

IV SEMINÁRIO REGIONAL EM DIREITOS FUNDAMENTAIS

XLVI CICLO DE ESTUDOS JURÍDICOS

**POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETIZADORAS DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS - GT 5**

**DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS: QUESTÕES POLÊMICAS ATUAIS -
GT 6**

Organizadores

Anna Cândida da Cunha Ferraz

Ivan Martins Motta



LIVRO III



Reitor e Pró-Reitor Administrativo
Pró-Reitor Acadêmico
Pró-Reitor de Extensão e Cultura
Pró-Reitor de Desenvolvimento e
Relações Comunitárias

Edmo Alves Menini
Nivaldo Elias Pilão
Fernando Pavan Baptista

Antônio Cláudio da Costa Machado

Coordenadora do Curso de Mestrado

Anna Candida da Cunha Ferraz

Editor Chefe
Editora Adjunta
Editor Adjunto
Editora Adjunta
Revisor
Revisora

Luís Rodolfo Ararigboia de Souza Dantas
Anna Candida da Cunha Ferraz
Gerson Amauri Calgato
Margareth Anne Leister
Antônio Cláudio da Costa Machado
Ana Maria de Pinho

Técnico Editorial / Diagramação /
Capa

Rodolfo Rodrigues Domingos

Direitos reservados à
EDIFIEO Editora da **FIEO**

Campus Vila Yara
Av. Franz Voegeli, 300 Bloco Branco
06020-190 Osasco SP Brasil
Fone 11 3651 9980
www.unifieo.br
edifieo@unifieo.br

Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Prof. Dr. Luiz Carlos de Azevedo

IV Seminário Regional em Direitos Fundamentais: XLVI ciclos de estudos jurídicos (recurso eletrônico); organizado por Anna Cândida da Cunha Ferraz e Ivan Martins Motta. – Osasco : UNIFIEO, 2016.
70p.

Conteúdo: v.3 – Políticas públicas concretizadoras de direitos fundamentais – GT5; Direito penal e a proteção dos direitos fundamentais: questões polêmicas atuais – GT6.

1. Aborto 2. Saúde pública 3. Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

CDU 618.39

Campus Vila Yara
Av. Franz Voegeli, 300
06020-190 Osasco SP Brasil

Campus Wilson
Av. Franz Voegeli, 1743
06020-190 Osasco SP Brasil

Organizadores

Anna Candida da Cunha Ferraz

Ivan Martins Motta

**IV SEMINÁRIO REGIONAL EM DIREITOS FUNDAMENTAIS
XLVI CICLO DE ESTUDOS JURÍDICOS
POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETIZADORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - GT5
DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: QUESTÕES
POLÊMICAS ATUAIS - GT6**

Novembro 2016

Osasco
EDIFIEO
2018

CONSELHO CIENTÍFICO

Adriana de Mello Zawada - USP – SP
Ana Maria Viola Santos - UNISAL – SP
Daisy Rafaella - UNISAL – SP
Davi Tangerino - UERJ – RJ
Fernando Pavan Baptista – Unifieo – SP
Gerson Amauri Calgaro – Unifieo e FALC – SP
Juliano Ralo – Universidade Nilton Lins – AM
Márcia Cristina de Souza Alvim – Unifieo – SP
Maria Alckmin - UNISAL – SP
Regina Vera Villas Boas – UNISAL/PUC-SP
Rubens Beçak – USP/RP – SP
Samyra Napolini – UNINOVE – SP

ORGANIZADORES

Anna Candida da Cunha Ferraz(Unifieo/SP)

Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo (1956), mestrado em Direito pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo (1974) e doutorado em Direito pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo (1982). Tem o Título de Livre-Docente pela Faculdade de Direito Universidade de São Paulo (1994) e de Professora Associada da mesma Instituição. Atualmente é professor titular e coordenadora do Mestrado do Centro Universitário FIEO. Coordena a Revista Direitos Humanos Fundamentais (Unifieo) - impressa e *on line*, e é coorganizadora da Revista Acadêmica de Direitos Fundamentais (digital) do corpo discente desta Instituição. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos fundamentais, direito constitucional, jurisdição constitucional, controle de constitucionalidade e constituição de 1988.

Ivan Martins Motta

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Titular da Faculdade de Direito do Centro Universitário FIEO - Unifieo, ministrando aulas de Direito Penal no curso de graduação e de Dogmática Penal como Instrumento para Efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais no curso de Mestrado. Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu - USJT. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, notadamente nos temas de Teoria Geral do Crime e Teoria Geral da Pena. É membro do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM

AUTORES

Fernando Pavan Baptista

Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular do Mestrado do Centro Universitário FIEO – Unifieo – Coordenador da Graduação em Direito do Centro Universitário FIEO – Unifieo.

Ivan Martins Motta

Doutor pela PUC/SP. Professor Titular do Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO – Unifieo

José Antonio da Barbara

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário FIEO – Unifieo, possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Unifieo e em Administração de Empresas pelo Centro Universitário Ibero-Americano. Com Pós-Graduação em Finanças pela Fundação Escola de Comercio Álvares Penteado - FECAP e GV PEC - Gestão Estratégica de Pessoal pela Fundação Getúlio Vargas. Tem experiência na área do Contencioso e Gestão de Risco de Crédito.

Luciana de Lima Lanzoni

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário FIEO – Unifieo. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Consumidor.

Mozart Gomes Morais

Mestrando em Direito pelo Centro Universitário FIEO – Unifieo, possui graduação em direito pela Faculdade Anchieta. Atualmente é advogado e professor universitário - Faculdade São Sebastião. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Filosofia do Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: adolescente, recursos administrativos e medida socioeducativa.

Renato Augusto de Almeida

Bolsista CAPES/PROSUP. Mestrando em Direito pelo Centro Universitário FIEO – Unifieo. Graduado em Direito pela Universidade Mackenzie.

Priscila Zinzynszyn

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário FIEO – Unifieo. Graduada em Direito pelo Centro Universitário FIEO. Especialista em Direito Civil e Processo Civil, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Direito Previdenciário, Direito Público. cursando MBA em Identidade Empresarial. Proprietária de escritório de advocacia que atua nas áreas de Direito Civil, Direito Previdenciário, Direito do Trabalho, Direito Empresarial, Direito Administrativo e Direito Penal. Professora na UNIP - Alphaville.

Vanessa de Lira e Silva

Mestranda em Direito pelo Centro Universitário FIEO - Unifieo.

SUMÁRIO

Apresentação	8
Anna Candida da Cunha Ferraz	
Ivan Martins Motta	

ARTIGOS

GT 5 - Políticas Públicas concretizadoras de direitos fundamentais

Aborto seletivo: uma questão de saúde pública ou uma eugenia?	10
Renato Augusto de Almeida	
Vanessa de Lira Silva	

A concretização das políticas públicas através do poder judiciário frente a interpretação de Ronald Dworkin.....	24
Priscila Zinzynszyn	
Luciana de Lima Lanzoni	

GT 6 – DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: QUESTÕES POLÊMICAS ATUAIS

Responsabilidade penal e seus reflexos para a empresa: uma abordagem no âmbito da lei de recuperação e falência e das operações Lava Jato & Zelotes	44
Ivan Martins Motta	
José Antonio da Barbara	

A presunção de inocência como garantia constitucional e a antecipação da pena corpórea.....	59
Mozart Gomes Morais	
Fernando Pavan Baptista	

APRESENTAÇÃO

É com satisfação e honra que apresentamos este livro, resultante de artigos relatados e aprovados nos Grupos de Trabalho G5 – POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETIZADORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS e G6 – DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: QUESTÕES POLÊMICAS ATUAIS, e que integraram o rol de atividades do IV Seminário Regional em Direitos Fundamentais, realizado pelo Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO – Unifieo, com apoio das instituições paulistas conveniadas: UNISAL, UNINOVE, FGV e IBCCRIM.

Trata-se de obra que compõem uma coletânea de livros, sendo este o de número III, e que contém trabalhos resultantes de projetos de pesquisa desenvolvidos pelo Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO, nos quais docentes e discentes estão engajados. Os artigos estão organizados sob a forma exigida para publicação coletiva: obra envolvendo temática relacionada ao PROGRAMA do Mestrado, exame e aprovação dos textos por participantes de Conselho Científico pelo *double blind peer review* e observância das normas técnicas da ABNT.

Esse livro, além de revelar estudo e pesquisa por parte dos autores, traz excelente contribuição aos estudos jurídicos no Brasil, enfrentando à luz da doutrina e da jurisprudência, questões polêmicas e atuais relacionadas à área de concentração de estudos do Mestrado em Direito do Centro Universitário FIEO – Unifieo.

Anna Candida de Cunha Ferraz

Ivan Martins Motta

**G5 - POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETIZADORAS DE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O ABORTO COMO UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54

THE ABORTION AS A PUBLIC HEALTH ISSUE AND THE COMPLAINT OF BREACH OF FUNDAMENTAL PRECEPT Nº 54.

**Renato Augusto de Almeida
Vanessa Lira Silva**

Sumário: 1 Introdução – 2 Considerações preliminares sobre o aborto – 3 Da legislação tangente à temática do aborto – 4 A Questão da saúde pública sobre o aborto – 4.1 Dos dados estatísticos – 4.2 O Aborto como questão atinente à saúde pública e à moral – 5 A Anencefalia e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 – 5.1 A Definição de Anencefalia – 5.2 O Posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 – 6 Conclusão – 7 Referências

Resumo: Se o direito nasce e evolui mediante as necessidades sociais, e nossos legisladores são omissos em questões como o tema abordado, cabe às diversas formas de organização social tangenciar a temática mencionada, fundamentadas na questão da saúde pública e positivamente do aborto, bem como a pesquisadores de instituições educacionais discutirem sobre a realidade social posta. Neste artigo tratar-se-á do aborto como questão de saúde pública, face à análise de dados estatísticos e dos votos dos Ministros do Supremo Federal brasileiro na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Palavras-chave: Aborto. Saúde Pública. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Abstract: If a law rises and evolves through the social needs, as well as our legislators are silent on issues such as the subject, the various forms of social organization are competent to issue the thematic mentioned, based on the public health issue and the legal treatment on abortion, as well as how educational institutions researchers discuss the social reality. In this article, the abortion will be issued as a public health issue, analyzing statistic data and the votes of the Brazilian Supreme Court Ministers in the Complaint of Breach of Fundamental Precept nº 54.

Keywords: Abortion. Human Dignity. Public Health. Complaint of Breach of Fundamental Precept.

1 Introdução

O presente artigo visa desenvolver uma análise acerca do fenômeno social do aborto no Brasil. Neste artigo, sem a intenção de esgotar o tema, tampouco de inferir sobre uma questão de foro íntimo, inscrita no âmbito dos direitos individuais, tratar-se-á do tema sob a perspectiva da realidade social, sobre os dados científicos e dados estatísticos, bem como decisões judiciais.

Ainda, tem como objetivo o presente artigo tratar da questão do aborto como uma questão de saúde pública. Em que se pese a autonomia e liberdade da mulher na tomada de decisão face à legalização do aborto no Brasil, onde apenas as mulheres de classe média e alta realizam o procedimento com profissionais capacitados e de modo seguro, as pessoas de baixa renda precisam comprovar que estão em situação periclitante para terem acesso à prática dessa técnica. Consequentemente, acabam por recorrer ao aborto clandestino por meio de técnicas perigosas, que muitas vezes podem acarretar em comprometimento à saúde da mulher.

Na seara jurídica, serão usados autores de obras nacionais que tangenciam a questão do aborto sob um prisma jurídico. Por sua vez, importante será também o estudo da legislação pátria, com enfoque especial para a Constituição Federal, o Código Penal brasileiro e o Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012, que visa alterar a redação atinente à temática do aborto no que concerne à saúde das gestantes. Ademais, a análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 acaba por ter grande relevância, com o propósito de avaliar como a Suprema Corte nacional tangencia a questão do procedimento cirúrgico em comento.

No que toca à metodologia do presente trabalho, a pesquisa valer-se-á do estudo de referências bibliográficas ligadas ao direito e à medicina, bem como a obras da área médica que abordam a questão do aborto e as anomalias encontradas em fetos. Além do mais, para uma melhor compreensão da temática, serão levados em conta dados estatísticos sobre o aborto e assuntos relacionados que influenciam em tal método, com o propósito de trazer à tona questões concernentes à temática fática em comento.

2 Considerações preliminares sobre o aborto

A definição técnica de aborto diz respeito à interrupção do processo gestacional do embrião fecundado. Na etimologia da palavra, a palavra aborto

vem do latim *abortus*, que, por sua vez, deriva do termo *aborior*. Este conceito é usado para fazer referência ao oposto de *orior*, isto é, o contrário de nascer. Como tal, o aborto é a interrupção do desenvolvimento do feto durante a gravidez, desde que a gestação ainda não tenha chegado às

vinte semanas. Ocorrendo fora desse tempo, a interrupção da gravidez antes do seu termo tem o nome de parto prematuro¹.

A partir dessa brevíssima explanação sobre o conceito de aborto, faz-se necessário mencionar os métodos abortivos mais utilizados (CERQUEIRA, 2014):

- a) curetagem, caracterizada como o desmembramento do feto, realizada da sexta a décima sexta semana;
- b) sucção, procedimento de sucção do feto por um tubo;
- c) abortamento químico, realizado a partir da utilização de fármacos, tendo-se como o mais utilizado o misoprostol ou cytotec, bem como a pílula do dia seguinte;
- d) histerectomia, que é semelhante à cesárea. Em o bebê nascendo vivo, é abandonado para morrer.

SGRECCIA (2002, pp. 431 a 495) pontua a sua visão. Antes de considerar o aspecto bioético sobre o tema, trata acerca da influência religiosa, cultural e psicológica na tomada de decisão abortiva. Num primeiro momento, pondera-se acerca da vida humana individualizada do embrião desde o primeiro momento da fecundação. Em o sendo, podem existir circunstâncias nas quais se torna lícita e eticamente aceitável a supressão ou interrupção voluntária da gravidez. A partir de então, adentra-se nas repercussões no plano do comportamento e diante da lei e dos costumes de hoje, tangenciando, ao mesmo tempo, as temáticas da ciência biológica e ética.

Diante das considerações feitas nos dois últimos parágrafos, estudam-se então, primordialmente, os seguintes assuntos:

- a) A realidade biológica do recém-concebido em seu valor objetivo, desde o instante da concepção da vida humana, em si mesma e em relação às situações contingentes (doença da gestante, doença do nascituro, e da luta contra o aborto clandestino por meio do aborto legalizado);
- b) O comportamento do médico diante do pedido de interrupção voluntária da gravidez e diante da lei (objeção de consciência).

Diante do que foi analisado sobre a temática do aborto, não se sabe o exato momento do início da vida. Para tanto, os argumentos de GOZZO (2015, pp. 327 a 353) merecem destaque:

Diferentemente do conceito de morte, que é considerado, pelo menos para efeitos da Lei de Transplantes (Lei 9.3434/1997, art. 3º), como sendo a do instante em que cessam as ondas cerebrais, não há consenso sobre o instante em que a vida começa. Várias teorias tentam explicar esse fenômeno, sabendo-se que para muitos a vida tem início com a junção do gameta feminino (óvulo) com o masculino (sêmen), tenha a concepção ocorrido dentro do útero materno ou em laboratório. Trata-se aqui da teoria concepcionista, [...]. A teoria que se contrapõe a esta é a conhecida pelo termo natalista. Ela foi adotada no Brasil tanto pelo

1 ABORTO. Disponível em: <<http://conceito.de/aborto>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

legislador de 1916 quanto pelo de 2002, uma vez que o art. 4º da lei revogada, foi recepcionado pelo art. 2º da lei vigente. Por esta teoria, a pessoa só se torna titular de direitos, a partir de seu nascimento com vida. É a partir desse momento, que começaria a vida merecedora de proteção pelo ordenamento. [...] O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um automatizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria 'natalista', em contraposição às teorias 'concepcionistas ou da 'personalidade condicional'). E quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' e até dos 'direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

No contexto ora debatido, fica certo que a dignidade da pessoa humana, no que tange o aborto, é dotada de valores éticos, morais e científicos. No entanto, não se pode questionar a subjetividade destes. Para tanto, com o propósito de tratar acerca da temática do aborto tem termos legais, adentra-se ao estudo da Constituição Federal brasileira e do Código Penal, bem como o Projeto de Lei tangente a este.

Entende-se que o estudo em conjunto dos dois diplomas legais tem o condão de elucidar uma melhor tratativa ao aborto como questão de saúde pública, de modo a levar em consideração os dados estatísticos e fáticos acerca do aborto.

3 Da legislação tangente à temática do aborto

Diante da questão fática concernente à questão do aborto, há de se observar a temática em comento à luz do Código Penal de 1940 e da Constituição Federal de 1988.

Por questões de linha cronológica, pode-se tratar da questão do aborto sob a temática penal primeiramente. Merece destaque, portanto, o artigo 124 do Código Penal brasileiro, onde tipifica-se que o aborto provocado pela gestante em si mesmo ou com seu consentimento para que um terceiro lho provoque, a pena para a gestante é de detenção, de um a três anos². O artigo 126 do mesmo diploma legal, por sua vez, discorre que se aplicará a pena de reclusão de um a quatro anos àquele que provocar o aborto com o consentimento da gestante³.

Em que se pese o diploma legal citado no parágrafo acima tipificar a conduta do aborto por parte das gestantes, a Constituição Federal traz significativas redações acerca do direito à liberdade e o direito à saúde. O primeiro vem disposto em seu *caput*, estabelecendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,

2 Informação disposta no artigo 124 do Código Penal brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.

3 Informação disposta no artigo 126 do Código Penal brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.

garantindo-se aos o direito à vida e à liberdade⁴. O segundo, por sua vez, vem escoreito no artigo 196 da Lei Fundamental brasileira:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

Quando a Carta Maior brasileira fala em proteção e recuperação no dispositivo legal adstrito ao direito à saúde, é possível depreender que a mulher que passou por processo abortivo encontra-se englobada pelos dois verbetes em comento.

A partir do estudo do direito à saúde quanto ao aborto, imperioso se torna perpassar pelo Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012. Em sua redação original, dispõe-se, no inciso I do artigo 128, que não há crime de aborto quando houver risco à vida ou à saúde da gestante. Complementa-se à presente redação o parágrafo primeiro do mesmo artigo, de modo que se o aborto representar risco à saúde da gestante, esta pode consentir na respectiva intervenção médico-cirúrgica. O inciso IV do artigo 128, por sua vez, discorre que:

(...) se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

Logo, é possível se compreender que o legislador busca conferir à gestante os meios para a realização do aborto. Além de se tratar de uma faculdade por parte da mulher, conforme o disposto no inciso IV do artigo 128 do Projeto de Lei nº 236 de 2012⁵, o inciso I e parágrafo primeiro do mesmo dispositivo legal tangenciam uma temática mais adstrita à questão da saúde pública, quando discorre do risco à vida ou à saúde da gestante.

Pelo exposto na seara da legislação brasileira, pode-se analisar a presente temática sob o prisma da saúde pública, bem como sob a ótica dos dados estatísticos referentes ao aborto.

4 A Questão da saúde pública sobre o aborto

4.1 Dos dados estatísticos

Estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Ministério da Saúde (MS) e Data SUS revelam que o aborto é uma questão de saúde pública

4 Redação disposta no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal brasileira. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.

5 O Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 encontra-se disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/03/Quadro-Comparativo-CP.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

no que tange à desigualdade social quanto à etnia das mulheres (CASTRO; TINOCO; ARAÚJO. 2014). Para tanto, o *site* do governo brasileiro aponta algumas características no tocante a dados étnicos e sociais das mulheres que realizam o aborto⁶:

Dados publicados em 2013 apontavam que no Brasil havia 103,5 milhões de mulheres, equivalente a 51,4% da população; 37 milhões dessas mulheres estavam na faixa etária entre 15 a 49 anos; declararam-se brancas 36%, pardas 45% e pretas 14%. Destas, 32% tiveram acesso ao ensino fundamental incompleto; 24% ensino médio incompleto; 36% ensino superior incompleto; e, 9% ensino superior completo; 12% das mulheres casadas não utilizavam métodos contraceptivos.

Para exemplificar os dados do parágrafo acima, no Nordeste 37% das mulheres que praticaram aborto não tinham instrução, contra 5% com superior completo, somando uma diferença de sete vezes. Ademais, 3,5% declaravam ser pretas e 1,7% brancas (o dobro de diferença). Foram internadas no SUS, 205.855 mil mulheres por aborto, destas 154.391 mil para aborto induzido, porém o MS, bem como os professores Mario Giani Monteiro da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e Leila Adesse, advertem que o número pode ser de 4 a 5 vezes maior, já que as internações sofreram uma variação 685.334 a 854.668, dessas, apenas 1.523 casos são referentes a abortos legais⁷.

Corroborando com os dados apontados no parágrafo acima, o sítio eletrônico do jornal *O Globo* ainda ressalta⁸:

De acordo com o Data Sus, o governo gastou em 2013 no mínimo 142 milhões, sendo 63,8 milhões com diárias (cada diária custou R\$413,00) e 78,2 milhões com curetagem, já que foram realizada 190.282 curetagem neste ano, sendo que cada procedimento custou R\$ 411,00. Estimativas apontam que 1,1 milhão de mulheres já fizeram aborto pelo menos uma vez no Brasil, ou seja, uma a cada cinco mulheres, um aborto a cada trinta e três segundos. Entretanto, segundo os especialistas, tais dados são subnotificados, uma vez que estes são apenas do sistema público de saúde.

Diante dos dados estatísticos supracitados, a questão da saúde pública concernente ao aborto é de suma importância. Tendo em vista os dados acerca da classe social de menor renda, o aborto clandestino acaba por ser danoso à saúde da mulher, de modo que as mulheres sem recursos financeiros recorrem com maior frequência a métodos abortivos de risco.

6 Informação disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/mulheres-sao-maioria-da-populacao-e-ocupam-mais-espaco-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

7 Informação disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968>>. Acesso em: 19 set. 2014.

8 Informação disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968>>. Acesso em: 19 set. 2014.

4.2 O Aborto como questão atinente à saúde pública e à moral

Como questão de saúde pública, o aborto, no campo bioético (SANDI; BRAZ, 2010, p. 146 e 148) deve ser considerado somente como problema do campo da saúde pública, diante do estado de vulnerabilidade das mulheres. A bioética, por conseguinte, é o âmbito que abriga de forma pertinente o problema moral do aborto.

Adentrando-se ao estudo do aborto como questão de saúde pública, o portal *Women on Waves* ressalta que⁹:

(...) Na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento no Cairo, foi reconhecido que o aborto ilegal é um grave problema para a saúde pública. A WHO estima que dos 42 milhões de abortos que se fazem anualmente 20 milhões são abortos clandestinos, realizados em condições pouco seguras, num ambiente social adverso, provocando aproximadamente 47,000 mortes por ano devido a infecções, hemorragias, danos uterinos, e efeitos tóxicos dos métodos utilizados para induzir o aborto.

(...)

Quanto mais pobres são as mulheres, maior é a probabilidade de ao encararem uma gravidez indesejada, provocarem o aborto elas próprias ou fazerem-no com pessoas sem formação médica, aumentando os riscos de saúde e de hospitalizações devido a complicações (...).

Desta forma, não se pode negar a relevância do tema do aborto como uma questão de saúde pública sem adentra-se à legalização do referido procedimento cirúrgico. O portal *Brasil Sem Aborto*, para tanto, trouxe um dado relevante quando da liberação do aborto¹⁰:

(...) a legalização evitaria algumas complicações decorrentes das condições da prática clandestina.

(...)

Entretanto, os principais efeitos nocivos do aborto continuariam a ocorrer, como se pode demonstrar com os dados obtidos em países nos quais a prática não é considerada crime na legislação vigente.

(...)

Nos Estados Unidos, mulheres que se submeteram ao aborto provocado apresentam, em relação às que nunca fizeram um aborto: 250% mais necessidade de hospitalização psiquiátrica; 138% a mais de quadros depressivos; 60% a mais quadros de estresse pós-trauma; sete vezes mais tendências suicidas; 30 a 50% mais quadros de disfunção sexual. Além disso, entre as mulheres que fizeram um aborto, 25% exigem acompanhamento psiquiátrico em longo prazo.

9 Informação disponível em: <<http://www.womenonwaves.org/pt/page/380/safe-abortion-saves-women-s-lives>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

10 Informações disponíveis em: <<http://brasilesemaborto.org/2016/09/03/10anos-artigo-aborto-questao-de-saude-publica/>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

No que se refere aos dados elencados nos dois extratos acima, a opinião de especialistas da área médica é de suma importância com o fito de entender o procedimento cirúrgico e a atuação dos médicos no aborto. Barbosa, Bobato, Mariutti (2015, p. 53), discorrem que os médicos no Brasil identificam os sofrimentos acarretados pelo aborto e entendem o cuidado e o acolhimento como o ato de proferir palavras de conforto às pacientes, sem questionamentos sobre a etiologia do aborto e sem perceber os sofrimentos trazidos pelo aborto induzido. Diante deste aspecto, o Frei Antônio Moser discorre que¹¹:

(...) a que a liberação do aborto só iria aumentar ainda mais o número de abortos e o número de mulheres traumatizadas. Abortar, numa clínica ou não, significa sempre uma freada brusca e brutal em todo um processo em andamento. Todos conhecem os traumas físicos e psíquicos. A segunda incongruência parte do fato de os defensores da liberação raramente se referirem à questão de fundo, que é a da educação para o amor e para a responsabilidade. As vítimas do que se chama de gravidez indesejada são em grande parte vítimas de um processo onde além do grande número de pessoas excluídas de qualquer processo formativo que mereça este nome, são gestadas e vivem em condições de miséria.

(...)

Assim sendo, é preciso dizer aos defensores da liberação, que o problema é bem mais complexo e mais profundo. A Pastoral da Criança, que salva da morte milhões de crianças em todo o mundo, é apenas uma pequena amostra da direção para onde se deve caminhar. O que nos falta é uma verdadeira política familiar. Política familiar significa favorecer nas pessoas a consciência de sua dignidade, oferecer uma compreensão mais ampla e mais profunda do sentido da sexualidade humana, desvelar os valores éticos e naturalmente oferecer estruturas educacionais, de higiene, de saúde, de habitação, etc. Só desta forma se pode pensar em condições mais favoráveis à vida.

Face aos comentários aduzidos neste tópico, não se trata de adentrar à temática do aborto apenas no aspecto de sua legalização. É cediço avaliar também o aborto como uma questão de política familiar, com o fito de ofertar melhores condições de vida às gestantes e suas respectivas famílias. Não se pode colocar a temática do aborto no campo da política pública apenas no aspecto de sua legalização. Torna-se imperiosa a tratativa à temática de forma a conferir uma discussão mais abrangente, tocando os diversos pontos sobre o aborto a fim de auferir valores éticos, morais e educacionais quanto ao aborto.

É com este propósito que o Supremo Tribunal Federal adentrou no estudo do aborto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, onde tinha como escopo pontual a temática do aborto nos casos de anencefalia.

11 Texto na íntegra disponível em: <http://www.antoniomoser.com/site/index.php?option=com_content&view=article&id=102:aborto-e-saude-publica&catid=34:artigos&Itemid=41>. Acesso em: 28 nov. 2016

5 A Anencefalia e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

Em breve análise, o que foi objeto de discussão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

5.1 A definição de anencefalia

A definição de anencefalia diz respeito à má formação do tubo neural, acarretando a ausência parcial do encéfalo e do crânio, o que causa defeito em seu fechamento, não tendo expectativa de vida extrauterina; já a microcefalia é uma má formação congênita no perímetro cefálico, suas complicações são gravíssimas, entretanto, há expectativa de vida extrauterina.

Como nos coloca (LIMA, 2009, pp.75 e 76) abaixo:

O encéfalo é parte do sistema nervoso central (...). Devido à complexidade de seu desenvolvimento embriológico, não é incomum seu desenvolvimento anormal na espécie humana. As malformações do sistema nervoso central – centro propulsor e coordenador de todas as manifestações vitais, quais sejam, as intelectivas, as sensitivas e as vegetativas – geram inúmeras doenças. A anencefalia configura uma das malformações do encéfalo.

Nesta temática, adentra-se à temática da questão do aborto eugênico, de modo a interromper a diante da inviabilidade de o feto conseguir se desenvolver extrauterinamente. Conforme os extratos abaixo:

O aborto eugênico ou, como os médicos preferem denominar, o aborto seletivo ou, de uma forma menos ofensiva aos ouvidos, interrupção seletiva da gravidez, consiste na expulsão provocada do feto, motivada por suas graves e irreversíveis enfermidades ou deformidades físicas ou mentais. Pode ser vítima desta conduta o feto considerado incompatível com a vida extrauterina ou, ainda, o feto que apresenta mínima expectativa de sobrevivência. Levando-se em conta os princípios da Bioética e prevalecendo o respeito à vida humana, não há que se sacrificar o feto em benefício da tranquilidade psíquica de sua mãe. No entanto, prevalecendo o princípio da autonomia em relação aos pais, estes podem optar pela realização do aborto, pela tentativa de uma intervenção cirúrgica intrauterina ou pelo prosseguimento da gravidez até seu termo normal (TEODORO, 2007, p. 37).

(...)

Foi Francis Galton (1822-1911), considerado o pai da eugenia, que sob influência da teoria da evolução das espécies, de seu primo, Charles Robert Darwin (...). Eugenia deriva do grego eugenes, que quer dizer, boa origem (...). Para Galton, a evolução da raça humana, segundo a seleção natural das espécies, deveria ficar sob controle do próprio homem, sendo que a reprodução humana deveria ser realizada com planejamento e não, por simples impulsos instintivos.

É nesta tocada que a Suprema Corte brasileira vem a tangenciar a temática do aborto, analisando o referido tema sobre o aspecto da liberdade da mulher quanto ao seu corpo e em questões de ordem moral.

5.2 O Posicionamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

Preliminarmente, vale lembrar que a questão social da anencefalia foi levada ao Supremo Tribunal Federal pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012). A análise da referida ação perpassa, primordialmente, pelos votos dos ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso e Carlos Ayres Brito.

Primeiramente, veja-se o voto do Ministro relator, Ministro Marco Aurélio¹²:

O feto sem cérebro mesmo que biologicamente vivo, é juridicamente morto não gozando de proteção jurídica, e principalmente de proteção jurídico penal, logo tal conduta é atípica. Antecipação terapêutica do parto de anencéfalo não é aborto. Brasil é o 4º país no mundo com casos anencéfalos, só atrás do Chile, México e Paraguai. Anencefalia no Brasil é 1 a 1000 nascimentos. Anencéfalo jamais se tornará pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencéfalo é um natimorto, não há vida em potencial, logo não se cogita aborto eugênico. Anencefalia e vida são termos antitéticos. O sofrimento dessas mulheres pode ser tão grande que estudiosos do tema classificam como tortura o ato estatal de compelir a mulher a prosseguir na gravidez de feto anencéfalo.

Por sua vez, o Ministro Ayres Brito (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012), em seu voto, postula que o aborto, levado às últimas consequências, corresponde a um martírio que a gestante experimenta, tendo estreita relação com uma tortura ou a um tratamento cruel. Deste modo, o martírio não pode ser imposto a outrem.

Pela inconstitucionalidade da referida Arguição, o Ministro César Peluso votou da seguinte maneira (MARCHIORI, 2011, pp. 87 a 89):

Não cabe alegação de sofrimento psíquico da gestante. O sofrimento em si não degrada a dignidade humana, é elemento inerente à vida humana. É pretensão utópica o ser humano não ter sofrimento. O ordenamento apenas repudia os hábitos injustos que o causem. Não há, no caso de anencefalia, nenhum culpado como no estupro. A causa é o acaso genético.

(...)

Interromper gravidez de feto anencéfalo é atitude egocêntrica, pois é prática cômoda que se vale a gestante para se livrar de sofrimento ao invés de zelar por vida alheia. Atende a solicitações primitivas do princípio

12 RECONDO, Felipe; GALLUCCI, Mariângela. Em decisão histórica, STF decide que aborto de feto anencéfalo não é crime. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,em-decisao-historica-stf-decide-que-aborto-de-feto-anencefalo-nao-e-crime-imp-,860498>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

do prazer, ansiedade voltada a si mesmo, em detrimento do afeto, da piedade, da abnegação que participam da grandeza do espírito humano. Interrupção de gravidez de feto anencéfalo não se inclui na hipótese de aborto necessário, pois há mero evento psíquico do sofrimento da mãe ou vaga possibilidade de complicação da gravidez sem nenhum indício de perigo próximo à vida da gestante.

Pode-se perceber, pelos votos dos Ministros em comento, que a discussão sobre a temática do aborto ainda possui consideráveis diferenças de opinião. Contudo, não se pode confundir questões de ordem pública, como o direito à saúde, com motivações de ordem facultativa por parte das mulheres. Uma gravidez não pode ser colocada no mesmo plano daquelas que representam risco iminente de morte às mulheres, razão pela qual a temática da saúde pública deve adstringir-se aos problemas de maior magnitude.

6 Conclusão

Ante todo o exposto no tocante à conceituação sobre o aborto e a legislação constitucional e infraconstitucional atinente ao tema, adentrou-se à questão concernente ao aborto como uma questão de saúde pública face aos dados estatísticos apresentados e a decisão do Supremo Tribunal Federal no tocante à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Torna-se necessário o debate, uma vez que se discute atualmente sobre a legalização do aborto e a sua relação com a temática da saúde pública, principalmente no caso da anencéfalia, tratada na referida decisão da Suprema Corte brasileira.

Importa ainda, no deslinde do presente artigo, tratar acerca dos dados estatísticos sobre o aborto e a relação destes com os grupos étnicos e sociais. A relevância dessa abordagem leva em consideração a tratativa dada pelo Sistema Único de Saúde, visto que neste alcança-se, e sua grande maioria, pessoas de baixa renda. As mulheres das classes média e alta, todavia, realizam o aborto da mesma maneira que mulheres de baixa renda. No entanto, como podem pagar pelo serviço abortivo, as mulheres com poder aquisitivo maior realizam o procedimento cirúrgico com maior segurança, uma vez que as clínicas especializadas realizam a operação com os recursos tecnológicos mais sofisticados que os utilizados no sistema público de saúde.

Tendo em vista a temática supracitada e as matérias em comento, objetivou-se analisá-las sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque primordial na Constituição Federal Brasileira e no Código Penal pátrio, além do Projeto de Lei em trâmite no Senado Federal que adentra precipuamente à temática do aborto. Vislumbra-se, pela leitura integrada dos dois diplomas legais e do referido projeto de lei, que é tangenciado sob uma temática focada na questão da saúde pública, compreendendo-se que o legislador busca conferir, à gestante, meios para a realização do aborto.

Diante da tratativa do Legislativo não estabelecer ainda um parâmetro acerca da tipificação do aborto quanto ao Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012, coube ao Supremo Tribunal Federal se debruçar sobre a controversa e polêmica temática. Em observância aos acontecimentos quanto à temática central do presente artigo e à realidade presente, o magistrado acaba por formar sua convicção lastreada em provas e dados concretos objetivos, uma vez que é um catalisador dos fatos históricos e sociais.

É importante consignar que a Suprema Corte brasileira não invalidou nenhum dispositivo legal, tampouco vinculou (obrigou) que as mulheres realizem o aborto, apenas reconheceu, em caso específico, o direito à liberdade e a autonomia das mulheres. Tratar-se, portanto, de uma decisão de foro íntimo, na qual a decisão deveria ser tomada por aqueles que vivenciam o problema.

Em que se pesem os argumentos e posicionamentos abordarem a questão do aborto como uma questão de saúde pública quanto à tratativa dada pelo Sistema Único de Saúde e pelas situações concernentes à anencefalia, é possível concluir que a questão ligada ao procedimento cirúrgico em comento acaba por ser danosa à mulher tanto no aspecto físico quanto no psíquico.

Apesar de se tratar muitas vezes de uma questão de foro íntimo, a justificativa para a referida prática deve ser muito bem fundamentada e refletida no tocante ao risco iminente de morte. Caso contrário, o aborto como liberalidade feminina acaba por onerar consideravelmente o erário, transformando a questão da saúde pública, de extrema relevância para a sociedade, numa faculdade que pode ser exercida a qualquer momento, perdendo-se assim o cerne da discussão em sua essência: tratar do aborto como questão de uma saúde pública eficiente quando da sua primordial necessidade.

7 Referências

ABORTO. Disponível em: <<http://conceito.de/aborto>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

ABRANTES, Talita. Quem são as mulheres que já fizeram aborto no Brasil. **Revista Exame**. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/quem-sao-e-onde-vivem-as-brasileiras-que-ja-fizeram-aborto>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

BARBOSA, Ana Silvia Sandoval de Freitas.; BOBATO, Jacqueline Aparecida Cosmo; MARIUTTI, Mariana Gondim. Representação dos Profissionais da Saúde Pública sobre o Aborto e as Formas de Cuidado e Acolhimento. **Revista da SPAGESP**, São Paulo, v. 13, nº 2, p. 44-55, 2012.

BRASIL. Drauzio Varella: O aborto já é livre no Brasil. É só ter dinheiro, todo o resto é hipocrisia. **BBC Brasil**. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2016/02/02/drauzio-varella-o-aborto-ja-e-livre-no-brasil-e-so-ter-dinheiro-todo-o-resto-e-hipocrisia/>>. Acesso em: 2 fev. 2016.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 nov. 2016.

BRASIL. Mulheres são Maioria da População e Ocupam mais Espaço no Mercado de Trabalho. **Portal Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/mulheres-sao-maioria-da-populacao-e-ocupam-mais-espaco-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012**. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/03/Quadro-Comparativo-CP.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 54 DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgado em 12.04.2012, DJ 29.04.2013, PUBL 30.04.2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

CASTRO, Carolina Oliveira; TINOCO, Dandara; ARAUJO, Vera. Tabu nas Campanhas Eleitorais, Aborto é Feito por 850 Mil Mulheres a Cada Ano. **O Globo**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/tabu-nas-campanhas-eleitorais-aborto-feito-por-850-mil-mulheres-cada-ano-13981968>>. Acesso em: 19 set. 2014.

CERQUEIRA, Elizabeth Kipman. Os métodos de Aborto Provocado. Aleteia. Disponível em: <<http://pt.aleteia.org/2014/03/10/os-metodos-de-aborto-provocado/>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

CFM. CFM Esclarece Posição a favor da Autonomia da Mulher no Caso da Interrupção da Gestação. **Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=23663:cfm_esclarece-posicao-a-favor-da-autonomia-da-mulher-no-caso-de-interruptao-da-gestacao&catid=3>. Acesso em: 21 mar. 2013.

DURAND, GUY. **Introdução geral à bioética: história, conceitos e instrumentos**. tradução de Nicolás Nyimi Campanário. 4. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2012.

FRANCO, Simone. Mães com Filhos Especiais Pedem Novo Olhar para Deficiência. **Agência Brasil de Notícias**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/noticias/materias/2016/02/25/maes-com-filhos-especiais-pedem-novo-olhar-para-a-deficiencia>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

GARCIA, Lenise. #10anos – Artigo: Aborto: Questão De Saúde Pública. **Brasil sem Aborto**. Disponível em: <<http://brasilemaborto.org/2016/09/03/10anos-artigo-aborto-questao-de-saude-publica/>>. Acesso em: 28 nov. 2016.

GOZZO, Débora. **Diagnóstico pré-implantatório e a busca pela perfeição humana. Revista de Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo, v. 92, n 23, p. 327-353. jul./set. 2015.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão.** Curitiba: Juruá, 2009.

MARCHIORI, Carolina Milani. Análise da ADPF 54: Mapeamento da Decisão e Verificação de uma Possível Formação de Precedente. São Paulo: **Sociedade Brasileira de Direito Público**, 2012. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210_MONOGRAFIA3.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.

MOSER, Frei Antônio. **Aborto e saúde pública.** Disponível em: <http://www.antoniomoser.com/site/index.php?option=com_content&view=article&id=102:aborto-e-saude-publica&catid=34:artigos&Itemid=41>. Acesso em: 28 nov. 2016

RAMOS, Dalton Luiz de Paula (org.). **Bioética: Pessoa e Vida.** São Paulo: Difusão Editora, 2009.

RECONDO, Felipe; GALLUCCI, Mariângela. Em decisão histórica, STF decide que aborto de feto anencéfalo não é crime. **Estadão.** Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,em-decisao-historica-stf-decide-que-aborto-de-feto-anencefalo-nao-e-crime-imp-,860498>>. Acesso em: 13 abr. 2012.

RESK, Felipe. Homens abandonam mães de bebês com microcefalia em Pernambuco. **Estadão.** Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,homens-abandonam-maes-de-bebes-com-microcefalia-em-pe,10000014877>>. Acesso em: 04 fev. 2016.

TEODORO, Frediano Jose Momesso. **Aborto eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação.** Curitiba: Juruá, 2007.

SANDI, Stella de Faro; BRAZ, Marlene. As Mulheres Brasileiras e o Aborto: Uma Abordagem Bioética na Saúde Pública. **Revista de Bioética**, Brasília, v. 18, nº 1, p. 131-153. 2010. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/541/527>. Acesso em: 28 nov. 2016.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética.** I – Fundamentos e Ética Biomédica. Tradução: Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 2002.

VARELLA, Drauzio. **A Questão do Aborto.** Disponível em: <<https://drauziovarella.com.br/mulher-2/gravidez/a-questao-do-aborto/>>. Acesso em: 2 fev. 2016. (Publicado em 18 abr. 2011. Revisado em 02 abr. 2015)

WOMEN ON WAVES. **A Cada 9 Minutos Morre uma Mulher Vítima de um Aborto Clandestino Feito em más condições.** Disponível em: <<http://www.womenonwaves.org/pt/page/380/safe-abortion-saves-women-s-lives>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

A CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS ATRAVÉS DO PODER JUDICIÁRIO FRENTE A INTERPRETAÇÃO DE RONALD DWORKIN

THE POSITIVATION OF PUBLIC POLICIES BY JUDICIARY POWER: THE RONALD'S DWORKIN INTERPRETATION

LUCIANA DE LIMA LANZONI
PRISCILA ZINCZYNSZYN

Sumário: 1 Introdução – 2 Políticas Públicas no Brasil – 3 A implementação de Políticas Públicas e o controle judicial – 3.1 Princípios, regras e normas – 3.2 Os métodos de interpretação segundo Ronald Dworkin – 4 As interpretações propostas por Ronald Dworkin – 5 Conclusão – 6 Referências

Resumo: A ineficiência estatal tem dificultado a adequada implementação de políticas públicas que possam dar provimento aos direitos sociais garantidos na Constituição Federal. Dentre as contribuições da concepção de direito promovida por Dworkin encontra-se a distinção entre regras, princípios e políticas públicas. Essa distinção indica uma possível superação hermenêutica das questões referentes às colisões de preceitos fundamentais, além de permitir certo equilíbrio na tensão entre constitucionalismo e democracia. Afinal, sempre que as decisões jurídicas passam a interferir na definição democrática de políticas públicas, a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas é levantada, pois invade a esfera do político e o ativismo judicial passa a ser questionado. Nesse sentido, pretende-se demonstrar a diferença descrita por Dworkin entre regras, princípios e políticas públicas, para comprovar o critério indicado para a identificação dos princípios, a maneira como os argumentos de princípio são estruturados nas decisões jurídicas e, por fim, o caminho indicado por Dworkin para a solução do problema da legitimidade democrática das decisões jurídicas.

Palavras-chave: Políticas públicas, Ineficiência estatal, colisão de preceitos fundamentais, legitimidade das decisões jurídicas.

Abstract: The state inefficiency has hampered the proper implementation of public policies that may grant the social rights guaranteed in the Constitution. Among the contributions of design law promoted by Dworkin is the distinction between rules, principles and public policies. This distinction indicates a possible hermeneutic overcoming issue related to the collision of fundamental precepts and allows certain balance in the tension between constitutionalism and democracy. After all, where the legal decisions are interfering in the democratic definition of public policies, the question of democratic legitimacy of legal decisions is raised, it invades the sphere of political and judicial activism becomes questioned. In this sense, we intend to demonstrate the difference described by Dworkin between rules, public principles and policies, to establish the criteria indicated for the identification of principles, the way the principle arguments are structured in legal decisions and, finally, the way indicated by Dworkin to solve the problem of democratic legitimacy of legal decisions.

Keywords: Public Policies, State Inefficiency, collision of fundamental principles, legitimacy of legal decisions.

1 Introdução

Para descrever e discorrer, de forma sucinta, sobre as políticas públicas sociais brasileiras como norma, é indispensável conhecer as concepções de Estado e de Política Social que sustentam as ações e os programas, considerando as diferenças entre Governo, Sociedade, Estado e Políticas Sociais, sendo essas últimas elaboradas de forma a suplantar governos e com base em projetos de intervenção que atuem diretamente nas diversas áreas de interesse da população.

A ineficiência estatal tem dificultado a adequada implementação de políticas públicas que possam dar provimento aos direitos sociais garantidos na Constituição Federal.

Não basta apenas a elaboração das leis referentes às políticas públicas, elas devem representar a mobilização e o debate da comunidade em busca dos seus direitos sociais.

O problema é que muitas normas jurídicas têm sido editadas, sem respeitar uma racionalidade. Ademais, cumpre destacar que a atual descentralização do poder normativo em vários órgãos administrativos, como as agências reguladoras, por exemplo, dificulta o estabelecimento de um sistema jurídico coerente e racional.

Um dos principais representantes daquilo que hoje se convencionou chamar de pós-positivismo jurídico, ou seja, uma perspectiva teórica que procura resgatar os princípios morais e os valores éticos para dentro da racionalidade do direito é Ronald Dworkin. Dentre as contribuições da concepção de direito promovida por Dworkin encontra-se a distinção entre regras, princípios e políticas públicas.

Essa distinção indica uma possível superação hermenêutica das questões referentes às colisões de preceitos fundamentais, além de permitir certo equilíbrio na tensão entre constitucionalismo e democracia.

Afinal, sempre que as decisões jurídicas passam a interferir na definição democrática de políticas públicas, a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas é levantada, pois invade a esfera do político e o ativismo judicial passa a ser questionado.

Nesse sentido, pretende-se demonstrar a diferença descrita por Dworkin entre regras, princípios e políticas públicas, para comprovar o critério indicado para a identificação dos princípios, a maneira como os argumentos de princípio são estruturados nas decisões jurídicas e, por fim, o caminho indicado por Dworkin para a solução do problema da legitimidade democrática das decisões jurídicas.

E para tanto será adotada bibliografia pátria e internacional com o objetivo de fornecer o alicerce necessário, todas alçadas por meio de consolidação da temática por meio da análise de textos, artigos e livros.

2 Políticas Públicas no Brasil

Faz-se necessário discorrer sobre o que são políticas públicas. Segundo Castoriadis¹, a Grécia é o berço das políticas públicas, uma vez que foi o espaço, onde, primeiramente, surgiu uma comunidade que explicitamente deliberava sobre suas leis. Nesse contexto de participação geral na política, surge pela primeira vez na história, um espaço público que deveria ser realmente de todos e que não se relacionasse somente à tomada de decisões finais, mas também com tudo que implicasse, complicasse e conduzisse às decisões finais, enquanto decisões de todos os participantes.

O termo “políticas públicas” envolve uma série de direitos sociais como proteção à maternidade, assistência aos desamparados, proteção à infância, trabalho, moradia, saúde, previdência e assistência social, segurança pública e educação.

Severino Batista Verza² afirma que não basta apenas finalizar a elaboração de leis referentes às políticas públicas, que isso é o procedimento de concentração, de convertimento e contenda que a comunidade deve assegurar para burlar seus desígnios. Enquanto a instituição produz a autonomia, a comunidade produz suas próprias leis e as modifica, quando se fizer necessário.

A exteriorização da política pública está distante de um padrão jurídico uniforme e visivelmente apreensível pelo sistema jurídico. Essa característica dificulta muito o trabalho sistemático do cientista do direito nesse campo, uma vez que o seu objeto é multiforme e com grandes áreas de interseção com outras propriedades científicas.³

Celina Souza⁴ pondera acerca das políticas públicas, afirmando que, na sua essência, ligam-se fortemente ao Estado, pois é este quem dita as regras de como os recursos são e serão usados para o benefício de seus cidadãos.

A globalização trouxe consigo situações e processos inevitáveis. É um fenômeno mundial, um caminho sem volta. O modo como se manifesta é excludente e gera vários tipos de violência e hoje o maior desafio da globalização é criar uma política de solidariedade humana geral.

Para Genuíno Bordignon⁵, as políticas públicas brasileiras são ineficazes, o que não é recente, isso se observa desde o século XVI, visto que desde essa época, o ensino jesuítico era privilégio apenas dos colonizadores e dos filhos dos caciques. No século XVII, sendo mais específico em 1789, houve uma reforma que instituiu o ensino livre, cuja organização, com a chegada da família real, em 1808, teve início pelo ensino superior, de caráter profissionalizante. Posteriormente, no primeiro reinado, o ato adicional à

1 CASTORIADIS, C. **As encruzilhadas do labirinto**. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

2 VERZA, Severino Batista. **As Políticas Públicas de Educação no Município**. Ijuí ed. UNIJUÍ, 2000

3 SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, p. 203-218

4 SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, nº 16, jun./dez. 2006.

5 BORDIGNON, Genuíno. **Gestão da Educação no Município**. São Paulo: Editora e Livraria Paulo Freire, 2009.

Constituição de 1834 transferiu às assembleias das províncias a responsabilidade de legislar sobre a educação pública.

3 A implementação de Políticas Públicas e o controle judicial

Ronald Dworkin argumenta que não é salutar a ocorrência de questões de caráter literalmente político a serem deliberadas pelo Poder Judiciário, não oferecendo qualquer benefício a remoção das questões da esfera do Legislativo e Executivo para promover soluções pelos Tribunais, pois isso enfraquece a legislatura democraticamente nomeada e abrandando o poder político das pessoas que escolheram essa legislatura.⁶

As políticas, diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas, ao contrário, são traçadas para a realização de objetivos determinados. “Princípios são proposições que descrevem direitos; políticas (*policies*) são proposições que descrevem objetivos”.

As políticas públicas constitucionais estão vinculadas com ações que a Constituição confere aos Poderes estatais como estabilizadoras de direitos e garantias fundamentais e, junto às conseqüentes delas, tendo em vista as condições divididas de responsabilidade proativa e de imediata execução por parte dos poderes designados no meio dos entes federativos e a cidadania que ocorre a matéria. Especificadamente a partir das disposições presumidas no art. 5º, XXXIV, XLVIII, XLIX, L, LV; art. 23, 170, 194, 196 e 197, 201, da Constituição Brasileira de 1988, e, para todos esses dispositivos existe a obrigação de produzir políticas públicas consubstancializadoras, operando em níveis diferenciados de concretização, como, por exemplo: criação, constituição formal, execução e avaliação das ações indispensáveis, contando com a participação máxima da comunidade. As políticas públicas que independem da vontade ou discricionariedade estatal para acertar, pois enquadram com direitos indisponíveis de maior importância e emergência comunitária, estabelecendo a consolidação imediata.⁷

Buscando separar o pensamento positivista predominante, Ronald Dworkin acresce um sistema onde o direito é instituído por exemplos normativos que podem adquirir a aparência de regras, princípios e políticas, o que, por si só, já refuta a confiança do positivismo nas regras. Na edificação desse sistema, Dworkin finaliza que o positivismo pode ser um esclarecimento admissível como as normas de padrão regras - que seriam para ele parte do conjunto normativo, mas nunca uma teoria geral, por não abranger os padrões normativos, ou seja, os princípios e as políticas.

Afinal, políticas públicas são as decisões de governo que influenciam a vida de um conjunto de cidadãos. São os atos que o governo executa ou deixa de fazer e os efeitos que tais ações ou inações provocam na sociedade. O processo de políticas públicas numa

6 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 26.

7 LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In. SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 168.

sociedade democrática é extremamente dinâmico e conta com a participação de diversos atores em vários níveis.

O desejável é que todos os afetados e envolvidos em política pública participem o máximo possível de todas as fases desse processo: identificação do problema, formação da agenda, formulação de políticas alternativas, seleção de uma dessas alternativas, legitimação da política escolhida, implementação dessa política e avaliação de seus resultados. Políticas públicas são aqui entendidas como o “Estado em ação”, ou seja, é o Estado implantando um projeto de governo, por intermédio de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade.

3.1 Princípios, regras e normas

Os princípios gerais do direito funcionavam somente como técnica de coerência das lacunas, já que tratavam apenas como trunfos concentrados para abonar uma resposta do direito em face de lacunas normativas. Nunca se aceitou uma leitura moral das normas jurídicas, porque o direito era uma questão linguística, questão empírica de essência ou não de textos jurídicos.

As teorias positivistas coligam com os princípios nas normas mais comuns, que designam atos não característicos. Deste modo, as regras consistiam em normas jurídicas que prescreviam atos especiais, no mesmo momento em que os princípios seriam normas jurídicas que prescrevem atos mais comuns, menos específicos.⁸

Essa altivez para Ronald Dworkin é respeitável, pois hoje não mais se fala em norma jurídica, apenas em regras e princípios. Os princípios, para Ronald Dworkin, não são condição do gênero norma, são assuntos de alicerce e não necessitam encontrar-se positivados em leis – ou precedentes, como para o caso do *common law*.⁹

Os princípios compõem-se de padrões que carecem de ser obedecidos, porque ajuízam: “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”, identificados, pelo seu conteúdo, que vinculam exigências pautadas aos valores morais da justiça e da equidade, e não pela autoridade ou pelo procedimento que originou esta autoridade”.¹⁰

Ronald Dworkin ressalta que, na prática das decisões judiciais e notadamente em casos complexos, os juízes recorrem a regras que não fazem parte do direito positivo. Principalmente nos casos que não possuem solução fácil no direito positivo, os desembaraços jurídicos muitas vezes são recorridos a padrões normativos exteriores

8 SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, p. 210.

9 DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

10 *Idem*. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 36.

ao direito positivo. E ordinariamente esses padrões exteriores ao direito positivo são princípios morais e desígnios políticos, além de outros padrões não tão repetitivos.¹¹

Posteriores à teoria pura do direito de Kelsen, esses padrões morais, políticos, religiosos, foram afastados do direito, como questões político-jurídicas, não de presunção científicas sobre o direito. A despeito de esses padrões permanecerem de fora a teoria pura do direito de Kelsen como questões exteriores ao direito, eles são, de fato, empregados na prática dos desembaraços jurídicos, especialmente na prática das decisões sobre casos difíceis, casos em que não há resposta simples do direito positivo.¹²

As regras são normas jurídicas do direito positivo, isto é, normas jurídicas escritas, que atribuem direitos e obrigações – ou normas jurídicas que violentam, impedem ou facultam algo¹³.

O bom emprego das regras é uma questão de tudo ou nada, ou a regra é válida ou não é. Não existe meio-termo, não há graduação. A regra ou se aplica ou não se aplica, é válida ou não é, é cumprida ou é descumprida. Uma regra não aceita medidas ou graus de cumprimento. Ou se observa totalmente a regra ou ela é violada. Um bom exemplo de regra é a norma que define o limite de velocidade nas estradas. Ou está dentro ou está fora do limite. Não há meio-termo.¹⁴

A dúvida, a confusão ou a abstração de alguma palavra ou expressão apenas irá gerar uma norma ambígua se “houver, pelo menos, uma dúvida sobre se a lei representaria um melhor desempenho da função legislativa se interpretada de um modo, e não de outro”.¹⁵

Ronald Dworkin, apesar de empregar bastantes esforços na definição dos padrões, regras e princípios, também reconheceu a existência dos padrões normativos das políticas quando afirmou que as soluções para questões jurídicas não estão fundadas propriamente em regras, pois os juristas recorrem a “padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões”.¹⁶

3.2 Os métodos de interpretação, segundo Ronald Dworkin

Ronald Dworkin adota uma teoria interpretativa, portanto, compreende que as divergências não são causadas de imediato em razão da estrutura aberta das normas

11 *Idem. Levando os direitos a sério.* Trad. de Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 22.

12 BREYER, S. Introduction: the international constitutional judge. In. HERSHOVITZ, S. (Ed.). **Exploring law's empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin.** New York: Oxford University Press, 2006. p. 3.

13 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. de Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 24.

14 SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão da legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, p. 212.

15 DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo, Martins Fontes, 2007, p. 422.

16 *Idem. Sovereign virtue: the theory and practice of equality.* Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 36.

jurídicas, mas porque há fortes argumentos de que uma interpretação diferente seria mais coerente com os princípios e virtudes da prática jurídica brasileira.

Ronald Dworkin reputa criativas as interpretações de algo criado pelas partes como uma entidade distinta delas. Nesse sentido, as interpretações de práticas sociais, como o direito e a arte, necessitam ser entendidas como criativas. Ademais, as interpretações são construtivas, quando se preocupam basicamente com o propósito, essencialmente o do intérprete, não o do autor.¹⁷

Essa postura interpretativa busca atribuir um significado à prática que permita vê-la sob sua melhor luz e, então, reestruturá-la à luz desse significado.

A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova interpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior.¹⁸

Assim sendo, a interpretação construtiva intenta tornar uma prática, a melhor possível em razão da sua finalidade. Nesse desfecho seguem as etapas.

3.2.1 Etapas da interpretação

Na etapa interpretativa, o intérprete deve localizar “uma justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa”¹⁹. Essa justificativa admitir qual significado é apropriado à prática analisada. Nessa fase ainda é imprescindível certo ajuste sobre os significados mais adequados, pois se pretende apenas interpretar e não idealizar algo novo.

Na fase pós-interpretativa, o intérprete necessita acertar “sua ideia daquilo que a prática promove, o melhor servir à justificativa que ele abriga na etapa interpretativa”. Nesse período, pretende-se assinalar, entre os significados considerados adequados àquela prática, aquele que mostra a prática sob sua melhor luz. Aqui, a justificativa dependerá de convicções mais substantivas que aquelas apresentadas na fase de adequação. Contudo, “essas convicções não precisam ser tão compartilhadas pela comunidade quanto à noção do intérprete acerca dos limites da pré-interpretação, ou mesmo quanto às suas convicções sobre o devido grau de adequação”.²⁰

17 DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 63.

18 DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 58.

19 *Ibidem*, p. 81.

20 *Ibidem*, p. 81-84.

Ronald Dworkin considera haver cizânia quanto às dimensões da prática interpretada e, maiores são os debates a respeito da melhor justificativa para tal prática²¹. Contudo, o debate em nada extinguiu o processo de interpretação, pois seu desígnio não é eliminá-lo, mas avaliar a racionalidade à atribuição do sentido. Assim sendo, não há neutralidade nas captações, pois são todas interpretativas; contudo, o método impede espaços arbitrários.

Do mesmo modo, o procedimento de interpretação é contínuo, mesmo em qualquer caso, não faz sentido ponderar qualquer coerência entre casos simples e casos difíceis²². A singular contestação é que certa decisão tem que ser mais justificada que outras. Deste modo, a distinção entre casos difíceis e fáceis apenas se ampararia se fosse amortizada ao nível de defesa estabelecida, que modifica na extensão dos desacordos ocasionados.

Não há apenas uma teoria interpretativa do direito, mas várias. As teorias interpretativas de cada juiz são diferentes porque cada um deles tem seus critérios de persuasão sobre a prática do direito: seus propósitos, objetivos ou princípios justificativos são identificados individualmente. No entanto, apesar de existir muitas cisões entre os juízes, “*toda comunidade tem seus paradigmas em direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância*”²³.

Segundo Esther Regina Prado nenhum juiz americano tem o poder de negar a autoridade do precedente. Os juízes da *civil law*, por sua vez, também levam em conta a jurisprudência no momento das decisões, embora não se conhece, nem de longe, tão obrigados quanto os juízes da *common law*. E nenhum juiz tem a capacidade de negar que as normas derivadas regularmente do Poder Legislativo carecem ser aplicadas obrigatoriamente.²⁴

Além disso, existe uma pressão originária do meio intelectual e dos doutrinadores que designa os gravames ao processo interpretativo. O favorável ensino jurídico é pleno de doutrinas conservadoras que procuram gerar certa tendência à reverência dos princípios e virtudes que apoiam a prática jurídica como um todo.

Contudo, por um lado, é um desacerto ao desprezar esses fatores de tendência, por conseguinte, não se pode ocultar que, em diferentes ocasiões, esses paradigmas são questionados e, até mesmo, distorcidos. Isso posto, com o passar do tempo, os modelos são contrariados e novos modelos são aconselhados e acolhidos, num primeiro momento, por minorias progressistas, mas podendo chegar a formar novos paradigmas. Na *civil law*, por

21 *Ibidem*, p. 83.

22 DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 316-317 e 423.

23 *Ibidem*, p. 110.

24 PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o Direito como integridade. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 08 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41027&seo=1>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

exemplo, a interpretação da lei fundada na intenção do legislador, característica da Escola da Exegese, veio perdendo importância a ponto de ser praticamente desconsiderada em na prática atual, sendo suprida por um acordo fim da vontade da lei.²⁵

Os modelos que são admitidos hoje em dia foram edificados no decorrer da história, e, assim, podem ser facilmente alterados. Deste modo, uma mesma prática social pode ter significados diversos em tempos distintos.

3.2.2 Concepções de direito

Ronald Dworkin ressalta a precisão de um acordo pré-interpretativo, pois é indispensável um acordo inicial sobre as práticas jurídicas. Em princípio, todos juristas conhecem as legislaturas, os tribunais, as agências reguladoras e órgãos administrativos, bem como as decisões tomadas por essas entidades, como parte da prática jurídica brasileira.²⁶

Para que se possa atingir a etapa interpretativa, é forçoso procurar a justificativa para os principais elementos da prática coligada na etapa pré-interpretativa.

Ronald Dworkin adverte que a apreciação do abstrato provoca a concordância necessária à etapa interpretativa de que o aproveitamento do direito incide em conduzir e antecipar o poder do governo, aceitando a coerção somente em consequência de disposição políticas anteriores.²⁷

A seguir, apresentam-se três concepções interpretativas do direito: “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”. Apenas a primeira e a última, no entanto, acolhem essa proposta de justificativa geral do direito.

A opção de Dworkin será pela concepção do direito, como integridade, uma vez que, em sua opinião, demonstra o direito sob sua melhor luz. Assim segue seu entendimento:

a) Convencionalismo

Para um pensador convencionalista, o direito é aquilo que realmente é e não o que deveria ser. Assim, a tarefa do juiz é simplesmente aplicar esse direito, sem procurar modificá-lo de acordo com sua própria ética ou política.²⁸

Nesse seguimento, os apropriados direitos e deveres dos cidadãos são aqueles que são revelados transparentes em alguma decisão política do passado, de costume que os advogados e juízes têm o conhecimento de qual é o direito involuntariamente de desacordo em moral ou política.

25 PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o Direito como integridade. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 08 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41027&seo=1>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

26 PEDRON, Flávio Quinaud. Ronald Dworkin, integridade e resposta correta. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3526, 25 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23808>>. Acesso em: 27 jun. 2016

27 DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 116-126.

28 *Ibidem*, p. 145.

Entretanto, os convencionalistas adotam casos novos em que não existem desembaraços políticos do passado apropriados ao lembrar os direitos ou deveres, ou, pelo menos, essas decisões não geram a concordância necessária, para que se possa apontar o que é o direito. Nesses casos, o juiz deve deliberar da melhor maneira admissível, mas a decisão é deixada em aberto, pois nenhuma das partes tem legitimamente um direito a decretar porque este ainda não existe. O juiz descobrirá outras razões para relevar sua decisão, mas não terá que se preocupar com as decisões do passado, pois estas nada lhe informam a respeito da melhor solução a ser adotada. Assim sendo, nesses casos os juízes carecem de praticar o poder discricionário e usar padrões extrajurídicos para criar um novo direito.²⁹

O convencionalismo é atrativo para aqueles que se preocupam com a garantia do direito, pois lembra que a repressão apenas poderá ser praticada quando decisões políticas do passado a justificarem. Assim, a segurança é garantida pela previsibilidade.

Esse benefício parece ajustado com a primeira conclusão apresentada, mas não é, pelo menos com a mesma veemência, em relação à segunda conclusão. Isto porque, nos casos novos, o poder discricionário dos juízes é extenso, não existe como se garantir a segurança almejada pelos convencionalistas. O culminante que se pode estabelecer é que os juízes sejam corretos e reconheçam que estão designando o direito de acordo com sua persuasão pessoal, ainda que busquem levar em conta, a ambição do povo ou um virtual desígnio do Poder Legislativo.

Um juiz consciente de seu convencionalismo estrito perderia o interesse pela legislação e pelo precedente exatamente quanto ficasse claro que a extensão explícita dessas supostas convenções tivesse chegado ao fim. Ele então entenderia que não existe direito, e deixaria de preocupar-se com a coerência com o passado; passaria a elaborar um novo direito, indagando qual lei estabeleceria a legislatura em vigor, qual é a vontade popular ou o que seria melhor para os interesses da comunidade no futuro.³⁰

Mas não é o que se percebe, os juízes persistem no que estão deliberando da forma mais coesa com o texto ou o espírito da lei e procurando impetrar os melhores contextos nessa definição. Conseqüentemente, não se sentem livres mesmo quando as convenções já não se depararam com qualquer resposta.

Por fim, o convencionalismo é a versão interpretativa de positivistas, na medida em que avalia a grande maioria dos casos como adequados para serem deliberados pelos ajustes estabelecidos, de forma a garantir a segurança e a previsibilidade do direito. Ao lado disso, nos casos difíceis, o juiz não tem alternativa, senão cunhar o direito a ser aplicado, sem que permaneça qualquer limite apresentado pelas decisões políticas do passado.

29 DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 145.

30 *Ibidem*, p. 159.

b) Pragmatismo jurídico

O pragmatismo jurídico *“nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado”*³¹. Portanto, contradiz o contexto de que as pessoas tenham direitos com base em decisões políticas do passado. Todavia, por razões de estratégia, para impedir a perda de influência pelo governo e, desta forma, agravar a comunidade como um todo, o pragmatismo jurídico pode escolher por cobrir sua decisão real, disfarçando a aplicação da lei.

Deste modo, o pragmático apenas tem a visão para a tradição jurídica composta pelas decisões políticas do passado, como estratégia para contrafazer as decisões que toma com apoio numa aparência do que será melhor para a comunidade no futuro. Dessa forma, não abandona os anseios morais ou políticos.

Em resumo, a contenda entre o pragmatismo jurídico e o convencionalismo pode ser bem abreviada nas próprias palavras de Dworkin:

A diferença prática entre as duas teorias da jurisdição é, portanto, a seguinte: em um regime convencionalista, os juízes não se considerariam livres para alterar regras adotadas conforme as convenções jurídicas correntes, exatamente porque, após o exame de todos os aspectos da questão, uma regra diferente seria mais justa ou eficiente. Em um regime pragmático, nenhuma convenção desse tipo seria reconhecida, e ainda que os juízes normalmente ordenassem o cumprimento de decisões tomadas por outras instituições políticas no passado, eles não reconheceriam nenhum dever geral de fazê-lo.³²

O benefício do pragmatismo é admitir que os juízes fiquem livres para ampliar o direito, mudando sucessivamente os benefícios da modificação ao extrapolar a ruína originada pela diminuição de previsibilidade. Diante disso, uma sociedade que se habitua a teoria pragmática do direito, tende a acolher as mudanças com mais facilidade e, deste modo, a dúvida gerada pelo processo de criação do direito apresentaria um impacto menor.

Uma análise parecida com a do convencionalismo pode ser ressuscitada. Se numa aparição pragmática os olhares permanecem voltados para o futuro, por que então os juízes insistem em justificar suas decisões com base em decisões do passado? Tratar-se-ia de uma “nobre mentira”? Proferir é somente uma ação de tática ao parecer ser pouco sólido.

31 DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 185.

32 DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 181.

c) Integridade

Dworkin coliga, na proposição política, três virtudes que carecem serem alteradas em conta: equidade, justiça e o devido processo legal adjetivo. A equidade compõe “uma questão de encontrar os procedimentos (...) que distribuem o poder político da maneira adequada”, isto é, permite que os cidadãos tenham “mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam”.³³

A justiça inquieta-se com a importância das decisões, constituindo, para Ronald Dworkin, uma angústia de que “nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável”.³⁴

O devido processo legal adjetivo preceitua o respeito a certos procedimentos que já estão quase que definidos para o julgamento, ou seja,

Queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação.³⁵

Para Dworkin, tem outro imaginário, que se confunde por vezes com o princípio de discutir os casos semelhantes de forma parecida. Contudo, esse ideal que ele sugere não se resume ao princípio de igualdade, sendo mais complexo e ambicioso. É justamente a essa concepção ideal a que dará o nome de integridade.

O ideal é que se esteja tratando, da integridade em sua aparência política,

exige que o governo tenha uma só voz e que opere de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns”.³⁶

A honestidade é, por aceção, uma questão de princípio. Deste modo, na percepção do direito, como honestidade,

as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.³⁷

33 *Ibidem*, p. 200.

34 *Ibidem*, p. 200.

35 DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 200-201.

36 *Ibidem*, 2007, p. 201.

37 *Ibidem*, 2007, p. 272.

O que se pretende, é garantir uma coerência de princípio, isto é, identificar quais princípios relevam as leis e os precedentes do passado. Essa coerência de princípios passa a ser uma fonte de direitos.

A consistência de princípios admite que cidadãos tenham direitos não declarados explicitamente na legislação e nos precedentes, mas apenas implicitamente, reconhecidos através de princípios que justificam essas decisões políticas do passado.

Precisamente nesse ponto, a principal diferença entre o direito como integridade e o convencionalismo, pois o convencionalismo apenas adota os direitos declarados abertamente:

(...) o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado.³⁸

Assim sendo, no direito, como integridade, as pessoas têm os direitos que faculta resultar, explícita ou implicitamente, dos princípios que conciliam sua melhor aceitação da prática jurídica com um todo.

No entanto, deve-se lembrar de que a integridade não promove uma conexão de princípio ao longo de toda a história, sendo esta admirável porque auxilia a identificar o conjunto de princípios que nortearam os desembarços políticos e judiciais passados. Contudo não são apenas esses princípios e decisões demonstrados de acordo com a história que originam o direito como integridade, pois este avalia a prática no presente e em sua aparência futura. Dessa forma, a história proporciona apenas parte dos elementos indispensáveis à interpretação.

Resumidamente, os juízes arriscam em descobrir algum conjunto coerente de princípios, de melhor explicação construtiva da composição política e da doutrina jurídica de sua sociedade. Em seguida, averigam as interpretações adequadas a esse conjunto de princípios, e, somente então, se existir mais de uma interpretação, necessitarão buscar aquela que eleve ao máximo esse conjunto lógico de princípios. O direito como honestidade será definitivo tanto na adaptação, quanto na alegação do melhor significado.

Dworkin reconhece que a aceitação do direito, como integridade, ao conferir a tarefa de “vê-lo” sob uma visão melhor, é muito árdua, possivelmente inábil de ser executada por um juiz do habitual judiciário.

Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade.

38 DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 164.

É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto.³⁹

É imprescindível perfilar que outros juízes poderiam apresentar honradamente respostas diferentes, ainda que permaneçam dispostos a consagrar o direito na perspectiva de sua integridade.

Deste modo, Dworkin permanece aflito com o processo de interpretação que com a dissolução eficaz.

d) Ceticismo sobre a Interpretação

Segundo Dworkin, os intérpretes “acham que as interpretações que adotam são melhores – e não apenas diferentes – daquelas que rejeitam”⁴⁰. Os céticos creem que não existe uma resposta certa, somente respostas diferentes, sobretudo em casos difíceis, sendo mais honesto admitir que nesses casos prevalecem as preferências pessoais do julgador.

Dworkin admite abertamente que não existe uma unicidade de significado, uma vez que “pessoas diferentes, com gostos e valores diferentes, são predispostas (exatamente por essa razão) a ‘ver’ significados diferentes naquilo que interpretam”.⁴¹

Apesar disso, Dworkin repudia a concepção cética do direito, pois mesmo que se pense que não existe uma interpretação melhor, esse argumento deve ser defendido como qualquer outro argumento interpretativo⁴² e, deste modo, não inviabiliza a teoria interpretativa do direito.

Segundo Dworkin, o cético aparece sempre com um conceito a respeito do significado a ser conferido ao elemento da interpretação, capaz até de aderir à definição proposta por outros intérpretes. Porém, não acha que possa ser considerado o único correto, porque se aborda um escopo impossibilitado de ser descoberto na realidade.⁴³

Assim, o cético aparente persiste em suas asseverações interpretativas não tendo a capacidade de serem evidenciadas, e, por isso, não aceitam o padrão verdadeiro ou falso. Por isso que as pessoas de diferentes culturas apresentam conceitos desiguais sobre as práticas sociais e nem um pode ser analisado melhor que o outro.

Entretanto, Dworkin não ampara a interpretação é, como uma mecânica, competente de comprovar suas hipóteses. Também não que as estimas morais se encontrem no mundo ou em certo fato que transcenda em que possam ser encontradas

39 *Ibidem*, 2007, p. 294.

40 DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 94.

41 *Ibidem*, 2007, p. 96.

42 *Ibidem*, 2007, p. 285.

43 *Ibidem*, 2007, p. 97.

pela interpretação. Adota, deste modo, a definição conferida por uma interpretação que não possa ser confirmada de caráter baseado na experiência ou metafísica como anseiam os céticos exteriores, exatamente porque se aborda uma interpretação.

O que examina, entretanto, é a serventia de uma postura tal qual o ceticismo exterior. Por isto, bem como diante de um caso concreto, essas teorias ainda são obrigadas a oferecer um contexto que lhes admitam deliberar quão os significados compõem a melhor disposição. Assim, a descrença exterior não fornece nenhum padrão coerente.

Deste modo, aborda uma disposição radical que em nada contribui para a teoria jurídica, pois exclui qualquer racionalidade que se possa almejar no processo de decisão judicial, embora continue sendo essencial, na prática, por um dos admissíveis significados.

O traço que Dworkin organiza com a reverência dos céticos exteriores é suficiente elucidativa:

A propósito de qualquer tese sobre a melhor maneira de avaliar uma situação jurídica em algum domínio do direito, eles dizem: ‘Essa é a sua opinião’, o que é ao mesmo tempo verdadeiro e inútil. Ou perguntam: ‘Como você sabe?’, exigindo não um caso que possam aceitar ou rejeitar, mas uma demonstração metafísica avassaladora à qual não possa resistir ninguém que a consiga compreender. E, quando percebem que não estão diante de nenhum argumento dotado de tal força, resmungam que a doutrina é tão-somente subjetiva. Depois, finalmente, voltam a seu ramerrão – fazer, aceitar, resistir e rejeitar argumentos da maneira de sempre, consultando, revisando e mobilizando convicções que lhes permitam decidir qual, dentre as avaliações conflitantes da situação jurídica, constitui a melhor defesa de tal posição. Meu conselho é direto: essa dança preliminar do ceticismo é tola e inútil; não acrescenta nada ao assunto em questão, e dele também nada subtrai.⁴⁴

Deste modo, ainda que o cético seja inteiramente defensível em sua filosofia, pois não ameaça a compreensão de direito como integridade. Portanto, Dworkin pode adiantar-se em sua experiência de tonar mais complexo um método interpretativo que admita oferecer o significado de uma prática social perante sua melhor luz. Por isso, os contextos que empregarão, não são declaração do tipo almejado pelos céticos exteriores. A constituição de seu método interpretativo produz críticas e divergências. Contudo, o crítico, se apresentar outra opinião, necessitará de dar explicação do porquê, acareando os argumentos e convicções e não meramente proferir que não existe resposta correta e, desse modo, acolher qualquer uma delas.

44 DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 107.

Nessa continuidade, o treinamento é o descobrimento: “descobrir qual ponto de vista das questões importantes que se discute ajusta-se melhor às convicções que se tem e conserva-se a desígnio da melhor estimativa das práticas comuns”.⁴⁵

Dworkin também alude alguns tipos diferentes de descrença interior. Porém, espera que a excepcional forma de descrença adequada de assentar imprecisão com seriedade em sua teoria interpretativa é a descrença interior que aborda a favorável probabilidade de essência de uma integridade no direito.

Nessa situação, o cético interior espera que seja admissível abalizar um entendimento certo, contínuo, de que a prática ponderada apresente a unidade necessária, ou seja, as incoerências presentes em seu interior não lhe afrontam a lógica ao ponto de serem invencíveis. Apesar disso no direito, as incoerências internas são intransponíveis, é impraticável se atingir uma resposta correta, vez que não existe como averiguar qualquer integridade no direito.

Para contradizer essa questão, Dworkin ressalta a distinção basilar entre contradição e competição entre princípios. O ponto de vista de sua alegação é analisar os princípios contraditórios estabelecidos por erro de entendimento quanto à índole dos princípios.

Princípios podem somente adentrar em desordem e “a coerência então exige um sistema não arbitrário de prioridade, avaliação ou acomodação entre eles, um sistema que pensa em suas fontes respectivas em nível mais intenso de moral política”.⁴⁶

O processo de interpretação necessita achar um local para adequar cada um dos princípios que estão em conflito. Não poderá negá-los, sob a pena de ofertar uma interpretação inaceitável. Portanto, a integridade do direito não permite que qualquer deles seja inteiramente desautorizado⁴⁷. Entretanto, será imprescindível fazer uma escolha, como um juízo pós-interpretativo, acerca de qual deles deverá ser aplicado ao caso concreto por estabelecer a interpretação mais adequada naquelas circunstâncias.

Os princípios devem conviver, ainda que afastados em determinados momentos.

4 As interpretações propostas por Ronald Dworkin

Ronald Dworkin admite que existem inúmeras controvérsias na jurisprudência e na doutrina e destaca que os juízes divergem sobre questões fáticas, mas também sobre o sentido das normas jurídicas, porém, mesmo reconhecendo essas divergências, pretende, com a aplicação do seu método interpretativo, conferir à norma jurídica um sentido mais adequado à prática jurídica, abordada sob uma perspectiva mais ampla.

45 DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 109.

46 *Ibidem*, 2007, p. 321.

47 *Ibidem*, 2007, p. 322.

De acordo com seu método, os juízes poderiam discordar sobre o melhor sentido a ser atribuído a uma norma jurídica, devido às diferentes concepções acerca dos princípios que regem a prática jurídica e seu sopesamento, porém, não estariam livres para decidirem, segundo suas convicções, assim, com base na integralidade, seria introduzida uma racionalidade capaz de impor aos juízes até mesmo uma solução contrária àquela de sua preferência. Essa integridade é a base da teoria de Dworkin.

Ronald Dworkin entende que as divergências não são fruto da estrutura aberta das normas jurídicas, elas decorrem da existência de fortes argumentos que indicam que uma interpretação diferente seria mais coerente com os princípios e virtudes da prática jurídica.

5 Conclusão

Diante das observações apresentadas, constata-se que há a descontinuidade das políticas públicas no Brasil. Embora elas existam desde que o país ainda era colônia de Portugal, jamais ocorreram de forma real e nem com a devida harmonia. Existiram muito mais na teoria do que na prática.

Investigou-se a doutrina de Ronald Dworkin como uma menção teórica para a justificação de um estabelecimento judicial mais efetivo, vez que este jus filósofo percebe a prevalência dos direitos fundamentais em detrimento da soberania popular.

Dessa maneira, não há como rejeitar, hoje em dia, a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, não se pode argumentar a falta de legitimidade do Poder Judiciário para introduzir essas políticas ou infração ao princípio da “separação dos poderes”.

A força normativa constitucional é quem incita o Poder Judiciário para uma extensão na consolidação dos direitos fundamentais, a fim de que não sejam transgredidos pela deficiência total ou parcial de políticas públicas competentes. A legitimidade do Poder Judiciário decorre do próprio texto constitucional que aplica seus objetivos através dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário.

No entanto, segundo Ronald Dworkin, essa influência carece de ser efetivada por meio de uma visão absoluta do direito, respeitando sua racionalidade jurídica que necessita ser empregada pelo juiz na edificação da melhor saída aceitável para os casos concretos, não se acolhendo os desembaraços aceitos por meras críticas políticas, mas sim pelos princípios jurídicos.

Conclui-se ser perfeitamente praticável o controle judicial nos casos de formulação de políticas públicas, desde que este controle judicial seja realizado, sem discricionariedade, empregando-se o racionalismo jurídico na constituição de argumentos da sentença proferida, comprovando a força normativa dos textos constitucionais.

6 Referências

BORDIGNON, Genuíno. **Gestão da Educação no Município**. São Paulo: Editora e Livraria Paulo Freire, 2009

BREYER, S. Introduction: the international constitutional judge. In: HERSHOVITZ, S. (Ed.). **Exploring law's empire: the jurisprudence of Ronald Dworkin**. New York: Oxford University Press, 2006.

CASTORIADIS, C. **As encruzilhadas do labirinto**. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

DWORKIN, R. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald. M. **O Império do Direito**. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. de Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PEDRON, Flávio Quinaud. Ronald Dworkin, integridade e resposta correta. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3526, 25 fev. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23808>>. Acesso em: 27 jun. 2016

PRADO, Esther Regina Corrêa Leite. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin e o Direito como integridade. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 08 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41027&seo=1>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

SIMIONI, Rafael. Regras, princípios e políticas públicas em Ronald Dworkin: a questão de legitimidade democrática das decisões jurídicas. **Revista Direito Mackenzie**, v. 5, n. 1, p. 203-218, 2011.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

VERZA, Severino Batista. **As Políticas Públicas de educação no Município**. Ijuí ed. UNIJUÍ, 2000.

**GT 6 – DIREITO PENAL E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
QUESTÕES POLÊMICAS ATUAIS**

RESPONSABILIDADE PENAL E SEUS REFLEXOS PARA A EMPRESA: UMA ABORDAGEM NO ÂMBITO DA LEI DE RECUPERAÇÃO E FALÊNCIA E DAS OPERAÇÕES LAVA JATO & ZELOTES

PENAL RESPONSABILITY AND ITS REFLEXIONS OVER THE ENTERPRISE: AN APPROACH TO THE LAW AND BANKRUPTCY ABOUT LAVA JATO & ZELOTES OPERATIONS

IVAN MARTINS MOTTA
JOSÉ ANTONIO DA BARBARA

Sumário: 1 Introdução – 2 A Lei de Recuperação e Falência – 2.1 Agentes de fato ou de direito: diretores, gerentes, administradores, sócios e conselheiros – 2.2 A Condição objetiva da punibilidade da Lei de Recuperação e Falência – 1.3 A prescrição na Lei de Recuperação e Falência – 2.4 Crimes falimentares caracterizados na Lei de Recuperação e Falência – 2.5. Efeitos da Condenação por crimes previstos na Lei de Recuperação e Falência – 3 A Operação Lava Jato – 3.1 Crimes relevantes na Operação Lava Jato – 4 Conclusão – Referências

Resumo: O objetivo do artigo é trazer uma abordagem dos crimes e seus reflexos para a empresa, no âmbito da Lei de Recuperação de Empresas e Falência nº 11.101/05, que ainda necessita de profundo entendimento por parte do operador do direito, e porque não, necessárias mudanças, que tragam maior segurança jurídica quando dos procedimentos adotados. Procurou-se também, trazer as consequências para a empresa, relativamente aos crimes investigados nas operações de enorme repercussão no cenário nacional, sendo elas, como principal, a operação Lava Jato, mas também a operação Zelote, que apura os crimes envolvendo fraudes junto aos conselheiros do CARF.

Palavras-Chave: Crimes Falimentares; Recuperação Judicial; Falência, Direito Empresarial; Lava Jato; Zelote.

Abstract: The objective of the present article is issuing crimes and its consequences for companies under the Brazilian Companies and Bankruptcy Recovery Law No. 11.101/05, but sometimes, requires a deep understanding by the law's operator, to bring more legal certainty for borrowers and lenders about the adopted procedures, and also issuing necessary changes. We tried also to bring the consequences for companies, related with the crimes investigated in the latest huge impacting Brazilian police operations, which the principal ones were the *Lava Jato* and the *Zelote* operations, which investigates crimes involving frauds committed by CARF's directors - Board of Tax Appeals.

Keywords: Bankruptcy crimes; Judicial recovery; Bankruptcy, Business Law; Lava Jato; Zelote.

1 Introdução

A Lei nº 11.101 de fevereiro 2005, Lei de Recuperação de Empresas e Falência, introduziu profunda mudança na disciplina do crime falimentar, que só é objeto de persecução penal após a decretação da falência ou da concessão da recuperação judicial ou da recuperação extrajudicial.

Notam-se, em alguns momentos, dificuldades mesmo para aqueles que conhecem um pouco mais sobre o assunto, por estarem envolvidos nos processos de recuperação judicial, quanto ao tratamento acerca dos dispositivos que norteiam o crime falimentar, com relação a sua condução dentro do juízo empresarial, que ampara todo o rito procedimental do instituto, ou na esfera penal, dada a própria imputação do crime no texto da Lei.

O crime falimentar é, por excelência, concursal, face à correlação existente entre a falência e o crime falimentar, que depende da declaração da quebra, fato exterior à sua própria conceituação típica.

Diante do cenário traçado, a problemática pode ser sintetizada na questão de quais os crimes falimentares e suas consequências, mas também não deixaremos de mencionar, os agentes de direito ou de fato.

Durante o desenvolvimento do artigo, procurou-se mostrar de forma detalhada, o posicionamento existente, bem como, suas interpretações, características e finalidades, apontando a aplicabilidade no ordenamento e verificando possíveis implicações, tanto na figura do empresário, quanto da sociedade empresária e sua interferência no sistema empresarial. Posto isto, porque a empresa ou sociedade empresária não comete crime, mas sim, seus dirigentes, daí a importância de demonstrar a imputação de tais crimes aos seus agentes de fato e de direito.

Embora a Lei de Recuperação tenha sua aplicação na figura da pessoa jurídica, para quase todos os procedimentos existentes, a pena no âmbito criminal atingirá a figura do empresário ou administrador, diretor, gerente ou administrador judicial.

Da mesma forma ocorre junto aos administradores de diversas empresas envolvidas nas operações citadas (Lava Jato e Zelotes/CARF).

Ressaltamos que a operação Lava Jato, que envolve grandes corporações, até março deste ano, já havia realizado acusações criminais contra 179 pessoas físicas, número que cresceu ainda mais. Ao todo, essas pessoas são acusadas de cometer cerca de 36 tipos de crimes diferentes (ou tipos penais, na linguagem do código penal brasileiro), sendo os mais relevantes: Formação de Organização Criminosa, Lavagem de Dinheiro, Corrupção (ativa e passiva), Tráfico Transnacional de Drogas e Ocultação de Patrimônio.

Já a Operação Zelote, criada em 2014, apura suspeitas de manipulação de julgamentos do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), do Ministério da Fazenda, tribunal administrativo ligado ao Ministério da Fazenda. Desde o início das investigações, foram instaurados vários inquéritos que analisam casos envolvendo

contribuintes (pessoas jurídicas) de todo o país. Ao todo, o Ministério Público Federal – MPF enviou à Justiça Federal até maio deste ano, quatro ações penais em que pede a responsabilização de 29 pessoas acusadas de praticar crimes como corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e tráfico de influência.

2 A Lei de Recuperação e Falência.

A Recuperação Judicial foi introduzida, no Brasil, em fevereiro de 2005, a partir da Lei 11.101, um instituto novo e com grande influência da Lei de Recuperação americana, a *Chapter 11*, seguindo tendência mundial, e em substituição ao Decreto 7.661 que vigorava desde 1945 e que cuidava do antigo instituto da concordata.

Procurou esse novo instituto, ao contrário do antigo Decreto, dar destaque a manutenção da empresa e não a figura do empresário, considerando que é ela a fonte geradora de riquezas, empregos, tributos e o desenvolvimento da economia.

Em seus primeiros anos, o novo instituto não teve uma incidência como se imaginava na solução de crises na atividade empresarial, basicamente em virtude dos créditos habitualmente envolvidos constituírem-se de obrigações da empresa em crise, junto a bancos, tendo como garantias bens marcados com a chamada cláusula de propriedade, popularmente conhecidas como travas bancárias, e que por previsão legal, não podem ser incluídas no Plano de Recuperação e estão fora de qualquer novação que ocorra pela concessão da Recuperação Judicial.

Contudo, nos últimos três anos, com o incremento da judicialização e a presente crise econômica, que já se arrasta por um período maior do que se esperava, vem se verificando uma tendência maior da Recuperação de Empresas com sua principal finalidade: forma de preservação da empresa.

Para que se tenha uma ideia, “neste ano, tivemos no Brasil um aumento de 95% nas solicitações de recuperação, comparativamente a igual período do ano passado, segundo a pesquisa do Indicador Serasa Experian. O volume é o mais elevado para o período desde a entrada em vigor da nova Lei. Para os economistas da Serasa, esse avanço se deve ao atual quadro recessivo, bem como as dificuldades na obtenção de crédito. Taís fatos tem afetado a solvência financeira das empresas, levando os pedidos de recuperação a recordes históricos.¹

O art. 47 da Lei é o que traz em sua interpretação, de forma direta, a diretriz principal da norma, que no campo da recuperação, é exatamente isto o que merece ser transcrito, como verdadeira declaração de princípios:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de

¹ Site do Bureau de Crédito da Serasa Experian. Página “Últimas Notícias” de 06.06.2016. Disponível em: <<http://noticias.serasaexperian.com.br/pedidos-de-recuperacoes-judiciais-aumentam-95-em-maio-e-batem-recorde-historico-revela-serasa-experian/>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Portanto, o instituto citado, “constitui um favor legal destinado ao empresário ou à sociedade empresária, para que supere o estado de crise econômico-financeira de sua empresa, de sorte a permitir a continuidade de seus negócios e de seu fim social e estimular a atividade econômica própria dela. Objetiva também a Lei, fornecer aos credores um mecanismo de preservação dos créditos, além de ser um instituto que busca beneficiar toda a coletividade, posto que vise a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e interesses dos credores”² [02], conforme esclarece Clovis Antônio Maluf.

2.1 Agentes de fato ou de direito: diretores, gerentes, administradores, sócios e conselheiros.

A Lei de Recuperação determina em seu art. 179 que, na situação de falência ou na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, e ainda a pessoa do administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes da Lei de Recuperação, na medida de sua culpabilidade, isto porque a empresa no papel de pessoa jurídica, não comete crime, mas sim seus dirigentes e representantes legais, portanto são estes que deverão responder pelos crimes descritos na legislação, estando formalmente inscritos no registro do comércio (de direito) ou se apresentem perante terceiros como os verdadeiros responsáveis pela administração da empresa (de fato).

Art. 179. Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade.

É importante destacar ainda, que todas as vezes que a Lei se referir a devedor ou falido, compreender-se-á que a disposição também se aplica aos sócios ilimitadamente responsáveis, que responderão na forma das disposições civis (art. 190).

Claramente, alguns empresários e/ou representantes legais, neste momento tentam livrar-se da persecução criminal, promovendo alterações contratuais, estatutárias e/ou de alguma forma fraudar a determinação imposta pela Lei, porém o judiciário

² MALUF, Clóvis Antônio; FARIA, William Marinho de. **A Lei das Recuperações comentada e comparada**. 2ª ed. São Paulo: Edifício, 2008. p. 88.

hoje tem agido de forma rápida, garantindo e preservando os interesses dos credores, funcionários e demais interessados na continuidade da empresa.

Igual situação ocorre hoje para os crimes imputados no âmbito da operação Lava Jato. Conforme notícia publicada no Jornal O Estado de São Paulo ³ que diz:

Os acordos de colaboração premiada, firmados reduziram em ao menos 326 anos as penas dos condenados em primeira instância pelo juiz Sérgio Moro. O número se refere a 28% do total de 1.149 anos aos quais todos os réus, delatores ou não, já foram sentenciados no esquema de desvios de recursos da Petrobras. A redução pode ser maior, uma vez que no levantamento feito pelo Estado foram consideradas apenas as 15 colaborações cujos termos dos acordos vieram a público pela 13ª Vara Criminal da Justiça Federal, em Curitiba. Até agora, ao menos 65 réus da Lava Jato fecharam acordos de delação, mas há negociações ainda em andamento.

E a notícia ainda acrescenta que “As delações já computadas somam 400 anos de pena por crimes como corrupção, lavagem de dinheiro e associação criminosa. Após os acordos, nos quais os réus confessaram os delitos e se comprometeram a fornecer informações e documentos que auxiliem a investigação e a produção de provas, o total de penas chega a 74 anos. Entre os delatores, a redução dos anos é de 81%.”

Mas é importante registrar que são aqueles que receberam as penas mais pesadas, que foram os maiores beneficiados, pois fizeram as colaborações mais consistentes, detalhando como era montado todo o esquema e revelando nomes importantes que estão envolvidos em toda a operação.

2.2 A condição objetiva da punibilidade da lei de Recuperação e Falência.

A condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas na Lei de Recuperação é a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial, conforme disposto em seu art. 163:

O devedor poderá, também, requerer a homologação de plano de recuperação extrajudicial que obriga a todos os credores por ele abrangidos, desde que assinado por credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie por ele abrangidos.

Se o devedor conseguir a adesão de, no mínimo, 3/5 de todos os créditos de cada classe ou espécie, todos os credores daquela classe estarão, mesmo que não concordem com as condições do plano, obrigados às suas regras.

³ COUTINHO, Mateus; HUPSEL FILHO, Valmar. Delação na Lava Jato já reduz penas em 326 anos. **Jornal “O Estado de S. Paulo”**, 17 de julho de 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,delacao-na-lava-jato-ja-reduz-penas-em-326-anos,10000063321>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

Importante destacar ainda que o próprio art. 180 da Lei de Recuperação, dispõe que “a sentença que decreta a falência concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163, é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas na Lei”.

Na visão de Nelson Hungria, as condições objetivas de punibilidade “Nada tem a ver com o crime em si mesmo, pois estão fora dele. Exemplo: a sentença declaratória da falência em relação aos crimes falimentares”.

Segundo Arthur Migliari Junior ⁴[04] “em verdade, as condições objetivas de punibilidade não integram os tipos penais, formando um paralelo extrínseco do delito, mesmo porque o cometimento deste não será pressuposto de punibilidade, posto que, se não existir a decretação de falência ou a concessão de recuperação judicial ou extrajudicial, a mesma conduta poderá ser penalidade em outra modalidade”.

Sendo assim, identificamos que será a data da quebra ou da concessão dos institutos citados, o *termo a quo* para a persecução criminal.

2.3 A prescrição na Lei de Recuperação e Falência.

A prescrição dos crimes previstos na Lei de Recuperação rege-se pelas disposições do Código Penal, começando a correr do dia da decretação da falência ou da concessão da recuperação judicial ou ainda, da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Na forma do que prevê o art. 107, IV, do CP, a prescrição é uma das causas da extinção da punibilidade, dentre outras elencadas no artigo.

É o art. 182 da Lei de Recuperação, que nos mostra a aplicação subsidiária:

A prescrição dos crimes previstos nesta Lei rege-se pelas disposições do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, começando a correr do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial. Parágrafo único. A decretação da falência do devedor interrompe a prescrição cuja contagem tenha iniciado com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Segundo esta nova Lei de Recuperação, o início da contagem do prazo prescricional se dá na data de decretação da quebra ou da concessão da recuperação judicial ou da homologação da extrajudicial, remetendo à disciplina do Código Penal a fixação dos prazos prescricionais. Também salutar é a disposição que estabelece a interrupção da prescrição pela decretação da falência, mesmo no caso de contagem que teria se iniciado a partir da recuperação.

⁴ MIGLIARI JUNIOR, Arthur, et alii. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007. p. 515.

2.4 Crimes falimentares caracterizados na Lei de Recuperação e Falência.

Crimes falimentares são condutas incrimináveis pelo risco de, vindo a ocorrer à falência, causarem dano aos credores.

Especificamente, a Lei de Recuperação manteve como visto o sistema de condição objetiva de punibilidade, sendo que a partir de decisão nos autos cíveis, determinam de forma ampla, que poderão ser imputados os crimes falimentares, pelas condutas praticadas pelos agentes, não apenas a partir da decretação da falência do devedor, mas também a partir do despacho concessivo da recuperação judicial previsto no art. 58, ou ainda a partir da sentença homologatória da recuperação extrajudicial, conforme preceitua o art.164, § 5º, abaixo:

O art. 58 nos traz “Cumpridas às exigências desta Lei, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor cujo plano não tenha sofrido objeção de credor nos termos do art. 55 desta Lei ou tenha sido aprovado pela assembleia-geral de credores na forma do art. 45 desta Lei.”

e/ou

Art.164 “Recebido o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial previsto nos arts. 162 e 163 desta Lei, o juiz ordenará a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial, observado o § 3o deste artigo. § 5o Decorrido o prazo do § 4o deste artigo, os autos serão conclusos imediatamente ao juiz para apreciação de eventuais impugnações e decidirá no prazo de 5 (cinco) dias, acerca do plano de recuperação extrajudicial, homologando-o por sentença se entender que não implica prática de atos previstos no art. 130 desta Lei e que não há outras irregularidades que recomendem sua rejeição.”

Portanto, tais artigos dão poder ao juízo de proferir a sentença de natureza constitutiva, a qual novará os créditos do devedor anteriores ao pedido, quer seja de recuperação judicial ou extrajudicial, conforme determina o art. 59 da Lei de Recuperação, e constituirá título executivo judicial.

Fica claro que a lei prevê que, mesmo sem a decretação da falência, pode existir crime e, sendo assim, não deveríamos utilizar a expressão crimes falimentares. No entanto, pelo hábito, usualmente mantém-se a expressão, devendo-se sempre ter atenção ao fato de que não mais se limitam os crimes as condutas tão somente praticadas a partir da decretação da falência.

É apurada a existência de possíveis crimes falimentares, apesar da ressalva do § 2º do art. 187, que permite a impetração da ação penal em qualquer fase processual, como segue:

Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial. § 2º Em qualquer fase processual, surgindo indícios da prática dos crimes previstos nesta Lei, o juiz da falência ou da recuperação judicial ou da recuperação extrajudicial cientificará o Ministério Público.

Tais crimes estão tipificados nos arts. 168 a 178 da Lei de Recuperação, que serão vistos a seguir, e são classificadas como de ação pública incondicionada, de acordo com o art. 184 da Lei de Recuperação, embora o parágrafo único desse mesmo artigo permita a ação penal privada subsidiária da pública, oferecida por qualquer credor ou o administrador judicial, desde que observado o prazo decadencial de seis meses.

Já o art. 183 declara que a competência para o conhecimento da ação penal pertence ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência. Portanto, não será o próprio juízo da falência competente para julgar tais crimes, a não ser que acumule competência falimentar e criminal, nas comarcas menores.

Embora a Lei tenha previsto pena mais rigorosa para os crimes falimentares, trouxe, porém, um elemento complicador, que se verifica existir nos crimes previstos nos artigos 170, 171 e 172, da Lei de Recuperação, cujo elemento subjetivo é o dolo específico, exigindo, portanto a difícil prova de que, ao praticar determinado ato, o agente visava aquele fim específico previsto no tipo penal.

Importante assinalar, ainda, que os crimes falimentares previstos na Lei de Recuperação não são exclusivos do processo falimentar. Vamos aos tipos elencados na lei:

a) Crime de Fraude a Credores

Elencado no art. 168 da Lei de Recuperação, caracteriza o ato fraudulento realizado pelo devedor para obter vantagem indevida e que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores. Trata-se de um crime próprio (cujo sujeito ativo é o devedor ou seu representante), formal (não admite tentativa), de perigo, doloso e comissivo. O sujeito passivo imediato é a Administração da Justiça; os sujeitos passivos mediatos são os credores, para os quais a conduta causa prejuízo.

b) Crime de violação de sigilo empresarial.

Observado no art. 169 o crime quanto à violação, exploração ou divulgação de sigilo empresarial. O sujeito passivo é o detentor do sigilo empresarial ou dos dados confidenciais sobre operações ou serviços. Para que a ele seja imputado o crime, deverá estar submetido à falência, à recuperação judicial ou à recuperação extrajudicial.

c) Crime de Divulgação de Informações falsas.

Este crime, previsto no art. 170 da Lei de Recuperação, relativo à divulgação de informações falsas, é, portanto, crime comum quanto ao sujeito ativo, pois qualquer pessoa pode praticar a conduta ilícita. Já o sujeito passivo é o devedor em recuperação judicial. Portanto, não existe a figura típica na falência nem na recuperação extrajudicial, conforme especificado na lei.

d) Crime de indução a erro.

Previsto no art. 171 o crime de indução a erro, tem como sujeito passivo a Administração da Justiça. O crime de indução a erro classifica-se como comum, pois qualquer pessoa pode praticá-lo. É formal, de perigo, doloso, omissivo (quanto à sonegação e à omissão de informações) e comissivo (quanto à prestação de informações falsas).

e) Crime de favorecimento de Credores.

Um dos crimes comuns praticados atualmente, previsto no art. 172 da Lei de Recuperação, o crime de favorecimento a credores, tem o sujeito passivo todo e qualquer credor prejudicado pela conduta ilícita.

f) Crime de desvio, ocultação ou apropriação de bens.

Descrito na Lei em seu art. 173, o crime de desvio, ocultação ou apropriação de bens, tem o sujeito passivo imediato a Administração da Justiça. Os sujeitos passivos mediatos são os credores, para os quais a conduta causa prejuízo.

g) Crime de aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens.

O sujeito passivo é a Administração da Justiça, para este crime previsto no art. 174 da Lei de Recuperação.

h) Crime de habilitação ilegal de crédito

Trata o art. 175 da Lei de Recuperação do crime aplicado pela apresentação, em falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, de relação de créditos, habilitação de créditos ou reclamação falsa, ou juntar a elas título falso ou simulado.

i) Crime de exercício ilegal de atividade.

Já o art. 176, traz o crime de exercício ilegal de atividade, que consiste em efetivar tarefas ou desempenhar funções para as quais tiver sido inabilitado ou incapacitado por decisão judicial. Trata-se de crime próprio, de mera conduta, de perigo, doloso e comissivo. O sujeito passivo é a Administração da Justiça.

j) Crime de violação de impedimento

Crime esse previsto no art. 177, trata da aquisição pelos agentes declarados na Lei, de bens de massa falida ou de devedor em recuperação judicial, ou, em relação a estes, entrar em alguma especulação de lucro, quando tenham atuado nos respectivos processos.

k) Crime de omissão de documentos contábeis obrigatórios.

Por fim, o crime de omissão de documentos contábeis obrigatórios, previsto no art. 178 da Lei de Recuperação, para o qual o sujeito passivo é a Administração da Justiça.

2.5. Efeitos da Condenação por crimes previstos na Lei de Recuperação e Falência.

São efeitos da condenação por crime previsto na Lei de Recuperação, segundo o art. 181:

- I – a inabilitação para o exercício de atividade empresarial;
- II – o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei;
- III – a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

Esses efeitos, contudo, não são automáticos; necessitam ser motivadamente declarados na sentença, pois perdurarão por 5 (cinco) anos após a extinção da punibilidade, salvo se anteriormente foi o condenado beneficiado por reabilitação criminal, art. 181, § 1º. Só a partir daí terão eficácia.

Salientamos ainda que, segundo previsão legal caberá à aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, quando não incompatível com a Lei em comento, de acordo com o art. 188. Os efeitos da condenação penal se tornam efetivos após o trânsito em julgado da sentença penal.

Nosso entendimento é, portanto, que a reabilitação no direito empresarial é híbrida:

- Se penal, compete ao juiz da condenação criminal;
- Se cível, quando há crime, fica a critério do juiz da falência.

Para obter reabilitação penal, além de comprovar o ressarcimento do dano causado pelo crime falimentar (previsão legal no Código Penal em seu artigo 94, III), deverá o condenado, segundo a Lei de Recuperação, aguardar o decurso do prazo de 10 anos, contados do encerramento da falência para pleitear a extinção de suas obrigações (artigo 158, IV), e se não foi condenado criminalmente, exige somente 5 anos (artigo 158, III).

Transitada em julgado a sentença penal condenatória, deve o juiz determinar a notificação ao Registro Público de Empresa para que tome as providências cabíveis, a fim de impedir novo registro em nome dos inabilitados, previsão legal no artigo 181, § 2º.

3 A Operação Lava Jato.

O nome do caso, “Lava Jato”, veio do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas.

Embora a investigação tenha sido direcionada posteriormente a outras organizações criminosas, o nome inicial se consagrou.

A operação Lava Jato é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o montante de recursos desviados dos cofres da Petrobras, a maior estatal do país até então, esteja na casa de bilhões de reais. Adiciona-se aqui, a expressão econômica e política dos suspeitos, na participação do esquema de corrupção que envolve a companhia.

No primeiro momento da investigação, que iniciou em março de 2014, junto a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Na sequência, o MPF levantou provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras.

Trata-se de um esquema que se prolonga por pelo menos dez anos, envolvendo grandes empreiteiras, organizadas em cartel, que pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos.

Da mesma forma que anteriormente citado, embora as acusações envolvam sociedades empresárias “empresas” de diversos setores da economia nacional, os crimes na esfera penal foram imputados a seus dirigentes (diretores, gerentes, administradores

e outros representantes legais), desmantelando uma gigantesca rede de corrupção, que envolve pessoas nos diversos entes da federação.

3.1 Crimes relevantes na Operação Lava Jato

Da mesma forma que demonstramos os crimes elencados na Lei de Recuperação, separamos os cinco crimes mais relevantes que teriam sido cometidos pelos acusados da Operação Lava Jato, que tratam da formação de organização criminosa, lavagem de dinheiro, corrupção ativa e passiva, tráfico transnacional de drogas e ocultação de patrimônio.

a) Formação de Organização Criminosa

Segundo a legislação brasileira, uma organização criminosa é definida como uma associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza.

Para que seja considerada uma organização criminosa, o grupo deve ter tentado cometer um crime cuja pena é superior a quatro anos de prisão, ou então crimes de caráter transnacional.

Não se pode confundir organização criminosa com associação criminosa, que é o nome usado atualmente para caracterizar o crime de formação de quadrilha (art. 288 do Código Penal). Uma associação criminosa precisa de apenas três integrantes e os crimes que tal associação comete têm penas inferiores a quatro anos de prisão.

Pena: 3 a 8 anos de prisão, além de multa (geralmente, essa pena se acumula com as demais infrações comprovadamente cometidas pelo condenado).

Causas de aumento de pena: se houver uso de arma de fogo, a pena pode ser aumentada até a metade; participação de criança ou adolescente implica aumento da pena de um sexto a dois terços, bem como a participação de um funcionário público, e se os negócios da organização forem realizados, no todo ou em parte, no exterior.

b) Lavagem de Dinheiro

No entendimento da legislação brasileira, o crime de lavagem de dinheiro é caracterizado pelo ato de “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

De maneira mais simplificada, pode-se dizer que quando alguém transforma dinheiro “sujo” (com origem em qualquer tipo de crime) em dinheiro “limpo” (ou seja,

dinheiro com origens aparentemente lícitas), a pessoa incorre no crime de lavagem de dinheiro.

Essa era uma parte muito importante do esquema de propinas investigado na Lava Jato, já que o dinheiro usado para comprar os agentes públicos tinha que aparentar ter origem em atividades legais.

A lei contra crimes de lavagem de dinheiro se tornou mais rigorosa em 2012, quando se aboliu o rol taxativo de crimes que levariam à lavagem de dinheiro.

Isso quer dizer que, antes de 2012, só se considerava lavagem de dinheiro quando o indivíduo cometia crimes como terrorismo, tráfico de drogas ou de armas, entre outros. Hoje, a lei já considera que qualquer crime, em teoria, pode levar à lavagem de dinheiro.

Pena: de 3 a 10 anos de prisão, além de multa.

c) Corrupção (Ativa e Passiva).

Basicamente, a corrupção ativa é cometida pelo agente privado (o corruptor) que oferece benefícios indevidos ao agente público (o corrompido), a fim de que tal agente cometa alguma infração.

A corrupção passiva é aquela cometida pelo agente público, ou seja, é quem recebe o benefício indevido. Mas veja que a corrupção passiva pode ser iniciada pelo próprio agente público, quando ele pede ao agente privado certo benefício.

Nos casos investigados pela Lava Jato, as empreiteiras foram às corruptoras, que incorreram em corrupção ativa, e os funcionários da Petrobras e políticos envolvidos os corrompidos, que cometeram corrupção passiva.

Penas: em ambos os casos, 2 a 12 anos de prisão e multa.

Causas de aumento de pena: em ambos os casos, a pena é aumentada de um terço se o funcionário público deixa de fazer o seu trabalho, ou o retarda, ou então o pratica e comete um crime.

d) Tráfico Transnacional de drogas.

Em regra, o processo e o julgamento do crime de tráfico de drogas são de competência da Justiça Estadual. Mas isso muda quando ele é praticado pelo indivíduo não apenas no Brasil, mas também no exterior. Nesse caso, a competência passa para a Justiça Federal.

Pena: O artigo 33 da Lei 11.343 de 2006 estabelece pena de 5 a 15 anos de prisão, mais de 500 a 1500 dias-multa.

Causa de aumenta pena: o fato de ser transnacional aumenta a pena de 1/6 a 2/3.

e) Ocultação de Patrimônio

A lei 9.613, de 1998, prevê que é crime “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”, ou seja, esconder o real proprietário de algum bem que tenha sido adquirido a partir de outro crime.

Como exemplo, amplamente divulgado nos noticiários, foi à acusação contra o ex-presidente Lula de que ele era o verdadeiro dono de um apartamento tríplice no Guarujá.

Penas: 3 a 10 anos de prisão e multa.

Causa de aumento de Pena: aumento de um a dois terços se o crime for cometido várias vezes ou por meio de organização criminosa.

4 Conclusão

Diante do que foi exposto e longe de esgotar o assunto sobre o tema, nota-se que relativamente à Lei de Recuperação, ainda que consideremos que o legislador foi mais duro na pontuação das penas, bem como na criação de novos tipos penais, dificilmente um dirigente, representante legal de uma empresa em situação de falência ou recuperação judicial/extrajudicial, que venha praticar os crimes mencionados na Lei de Recuperação, será preso ou condenado pela prática desses delitos.

Embora a norma jurídica esteja presente, há inúmeras saídas através das quais o falido consegue evitar a prisão ou descaracterizar a conduta praticada. Portanto, é importante e necessária uma condução rígida e criteriosa por parte do judiciário e a autoridade competente envolvida quer seja o MP, a PF, e outros entes, para que não haja impunidade.

Como se viu, as condutas típicas poderão ser cometidas antes ou depois da decretação da falência ou concessão da recuperação judicial/extrajudicial, mas só poderão ser consideradas como crime, se houver decretação da falência ou concessão da recuperação judicial ou extrajudicial, caso contrário, as condutas ou serão atípicas ou caracterizarão outros crimes que não os falimentares.

A mudança quanto aos prazos prescricionais, determinando a aplicação das regras do Código Penal, foi uma ótima opção do legislador, pois antes da vigência da nova Lei de Recuperação 11.101/05, o prazo máximo para a prescrição da pretensão punitiva era de quatro anos, após a sentença de quebra, e a prescrição executória era de dois anos, qualquer que fosse a pena aplicada, o que sempre levava à impunidade do falido que cometia crime falimentar. Hoje, o maior lapso temporal da prescrição da pretensão punitiva é de 12 anos, no caso da fraude na falência, cuja pena máxima em abstrato é de seis anos, isso se não existir nenhuma causa de aumento de pena.

Quanto aos crimes na esfera das operações desencadeadas junto ao judiciário, no caso a Lava Jato e a Zelotes, embora ainda observemos muita impunidade, vivenciamos e vemos, hoje, diversos dirigentes de grandes grupos empresariais, políticos, membros dos poder administrativos, legislativo e judiciário, sendo conduzidos para a prisão preventiva, julgados e condenados pelos crimes praticados na condução das empresas envolvidas, que embora muitas vezes, sofrem, com tais fatos, permanecem vivas e algumas delas produtivas, desempenhando o papel principal dentro da econômica nacional, que é gerar riqueza, através dos empregos (distribuição de renda), pagamento de tributos, investimentos realizados e continuidade de seus negócios.

5 Referências

BRASIL. **CÓDIGO PENAL**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del7661.htm>. Acesso em: 17 jul. 2016.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 17 jul. 2016.

COUTINHO, Mateus; HUPSEL FILHO, Valmar. Delação na Lava Jato já reduz penas em 326 anos. **Jornal “O Estado de S. Paulo”**, 17 de julho de 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,delacao-na-lava-jato-ja-reduzpenas-em-326-anos,10000063321>>. Acesso em: 17 jul. 2016.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. v. I, tomo II. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MALUF, Clóvis Antônio e William Marinho de Faria. **A Lei das Recuperações comentada e comparada**. 2ª ed. Osasco: Edifício, 2008.

MIGLIARI JUNIOR, Arthur, et alii. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2007.

SERASA EXPERIAN. Site do Bureau de Crédito da Serasa Experian. Página “Últimas Notícias” de 06.06.2016. Disponível em: <<http://noticias.serasaexperian.com.br/pedidos-de-recuperacoes-judiciais-aumentam-95-em-maio-e-batem-recorde-historico-revela-serasa-experian/>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E A ANTECIPAÇÃO DA PENA CORPÓREA

THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AS A CONSTITUTIONAL GUARANTEE AND THE ACCELERATION OF CORPORAL PUNISHMENT

Mozart Morais

Fernando Pavan Baptista

Sumário: 1 O regime jurídico do princípio da presunção de inocência – 2 Escorço teórico sobre o tema – 3 A possibilidade de antecipação da execução provisória da pena corpórea: uma questão de interpretação e mutação constitucional? – 4 Conclusão – 5 Referências

Resumo: O presente artigo tem como objetivo a análise do princípio da inocência ou da não culpabilidade, seu alcance e significado no ordenamento pátrio e a sua importância com o propósito final de proteção dos direitos e garantias fundamentais. Para tanto, será feita uma breve análise histórica da concepção bem como teórica sempre sob o prisma do cidadão, em especial daquele que eventualmente seja incluído no polo passivo de uma ação penal. A problemática proposta reside na possibilidade aventada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal de antecipar o cumprimento da pena corpórea imposta ao réu, sem, contudo, encerrar as possibilidades previstas na legislação de recursos, bastando apenas que seja confirmada a culpa seja na esfera estadual ou ainda na esfera dos tribunais regionais federais. Por fim passará a análise do acórdão paradigma recente sobre a temática, onde o Supremo Tribunal Federal, de maneira não vinculante eis que se tratava do julgamento de um *Habeas Corpus* buscando o que se convencionou chamar de causa de decidir.

Palavras chave: Presunção de inocência; Antecipação da pena corpórea; Trânsito em julgado.

Abstract: The purpose of this article is to analyze the principle of innocence or non – culpability, its scope and meaning in the country's juridical order and its importance with the ultimate purpose of protecting fundamental rights and guarantees. To do so, a brief historical analysis of the conception as well as theoretical will always be made from the prism of the citizen, especially that which may be included in the passive pole of a criminal action. The proposed problem is the possibility recently raised by the Federal Supreme Court to anticipate compliance with the corporal punishment imposed on the defendant, without, however, closing the possibilities provided for in the appeals legislation, simply by confirming that the fault is at the state level or even at the Federal regional courts. Finally, the analysis of the recent paradigm judgment on the subject will be passed, where the Federal Supreme Court, in a non-binding manner, was the judgment of a *Habeas Corpus* seeking what is called the cause of decision.

Keywords: Presumption of innocence; Anticipation of the corporal punishment; Related searches

1 O regime jurídico do princípio da presunção de inocência

A chamada garantia da “presunção da inocência” ou “não culpabilidade”, assegurada na Constituição de 1988, foi prevista, historicamente, em diversos diplomas internacionais de direitos humanos.

Nos diplomas internacionais de direitos humanos, a análise poderia começar pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional francesa, em 1798:

9º Todo acusado **é considerado inocente até ser declarado culpado** e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”. (destacamos)

Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada e proclamada pela 183ª Assembleia da Organização das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, assegurou, de forma explícita, a presunção de inocência.

XI.1 Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua **culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa**”. (destacamos)

De forma semelhante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969, igualmente assegura o direito ao juiz imparcial, no art. 8.1:

Art. 8.1 Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, **enquanto não for legalmente comprovada sua culpa**.” (destacamos)

Ressalte-se que o Pacto Internacional de Direito Cívico e Político integra o ordenamento jurídico nacional, tendo sido promulgado internamente por meio do Decreto no 592, de 6 de julho de 1992, o que também ocorreu com a Convenção Americana de Direitos Humanos, cuja promulgação se deu por meio do Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992.

Ainda importante ressaltar que a constituição federal de 1988 no parágrafo 2 do artigo 5 expressamente diz que:

§ 2º 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.

Sobre a hierarquia que os tratados internacionais possuem no ordenamento jurídico, precioso o ensinamento de Grinover; Gomes Filho; Scarance Fernandes (2009 p. 71):

todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior. Isso quer dizer que as garantias constitucionais e as da Convenção Americana se integram e se completam; e, na hipótese de ser uma mais ampla que a outra, prevalecerá a que melhor assegure os direitos fundamentais". (destacamos)

Ainda o legislador ordinário pátrio, por intermédio da Lei n. 12.403/2011, alterando o Código de Processo Penal (Decreto lei 3689 de 3 de outubro de 1941), assim preconizou:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Como se percebe houve enorme esforço do legislador, seja o constituinte originário, seja o legislador ordinário, para deixar clara a intenção do Estado, com relação ao que ainda não foi confirmada a culpa, através da garantia constitucional ao devido processo legal, este uma das garantias fundamentais segundo dispõe o artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Passaremos agora a abordar os aspectos teóricos que envolvem a questão aqui proposta.

2 Escorço teórico sobre o tema

Inicialmente cumpre esclarecer sobre as duas expressões em torno do tema, que são: presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, nas palavras de Badaró (2015, p. 57):

Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito.

Notadamente, a escolha por um sistema garantista dos direitos e garantias individuais da Constituição da República Federativa do Brasil deve ser levada às últimas consequências a fim de manter o regime jurídico: assim sendo, Ferrajoli (2010, p. 506), esclarece sobre: “Esse princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”.

Além de uma escolha civilizatória, o princípio em comento é um grande indicativo de eficácia dos direitos e garantias individuais, nesse sentido Gomes (1991 p. 42), explicita:

a vedação de qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado constitui, inegavelmente, o aspecto mais inovador do princípio inscrito no art. 5º, LVII, da nova Constituição, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana com premissa fundamental da atividade repressiva do Estado.

E continua Gomes (1991 p. 42):

a presunção de inocência traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação; antes da sentença final, toda antecipação de medida punitiva ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio”

Assim, qualquer tratamento com a estigmatizante alcunha de “culpado”¹ viola frontalmente o princípio esculpido na constituição inclusive que recebe a proteção de cláusula pétrea.

Os contornos teóricos e os limites hermenêuticos nos impõem uma missão que é o marco inicial para o tratamento do cidadão com o a alcunha de “culpado”, sendo o caso de socorrer à preciosa colaboração de Moreira (1971, p. 145)

por ‘trânsito em julgado’ entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável. (...) O trânsito em julgado é, pois, fato que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso.

Existe a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória uma situação jurídica capaz de desencadear - e somente depois disso (trânsito em julgado) - todas as possíveis consequências advindas disso, podemos destacar em particular as

¹ Nesse contexto temos as mais variadas possibilidades, desde a publicação de notícia envolvendo o acusado até os mais graves como para exemplo a antecipação da execução da pena corpórea antes de esvair todas as possibilidades de recurso.

possibilidades previstas no artigo 91 e 92 do Código Penal, bem como o principal dos efeitos que é o início do cumprimento da reprimenda imposta pelo juízo competente.

No Brasil permite-se a antecipação da prisão, sem, contudo, que seja considerado culpado, é o caso das prisões cautelares, dentre elas, são elas: a prisão temporária em crimes específicos, com um rol taxativo, bem como motivação diferenciada devendo a análise ser feita no caso concreto; prisão preventiva que tão somente deve ser decretada para garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e garantia de aplicação da sanção penal. Como não é o objeto da presente análise tais institutos, passaremos à análise de outros aspectos que circundam a questão.

Os institutos elencados acima convivem em plena harmonia com o princípio da presunção de inocência previsto tanto nos tratados internacionais, na constituição Federal e legislação pátria ordinária, eis que de maneira clara e objetiva diferencia o preso provisório dos que cumprem a pena efetivamente.

Por muito tempo o entendimento de que a prisão pena somente poderia ser efetivada após esvair todas as possibilidades de recurso, no entanto recentemente o Supremo Tribunal Federal em duas decisões sinalizou sobre a possibilidade de relativizar o entendimento, afirmando que a prisão antecipatória do cumprimento da pena não afronta a constituição, em especial no que diz respeito à vedação de medidas caracterizadoras do estado de culpabilidade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A seguir serão analisados os fundamentos que levaram o STF a se posicionar favoravelmente à prisão antecipatória da execução provisória mesmo pendente eventuais recursos para os tribunais superiores (STJ e STF).

3 A possibilidade de antecipação da execução provisória da pena corpórea: uma questão de interpretação e mutação constitucional?

A discussão em torno do assunto adveio de decisão recente que o STF ao julgar o HC n. 126292, fora ementado da seguinte forma:

Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

O eminente professor Ministro Luiz Roberto Barroso proferiu seu voto de maneira particularmente brilhante como sempre o fez em seus escritos, ementado da seguinte forma:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL PENAL. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DA NÃO CULPABILIDADE. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA APÓS JULGAMENTO DE SEGUNDO GRAU. 1. A execução da pena após a decisão condenatória em segundo grau de jurisdição não ofende o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade (CF/1988, art. 5º, LVII). 2. A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos: **(i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão - mas sim a culpabilidade - ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade.** Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144); (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa. 3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento. 4. Denegação da ordem. Fixação da seguinte tese: “A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade. (grifo nosso) (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

Segundo o entendimento extraído da decisão do Supremo Tribunal Federal, embora não tenha o efeito vinculante, eis que tal entendimento foi tomado através de um julgamento de pedido liminar que pretendia evitar que pessoas processadas com o processo ainda pendente de julgamento tivesse o mandado de prisão expedido, sob a ótica do ministro Luis Roberto Barroso há no presente caso o exemplo clássico de mutação constitucional, que no entender de Anna Candida da Cunha Ferraz (2015, p. 9), ao diferenciar reforma constitucional e mutação constitucional, esclarece:

a primeira consiste em modificações constitucionais reguladas pelo próprio texto da constituição (acréscimos, supressões, emendas), pelos processos por ela estabelecidos para sua reforma; a segunda consiste na alteração não do texto expresso, mas do significado, do sentido e do alcance das disposições constitucionais, através ora da interpretação judicial, ora dos costumes, ora das leis, alterações essas que, em geral, se processam lentamente, e só se tornam perceptíveis quando se compara com o entendimento às cláusulas constitucionais em momentos diferentes, cronologicamente afastados um do outro, ou em épocas distintas e diante de situações diversas.

Ainda, com as preciosas lições de Ferraz (2015, p. 9), necessária a diferenciação das mutações constitucionais em dois tipos ou espécie:

as que não violentam a Constituição, isto é, aquelas que, se confrontadas por qualquer meio de controle, particularmente pelo jurisdicional não sofrerão a pecha de inconstitucionalidade, e as mutações constitucionais que contrariam a Constituição e que, num confronto com a Lei Fundamental, não devem subsistir.

Assim, conforme de maneira cristalina, delineado pela eminente professora citada acima, como o rigor para o intérprete não é o mesmo que o poder constituinte derivado, ocorre, por vezes, uma interpretação que não seja condizente com o texto constitucional.

Notadamente o processo de mutação constitucional é um fenômeno do qual não conseguimos dissociar no nosso ordenamento jurídico, no entanto sempre necessária que qualquer reforma ou mutação deve ter como paradigma a interpretação constitucional, sem qualquer limitação de alcance ou significado que resulte na diminuição da proteção constitucional aos direitos e garantias fundamentais, sendo assim, a modificação das cláusulas essenciais da constituição federal deverá ser contraposta de maneira incisiva com os direitos fundamentais, eis que podemos permear em frustrações ou desvirtuamento do texto constitucional, conforme nos ensina Ferraz (2015, p.62):

Quanto mais elástico for o processo interpretativo, tanto maiores, porém, os perigos de frustração ou desvirtuamento do texto constitucional e de distorções dos princípios fundamentais que embasam o documento constitucional.

O texto constitucional prevê uma limitação ao poder constituinte derivado, conhecido na doutrina por cláusulas pétreas, ou seja, conforme o artigo 60 § 3º: “não será objeto de deliberação propostas tendentes a abolir: (...) IV: os direitos e garantias individuais”. Assim sendo as mudanças constitucionais através do processo formal de mudança encontra limitações tanto formais (rito para mudança com quórum qualificado de dois terços dos membros e dois turnos em cada casa legislativa) quanto materiais, limitando o alcance do poder constituinte derivado. Sobre o papel das cláusulas pétreas, ensina Ferreira (2011, p. 92): Ora, o respeito dessa limitação material protege os direitos fundamentais, pelo menos na medida em que eles são reconhecidos pela declaração de Direitos vinculados à Carta Constitucional.

Assim a interpretação deve se ater a expressar o que a norma quer dizer, não admitindo a diminuição do conteúdo, em especial àquelas garantidoras, como é o caso do princípio em questão (presunção de inocência ou não culpabilidade). No entanto a interpretação esbarra numa característica da linguagem, em especial a utilizada pelo direito, a palavra, esta que por sua vagueza e dualidade permite diversas interpretações, por vezes dúbias, Ferraz Jr. (2016, p. 26)

Ou seja, como não existe sociedade sem dogmas, pois, sem pontos fixos de referência, a comunicação social (interação humana) é impossível (por exemplo, sem a fixação básica do sentido das palavras é-nos impossível falar um com o outro, daí a ideia de língua como um código), toda comunidade elabora suas normas. Todavia, as normas só não bastam. Sua ambiguidade e vagueza (afinal elas se expressam por palavras) exigem também regras de interpretação. É preciso saber dizer não só qual é a norma, mas também o que ela significa.

Muito já se discutiu sobre a interferência e a interpretação dos princípios como norma, no entanto está pacificado o entendimento tanto entre os teóricos como nos tribunais que princípios são normas e devem ser seguido em sua totalidade e observância irrestrita em especial quando se trata de direitos e garantias individuais. Muito embora o ministro Barroso diga em seu voto que o princípio da não culpabilidade por não ser regra permite interpretações variadas e um alargamento.

No entanto a regras de interpretação mais elástica para os princípios decorre dos ensinamentos de Alexy que, por não terem regras de hierarquia entre os princípios fundamentais, permite-se, analisando o caso concreto dar preponderância a um em detrimento de outro, análise essa que somente se aplica ao que for decidido no caso concreto. Assim sendo dar tratamento de culpado para quem ainda não percorreu o caminho necessário para a formação da culpa (trânsito em julgado), se mostra temerário e um certo desprezo aos preceitos constitucionais, em especial aos direitos fundamentais nela elencados.

Ainda, o posicionamento adotado pelo STF, ao permitir que o réu condenado inicie a execução provisória da pena, quando ainda pendente recursos para as casas superiores

(STJ e STF), teve como argumento também a estatística de que parte ínfima dos recursos especial e extraordinários são providos no mérito, apenas questões “menores”(sob a a ótica do julgador) tais como dosimetria da pena, regime inicial de cumprimento de pena, ou seja, não se vislumbra, ainda sob a ótica do julgador, qualquer prejuízo.

Nota-se que tal argumento está eivado de proposições falsas no campo lógico jurídico, eis que parte de uma premissa falsa, qual seja a de que apenas o mérito (culpado ou inocente) é valorado para o conhecimento e eventual provimento de um recurso, quando se sabe que na área penal existem diversas questões seja material ou processual que têm valoração e podem influir decisivamente no *quantum* da pena aplicada, ou ainda, questões como nulidades, a não observância de garantias processuais ou procedimentais, afinal o cidadão além do processo que é uma garantia também lhe é assegurado o procedimento que é a sequência de atos preordenados e previamente fixados em lei, sendo uma desfavorável e inaceitável mudança de postura com àquele que não teve a culpa formada em seus aspectos.

4 Conclusão

Após percorrer alguns aspectos do tema proposto, conclui-se que o atual entendimento sedimentado em sede de decisão de *habeas corpus*, embora tecnicamente não tenha o condão de atribuir efeitos vinculantes indica uma mudança de comportamento por parte do órgão cuja função precípua é a guarda da constituição e neste caso é necessário a sempre atual lição de Konrad Hesse que pensa a constituição como uma espécie de organismo vivo em consonância com o que os destinatários últimos desta devem e almejam para uma sociedade, evidentemente que não se trata aqui de esperar uma espécie de algemas de uma geração para outra ao ponto de que a imutabilidade do texto constitucional signifique um excessivo peso para as gerações futuras, no entanto deve-se ter mente que um núcleo de proteção aos direitos fundamentais deve ser entendido como um paradigma a ser percorrido.

Propostas legislativas das mais variadas espécies ao colocar limites ao judiciário são entendidas como uma violação de preceitos fundamentais, em especial a harmonia dos poderes, eis que um judiciário independente e com as devidas garantias é de suma importância para o desenvolvimento das instituições, mas o que fazer quando a inobservância de preceitos fundamentais vem exatamente do órgão responsável pela proteção de tais preceitos.

O manejo de instrumentos interpretativos visando assim a chamada mutação constitucional deve ser utilizada com o máximo cuidado quando o resultado da equação for a diminuição de direitos e garantias fundamentais, em especial garantias em matéria penal que é chamado pela doutrina especializada de *ultima ratio*, pela sua característica estigmatizante e a natureza da resposta que resulta em imposição de pena corpórea.

A mudança tão drástica de comportamento com relação ao integrante de ação penal demonstra o rompimento de ordem civilizatória que o poder constituinte originário realizou em 1988 com a promulgação da Constituição Federal que já foi chamada de cidadã e com o recente caminho percorrido pelo seu guardião (STF) deixou de o ser, ao menos no tocante ao assunto aqui tratado que é a antecipação da pena corpórea antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

5 Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Promulgação do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126292, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. Teori Zavascki, data de julgamento: 17/02/2016. DJe-100, divulgação em: 16 maio 2016, publicação em: 17 mai. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 23 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS: 28487-DF, Primeira Turma, Relator: Min. Dias Toffoli, data de julgamento: 26/02/2013, DJe-050, divulgação em: 14 mar. 2013, publicação em: 15 mar. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3500237>>. Acesso em 23 out. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão Teoria do Garantismo Penal**. 3ª ed. rev. Tradução de SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzi Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES Luiz Flávio. São Paulo: RT, 2010.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição** 2ª Edição. Osasco: EdiFIEO, 2015.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação**. 9ª ed. São Paulo: Atlas 2016.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais** 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES Filho, Antonio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; SCARANCE FERNANDES, Antonio. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Direito processual civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

Formato 210x 297 mm
Mancha 171x 263 mm
Tipografia Cambria 9/10/11/12/48/72
www.unifieo.br
edifieo@unifieo.br

CENTRO UNIFIEO
UNIVERSITÁRIO FIEO



Editora



FIEO
Trabalha para o Futuro



ISBN 978-85-98366-80-7



9 788598 366807