantes dos grupos.”

O controle territorial, a coação e o lucro em nada diferenciam a milícia do narcotráfico ou de outros grupos de crime organizado; no entanto a milícia sempre busca legitimar suas práticas para se impor sobre a população se utilizando do argumento de que ela é uma alternativa melhor do que a dominação das favelas pelo tráfico. Os milicianos divulgam sua condição de agentes públicos responsáveis pela segurança do Estado, os moradores que são obrigados a pagar taxas para obter segurança sentem-se seguros ao crer que a proteção está sendo realizada por indivíduos que tem conhecimento técnico/treinamento para exercer a segurança a que se propõe. Há ainda outros argumentos que favoreceram a instalação das milícias: o primeiro seria a diminuição do risco de um confronto pela dominação do território por parte de traficantes. Some-se ainda o argumento de que dificilmente se instalaria um confronto fratricida entre a polícia e o poder paralelo instalado.

Neste mesmo Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito, concluiu-se por conceituar milícias como: ”grupos armados para prática de diversas extorsões e exploração irregular de serviços públicos, controlados por integrantes das instituições de segurança pública e/ou das Forças Armadas, para fins econômicos escusos, não raro com representação direta de parlamentares ou indiretamente na forma de sustentação dessa atividade criminosa, contando, no mínimo, com a tolerância de autoridades de Poderes Executivos (braço político- eleitoral).” Depreende-se que as milícias são grupos formados em sua grande maioria por agentes ligados às forças de segurança do Estado, firmados por uma retórica focada na promessa de paz e afastamento do tráfico de drogas, que visam à exploração privada de serviços públicos com o intuito de obtenção de vantagem econômica.

Se num primeiro momento a presença das milícias nas comunidades pareceu uma boa opção para a população- já que eles afastavam os traficantes e investidas de policiais deixariam de ocorrer com frequência- não demorou muito para os moradores perceberem que a manutenção dessa paz estaria condicionada a determinadas regras de conduta por parte dos moradores.

Ressalte-se que cada grupo de milicianos atua de uma maneira diferenciada. Em algumas comunidades a milícia funciona quase como um serviço de segurança privada, intervindo na vida pessoal dos moradores apenas quando a ordem pública é ameaçada. Entretanto, em outras comunidades, as milícias impõem diversas regras aos moradores, interferindo diretamente na vida cotidiana da população. Algumas, apesar de utilizarem, não mostram a posse de armas de fogo, enquanto outras ostentam diversas armas. Algumas milícias interferem diretamente no direito de ir e vir dos moradores, impedindo-os de ir para áreas consideradas como território inimigo, o que é um comportamento típico de facções como o narcotráfico.

As milícias detêm um alto grau de organização, o que fica claramente demonstrado pela realização de cadastro de moradores, convocação de reuniões e até mesmo fornecimento de recibos de pagamento das taxas por eles cobradas. A intensidade da coação exercida pelas milícias é variada: dos crimes praticados pelas milícias, as denúncias de extorsão e desvios de conduta são as mais comuns, por estarem diretamente ligada à cobrança de taxas. Segundo Guaracy MINGARDI a “característica mais marcante” do crime organizado justamente “transpor para o crime métodos empresariais”.

Assim, tem-se um primeiro ônus probatório para que possa a acusação contra determinada pessoa deslocar-se do delito de formação de quadrilha ou bando e ingressar no tipo de organização criminosa, qual seja, a efetiva comprovação da hierarquia estrutural assemelhada ao sistema empresarial.

Paradoxalmente, a prática dos crimes por parte da população das favelas é coibida pelas milícias: caso um indivíduo descumpra as regras estabelecidas pelas milícias, o “infrator” é avisado por meio de agressões físicas da impossibilidade de repetir a infração e em caso de reincidência é expulso da favela e, dependendo da gravidade do ato praticado pode até ser punido com pena de morte.

Não raro a pena de morte é prática utilizada pelos milicianos para reforçar seu poder incontestável sob os moradores e, para dificultar o trabalho policial, não é incomum o depósito dos corpos em cemitérios clandestinos.

Assim como ocorre no crime de associação criminosa, o crime de constituição de milícia privada deverá ser aplicado independentemente da punição que couber em virtude do cometimento de outros crimes. As condutas elencadas pelo supracitado artigo devem ter a finalidade de



constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão, com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal.

Segundo Greco, o núcleo constituir tem o sentido de criar, trazer à existência. Já, por outro lado, organizar significa colocar em ordem, preparar para o funcionamento. O núcleo integrar diz respeito a juntar-se, reunir-se ao grupo; manter tem o sentido de sustentar e, por fim, custear tem o significado de financiar, arcar com os custos.

Para Sanches o núcleo constituir significa compor a organização. De outro turno, organizar tem o sentido de encontrar a melhor maneira de agir. O núcleo integrar está relacionado a fazer parte. Por derradeiro, manter ou custear significa sustentar, pagar o custo, não apenas financeiramente, mas com o fornecimento de materiais como instrumentos bélicos por exemplo.

Bittencourt ensina que o núcleo constituir se refere a criar, estruturar, dar forma a grupamento criminoso. Organizar diz respeito a ordenar, regularizar sua estrutura. O núcleo integrar, de outra banda, diz respeito a fazer parte, ser um de seus membros, e por fim, manter ou custear tem o sentido de sustentar, arcar com os custos.

Assim, verifica-se que os doutrinadores não se distanciam muito um do outro ao definir os núcleos do tipo penal, tendo como principal diferença a separação de Greco ao descrever os núcleos manter e custear, definindo o primeiro como sustentar e segundo como financiar.

Com relação às organizações previstas pelo tipo penal-organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão, Galvão entende que elas constituem entidades associativas distintas e são espécies de milícia privada.

Já para Coêlho: “o legislador se utilizou das expressões organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão como figuras afins e não para definir quatro espécies distintas de ilícito penal”.



### 3 CONTRIBUIÇÕES DA DOCTRINA

Analisemos cada uma das organizações previstas pelo tipo penal em comento.

#### 3.1 A organização paramilitar

Prado a define como “uma associação não oficial de pessoas, organizadas segundo uma estrutura paralela à militar, ou seja, que tem as características de uma tropa militar – hierarquizada como o exército, por exemplo, - sem que o seja do ponto de vista formal ou legalmente. Em outras palavras a organização paramilitar assemelha-se às forças militares em estrutura (hierarquização de cargos, armamento, missões, ataques, etc.), sempre à margem da lei.” No mesmo trilhar, Galvão: ”a organização paramilitar é uma associação constituída por civis ou por militares que não atuam representando suas instituições, que utiliza armas para a intimidação de suas vítimas e apresenta estrutura organizacional semelhante à estrutura militar. O adjetivo paramilitar que qualifica a organização miliciana expressa à ideia de que

ela é constituída paralelamente às organizações militares, com as características de uma força militar, por exemplo, a estrutura e organização funcional de uma tropa ou exército, sem, contudo, ser uma força institucional militar. A organização paramilitar deve apresentar uma forma rígida de comando, sem, contudo, possuir um dono que contrate os demais integrantes da organização para o atendimento de seus interesses particulares.” .

Em consonância com os demais Sanches: “Paramilitares são associações civis, armadas e com estrutura semelhante à militar. Possuem as características de uma força militar, têm a estrutura e organização de uma tropa ou exército, sem sê-lo”.

Dessa forma, nota-se que uma organização paramilitar é constituída por grupos que atuam ilegal e paralelamente ao Estado com estrutura semelhante às instituições militares.

A nossa Constituição Federal prevê em seu art. 5º, inc. XVII: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”. Vê-se, portanto, que as organizações paramilitares são

proibidas expressamente, pois só o Estado pode exercer poder coercitivo sob um indivíduo. É atividade privativa do Estado.

### **3.2 A milícia particular**

Masson entende que milícia particular é “o agrupamento armado e estruturado de civis – inclusive com a participação de militares fora das suas funções – com a pretensa finalidade de restaurar a segurança em locais controlados pela criminalidade, em face da inoperância e desídia do Poder Público. Bitencourt, ao definir a mesma organização vai mais além:” milícia particular tem sido definida como um grupo de pessoas (que podem ser civis e/ou militares), que, alegadamente, pretenderia garantir a segurança de famílias, residências e estabelecimentos comerciais ou industriais. Haveria, aparentemente, a intenção de praticar o bem comum, isto é, trabalhar em prol do bem estar da comunidade, assegurando-lhe sossego, paz e tranquilidade, que foram perdidos em razão da violência urbana. No entanto, essa atividade não decorre da adesão espontânea da comunidade, mas é imposta mediante coação, violência e grave ameaça, podendo resultar, inclusive, em eliminação de eventuais renitentes. “Na realidade, há uma verdadeira ocupação de território, numa espécie de Estado paralelo, com a finalidade de explorar as pessoas carentes.” No mesmo sentido Sanches: ”Grupo de pessoas, civis ou não, tendo como finalidade devolver a segurança retirada das comunidades mais carentes, restaurando a paz. Para tanto, mediante coação, os agentes ocupam determinado espaço territorial. A proteção oferecida nesse espaço ignora o monopólio estatal de controle social, valendo-se de violência e grave ameaça”.

### **3.3 As organizações grupo e esquadrão**

Para Greco, o grupo e esquadrão citados pelo artigo são “aqueles ligados ao extermínio de pessoas, normalmente de justiceiros que buscam eliminar aqueles que, por algum motivo, na visão deles merece morrer, realizando uma verdadeira limpeza social.” . Na mesma seara, define Sanches: ”Grupo ou esquadrão (grupo de extermínio) entende-se como tal a reunião de pessoas, matadores, justiceiros que atuam na ausência ou inércia do poder público, tendo como finalidade a matança generalizada, chacina de pessoas supostamente rotuladas como marginais ou perigosas. No mesmo sentido segue Bitencourt: ”Grupo ou esquadrão, embora o legislador

não tenha dito, está referindo-se aos famosos grupos de extermínios que ganharam espaço, basicamente, no Rio de Janeiro e São Paulo, tanto que o texto utiliza a locução “grupo ou esquadrão”. Curiosamente, no entanto, ao contrário da definição deste crime, na majorante que o mesmo diploma legal acrescentou ao crime de homicídio, refere-se expressamente a “grupo de extermínio”, reforçando nossa interpretação quanto ao sentido da terminologia utilizada na definição da novel infração sub examine. ‘Esquadrão’, por sua vez, ficou conhecido no final do regime militar como “esquadrão da morte”. Ou seja, ambos têm, fundamentalmente, o mesmo significado. Grupo de extermínio, enfim, é a denominação atribuída no Brasil a grupos de matadores que atuam nas classes mais desprivilegiadas de algumas das grandes cidades deste País, normalmente, nos subúrbios ou nas periferias. Esses grupos de extermínio, convém que esclareça, surgem quase sempre na omissão ou inoperância do Poder Público; não raras vezes esses grupos contam com o apoio e simpatia (e até mesmo a contratação) de comerciantes e moradores de comunidades pobres, pois, supostamente, manteriam marginais mais perigosos afastados e, muitas vezes, até os eliminam.

Dessa forma, vê-se que embora o tipo penal não diga expressamente grupo de extermínio, a doutrina vem entendendo dessa maneira, uma vez que no parágrafo sexto do artigo 121 também trazido ao Código Penal pela Lei nº 12.720/2012 o legislador trouxe no texto legal esta denominação. A doutrina vem interpretando grupo de extermínio e esquadrão como similares, sendo ambos constituídos por matadores que atuam no lugar do poder público assassinando quem na visão deles representa perigo à sociedade e por isso merece morrer.

A constituição de milícia privada é crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao passivo, ou seja, qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do delito em questão e o sujeito passivo é a sociedade.

Não se pode considerar como integrante de uma das organizações previstas pelo delito de constituição de milícia privada o indivíduo que realize alguma atividade abrangida pelos objetivos criminosos do grupo e não tenha consciência de que participa de uma “reunião de pessoas” que tem a finalidade de praticar crimes, é necessário que o indivíduo saiba que está fazendo parte de uma organização, o que não se pode esperar

de determinados empregados que apenas cumprem ordem dos integrantes da organização.

### **3.4 Análise Doutrinária dos tipos penais do art. 288-A do Código Penal**

Para a maioria da doutrina o bem jurídico protegido pelo tipo penal é a paz pública. Entretanto, para Bitencourt: "O bem jurídico protegido, na nossa concepção, não é propriamente a "paz pública". (...) o bem jurídico protegido imediato, de forma específica, é o sentimento coletivo de segurança na ordem e proteção pelo direito, que se vê abalado pela conduta tipificada no art. 288-A, ora sub examine; não é, por certo, uma indemonstrável "paz pública", pois, na maioria dos casos, a coletividade somente toma conhecimento de ditos crimes após serem debelados pelo aparato repressivo estatal, com a escandalosa divulgação que se tem feito pela 'mas media', como vem ocorrendo nos últimos anos. Dessa forma, nota-se que para Bitencourt o bem jurídico imediato tutelado pelo artigo 288-A é o sentimento coletivo de segurança na ordem e proteção pelo direito, ou seja, é a sensação ou o sentimento da população em relação à segurança social.

O crime de constituição de milícia privada também é considerado crime formal, uma vez que não é relevante para a configuração do delito em questão se os crimes para os quais a milícia privada tenha sido constituída para efetuar forem ou não praticados, pois o delito se consuma independente do efetivo cometimento dos outros delitos. O delito pode ser praticado

por qualquer meio que o agente escolher, sendo considerado, portanto, de forma livre. É um crime comissivo, tendo em vista que o núcleo do tipo indica que o delito não pode ser cometido por omissão, apenas pode ser cometido por ação.

Ademais, é um crime considerado permanente, pois sua consumação prolonga-se no tempo, dependendo do agente cessar ou interromper a prática do crime quando quiser. Tal classificação não se confunde com o crime de efeito permanente, pois neste a permanência é em relação ao resultado ou efeito, como, por exemplo, nos crimes de homicídio e furto, e não depende da manutenção da atividade do agente.

Pelo fato de se tratar de crime permanente é permitida a prisão em flagrante por todo período em que o delito estiver sendo praticado e, além disso, o marco inicial da prescrição da pretensão punitiva apenas começa

a ser contado da data da cessação da permanência e, por fim, se o território em que o delito tiver sido praticado abranger mais de uma comarca a competência para processar e julgar será definida pelo critério da prevenção.

O delito é classificado como de perigo comum abstrato. Isso porque coloca um número indeterminado de pessoas em perigo e esse perigo é presumido, portanto, abstrato, não precisando colocar de fato alguém em perigo. Dessa forma, a reunião de pessoas para a prática de delitos previstos no Código Penal já tem força suficiente para ofender a paz pública, pois perturba a tranquilidade no âmbito da sociedade.

Frise-se, ainda, que o crime é plurisubjetivo, em razão de trata-se de crime de concurso necessário, que é aquele que por sua estrutura típica exige o concurso de mais de uma pessoa. E, além disso, é uni subsistente, pois é um crime cuja conduta não admite fracionamento.

Para configurar o crime de constituição de milícia privada é necessário haver união estável e permanente. O acordo ilícito realizado pelos agentes não precisa ser perpétuo, mas sim, envolver uma ação duradoura. Deve haver uma atuação em comum visando a prática de crimes indeterminados.

Se não houver esse vínculo associativo, a união de indivíduos para prática de um ou mais crimes apenas caracterizará o concurso de pessoas previsto no artigo 29, “caput”, do Código Penal.

Sobre a finalidade prevista pelo tipo penal nos ensina Greco: “Essa finalidade tem que ser analisada com reservas. (...) Assim, por exemplo, não seria razoável imputar a uma organização paramilitar a prática de delito tipificado no art. 288-A quando a finalidade do grupo era a de praticar, reiteradamente, crimes contra a honra. Para essas infrações penais, se praticadas em quadrilha ou bando, já temos o delito previsto no art. 288 do mesmo diploma repressivo. Opinião é compartilhada por Sanches: “Assim, de acordo com nossa posição, embora a parte final do art. 288-A diga que haverá crime de constituição de milícia particular quando o agente constituir, organizar ou integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos no Código Penal de limitar esses crimes àqueles que dizem respeito às atividades normalmente praticadas pelas milícias (...) a exemplo do crime de homicídio, lesão corporal, extorsão, sequestros, ameaças etc.” Note-se, devemos entender como finalidade a prática de crimes comumente praticados por milícias e não qualquer crime previsto no Código Penal. Ademais, o dispositivo somente

deve ser aplicado aos crimes dolosos, haja vista a incompatibilidade do propósito de praticar crimes culposos ou preterdolosos, pois nestes o resultado é involuntário.

O tipo não prevê a modalidade culposa, dessa forma, o elemento subjetivo é o dolo. Mas, além do dolo, é necessário que o agente atue com um especial fim de agir, configurado na finalidade de praticar crimes previstos no Código Penal. A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Tendo em vista que a pena cominada ao delito em tela é de quatro a oito anos, o crime é de elevado potencial ofensivo e, assim sendo, incompatível com os benefícios elencados pela Lei nº 9.099/1995.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É indubitável que o legislador deveria ter sido mais técnico e preciso ao elaborar o texto da Lei 12.720/12. Uma análise mais detida nos leva a concluir que esta foi feita às pressas e com pouco zelo, o que se pode perceber de plano pela ementa a ela dada que dispõe que a lei versa sobre o crime de extermínio de seres humanos, sendo que não é disso que trata a lei. É evidente que também houve falha legislativa ao não se definir as organizações previstas. Os princípios constitucionais e penais não podem ser sacrificados casuisticamente. Estes não permitem a condenação por práticas que não sejam expressas especificamente na Lei, sob pena de ferir o Estado De Direito. *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Na esfera do Direito Penal, o princípio da legalidade ou da reserva legal torna forçoso afirmar que ao legislador é vedada a criação de leis penais que incidam sobre fatos anteriores à sua vigência, tipificando-os como crimes ou aplicando pena aos agentes. A Constituição atual consagrou o princípio à alçada dos “direitos e garantias fundamentais”, instituindo-o no seu art. 5º, XXXIX. Sobre a função da reserva legal enquanto garantidora de liberdades individuais, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais, assegurando aos indivíduos proteção ante o poder do Estado, ainda que a população no caso em tela pudera ser levada a concluir de forma oposta.

O Direito Penal estabelece a distinção entre a analogia *in malam partem*, em que se autorizaria aplicar dispositivos legais a situações semelhantes, em caso de a lei ser silente; e analogia *in bonam partem*, em que se beneficiaria o réu caso houvesse atenuação de penas ou descriminalização de condutas. O princípio da legalidade no Direito Penal,

no Estado de Direito moderno, proíbe categoricamente a analogia *in malam partem*, o que acarretará na indesejável consequência de ser impossível a punibilidade de réus com fulcro na Lei 12.720/12 e na redação que esta trouxe nos tipos penais do art. 288-A.

## REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Constituição da milícia privada**. Disponível em: <<http://cezarbitencourt.jusbrasil.com.br/artigos/121935991/constituicao-de-milicia-privada>>. Acesso em: 20/11/2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; OLIVEIRA; Monique Gonçalves Cossermelli. **Crimes de organização criminosa, de constituição de milícia privada e de associação criminosa e prisão temporária: uma lacuna legal**. Disponível em: <<http://www.direitopenalvirtual.com.br/artigos/crimes-de-organizacao-criminosa-de-constituicao-de-milicia-privada-e-de-associacao-criminosa-e-prisao-temporaria-uma-lacuna-legal>>. Acesso em: 22/05/2015.

CANO, Ignacio Thais Duarte. **‘No sapatinho’: a evolução das milícias no Rio de Janeiro (2008-2011)**. Disponível em: <[http://br.boell.org/sites/default/files/no\\_sapatinho\\_lav\\_hbs1\\_1.pdf](http://br.boell.org/sites/default/files/no_sapatinho_lav_hbs1_1.pdf)>. Acesso em: 10/10/2014.

CHAVES, Michelle Airam da Costa. **Rio das Pedras: Da polícia mineira a milícia**. Disponível em: <[http://www.tempopresente.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5262:rio-das-pedras-da-policia-mineira-a-milicia&catid=41&Itemid=127](http://www.tempopresente.org/index.php?option=com_content&view=article&id=5262:rio-das-pedras-da-policia-mineira-a-milicia&catid=41&Itemid=127)>. Acesso em: 18/10/2014.

COÊLHO, Yuri Carneiro. **Curso de direito penal didático. volume único**. São Paulo: Atlas, 2014.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para Concursos (CP)**. 8ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

FREIXO, Marcelo et al. **Relatório final da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do Estado do Rio de Janeiro**, p. 35. Disponível em: <[http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio\\_milicia.pdf](http://www.nepp-dh.ufrj.br/relatorio_milicia.pdf)>. Acesso em: 05/09/2014.

G1. **VEREADOR NADINHO DE RIO DAS PEDRAS É BALEADO NA ZONA OESTE, DIZ PM.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL885575-5606,00-VEREADOR+NADINHO+DE+RIO+DAS+PEDRAS+E+BALEADO+NA+ZONA+OESTE+DIZ+PM.html>>. Acesso em: 10/02/2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa: Lei nº12.850/13.** São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Código Penal: comentado.** 8ª ed. Niterói: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado.** 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. JUSTIÇA Global. **Segurança, Tráfico e Milícias no Rio de Janeiro**, p. 59. Disponível em: <[http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/relatorio\\_Milicias\\_completo.pdf](http://www.boell-latinoamerica.org/downloads/relatorio_Milicias_completo.pdf)>. Acesso em: 10/10/2014.

KREUTZFELD, Jonathan. **Favelização: As Favelas e os Cortiços.** Disponível em: <<http://geografia-ensinareaprender.blogspot.com.br/2014/07/favelizacao-as-favelas-e-os-corticis.html>>. Acesso em: 12/11/2014.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado.** 2ª ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal. Parte**

**Especial.** Vol. 2. 32ª ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2015.

NÓBREGA JUNIOR, Edson Diniz. **O lugar do pobre na cidade: dos Cortiços à Favela**, p. 19. Disponível em: <[http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0510433\\_07\\_cap\\_02.pdf](http://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0510433_07_cap_02.pdf)>. Acesso em: 12/11/2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal. Parte Geral e Parte Especial.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Para eleger vereadora, milícia mata 7 em comunidade do Rio.** Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,para-eleger-vereadora-milicia-mata-7-em-comunidade-do-rio,1084789>>. Acesso em: 09/02/2015.



OLIVEIRA, Rosane. **O impacto da ação das milícias em relação às políticas públicas de segurança no Rio de Janeiro**. p. 13. Disponível em: <<http://www.tni.org/files/download/crime4p.pdf>>. Acesso em: 25/11/2014.

PERES, Paulo. **Tipificar milícias como crime precisa ser urgente**. Disponível em: <<http://tribunadainternet.com.br/tipificar-milicias-como-crime-precisa-ser-urgente/>>. Acesso em: 21/11/2014.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal: crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. **Milícia privada: uma lei fadada ao fracasso?**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3394, 16 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22822>>. Acesso em: 27 set. 2015.

SANTOS, Rogerio Dutra dos. **As “milícias” do Rio de Janeiro (ou a busca de legitimidade da “polícia mineira”)**. Disponível em: <<http://www.cis.puc-rio.br/cedes/banco%20artigos/Direito%20e%20Seguran%20E7a%20P%20FABlica/as%20milicias%20do%20rio%20de%20janeiro.pdf>>. Acesso em: 19/01/2015.

SILVA, Marcelo Rodrigues. **Constituição de Milícia Privada. Artigo 288-a do Código Penal: uma lei fadada ao fracasso?** Comentários à Lei nº 12.720/2012. Disponível em: <<http://marcelorodriguesdasilva56.jusbrasil.com.br/artigos/121942266/constituicao-de-milicia-privada-artigo-288-a-do-codigo-penal-uma-lei-fadada-ao-fracasso-comentarios-a-lei-n-12720-2012>>. Acesso em: 25/05/2015.

TASSE, Adel El. **Nova Lei de Crime Organizado**. <[http://www.lex.com.br/doutrina\\_24840822\\_NOVA\\_LEI\\_DE\\_CRIME\\_ORGANIZADO.asp](http://www.lex.com.br/doutrina_24840822_NOVA_LEI_DE_CRIME_ORGANIZADO.asp)>. Acesso em: 20/05/2015.

TJRJ. Processo No 0001649-50.2009.8.19.0205. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWeb V2/consultaProc.do?v=2&FLAGNO ME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2009.205.001646-0>>. Acesso em: 14/02/2015. ZALUAR, Alba; CONCEIÇÃO, Isabel Siqueira. **Favelas sob o controle das Milícias no Rio de Janeiro**. p. 90. Disponível em: <[http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v21n02/v21n02\\_08.pdf](http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v21n02/v21n02_08.pdf)>. Acesso em: 15/10/2014.



# TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL: ANÁLISE SOCIAL E ECONÔMICA

## OUTSOURCING IN BRAZIL: SOCIAL AND ECONOMIC ANALYSIS

Marcelo Tolomei Teixeira\*

Daury Cesar Fabríz\*

**SUMÁRIO:** Introdução 1 A evolução do neoliberalismo e a mundialização do capital. 2 A força de trabalho na atualidade. 3 A terceirização no Brasil. Considerações finais. Referências

**RESUMO:** Neste artigo discutiram-se o contexto do neoliberalismo e da mundialização do capital – com sua transformação ante a força do capital financeiro e fragilização do Estado do Bem-Estar Social –, com a desregulamentação dos mercados financeiros e do trabalho como forma de nova estrutura do capital. O neoliberalismo tem como perspectiva as liberdades dos mercados – inclusive no campo das relações trabalhistas –, de modo que questiona as regulamentações estatais trabalhistas. A terceirização é processo que busca diminuir o custo da mão de obra ocasionando diversos custos sociais.

**Palavras-chave:** Neoliberalismo. Estado do Bem-Estar Social. "Toyotismo". Terceirização.

**ABSTRACT:** *In this article discussed is the context and the globalization of capital  $\frac{3}{4}$  with its transformation at the power of finance capital and weakening of the State Social Welfare  $\frac{3}{4}$  with the deregulation of financial and labor markets as a means of new structure capital. The neoliberalism has the perspective freedoms of markets - including in the field of labor relations - so that questions the labor state regulations. Outsourcing is a process that seeks to reduce the cost of labor leading many social costs.*

**Keywords:** *Neoliberalism. State Social Welfare. "Toyotism". Outsourcing.*

## INTRODUÇÃO

A realidade da terceirização contextualiza-se ante as diversas transformações que abrange o Estado e a nova forma de produzir da empresa capitalista na atualidade. Ou seja: a perspectiva de Estado e empresas enxutas e eficientes, economia competitiva sem inflação, busca de grandes e imediatos lucros, política estatal em busca de investimentos

---

\* Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Juiz do Trabalho na 17ª Região - Espírito Santo. E-mail: tolomei@trt17.gov.br.

\*\* Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Associado do Departamento de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Coordenador e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Sociólogo e Advogado.

externos com altas taxas de juros, movimentos de concentração financeira (falências, fusões e aquisições empresariais), privatizações, busca intensa de produtividade, empregabilidade (responsabilização do trabalhador para se formar e manter seu emprego) e tantas outras situações da modernidade desafiam que o presente artigo trate de questões econômicas e sociais para abordagem do tema que representa uma das maiores transformações no modo de produção capitalista e a reboque no mundo do trabalho  $\frac{3}{4}$  e daí também seus naturais reflexos no direito laboral  $\frac{3}{4}$  em especial no Brasil.

O Estado social conjugou desenvolvimento econômico, estatutos trabalhistas e uma mão de obra desqualificada que apenas laborava em conjunto com as máquinas. Segundo Ramos (2013, p.416), era o modelo de crescimento Pós-Guerra com a hegemonia do keynesianismo e metodologia de trabalho do taylorismo-fordismo, ou seja, produção em massa em grandes unidades fabris, com adaptação do trabalhador ao horário e uma forte disciplina com trabalhos em geral de pouca escolaridade (grande aproveitamento dos imigrantes), lembrando ainda a ideia que o trabalhador era um potencial consumidor dos produtos e serviços do capital – tal modelo como veremos se esgotou ou se tornou simplesmente indesejável para os interesses dos agentes econômicos mais poderosos.

Então, devemos tratar de como se figurou um novo modelo de Estado e um novo modelo para o mundo do trabalho – em que se enquadra o trabalho terceirizado e, ainda, de todas as repercussões que a ampliação da terceirização – sua possibilidade de se adequar para todas as atividades dentro da empresa – está tendo no Brasil.

O problema formulado é o seguinte: o que levou o sistema de produção capitalista a adotar a terceirização como um dos aspectos fundamentais de sua nova estruturação, como que tal se replicou no Brasil com seus desdobramentos econômicos, sociais e jurídicos?

Os objetivos do artigo: analisar o liberalismo e o neoliberalismo tendo como recorte seu ataque ao Estado social e a regulamentação do mercado de trabalho; analisar o fortalecimento do capital financeiro e seus reflexos no mundo do trabalho; os objetivos da empresa moderna com seu novo modelo de gerenciamento – o toyotismo; analisar a terceirização no Brasil com seus desdobramentos sociais e jurídicos e as possibilidades de sua ampliação.

Este trabalho adotará o método dialético "que penetra o mundo dos fenômenos por meio de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza da sociedade"

(MARCONI; LAKATOS, 1994, p.225). Pois são as transformações apresentadas como do Estado social as políticas neoliberais, do capital industrial ao predomínio do capital financeiro, do modelo fordista ao modelo toyotista de gerenciamento da produção. Da total impossibilidade da terceirização em nosso sistema jurídico para sua possibilidade de uso restrito e proposta para sua utilização ampla - que dão conta da explicação do fenômeno da terceirização daí a necessidade de captar tais transformações - suas mudanças dialéticas.

No primeiro capítulo, analisamos as mudanças políticas e econômicas atuais e suas rupturas. No segundo capítulo, analisamos o mundo do trabalho com sua nova fórmula de produção e a precarização das relações trabalhistas. No último, conceituamos a terceirização, suas perspectivas de acordo com os interesses do capital, seu enquadramento jurídico e suas conseqüências sociais.

## **1 A ASCENSÃO DO NEOLIBERALISMO E A MUNDIALIZAÇÃO DO CAPITAL**

Para entender o neoliberalismo, começaremos pela lógica das ideias dos autores do liberalismo econômico começando por John Locke que assim como Hobbes, Humes, Smith e Rousseau são os chamados jusnaturalistas, que procuraram, cada um a sua maneira, uma explicação racional para as instituições sociais fora da teologia ou dos gregos e romanos que negam a individualidade. Locke é um monarquista liberal que se diferencia do absolutismo de Hobbes. Sua ênfase na propriedade é conhecida e supõe ser a mesma um direito inato dos homens no estado da natureza, e propriedade significa, também, direito à vida, liberdade e fortuna, bens que devem ser protegidos em especial quando o homem passa a viver em sociedade e os conflitos são constantes.

Segundo Châtelet et al. (1990, p. 59), como os direitos naturais não têm força, é necessário constituir um poder que os enuncie e formalize. Por essa razão, as leis e os aparelhos do Estado, para Locke, defenderam a extensão natural da inclinação do homem em ser proprietário e viver em função do mercado. Ora, o mercado absolutamente é natural para organizar a vida societária. Ideias que mereceram muitas críticas – já que a história conheceu variadas formas diferentes, vide as sociedades primitivas. Locke a rigor apresenta o indivíduo dentro da lógica imposta

pelo sistema capitalista como um ser já marcado pela propriedade privada e suas instituições correlatas.

Importante ainda perquirir: a propriedade sendo produto do trabalho teria ela então uma função social, no sentido de que só faz jus ao título de proprietário quem nela diretamente trabalha? Segundo Bobbio (1997, p. 201), em virtude da invenção da moeda, Locke admite a acumulação da propriedade ilimitada e, por conseguinte, a possibilidade de o homem alienar sua força de trabalho, inclinando-se para a exploração da força de trabalho coerente com o individualismo possessivo típico das sociedades capitalistas.

Adam Smith é sempre citado pelos liberais. Acredita que a busca da riqueza faz girar o mundo como garantia do bem estar da coletividade. Segundo Châtelet et al. (1990, p.70), a mão invisível do mercado busca as atividades benéficas à sociedade (e que elimina as produções parasitárias) e os trabalhadores trabalham mais e melhor para melhorarem suas condições de vida. Portanto, é da tônica do pensamento de Smith a defesa da autorregulamentação dos mercados, e de segundo Rossanvallon (2002, p. 92-104), fazer com que os Estados não dissipem a riqueza, que sejam reduzidos ao mínimo, que não venham intervir na vida econômica, cuja função política seja a defesa da propriedade, mas que sejam, ao mesmo tempo, Estados ativos, capazes de defenderem a sociedade da violência de outras sociedades, de defenderem os cidadãos da violência e também capazes de produzirem obras públicas e alimentarem instituições que o interesse privado não teria interesse a ocupar.

Aliás, pensando em atualidade, ou seja, já adiantando o contexto neoliberal, podemos compreender que tal Estado é muito dinâmico porque tem que impor as reformas em favor do mercado, tem que evitar a mobilidades dos pobres que procuram ultrapassar fronteiras, tem que criar pretextos de guerras para defender direitos econômicos estratégicos como do petróleo, tem que conter e encarcerar os pobres criando um Estado policial, enfim se trata de um Estado mínimo no que diz respeito a temas como direitos sociais, educação, saúde etc.

Tal escola de pensamento supracitada, incluindo, inclusive, os fisiocratas e os utilitaristas que são também importante para o pensamento liberal preconizam sempre a ideia da não intervenção estatal do Estado no mercado. Admitem que os pobres do mundo possam se beneficiar com uma política educacional, com a tecnologia, com a maior produtividade nas empresas e até mesmo com uma política de renda, desde que não se

meçam no espaço sacrossanto dos mercados, daí a grande maioria ser contra o salário mínimo ou a intervenção sindical. O trabalho é uma mercadoria que deve encontrar, como as demais, seu preço de mercado.

Os neoliberais criticam, ainda, de forma profunda, o chamado protecionismo do Estado. Segundo Chomsky (2002, p.41) foi justamente o protecionismo que permitiu aos Estados Unidos, assim como a Inglaterra, a seu tempo, a ser tornarem países ricos, quando poderosos apontam para os demais países as virtudes do campo aberto.

A partir da década de 30, Keynes entra em cena para dar resposta ao desemprego estrutural. Sua resposta é singela e desconcertante: considera que o problema estava na questão da ocupação e passa a creditar no Estado a possibilidade de aquecer a economia, combatendo o capital rentista (ex. da política de juros e câmbio) e investimento em infraestrutura, a perspectiva de um Estado não intervencionista cai por terra, assim como a Teoria dos Economistas Neoclássicos que consideravam que o desemprego era voluntário, que os trabalhadores estavam desempregos, pois se recusavam aos salários oferecidos. Exemplo da política keynesiana:

é claro que ele só o fará se essa taxa de juros for conveniente inferior à sua perspectiva de lucros ou, como chamou Keynes da "eficiência marginal do capital". Sendo os juros elevados demais, a inversão não absorve toda a renda poupada e a diferença permanece entesourada, com a consequente queda da demanda efetiva, de nível de atividade, etc. (SINGER, 1978, p. XII).

Críticas a tal intervencionismo estatal, após a Segunda Guerra Mundial, já eram existentes nas obras de: Mises, Hayek, Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins e Ludwig Von Mises. Mas o modelo de crescimento e o Estado social, atingindo em torno de 15 países, levava o capitalismo, à sua época de ouro, com ampla hegemonia do keynesianismo, com a produção fabril no estilo taylorismo-fordismo: produção em massa, grandes unidades fabris, trabalhadores com pouca qualificação, adaptação para uma rotina monótona (horário e hierarquia).

Os anos 70 são emblemáticos para compreensão do que passou a ocorrer no chamado desmantelamento do Estado social e do chamado consenso fordista. O Estado intervencionista assim como a economia capitalista passam a ser atingidos por uma violenta crise, a professora de economia da USP Leda Paulane aduz com precisão os acontecimentos que

moldarão a entrada em cena de um liberalismo econômico extremamente agressivo – o neoliberalismo:

depois de mais de duas décadas de crescimento acelerado e "controlado" monetariamente pelo sistema que se estruturou a partir de Breton Woods, as dificuldades de valorização do capital investido na produção começaram inevitavelmente a se fazer sentir. Começa a se constituir com isso, já em meados dos anos de 1960, uma massa de capitais que procura valorizar-se na esfera financeira [...] O choque do petróleo engordou essa massa cigana à busca de valorização financeira com os chamados petrodólares, e a recessão aberta de 1974-1975 botou mais lenha na fogueira. A situação dramática então enfrentada pelos países em desenvolvimento e os créditos que lhes foram concedidos provocaram a chamada crise da dívida, na qual a América Latina está até hoje atolada [...] inaugurando um novo modo de regulação do capitalismo, um modo justamente "desregulado", presidido pelas finanças e não pela produção, um modo rentista, curto-prazista, "flexível", sem concessões sociais, um mundo dos credores, do câmbio flexível, do trabalho desarraigado e da estabilidade monetária a qualquer preço. [...] Objetivamente, o Estado ia se retirando de cena, as privatizações iam acontecendo no mundo desenvolvido e no não desenvolvido, os mercados iam se desregulando, os gastos públicos iam minguando etc. A receita estava sendo aplicada e a pregação sobre as virtudes inatas do mercado financeiro finalmente se fazia ouvir (PAULANE, 2005, p. 135).

A jornalista Naomi Klein aduz que "em muitos cantos, o neoliberalismo é frequentemente tratado como 'uma segunda pilhagem colonial'. Na primeira as riquezas foram extraídas da terra e, na segunda, foram arrancadas do Estado" (KLEIN, 2007, p. 286). Esse quadro levou ao empoderamento dos mercados e à fragilização cada vez mais sentida do Estado social.

O neoliberalismo é um sistema de princípios e práticas que se volta ao velho liberalismo – por essa razão Locke e Smith são sempre revisitados pelos seus precursores. Proteger a propriedade privada e contratos é a bandeira de luta. Além disso, a discussão política é sufocada pelo argumento que "as coisas mudaram" e que não há outro caminho, gerando apatia coletiva, inclusive das chamadas esquerdas para se contraporem as políticas neoliberais, lembrando ainda que há um novo contexto: a desmantelamento dos países ligado ao chamado socialismo real



e que descomporá o chamado "perigo vermelho", deixando as políticas e discursos neoliberais bem à vontade. Como ocorre com a situação no Brasil, a ineficiência e as pesadas denúncias de corrupção em face do Estado e até mesmo a forte segmentação do mercado de trabalho (trabalhadores ganhando pouco e com alta rotatividade ao passo dos servidores públicos e empregados de determinados setores terem uma situação bem diferente dos demais – salários razoáveis e estabilidade) acabam por oferecer um campo profícuo para os discursos neoliberais –, pelo espaço restrito do artigo não temos condições de discutir tais importantes e tão contemporâneas questões.

Com as políticas neoliberais em prática, houve mais liberalização para as atividades do mercado, principalmente o financeiro, um controle rígido da inflação e privatizações. Salários diminuem e a riqueza dos bancos aumentam. Segundo Chesnais (1996, p.82), a empresa moderna opera operações com parceiros diversos e a necessidade de competição alicerça no monopólio de know-how e na P&D. Lucros que são obtidos sem dialogar com a produção e que se valorizam cada vez mais pelas mais-valias imobiliárias, controle rigoroso de estoques, especulações com títulos etc. Privatizar e desregular é o refrão neoliberal motivados pelas políticas dos governos Thatcher e Reagan. François Chesnais aponta:

ora, um mercado não integrado nessa terceira dimensão permite que as companhias explorem a seu bel-prazer as diferenças de remuneração do trabalho, entre diversas regiões (depois de mandar pelos ares a legislação trabalhista e as convenções salariais nacionais), entre diferentes países (como no seio da CEE), entre continentes. A liberalização do comércio exterior e dos movimentos de capitais, permitiram impor, às classes operárias dos países capitalistas avançados, a flexibilização do trabalho e o rebaixamento dos salários. [...] Vide ainda o nivelamento da cultura e, com isso, a homogeneização da demanda a ser atendida a nível mundial. [...] As legislações em torno do emprego do trabalho assalariado, que haviam sido estabelecidas graças às grandes lutas sociais e às ameaças de revolução social, voaram pelos ares, e as ideologias neoliberais se impacientam de que ainda restem alguns cacos delas (CHESNAIS, 1996, p.40/42).

Há controle profundo das políticas monetárias dos países – principalmente sobre os países devedores com exigências de prazos curtos de pagamento dos juros da dívida e a reorientação de suas políticas econômica. Quem mais sofre são os trabalhadores que terão seus direitos sociais e instituições que lidam como protetoras dos direitos sociais,

exemplos da Justiça do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho, extremamente atacadas.

## 2 A FORÇA DE TRABALHO NA ATUALIDADE

*Pochmann (2001, p.15-19) aduz que a empresa moderna começa a atuar com novas formas de cooptação do empregado estabelecendo metas e controles de qualidade. Começa a ser cobrado do empregado sua qualificação, sua previsibilidade, o desemprego é visto como uma responsabilidade individual. A desvalorização do custo da mão de obra é a tônica, por tais razões temos as ideias de desregulamentação e flexibilização da mão de obra. Krein (2013, p.122) explica que se torna hegemônica a posição neoliberal de responsabilizar a excessiva regulação pelo desemprego e informalidade do mercado de trabalho. Segundo Silva (2008, p.26), desde a década de 80, o discurso de flexibilização na América Latina é forte, com ajustes monetários e nas estruturas estatais para pagamento da dívida externa e no campo trabalhista com supressões de direitos.*

A lógica dos neoliberais para o campo trabalhista refere-se ao fato de que empregados e empregadores, em vez de leis, tenham relações advinda da livre negociação. Por essa razão, há uma valorização do contrato em desfavor dos estatutos legais – podem até reconhecer a existência de um mínimo legal advindo, por exemplo, da Constituição Federal, o restante de possíveis direitos que venham do negociado e de forma mais descentralizada possível (de preferência por empresas). Ora, justamente quando os sindicatos estão tão fragilizados como no momento atual e pelas mais diversas razões que também não temos tempo de adentrar, chega-se ao ponto de uma verdadeira estratégia.

E a empresa moderna passa a romper com o fordismo e se inclina para o toyotismo, cuja uma das premissas é justamente a terceirização  $\frac{3}{4}$  empresa enxuta capaz de ter vários fornecedores cujo controle de qualidade a tecnologia permite obter pleno êxito. Ricardo Antunes merece ser citado pela sua análise contundente de tal cenário:

- 1) é uma produção muito vinculada à demanda (...);
- 2) fundamenta-se no trabalho operário em equipe, com multivariabilidade de funções, rompendo com o caráter parcelar típico do fordismo; 3) a produção se estrutura num processo produtivo flexível, que possibilita ao operário opera simultaneamente várias máquinas (na Toyota, em média 5 máquinas); 4) tem como princípio o *just in time*, o melhor

aproveitamento possível do tempo de produção; 5) funciona segundo o sistema de kanban, placas ou senhas de comando para reprodução de peças e de estoque. No toyotismo, os estoques são mínimos quando comparados ao fordismo; 6) (...) Enquanto na fábrica fordista aproximadamente 75% da produção era realizada no seu interior, a fábrica toyotista é responsável por somente 25% da produção, tendência que vem se intensificando cada vez mais. (...) e transfere a “terceiros” grande parte do que antes era produzido por dentro de seu espaço produtivo. (...) “gerência participativa”, sindicalismo de empresa, entre tantos outros pontos, são levados para um espaço ampliado do processo produtivo; 7) organiza os Círculos de Controle de Qualidade (CCQs), constituindo grupos de trabalhadores que são instigados pelo capital a discutir seu trabalho e desempenho, com vistas a melhorar a produtividade das empresas, (...) 8) o toyotismo implantou o “emprego vitalício para uma parcela dos trabalhadores das grandes empresas (cerca de 25% a 30% da produção trabalhadora, onde se presenciava a exclusão das mulheres), além de ganhos salariais intimamente vinculados ao aumento da produtividade” (ANTUNES, 1994, p.55).

A cadeia de produção do novo capitalismo rompeu, portanto, com a grande fábrica fordista em que todos os elementos da produção eram nela realizada. Modernamente, prevalece uma produção realizada de forma enxuta ("lean production"), se adotando a terceirização em grande escala com subcontratações de fornecedores de bens e de serviços. Produz-se exatamente de acordo com as encomendas ("just-in-time") – observando as variações das demandas, portanto, o trabalho varia com tal flexibilização, a fábrica passa a atender demandas de produtos diferenciados e variados. O modelo paga mal aos trabalhadores (com exceção dos trabalhadores de inteligência, os multifuncionais), os terceirizados são mal pagos e sujeitos a alta rotatividade – aliás, no mundo capitalista todos os contratos temporários se fortaleceram. Tal filosofia de produção, embora não seja homogênea (e nem o fordismo foi), prevalece nas empresas mais organizadas e poderosas (automóveis, telecomunicação, computadores etc.) e passa um modelo a ser copiado ou tentado.

O trabalhador concentrado em grandes fábricas diminui; o chamado trabalho parcial (trabalho reduzido com menores salários) empobrece ainda mais os trabalhadores; as mulheres participam de forma mais intensa do trabalho parcial com remuneração inferior ao trabalho masculino; países pobres exploram ainda mais seus trabalhadores –

crianças e adolescentes em buscar de maior competitividade. No campo subjetivo, o trabalhador é chamado a se integrar aos objetivos empresariais e o aumento da cooperação entre empresas e trabalhadores é deveras cuidada, com os trabalhadores entrando em etapas de "qualidade total", "trabalho de equipe", "exercício motivacional", entre outros.

As empresas conservam um chamado núcleo de trabalhadores estáveis e os demais, de acordo com as necessidades da produção, são contratados de forma temporária ou terceirizados. Com tamanha fragmentação ou segmentação do mercado de trabalho, ou seja, com a multiplicação dos tipos de contratos de trabalho os sindicatos dos empregados se enfraquecem, sendo atacados pelos neoliberais que o acusam de intervenção desastrosa no mercado, responsáveis pela segmentação dos trabalhadores e de defenderem interesses corporativos.

### **3 A TERCEIRIZAÇÃO E SEUS ASPECTOS SOCIAIS E LEGAIS NO BRASIL**

A terceirização admite duas divisões, como ora propomos: a) a interna também chamada de pessoal, de serviços ou clássica; b) a externa também chamada de material ou de cadeia produtiva. A interna (dentro da própria empresa) é a que mais interessa ao Direito do Trabalho, já que a externa é revelada com base na transferência de etapas importantes da própria cadeia produtiva da empresa a terceiros que, usualmente, disporão de estabelecimento próprio para o desempenho de tais produções, ou seja, a grande empresa acaba tendo controle dos seus fornecedores que são pessoas jurídicas ou físicas distintas da empresa compradora de material ou cliente de determinados serviços.

Mesmo a terceirização externa poderá gerar a responsabilidade, no mínimo subsidiária da empresa "cabeça" – a que finaliza o produto (teoria da subordinação objetiva ou boa-fé objetiva). Mas tal possibilidade jurisprudencial é deveras restrita já que, a rigor, a lei brasileira não obriga que a empresa se responsabilize pelos atos de ilícitos trabalhistas de seus fornecedores. Contudo, é sabido que há tendência da jurisprudência trabalhista em ampliar a responsabilidade solidária/subsidiária, notadamente quando os fornecedores tem vida econômica vinculada a um único comprador ou tomador de serviços (ex. é o caso de uma marca de roupas que apenas coloca sua etiqueta numa calça desenvolvida por uma outra empresa, ou de uma empresa de informática que forneça serviços

técnicos para um único tomador etc.). Tal posicionamento, repetimos, não é unânime, apenas plausível de ser notado em algumas ocasiões.

Não há a rigor conceito legal para terceirização. Podemos defini-la como o fenômeno empresarial em que as empresas preferem a contratação de serviços prestados, exemplo notado refere-se à indústria de armamento americano que, na Segunda Guerra Mundial, passou a subcontratar a prestação de serviços de outras empresas para limpeza e conservação de suas instalações (no caso terceirização interna). Enquadra-se, atualmente, numa caracterização da administração de empresa "toyotista" como acima já descrevemos – empresa enxuta, com os empregados fazendo várias funções e amplo uso da terceirização (interna ou externa), que superou o modelo "fordista".

Argumentos contrários à terceirização: afeta o núcleo do contrato individual de trabalho da CLT; tendo como espelho a empresa tomadora, é uma forma de baratear a mão de obra, já que reduz direitos do empregado quanto a promoções, salários, fixação na empresa e vantagens decorrentes de convenções e acordos coletivos; pulverização dos sindicatos; contrato de trabalho mais curto; apatia do trabalhador terceirizado que não se identifica com a empresa; a terceirização faz com que a empresa locadora da mão de obra não invista o suficiente em medidas de proteção à saúde e prevenção de acidentes; há uma sentida rotatividade de mão de obra maior; impossibilita a participação dos trabalhadores nos benefícios pela empresa beneficiária de seu trabalho.

Como explica Krein (2013, p. 48), com uma alta rotatividade do mercado de trabalho brasileiro, variando entre 30% e 45% nos últimos 25 anos, mudando por tanto constantemente de emprego, o trabalhador não desenvolve uma identidade coletiva, o que é fundamental para a participação sindical, mobilização e greve. O forte desemprego e informalidade do mercado de trabalho.

Argumentos favoráveis são a necessidade de se modernizar a administração empresarial, visando a novos métodos de racionalização administrativa focada em sua atividade-fim; aumento de produtividade e eficiência, além de redução de custos. Ensina, inclusive Pochmann (2012, p.109) que economias avançadas terceirizam para ganhos de produtividade e que tais casos não significam necessariamente a precarização do contrato de trabalho.

Curiosamente, chegou-se até a se falar em um retorno à "primeirização". Isso porque, para a própria empresa, tem se notado

resultados aquém do esperado quanto ao movimento de terceirização; notadamente, por uma possível apatia do trabalhador terceirizado, que não tem o envolvimento e conseqüente produção com a tomadora de serviços, não veste, em suma, a “camisa da empresa”. Contudo, toda a movimentação das entidades de representações dos empresários recentemente na defesa de uma terceirização mais abrangente denota que tal fator não sensibiliza o empresariado.

Mas a questão fundamental: a terceirização como forma de reduzir custo e não aumento da produtividade representa contrata trabalhadores com remunerações mais baixas e condições de trabalho precárias – enfim: precarizar o trabalho. Por essa razão, Pochmann (2012, p.109-123) aponta que: (1) no Brasil, a terceirização é dos anos 90 - período de abertura comercial e desregulamentação laboral; (2) são postos de menor remuneração e atendem principalmente o setor de serviço; (3) a média de contratação é de 18 meses. Na atualidade, 25,5% do mercado formal da mão de obra no Brasil está terceirizada, sendo que os estados do Ceará, Minas Gerais, Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo e Santa Catarina a terceirização é mais recorrente (DELGADO; AMORIM, 2014, p.12).

Partindo para o campo jurídico, algumas introduções são necessárias. A Lei n.6.019/1974 (trabalho temporário) firmou sistemática absolutamente diversa do modo bilateral clássico, já que permite que o tomador de serviços utilize um empregado de outra empresa (a prestadora) lhe dando ordens diretas e utilizando-o até em suas atividades fins. Contudo, tais contratações são justificadas e têm prazo limitado de no máximo seis meses, além de outras exigências.

A Lei n.7.102/83 autorizou a terceirização de serviços de vigilância patrimonial ostensiva e de transporte de valores por estabelecimentos financeiros. Na administração pública, a Lei n.5.645/1970 possibilitou a contratação indireta – a terceirização, para atividades de transporte, conservação, custódia, operação de valores, limpeza e outras assemelhadas, que permitida, também, para as empresas públicas e empresas de economia mista pelo TST no ano de 1993.

A rigor, em tal ano, o TST flexibilizou seu entendimento a respeito do tema e passou a reconhecer a legalidade da contratação de quaisquer "serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador", não apenas para as empresas estatais. Foi então cancelada a Súmula 256 que previa: “salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.74, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de

trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”. Enfim, foi editada a Súmula 331, ampliando e limitando a terceirização, representando em nosso sentir pacto entre o capital e o trabalho – equilíbrio considerável.

A Súmula 331 do TST, atuando como verdadeiro norte legislativo prevê:

I- A contratação de trabalhadores por empresas interpostas é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso do trabalhador temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974). II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art.37, II, da CF/1988). III- Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviço de vigilância (Lei n. 7.102 de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V. Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI- A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

Tendo como parâmetros o que aduzimos em nossa Introdução ao Direito do Trabalho, para Teixeira (2012, p.77-79), os incisos da mencionada súmula merecem comentários para melhor entendimento. O primeiro inciso visa coibir que o real empregador, tendo relação de personalidade e subordinação com o trabalhador, passando suas responsabilidades para um terceiro, sendo certo que tal só é possível diante do contrato de trabalho temporário, que, por sua vez só, pode ser utilizado, como já vimos, em situações peculiares.



O segundo inciso dinamiza princípio de moralidade administrativa de *status* constitucional, ou seja, o art.37, II, da CF/88, que dispõe que a investidura em cargo ou emprego público só é possível mediante concurso. De modo que, mesmo que presentes todos os elementos característicos do contrato de trabalho, não poderá ocorrer o reconhecimento do vínculo de emprego. Deve ser conhecida a Súmula 363 do TST que preconiza os efeitos da contratação ilegal, *in verbis*: “A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art.37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS”. Há críticas veementes por conta de tais limitações de direitos, pois, se a C.F proíbe o ingresso no aparato estatal sem concurso público, também assegura o respeito ao trabalho como um dos valores essenciais da ordem jurídica, daí se presente o contrato de trabalho, para muitos todos os direitos deveriam ser garantidos a tais trabalhadores.,ou seja, caberiam todos os direitos trabalhistas com exceção do reconhecimento do próprio vínculo empregatício.

O terceiro inciso define a terceirização lícita. E as exigências são claras: o que pode terceirizar são os serviços de vigilância, de conservação e limpeza e os serviços especializados ligados à atividade-meio, além disso não pode ocorrer pessoalidade e subordinação direta entre os trabalhadores da empresa terceirizada e o tomador dos serviços. Há exceção imposta por lei ordinária: a Lei Geral de Telecomunicações tem previsão em seu art.94, II, no sentido da terceirização lícita até de atividades-fim, contudo, a licitude da terceirização não afasta a responsabilidade subsidiária da tomadora.

O quarto inciso cria uma responsabilidade objetiva: o tomador é responsável de forma subsidiária (a execução primeiro se volta para o principal e na falta de condições para adimplir ela se volta para o subsidiário) pelo inadimplemento trabalhista da empresa terceirizada, desde que tenha sido citado na reclamação trabalhista. Portanto, temos como caracterizada a culpa do tomador (culpa *in contrahendo*, *in eligendo* ou *in vigilando*).

O quinto inciso abre exceção para os entes públicos, já que são os mesmos isentos de responsabilidade por encargos trabalhistas de empregados pertencentes às empresas prestadoras de serviços – vide art.71 da Lei 8.666/93, de modo que tem que ser demonstrado sua conduta culposa, só assim será caracterizada a responsabilidade subsidiária,



com certeza caberá a jurisprudência trabalhista definir melhor o que caracteriza tal “culpa”.

O sexto inciso define que até, por exemplo, a condenação da empresa terceirizada em multas (arts. 467 e 477 da CLT) ou em dano moral, faz com que a tomadora seja responsabilizada de forma subsidiária.

A matéria voltou entrou em pauta a proposta de lei para sua regulamentação. Recebeu tratamento da grande mídia, propaganda maciça da FIESP (Federação da Indústria do Estado de São Paulo) e foi veementemente rejeitada por setores populares e operadores jurídicos (exemplo da Central Única dos Trabalhadores e da Associação Nacional da Magistratura Trabalhista). Por várias razões, seu primeiro ímpeto foi de imediata votação na Câmara dos Deputados, e diríamos de forma açodada. São várias as propostas de emendas.

Não vamos detalhar as entranhas de todo projeto, sua grande polêmica está na possibilidade de não colocar rédeas na terceirização no sentido de que a própria atividade fim possa ser também terceirizada. Por essa razão, por exemplo, uma empresa de engenharia poderia contratar engenheiros que trabalhariam normalmente no fim social do empreendimento, mas sendo empregado de um terceiro.

O professor paulista José Pastore, sempre vinculado às propostas de modificações da legislação trabalhista, defende tal amplitude de terceirização, em suas obras teóricas, aponta que uma terceirização correta teria que observar os seguintes parâmetros:

- 1) a contratação deve buscar eficiência/eficácia/efetividade com segurança;
- 2) a contratação não deve implicar em transferir ou alienar a gestão, decisão e competência que são da empresa contratante;
- 3) a terceirização deve ter caráter complementar em relação ao trabalho executado diretamente pela contratante;
- 4) devem ser preservadas as equipes próprias na execução das atividades essenciais;
- 5) convém contratar apenas os serviços de apoio, abrangendo, além de outros, transporte, alimentação, conservação, limpeza e assemelhados;
- 6) a responsabilidade técnica é da empresa contratada e deve seguir os parâmetros definidos pela empresa contratante;
- 7) são ainda de sua responsabilidade:
  - a) garantia da qualificação dos trabalhadores de acordo com as exigências da empresa contratante;
  - b) fornecimento de transporte e alimentação;
  - c) manutenção de programas de segurança e medicina do trabalho compatíveis com a natureza e porte dos serviços contratados;
  - d) manutenção

de refeitório, vestiário e instalações em condições sanitárias adequadas; e) pleno cumprimento das exigências legais (PASTORE, 2005, p.124).

O professor ainda aponta que os trabalhadores terceirizados correm mais riscos, seus contratos são mais instáveis e são alvos mais constantes de acidentes e doenças profissionais e que é considerável as diferenças de capacitação entre trabalhadores terceirizados e os fixos. Aduz, também, que os terceirizados tendem a ser descomprometidos, como já falamos alhures de tal problema e que os atritos com sindicatos de trabalhadores são frequentes (PASTORE, 2005, p.121).

Em suma, a terceirização digna tratada pelo professor em nada se compara com o projeto da lei em questão – que, ao contrário, de ser uma terceirização de atividades complementares da empresa acena para uma terceirização ampla. O que não deixa de ser um deficit civilizatório, um retrocesso, uma precarização das relações trabalhistas que se amolda a modernidade vivida. Não se vislumbram em tal projeto outras razões que não tenham o intuito de baratear os custos da contratação do trabalhador.

A rigor, os parâmetros fixados pelo TST nos parecem muito mais equilibrados, poderia ser o marco para legislação com um ou outro aperfeiçoamento, mas suas restrições são corretas: a terceirização é um complemento das atividades essenciais da empresa (segurança, limpeza, atividades de informática etc.) e nunca pode figurar uma relação de subordinação direta com o tomador. O contrário disso seria difundir uma anomalia das relações trabalhistas, pois haveria cada vez mais um distanciamento das responsabilidades patrão-empregado, o que constata as pesquisas, inclusive, do entusiasta professor José Pastore.

O sociólogo francês Pierre Bourdieu aponta que, nos países ligados às leis trabalhistas estatais, resistem bem melhor ao "bote" neoliberal: "[...] uma das grandes diferenças entre a França e a Inglaterra é que os ingleses thacherizados descobrem que não resistiram tanto como teriam sido capazes, em grande parte porque o contrato de trabalho era um contrato *common law*, e não como na França, uma convenção garantida pelo Estado" (1998, p.47). Portanto, os retrocessos preconizados são sempre mais difíceis (não impossíveis) em países como o Brasil, que possuem Constituição e legislação trabalhista protetoras e abrangentes dos direitos trabalhistas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os paradigmas do Estado Social, que se modelou precipuamente após a II Grande Guerra Mundial, se firmou nas democracias ocidentais e vive seu declínio a partir do início dos anos setenta. Em tal período, a par de vários defeitos que podemos considerar, não podemos deixar de recordar que um mundo melhor se descortinou para os pobres, com a intervenção maciça do Estado na vida da sociedade e uma produção no estilo "fordista" muito mais favorável à força de trabalho.

Fragmenta tal compromisso a evolução do neoliberalismo, do capital financeiro e do "toyotismo". A possibilidade de um capital se valorizando sem necessitar dos trabalhadores é perversa quando o Estado não se intromete mais na vida econômica e se mostra cada vez mais debilitado para isso. O resultado é o esgarçamento do tecido social, sem o Estado-assistente. E, cada vez mais, a precarização do mercado de trabalho é sentida.

O resultado é sentido no Brasil com a possibilidade de retrocessos sociais  $\frac{3}{4}$  por exemplo em relação ao seguro-desemprego diminuído e da própria terceirização que tem projeto de ser ampliada.

A terceirização, tendo as limitações impostas pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho já é nefasta, se ampliada, tende a ser muito mais.

## REFERÊNCIAS

**ANTUNES, Ricardo.** *Os sentidos do trabalho: ensaios sobre a afirmação e negação do trabalho.* São Paulo: Boitempo, 1999.

**BOBBIO, Noberto.** *Locke e o direito natural.* Tradução Sergio Bath. Brasília: UnB, 1996.

BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos.** Tradução Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

**CHÂTELET, François; DUHAMEL, Oliver; KOUCHNER, Evelyne Pisier.** *História das idéias políticas.* Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Zahar, 1990.

**CHESNAIS, François.** *A mundialização do capital.* Tradução Silvana Foá. São Paulo: Xanã, 1996.

CHOMSKY, Noan. **O lucro ou as pessoas?** Neoliberalismo e Ordem Global. Tradução Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.

**DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos.** *Os limites constitucionais da terceirização.* São Paulo: LTr, 2014.

**KLEIN, Naomi.** *A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre.* Tradução Vera Cury. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2007.

KREIN, José Dari. **As relações de trabalho na era do neoliberalismo no Brasil.** 1ed. São Paulo: LTr, 2013.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia científica.** São Paulo: Atlas, 1994.

**PASTORE, José.** *A modernização das instituições do trabalho: encargos sociais, Reformas Trabalhista e Sindical.* São Paulo: Editora LTr, 2005

**PAULANI, Leda.** *Modernidade e discurso econômico.* São Paulo: Boitempo, 2004

POCHMANN, Marcio. **O emprego na globalização:** a nova divisão internacional do trabalho e o caminho que o Brasil escolheu. São Paulo: Boitempo, 2001.

\_\_\_\_\_. **Nova classe média?** o trabalho na pirâmide social brasileira. São Paulo: Boitempo, 2014.

RAMOS, Carlos Alberto. **Economia do trabalho:** Modelos Teóricos e o Debate no Brasil. Curitiba: CRV, 2012.

ROSANVALLON, Pierre. **O liberalismo econômico:** história da idéia de mercado. Tradução Antonio Penalves Rocha. São Paulo: EDUSC, 2002.

**SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo.** *Relações coletivas de trabalho: Configurações Institucionais no Brasil Contemporâneo,* São Paulo: LTr, 2008.

**SINGER, Paulo.** *Uma introdução.* In: **KAYNES/KALECKI.** São Paulo: Abril Cultural, 1981.

**TEIXEIRA, Marcelo Tolomei.** *Introdução ao direito do trabalho:* São Paulo: LTr, 2011.

# BREVES NOTAS A PROPÓSITO DE LA RECIENTE CREACIÓN Y PUESTA EN MARCHA DEL PLAN PILOTO: “IMPLEMENTACIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE FLAGRANCIA DELICTIVA”

## NOTES REGARDING THE RECENT CREATION AND DEVELOPMENT OF THE PILOT PLAN: “IMPLEMENTATION OF CRIMINAL FLAGRANCY COURTS”

Jorge Isaac Torres Manrique\*

**SUMÁRIO:** Introducción. 1 Acerca de experiencias relacionadas a considerar. 1.1 Juzgados de tránsito y seguridad vial. 1.2 Juzgados en delitos aduaneros. 1.3 Juzgados de investigación preparatoria especializados en delitos ambientales. 2 Una mirada a los juzgados de flagrancia de Costa Rica. 3 Síntesis de la resolución sub exámine. 4 Análisis de la resolución *in comento*. 5 A manera de epílogo. 6 Sugerencias. Referencias.

**RESUMEN:** Ante el acrecentamiento de la comisión de delitos y ante la parsimonia, indolencia y desnaturalización del proceso judicial y de la justicia; surge la urgente necesidad de una respuesta que busque legitimarlos en prontitud y oportunidad. Una medida conducente a contrarrestarlo, resulta ser la creación y funcionamiento de los Juzgados de Flagrancia Delictiva. En la presente entrega, se analiza la puesta en marcha de la mencionada estrategia.

**Palabras claves:** Juzgados de flagrancia. Flagrancia delictiva.

**ABSTRACT:** *Before the increase of the commission of crimes and to parsimony, indolence and denaturation of the judicial process and justice; there is an urgent need for a response that seeks to legitimize promptly and opportunity. Leading to a counter measure, it turns out to be the establishment and operation of the Courts of Criminal Flagrancy. In this issue, the implementation of this strategy is analyzed.*

**Keywords:** *Flagrancy courts. Criminal flagrancy.*

## INTRODUCCIÓN

La trepitante voráGINE de la coyuntura socio jurídica que nos acompaña, obedece o tiene su basamento en no pocas fuentes u orígenes. Ello, obliga al Congreso de la República y en su caso, al Poder Ejecutivo, a hacerle frente con acciones destinadas a contrarrestarla, vía el recurso legislativo.

---

\* Advogado. Doutor pela Universidad Nacional Federico Villarreal (Lima - Peru).1 TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Hacia una política de formación, capacitación y especialización jurídica en el Perú. En Revista sobre Enseñanza del Derecho Academia. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires. N° 18, 2011, p. 166.

Dichas acciones, implican echar mano no solamente a los predios jurídicos, si no también, a la los postulados de la disciplina de la administración.

Una de esas acciones, es precisamente la temática de la presente entrega. Nos estamos refiriendo a la reciente creación y puesta en marcha del Plan Piloto, denominado: Implementación de Órganos Jurisdiccionales de Flagrancia Delictiva.

Empecemos pues, sin más preámbulos a desarrollar un análisis a dicha política instaurada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, vía la dación de la Resolución Administrativa N° 231-2015-CE-PJ.

## **1 ACERCA DE EXPERIENCIAS RELACIONADAS A CONSIDERAR**

Como quiera que, la creación de juzgados especializados en materia de flagrancia delictiva, no obedece a un carácter exclusivo o único en nuestra realidad, en este acápite, hemos optado por traer a colación, algunos casos en los que se hizo lo propio para la creación de otras como distintas judicaturas especializadas.

Hacemos el respectivo desarrollo, a modo de referencia, con la intención de desentrañar los alcances respecto de su creación, conversión y reactivación, de cada caso en concreto. Cabe precisar, que para efectos del presente trabajo, hemos optado por abordar los juzgados especializados de más reciente creación.

### **1.1. Juzgados de tránsito y seguridad vial**

Así, en primer término, tenemos que los referidos juzgados fueron creados por el Poder Legislativo, vía conversión de juzgados especializados o mixtos, en fecha 31/07/09, vía la Ley N° 29391. A decir de dicha norma legal, se establece en la Primera Disposición Complementaria que: *“El Poder Judicial a través del órgano competente, dispone la conversión de Juzgados Especializados o Mixtos en Juzgados de Tránsito y Seguridad Vial, atendiendo a la carga procesal y a la incidencia estadística de procesos judiciales, relacionados con determinación de responsabilidades derivadas de los accidentes de tránsito y seguridad vial”*.

Además, en su Art, 2°, se precisa en relación a sus competencias, mediante la incorporación del artículo 52°-A, al Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciendo que: *“Los juzgados de*

*Tránsito y Seguridad Vial conocen: 1. De los procesos penales vinculados a conductas peligrosas o lesivas a la vida, la salud, el patrimonio o la seguridad vial, realizadas en el ámbito de tránsito vehicular. 2. De los procesos civiles relacionados con la determinación de responsabilidad e indemnizaciones por conductas peligrosas o lesivas realizadas en el contexto del tránsito vehicular. 3. De los procesos contenciosos administrativos vinculados a infracciones de tránsito*”. Al respecto, resulta de menester señalar que claramente los jueces de tránsito y seguridad vial, no se constituían como tales en mérito al principio de especialidad, si no, únicamente a una disposición legal. Entonces, no queda claro cómo es que se pretendería alcanzar los objetivos de su creación, cuando la señalada especialidad no resulta ser tal, en estricto.

En consecuencia, consideramos que para tener una “verdadera especialización jurídica”: se debe poseer una condición o requisito de los que mencionamos a continuación y son: poseer los conocimientos o prácticas de un especialista jurídico, haber culminado un curso de especialización, haber hecho lo propio con una segunda especialidad (y en estos últimos casos obtener el título de especialista respectivo), haber escrito un libro en materia jurídica que no sea de materiales de enseñanza o ser jurista en una rama o institución jurídica, por lo menos (TORRES MARINQUE, 2011, p.166).<sup>1</sup>

Sin embargo, sumado a ello, es de verse que carece de justificación suficiente para dicha “creación”. Aunque, incluso la misma bien pudo obviarse, de conformidad a lo estatuido por el Art. 46° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RAMOS LOZADA, 2009), que señala: “*La Corte Suprema, atendiendo a las necesidades del servicio judicial y a la carga procesal, puede crear otros Juzgados de distinta especialidad a los antes señalados, definiendo su competencia. En los lugares donde no hay Juzgados Especializados, el despacho es atendido por un Juzgado Mixto, con la competencia que señale el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial*”.

Sin perjuicio de ello, es de considerar que si el objetivo era reducir la carga procesal de los Juzgados Penales de Lima (los que además de la propia, debían asumir la competencia de los ahora Juzgados de Tránsito y Seguridad Vial), así como, agilizar los procesos haciéndolos más céleres;

---

<sup>1</sup> TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Hacia una política de formación, capacitación y especialización jurídica en el Perú. En Revista sobre Enseñanza del Derecho Academia. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires. N° 18, 2011, p. 166.



ello se estaría desnaturalizando, en tanto que a abril de 2015: *“De los 51,572 accidentes de tránsito ocurridos en el país durante el año 2014, Lima registra el 52%, es decir, 27 mil. Para afrontar esta situación, la capital cuenta desde 2013 con seis juzgados de tránsito(...) Esta situación ha generado que desde el 1 de marzo de 2014 a la fecha la carga procesal llegue en esa sede judicial del Cono Norte a unos 1783 expedientes, cuando los estándares judiciales disponen que un juzgado maneje 500 procesos para funcionar adecuadamente. A ello se suman los despachos diarios con litigantes y otras actividades”* (ESPINOZA, 2015).

## **1.2. Juzgados en delitos aduaneros**

A continuación, es de verse que el presente caso corresponde a uno de reactivación de judicatura especializada (enero de 2015). Así tenemos que: *“La decisión se sustenta en el pedido de la Comisión de Lucha contra los Delitos Aduaneros y la Piratería (CLCDAP), integrada por el Indecopi, debido al alarmante crecimiento del contrabando en el territorio nacional, durante los últimos años(...) Ante la carga procesal y los elevados montos alcanzados por el contrabando a nivel nacional, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial reactivó los Juzgados Especializados en Delitos Aduaneros y contra la Propiedad Intelectual(...) Se espera que el Centro de Investigaciones Judiciales desarrolle programas y capacitaciones para los jueces, en el marco de dichas competencias”*<sup>2</sup>

Al respecto, consideramos que dicha reactivación obedece basilar como insuficientemente, a la petición de la mencionada Comisión, a la carga procesal y los elevados montos alcanzados por el contrabando a nivel nacional.

Además, es de mencionar que la decisión de reactivar hubiese sido fundamentada también, en los informes de sus propios colegiados u órganos, esto es, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Logrando así, la legitimidad como solidez de dicha decisión.

Mención aparte, merece el tema del desarrollo de programas y capacitaciones para los jueces, en el marco de dichas competencias. Los mismos, que si bien devienen en capitales para los intereses de la plasmación de la respectiva especialidad jurisdiccional, lo correcto es que

---

<sup>2</sup> Poder Judicial reactiva los Juzgados Especializados en Delitos Aduaneros. En línea: Recuperado en fecha 16/05/16 del Diario Gestión <http://gestion.pe/economia/poder-judicial-reactiva-juzgados-especializados-delitos-aduaneros-2120790>, Lima, 2015.



los mismos debieron ser desarrollados *ex ante* y *ex post*, pero, no solamente *ex post*, a su respectiva reactivación.

### **1.3. Juzgados de investigación preparatoria especializados en delitos ambientales**

Seguidamente, abordamos un caso de creación de judicatura especializada. Así, tenemos que en fecha 02/11/13, se publicó la Resolución Administrativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial N° 155-2013-CE-PJ, el mismo que: “(...)puso en funcionamiento dos Juzgados de la Investigación Preparatoria especializados en delitos ambientales en los distritos judiciales de Piura y Cusco(...)siempre que no se encuentren en fase de juicio oral(...)Los jueces y el personal de las jurisdicciones recibirán talleres de capacitación en coordinación con el Ministerio del Ambiente (Minam)”.<sup>3</sup>

## **2 UNA MIRADA A LOS JUZGADOS DE FLAGRANCIA DE COSTA RICA**

Como quiera que, la creación de los juzgados de flagrancia ha obligado echar un vistazo a la experiencia comparada. Es de verse, que el voto singular de la resolución que motiva el presente trabajo, puso su atención en Costa Rica.

En ese sentido, resulta pertinente precisar, que el espíritu inicial de su puesta en marcha (en enero de 2008, en Costa Rica), difiere del abrazado por el Estado peruano. Así tenemos, que mientras que en el país de los Ticos y Ticas: “*Lo que inició como un proyecto piloto para tramitar los casos delictivos de quienes eran detenidos en flagrancia, un año después de iniciado su ejecución se ha convertido en parte de una política de seguridad ciudadana que el Poder Judicial ya aplica en la mayoría del país y respaldada por el ordenamiento jurídico costarricense*” (MARÍN MENA, 2009). Por su parte, en nuestro país, su entrada en vigencia, a rezo de lo sostenido en el Considerando Primero, de la Resolución Administrativa N° 231-2015-CE-PJ, obedece más bien: el objeto de establecer un tratamiento especial y célere en la investigación y

---

<sup>3</sup> Creación de juzgados especializados reforzarán lucha contra minería ilegal. En línea: Recuperado en fecha 16/05/16 de Info Región <http://www.inforegion.pe/172568/creacion-de-juzgados-especializados-reforzaran-lucha-contramineria-ilegal/>, Lima, 2013.

juzgamiento de los delitos flagrantes, a fin de obtener una decisión pronta y eficaz. Esto es, dar también una respuesta eficiente y transparente a los delitos flagrantes que atentan contra la seguridad ciudadana, que es uno de los principales problemas que afronta el país, en vista del incremento de la delincuencia.

A decir de un punto evidenciado, como resultado de los ocho años de la vigencia de los juzgados de flagrancia en Costa Rica, se tiene que: *“Eugenio Polanco, experto en estos temas, puso el ejemplo del Centro Penal de San Sebastián, donde asegura que los datos posteriores a la instalación de medidas de justicia pronta –como los Tribunales de Flagrancia– reportan un aumento de hasta el 30% en la población carcelaria”* (ROJAS, 2015).

Otro aspecto relevante, corresponde a la realidad actual de Costa Rica, como un particular corolario desde su implantación. Esto es, el relacionado a la hiper población carcelaria. Entonces, se encuentran presenciando dicho resultado. Así tenemos, que: *“En el 2006, no existía hacinamiento y en el país existía espacio para alrededor de 7.800 personas dentro del sistema penitenciario y la cantidad de privados de libertad no alcanzaba ese número, por lo que no se pensaba en hacinamiento, pero esto cambió tras varios hechos importantes (...) Todo esto generó un aceleramiento vertiginoso en la cantidad de personas que llegan a la cárcel sin que necesariamente sea la medida para aplicarles una corrección por el hecho que cometieron (...) Hoy, el país cuenta con 13 cárceles y todas tienen hacinamiento y órdenes de cierre, porque ya no hay campo para una persona más”* (NOGUERA, 2015).

### **3 SÍNTESIS DE LA RESOLUCIÓN SUB EXÁMINE**

Acerca de la resolución, materia de análisis del presente trabajo, en principio es preciso señalar que se trata de la Resolución Administrativa N° 231-2015-CE-PJ, por la cual, se establece el Plan Piloto intitulado: “Implementación de Órganos Jurisdiccionales de Flagrancia Delictiva” en el Distrito Judicial de Tumbes, de fecha 15/07/15, la misma que fue publicada en fecha 18/07/15.

Así, tenemos que en primer lugar, es de verse que fue dada basilarmente en mérito a la propuesta presentada por el señor Presidente del Poder Judicial, sobre la implementación de un Plan Piloto de Órganos Jurisdiccionales para Flagrancia Delictiva en el Distrito Judicial de

Tumbes; así como los Oficios cursados, por el Presidente del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, y del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Tumbes.

Además, que dicho Plan Piloto fue propuesto por el señor Presidente del Poder Judicial, en su Plan de Gestión y Modernización del Poder Judicial 2015- 2016, así como en su Mensaje a la Nación de 5 de enero del año en curso, con el objeto de establecer un tratamiento especial y célere en la investigación y juzgamiento de los delitos flagrantes, a fin de obtener una decisión pronta y eficaz. Esto es, dar también una respuesta eficiente y transparente a los delitos flagrantes que atentan contra la seguridad ciudadana, que es uno de los principales problemas que afronta el país, en vista del incremento de la delincuencia.

Así también, que dicho objetivo es política institucional de la Presidencia del Poder Judicial, complementándose con protocolos de actuación conjunta entre el Poder Judicial, Ministerio Público y demás entidades del sistema de justicia que participan en la investigación, juzgamiento y resolución de los delitos flagrantes.

Luego, que el Despacho de la Presidencia del Poder Judicial ha efectuado coordinaciones preliminares con el Ministerio Público al más alto nivel, con el Equipo Técnico Institucional de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal del Poder Judicial, también en el Distrito Judicial y Distrito Fiscal de Tumbes, con la finalidad de establecer órganos jurisdiccionales que en adición a sus funciones puedan tramitar delitos flagrantes, conforme al proceso inmediato regulado en el Nuevo Código Procesal Penal.

También, que se ha realizado el estudio correspondiente, a nivel estadístico, de carga procesal y en relación a personal, logística y equipamiento, habiéndose determinado la viabilidad de establecer el referido Plan Piloto.

Y que, por Acuerdo de Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, se dispone establecer en el Distrito Judicial de Tumbes, a partir del 1 de agosto de 2015, el mencionado Plan Piloto y que en adición a sus funciones tendrán competencia para tramitar delitos flagrantes las siguientes judicaturas de Tumbes: i) El Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria, ii) El Primer Juzgado Penal Unipersonal, y iii) La Sala Penal de Apelaciones. Además, que los mismos tendrán competencia en todo el Distrito Judicial y conocerán de los delitos flagrantes como el de peligro común (conducción de vehículo en estado de ebriedad), entre otros.

A continuación, se concede al señor Presidente del Poder Judicial las facultades necesarias para efectuar las coordinaciones, establecer protocolos de actuación conjunta; y demás instrumentos pertinentes con el Ministerio Público y demás entidades competentes, relacionadas con el tratamiento y resolución de este tipo de delitos. También, se dispone que la Gerencia General del poder Judicial, en coordinación con la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Tumbes, dicte las medidas administrativas en cuanto a personal, adecuación de infraestructura, equipamiento y logística que se requiera, para el adecuado funcionamiento del referido Plan Piloto. Además, que a través del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, se realice la evaluación trimestral del señalado Plan Piloto.

En segundo término, señalar el contenido del voto singular del señor Consejero Giammpol Taboada Pilco, el que indica inicialmente que no es oportuno aprobar en este momento el Proyecto de Implementación del indicado Plan Piloto, debido a que no existe un planeamiento estratégico de la organización y ejecución del mencionado Plan que analice la naturaleza del problema, los principales obstáculos, las condiciones y metas por satisfacer. Tampoco existe un reglamento de organización y competencias del personal jurisdiccional y administrativo a cargo del trámite de los delitos en flagrancia, que establezca las conformaciones de equipos de trabajo, horarios, infraestructura, ubicación física y medidas a tomar, las funciones de las partes y la cooperación entre despachos. Así mismo, se adolece de un reglamento de protocolos de actuación que esclarezca el presupuesto base de “detención en flagrancia”, el protocolo de detención policial, de atención fiscal y de atención jurisdiccional, el protocolo de actuación en las audiencias, y los requerimientos de personal e infraestructura. Finalmente, el Código Procesal Penal del 2004 no ha regulado un procedimiento especial de flagrancia que justifique la creación de una “Unidad de Flagrancia”, a diferencia por ejemplo de Costa Rica.

A continuación, se postula que dicho Plan lo único que pretende es que se designe al Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Tumbes, como el único órgano jurisdiccional competente para todos los delitos cometidos en situación de flagrancia en Tumbes, lo cual dista mucho de un procedimiento especial para delitos cometidos en flagrancia.

La modificación de la competencia por razón de la materia del referido juzgado, para conocer exclusivamente los casos de delitos cometidos en flagrancia, tendrá como consecuencia que un solo juzgado

conozca todos los requerimientos de prisiones preventivas de imputados previamente detenidos por la Policía Nacional en una situación de flagrancia, volviéndose nuevamente a una forma anacrónica e ineficiente de organización judicial que todavía se mantiene en los seis distritos judiciales que aplican el Código de Procedimientos Penales de 1940 y el Decreto Legislativo 124. La cual fue corregida y superada con el Código Procesal Penal del 2004, en que todos los jueces penales de primera y segunda instancia conocen incondicionalmente todos los procesos sea de imputados en cárcel o en libertad.

Además, que el Poder Judicial está creando una “Unidad de Flagrancia” sólo de nombre, porque en la práctica su competencia estará condicionada a la discrecionalidad del Ministerio Público en la utilización o no del proceso inmediato, para el supuesto específico de flagrancia previsto en el artículo 446.1º, inciso a) del Código Procesal Penal del 2004, en tanto que para los demás presupuestos contenidos en los incisos b) y c), la competencia le corresponderá a los demás jueces de investigación preparatoria.

Así también, que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial aprobó la Resolución Administrativa N° 121-2014-CE-PJ, de fecha 02/04/14 (publicada en fecha 13/06/14), por la que se dispuso la uniformización del turno penal en todas las Cortes Superiores de Justicia del país a uno de duración semanal; lo cual también será afectado por el plan piloto al establecer que un solo juzgado de investigación preparatoria conozca exclusivamente todos aquellos delitos en que el imputado es detenido en flagrancia, dejando de lado el sistema de turnos semanales y rotativos. Por tanto, se obliga a un solo juez a trabajar en turno permanente en su respectivo distrito judicial, tanto en jornadas ordinarias como en jornadas extraordinarias (feriados, sábados y domingos de todos los años), vulnerándose el artículo 25º de la Constitución Política que establece una jornada máxima de 8 horas diarias y de 48 horas semanales como máximo, teniendo derecho a un descanso semanal.

Finalmente, mediante Ley N° 30336, publicada en fecha 01/07/15, se ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de Seguridad Ciudadana, el Fortalecer la Lucha contra la Delincuencia y el Crimen Organizado, en la cual se está discutiendo las modificaciones al Código Procesal Penal del 2004 que permitan la agilización de los procesos judiciales cuando se trate de personas detenidas en flagrancia, lo cual además coincide con la presentación por el doctor Víctor Ticona

Postigo en su calidad de Presidente del Poder Judicial, de un proyecto de ley sobre juzgamiento de delitos flagrantes y promoción de Unidades de Flagrancia Delictiva, por tanto, reitero que la ejecución de un plan piloto de “Unidades de Flagrancia” en Tumbes resulta apresurado, al no existir a la fecha una ley que regule en forma expresa un procedimiento especial de flagrancia o sin que se haya modificado y adaptado legislativamente el proceso inmediato convirtiéndose en obligatoria su incoación por el Ministerio Público con el ajuste de plazos, traslado de los detenidos a la fiscalía en lugar de la comisaria y la preponderancia de la oralidad en toda su tramitación.

#### **4 ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN *IN COMENTO***

De manera inicial, es de señalar que como justificación o fundamento para la creación de los juzgados especializados en materia de flagrancia delictiva, escasamente cuenta con la propuesta presentada por el Presidente del Poder Judicial, acerca de la implementación de un Plan Piloto de Órganos Jurisdiccionales para Flagrancia Delictiva en el Distrito Judicial de Tumbes; así como los Oficios cursados, por el Presidente del Equipo Técnico Institucional de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, y del Presidente de la Corte Superior de Justicia de Tumbes.

Distinto es el caso, de lo sostenido en la Resolución Administrativa del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial N° 102-2015-CE-PJ, de fecha 24/04/15, por la cual el Artículo Primero, de la Parte Resolutiva, dispone: *“Convertir y reubicar, a partir del 1 de mayo de 2015, el 2° Juzgado de Paz Letrado de Tránsito y Seguridad Vial del Distrito Judicial de Lima, como 6° Juzgado de Paz Letrado - Surco y San Borja, de la misma Corte Superior; con las mismas competencias de los Juzgados de Paz Letrados permanentes existentes en el Distrito de Santiago de Surco”*.

En ese orden de ideas, la referida Resolución Administrativa (N° 102-2015-CE-PJ), a diferencia de la resolución bajo comentario, justifica su dación en base a: i) El Oficio cursado por el Equipo de Trabajo para el Seguimiento y Monitoreo de Órganos Jurisdiccionales que conocen procesos Contenciosos Administrativos con Subespecialidad en materia Tributaria, Aduanera y de Mercado; Tránsito y Seguridad Vial; y procesos penales relacionados a delitos contra Recursos Naturales y Medio Ambiente, ii) El Oficio cursado por la Oficina de Productividad Judicial.

En ese orden de ideas, en términos de justificación o motivación, se tiene que mientras que en la Resolución sub exámine, es únicamente a propuesta del Presidente del Poder Judicial; en la Resolución Administrativa N° 102-2015-CE-PJ, es un Equipo de Trabajo, esto es, un colegiado que hace las veces y que implicaría un mayor alcance, profundidad de lo abordado, a efectos de una sustentación suficiente.

Además, las coordinaciones preliminares, a que se hace mención en el punto Segundo.-, de la parte Considerativa, de la resolución bajo comentario; no hacen más que evidenciar el abarcamiento parcial o inicial de la problemática a abordar. Otro hubiese sido el panorama, si como corresponde, dichas coordinaciones hubiesen arribado a su conclusión de manera antelada a la dación de la referida resolución.

Y es que la decisión de crear, convertir y reactivar órganos jurisdiccionales especializados, obliga a considerar los lineamientos de la Administración o Modelo de Gestión por Objetivos y Resultados (saludablemente incorporada del sector privado, al público), a nuestro parecer, mal denominada: Administración por resultados —En tanto, solo que no solamente por razones metodológicas (o mera construcción conceptual), si no también, por el obligado conectivo de logicidad a observar, entre el antecedente y el consecuente; es decir, que los resultados (consecuente) única y excluyentemente serán válidos y eficaces, si guardan estricta correspondencia con los objetivos previamente fijados (antecedente). Así, no corresponde fijar, ni alcanzar resultados, sin que de manera antelada se hayan fijado los objetivos. Ello, porque de nada servirá obtener importantes como considerables resultados, cuando los mismos no guardan relación con los objetivos a alcanzar, peor aún, cuando de lo que se trata es de la ausencia de objetivos—.

Así, tenemos que la Administración por Objetivos y Resultados: *“(...) constituye una forma de conducción y organización de las administraciones públicas que se basa en la previsión y preparación anticipada de logros, y en la delimitación y asignación de responsabilidades para conseguirlos. Sin embargo, la condición para que los logros puedan reconocerse es que se prefiguren y diseñen previamente las situaciones a alcanzar o a consolidar; explícitamente establecidas(...) A diferencia de las formas tradicionales de gestión, preocupadas por el cumplimiento de las normas y procedimientos, la gestión por objetivos y resultados le asigna especial importancia a la relación impactos-resultados-productos-recursos. La centralidad de este proceso permite incorporar la actitud,*



*la reflexión y la programación prospectivas al planeamiento de la organización”.*<sup>4</sup>

De lo señalado, es de verse que en la resolución bajo comentario se habría inobservado, en gran medida, lo correspondiente a los postulados de la Administración por Objetivos y Resultados.

## **5 A MANERA DE EPÍLOGO**

De lo desarrollado, es de verse que, ya sea en sede del Poder Legislativo o del Ejecutivo, los procesos de creación, conversión y reactivación, de juzgados en nuevas especialidades (incluidos los de flagrancia delictiva), presentan no pocas falencias.

Más aún, si tomamos en cuenta que para dicha empresa se supone una implementación, ejecución y duración de largo aliento. El remedio nunca puede ser más dañino que la enfermedad. Entonces, consideramos que no cabe en extremo alguno la desaprobación o encarpetamiento inicial como irreflexivo, del Plan Piloto comentado.

Ergo, es preferible que la llegada del plan piloto de los juzgados de flagrancia sea asumida como una transición, antes que un parche o solución a la problemática orientada a corregir o superar. Además, que en lugar de apuntar solamente hacia el yerro o carencia, la importancia de un análisis tiene que ser centrado principalmente, en la oportunidad que lo reseñado que se genera, a efectos que abrazar ambiciosas cimas (VIVAS, 2015, p.10).

En ese sentido, queda claro que en el presente tema abordado, no solamente se tiene que considerar el aspecto legal, si no también, la administración. Así, con acierto irrefutable, AURELIO ECHECOPAR, Director de la Dirección de Profesionalización de Adultos de ESAN, sostiene: “*La administración es algo que se utiliza en todo en la vida. Un doctor, un ingeniero, un abogado, un empresario. Todos necesitan conocer de administración*” (RÁZURI, 2015, p.48).

En adición a ello, postulamos que no resulta suficiente con solamente conocer de administración, si no, más bien, aplicarla y en los mejores como oportunos términos. Entonces, en ese sentido, carece de

---

<sup>4</sup> La Gestión Pública por objetivos y resultados: Una visión sistémica. En línea: Recuperado en fecha 16/05/16, de la Subsecretaría de la Gestión Pública [http://www.sgp.gov.ar/contenidos/onig/planeamiento\\_estrategico/docs/libro/Capitulo\\_3\\_La\\_Gestion\\_por\\_Objeticivos\\_y\\_Resultados.pdf](http://www.sgp.gov.ar/contenidos/onig/planeamiento_estrategico/docs/libro/Capitulo_3_La_Gestion_por_Objeticivos_y_Resultados.pdf). Buenos Aires, 2007, p. 35.



sentido, logicidad y edificancia, que en oportunidad alguna se presume de haber cursado tal o cual carrera profesional o curso, en cualquier materia o disciplina, incluso, que haya sido en el extranjero (de modo presencial o virtual), cuando en la práctica, no se hace honor a la naturaleza de los mismos.

Ergo, ante la eventual carencia de identificación, concientización con el curso a seguirse, tal emprendimiento deviene pues, en infértil, vano, peligroso incluso, cuando enarbolando banderas de “decisión o fundamentación”, peregrinamente se afiate en supuestos que únicamente revisten intenciones y resultados, producto del desconocimiento, insensatez o estropicio.

En base a las reflexiones expuestas, no cabe duda que respecto a la implantación de los juzgados de flagrancia, Importará finalmente asistir a su saludable como esperada redefinición, la misma que sintonice con los requerimientos evidenciados.

A propósito, dejamos expresa constancia que en extremo alguno hemos pretendido postular desde el umbral de la sabiduría (la cual nos es absolutamente ajena), empero, sí más bien, únicamente dar testimonio de lo que vemos, vimos y esbozamos desde nuestro modesto punto de vista. Y, aunque obviamente no pretendamos que se piense como nosotros, sí deseamos que estas breves líneas, al menos, sean eventualmente tomadas en cuenta, ya que, constituyen una óptica (y de manera alguna, la única), del presente tema *sub exámine*.

## 6 SUGERENCIAS

En principio, dado que es de considerar que el Plan Piloto bajo comentario, tiene por objeto — establecer un tratamiento especial y célere en la investigación y juzgamiento de los delitos flagrantes, a fin de obtener una decisión pronta y eficaz; esto es, dar también una respuesta eficiente y transparente a los delitos flagrantes que atentan contra la seguridad ciudadana, que es uno de los principales problemas que afronta el país, en vista del incremento de la delincuencia— queda claro, que dicha problemática tiene que ser abordada de conformidad a dicha naturaleza, es decir, abarcando la totalidad de aristas involucradas.

También, no debe perderse de vista el rigor y trascendencia que importa, la correcta y completa asunción de lo que implica, la administración por objetivos y resultados, aplicado a la temática del presente análisis. Ello, a efectos de no solo observar la correspondiente metodología, si no,

también, poder fácilmente evaluar el proceso y resultado, vía la herramienta por excelencia, esto es, la contrastación.

Por otro lado, es menester dejar constancia que el correcto manejo de las decisiones administrativas o de gestión, implica también un impacto en la administración de justicia, que reviste a su vez, la generación o no del obligado valor público, en favor de los justiciables.

En ese orden de ideas, se tiene que el valor público no solo se constituye en un derecho, si no una obligación con quienes están a cargo de gestión pública, porque los mismos laboran con fondos públicos, los mismos que les pertenecen a la población y por ende, tienen que estar orientados hacia ella en general y específicamente a los sectores más deprimidos, de otro modo, se posterga y desnaturaliza la finalidad que abraza la función pública (TORRES MARINQUE, 2010, p.23).

Además, dicha empresa debe asumirse alejados de prisas o apasionamientos. Así también, ajeno a intereses ajenos a los propios o naturales a la problemática. Al respecto, cabe traer presente el evitar a toda costa lo acontecido en Italia, esto es, con el *mani pulite*, en la que la política judicial implantada para combatir la corrupción sufrió tal grado de sobre exposición y mediatización de la magistratura que terminó por desnaturalizarla (TORRES MARINQUE, 2014, p.49). En ese sentido, resulta importante no perder de vista que despacio y de manera fría como objetiva, se avanza más y mejor. En no pocas oportunidades, los apresuramientos no arrojan necesariamente avances, si no, todo lo contrario. Al respecto, el emperador romano Augusto acuñó: “*Apresúrate lentamente*”.

Entonces, además de lo postulado en el presente desarrollo, consideramos no perder de vista que resulta imprescindible que el batallar contra una problemática, debe ser asumida no solo de manera *ex post*, si no, más bien, *ex ante*. Consecuentemente, sostenemos que la panacea para la inseguridad ciudadana de modo alguno se agota necesariamente en la creación de nuevos y/o mayor cantidad de juzgados especializados (incluso con la creación de los juzgados de flagrancia), así como, en la dación de nuevas leyes o afinamiento de las mismas, destinadas a contrarrestarla.

En ese orden de ideas, ello amerita también, la decidida voluntad política de asunción de medidas destinadas a la prevención, agresivas campañas de sensibilización de instrucción cívica. Ergo, corresponde además, el incremento de la implantación de la enseñanza de los valores en la familia, así como, en los niveles: inicial, primario y secundario. Ello,

en vista, que por psicología se sabe que es hasta el nivel secundario, en que un niño puede aprender y fijar los valores.

Además, resulta imprescindible que en dichos niveles educativos, se implante de manera obligatoria la asignatura de educación de tránsito y seguridad vial.

Así, se deja constancia que es preciso que no solamente se tome en cuenta las consideraciones expuestas, a modo de reflexión, más bien, básicamente de acción en dicha consecuencia. Aunque, a propósito, huelga mencionar que tampoco aspiramos necesariamente a que algún extremo de las líneas desarrolladas en el presente trabajo, se lleven eventualmente a cabo. Ya que, más bien, a lo que apostamos es a que si luego de la revisión de la presente entrega, alguien considera que el Plan Piloto in comento efectivamente merece al menos una discusión, mejora o agregado (y no necesariamente una coincidencia), nos daremos por servidos. Ello, en tanto que el arribo hacia derroteros de mayor avance, sustentación, solidez y acierto, precisan indubitadamente de un inicio desde el debate y las diferencias, mas nunca, desde el consenso y nulo análisis inicial.

## REFERENCIAS

ESPINOZA, Gladys. Juzgados de tránsito tienen exceso de carga procesal. En línea: Recuperado en fecha 25/01/16 de **Diario Correo** <http://diariocorreo.pe/ciudad/juzgados-de-transito-tienen-exceso-de-carga-procesal-579428/>, Lima, 2015.

MARÍN MENA, Andrea. Fragancia: justicia oportuna que se extiende. En línea: Recuperado en fecha 25/01/16 de **Poder Judicial de Costa Rica** [http://sitios.poder-judicial.go.cr/observatoriojudicial/vol97/noticias\\_judiciales/nj04.htm](http://sitios.poder-judicial.go.cr/observatoriojudicial/vol97/noticias_judiciales/nj04.htm), 2009.

NOGUERA, Jarmon. Falta de inversión provoca que hoy las cárceles se hagan pequeñas para tantos detenidos. En línea: Recuperado en fecha 25/01/16, de **Prensa Libre de Costa Rica** <http://www.prensalibre.cr/Noticias/detalle/18739-falta-de-inversion-provoca-que-hoy-las-carceles-se-hagan-pequenas-para-tantos-detenidos>, 2015.

RAMOS LOZADA, Arnaldo. Sobre la Ley que crea los Juzgados de Tránsito y Seguridad Vial (Ley N° 29391). En línea: Recuperado en fecha 25/01/16 de la **Revista de la Universidad San Martín de Porres** <http://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/Arnaldo.pdf>, Lima, 2009.

RÁZURI, María Pía. De vuelta a las aulas. En **Revista Somos**, N° 1497. Año XXVIII, de fecha 25/01/16. Lima.

ROJAS, Pablo. De Tribunales de Flagrancia a necesidad de inversión: realidad del sistema penitenciario costarricense. En línea: Recuperado en fecha 25/01/16, de **Costa Rica Hoy** <http://www.crhoy.com/de-tribunales-de-flagrancia-a-necesidad-de-inversion-realidad-del-sistema-penitenciario-costarricense/>, 2015.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Hacia una política de formación, capacitación y especialización jurídica en el Perú. En **Revista sobre Enseñanza del Derecho Academia**. Rubinzal -Culzoni Editores. Buenos Aires. N° 18, 2011.

\_\_\_\_\_. Presupuestos basales y nuevas perspectivas acerca del tan imprescindible, como cuasi unánimemente postergado, valor público. En línea: Recuperado en fecha 25/01/16, de **La Revista de la Red de Expertos Iberoamericanos en Gestión Pública** [http://issuu.com/redesdeexpertos\\_ceddet/docs/n\\_7\\_revista\\_digital\\_de\\_la\\_rei\\_en\\_g\\_publica](http://issuu.com/redesdeexpertos_ceddet/docs/n_7_revista_digital_de_la_rei_en_g_publica). Madrid, N° 07, Segundo Semestre de 2010.

\_\_\_\_\_. Una mirada crítica a los derechos a la transparencia, acceso a la información pública y rendición de cuentas. En **Revista Novedades Jurídicas**. Ediciones Legales. Año XI, N° 100. Ecuador. Octubre 2014.

VIVAS, Fernando. Carlos Álvarez y la transición del humor. En Columna: Mucho Ojo, Cuerpo C: *Luces*, del **Diario El Comercio**, de fecha 15/08/15. Lima.

Poder Judicial reactiva los Juzgados Especializados en Delitos Aduaneros. En línea: Recuperado en fecha 16/05/16 del Diario Gestión <http://gestion.pe/economia/poder-judicial-reactiva-juzgados-especializados-delitos-aduaneros-2120790>, Lima, 2015.

Creación de juzgados especializados reforzarán lucha contra minería ilegal. En línea: Recuperado en fecha 16/05/16 de Info Región <http://www.inforegion.pe/172568/creacion-de-juzgados-especializados-reforzaran-lucha-contramineria-ilegal/>, Lima, 2013.

La Gestión Pública por objetivos y resultados: Una visión sistémica. En línea: Recuperado en fecha 16/05/16, de la Subsecretaría de la Gestión Pública [http://www.sgp.gov.ar/contenidos/onig/planeamiento\\_estrategico/docs/libro/Capitulo\\_3\\_La\\_Gestion\\_por\\_Objeticivos\\_y\\_Resultados.pdf](http://www.sgp.gov.ar/contenidos/onig/planeamiento_estrategico/docs/libro/Capitulo_3_La_Gestion_por_Objeticivos_y_Resultados.pdf). Buenos Aires, 2007, p. 35.



## **Diagramação**

Murilo Celli  
UNESP Franca/STAEPE



