

D|L

DIREITO E LINGUAGEM

www.direitoelinguagem.com

Número 02 | 2024
Volume 01 | Extraordinario

ISSN
3020-898X



www.direitoelinguagem.com

Número 02	Setembro - 2024
Volumen 01	Extraordinario

ISSN 3020-898X
DOI 10.5281/zenodo.13526728



@Direito e Linguagem, nº 01, vol. 02, Extraordinario, 2024

EQUIPO EDITORIAL DEL VOLUMEN EXTRAORDINARIO

Editores jefe y directores de la Revista

Paulo César Busato, Universidad Pablo de Olavide, España.

Sarah Gonçalves Ribeiro, Pontificia Universidad Católica (PUCRS), Brasil.

Organizadores del volumen

Sarah Gonçalves Ribeiro, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Mariana Cesto, Universidade Federal do Paraná

Equipo editorial y Evaluador de la Revista

Pós-Doutor **Rubén Miranda Gonçalves** - Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España; Pós-Doutora **Caty Vidales Rodriguez** - Universitat de Valencia, España; Doutor **Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil; Doutor **Paulo Gustavo Gonet Branco**, Instituto de Pesquisa Ensino e Desenvolvimento (IDP), Brasil; Doutor **Alfonso Galán Muñoz**, Universidad Pablo de Olavide, Espanha; Pós-Doutor **Américo Bedê Freire Júnior** - Uiversidad Las Palmas Gran Canaria, Espanha; Doutor **Luiz Osório Moraes Panza** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Pós-Doutora **Priscilla Placha Sá** - Centro Universitário de Brasília, Brasil; Doutor **Rodrigo Sanchez Rios**, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil; Doutor **José Luis González Cussac** - Universidad de Valencia, Espanha; Pós-Doutor **Wagner Menezes** - Università de Pádova, Itália; Doutor **Rodrigo Leite Ferreira Cabral** - Universidad Pablo de Olavide, Espanha; Pós-Doutor **Fábio André Guaragni** - Università Mediterranea di Reggio Calabria, Itália; Pós-Doutora **Renata Ceschin**

Melfi de Macedo - Unisinos, Brasil; Doutor **Arlen Souza**, Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, Brasil; Doutor **Cleide Calgato** - Universidade de Caxias do Sul, Brasil; Doutor **Deilton Ribeiro Brasil** - Universidade de Itaúna MG (UIT), Brasil; **Doutor Enrique Acosta Pumarejo** - Universidad Internacional de La Rioja; Doutor **Jacson Luiz Zilio** - Universidad Pablo de Olavide, Espanha; Doutor **Jorge Eduardo Braz de Amorim**, Universidad de Oviedo, España; Doutor **José Julio Fernández Rodríguez**, Universidad de Santiago de Compostela, España; Doutora **Karla González Zambrano**, Universidad Internacional de La Rioja, España; Doutora **Leticia Mirelli Faleiro e Silva**, Universidade de Santiago de Compostela; Doutora **Manuel Palomares Herrera**, Universidad Internacional de La Rioja, España; Doutor **Márcio Soares Bercláz** - Universidade Federal do Paraná; Doutor. **Pablo Fernández García-Armero**, Universidade de A Coruña, Spain; Doutor **Paulo de Brito** - Universidade Lusófona, Portugal; Doutora **Priscila Luciene Santos de Lima**, Universidade Presbiteriana Mackenzie; Doutora **Vânia Siciliano Aieta**, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil; Doutor **Sérgio Valladão Ferraz** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Bruno Augusto Vigo Milanez** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Décio Franco David** - Universidade Estadual do Norte do Paraná (UNIVEL), Brasil; Doutor **Salo de Carvalho** - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil; Doutor **Alaor Carlos Lopes Leite**, Ludwig-Maximilians Universität, Munich, Alemanha; Doutor **Marco Aurélio Nunes da Silveira** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Antonio José Teixeira Martins** - Universidade de Frankfurt (Goethe-Universität), Alemanha; Doutor **Gustavo Senna Miranda** - Universidade de Direito de Vitória, Brasil; Doutor **Fábio da Silva Bozza** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Sebastian Borges de Albuquerque Mello** - Universidade Federal da Bahia, Brasil; Pós-Doutor **Maurício Stegemann Dieter** - Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil; Doutor **Bruno Cortez Torres Castelo Branco** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Israel Domingos Jorio** - Faculdade de Direito de Vitória, Brasil; Doutor **Rodrigo Régnier Chemim Guimarães** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutora **Allana Campos Marques Schrappe** - Universidade Federal do Paraná, Brasil; Doutor **Vitor Stegemann Dieter** - University of Kent, Inglaterra; Doutora **Cláudia Roberta de Araújo Sampaio** - Universitat de Barcelona, Espanha; Pós-Doutor **Leandro Ayres França** - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil; Pós-Doutor **Júlio César Faria Zini** - Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil; Doutor **Davi de Paiva Costa Tangerino** - Universidade de São Paulo, Brasil; Doutora **Elena Nuñez Castaño** - Univerdidad de Sevilla, Espanha; Pós-Doutor **Patrick Lemos Cacicedo**, Universidade de São Paulo, Brasil; Pós-Doutor **Rodrigo Duque Estrada Roig** - Universidade de Bolonha, Itália; Doutor **Frederico Horta** – Faculdade Federal de Minas Gerais; Doutora **Mariana Cesto** – Faculdade Federal do Paraná.

*Asociación Juristas en Acción
Xuristas en Acción*

Santiago de Compostela, Galicia, España

ISSN: 3020-898X

DOI: 10.5281/zenodo.13526728

SUMARIO

1. Rodrigo Leite Ferreira Cabral.....	pp. 06-30
2. Sarah Gonçalves Ribeiro.....	pp. 31-71
3. Marcio Bonini Notari.....	pp. 70-93
4. Renê Francisco Hellman.....	pp. 94-133
5. Renê Francisco Hellman.....	pp. 134-171
6. Ana Paula Sefrin Saladini e Sandra Flügel Assad.....	pp.172-189
7. Paulo Gustavo Gonet Branco.....	pp. 190-204

Os três usos da palavra omissão no direito penal: reflexões iniciais sobre a dissolução da distinção entre ação e omissão à luz da filosofia da linguagem

The three uses of the word omission in criminal law: Initial reflections on the dissolution between action and omission in the light of the philosophy of language

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

Universidade Estadual de Ponta Grossa

Sumário: 1. Introdução. 2. Omissão própria. 3. Omissão imprópria (comissão por omissão). 4. Estrutura típica dos crimes omissivos (próprios e impróprios). 4.1. Situação típica (perigo). 4.2 Não realização da ação requerida pelo tipo. 4.3. Capacidade individual de agir. 4.4 Imputação objetiva do resultado. 4.5. Posição de garante. 5. O debate sobre a posição de garante. 5.1 O critério formal. 5.1.1. O dever legal de cuidado, proteção ou vigilância. 5.1.2. Assunção da responsabilidade de impedir o resultado. 5.1.3. Comportamento anterior criador do risco de resultado (ingerência). 5.2. Críticas ao critério formal. 5.3. O critério material. 5.3.1. Domínio sobre o desamparo do bem jurídico (posição de garante de proteção ou custódia). 5.2.2 Domínio sobre o foco do perigo (posição de garante de vigilância ou asseguração). 6. Os três usos da palavra omissão em Direito Penal. 6.1. O primeiro uso linguístico da expressão omissão: nos delitos de ação. 6.2 O segundo uso linguístico da expressão omissão: nos delitos omissivos próprios. 6.3 O terceiro uso linguístico da expressão omissão: nos crimes de omissão imprópria. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas

Resumo: O objetivo deste artigo é – além de fornecer uma exposição panorâmica sobre a situação atual da omissão – iniciar uma reflexão crítica sobre

¹Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide. Mestre em Criminologia e Ciências Forenses pela mesma universidade. Foi pesquisador visitante no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. Professor do Programa de Mestrado da Universidade Estadual de Ponta Grossa, professor substituto da Universidade Federal do Paraná e professor do Programa de Doutorado em Ciências Criminais da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de San Carlos da Guatemala. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (Brasil).

os efeitos que a filosofia da linguagem tem na distinção entre ação e omissão em Direito Penal, propugnando a dissolução dessa diferença e defendendo que a expressão omissão pode ter três usos em Direito Penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Ação. Omissão. Filosofia da Linguagem. Teoria da Ação Significativa.

Abstract: The purpose of this article – in addition to providing a panoramic overview of the current situation of omission – is also to initiate a critical reflection on the effects that the philosophy of language has on the distinction between action and omission in Criminal Law, advocating the dissolution of this difference, as well as defending that omission can have three uses in Criminal Law.

Keywords: Criminal law. Action. Omission. Philosophy of Language. Theory of Meaningful Action.

1. INTRODUÇÃO

Existe em Direito Penal uma distinção tradicional que divide os crimes omissivos em duas modalidades: omissão própria e omissão imprópria. Essas modalidades compartilham uma estrutura típica comum, mas guardam também diferenças na configuração do tipo penal.

No presente trabalho, tentarei demonstrar, com base nas perspectivas da filosofia da linguagem e na teoria da ação significativa, de Vives Antón, que o que temos tradicionalmente por omissão pode ser dividido em três modalidades (três usos distintos da palavra omissão).

Antes, porém, de entrar nesse debate, pretendo fazer uma contextualização bastante panorâmica sobre a omissão, expondo as principais características da omissão própria e da imprópria, para então entrar no debate acima indicado.

2. OMISSÃO PRÓPRIA

Os crimes omissivos próprios são aqueles que possuem um tipo penal específico, incrimina um não fazer determinado. Ele descreve condutas que,

caso não realizadas, substancian a realizacao do tipo objetivo.

Esses delitos descrevem um dever jurídico de ação que é imposto a todas as pessoas, pouco importando sua qualidade pessoal. Eles são de mera conduta (ou, mais precisamente, de mera inatividade), uma vez que a sua configuração típica se dá com a simples não realização da ação mandada, estando desvinculada, portanto, de um resultado naturalístico. A incriminação por omissão própria, desde uma perspectiva subjetiva, normalmente é prevista nos casos de dolo, não existindo crime culposos (ainda que isso seja teoricamente possível, desde que expressamente previsto em lei)².

A conduta imposta ao agente – aquilo que deve realizar para não cometer o delito - vem descrita de forma explícita no tipo penal³.

O principal exemplo de omissão própria é o delito de omissão de socorro, pois preenche todas as características acima indicadas, tipificado pelo art. 135 do Código Penal brasileiro (CPBr):

"Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa".

Existem alguns tipos omissivos próprios em que há uma delimitação do círculo de autores, pois não se destinam a todas as pessoas, mas sim a determinadas pessoas. Nesse sentido, são os crimes de abandono material (CPBr, 244), abandono intelectual (CPBr, art. 246), omissão de notificação de doença (CPBr, art. 269).

A ocorrência do resultado é irrelevante na maioria dos crimes omissivos impróprios, podendo, eventualmente, constituir formas qualificadas ou majoradas, por conta do injusto mais grave, como ocorre com o próprio art. 135,

²LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 581.

³CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, Parte Geral, 9ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, p. 212.

CPBr⁴.

Existem, porém, alguns tipos penais omissivos próprios que não são de mera conduta (ou inatividade), mas são crimes de resultado material, uma vez que descrevem especificamente que a omissão pode acarretar um resultado⁵.

Como exemplo, o crime contra a ordem tributária do art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.137/90 (Br), em que a omissão em prestar informações ao fisco, para ser típica, deve acarretar a supressão ou redução do tributo.

3. OMISSÃO IMPRÓPRIA (COMISSÃO POR OMISSÃO)

Os crimes de omissão imprópria são assim denominados, pois eles se baseiam em um tipo penal que não descreve uma omissão, mas sim uma ação⁶.

Portanto, não descrevem explicitamente um não fazer, mas sim uma ação e um resultado, que podem ser realizados por intermédio de uma omissão.

Essa modalidade de injusto não possui tipos penais exclusivamente destinados a ela, de modo que, nos crimes omissivos impróprios, o intérprete toma emprestada a incriminação prevista em delitos de resultado - como, por exemplo, os crimes de homicídio (CP, art. 121) e lesão corporal (CP, art. 129) – aplicando-os para omissões.

No entanto, somente se aplica essa modalidade de incriminação quando estiver presente a figura do garante ou garantidor, que são pessoas que devem cumprir dever específico, que lhes é imposto. A tipicidade subjetiva pode ser tanto dolosa, quanto culposa⁷.

O exemplo clássico é o da mãe (ou pai) que não alimenta o filho recém-nascido. Como os genitores são garantes, o fato de não dar comida à criança, acarretando o resultado morte, quando podiam e deviam, pode gerar a responsabilidade pelo crime de homicídio (doloso ou culposos, conforme o caso), utilizando-se o tipo penal do art. 121 com a extensão típica do art. 13, § 2º,

⁴BUSATO, P.C. *Direito Penal*, Parte Geral, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022, p. 219.

⁵MUÑOZ CONDE, F.; & GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal*, Parte General, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 220.

⁶ROXIN, C. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, Thomson Reuters, Madrid, 2014, p. 759.

⁷CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., p. 212.

ambos, do Código Penal do Brasil.

4. ESTRUTURA TÍPICA DOS CRIMES OMISSIVOS (PRÓPRIOS E IMPRÓPRIOS)

A estrutura dos tipos de omissão própria e imprópria é formada, a exemplo do que ocorre nos crimes por ação, também, pelo tipo objetivo e tipo subjetivo.

O tipo objetivo da omissão imprópria tem cinco elementos. Três desses são coincidentes com os crimes de omissão própria⁸.

Em outras palavras, existe um tipo objetivo que é o mesmo tanto para a omissão própria, quanto para a omissão imprópria. São eles: a) a situação típica (perigo para o bem jurídico); b) a não realização da ação requerida pelo tipo (*aliud agere*) e c) o poder concreto de agir.

Por outro lado, são requisitos exclusivos da omissão imprópria: d) a imputação objetiva do resultado (resultado típico) e e) a posição de garante do omitente.

4.1 SITUAÇÃO TÍPICA (PERIGO)

O primeiro requisito para a caracterização dos crimes omissivos é uma situação típica que exija uma intervenção. Nos crimes omissivos próprios, ela é explicitamente prevista no tipo penal. Por exemplo, na omissão de socorro, o art. 135, CPBr (acima citado), prevê as seguintes situações típicas que exigem uma ação: criança abandonada ou extraviada; pessoa inválida ou ferida; ao desamparo ou em grave e iminente perigo.

Já nos crimes omissivos próprios, a situação típica é substanciada tão somente pela situação de perigo da ocorrência do resultado, que, normalmente, encontra-se implicitamente descrita nos tipos penais de ação. Por exemplo, no

⁸ ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General, Tomo II. Madrid: Thomson Reuters, 2014, p. 813-814.

crime de homicídio (CP, art. 121), a situação típica está presente quando uma pessoa possa morrer (perigo de morte) sem a intervenção do garante^{9 10}.

4.2 NÃO REALIZAÇÃO DA AÇÃO REQUERIDA PELO TIPO

A não realização da ação requerida significa o descumprimento do dever jurídico de agir que é extraído do tipo penal. Assim, o agente simplesmente não age, fica estático ou age de forma diversa (*aliud agere*) do determinado na descrição típica. Como já dito, nos crimes omissivos próprios a ação esperada encontra-se expressamente prevista, enquanto nos omissivos impróprios a ação que o agente deve empreender decorre do que é necessário para evitar o resultado delitivo¹¹.

4.3. CAPACIDADE INDIVIDUAL DE AGIR

Somente existe omissão típica, quando o agente tem capacidade para realizar a ação esperada (explícita ou implicitamente) pelo tipo penal. Essa capacidade concreta de realizar a ação mandada (esperada ou necessária) deve ser compreendida de acordo com a natureza da ação e as condições pessoais do autor. A realização deve ser pessoalmente possível^{12 13}, deve estar dentro das possibilidades físico-reais do agente.

A impossibilidade pessoal de agir pode ocorrer, quando o agente se omite: (i) por incapacidade pessoal de ação corporal (v.g. numa colisão de veículos, o agente se encontra preso nas ferragens e não consegue salvar a vítima); (ii) pela distancia espacial, quando o agente se encontra de tal forma distante da situação de perigo, que não consegue realizar a ação; (iii) por falta de recurso (v.g. falta de um celular para chamar ajuda), aptidão (v.g. não sabe nadar) ou conhecimentos técnicos (v.g. não tem conhecimentos médicos

⁹ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 814.

¹⁰CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 218-219.

¹¹ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 814.

¹²CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 218-219.

¹³Nesse sentido, o art. 13 § 2º, CPBr, dispõe expressamente que: "A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado".

necessários para fazer uma traqueostomia e salvar a vítima engasgada) para realizar a ação esperada^{14 15 16}.

4.4 IMPUTAÇÃO OBJETIVA DO RESULTADO

Os crimes omissivos impróprios são materiais, de modo que para a sua consumação é imprescindível a ocorrência do resultado, em virtude da não realização da ação requerida pelo tipo penal (nexo causal), o que pressupõe a existência de imputação objetiva, consistente na realização de um risco não permitido¹⁷. Esse é um dos requisitos que, em regra, somente existe nos delitos omissivos impróprios.

4.5 POSIÇÃO DE GARANTE

O segundo requisito exclusivo dos crimes omissivos impróprios é a existência de um garante ou garantidor. É que apenas determinadas pessoas estão sujeitas a um dever especial de proteção de bens jurídicos alheios. Dada sua importância, esse requisito do tipo objetivo da omissão imprópria será tratado no próximo tópico, com maior detalhamento.

Por fim, vale reforçar que o tipo subjetivo da omissão própria é somente o dolo, enquanto na omissão imprópria a imputação subjetiva pode ser feita a título de dolo ou de culpa, desde que, nesse último caso, obviamente, exista, no tipo penal, expressa previsão da modalidade culposa.

5. O DEBATE SOBRE A POSIÇÃO DE GARANTE

¹⁴ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 756.

¹⁵CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 219.

¹⁶ Se o agente não tomou conhecimento da situação de perigo ou não sabia da existência de meios disponíveis de salvamento, tal contexto afetará o dolo do agente, não o tipo objetivo, nomeadamente a capacidade individual de ação. In: WESSELS, J; BEUKLE, W. & SATZGER, H. *Direito Penal*, Parte Geral: El delito y su estructura, 46ª ed., Pacífico Editores, Breña, 2018, p. 497.

¹⁷ROXIN, C. *Derecho Penal*, (...), Ob. Cit., p. 815.

Somente aquele que ostenta a posição de garante é que, nos crimes omissivos impróprios, tem um dever especial de agir para evitar a lesão aos bens jurídicos de determinadas pessoas.

A grande questão que se põe, quando se estuda a posição de garante, é saber quais critérios devem ser utilizados para a identificação dessas pessoas. Para tanto, existem, basicamente, duas correntes. As que adotam o critério formal ou clássico e as que adotam o critério material.

5.1 O CRITÉRIO FORMAL

A tese de que a posição de garante encontra-se fundamentada no dever jurídico de agir já era encontrada em Feuerbach¹⁸. Ele equiparava a responsabilidade por omissão à uma infração do dever jurídico, visto desde uma perspectiva meta-jurídico-penal. Esse dever decorria predominantemente do Direito Civil e era fundado na lei, no contrato e no atuar antecedente^{19 20 21}. Essa concepção formal prevaleceu na doutrina penal até os anos de 1930 na Alemanha. Tal domínio sofreu, porém, um intervalo no século XIX, quando se passou a adotar uma teoria causal monista da posição de garante²², que foi abandonada no princípio do século XX, voltando-se à teoria de Feuerbach²³.

No Brasil, a teoria da posição de garante fundada em um dever jurídico de agir até hoje prevalece na lei. Nesse sentido, o § 2º do art. 13 do Código

¹⁸Feuerbach defendia a possibilidade da identificação de um delito omissivo quando houvesse algum fundamento jurídico (lei ou contrato) que permitisse fundamentar uma omissão como uma ação. In: FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5.ª ed., Bey Tasché et Müller, Giefesen, 1812, p. 26.

¹⁹ROXIN, C. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., p. 846.

²⁰Posteriormente, a doutrina desenvolveu outras hipóteses que dão lugar à posição de garante, como a estreita relação vital, a comunidade de vida, a comunidade de perigo, o domínio sobre a coisa, os deveres de asseguramento de tráfico, a responsabilidade pelo produto. Sobre o tema, cf.: GIMBERNAT ORDEIG, E. *La omisión impropia en la dogmática penal alemana: Una exposición*, in: ADPCP, Vol. L., 1997, pp. 29-67.

²¹JESCHECK, H.H & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, 5ª ed., Comares, Granada, 2002, pp. 668-669.

²²Sobre este fundamento causal da omissão, cf.: SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013, pp. 166-167.

²³SCHÜNEMANN, B. *Fundamentos y Límites de los Delitos de Omisión Impropia*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 263-265.

Penal, assenta que a posição de garante é atribuída a quem: “a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado”²⁴.

Adota-se, portanto, a velha teoria formal da união, fundada, basicamente, na lei, no contrato e na ação precedente (a denominada ingerência) e cujos graves equívocos foram desvelados por Schaffstein e Nagler na década de 1930²⁵ e pela doutrina penal posterior.

Esse critério formal (vez que extraído direto da lei) de definição da posição de garante ainda recebe amplíssima acolhida da doutrina brasileira^{26 27 28} (na verdade, poucos manuais brasileiros fazem referência à existência de uma teoria material^{29 30 31}). Situação essa que não ocorre na Espanha em que, apesar de exigir previsão legal semelhante à brasileira (CP Espanhol, art. 11), o critério formal é amplamente rechaçado^{32 33}.

²⁴Antes da reforma de 1984, da parte geral do nosso Código Penal, que incluiu essa redação no art. 13, não havia expressa previsão das hipóteses da função de garante, de modo que os critérios eram identificados pela doutrina. In: BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 24ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018, p. 322.

²⁵SCHÜNEMANN, B. "El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión", in *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1611.

²⁶BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal* (...), Ob. Cit., pp. 320-326.

²⁷TAVARES, J. *Fundamentos da Teoria do Delito*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020, pp. 448-451.

²⁸Tal alusão, embora tímida, é feita, no entanto, em sua monografia sobre o tema: TAVARES, J. *Teoria dos Crimes Omissivos*, Marcial Pons, São Paulo, 2012, pp. 316-317.

²⁹Assinala a existência de teorias formais e materiais, embora reafirme a necessidade de adotar a posição formal: CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 221-222.

³⁰Por outro lado, Paulo César Busato faz essa referência e defende a adoção de um critério material. In: BUSATO, P.C. *Direito Penal: parte geral*, Atlas, São Paulo, 2013, pp. 294-297.

³¹Defendendo a adoção conjunta de critérios formais e materiais: MARTINELLI, J.P. & DE BEM, L.S. *Direito Penal, Parte Geral: Lições Fundamentais*, 3ª ed, D'Plácido, São Paulo, 2020, pp. 679-685.

³²Como bem afirma Schünemann: “Não foi (...) sábia a decisão do legislador espanhol de introduzir no Código Penal a, há muito tempo obsoleta teoria formal do dever jurídico, e, ao contrário, é de celebrar, desde um ponto de vista alemão, que a ciência penal espanhola, em sua imensa maioria, não a prestou nenhuma obediência escrava, mas sim declarou que as condições para equiparação previstas no art. 11, segunda parte, do Código Penal, não são apenas desnecessárias, mas também insuficientes.” In: SCHÜNEMANN, B. *El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión*, in *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, p. 1612.

³³O referido art. 11 do Código Penal espanhol tem a seguinte redação: “Artículo 11. Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga,

5.1.1 O DEVER LEGAL DE CUIDADO, PROTEÇÃO OU VIGILÂNCIA

Esse é o primeiro critério formal estabelecido pelo Código Penal brasileiro (art. 13, § 2º, “a”), que fundamenta a posição de garante com base na Lei, incluindo, por exemplo, o dever de assistência entre os cônjuges, ascendentes, descendentes, irmãos, além daqueles agentes públicos que tenham um dever de vigilância, como é o caso dos policiais^{34 35 36}.

5.1.2 ASSUNÇÃO DA RESPONSABILIDADE DE IMPEDIR O RESULTADO

Tal requisito está previsto no art. 13, § 2º, “b” do Código Penal brasileiro, e é consubstanciado pela assunção fática do dever de proteção e pode ocorrer, por exemplo, (i) nos casos de livre assunção do dever de proteção, como ocorre com os médicos, os salva-vidas, a baby-sitter, em relação àqueles que se propõem a proteger; (ii) nas relações comunitárias de perigo, em que determinadas pessoas assumem o dever de proteção em específicas situações perigosas (v.g. guia com relação aos turistas); (iii) relações de comunidade de vida, quando um responsável assume o dever de cuidado de pessoas que se encontram em sua residência (v.g. filho menor do vizinho que vai dormir na sua casa) ou sob sua responsabilidade decorrente de relações verticais, como é o caso dos professores em relação aos alunos^{37 38 39}.

5.1.3 COMPORTAMENTO ANTERIOR CRIADOR DO RISCO DE RESULTADO (INGERÊNCIA)

según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar. b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.”

³⁴BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal* (...), Ob. Cit., pp. 323-324.

³⁵CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., 222-223.

³⁶Mais pormenorizadamente: TAVARES, J. *Teoria dos* (...) Ob. Cit., pp. 319-325.

³⁷BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal* (...), Ob. Cit., pp. 324-325.

³⁸CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 223-224.

³⁹Mais detalhadamente e abordando outras hipóteses: TAVARES, J. *Teoria dos* (...) Ob. Cit., pp. 325-332.

Na última hipótese prevista no Código Penal brasileiro (art. 13, § 2º, “c”), o legislador previu a criação da posição de garante quando o agente realiza um comportamento perigoso anterior, com uma ação ou omissão, que seja apto a produzir um resultado delitivo objetivamente reconhecível^{40 41}. Como exemplo, pode-se citar o agente que faz uma fogueira em um acampamento, que, por descuido, depois se espalha pela mata. Aqui o agente tem que tentar apagar o fogo (se ainda possível) ou, no mínimo, chamar as autoridades.

A doutrina tratou de desenvolver limitações à responsabilidade por omissão em caso de ingerência, pois o mero atuar precedente poderia levar à responsabilidade penal em casos similares ao regresso ao infinito, ou seja, o agente que construiu uma faca (ação precedente) seria garante em relação aos riscos dela. Desse modo, propugnou-se que o fazer antecedente deve, necessariamente e pelo menos, ser perigoso⁴².

5.2 CRÍTICAS AO CRITÉRIO FORMAL

A adoção do critério meramente formal, como já se adiantou, é objeto de várias críticas. Uma das principais delas é que não é possível extrair-se uma equiparação entre ação e omissão a partir de um critério extrapenal, uma vez que as regras do Direito Civil (v.g. contrato) têm funções distintas do Direito Penal. Assim, um dever jurídico-penal deve ser extraído de normas e critérios de imputação do próprio Direito Penal e não de algo externo a ele.

Um exemplo que foi utilizado para refutar a invocação de critérios civilistas para a identificação da posição de garante é o caso da babá.

Imagine-se que uma babá é contratada para cuidar de uma criança, comprometendo-se a ir ao apartamento do casal que a contratou. Assim, os pais

⁴⁰CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal*, (...) Ob. Cit., pp. 224-226.

⁴¹TAVARES, J. *Teoria dos (...) Ob. cit.*, pp. 332-342.

⁴²Neste sentido e noutros debates sobre a ingerência, ver GIMBERNAT ORDEIG, E. "La omisión (...)", Ob. Cit., pp. 20 e ss.

deixam a criança sozinha no apartamento, mas a babá não aparece ao trabalho. A criança acaba falecendo ao asfixiar-se com mingau. Aqui, a responsabilidade por omissão é exclusiva dos pais, pouco importando as eventuais obrigações contratuais assumidas pela babá⁴³.

Em uma variação desse exemplo, imagina-se que a babá efetivamente vai ao trabalho e sai para passear com a criança, tendo, em seguida, recebido uma ligação de um amigo advogado, que lhe informa que contrato dela é nulo. Diante disso, a babá simplesmente abandona a criança, a qual acaba caindo em um viaduto e falecendo. Aqui, independentemente da validade do contrato, a babá era a garante e deve ser responsabilizada pelo homicídio⁴⁴.

Critica-se, também, a invocação da lei como fundamento formal para a posição de garante, pois ela, por si só, não fornece nenhum fundamento plausível para a criação de deveres de evitação de resultado, uma vez que os critérios legais estabelecidos para a responsabilidade civil não podem ser simplesmente transplantados para a responsabilidade penal⁴⁵.

No caso de responsabilidade penal pelo produto, em que o empresário vende um produto que se revela nocivo à saúde. Ainda que o Direito Civil determine, por exemplo, um dever de recolhimento do produto, para fins penais o agente se desincumbe de sua responsabilidade tão somente ao fornecer efetivamente a informação e advertência ao consumidor de que o produto é nocivo. Assim, se o consumidor – apesar da advertência adequada – quiser voluntariamente consumir o produto, não é possível responsabilizar o empresário penalmente, ainda que exista responsabilidade civil⁴⁶.

Da mesma forma, a identificação do garante com base no atuar

⁴³SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, 2013, p. 83.

⁴⁴SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal (...)", Ob. Cit., p. 166.

⁴⁵ROXIN, C. *Derecho Penal*(...), Ob. Cit., pp. 848-849.

⁴⁶Como afirma SCHÜNEMANN, nesses casos, "incluso si existe una expectativa de los consumidores a la retirada o el cambio del producto peligroso fundada en el Derecho Civil, el deber penal de evitación del resultado se cumple siempre ya con la advertencia al consumidor porque, naturalmente, exclusivamente este es quien tiene que decidir por si mismo si quiere seguir utilizando o no el producto peligroso de su propiedad". In: SCHÜNEMANN, B. "Responsabilidade penal no âmbito da empresa: dificuldades relativas à individualização da imputação", in *ADPCP*, vol. LV, 2002, p. 32.

antecedente (ingerência) é também oriunda das obrigações civilistas de ressarcimento (e do *neminem laede*), que, como já visto, não são adequadas à identificação da responsabilidade jurídico-penal⁴⁷.

Assim, a teoria fundada em deveres jurídicos formais não tem capacidade de fundamentar de forma convincente e adequada uma posição de garante⁴⁸, inclusive no Brasil⁴⁹, uma vez que não fornece, por si só, nenhuma fundamentação de conteúdo material que justifique a responsabilidade criminal⁵⁰.

5.3 O CRITÉRIO MATERIAL

Diante dos problemas da concepção formal, Kaufmann propugnou, de forma inovadora, a adoção de critérios materiais para a identificação da posição de garante, assentados na função de proteção para um bem jurídico determinado (deveres de custódia) e na imposição de supervisão de uma fonte de perigo (deveres de asseguração ou de domínio)^{51 52}.

Esses critérios foram, posteriormente, complementados por Schünemann, que propugnou que o eixo de conexão entre ação e omissão, que permite que essas duas modalidades de condutas sejam tratadas de forma equivalente (cláusula de equivalência) é precisamente o domínio sobre o

⁴⁷ROXIN, C. *Direito Penal* (...), Ob. cit., p. 850.

⁴⁸ROXIN, C. *Direito Penal* (...), Ob. cit., p. 850.

⁴⁹Como afirma BUSATO, no âmbito brasileiro: "A proposta mais correta parece ser a de adoção de uma concepção material da delimitação do alcance da posição de garantidor, ou seja, a pretensão de fulcrar a justificativa da imputação em aspectos relevantes para a obediência da missão que o Direito penal se auto-atribui de controle social do intolerável através da proteção seletiva de bens jurídicos". In: BUSATO, P.C. *Direito Penal*, (...), Ob. Cit., p. 295.

⁵⁰JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Direito Penal*, (...), Ob. Cit., p. 669.

⁵¹JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Direito Penal*, (...), Ob. Cit., p. 669.

⁵²Sobre a proposta de Kaufmann, Schünemann, no entanto, comenta que: "A linha de raciocínio de Armin Kaufmann, inicialmente genial e promissora, mas interrompida, seguida também por Wolfgang Schöne, é comparável à forma como procedeu o arqueólogo Howard Carter, que, bastante próximo à tumba de Tut-ench-Amun, virou-se no sentido contrário e continuou a escavar em outros lugares do deserto egípcio". In: SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in *Estudos de Direito Penal, Direito Processual e Filosofia do Direito*, Marcial Pons, 2013, p. 169.

fundamento do resultado, que se decompõe em (i) domínio sobre o desamparo do bem jurídico e (ii) domínio sobre um foco de perigo^{53 54 55 56}.

Roxin acolhe essa posição bipartida, conforme defendida por Schünemann, sustentando, portanto, que a posição material de garante se centra no que chama de domínio de controle (ou domínio sobre o fundamento do resultado, na nomenclatura de Schünemann), que, também, se subdivide em (i) domínio sobre o desamparo do bem jurídico (para Roxin: posição de garante de proteção ou custódia) e (ii) domínio sobre o foco do perigo (para Roxin: posição de garante de vigilância ou asseguramento)^{57 58}.

5.3.1 DOMÍNIO SOBRE O DESAMPARO DO BEM JURÍDICO (POSIÇÃO DE GARANTE DE PROTEÇÃO OU CUSTÓDIA)

Nessa hipótese, cria-se o dever especial do garante em virtude da falta de proteção do bem jurídico da vítima, que está sob o seu próprio domínio.

⁵³SCHÜNEMANN, B. *Fundamento y Límites (...)*, Ob. Cit., pp. 277-285.

⁵⁴SCHÜNEMANN, B. "El llamado delito (...)", Ob. Cit., pp. 1626-1628.

⁵⁵SCHÜNEMANN, B. "Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de Direito comparado para escapar de um caos", in *Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito*, Marcial Pons, São Paulo, pp. 171-172.

⁵⁶Com sintetiza ESTELLITA: "Nos crimes comissivos, a relação imediata se dá entre o resultado (por exemplo, morte) e o movimento corporal que é a sua causa (por exemplo, ato de desferir facadas) e o fundamento que permite imputar esse resultado ao agente é o domínio que ele tem sobre o próprio corpo, que é a causa ou fundamento do resultado (domínio sobre o corpo -> movimento corporal -> resultado). Nos crimes omissivos, também será o domínio real, e não meramente hipotético, sobre a causa ou fundamento do resultado que permitirá a imputação deste ao agente omissivo. Esse domínio se dá em dois grandes grupos de casos: naqueles nos quais o agente exerce domínio sobre o desamparo de um bem jurídico, em virtude do qual a posição de garantidor gera deveres de salvação; e naqueles nos quais o agente exerce domínio sobre uma causa (coisa ou pessoa) essencial no resultado, caso em que o garantidor tem deveres de asseguramento (domínio sobre uma causa essencial do resultado -> inobservância dos deveres de asseguramento -> resultado). A equiparação se baseia, assim, ou na assunção de uma função de proteção de um bem jurídico desamparado, ou na assunção de uma função de vigilância sobre determinada fonte de perigo." In: ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão: Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, São Paulo, 2017, p. 89.

⁵⁷ROXIN, C. *Derecho Penal(...)*, Ob. Cit., p. 852-857.

⁵⁸Note-se que Jakobs também propugna um conceito material funcional e bipartido para a identificação da posição de garante. De um lado, defende a existência de deveres em virtude de responsabilidade por organização e deveres em virtude de responsabilidade institucional. Cf.: JAKOBS, G. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlim, 1991, pp. 802-833.

Existe, pois, um dever de vigilância, custódia ou controle sobre ela. Assim, o garantidor tem que vigiar e conter todos os perigos externos que ameacem o bem jurídico da pessoa que está desamparada⁵⁹.

Aqui, incluem-se os casos em que o garante tem uma relação de proteção familiar ou análoga (v.g. pais e filhos, irmãos, relações matrimoniais) e quando existe a assunção das funções de proteção (médico em relação ao paciente, o professor de natação em relação aos alunos), mesmo que independente da existência de contrato (v.g. vizinhos assumem a responsabilidade pelo filho de outro durante uma noite, quem acolhe uma pessoa que precisa de cuidado). Nesses casos de assunção, é necessário que exista uma relação de dependência (se uma pessoa maior vai passar um final de semana na casa de amigos, obviamente, não há relação de garante). Ademais, o dever de proteção decorre de posições orgânicas e em virtude de deveres de titulares de cargos (v.g. policiais em relação ao cidadão, o funcionário público em relação ao patrimônio público)⁶⁰.

O importante, porém, não é a previsão em lei, contrato ou a ingerência (não é o dever externo), mas a efetiva e material assunção de uma responsabilidade pessoal pelo bem jurídico desamparado. O garante assume, portanto, o compromisso de proteger esse bem jurídico.

5.2.2 DOMÍNIO SOBRE O FOCO DO PERIGO (POSIÇÃO DE GARANTE DE VIGILÂNCIA OU ASSEGURAMENTO)

Nesse caso, o garante deve vigiar e assegurar que as fontes de perigo, que estão sob sua responsabilidade, não causem dano a terceiro.

Essa posição de garante pode, por exemplo, decorrer: a) da vigilância de coisas móveis ou imóveis que estão sob a supervisão; b) do domínio e controle sobre determinadas pessoas (v.g. pessoas com enfermidade mental); c) do domínio sobre cursos causais perigosos (ingerência – evitar o resultado

⁵⁹ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal* (...), Ob. cit., p. 96.

⁶⁰ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., pp. 857-884.

baseado no atuar antecedente); e d) da responsabilidade penal sobre o produto (derivado de alimentos, medicamentos perigosos para a saúde ou objetos de uso de qualquer tipo – v.g. máquinas ou veículos com defeitos suscetíveis de causar danos, sprays de couro, conservantes que causem enfermidade, etc⁶¹.

6. OS TRÊS USOS DA PALAVRA OMISSÃO EM DIREITO PENAL

Feita essa contextualização inicial, que é importante para se ter uma visão panorâmica do entendimento atual da teoria da responsabilidade penal por omissão, é tempo de apresentar algumas reflexões iniciais sobre o impacto que a teoria da ação significativa e a filosofia da linguagem têm nessa matéria.

Desde logo, deve-se assentar que o ponto fundamental para uma correta compreensão da omissão em Direito Penal é a teoria da ação.

Tradicionalmente, em Direito Penal a ação humana é vista a partir de uma concepção da filosofia da mente. O significado da ação é compreendido por meio do modelo objeto-designação.

Desse modo, nessa concepção tradicional, para que o juiz, o intérprete, possa captar o sentido de uma ação basta observá-la e descrever o seu significado. O sujeito cognoscente (juiz) conhece o objeto cognoscível (ação). Essa relação de conhecimento se dá, portanto, numa relação sujeito-objeto. O substrato da ação é observado e dele se retira o significado⁶².

Essa forma de pensar leva à sérios equívocos e distorce o significado das ações. É imprescindível compreender que o significado das ações não se dá pela mera captação pelos sentidos do substrato das ações. O significado da ação é estabelecido de acordo com regras intersubjetivas, o que Wittgenstein chama de jogos de linguagem.

Em consequência, “linguagem e ação estão ‘entrelaçadas’” e “formam um conjunto governado por regras – um ‘jogo’- do qual emana o significado. E

⁶¹ROXIN, C. *Derecho Penal (...)*, Ob. Cit., pp. 884-885.

⁶²Como afirma Alwart, citado por Vives Antón: “así como un concepto no es otra cosa que el significado de una palabra, una acción no es otra cosa que el significado de un comportamiento”. In: VIVES ANTÓN, T.S. *Acción Significativa, Comisión por Omisión y Dogmática Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 150.

o significado não é nada mais do que o subproduto da interpretação e aplicação das regras desse ‘jogo’⁶³.

Nossas ações (atividades linguísticas), ainda que possam estar entranhadas em um fundo ontológico, ostentam um caráter claramente normativo, uma vez que são guiadas por regras linguísticas, que constituem o jogo de linguagem^{64 65}.

Desse modo, Vives Antón corretamente concebe “la acción, no como sustrato conductual susceptible de recibir un sentido, sino como sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse determinados comportamientos humanos. Se opera, así, un giro copernicano en la teoría de la acción: ya no es el sustrato de un sentido; sino, a la inversa, el sentido de un sustrato”⁶⁶.

É precisamente por isso que duas ações materialmente idênticas (mesmo substrato) podem ter significados distintos, de acordo com as regras do jogo de linguagem. Chamar alguém de “filha da p...” pode constituir tanto um crime contra a honra (é direcionado, por exemplo, a um inimigo), como pode ser a manifestação de carinho com um velho amigo.

Logo, chega-se a uma premissa extremamente importante: o relevante para compreender as ações (e omissões) em Direito Penal é o significado e não o substrato (como os movimentos corpóreos materialmente realizados).

Nesse sentido, também, defende Martínez-Buján-Pérez:

Común a acción y omisión es el dato de que ambas constituyen una

⁶³VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema Penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 226-227.

⁶⁴GLOCK, H.J. *Dicionário Wittgenstein*, (Trad. MARTINS, H.), Zahar, Rio de Janeiro, 1998, p. 312.

⁶⁵Sobre as normas de ação social, Habermas afirma que elas: “tienen el sentido ‘deontológico’ de obligar a los destinatarios a seguir la regla, si bien aquí el tipo de sanciones varía con el tipo de regla (según que vulneremos normas morales o jurídicas, infrinjam costumbres o convenciones o nos desviemos de los roles sociales asignados). Tales normas regulan las relaciones interpersonales de actores que se comunican entre ellos y que participan en prácticas comunes. Estas prácticas constituyen elementos inmediatos del contexto simbólico de un mundo de la vida. Al mismo tiempo están insertas en el hardware constituido por el entorno natural”. In: HABERMAS, J. *Verdad y justificación*, Taurus, Madrid, 2002, p. 24.

⁶⁶VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema* (...), Ob. Cit., p. 221.

expresión de sentido. De ahí que –como queda dicho el problema de la omisión sea –al igual que el de la acción un problema de sentido y no de sustrato; el sustrato carece de relevancia.

No hay ya diferencia ontológica entre acción y omisión, puesto que ambas existen o son (o no son) exactamente en el mismo sentido, esto es, como significado. En otras palabras, acciones y omisiones funcionan de modo idéntico, desde el momento en que coinciden en ser sólo expresiones de sentido⁶⁷.

Partindo-se dessa premissa, a diferença entre ação e omissão se dissolve. A tensão ou distensão muscular, realizar ou deixar de realizar tarefas deixa de ser o foco central para identificar as omissões. É o significado que é relevante.

É precisamente por isso que, neste trabalho, se defende que, na verdade, existem três usos para a palavra omissão e, ao fim e ao cabo, esses mesmos três usos são empregados para a palavra ação. Ação e omissão podem ter compreendidas da mesma maneira. Tudo depende do significado.

6.1 O PRIMEIRO USO LINGUÍSTICO DA EXPRESSÃO OMISSÃO: NOS DELITOS DE AÇÃO

A teoria do delito dedica uma atenção especial – até pela sua consequência prática – à explicação dos delitos de ação. A maioria esmagadora dos tipos penais descreve ações. O estudo dos crimes omissivos, apesar de importante, geralmente tem relevância periférica.

No entanto, se é verdadeira a premissa assentada acima, de que o que importa é o significado e não a existência de uma ação ou omissão, chega-se à conclusão de que os crimes de ação podem ser praticados por omissão (mesmo quando não se faz presente a posição de garante).

Apesar de mais raro, é perfeitamente possível realizar um tipo penal de ação, por meio de uma omissão.

Imagine-se uma situação em que, após um jogo de futebol ou de show lotado, em que muitas pessoas saem, ao mesmo tempo, do estágio, três

⁶⁷MARTÍNEZ-BUJÁN-PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa - Parte General*, 6ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 394.

amigos, com a intenção de lesionar várias pessoas – em vez de seguirem o fluxo de pessoas que estão caminhando – simplesmente sentam-se ao chão, fazendo com que as pessoas que estão caminhando atrás simplesmente comecem a cair ao solo, gerando uma obstrução ao fluxo de pessoas, acarretando mais quedas, pisoteamentos e lesões. Os três amigos não praticaram nenhuma ação, mas simplesmente deixaram de caminhar, sentando-se ao chão.

No crime de estelionato, geralmente o engano da vítima decorre da omissão de uma informação. O sujeito vende um telefone celular via internet, mas omite que não é seu proprietário.

Um trabalhador da construção civil, que se encontra no segundo andar de uma obra e cuja função é receber os sacos de cimento que são jogados pelo seu companheiro, pode – com a intenção de machucar seu inimigo que passa abaixo da obra – simplesmente omitir-se em segurar o saco de cimento arremessado. Diante do que o objeto cai na cabeça da vítima, lesionando-a.

O funcionário que – para se vingar do chefe – simplesmente deixar de retirar as mercadorias frágeis da esteira rolante da linha de montagem, causando dano intencional aos produtos da empresa.

Ainda que se possa invocar a posição de garante para algumas dessas hipóteses, é certo que, nesses casos, há uma verdadeira equivalência entre ação e omissão. Há uma dissolução da diferença entre ação e omissão, de modo que o significado da realização típica é bem claro. Em todos eles, apesar de o agente não levar a cabo um movimento corporal, apesar de não intervir ativamente no mundo, acaba por realizar o verbo típico de condutas incriminadas (lesionar, danificar, etc.).

Compreender essa dissolução entre ação e omissão, deslocando a importância do sentido para o substrato, permite, também solucionar melhor os casos em que há uma combinação entre ação e omissão.

A doutrina tem debatido, com alguma dificuldade, quais são os critérios para identificar a existência de uma ação ou de omissão em alguns exemplos. Muitas vezes partem de uma distinção mais ontológica entre ação e omissão.

Sustentam que existe ação quando há o emprego de energia em determinada direção. Existe omissão quando não há emprego de energia⁶⁸.

As dúvidas surgem, por exemplo, nos seguintes casos:

O carcereiro que fecha a grade, mas não tranca⁶⁹. Ação ou omissão?

O dono da fábrica de pincéis que entregou pelos de cabras para a sua elaboração sem realizar a devida descontaminação, acarretando a morte de quatro funcionários⁷⁰. Ação ou omissão?

A pessoa que se nega a usar preservativo e transmite AIDS⁷¹. Ação ou omissão?

O motorista que conduz um veículo e, ao ver pessoas atravessarem, simplesmente deixar de frear. Ação ou omissão?

O terrorista que coloca uma bomba escondida em um edifício e deixa de retirá-las durante quatro dias até a sua detonação. Ação ou omissão?

Me parece claro que todos esses exemplos são casos de ação (que prescindem, portanto, a existência de um garante), uma vez que o significado das omissões claramente é contextualizado para a realização de um tipo penal de ação, ainda que – total ou parcialmente – envolvam um deixar de fazer. Repita-se: o relevante aqui é o significado contextualizado. O agente cumpriu as regras dos jogos de linguagem de matar, danificar, etc.

6.2 O SEGUNDO USO LINGUÍSTICO DA EXPRESSÃO OMISSÃO: NOS DELITOS OMISSIVOS PRÓPRIOS.

Como já se viu, a omissão própria é substanciada por um tipo penal específico, que descreve expressamente uma omissão, um não fazer.

Aqui, mais uma vez, ainda que se fale expressamente em um não fazer, os crimes omissivos próprios (v.g. omissão de socorro) também podem ser configurados por um fazer. Afinal, como se defende aqui, a distinção entre ação e omissão fica dissolvida se há um deslocamento do centro de gravidade da

⁶⁸ROXIN, C. *Direito Penal* (...), Ob. cit., p. 779.

⁶⁹ROXIN, C. *Direito Penal* (...), Ob. Cit., p. 780.

⁷⁰ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., p. 781.

⁷¹ROXIN, C. *Derecho Penal* (...), Ob. Cit., p. 781.

ação do substrato para o significado.

Desse modo, a pessoa que está diante de uma colisão de veículos, que gera o dever geral de socorro, caso ela realize a ação de socorro, mas o faça de forma deliberadamente vagarosa, com o intuito de não atender a pessoa em uma situação de risco, ainda sim há o delito. É dizer, mesmo realizando a ação esperada, houve uma omissão de socorro. Ele prestou assistência, mas de modo deliberadamente ineficaz. Assim, realizou o tipo penal do art. 135 CPBr.

O contribuinte que presta informações das suas rendas ao fisco (ação), mas o faz de forma incompleta, realiza uma ação (entrega incompleta) ou omissão (deixou de prestar informações)? Aqui, mais uma vez, fica clara a caracterização do tipo penal do art. 1º, I, da Lei 8.137/90, pois omitiu informação às autoridades fazendárias, ainda que tenha prestado as informações e – nessa parte – de forma correta.

Em suma, embora em casos mais raros, parece que os crimes de omissão própria podem ser cometidos mesmo quando o agente realiza a ação esperada.

6.3 O TERCEIRO USO LINGÜÍSTICO DA EXPRESSÃO: NOS CRIMES DE OMISSÃO IMPRÓPRIA

O terceiro uso linguístico do termo omissão ocorre nos chamados crimes omissivos impróprios.

Na omissão imprópria, o juiz recorre às infracções penais criadas para as acções para punir as omissões, utilizando assim uma regra de extensão prevista no Código Penal.

Não há grande novidade em dizer que essa é uma forma de utilizar o termo omissão em Direito Penal.

A particularidade, porém, é que nos crimes de omissão imprópria, o agente não responde criminalmente por algo que fez (ainda que por meio de uma omissão), mas por algo que deixou acontecer. Responde por um resultado delitivo que alguém cometeu (por exemplo, o policial que deixa alguém cometer

um crime ou o responsável por uma penitenciária que deixa fugir um preso perigoso) ou por deixar acontecer algo a um bem jurídico que devia proteger (a mãe que não cuida da criança que cai na piscina e se afoga).

Assim, com exceção dos casos de ingerência, o responsável por um crime omissivo impróprio não responde normalmente por uma ação significativa própria, mas por ter deixado algo acontecer (quer em virtude de uma ação de um terceiro, quer em virtude de um perigo externo). E, nesses casos, existe inclusive um mesmo fundamento político criminal para uma redução da pena, como ocorre no §13.1. do Código Penal alemão, uma vez que a conduta de quem mata (mesmo por omissão) se afigura mais grave do que a conduta de quem deixa matar. Esse tratamento penal mais benéfico não parece, no entanto, politicamente defensável nos outros casos de omissão, uma vez que são tão graves como as ações (não há distinção entre ação e omissão nos outros casos).

Existe, também, a discussão se o delito omissivo próprio pode ser cometido por ação, como são os casos em que ocorre a interrupção de uma ação salvadora. A pessoa que impede o salvavidas de resgatar a criança que está se afogando comete o crime de homicídio doloso. A questão é saber se é um crime de omissão imprópria ou um crime de ação. Parece-me que se trata de um caso em que se deve aplicar o regime jurídico da ação e não da comissão por omissão, uma vez que o resultado decorre de uma ação própria do agente e não de um deixar acontecer⁷².

O que eu gostaria de defender aqui, no entanto, é que a omissão imprópria constitui um dos usos da palavra omissão (embora, em geral, uma omissão com uma gravidade diferente da omissão que constitui o significado da realização típica), e parece perfeitamente possível que a omissão imprópria também possa ser realizada através de uma ação.

⁷²Também Roxin chega a esta conclusão: cf. ROXIN, C. *Direito Penal* (...), Ob. Cit., pp. 791-792.

7. CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi apresentar algumas reflexões iniciais sobre a compreensão da omissão a partir dos contributos da filosofia da linguagem e da teoria da ação significativa.

O artigo é meramente provocatório e tem como objetivo tentar ver quais as consequências que podem advir do deslocamento do foco de observação do substrato para o significado, como forma mais adequada de compreender os comportamentos humanos.

Tal deslocamento leva à dissolução da divisão entre ações e omissões, sendo que em todos os casos em que é possível cometer crimes por ações, também é possível cometê-los - embora mais raramente - por omissões.

Além disso, procurou-se sublinhar que a responsabilidade penal nos crimes omissivos impróprios não decorre da conduta (ação ou omissão) de uma pessoa, mas de algo que se deixou acontecer. O agente responde por um resultado criminoso que alguém cometeu ou por ter deixado acontecer algo a um bem jurídico que deveria proteger. Nesses casos, parece até possível defender a possibilidade de uma redução da pena, como no Código Penal alemão (tratamento penal mais benéfico que não parece ser possível para outros casos de omissão).

Com isso, se pretende alcançar o resultado provocativo deste artigo, embora seja obviamente necessário aprofundar vários pontos de dúvida aqui existentes, o que não é possível fazer neste momento.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITENCOURT, C.R. *Tratado de Direito Penal*, vol. 1, 24ª ed., Saraiva, São Paulo, 2018.
- BUSATO, P. C. *Direito Penal: Parte Geral*, Atlas, São Paulo, 2013.
- BUSATO, P.C. *Direito Penal: Parte Geral*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2022.

CIRINO DOS SANTOS, J. *Direito Penal, Parte Geral*, 9ª ed., Tirant lo Blanch, São Paulo, 2020.

ESTELLITA, H. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresa por omissão: Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregadas de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*, Marcial Pons, São Paulo, 2017.

FEUERBACH, P.J.A.R.V. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5ª ed., Bey Tasché et Müller, Giefesen, 1812.

GIMBERNAT ORDEIG, E. "La omisión impropia en la dogmática penal alemana: Una exposición", in *ADPCP*, Vol. L, 1997.

GLOCK, H.J. *Dicionário Wittgenstein*, (Trad.MARTINS, H.), Zahar, Rio de Janeiro, 1998.

HABERMAS, J. *Verdad y justificación*, Taurus, Madrid, 2002.

JAKOBS, G. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlim, 1991.

JESCHECK, H.H. & WEIGEND, T. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 5ª edição, Comares, Granada, 2002.

LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MARTINELLI, J.P. & DE BEM, L.S. *Direito Penal, Parte Geral: Lições Fundamentais*, 3ª ed., D'Plácido, São Paulo, 2020.

MARTÍNEZ-BUJÁN-PÉREZ, C. *Derecho Penal Económico y de la Empresa Parte General*, 6ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

MUÑOZ CONDE, F. & GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal, Parte General*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ROXIN, C. *Derecho Penal, Parte General, Volume II*. Madrid: Thomson Reuters, 2014.

SCHÜNEMANN, B. El llamado delito de omisión impropia o la comisión por omisión, in *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008.

SCHÜNEMANN, B. *Fundamento y Límites de los Delitos de Omisión Impropia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

SCHÜNEMANN, B. "O Direito Penal é a ultima ratio da proteção aos bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do Direito Penal em um Estado de Direito liberal", in Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito, Marcial Pons, São Paulo, 2013.

SCHÜNEMANN, B. "Responsabilidad penal en el marco de la empresa: Dificultades relativas a la individualización de la imputación", in ADPCP, vol. LV, 2002.

SCHÜNEMANN, B. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria - possibilidades histórico-dogmáticas, materiais e de Direito comparado para escapar de um caos, in Estudos de Direito Penal, direito processual penal e filosofia do Direito, Marcial Pons, São Paulo, 2013.

TAVARES, J. Teoria dos Crimes Omissivos, Marcial Pons, São Paulo, 2012.

VIVES ANTÓN, T. S. Acción Significativa, Comisión por Omisión y Dogmática Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

WESSELS, J; BEUKLE, W. & SATZGER, H. Derecho Penal, Parte General: El delito y su estructura, 46ª ed, Pacífico Editores, Breña, 2018.

© *Direito e Linguagem* nº 1, vol. 2. Extraordinário (2024), pp. 31-70
·ISSN – 3020-898X ·DOI – 10.5281/zenodo.13714584

A liberdade de expressão e o relativismo da verdade na retórica eleitoral brasileira

Freedom of speech and the truth's relativism in Brazilian electoral rhetoric

Sarah Gonçalves Ribeiro¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS)

Sumário: 1.Introdução; 2. A hermenêutica da liberdade de expressão e o relativismo da verdade na retórica eleitoral; 3. A pesquisa e a propaganda eleitoral: as contradições entre direitos incidentes; 4. A discricionariedade como um limite para a ação de captar votos pelo candidato em período de propaganda eleitoral; 5. O conflito entre a liberdade de expressão e de informação do eleitor em face da discricionariedade do candidato: (im)possibilidade de aplicação do princípio da proporcionalidade; 6. Considerações finais; 7. Referências.

Resumo: O artigo traz abordagem aprofundada e crítica sobre a relação entre liberdade de expressão, discricionariedade dos agentes públicos e a importância da transparência e ética na comunicação política no contexto democrático brasileiro. Destaca-se a necessidade de garantir a liberdade de expressão como direito fundamental, mas ao mesmo tempo respeitar os limites e responsabilidades dos agentes públicos, especialmente durante o período eleitoral. A discricionariedade, ao invés de ser vista como uma restrição à liberdade, é interpretada como um princípio que visa garantir a atuação transparente e responsável dos agentes políticos, evitando abusos de poder e desvios de finalidade. A análise sobre a importância da transparência na administração pública, a diferenciação entre direitos ativos e passivos dos cidadãos e a necessidade de prestação de contas por parte dos agentes públicos reforçam a necessidade de um ambiente político e eleitoral ético e comprometido com a democracia. A crítica à distorção de informações nas redes sociais e a manipulação de fatos em benefício de interesses particulares reforça a importância do respeito às normas e à responsabilidade dos agentes políticos em relação à informação que é divulgada para a população. A discussão sobre

¹Doutoranda e bolsista Stricto-Pro em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Mestre em Direito pelo IDP. Assessora Jurídica.

a necessidade de um controle mais efetivo das redes sociais e do uso responsável da comunicação online por parte dos agentes públicos destaca um desafio significativo para a democracia brasileira na era digital. O texto ressalta a importância de garantir um equilíbrio entre liberdade de expressão, responsabilidade pública e transparência, visando fortalecer os princípios democráticos e promover um debate público saudável e informado.

Palavras-Chave: liberdade de expressão; discricionariedade; agente público/político; eleições; Justiça Eleitoral.

Abstract: The article provides an in-depth and critical approach to the relationship between freedom of expression, the discretion of public agents, and the importance of transparency and ethics in political communication in the Brazilian democratic context. The need to guarantee freedom of expression as a fundamental right stands out, but it also respects the limits and responsibilities of public agents, especially during the electoral period. Discretionary, instead of being seen as a restriction on freedom, is interpreted as a principle that aims to guarantee the transparent and responsible action of political agents, avoiding abuses of power and deviations of purpose. The analysis of the importance of transparency in public administration, the differentiation between active and passive rights of citizens, and the need for accountability on the part of public agents reinforce the need for an ethical political and electoral environment committed to democracy. Criticism of the distortion of information on social networks and the manipulation of facts to benefit private interests reinforces the importance of respecting norms and the responsibility of political agents for disseminating to the population. The discussion about the need for more effective control of social networks and the responsible use of online communication by public agents highlights a significant challenge for Brazilian democracy in the digital era. The text highlights the importance of ensuring a balance between freedom of expression, public responsibility, and transparency, aiming to strengthen democratic principles and promote a healthy and informed public debate.

Keywords: Freedom of speech; discretionary; political agents; electoral period; Electoral Justice.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade foi um dos princípios tratados pela retórica de Aristóteles e pôde ser notado, posteriormente, na liberdade de expressão, que utilizou a *expressão* como uma *ferramenta* de linguagem. Todos, de igual forma, tiveram os seus conceitos modificados ao longo da história, mudanças essas que serão ilustradas no decorrer desta dissertação. Porém, o que merece ser inserido a título de introdução é o marco histórico da liberdade de expressão, que foi a

Revolução Francesa. Esta Revolução registrou-a como sendo a representação do interesse das pessoas sobre um determinado Estado. O Estado Democrático, que passou a ser interpretado pelo poder *soberano do povo*, ou seja, o poder representado a partir da “*livre manifestação de diferentes vozes*” como uma premissa fundamental².

Alexis de Tocqueville afirma que “em política, como em filosofia e em religião, a inteligência dos povos democráticos recebe com muito prazer as ideias simples e gerais”³.

“Depois da ideia de um poder único e central, a que se apresenta mais espontaneamente ao espírito dos homens nos séculos de igualdade é a ideia de uma legislação uniforme. Como todos enxergam diferenças entre si e seus vizinhos, mal compreendem por que a regra que é aplicável a uma pessoa não seria as demais. Os menores privilégios, portanto, são repugnantes à sua razão. As mais ligeiras dessemelhanças nas instituições políticas de um povo o ofendem, e a uniformidade legislativa lhe parece ser a primeira condição de um bom governo. Por outro lado, *eu considero que essa noção de uma regra uniforme, imposta igualmente a todos os membros do corpo social, é como que estranha ao espírito humano nos séculos aristocráticos*. Ele não a aceita nem a rejeita”^{4 5}.

Tocqueville, em sua crítica, afirma que “essas inclinações opostas da inteligência acabam – de uma parte ou de outra – por se tornar instintos tão cegos e hábitos tão invencíveis que eles continuam a dirigir as ações a despeito dos fatos particulares”⁶.

²Essa garantia fundamental se consagrou como uma conquista da sociedade mundial, conhece-se como marco histórico a Revolução Francesa, que previu, expressamente, no artigo 11, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão², em 1789, que “*a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem; todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei*”. Assim, na Assembleia Nacional francesa, dentre os direitos aclamados, encontravam-se a liberdade de expressão livre de opressão do Estado. In: République Française. *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>, acesso em: 24 dez. 2021.

³TOCQUEVILLE, Alexis de. *Da Democracia na América*. Campinas: Vide, 2019, p. 793.

⁴TOCQUEVILLE, Alexis de. *Ob. Cit.*, p. 793.

⁵Para Leandro Karnal: “Tudo já foi apresentado um dia como ético. Até aquilo que não é. Ou seja, a nossa ética hoje dialoga com a Ética a Nicômaco, de Aristóteles. Ela dialoga com a ética à maneira dos geômetras de Espinosa, com a ética kantiana. Mas ela é fruto de uma determinada concepção. E a estrutura que estamos discutindo aqui, que é uma crítica à relação ética-verdade-democracia-política, foi analisada de forma muito mais brilhante do que podemos fazer por Tocqueville, no século XIX: a democracia é estruturalmente problemática”. In: PONDÉ, Luiz Felipe; KARNAL, Leandro; DIMENSTEIN, Gilberto; CORTELLA, Mario Sérgio. *Ob. Cit.*, p. 29.

⁶TOCQUEVILLE, Alexis de. *Ob. Cit.*, pp. 793-794.

“Malgrado a imensa variedade da Idade Média, encontravam-se por vezes indivíduos perfeitamente semelhantes: mas isso não impedia que o legislador atribuisse a cada um deles deveres diversos e direitos diferentes. Em nossos dias, ao contrário, os governos exaurem seus esforços em tentar impor os mesmos costumes e as mesmas leis a populações que ainda não se parecem. À medida que as condições de um povo se tornam mais iguais, os indivíduos parecem menores e a sociedade, maior, ou antes, tornados semelhantes aos demais, os cidadãos se perdem na multidão, e só se percebe a vasta e magnífica imagem do próprio povo. Eles admitem facilmente que o seu próprio interesse é tudo, e o do outro, nada. Eles concordam de bom grado que o poder representado pela sociedade tem muito mais luz e sabedoria do que qualquer pessoa em particular que componha, e que é seu dever, assim como seu direito, tomar cada cidadão pela mão e conduzi-lo”⁷.

Assim, sendo a liberdade de expressão uma garantia fundamental para o cidadão comum, indaga-se: é possível afirmar que essa garantia esteja sendo relativizada quando equiparada à de um postulante a cargo eletivo em período de propaganda eleitoral? Assim, o candidato deve atuar conforme os limites da sua discricionariedade, e caso não faça, é possível que esteja agindo em detrimento da liberdade de informação do eleitor e colocando em risco a legitimidade das eleições na democracia brasileira?

Apesar de a Constituição de 1988 recepcionar o princípio democrático e reconhecer a soberania do povo como seu princípio cânone^{8 9}, os ataques à

⁷TOCQUEVILLE, Alexis de. *Ob. Cit.*, p. 794.

⁸O preâmbulo da Constituição de 1988, prevê conceitos democráticos para o Estado brasileiro, como cânone fundamental, ou seja, como o centro da sua sustentação: “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”. *In*: BRASIL. *Constituição*. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em: 13 mar. 2022.

⁹“Foram os gregos – provavelmente os atenienses – que cunharam o termo *demokratia*: *demos*, o povo, e *kratia*, governar. Por falar nisso, é interessante saber que, em Atenas, embora a palavra *demos* em geral se referisse a todo o povo ateniense, às vezes, significava apenas a gente comum ou apenas o pobre. Às vezes, *demokratia* era utilizada por seus críticos aristocráticos como uma espécie de epíteto, para mostrar seu desprezo pelas pessoas comuns que haviam usurpado o controle que os aristocratas tinham sobre o governo. Em qualquer dos casos, *demokratia* era aplicada pelos atenienses e por outros gregos ao governo de Atenas e ao de muitas outras cidades gregas. Entre as democracias gregas, a de Atenas era de longe a mais importante, a mais conhecida na época e, ainda hoje, de incomparável influência na filosofia política, muitas vezes considerada um exemplo primordial de participação dos cidadãos ou, como diriam alguns, era uma *democracia participante*. [...] Assim, as instituições da Grécia, por mais

democracia por meio da comunicação são frequentes e de difícil controle, como será destacado. Para Robert A. Dahl democracia significa “criar um *conjunto de regras e princípios*, uma Constituição, que determinará como serão tomadas as decisões da associação”^{10 11}. Afirma ainda que “a associação deverá estar de acordo com um princípio elementar: todos os membros deverão ser tratados (sob a Constituição) como se estivessem igualmente qualificados para participar do processo de tomar decisões sobre *as políticas que a associação seguirá*”¹². Antes de entrar nos critérios sobre um processo democrático, Dahl afirmou que “no governo desta associação todos os membros serão considerados *politicamente iguais*”¹³.

“Critérios de um processo democrático [...]: a) *Participação efetiva*. Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre qual deveria ser essa política; b) *Igualdade de voto*. Quando chegar o momento em que a decisão sobre a política for tomada, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas de voto e todos os votos devem ser contados como iguais; c) *Entendimento esclarecido*. Dentro de limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis consequências; d) *Controle do programa de planejamento*. Os membros devem ter a oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. Assim, o processo democrático exigido pelos três critérios anteriores jamais é encerrado. As políticas da associação estão sempre abertas para a mudança, se assim estes escolherem; e) *Inclusão dos adultos*. Todos ou, de qualquer maneira, a maioria dos adultos residentes permanentes deveriam ter o pleno direito de cidadão implícito no primeiro de nossos critérios. Antes do século XX, esse critério era inaceitável para a maioria dos defensores da democracia. Justificá-lo exigiria que examinássemos porque devemos tratar os outros como nossos iguais políticos”¹⁴.

inovadoras que tenham sido em sua época, foram ignoradas ou mesmo claramente rejeitadas durante o desenvolvimento da moderna democracia representativa. [...] Os romanos preferiram chamar seu sistema de republicano; *res*, que em latim significa coisa ou negócios, e *publicus* – ou seja, a república poderia ser interpretada como ‘a coisa pública’ ou ‘os negócios do povo’ [...] Como em Atenas, o direito a participar restringia-se aos homens, o que também aconteceu em todas as democracias que apareceram depois, até o século XX”. In: DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2016, pp. 22-23.

¹⁰DAHL, Robert A. *Ob. Cit.*, p. 49.

¹¹Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho “a democracia é fruto da razão”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Direito e Psicanálise: interlocuções a partir da literatura*. 2º ed., Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 101.

¹²DAHL, Robert A. *Idem*.

¹³DAHL, Robert A. *Idem*.

¹⁴DAHL, Robert A. *Ob. Cit.*, pp. 49-50.

Robert. A Dahl afirmou que “quando qualquer das exigências é violada, os membros não serão politicamente iguais”¹⁵. Portanto, para Dahl, numa democracia, “o poder da maioria não faz o direito da maioria”¹⁶, ainda que “a democracia garanta a seus cidadãos uma série de direitos fundamentais que os sistemas não democráticos não concedem e não podem conceder”¹⁷. Assim, “a democracia não é apenas um processo de governar. Como os direitos são elementos necessários nas instituições políticas democráticas, a *democracia também é inerentemente um sistema de direitos*. Os direitos estão entre os *blocos essenciais* da construção de um *processo de governo democrático*”¹⁸.

Portanto, nota-se que a construção de direitos faz parte da democracia, e nestes se encaixa a liberdade de expressão, uma das garantias fundamentais do cidadão, historicamente protegida nas constituições mundiais democráticas. Assim, em período eleitoral, tendo em vista que o candidato a um cargo eletivo, por não poder ferir a liberdade de informação do eleitor e, ainda, utilizar-se de um partido político mantido fundamentalmente com verbas públicas, é possível afirmar que seja um agente discricionário? Ou seja, que deva cumprir com a finalidade pública do possível cargo, assim como deve um agente efetivo? Em outras palavras, é possível a aplicação do princípio da discricionariedade ao postulante de um cargo público eletivo?

Aqui se analisa um eventual conflito entre os princípios: liberdade de expressão e de informação do cidadão *versus* discricionariedade do candidato para o cargo público em período de propaganda eleitoral. Não se discute nessa pesquisa a liberdade de expressão do cidadão, esta é certa e historicamente conquistada, mas se o agente político, que pretende exercer o cargo público, encaixa-se a discricionariedade administrativa para fins de ponderação em caso de eventual conflito entre princípios. A problematização se posiciona, portanto, por uma “força relativa afirmada por Dworkin”¹⁹, que não se “confunde com as equivocadas práticas da ponderação aplicadas no Brasil – nem mesmo com a teoria da ponderação de Robert Alexy. Isso porque, havendo a aplicação

¹⁵DAHL, Robert A. *Ob. Cit.*, p. 50.

¹⁶DAHL, Robert A. *Ob. Cit.*, p. 61.

¹⁷DAHL, Robert A. *Idem*.

¹⁸DAHL, Robert A. *Ob. Cit.*, pp. 61-62.

¹⁹VASCONCELOS, Cleber; DA SILVA, Marco Antônio. *Ob. Cit.*, p. 28.

segundo a coerência e integridade, não há colisão de princípios, quando há é porque foram mal interpretados”²⁰. Para Cleber Vasconcelos e Marco Antônio da Silva “a teoria da ponderação alexyana foi incorporada erroneamente no direito brasileiro, na medida em que não se aplica a sofisticada fórmula desenvolvida pelo autor alemão”²¹. Ainda que “trata-se de uma *vulgata* discricionária para justificar, mediante álibi teórico, mera escolha – arbitrariedade – do ‘intérprete’ que se apropria da significação do direito. Atividade nitidamente antidemocrática”^{22 23}.

2. A HERMENÊUTICA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O RELATIVISMO DA VERDADE NA RETÓRICA ELEITORAL

Após as duas grandes guerras, a Organização das Nações Unidas destacou, no seu artigo 19, que “todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem considerações de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”²⁴.

A interpretação do conceito de liberdade de expressão se consagrou como uma garantia fundamental, em que as pessoas poderiam se expressar sem *medo* de opiniões ou represálias. A mídia também possui um papel importante, pois reúne meios de comunicação que alargam o campo de abrangência de uma

²⁰VASCONCELOS, Cleber; DA SILVA, Marco Antônio. *Idem*.

²¹VASCONCELOS, Cleber; DA SILVA, Marco Antônio. *Idem*.

²²VASCONCELOS, Cleber; DA SILVA, Marco Antônio. *Idem*.

²³Sobre os eventos históricos do Direito Romano e o positivismo jurídico, Norberto Bobbio afirmou que: “Os juristas medievais justificavam formalmente a validade do direito romano ponderando que esse era o direito do Império Romano, que tinha sido reconstituído por Carlos Magno com o nome de Sacro Império Romano: este raciocínio não levava em conta a solução de continuidade que se havia verificado entre o Império Romano do Oriente (bizantino) e o Império Romano do Ocidente (germânico). Mas o verdadeiro fundamento da validade do Direito Romano era outro: decorria de considerar tal direito como *ratio scripta*, isto é, como um conjunto de regras racionalmente fundadas, exprimindo a própria essência da razão jurídica (*Juristenrecht*), e como tais capazes de serem usadas para resolver todas as possíveis controvérsias, mediante, é claro, uma sábia manipulação das próprias normas por obra dos interpretes, mediante o recurso à aplicação analógica e as outras técnicas hermenêuticas que permitem aplicar as normas estabelecidas para um caso a caso distintos”. In: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 2006, pp. 30-31.

²⁴ONU. *Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> acesso em: 26 dez. 2024.

determinada notícia. Nesse contexto todos os meios de comunicação são válidos; a isso, inclui-se a *internet*.

Nota-se que a liberdade de expressão é uma conquista do cidadão, e ela é utilizada como meio para controlar eventuais abusos de poder do Estado, por essa razão não pode ser interpretada da mesma forma que a de um agente público (político). No ambiente eleitoral, interpreta-se a liberdade de expressão com o mesmo peso, tanto para um quanto para outro, ocorre que essa garantia fundamental passou a ser utilizada como garantidora de retóricas voltadas à captação de votos²⁵.

Observa-se um eventual erro de interpretação nesse sentido. E, traz-se à tona um dos problemas que a interpretação jurídica tenta superar: o solipsismo. Como observou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho “a hermenêutica segue privada da ética; e cada um, em nome das suas verdades tem construído uma democracia à sua imagem e semelhança. Estamos no reino do solipsismo. Quando o mundo se rege dessa forma, é sintomático que tudo passe a ser um problema de poder”^{26 27}.

2. A PESQUISA E A PROPAGANDA ELEITORAL: AS CONTRADIÇÕES ENTRE DIREITOS INCIDENTES

Para contextualização temática, inicialmente, destaca-se que os agentes públicos são: “os *agentes políticos*, os servidores públicos e os particulares em

²⁵Segundo Daniela Bucci: “os limites à liberdade de expressão política podem ser materiais ou formais. São materiais quando a restrição incide sobre o conteúdo da expressão política e do indivíduo; e formais quando a liberdade de expressão política do indivíduo é limitada por razões alheias ao conteúdo da mensagem transmitida”. Para ela, o conteúdo utilizado pelo candidato ou partido durante a campanha eleitoral são os materiais. *In: BUCCI, D. Ob. Cit.*, p. 200.

²⁶COUTINHO, J.N.M.C. *Ob. Cit.*, p. 97.

²⁷“Nessa perspectiva de uma sociedade que tem um *ethos* hermenêutico, não é casual que a gente tenha um Judiciário, em grande medida, atuando como poder moderador que dom Pedro I queria. Afinal, o que é um poder moderador senão um interpretador de quem está certo? É a mesma situação do árbitro, que é aquele que só aplica a regra. A pergunta ‘ta certo, Arnaldo?’, que ficou famosa no meio esportivo, vale para algumas situações e agora está sendo aplicada. A sociedade hermenêutica dá, por exemplo, ao presidente da Câmara dos Deputados o poder de interpretar o regimento. Mas também dá ao professor a possibilidade de interpretar o conteúdo; dá ao comerciante a possibilidade de interpretar aquilo que é correto dentro das normas do que é lícito ou não. [...] Outro dia vi uma discussão em que se dizia que o nosso idioma, por ser um idioma latino em que as frases são menos duras, nos permite explicar: ‘Não foi bem isso o que eu quis dizer’. E, portanto, permite a nós refazer a argumentação com outra interpretação. Hoje, e na nossa história, em grande medida, o poder está em quem dá a palavra final naquela interpretação”. *In: PONDÉ, L.F; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G; CORTELLA, M.S. Ob. Cit.*, p. 14.

colaboração com a administração”²⁸. Partindo da etimologia da palavra “agente”, ou seja, aquele que age em nome de um terceiro, no setor público, este age em nome do Estado^{29 30}. Além disso, visando esclarecer o conteúdo proposto, distingue-se o ato e o fato jurídico-administrativo³¹.

“Atos jurídicos são declarações, vale dizer, são enunciados; são ‘falas’ prescritivas. O ato jurídico é uma pronúncia sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela, deverá ser. Fatos jurídicos não são declarações; portanto, não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele. Onde a distinção entre ato jurídico e fato jurídico é simplicíssima. Toda vez que se estiver perante uma dicção prescritiva de direito (seja oral, escrita, expressa por mímica ou sinais convencionais) estar-se-á perante um ato jurídico; ou seja, perante um comando jurídico. Quando, diversamente, se esteja ante um evento não prescritivo ao qual o Direito atribua consequências jurídicas estar-se-á perante um fato jurídico. O interesse da distinção entre o ato jurídico e fato jurídico, para o Direito Administrativo, reside em que a Administração não só produz atos jurídicos, mas também fatos jurídicos, e é preciso, então, separar os atos administrativos dos fatos da Administração, o que só é possível depois destes esclarecimentos. Esta distinção precisa ser feita porque, como além se verá, (a) atos administrativos podem ser anulados e revogados, dentro dos limites do Direito; *fatos administrativos não são nem anuláveis, nem revogáveis*; (b) atos administrativos gozam de *presunção de legitimidade*; fatos administrativos não; (c) o tema da vontade interessa nos atos administrativos denominados (ainda que a terminologia não seja boa) *discricionários*, isto é naqueles em cuja prática a Administração desfruta de certa margem de liberdade; nos fatos administrativos nem se poderia propô-lo”³².

²⁸NETTO DE ARAUJO, E. *Curso de Direito Administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 276.

²⁹Vale lembrar que o Estado existe, *única e exclusivamente*, em função do interesse público, e este se difere do interesse pessoal do agente público e, ou político.

³⁰“Alguns teóricos como Hannah Arendt, encaram o político como um espaço de liberdade e de discussão pública, enquanto outros o consideram *um espaço de poder*, de conflito e de antagonismo. Minha compreensão do ‘político’ faz parte, evidentemente, da segunda perspectiva. Mais precisamente, é assim que diferencio ‘o político’ da ‘política’: entendo por ‘o político’ a dimensão de antagonismo que considero constitutiva das sociedades humanas, enquanto entendo por ‘política’ o conjunto de práticas e instituições por meio das quais uma ordem é criada, organizando a coexistência humana no contexto conflituoso produzido pelo político”. In: MOUFFE, C. *Sobre o político*. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 08.

³¹“Por essa razão, não deve ser considerado o direito político o exercício de cargo, emprego ou função pública, pois. Estes regulados não pelo direito político/constitucional, mas sim pelo direito público/administrativo, no sentido de que os agentes públicos que não são agentes políticos (Mandatários, Ministros de Estado, Secretários de Estado, Secretários de Estado, Secretários Municipais, Magistrados, Membros do Ministério Público) praticam atos administrativos, não atos de Estado ou de Governo”. In: VASCONCELOS, C; DA SILVA, M.A. *Ob. Cit.*, p. 63.

³²BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, pp. 378-379.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que se deve ter, no setor administrativo do Estado, “plena transparência em seus comportamentos”, assim, o princípio da publicidade “não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida”³³, assim, “o agente público, ao desempenhar suas funções, age em nome do Estado, e não em seu próprio nome”³⁴, e para exercer o *interesse público*, “na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal”³⁵. Ocorre que alguns cargos públicos são exercidos com discricionariedade, como previsto em lei, e, nestes casos, o ato jurídico deve ser examinado frente aos seus elementos legitimadores, pois apenas nesse contexto o agente poderá manifestar a sua vontade, e, ainda, impor eventuais obrigações. Logo, a discricionariedade dos agentes públicos (políticos) deve respeitar três pressupostos obrigatórios: competência³⁶; forma³⁷; e finalidade³⁸.

“O ato administrativo, como o ato jurídico privado, percorre um itinerário lógico em direção à efetiva realização do *interesse público* que impulsionou seu nascimento, presidiu sua formação e condicionou seu objeto. Na verdade, caminha, com as cores do interesse público, do motivo para a finalidade, em perfeita simetria. Motivo é o que provoca o impulso volitivo que condicionará a formação do ato, sua execução e sua eficácia, porque a Administração só pode agir de acordo com o *interesse público*, conforme a lei determina ou permite. Assim, ao contrário do que ocorre com o ato jurídico privado, o motivo que se situa fora do ato, deve ser existente e ter, ele próprio, uma causa, ambos relacionados com um *interesse público* concretamente

³³BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 117.

³⁴NETTO DE ARAUJO, E. *Ob. Cit.*, p. 465.

³⁵NETTO DE ARAUJO, E. *Ob. Cit.*, p. 466.

³⁶A competência deve ser compreendida pela atribuição pública à pessoa, essa atribuição é definida por lei e ela, também, confere validade ao ato praticado pelo agente (agente e o motivo do cargo que ocupa). Celso Antônio Bandeira de Mello chama de “conteúdo”, ou seja, “não basta a verificação de que o ato, por seu conteúdo, não contraria a lei. É preciso mais: cumpre que seja permitido (ou imposto, conforme o caso), pela lei”. *In*: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 389.

³⁷Por forma, de igual forma vinculativa, “é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência”. *In*: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 389.

³⁸A finalidade é o interesse público, ou seja, “finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato” [...] “O propósito do uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma-se falar em ‘desvio de poder’ ou ‘desvio de finalidade’”. *In*: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, pp. 409-410.

existente. O objetivo e a finalidade do ato administrativo devem ser simétricos a esse motivo”³⁹.

Entrando na esfera eleitoral, primeiramente, destaca-se o lapso entre propaganda eleitoral (lícita – candidato) e antecipada (ilícita – pré-candidato)⁴⁰. A “definição da propaganda eleitoral, que se circunscreve ao período de campanha, ou seja, da data do registro de candidatura até o dia da eleição. Antes de tal lapso, não há tecnicamente propaganda eleitoral, mas sim, propaganda irregular”^{41 42}.

Assim, a propaganda eleitoral, apesar de ser a expectativa para um mandato, não deixa de ser o exercício, mesmo que prévio e incerto, de e para uma função pública. O Direito Eleitoral também é um ramo do Direito Público, e “regula o exercício do poder de sufrágio com vistas à concretização da soberania popular, à validade da ocupação de cargos políticos e à legitimação do exercício da soberania estatal”⁴³, devendo os seus atores respeitar limites discricionais, seja na propaganda, seja no exercício do cargo político.

O paradoxo proposto nesta dissertação pode ser, inicialmente, identificado no pensamento majoritário da doutrina brasileira, que entende por princípio a liberdade de expressão do candidato como sendo *similar* à do cidadão comum⁴⁴. Em uma análise mais crítica, Daniele Bucci, afirma que o

³⁹NETTO DE ARAUJO, E. *Ob. Cit.*, p. 465.

⁴⁰“Propaganda lícita é a realizada de acordo com todas as estipulações da lei eleitoral, seja em seu conteúdo, seja em seu prazo [...]. A propaganda irregular é aquela que se desenvolve ferindo os dispositivos da legislação em vigor, mas sem se configurar uma tipificação delituosa, um crime”. In: VELLOSO, C.M.D.S; MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, p. 258.

⁴¹VIEIRA DE CARVALHO NETO, T. *Liberdade de expressão e propaganda eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 180.

⁴²“A propaganda eleitoral só é permitida a partir do dia 16 de agosto do ano da eleição até o dia do pleito, durante, pois o período eleitoral (LE, art. 36, caput). Nessa oportunidade, o candidato já terá sido escolhido na convenção e seu pedido de registro já deverá ter sido requerido à Justiça Eleitoral, pois o prazo para a prática desse ato encerra-se às 19 horas do dia 15 de agosto. Se feito fora desse período, qualifica-se como espontânea ou antecipada, sujeitando-se o agente a responsabilização e sanção”. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 551.

⁴³GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 29.

⁴⁴“O caso *Mika v. Grécia* nos é de particular importância porque a Corte Europeia pôde opinar sobre o período eleitoral no caso, e fez uma interpretação conferindo ainda maior amplitude à liberdade de expressão, durante este período [...]. A Corte Europeia reiterou sua jurisprudência no sentido de que as restrições à liberdade de expressão são menores no campo do debate político e questões de interesse geral, e que os políticos devem se mostrar mais tolerantes às críticas, já que está sob controle da mídia e do público geral. A crítica à gestão de uma autoridade pública, ainda mais durante uma campanha eleitoral, como era o caso, coloca a questão em um debate de interesse geral, sendo que, inclusive, o período eleitoral é um momento em que, para a Corte, o artigo 10 exige um nível de proteção ainda mais elevado à liberdade de expressão”. In: BUCCI, D. *Ob. Cit.*, p. 78.

entendimento das Cortes Internacionais “os tribunais brasileiros conferem maior grau de proteção ao político”⁴⁵. A divergência pode ser notada, pois a liberdade de expressão, direito fundamental para ambos, quando se refere ao candidato apresenta limites determinados pela discricionariedade inerente à sua condição de agente público (político). Agindo em desacordo com estes limites, o candidato, agente público (político) em questão, fere o direito constitucional do cidadão em sua liberdade de informação e de expressão (voto), prejudicando sua capacidade em escolher seu representante político.

Conforme observado no gráfico a seguir, o candidato a um cargo público (político) é um sujeito que exerce a sua discricionariedade (princípio da discricionariedade), e esta deve ser interpretada de forma distinta da garantia fundamental do cidadão⁴⁶.

Para Norberto Bobbio a liberdade de expressão “deve ter uma esfera de atividade pessoal protegida contra as ingerências de qualquer poder externo, em particular do poder estatal”⁴⁷, ou seja, ela deve ser observada como um instrumento para o cidadão, ou para a imprensa, porém não parece viável que esta, também, seja utilizada pelo agente político (cargo público) em campanha eleitoral. Porém, na contramão e adentrando no pensamento doutrinário eleitoral, José Jairo Gomes, destaca que “não importa que a liberdade de expressão seja exercida oral e imediatamente perante uma ou mais pessoas, em local ou evento privado ou público, pela mídia escrita (jornal ou revista), televisão, rádio, *internet* e redes sociais (*Facebook*, *Twitter*, *Instagram*), *WhatsApp*, *Telegram* etc. em qualquer ambiente incide a proteção”^{48 49}. Assim,

⁴⁵BUCCI, D. *Ob. Cit.*, p. 401.

⁴⁶Para compreender a proteção que se deve fazer as garantias do cidadão no Direito Penal, Paulo César Busato afirma que “a identificação de um Estado como social e democrático de Direito constitui um bastião garantista para o cidadão em suas relações sociais. A linguagem que se estabelece entre o sujeito Estado e o cidadão se antecipa à especulação e à barbárie”. In: BUSATO, P.C. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 5º ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 144.

⁴⁷BOBBIO, N. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 86.

⁴⁸GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 87.

⁴⁹Sobre o princípio da autonomia partidária, o artigo 3º da Lei nº 9.096 de 1995, prevê que: “é assegurada, ao partido político, autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento”. Porém, isso não exclui os seus deveres como também está expresso no artigo 4º desta mesma lei: “os filiados de um partido político têm iguais direitos e deveres”. In: BRASIL. *Lei nº 9.096 de 1996. Idem*.

parte da doutrina brasileira⁵⁰ entende que a liberdade de expressão, apesar de possuir uma “posição preferencial que lhe é conhecida no sistema constitucional, não é absoluta”^{51 52}. O autor afirma que a “livre circulação de ideias, pensamentos, valorações, opiniões e críticas promovida pela comunicação é essencial para a configuração de um espaço público de debate”⁵³, e “sem isso, a *verdade* sobre os candidatos políticos pode não vir à luz, prejudicam-se o diálogo e a discussão públicos”⁵⁴. Gomes ressalta, ainda, que “o povo tem o direito de receber qualquer informação, seja ela ‘positiva ou negativa’ acerca dos candidatos e partidos políticos que disputam o pleito”⁵⁵.

Para compreender os meios de captação de voto, as publicidades permitidas em campanha eleitoral são: a pesquisa e a propaganda eleitoral. Por pesquisa eleitoral “*compreende-se o levantamento e a interpretação de dados atinentes à opinião ou preferência do eleitorado quanto aos candidatos que*

⁵⁰Na linha contrária, ou seja, afirmando que não há garantia fundamental de liberdade de expressão para o candidato, mas dever com o sufrágio e com a legitimidade do pleito, encontram-se, por exemplo, Cleber Vasconcelos e Marco Antônio da Silva. In: VASCONCELOS, C; DA SILVA, M.A. *Idem*.

⁵¹GOMES, J.J. *Idem*.

⁵²Neste mesmo sentido, alinhando liberdade de expressão tanto para o cidadão (direito político ativo), quanto para o candidato (agente público – direito político passivo), afirma Aline Rezende Peres Osório: “Se democracia envolve tanto a representação política, como a ampla participação no debate público, a liberdade de expressão deve proteger tanto as manifestações expressivas que ocorrem durante o pleito, quanto aquelas que ocorrem fora dos períodos eleitorais. Se a democracia é governo da maioria, sem excluir a minoria, é absolutamente indispensável viabilizar a inclusão de todos os indivíduos e grupos da sociedade nos fóruns de discussão e decisão política, formais e informais, para que suas necessidades, interesses e opiniões possam se manifestar nas decisões políticas”. In: OSÓRIO, A.R.P. *O direito eleitoral e a liberdade de expressão: política, palavra e paixão*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2015, p. 256.

⁵³GOMES, J.J. *Idem*.

⁵⁴GOMES, J.J. *Idem*.

⁵⁵GOMES, J.J. *Idem*.

disputam eleições^{56 57 58}. Já a propaganda eleitoral merece maior atenção, pois se encaixa no centro de discussão desta dissertação⁵⁹.

A etimologia da palavra “propaganda”⁶⁰ significa “*difundir, espalhar, propalar, alastrar, multiplicar por meio de reprodução, tornar comum a muitas pessoas*”⁶¹ e para suceder as suas finalidades se conecta, de forma direta, com a discricionariedade do agente público ou político. A propaganda política e eleitoral dividem-se em: partidária⁶², intrapartidária⁶³, institucional⁶⁴ e eleitoral. A propaganda eleitoral pode ser feita “por partidos políticos e seus candidatos com a finalidade de se comunicar com a comunidade e *captar votos* do eleitorado para investidura em cargo público-eletivo”^{65 66}.

O trecho do livro de Direito Eleitoral do José Jairo Gomes ressalta aquela contradição, pois afirma que a propaganda eleitoral se caracteriza “por levar ao conhecimento público, *ainda que de maneira disfarçada ou dissimulada*, candidatura ou os motivos que induzam à conclusão de que o beneficiário é o

⁵⁶GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 527.

⁵⁷Apesar de não ser o objeto principal dessa dissertação vale destacar que “toda a pesquisa elaborada para conhecimento público deve ser registrada na Justiça Eleitoral no prazo de até cinco dias anteriores à divulgação [...]. A finalidade do registro é permitir o controle social, mormente das pessoas e entidades envolvidas no pleito, que poderão coligir os dados levantados. [...] Por encontrar em jogo o direito fundamental de manifestação do pensamento e a liberdade de informação, ambos de extração constitucional, o requerimento de registro não é passível de indeferimento”. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, pp. 528-529.

⁵⁸“Enquete eleitoral – pesquisa eleitoral não deve ser confundida com enquete. Esta se configura como sondagem informacional de opiniões, sendo bem menos rigorosa que a ‘pesquisa eleitoral’ quanto ao âmbito, à arbitragem e ao método de realização adotada”. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.* p. 529.

⁵⁹Sobre a propaganda relacionada a coligação: “com relação à propaganda política da coligação, nas eleições majoritárias, ela deve usar sob sua denominação as legendas de todos os partidos que a integram; nas eleições proporcionais, em 2018, cada partido deve usar apenas sua legenda sob o nome da coligação”. In: VELLOSO, C.M.D.S; MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, p. 181.

⁶⁰“Termo propaganda deriva do latim *propagare*, ou seja, ‘difundir’”. In: Infopédia. *Origens da Propaganda*. Dicionário Porto Editora. Disponível em: [https://www.infopedia.pt/\\$origens-da-propaganda](https://www.infopedia.pt/$origens-da-propaganda) acesso em: 31 jan. 2024.

⁶¹GOMES, José Jairo. *Ob. Cit.*, p. 533.

⁶²“É a comunicação estabelecida entre o partido e a sociedade; nela são divulgados a ideologia abraçada pela agremiação, seus valores, projetos e programas com vistas ao bem-estar e desenvolvimento da sociedade”. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 540.

⁶³“Essa comunicação tem caráter interno, sendo promovida pelos filiados que querem se candidatar (os ‘candidatos a candidato’) e dirigida aos integrantes da convenção incumbidos de escolher os candidatos do partido”. In: GOMES, J.J. *Idem*.

⁶⁴“Comunicação que o Estado, a Administração Pública e seus órgãos estabelecem com a sociedade”. No Estado Democrático de Direito – em que o povo é o titular do poder –, a transparência de informações são regra de ouro”. In: GOMES, J.J. *Idem*.

⁶⁵GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 542.

⁶⁶Para Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra a propaganda eleitoral divide-se “em propaganda eleitoral, partidária e institucional”. In: SILVA VELLOSO, C.M.D; MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, p. 255.

mais apto para o cargo em disputa”^{67 68 69 70}. Porém, o próprio doutrinador se contradiz ao afirmar que “os candidatos e o partido têm direito à realização de propaganda eleitoral, enquanto os *cidadãos têm direito fundamental à informação*, de modo que *possam exercer a cidadania conscientemente*”^{71 72}.

Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra afirmam que “a propaganda é um conjunto de atividades com o objetivo de transferência de valores entre um partido político ou candidato e seus eleitores”⁷³. A distinção neste pensamento doutrinário se observa no trecho em que os ditos autores destacam que a “propaganda política se diferencia dos demais tipos de propaganda, como exemplo, da mercadológica – voltada para o consumo -, porque tem finalidade diversa, consistente no objetivo de interferir nas decisões tomadas pela organização política institucionalizada, atinge todas as classes sociais”^{74 75}.

⁶⁷GOMES, J.J. *Idem*.

⁶⁸Pedro Collor de Mello afirmou, ainda, que o seu irmão Fernando Collor de Mello tinha “a arte de falsear a verdade de acordo com sua conveniência que também era empregada no campo profissional”. In: COLLOR DE MELLO, P. *Ob. Cit.*, p. 39.

⁶⁹“O caçador de marajás” era a *slogan* da campanha à presidência do Fernando Collor, afirmando que iria acabar com a corrupção do país, nas suas palavras: “*no meu governo quem roubar vai para a cadeia*”. In: COLLOR DE MELLO, P. *Ob. Cit.*, p. 16.

⁷⁰A afirmação do autor colide diretamente com os impedimentos mercantis, em período de propaganda eleitoral, artigo 44, §2º, da Lei das Eleições, que de forma expressa proíbe em “horário reservado para a propaganda eleitoral, *não se permitirá utilização comercial ou propaganda realizada com a intenção, ainda que disfarçada ou subliminar, de promover marca ou produto*”. In: BRASIL. *Código Eleitoral*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/4737compilado.htm, acesso em: 10 fev. 2021.

⁷¹GOMES, José Jairo. *Ob. Cit.*, p. 543.

⁷²Nota-se também uma citação feita por Jairo José Gomes, neste livro, fora de contexto. A com referência ao linguista Ludwig Wittgenstein (GOMES, J.J., *Ob. Cit.*, p. 38), que apesar de ser o autor do fenômeno que ficou conhecido como “jogo de linguagem” não o fez para permitir o mau uso da linguagem, pelo contrário, Wittgenstein afirma que “o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem”. In: WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 38.

⁷³SILVA VELLOSO, C.M.D; MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, p. 255.

⁷⁴SILVA VELLOSO, C.M.D; MOURA AGRA, W.D. *Idem*.

⁷⁵Apesar de concordar com o ponto de vista ideológico, os autores Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra defendem um ponto de vista mais neutro sobre a propaganda eleitoral. “A propaganda eleitoral difere da propaganda partidária, que possui o objetivo de explicar as ideias agremiações e procurar adesões a seus pontos de vista ideológicos. [...] Enquanto a primeira se realiza em momentos pré-eleitorais, com vistas a conquistar o maior número possível de votos nos pleitos, a segunda tem constância permanente, buscando, de forma contínua, divulgar as ideias da agremiação, para cooptar mais militantes e simpatizantes [...]. Além dessas duas espécies mencionadas, existe a propaganda institucional, também pertencente ao gênero propaganda política, que é a publicidade de atos, obras, campanhas, serviços de órgãos públicos, cuja finalidade *deve ter caráter educativo, informativo ou de orientação social*”. In: VELLOSO, C.M.D.S; MOURA AGRA, W.D. *Ob. Cit.*, pp. 255-256.

Como se percebe, tais (des)igualdades frente à liberdade (de expressão) são meios de retórica desde a Grécia Antiga. Estas práticas foram questionadas por inúmeros pensadores, como exemplo Thomas Hobbes⁷⁶. Ocorre que estes mecanismos de retórica podem ser inseridos na mentalidade da população, educando-os na contramão do que se projeta sobre possíveis avanços democráticos. Luiz Felipe Pondé faz pontuações sobre este desvio geradas a partir de uma educação social, questionando o conceito de democracia no país, que se reflete também no ambiente político.

“A mentira também está presente. Em outras palavras, seria ‘omitir a verdade’. Por exemplo, se temos um amigo ou uma amiga que, com muito esforço faz um regime e nos pergunta: ‘eu emagreci?’, não vamos responder: ‘não, você engordou’.

Portanto o que quero dizer é que acredito que o clichê de que o candidato que sempre fala a verdade não seja eleito – o que penso que seja mesmo verdade – vale também para grande parte da vida relacional. Se alguém diz a verdade o tempo todo, é uma pessoa insuportável, desumana, que não é capaz de compor, de fazer acordos no cotidiano.

Na política, não falar a verdade o tempo inteiro, chama-se *marketing* – que, me parece, é a grande ciência social”^{77 78}.

⁷⁶“É comum os homens se iludirem com o especioso nome de liberdade e, não tendo capacidade de distinguir, considerar muitas vezes como herança particular e seu direito inato o que é apenas direito do Estado. [...] Nos países do mundo ocidental, são acolhidas opiniões referentes à instituição e aos direitos do Estado provenientes de Aristóteles, de Cícero e de outros autores, gregos e romanos, que, vivendo em Estados populares, em vez de fazerem derivar esses direitos dos princípios da natureza, transcreviam-nos para seus livros com base na prática de seus próprios Estados, que eram populares, da mesma maneira como os gramáticos descreviam as regras da linguagem baseando-se na prática de seu tempo, ou as regras da poesia tendo como referência os poemas de Homero e Virgílio. Como os atenienses se ensinava (para impedir o desejo de mudar o governo) que eram homens livres e que todos os que viviam em monarquia eram escravos, Aristóteles escreveu em sua Política: ‘na democracia devemos *supor a liberdade*, pois, geralmente, *reconhecemos que ninguém é livre em nenhuma outra forma de governo*’ (livro 6, capítulo 2). Assim como Aristóteles, Cícero e outros autores baseavam sua doutrina civil nas opiniões dos romanos, que eram instruídos a odiar a monarquia, recebendo tal ensinamento primeiro daqueles que depuseram o soberano e passaram a partilhar entre si a soberania de Roma e, depois, por seus sucessores”. In: HOBBS, T. *Ob. Cit.*, pp. 174-175.

⁷⁷PONDÉ, L.F; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G; CORTELLA, M.S. *Ob. Cit.*, p. 08.

⁷⁸Para Nietzsche a verdade é “as verdades são ilusões das quais se esqueceu que elas assim o são, metáforas que se tornaram desgastadas e sem força sensível, moedas que perderam seu troquel e agora são levadas em conta apenas como metal, e não mais como moedas. Ainda. Não sabemos donde provém o impulso à verdade: pois, até agora, ouvimos falar apenas da obrigação de ser veraz, que a sociedade, para existir, institui, isto é, de utilizar as metáforas habituais; portanto, dito moralmente: da obrigação de mentir conforme uma convenção consolidada, mentir em rebanho num estilo a todos obrigatório. O homem decerto se esquece que é assim que as coisas se lhe apresentam; ele mente, pois, da maneira indicada, inconscientemente e conforme hábitos seculares – e precisamente por meio dessa inconsciência, justamente mediante esse esquecer-se, atinge o sentimento da verdade. No sentimento de estar obrigado a indicar uma coisa como vermelha, outra como fria e uma terceira como muda, sobrevém uma emoção moral atinente à verdade: a partir da contraposição ao mentiroso, àquele em quem ninguém confia e que todos excluem, o homem demonstra para si o que há de vulnerável, confiável e útil na verdade”. In: NIETZSCHE, F. *Sobre verdade e mentira*. São Paulo: Hedra, 2008, pp. 36-37.

Mário Sérgio Cortella faz distinções entre a verdade e a omissão da verdade, comparando-as à sinceridade e à franqueza, “a sinceridade significa que tudo o que dissemos tem que ser verdade. A franqueza é você dizer *toda* a verdade. A *sinceridade é obrigatória na vida*; já a franqueza é circunstancial”⁷⁹ ⁸⁰

⁸¹. Para Gilberto Dimenstein “o interessante é que as pessoas – e *também a mídia* – exigem do poder público, às vezes, uma correção que elas próprias não tem quando, cruzam o semáforo vermelho, param o carro em faixa de pedestre, ou oferecem um pequeno suborno ao policial”⁸². Pondé afirma que “a forma por essência da política contemporânea é a democracia. Por ter sua soberania na chamada vontade do povo, a democracia deságua na crença de que a sociedade carrega em si alguma forma de verdade moral, já que ela é soberana”⁸³.

“Sempre que se afirma um valor em público, essa afirmação é, em grande medida, uma farsa a serviço do resultado esperado em termos de contagem de votos a favor ou contra o que você quer. Outro motivo para a democracia ser parceira da hipocrisia pública é sua dependência da adulação da opinião pública. Isso afeta desde os candidatos numa eleição (político agora é *marketing*) até artistas que vendem música: todos devem adular a opinião pública se quiserem conseguir o que almejam – a saber, o sucesso. Essa opinião pública

⁷⁹PONDÉ, L.F; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G; CORTELLA, M.S. *Ob. Cit.*, p. 11.

⁸⁰Para Foucault, a verdade e o poder são indissociáveis, ou seja, o conceito de verdade e de poder devem ser interpretados como sinônimos: “*a própria verdade é poder*”. Nas palavras de Foucault “A ‘verdade’ está circularmente ligada a sistemas de poder, que a produzem e apoiam, e a efeitos de poder ela induz e que a reproduzem. ‘Regime’ da verdade. Esse regime não é simplesmente ideológico ou superestrutural; foi uma condição de formação e desenvolvimento do capitalismo. É ele que, com algumas modificações, funciona na maior parte dos países socialistas (deixo em aberto a questão da China, que não conheço). O problema político essencial para o intelectual não é criticar ou fazer os conteúdos ideológicos que estariam ligados à ciência ou fazer com que sua prática científica seja acompanhada por uma ideologia justa; mas saber se é possível constituir uma nova política da verdade. O problema não é mudar a ‘consciência’ das pessoas, ou o que elas têm na cabeça, mas o regime político, econômico, institucional de produção da verdade. Não se trata de libertar a verdade de todo sistema de poder – o que seria quimérico à medida *que a própria verdade é poder* -, mas de desvincular o poder da verdade das formas hegemonia (sociais, econômicas, culturais) no interior das quais ela funciona no momento. Em suma, a questão política não é o erro, a ilusão, a consciência alienada ou a ideologia; é a própria verdade”. In: FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. 12º ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2021, p. 54.

⁸¹Apesar de Foucault ter utilizado a “vontade de potência” de Nietzsche para fundamentar a sua teoria sobre a microfísica do poder. Sabe-se que Nietzsche, um estudioso da “verdade”, também foi muito cauteloso ao afirmar um conceito objetivo sobre a verdade. Aliás, ao responder de forma objetiva a pergunta “o filósofo busca a verdade?”, Nietzsche respondeu que “não, pois, nesse caso, esperar-se-ia dele mais segurança. A verdade é fria, *a crença na verdade é poderosa*”. In: NIETZSCHE, F. *Ob. Cit.*, p. 90.

⁸²PONDÉ, L.F; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G; CORTELLA, M.S. *Ob. Cit.*, pp. 11-12.

⁸³PONDÉ, L.F. *Filosofia para corajosos*. São Paulo: Planeta, 2016, p. 131.

nem sempre é só uma questão de números grandes; muitas vezes é só uma questão de quem consegue *manipular mais as pessoas*⁸⁴.

O princípio da veracidade^{85 86}, na propaganda eleitoral, possui relevante importância em face da defesa da democracia. Alexandre Ramos, entende que o princípio da veracidade “veda que se exponham inverdades na propaganda”⁸⁷⁸⁸, ainda contextualiza ele ao artigo 323 do Código Eleitoral, que tipifica “divulgar, na propaganda eleitoral ou durante período de campanha eleitoral, fatos que sabe inverídicos em relação a partidos ou a candidatos e capazes de exercer influência perante o eleitorado”^{89 90 91}.

⁸⁴PONDÉ, L.F. *Ob. Cit.*, p. 133.

⁸⁵Para Alexandre Ramos há divergências entre os princípios da propaganda eleitoral, para ele os que merecem destaque são os da legalidade; liberdade; igualdade; veracidade; responsabilidade; e, proporcionalidade. *In*: RAMOS, A. “A propaganda eleitoral antecipada: as inovações trazidas pela Lei 12.891/2013”. *Revista dos Tribunais*, vol. 960 (out/2015).

⁸⁶Para José Jairo Gomes os princípios que merecem destaque na propaganda eleitoral são os da legalidade; liberdade; liberdade de expressão e comunicação; liberdade de informação; veracidade; igualdade; responsabilidade; e, controle judicial. *In*: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, pp. 544-545.

⁸⁷RAMOS, A. *A propaganda eleitoral antecipada: as inovações trazidas pela Lei 12.891/2013*. *Ob. Cit.*, p. 05.

⁸⁸“Este princípio veda que se exponham inverdades na propaganda. Muito comum na propaganda eleitoral é o candidato se intitular como autor de determinada lei ou benefício e assim incutir na mente do eleitor como merecedor de seu crédito. Sob outro aspecto está a divulgação de sons e imagens dos adversários em situações não concretizadas, como ‘exemplo’ a edição de áudio, vídeo ou mesmo montagem de fotos que tentam fazer crer que o candidato praticou algo que prejudique sua imagem. O Código Eleitoral tipifica como crime tal conduta no art. 323 ao preconizar que ‘divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado (...)’. Questão interessante julgada foi pelo TRE do Estado de São Paulo que considerou como lícita a divulgação de imagem de um candidato que era Delegado Federal e divulgou na propaganda eleitoral gratuita na televisão imagens onde prende importante político conhecido nacionalmente. A corte entendeu que as imagens eram conhecidas de todos, já que divulgadas por todos os meios de comunicação e que por isso nada tinha de ilegal. Assim, podemos constatar que a mera reprodução de fatos notórios divulgados pela mídia não afronta ao princípio, pois por pior que seja o golpe, o fato é verídico e por isso não se tem censurado tal prática”. *In*: RAMOS, A. *Idem*.

⁸⁹BRASIL. *Código Eleitoral*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm acesso em: 10 fev. 2021.

⁹⁰Sobre o princípio da veracidade Jairo José Gomes afirma que aos: “reflexos desse princípio têm-se, por exemplo, a possibilidade de exercício do direito de resposta sempre que o candidato for atingido por afirmação ‘sabidamente inverídica’ (LE, art. 58), a criminalização da conduta de ‘divulgar na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado’ (CE, art. 323), a previsão de denúncia caluniosa eleitoral e a divulgação por qualquer meio ou forma do fato falsamente imputado (CE, art. 326-A, *caput*, e §3º)”. *In*: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 545.

⁹¹“[...] a primeira coisa que se tem que pensar é a questão da propaganda eleitoral em si, independente de entrar ainda no assunto da *fake news*. Muitas vezes, nós olhamos a propaganda eleitoral como um direito do candidato, do partido político. É muito mais do que isso. A propaganda eleitoral é um direito do eleitor. É o direito do eleitor de saber quem são as pessoas que estão disputando a eleição, o que cada um propõe, o que cada um tem como ideia a defender [...]”. *In*: TSE. *Fake news e eleições*. Brasília, 2019, p. 34.

O ordenamento jurídico brasileiro regula a propaganda eleitoral de forma estruturada, partindo da Constituição, que no artigo 17, garante “a soberania nacional, o *regime democrático*, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”⁹². O Código Eleitoral prevê regras para o exercício da propaganda eleitoral, que se relacionam ao princípio da veracidade⁹³, destacam-se os artigos 222, que expressamente afirma ser “anulável a votação, quando *viciada de falsidade, fraude, coação*, uso de meios de que trata o artigo 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei”⁹⁴⁹⁵, e o artigo 242 afirma que toda e qualquer propaganda eleitoral não permite “empregar meios publicitários destinados a *criar, artificialmente, na opinião pública*, estados mentais, emocionais ou passionais”⁹⁶.

3. A DISCRICIONARIEDADE COMO UM LIMITE PARA A AÇÃO DE CAPTAR VOTOS PELO CANDIDATO EM PERÍODO DE PROPAGANDA ELEITORAL

A liberdade de expressão foi inserida em 1988 na Constituição brasileira⁹⁷, visando, de forma estruturada, a defesa de um Estado Democrático de Direito. Prevista como uma garantia fundamental, o artigo 5º, inciso IV, da Constituição, ressalta que “*é livre a manifestação do pensamento*, sendo vedado

⁹²BRASIL. *Constituição*. *Idem*.

⁹³Secundariamente o Código Eleitoral garante o direito à resposta frente ao princípio da veracidade, no artigo 243, inciso IX, §§ 1º, 2º e 3º, que não se permite crimes contra a honra, bem como questões sobre reparação ao dano moral. *In*: BRASIL. *Código Eleitoral*. *Idem*.

⁹⁴BRASIL. *Código Eleitoral*. *Idem*.

⁹⁵O artigo 237, do Código Eleitoral, prevê que “a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos”. *In*: BRASIL. *Código Eleitoral*. *Idem*.

⁹⁶BRASIL. *Código Eleitoral*. *Idem*.

⁹⁷A Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, as Constituições primeiras, de 1891 e de 1934, apesar de não garantirem a liberdade de expressão, também não previam meios de censura. Na Era Vargas, em 1934, incorporou-se a Justiça Eleitoral e a Trabalhista, em que se ampliou os direitos trabalhistas. Porém, logo mais Vargas criou o Estado Novo, e neste substituiu a Constituição de 1934, ampliando a concentração de poder em suas mãos, via eleições indiretas, suprimindo a independência dos poderes Legislativo e Judiciário. Assim, o então ditador, limitou os partidos políticos e cerceou a liberdade de expressão da mídia sobre questões políticas. O governo de Getúlio Vargas chegou ao fim em 1945, em que o General Enrico Gaspar Dutra venceu as eleições presidenciais. E via decreto ampliou os direitos individuais da população, extinguindo os meios de censura e perseguição sob pena de morte. Em 1964, o golpe militar que perdurou por mais de duas décadas, inseriu na Constituição a Lei de Imprensa nº 5.250 de 1967 e trouxe à tona, novamente, a censura a todos os meios de comunicação. *In*: BRASIL. *Constituições brasileiras*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras> acesso em: 14 fev. 2022.

o anonimato”⁹⁸. O artigo 200, novamente, afirma que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a *informação*, sob qualquer forma, processo ou veículo *não sofrerão qualquer restrição*, observado o disposto nesta Constituição”⁹⁹.

Do ponto de vista coletivo, “as liberdades expressivas assumem um papel fundamental e estruturante”¹⁰⁰. Cláudio Chequer afirma que “na Europa, predomina o entendimento no sentido de que o direito fundamental à liberdade de expressão compreende tanto *a liberdade de expressão em sentido estrito* quanto *à liberdade de informação, de forma que esta última não seria mais do que uma espécie daquela*”¹⁰¹.

“Em relação ao conteúdo de tais liberdades, a liberdade de expressão em sentido estrito não se confunde com o direito fundamental à liberdade de informação (acolhendo-se aqui uma concepção dual ou diferenciadora). De acordo com essa corrente de pensamento, a exigência da prova da verdade ou a existência de um necessário trabalho preparatório da informação são elementos exclusivos da liberdade de informação, já que esta se refere a fatos. A liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a ideias, opiniões, pensamentos, não está condicionada a verdade”¹⁰².

Para Chequer, a liberdade de informação “exige uma divulgação verdadeira sobre fatos de relevância pública”^{103 104}, assim “a verdade representa o limite (interno ou externo) apenas do direito fundamental à liberdade de informação”^{105 106}.

⁹⁸BRASIL. *Constituição. Idem.*

⁹⁹BRASIL. *Constituição. Idem.*

¹⁰⁰CHEQUER, C. *A Liberdade de expressão como Direito Fundamental preferencial prima facie*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. XIII.

¹⁰¹CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, pp. 11-12.

¹⁰²CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 12.

¹⁰³CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, pp. 11-12.

¹⁰⁴“A liberdade de informação exige uma divulgação verdadeira sobre fatos de relevância pública e, portanto, capaz de oferecer interesse para a reta conformação de uma opinião pública livre, requisito básico de toda sociedade democrática; ao passo que a liberdade de expressão em sentido estrito, por se referir a pensamentos, ideias ou juízos de valor, não se preta, por sua natureza abstrata, a uma demonstração de sua exatidão, fazendo com que aquele que a exercita não precise demonstrar a prova da veracidade de sua manifestação”. In: CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, pp. 12-13.

¹⁰⁵CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 13.

¹⁰⁶“Para além do conhecimento de sua amplitude, a partir da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2001), o direito à liberdade de expressão – assim como os demais direitos fundamentais – deve ser entendido como princípio constitucional, norteador da hermenêutica jurídica. Segundo Alexy (2001, p. 112), os direitos fundamentais têm o caráter de princípios e, nessa condição, eventualmente colidem uns com os outros, sendo necessária uma solução

“[...] a função indispensável que tem a imprensa no sistema democrático é a função de informação. Se a democracia é o regime no qual os cidadãos decidem as orientações gerais da política interior e exterior, escolhendo com seu voto entre os diversos programas dos candidatos que eles designam para governá-los, esse regime não tem sentido nem pode funcionar no interesse de seus membros sem que os eleitores estejam corretamente informados dos assuntos tanto mundiais como nacionais. Esta é a razão pela qual a mentira é tão grave na democracia, regime que só é viável diante da verdade e leva à catástrofe se os cidadãos decidem sobre informações falsas”¹⁰⁷.

O postulante ao cargo público deve proteger a democracia, principalmente em período de propaganda eleitoral. Isto acarreta na total transparência e comprometimento com a verdade e o eleitor. Mais que isso, a partir do momento que escolhe ser um possível representante popular, o seu dever se conduz preferencialmente, como um direito fundamental, pela liberdade de informação¹⁰⁸. Porém, como não se pode esperar que todos atuem da forma desejada, compete às Instituições agirem em proteção direta da democracia¹⁰⁹. A Constituição se apresenta como defensora de garantias fundamentais, apesar de que a sua essência principal seja *limitadora* dos poderes do Estado, legitimada pela sua força normativa. Konrad Hesse diz que no poder normativo da Constituição, notam-se os *seus próprios limites*, ou seja, “a Constituição ordena a organização e o procedimento de formação da unidade política e da ação estatal; estabelece *limites à ação dos poderes públicos*”^{110 111}. “O real

ponderada em favor de um deles”. In: TÔRRES, F.C. “O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão”. *Revista de Informação Legislativa*, nº 200, out./dez. 2013, p. 63.

¹⁰⁷REVEL, J.F. *El conocimiento inútil*. Barcelona: Planeta, 1989, p. 207. In: CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, pp. 15-16.

¹⁰⁸“Quando ela se relacionar a um assunto de interesse público, a liberdade de expressão deve ser considerada, em razão de sua importância para a democracia, além de um direito fundamental, como um direito fundamental preferencial *prima facie*. Nos demais casos, envolvendo assuntos de interesse particular, a liberdade de expressão deve ser considerada tão somente como um direito fundamental”. In: CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 245.

¹⁰⁹Segundo o Ministro Edson Fachin, em entrevista no programa Roda Viva, a fiscalização de informações faz parte da democracia, principalmente em período de campanha eleitoral. Deixou claro que se deve respeitar o diálogo em um processo democrático, e também, haver transparência nas decisões do judiciário, pois apesar de os Ministros divergirem em alguns posicionamentos, todos convergem sobre a necessária preservação da democracia brasileira. In: Roda Viva. Edson Fachin. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZNBwRELg2S4>, acesso em: 02 abr. 2024.

¹¹⁰HESSE, K. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 07.

¹¹¹“O fato de o controle judicial de constitucionalidade ser ou não incompatível com a democracia não depende do que pensa ou como fala a maioria das pessoas; além disso, as pessoas têm divergências genuínas acerca da democracia, da liberdade e da igualdade, a despeito do fato de cada uma da liberdade e da igualdade, a despeito de cada uma utilizar uma concepção um tanto
@ Direito e Linguagem, Extraordinário nº 01, vol. 02, DOI - 10.5281/zenodo.13714584, 51
2024.

funcionamento dos regimes democráticos exige uma participação ativa do povo na vida política, estando subordinado ao fato de o povo estar tendo acesso a informações”^{112 113}. “A liberdade de expressão é um requisito para que os cidadãos realmente participem da vida política”¹¹⁴, assim, a liberdade de expressão “não significa apenas ter o direito de ser ouvido, mas ter também o direito de ouvir o que os outros têm pra dizer”¹¹⁵, diante de informações verdadeiras em políticas públicas.

Assim, caso se permita, ou se cogite aceitar a manipulação de informações em propaganda eleitoral, a democracia não sobreviverá. No mesmo sentido Konrad Hesse afirmou:

“Sem a liberdade de manifestação da opinião e liberdade de informação, sem a liberdade dos ‘meios de comunicação de massa’, modernos, imprensa, rádio e filme, a opinião pública não pode nascer, o desenvolvimento de iniciativas e alternativas pluralistas, assim como ‘formação preliminar da vontade política’ não são possíveis, publicidade da vida política não pode haver, a oportunidade igual das minorias não está assegurada com eficácia e vida política em um processo livre e aberto não se pode desenvolver. Liberdade de opinião é, por causa disso, para a ordem democrática da Lei Fundamental ‘simplesmente constituinte’ [...]”¹¹⁶.

Um dos meios para garantir a liberdade de expressão do eleitor é a partir do voto. O voto é obrigatório para maiores de 18 anos de idade, brasileiros natos ou naturalizados e capazes^{117 118}. Assim, para garantir a ideia de liberdade do

diferente desses valores políticos. Na verdade, as divergências políticas das pessoas são particularmente profundas quando elas divergem sobre o que é, de fato, a democracia, a liberdade ou a igualdade”. In: DWORKIN, R. *A justiça da toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 215.

¹¹²CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 13.

¹¹³O Princípio Republicano representa o compromisso das Instituições em zelar pela democracia e pelo interesse popular.

¹¹⁴DAHL, R.A. Sobre a democracia. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 110. In: CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 247.

¹¹⁵DAHL, R.A. Sobre a democracia. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 110. In: CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 247.

¹¹⁶HESSE, K. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 110. In: CHEQUER, C. *Ob. Cit.*, p. 247.

¹¹⁷Segundo o artigo 14, §1º, inciso II, da Constituição Federal, o voto é facultativo para analfabetos, menores de dezoito anos e maiores de dezesseis anos e maiores de setenta anos de idade. In: BRASIL. *Constituição. Idem*.

¹¹⁸“A obrigatoriedade do voto refere-se tão somente ao dever de comparecer às eleições ou, no caso de impossibilidade, ao dever de justificar a ausência. Não justificando, cabe ao eleitor pagar a respectiva multa fixada pela Justiça Eleitoral, suficiente para fins de quitação eleitoral e, consequentemente, aptidão eleitoral para o próximo pleito. A escolha que há de ser feita pelo eleitor é *evidentemente livre*, podendo ele tanto escolher os candidatos de sua preferência como, eventualmente, anular o voto ou votar em branco. Nos termos da Constituição, o sufrágio é

voto, e o respeito à soberania popular “exercida pelo sufrágio universal”¹¹⁹, o artigo 14, *caput*, da Constituição prevê que esta será exercida pelo voto “direto e secreto, com igual valor para todos e, nos termos da lei”¹²⁰. Para Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, “embora não esteja explícito nessa norma constitucional, é evidente que esse voto tem outra qualificação: *ele há de ser livre*. Somente a ideia de liberdade explica a ênfase que se conferiu ao *caráter secreto do voto*”¹²¹. Assim, exige-se o voto direto para que seja mantida a liberdade de escolha do eleitor¹²².

“A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem, inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores. Tendo em vista reforçar essa liberdade, enfatiza-se o caráter *secreto* do voto. Ninguém poderá saber, contra a vontade do eleitor, em quem ele votou, vota ou pretende votar. O caráter livre e secreto do voto impõe-se não só em face do Poder Público, mas também das pessoas privadas em geral”¹²³.

Konrad Hesse afirma que “direta é uma eleição somente quando está assegurado ‘que os representantes eleitos são determinados decisivamente pelos eleitores, portanto, pela votação e na votação’”¹²⁴. Ainda que apenas se pode afirmar ser livre a eleição quando “não se realiza qualquer coação ou pressão direta ou indireta, a qual poderia prejudicar a liberdade de resolução do eleitor – *o que, naturalmente, não se opõe à tentativa de uma influência consciente por propaganda eleitoral*”¹²⁵.

Portanto, compreende-se por democracia o regime político no qual liberdade de expressão e de informação são garantidos e normatizados pelo Estado, de modo que o cidadão possa exercer o seu direito ao voto de forma autônoma e, principalmente, livre de manipulações. Assim, a imprensa deve

universal, o que significa que o direito político se reconhece a todos os nacionais do País, independentemente da pertinência a dado grupo ou a dada classe, ou da apresentação de certa qualificação”. In: FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 827.

¹¹⁹FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 830.

¹²⁰BRASIL. *Constituição. Idem*.

¹²¹FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Idem*.

¹²²FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 831.

¹²³FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Idem*.

¹²⁴HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, pp. 127-128.

¹²⁵HESSE, K. *Ob. Cit.*, 1998, p. 128.

informar de forma imparcial e o candidato também deve permitir a realização da propaganda de forma transparente, sem permitir manipulações de informações em período eleitoral.

A democracia deve ser protegida pelas instituições e estas não podem permitir o desvio de finalidade nas eleições. Sérgio Buarque de Holanda ressalta que “o moderador é a *‘chave de toda a organização’*”¹²⁶.

Ainda, para melhor compreender a liberdade de informação do eleitor, ressalta-se que a “função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”^{127 128}. Assim, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “o direito administrativo é o ramo do direito público que disciplina a função administrativa, bem como *peçoas e órgãos que a exercem*”¹²⁹.

O “agente político” é um agente público^{130 131}, ainda, “a administração pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades”¹³². Deve-se observar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a amplitude do conceito de agente público; nela deixa *claro que o conceito não se restringe apenas aos que possuem um cargo efetivo*, pois abrange também empresas privadas que prestam serviço de interesse público. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello: “esta expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conhecer para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem o Poder Público”¹³³. E que “*dois são os requisitos para a caracterização*

¹²⁶BUARQUE DE HOLANDA, B. *O homem cordial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 26.

¹²⁷BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 29.

¹²⁸“Funções do Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva), e a jurisdicional”. In: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 29.

¹²⁹BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 37.

¹³⁰“Agentes políticos são os titulares dos cargos estruturais à organização política do país”. In: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 251.

¹³¹“Do ponto de vista conceitual, pode-se trabalhar a categoria de ‘agente público’ como toda pessoa física que exerce uma função pública, ou seja, uma atividade específica definida pela lei e de atuação como órgão do poder público. Dessa maneira, em sentido amplo, os agentes públicos englobam os titulares de mandatos eletivos, os militares, os empregados públicos (empregados de entidades de direito privado da administração pública regidos pela CLT), particulares em colaboração com o Estado e servidores públicos em sentido estrito”. In: FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 1016.

¹³²BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 101.

¹³³BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 248.

*do agente público: um, de ordem objetiva, isto é, a natureza estatal da atividade desempenhada; outro, de ordem subjetiva: a investidura nela*¹³⁴.

Assim, “onde há função, não há autonomia da vontade, *nem a liberdade em que se expressa*, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura dos interesses próprios, pessoais”^{135 136}. Sobre o grau de liberdade da administração na prática política, Bandeira de Mello ressalta que são “atos ditos discricionários e que melhor se denominariam atos praticados no exercício da competência discricionária”¹³⁷.

“(1) Os *atos discricionários* e que melhor se denominariam *atos praticados no exercício de competência discricionária* - os que a administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo [...]. (2) *Atos vinculados* – os que a administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos”¹³⁸.

Assim, o candidato, aquele inserido na propaganda eleitoral regular e *partidária*, com regulamentação própria para o eventual exercício público, deve se ater às normas regidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Os candidatos ao cargo representativo possuem como pilar os princípios da finalidade, discricionariedade, legalidade e supremacia do interesse público frente ao privado. Logo, a propaganda eleitoral, para alcançar sua finalidade, ou seja, o sufrágio, deve se ater aos parâmetros legais que são: legitimidade das eleições, democracia e veracidade. Não cabendo, portanto, utilizar discursos que induzam o eleitor ao erro, pois este deve ter respeitada a sua liberdade de informação para que possa exercer de forma plena a sua escolha sobre o pleito.

¹³⁴BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 249.

¹³⁵BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 101.

¹³⁶“Há descrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que no caso, é o público”. *In*: BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 101.

¹³⁷BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Ob. Cit.*, p. 428.

¹³⁸BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Idem*.

4. O CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO DO ELEITOR EM FACE DA DISCRICIONARIEDADE DO CANDIDATO: (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A perspectiva kantiana desafiou teorias que antecederam à sua, como exemplo, pragmática e a aristocrática¹³⁹. Kant se debruçou sobre o conceito de moral, alinhando-o ao comportamento humano. Ainda, para justificar os seus imperativos categóricos realinhou o conceito de moral à *boa vontade*¹⁴⁰, igualando os conceitos de moral e de liberdade, pois não poderia existir moral sem liberdade de vontade^{141 142 143}.

“Podemos não obstante, imaginar um imperativo no qual o fim é estabelecido como uma condição que não ordena de maneira subjetiva, mas objetiva, e esses são os imperativos morais. Por exemplo, ‘*não debes mentir*’ não é nenhum imperativo problemático, pois do contrário teria de ser enunciado assim: ‘se lhe prejudica, então não debes mentir’”¹⁴⁴.

Kant teve influência no iluminismo e os seus estudos foram alinhados ao domínio da razão e da liberdade humana. Ocorre que esse pensamento, posteriormente, foi direcionado à publicidade, o que se pode, também, identificar na propaganda eleitoral brasileira.

“Cortella: Mas o que eu não quero concluir nos debates aqui e em outros lugares, é que, então, todo mundo pode. Dado que todo mundo faz, todo mundo pode. O que eu quero não é que todo mundo possa, mas que ninguém possa! Em relação à corrupção e ao apodrecimento, não é que se todos fazem todos podem, mas que ninguém pode. Pondé: Isso é um argumento kantiano.

¹³⁹A interpretação sobre a ética entre Kant e Aristóteles deve ser observada de forma distinta. Para Aristóteles as pessoas deveriam fazer boas escolhas em busca da sua felicidade (*eudaimonia*). Kant, na contramão, pregou a verdade absoluta com o seu imperativo categórico, ocorre que, quando não há a possibilidade de fazer escolhas, estas também não são passíveis de punições, e tampouco eventuais correções disciplinares.

¹⁴⁰KANT, I. *Lições de ética*. São Paulo: Unesp, 2018, p. 86.

¹⁴¹KANT, I. *Ob. Cit.*, p. 88.

¹⁴²“A transposição nos é dada por Kant, quando ele coloca que o imperativo moral não se preocupa com o que se pode ou não se pode. O testemunho da obrigação, na medida em que ela nos impõe a necessidade de uma razão prática, é um Tu debes incondicional. Esse campo adquire, precisamente, sua importância pelo vazio em que o deixa, ao se aplicar rigorosamente a definição kantiana”. In: LACAN, J. *A ética da psicanálise – livro 7*. São Paulo: Zahar, p. 369.

¹⁴³“Afinal, hoje já não há espaço – embora se tente todos os dias – para se sustentar que verdade e mentira se excluem”. In: COUTINHO, J.N.D.M. *Ob. Cit.*, p. 83.

¹⁴⁴KANT, I. *Ob. Cit.*, p. 91.

Cortella: Claro. É um argumento kantiano ligado à publicidade, ou seja, da natureza pública de nossas ações”^{145 146}.

José Jairo Gomes afirma que tanto a propaganda quanto a publicidade “não apresentam idêntico sentido, mas, em geral, são usados como sinônimos, enquanto a finalidade da publicidade é sempre econômica-comercial – presentes as ideias de lucro, mercado e consumo -, a propaganda tem em foco a comunicação ideológica. Ambos têm em vista persuadir e chamar a atenção do público”¹⁴⁷.

“Importa frisar que, em si mesma, a *publicidade* não apresenta compromisso com a verdade, isto é, sua mensagem não tem necessariamente correspondência com a realidade, com o mundo objetivo. Não se à razão, mas à emoção, aos sentimentos e instintos. Deveras, há forte apelo à fantasia, ao imaginário. Basta perceber que o ato de consumir determinada bebida, fumar certa marca de cigarro ou usar roupas de determinada grife não torna o indivíduo mais atrativo, nem mais bonito e charmoso, muito menos rico ou poderoso, tampouco inteligente. Na verdade, a função básica da indústria publicitária é influenciar o processo decisório das pessoas fomentando da ilusão de que certos produtos ou serviços proporcionaram prazer e felicidade a quem os adquirir. Por igual razão, a propaganda não se confunde com o *marketing*, termo de significado ainda mais amplo que publicidade, mas também referido ao mercado consumidor e ao lucro. Não obstante, nada impede que a racionalidade, os métodos e as técnicas de publicidade e *marketing* sejam empregados na propaganda política. Isso aliás tornou-se comum nos dias de hoje”^{148 149}.

¹⁴⁵PONDÉ, L.F.; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G; CORTELLA, M.S. *Ob. Cit.*, p. 88.

¹⁴⁶“Seria bom não perder de vista a questão desde os laços, inclusive sociais, mormente quem mexe com matéria vinculada ao crime e é à criminalidade. Ora, nesse espaço, não há dúvida de que os laços estão mantidos, mas não se trata daqueles que se tinha antes do advento (principalmente) do neoliberalismo e conseqüente endeusamento do mercado. Sobre tal tema é despidendo discutir e aqui não se tem espaço para tanto. De qualquer maneira, ninguém hoje duvida que nele veio embutido uma tentativa de mudança epistêmica, a fim de se ter a primazia do princípio da eficiência. A partir daí tudo o mais: esfacelamento do Estado; desregramento; exclusão paulatina da ética; competição exacerbada [...]. Já não se sabe bem o que é ou não é; se é bom ou é mau; se é bem ou é mal; se é certo ou é errado; e *cosí via*. Consequência (quase que se não pode afastar e sintomática) visível: os laços estão cada vez mais marcados pelo medo e não pela vergonha!”. *In*: COUTINHO, J.N.D.M. *Ob. Cit.*, pp. 103-104.

¹⁴⁷GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 534.

¹⁴⁸GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 535.

¹⁴⁹“Sabe-se que o voto, em geral, não resulta de escolhas estritamente racionais, sendo certo que outros aspectos psicológicos e sobretudo a emoção têm peso decisivo na escolha de candidatos. O fato de o discurso político da modernidade ter caráter fantasioso e descolado da realidade confirma essa assertiva. Há muito não se assiste a debates político-eleitorais sérios, que tenham em foco autênticos projetos e programas de governo, que discutam com honestidade os reais problemas nacionais e mundiais”. *In*: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 535.

Na contramão do que afirma Jairo José Gomes, para os doutrinadores Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes o conteúdo comercial deve estar, obrigatoriamente, alinhado a critérios verdadeiros, e não se permite distorção ou indução ao erro¹⁵⁰.

“Não resta dúvida de que a comunicação social com conteúdo comercial está obrigada a não distorcer a verdade. O Código de Defesa do Consumidor, nessa linha, proíbe a propaganda enganosa e obriga o comerciante aos termos do seu anúncio (CDC, art. 30). A informação falsa não seria protegida pela Constituição, porque conduziria a uma pseudo-operação da formação da opinião. Assinala-se a função social da liberdade de informação de ‘colocar a pessoa sintonizada com o mundo que a rodeia [...], para que possa desenvolver toda a potencialidade da sua personalidade e, assim, possa tomar as decisões que a comunidade exige de cada integrante’. Argumenta-se que, ‘para se exercitar o direito de crônica, que está intimamente conexo com o de receber informações, será mister que se atenda ao interesse da coletividade de ser informada, porque através dessas informações é que se forma a opinião pública, e será necessário que a narrativa retrate a verdade’”¹⁵¹.

Adentrando na esfera eleitoral, e acompanhando o dito por Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes, a “propaganda” comercial (mesmo privada) não possui margem legal para induzir ao erro, pois seria crime. De igual forma se deve interpretar a propaganda política e eleitoral, pois está vinculada por limites estritamente legais frente ao interesse público, previstos no ordenamento jurídico, e, também, deveria ser crime contra o eleitor, além de um desvio de finalidade com a administração pública em prejuízo à democracia.

“Os limites da ação voluntária do agente são, portanto, o ordenamento jurídico (limites traçados pela lei para o caso concreto), a competência (do agente e do órgão), a finalidade (do interesse público concreto) e a forma (prescrita ou permitida pela lei): ultrapassar esses limites significa arbitrariedade, ao contrário da discricionariedade, que é a liberdade de movimentação do agente público, nos atos não vinculados, dentro de tais limites”¹⁵².

Assim, o voto é secreto, livre e deve ser interpretado como um patrimônio público. O eleitor deve e tem o direito a receber uma informação sem influências ideologicamente distorcidas, manipulações ou meias verdades. Para que o voto

¹⁵⁰FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 284.

¹⁵¹FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Idem*.

¹⁵²NETTO DE ARAUJO, E. *Ob. Cit.*, p. 489.

seja livre, ou seja, dentro da amplitude de liberdade destacada por Hobbes (sem impedimentos)¹⁵³, o candidato deve, em propaganda eleitoral, agir de forma transparente e verdadeira, objetivando o sufrágio universal, para que as eleições sejam legítimas. Esse conflito entre princípio e regra sobre as liberdades serão tratados a partir da teoria de Ronald Dworkin. Este entendeu que “podemos tratar o princípio jurídico da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que *alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei* e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas”^{154 155}

156 157 158

“Os argumentos de princípios são argumentos destinados a estabelecer um direito individual; os argumentos de política são argumentos destinados a estabelecer um *objetivo coletivo*. Os *princípios* são *proposições que descrevem direitos*; as políticas são proposições que descrevem objetivos. Mas o que são os direitos e os objetivos, e qual é a diferença? É difícil fornecer alguma definição que não incorra em petição de princípio. Parece natural dizer, por exemplo, que *a liberdade de expressão é um direito e não um objetivo*, pois os

¹⁵³Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho “só nos foi possível entrar para a Modernidade – para o jogo da igualdade que lhe é típico – porque há um pressuposto, no pacto de que Hobbes tratava, que é o fato de haver confiança”. Fazendo uma conexão do que Coutinho diz com o voto: deve haver confiança de que as eleições serão legítimas e que caso haja alguma tentativa de ameaça a democracia as instituições irão cumprir com a sua finalidade. “Precisamos acreditar que até as situações mais limites (...), não serão suficientes para quebrar, nos outros, a barreira, os limites, que nos seguram”. In: COUTINHO, J.N.D.M. *Ob. Cit.*, pp. 31-32.

¹⁵⁴DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2020, pp. 46-47.

¹⁵⁵“Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs* e *Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do ‘direito’), lançando mão de princípios extraleais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar”. In: DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, p. 47.

¹⁵⁶O caso *Riggs vs. Palmer* foi levado a Corte norte-americana e tratou de Direito Fundamental (Ronald Dworkin fez uma análise defendendo o posicionamento do Hart visando limitação hermenêutica contra o positivismo). O caso *Henningsen vs. Bloomfield Motors* que trata da diferença entre regra e princípio e a sua validade em detrimento ao outro.

¹⁵⁷“No curso dos seus estudos, Ronald Dworkin concordou que um princípio *normativo* e uma regra se assemelham, na medida em que ambos estabelecem obrigações jurídicas. O que os estremaria seria não o maior ou menor grau de vagueza da disposição, mas, sim, o tipo de diretiva que apresentam”. In: FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 75.

¹⁵⁸“O sentido da norma jurídica resultante do processo interpretativo não pertence à subjetividade do intérprete-juiz, pois é, na verdade, haurido no sistema jurídico com todos os fatores condicionantes que aí se apresentam. O juízo resultante deve estar integrado no conjunto do sistema jurídico e ser coerente com ele, notadamente deve harmonizar-se com a Constituição política. É esse o sentido da ideia de integridade, conforme formulação do jus-filósofo norte-americano Ronald Dworkin. Próprio do Estado Democrático de Direito, a integridade impõe que o intérprete-juiz produza sua decisão de forma coerente com o conjunto do Direito”. In: GOMES, J.J. *Ob. Cit.*, p. 39.

cidadãos têm direitos a essa liberdade por uma questão de moralidade política^{159 160 161}.

Para Robert Alexy, “a natureza dos princípios como *comandos* de otimização conduz diretamente a uma conexão necessária entre os princípios e o exame da proporcionalidade”^{162 163 164 165}.

“As máximas da adequação e necessidade se referem à otimização no que diz respeito às possibilidades fáticas. A otimização referente às possibilidades fáticas consiste em evitar custos evitáveis. Porém,

¹⁵⁹DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, pp. 141-142.

¹⁶⁰“Uma teoria política completa também deve reconhecer duas outras distinções que utilizo implicitamente neste capítulo. A primeira é a distinção entre os direitos contra o Estado e direitos contra os cidadãos. Os primeiros justificam uma decisão política que não pode prescindir da ação de algum órgão governamental; os segundos justificam uma decisão de exercer coerção contra determinados indivíduos. [...] O direito à liberdade de expressão geralmente se insere em ambas as categorias. Parece estranho definir os direitos que os cidadãos têm uns contra os outros como direitos políticos; por ora, contudo, esses direitos só nos interessam na medida em que justifiquem decisões políticas de diferentes tipos. A presente distinção vai além daquela que se verifica entre os direitos preferenciais e os direitos institucionais; a segunda faz uma distinção entre pessoas ou instituições que devem tomar uma decisão política; a primeira o faz entre pessoas ou instituições que essa decisão instrui para que ajam ou abstenham-se de agir”. In: DWORKIN, R. *Ob. Cit.*, p. 147.

¹⁶¹“Em termos construtivos, Dworkin alega que a característica básica dos princípios jurídicos, como uma subclasse dos princípios políticos em geral, é que eles identificam os direitos de cidadãos como indivíduo e, portanto, são distintos de política que identifiquem ‘objetivos coletivos’”. In: MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. 2º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 301.

¹⁶²ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. *Ob. Cit.*, p. 05.

¹⁶³“A máxima da proporcionalidade, que nas últimas décadas tem obtido um reconhecimento internacional cada vez maior na prática e na teoria da jurisdição constitucional, consiste em três máximas parciais: a máxima parcial da adequação, a máxima parcial da necessidade e a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Todas as três máximas parciais expressam a ideia de otimização. Por essa razão, a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade e vice-versa”. In: ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. *Ob. Cit.*, p. 05.

¹⁶⁴“Os princípios seriam aquelas normas com o teor mais aberto do que as regras”. In: FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 74.

¹⁶⁵“Alexy também fala nos princípios convivendo no mundo normológico com as regras. Para ele, princípios e normas configuram as pontas extremas do conjunto das normas, mas são diferentes – e a distinção é tão importante que Alexy a designa como ‘a chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais’. Toda norma, diz ele, é um princípio ou uma regra, e ambas as categorias se diferenciam qualitativamente – não havendo entre elas apenas uma variação de grau. Os princípios, na sua visão – e que começa, aqui, a se distanciar de Dworkin –, ‘são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes’. Os princípios são, por isso mesmo, comandos de otimização. O grau de cumprimento do que o princípio prevê é determinado pelo seu cotejo com outros princípios e regras opostas (possibilidade jurídica) e pela consideração da realidade fática sobre a qual operará (possibilidade real). Enquanto os princípios concitam a que sejam aplicados e satisfeitos no mais intenso grau possível, as regras determinam algo. ‘Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos’. Desse modo, enquanto um princípio pode ser cumprido em maior ou menor escala, as regras somente serão cumpridas ou descumpridas. A distinção se torna crucial para se compreender que um caso de colisão de regras é diferente, na sua estrutura, de uma hipótese de colisão de princípios”. In: FERREIRA MENDES, G; BRANCO GONET, P.G. *Ob. Cit.*, p. 76.

custos são inevitáveis *quando princípios colidem*. A ponderação torna-se então necessária. A ponderação é o objeto da terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade, a saber, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito. Essa máxima expressa o que significa a otimização no que diz respeito às possibilidades jurídicas. Ela é idêntica a uma regra que pode ser denominada ‘lei da ponderação. *Quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro*’¹⁶⁶.

A problematização dos princípios formais¹⁶⁷, levantada por Robert Alexy, buscou responder à acusação de ser “incapaz de determinar, de uma forma adequada, a relação por um lado, entre direitos fundamentais e jurisdição constitucional e, por outro lado, entre direitos fundamentais e democracia”^{168 169}.

“Contudo, esse aspecto real ou fático pode ser conectado com elementos ideais. O princípio da democracia é exemplo. A democracia é uma tentativa de institucionalizar, na máxima medida possível, os ideais do discurso enquanto deliberação pública. Entretanto, *ela é um princípio formal*. Na medida em que se trata da democracia representativa, e não da democracia direta, trata-se de decisões tomadas pelo parlamento, de acordo com regras de maioria. Porém, a

¹⁶⁶ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Ob. Cit., p. 05.

¹⁶⁷“Princípios formais são princípios. Princípios são comandos de otimização. Portanto, a definição de comandos de otimização como ‘normas que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas aplica-se a princípios formais do mesmo modo que a princípios materiais. A diferença entre esses dois tipos de princípio se limita àquilo a que a palavra ‘algo’ se refere, ou seja, ao objeto da otimização. A diferença específica dos princípios materiais é que seus objetos de otimização são determinados conteúdos, como, por exemplo, a vida, a liberdade de expressão, o mínimo existencial e a proteção do meio ambiente. Em contraste, os objetos de otimização de princípios formais são decisões jurídicas, independentemente de seus conteúdos. Princípios formais exigem que a autoridade de normas expedidas devidamente (em conformidade com o ordenamento jurídico) e socialmente eficazes seja otimizada. A conformidade com o ordenamento e a eficácia social são elementos definitórios do positivismo jurídico. Isso significa que os princípios formais se referem à dimensão real ou fática do direito”. In: ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp. 09-10.

¹⁶⁸ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Ob. Cit., p. 03.

¹⁶⁹A distinção se torna crucial para se compreender que um caso de colisão de regras é diferente, na sua estrutura, de uma hipótese de colisão de princípios. A colisão de princípios, da mesma forma que o conflito entre regras, refere-se a situação em que a aplicação de duas ou mais normas ao caso concreto engendra consequências contraditórias entre si. A solução para o conflito entre regras, porém, não é a mesma para o caso de colisão entre princípios. Um conflito entre regras é solucionado tomando-se uma das regras como cláusula de exceção da outra ou declarando-se que uma delas não é válida. Já quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisso consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípio antes pretendido venha a prevalecer”. In: FERREIRA MENDES, G.; BRANCO GONET, P.G. Ob. Cit., p. 76.

*democracia não é apenas um processo de decisões no meio de outros processos de decisão. Ela é o processo mais racional e legítimo de produção do direito. Por essa razão, o princípio da democracia não só atribui um peso especial às decisões do parlamento. Ele exige, sobretudo, que 'o legislador democraticamente legitimado tome tantas decisões importantes para a sociedade quanto possível'. Com essa exigência, o princípio da democracia se refere não só à autoridade das decisões tomadas dentro do escopo das competências parlamentares. Ele também requer que esse escopo seja o mais amplo possível. Isso possui importância especial para a relação entre direitos fundamentais e democracia*¹⁷⁰.

Conforme se nota, para o cidadão a liberdade de expressão possui uma posição preferencial em uma democracia. Então, o dever do político dentro dela, principalmente em período de propaganda eleitoral, deve ser garantir o sufrágio universal, ou seja, “a manifestação de vontade de um conjunto de pessoas para escolha de representantes políticos”^{171 172}, e não a captação de eleitores com fins pessoais.

“Os Tribunais brasileiros conferem maior grau de proteção ao político – em detrimento do discurso – do que conferem as Cortes Internacionais. Neste ponto, vale a pena lembrar o HC 78.426-6/SP, muito citado nos tribunais eleitorais, em que uma proteção da honra e da reputação foi estendida aos políticos. Na análise geral com relação a ponderação feita pelos Tribunais nacionais, nota-se que eles não consideram as questões de interesse público como fator determinante para admitir ou não uma restrição ao exercício da liberdade de expressão política. O sopesamento nacional considera preponderantemente apenas a liberdade de expressão e o direito à honra do candidato. Isso não significa que os Tribunais nacionais não se valem de interesse público para fundamentar sua análise, eles apenas não conferem ao interesse público o mesmo peso argumentativo que lhe concedem as Cortes Internacionais. Dessa forma, o Brasil diverge das Cortes Internacionais, aplicando o que, na visão delas, é uma ponderação não harmoniosa dos valores envolvidos no conflito de direitos”¹⁷³.

O princípio formal (a sua forma), corresponde o conteúdo explicativo contido na norma. No caso da liberdade de expressão é possível analisar a sua

¹⁷⁰ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. Ob. Cit., p. 10.

¹⁷¹GOMES, J.J. Ob. Cit., p. 71.

¹⁷²“Na seara jurídica, designa o direito público subjetivo democrático, pelo qual um conjunto de pessoas – o povo – é admitido a participar da vida política da sociedade, escolhendo os governantes ou sendo escolhido para governar e, assim, conduzir o Estado. Em suma: o sufrágio traduz o direito de votar e de ser votado, encontrando-se entrelaçado ao exercício da soberania popular”¹⁷². In: GOMES, J.J. Ob. Cit., p. 72.

¹⁷³BUCCI, D. Ob. Cit., p. 401.

“matéria” no próprio texto normativo para que se permita fazer a sua ponderação ao caso concreto.

Sobre o *princípio formal* (liberdade de expressão) prevê o artigo 11 CEDH que “1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão¹⁷⁴. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem considerações de fronteira. 2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social”. Neste é possível identificar o teor material do princípio da liberdade de expressão: (a) indivíduo; (b) liberdade; e, (c) expressão.

Como se nota, o princípio material não altera o formal, mas o torna aplicável ao caso concreto. Para que se possa compreender o erro de interpretação na jurisprudência brasileira, far-se-á a ponderação ao princípio da liberdade de expressão. Ressalta-se, no artigo 11 da Carta Europeia de Direitos Humanos, o trecho: “sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos”¹⁷⁵.



¹⁷⁴Sobre as explicações normativas do artigo 10 da Carta Europeia de Direitos Humanos: “1. O artigo 11º corresponde ao artigo 10º da CEDH, que tem a seguinte redação: ‘1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia; 2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral a proteção da honra e dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial’”. In: CEDH. *Liberdades*. Disponível em: <https://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/11-liberdade-de-expressao-e-de-informacao> acesso em: 04 mai. 2024.

¹⁷⁵Encaixa-se ao caso a administração pública direta e indireta. Como foi ilustrado ao longo da dissertação.

Imagem 11^{176 177}.

Portanto, as regras eleitorais demonstram que o candidato em período de propaganda eleitoral possui deveres que, caso não sejam cumpridos, também há a previsão de sanções. Sabe-se que não é possível aplicar a teoria da proporcionalidade frente a conflito entre regras e princípios. E, no caso de colisão de princípios, a proporcionalidade deveria ser feita entre liberdade de expressão e liberdade de informação do eleitor *versus* discricionariedade do candidato. Como bem destacado por Alexy, o princípio da democracia deve ser interpretado com maior peso numa democracia representativa e, para que se evite um esvaziamento dela, deve-se priorizar a liberdade de expressão e de informação do eleitor¹⁷⁸. Assim, para que este a exerça, exige-se o acesso à plena liberdade de informação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, não restou dúvida que a liberdade de expressão, de igual forma, é contemplada como garantia fundamental, e ela deve ser vista como *preferencial* no Estado Democrático brasileiro *em favor* do cidadão. O direito *ativo* é distinto do *passivo*, sendo o ativo o direito de votar e o passivo de ser votado. No passivo há uma inserção da pessoa *na administração pública* e essa *deve ser feita por uma série de cadastros e respeitando todas as regras eleitorais*. Para tanto, o Estado Democrático *não possui dispositivo legal que permita ao agente público (político) atuar com a liberdade garantida ao cidadão, pois aquele deve agir com discricionariedade*. Dessa forma, compreende-se um

¹⁷⁶Imagem de autoria própria.

¹⁷⁷A exceção sobre a liberdade se encontra no direito ao sufrágio do eleitor, pois este tem o direito de votar de forma *livre*, e o voto é *secreto*.

¹⁷⁸O erro na interpretação, frente à colisão de princípios no Direito Eleitoral, pode ser visto também no entendimento da Aline Osório, que não apenas defende o princípio da liberdade de expressão político-eleitoral, mas também adota uma postura *preferencial para proteger a personalidade dos candidatos*: “Finalmente, a liberdade de expressão político-eleitoral constitui princípio tão essencial no processo eleitoral que compõe o conteúdo de todos os demais princípios substantivos estruturantes do direito eleitoral. Além dos princípios constitucionais eleitorais, outros princípios constitucionais têm sido invocados correntemente para justificar a restrição da liberdade de expressão nas eleições, como a proteção ao meio ambiente, o cumprimento de posturas municipais e a *proteção aos direitos da personalidade dos candidatos*. Em relação a esses interesses, a liberdade de expressão assume um *status preferencial* em caso de colisão”. In: OSÓRIO, Aline Rezende Peres. *Ob. Cit.*, p. 260.

totalmente diferente do outro, afirmar que um político (candidato), por melhor que seja a sua intenção, possa agir com a mesma liberdade de um cidadão comum (eleitor), seria permitir que ele ultrapassasse as garantias fundamentais deste e colocasse a democracia brasileira em risco.

Frente aos princípios da publicidade e da transparência da administração pública, também a discricionariedade é limitante, pois alinha a atuação do agente público (político) à plena veracidade de informações. Tendo que atuar de forma transparente, em qualquer contexto, pois o cidadão tem o direito *preferencial de ser informado*. Não se observa, portanto, a possibilidade de manipular ou omitir informações em *qualquer hipótese de atuação da administração pública*. Como visto na explanação sobre a Teoria dos Círculos Concêntricos, em casos nos quais prevalece o *interesse público*, nem o direito à privacidade (honra) é garantido ao agente público (político).

Sobre a liberdade de informação, a interpretação recepcionada pelas Cortes Internacionais diverge da brasileira, apesar de o Brasil ter ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como assumido o compromisso de respeito à liberdade como uma garantia fundamental do cidadão que também *deveria ser vista como complementar à liberdade de expressão*. Ambas se acrescentam como *ferramentas* que possibilitam à população participar da democracia, ou seja, garantir uma atuação mais consciente e produtiva no processo de escolha de seus representantes no sufrágio (direito ao voto) e na fiscalização da atuação estatal (legitimidade das eleições). A soberania popular, garantida pelo Estado Democrático, é prejudicada quando há manipulação ou distorção na informação prestada pelo agente público (político), e este direito deve ser interpretado de forma preferencial pelo Poder Judiciário.

Normas legais e princípios impedem que o agente público (político) utilize o direito fundamental à liberdade de expressão, no nível do permitido ao cidadão comum, quando no *exercício da sua função*. Aquele agente é dotado de poder. Caso o Estado e seus agentes passarem a interpretar a liberdade de expressão como uma garantia do próprio Estado, ampliarão o campo de abrangência da interpretação do conceito de liberdade de expressão, em detrimento da democracia. Portanto, não resta dúvida quanto ao caráter deletério à democracia deste entendimento sobre as garantias fundamentais.

O contrato social pactuado no Brasil prevê uma estrutura estatal composta por três poderes autônomos, na forma de uma democracia representativa, com soberania popular na escolha de representantes e na fiscalização da atuação do Estado. É função do Estado e de seus agentes zelar pelo cumprimento das premissas constitucionais que mantêm o pacto federativo. Cabe ao Poder Judiciário a fiscalização da ação dos agentes públicos (políticos), não havendo margem à relativização de princípios normativos.

Quanto ao princípio da discricionariedade deve ser interpretado *preferencialmente* ao candidato em período de propaganda eleitoral. Entende-se correto o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello que ressalta o conceito de agente público. Neste, refere-se a todos que servem o Poder Público. Ainda quanto aos dois requisitos para a caracterização do agente público (político), destacam-se: a) o *objetivo* (natureza estatal da atividade desempenhada), pois o candidato em período de propaganda eleitoral visa a captação de votos para desempenhar um cargo representativo; b) o *subjetivo* (a investidura da atividade), pois o candidato filiado a um partido além de receber fração do fundo eleitoral partidário, também é beneficiado por serviços públicos (sem custo ao partido), como exemplo, tempo em rádio e televisão.

Outro exemplo de agente público em período eleitoral: o mesário voluntário. Que é sujeito a eventual punição *administrativa*, civil e criminal, dependendo da análise do caso concreto. Portanto, seria imperioso afirmar que o candidato ao cargo representativo não estaria sujeito a qualquer responsabilidade em caso de desvio de finalidade, como se notou, pela própria jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, está.

Destaca-se o prejuízo ao erário em casos de propaganda eleitoral com desvio de finalidade. A questão se verifica pelo recebimento de fração do fundo eleitoral e, também, pelas concessões gratuitas (sem custo ao partido) a serviços públicos para viabilizar a propaganda eleitoral (como exemplo, tempo em televisão e rádio), por essa razão a campanha eleitoral, realizada pelo candidato com vínculo partidário, deve ser feita com o máximo de transparência e com informações verdadeiras para alcançar de forma plena a legitimidade das eleições e o sufrágio universal.

No Direito Eleitoral, a discricionariedade deve ser *preferencial* para o candidato, pois não se trata de limitar o progresso no mecanismo de informação,

mas sim de *impedir abusos de poder e desvios de finalidade*. A prática demonstra a razão de Thomas Hobbes, Émile Durkheim e outros pensadores de igual grandeza: o ser humano deve ter sua liberdade limitada, pois sua natureza, quando isenta de limites, o faz extrapolar os direitos que lhe foram concedidos pelo pacto social. A discricionariedade, o princípio e a norma firmada no pacto democrático, são os limites de ação do agente público e político, em respeito à sociedade.

Seria anacrônico, também, afirmar que a limitação à liberdade de expressão imposta ao detentor de mandato eletivo dificultaria sua atuação em prol de interesses populares. A análise lógica impõe a conclusão de que a conduta discricionária seria o melhor filtro na direção desses interesses, além de controlar a manipulação de informações, em geral danosas ao interesse social. O respeito às normas se reveste de fundamental importância na atualidade, frente aos mecanismos atuais de comunicação horizontal, possibilitados pelas redes sociais da *internet*, e o seu uso tem levado à polarização de grupos distintos, onde a única informação aceita é a que se encaixa na opinião daquele grupo, tornando a discussão de fatos e, por incrível que possa parecer, a própria realidade, secundários. *O uso destas redes sociais por agentes públicos, políticos, e grupos a eles associados, sem controle pelo Estado, é hoje a maior ameaça à democracia no Brasil.*

6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Princípios formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito*. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso de Direito Administrativo*. 29º ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BOBBIO, N. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BUARQUE DE HOLANDA, B. *O homem cordial*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- BUSATO, P.C. *Fundamentos para um Direito Penal Democrático*. 5º ed., São Paulo: Atlas, 2015.

- BUCCI, D. *Direito Eleitoral e Liberdade de Expressão: limites materiais*. São Paulo: Almedina, 2018.
- MOUFFE, C. *Sobre o político*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- CHEQUER, C. *A Liberdade de expressão como Direito Fundamental preferencial prima facie*. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- COUTINHO, J.N.D.M. *Direito e Psicanálise: interlocuções a partir da literatura*. 2º ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2018.
- COLLOR DE MELLO, P. *Passando a limpo: a trajetória de um farsante*. 3º ed. Rio de Janeiro: Record, 1993.
- CEDH. *Liberdades*. Disponível em: <https://fra.europa.eu/pt/eu-charter/article/11-liberdade-de-expressao-e-de-informacao> acesso em: 04 mai. 2024.
- DAHL, R.A. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 3º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2020.
- DWORKIN, R. *A justiça da toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 215.
- FERREIRA MENDES, G; GONET BRANCO, P; e, MÁRTIRES COELHO, I. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- FERREIRA MENDES, G; GONET BRANCO, P.G. *Curso de Direito Constitucional*. 16º ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. 12º ed. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2021.
- GOMES, J.J. *Direito Eleitoral*. 17º ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- NETTO DE ARAUJO, E. *Curso de Direito Administrativo*. 5º ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- HESSE, K. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.
- HESSE, K. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HOBBS, T. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- Infopédia. *Origens da Propaganda*. Dicionário Porto Editora. Disponível em: [https://www.infopedia.pt/\\$origens-da-propaganda](https://www.infopedia.pt/$origens-da-propaganda) acesso em: 31 jan. 2024.
- KANT, I. *Lições de ética*. São Paulo: Unesp, 2018.

- MACCORMICK, N. *Argumentação jurídica e Teoria do Direito*. 2º ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- NIETZSCHE, F. *Sobre verdade e mentira*. São Paulo: Hedra, 2008.
- ONU. *Universal Declaration of Human Rights*. Disponível em: <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights> acesso em: 26 dez. 2024.
- OSÓRIO, A.R.P. “O direito eleitoral e a liberdade de expressão: política, palavra e paixão”. *Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)*, 2015.
- PONDÉ, L.F. *Filosofia para corajosos*. São Paulo: Planeta, 2016.
- PONDÉ, L.F; KARNAL, L; DIMENSTEIN, G; CORTELLA, M.S. *Verdade e mentira: ética e democracia no Brasil*. Campinas: Papirus 7 Mares, 2016.
- RAMOS, A. *A propaganda eleitoral antecipada: as inovações trazidas pela Lei 12.891/2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 960 (out/2015).
- REVEL, J.F. *El conocimiento inútil*. Barcelona: Planeta, 1989.
- Roda Viva. *Edson Fachin*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ZNBwRELg2S4>, acesso em: 02 abr. 2022.
- SILVA VELLOSO, C.M.D; MOURA AGRA, W.D. *Elementos de Direito Eleitoral*. 7º ed. São Paulo, Saraiva, 2020.
- TÔRRES, F.C. “O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão”. *Revista de Informação Legislativa*, nº 200, out./dez. 2013.
- VIEIRA DE CARVALHO NETO, T. *Liberdade de expressão e propaganda eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 1994.

© **Direito e Linguagem** nº 2, vol. 1. Extraordinário (2024), pp. 70-93
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.13717570

Os militares também corrompem? Uma análise da Corrupção na ditadura civil militar

¿Los militares también corrompen? Un análisis de la corrupción en la dictadura cívico militar

Marcio Bonini Notari¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Sumário: 1. Introdução; 2. O fenômeno da corrupção; 3. A ditadura civil militar (1964-1985); 4. A corrupção entre militares e civis; 5. Conclusão; 6. Referencia Bibliográfica.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo debruçar sua análise acerca do fenômeno da corrupção e dos crimes poderosos no regime militar (1964-1985), em face dos atos de Estado e das grandes empresas e corporações privadas. À medida que o militarismo da caserna, a disciplina, a hierarquia e o uso da farda seriam sinônimos de idoneidade e honestidade, os quais têm sido usados como discurso popular pautado na intervenção militar, o texto busca desmitificar esse paradigma existente acerca do Exército apenas como instrumento de repressão e de segurança nacional. Para tanto, mesmo com o fim do regime de repressão, os danos sociais com os grupos econômicos ainda estão presentes no tecido social. As pautas econômicas e as políticas públicas de Estado em parte têm sido pautadas pelos mesmos grupos econômicos (sistema bancário, sistema de comunicações e construção civil) do período do regime. Quanto à violência, cuja tortura enquanto crime de lesa humanidade é marca registrada do período ditatorial, torna-se necessário pensar não apenas a violência e a repressão dos agentes estatais, mas também o julgamento e a punição das empresas e empresários que colaboraram com a ditadura, com a repressão e se beneficiaram das políticas implantadas pelo regime de exceção. Sendo assim, o espectro ainda continua ronda a história dos militares. Eis a razão do presente trabalho.

Palavras chaves: Corrupção, ditadura civil – militar regime de exceção.

¹Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogado e Professor do Curso de Direito da Faculdade AJES/AGORA, no Estado do Mato Grosso.

Resumen: O presente trabajo tem por objectivo debruçar sua análise acerca de fenómenos de corrupção e dos crimes poderosos no régimen militar (1964-1985), em face dos atos de Estado e das grandes empresas y corporações privadas. A medida que el militarismo da cuartel, una disciplina, una jerarquía y el uso da farda seriam sinônimos de idoneidade et honestidade, os quais têm sido usados como discurso popular pautado na intervenção militar, o texto busca desmitificar esse paradigma existente acerca del Ejército apenas como instrumento de seguridad y presión nacional. Por lo tanto, incluso cuando el régimen de represión aún está en marcha, nuestras sociedades y nuestros grupos económicos no están presentes bajo ninguna ley social. Como las políticas económicas y públicas del Estado son en parte iguales, las de nuestros grupos económicos (sistema bancario, sistema de comunicaciones y sistema de construcción civil) durante el período del régimen. En cuanto a la violencia, es la tortura como delito de derechos humanos y está registrada en el periodo editorial, hay que pensarla sin miedo a la violencia y la represión de los agentes del Estado, pero también al juicio y castigo de las empresas. y empresas que colaboran con ellos reprimiendo y beneficiándose de las políticas implementadas bajo el régimen de excesos. Sendo assim, el espectro continúa rondando la historia de los militares. Esta es la razón del presente trabajo.

Palavras chaves: Corrupção, ditadura civil – militar regime de exceção.

1. INTRODUÇÃO

É importante registrar que esse brutal e violento esforço de controle e de repressão, embora intensificado e capilarizado pela Ditadura civil-militar em escalas ainda então não atingidas no País, fez parte desde sempre do cenário político e social do Brasil, também compartilhado por todo o continente latino-americano, com as peculiaridades de cada realidade nacional, mas que se encontram na origem do amplo processo de colonização instalado no continente no início da era moderna².

Ao menos em realidade brasileira, no debate político e jurídico o assunto vem sendo debatido acerca da violação de direitos humanos e os processos de transição do período militar (1964-1985). No entanto, o Supremo Tribunal Federal nos autos da ADPF 153/2010, fulminou a pretensão da Ordem dos Advogados do Brasil acerca da inconstitucionalidade da Lei de Anistia (1979), ao destacar sua adequação a Constituição de 1988, ao já ter estendido aos crimes

²FILHO. J.C.M.D.S. Marcos Teóricos da Justiça de Transição e os Processos Transicionais na América Latina. Sousa Junior, José Geraldo de. O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina / José Geraldo de Sousa Junior, José Carlos Moreira da Silva Filho, Cristiano Paixão, Livia Gimenes Dias da Fonseca, Talita Tatiana Dias Rampin. 1. ed. – Brasília, DF: UnB, 2015. – (O direito achado na rua, v. 7), p. 133.

a anistia do ponto de vista criminal aos crimes de natureza política praticados por agentes de Estado, encarregados da repressão³.

Todavia, esse período obscuro da história brasileira também revela tensões e contradições que merecem ser destacados, sob o risco de a sociedade brasileira continuar com o mito de que os militares e o exército são imunes a práticas de corrupção e exemplos de conduta ética e moral a serem seguidas por toda a sociedade, o que alimenta o sonho de muitos jovens que se alistam nas forças armadas, com intuito de engajamento, sem conhecer o outro lado da história.

Portanto, o golpe militar de 1964, ainda denominado de Revolução, por mais que ofenda o termo utilizado, teria sob a égide da doutrina de segurança nacional da Escola Superior de Guerra, salvado a nação de um mal iminente (liberto o Brasil do regime comunista). Ainda somos uma nação como o estigma da violência e com pedidos de Intervenção Militar como ocorreu nos atos terroristas no dia 08/01/2023, na tentativa fracassada de um novo golpe de Estado.

De outro modo, o presente trabalho terá como objetivo analisar o fenômeno da corrupção e a relação entre civis e militares no período da ditadura civil militar. De tal modo que, parte da premissa que as práticas de corrupção não seriam uma exclusividade do período democrático pós -88, uma vez que a falta de transparência e publicidade são próprias dos regimes ditatoriais e acabam sendo um ambiente propício para esse tipo de prática.

Várias democracias, na América Latina, nasceram de regimes autoritários das décadas de 1960 e 1980. Nestes, permaneceram intacta a instituição militar, alterando apenas a forma de governo. Alguns países, como exemplo Brasil, Chile, Argentina, Bolívia etc., passaram por conflitos armados e ditaduras e utilizaram a força policial para realizar prisões arbitrárias, sufragar os direitos políticos e as garantias fundamentais, esvaziando, portanto, o devido processo legal em nome da legalidade e da defesa da nação.

Por outro lado, no Brasil, sob um ângulo, histórico e geopolítico, a promulgação da constituição cidadã de 1988, trouxe uma espécie de repactuação de regras de convivência entre seus cidadãos, com o reforço dos

³STF. Disponível em :<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180280/false>. Acesso em 16.julho de 2024.

direitos sociais e políticas e a inclusão de milhões de brasileiros no modelo justo de desenvolvimento, com um projeto de país, porém com resquícios que ainda permanecem (golpe de 1964), no âmbito da arquitetura institucional do Estado, em temas centrais para consolidar a democracia e ampliar a cidadania.

2. O FENOMENO DA CORRUPÇÃO

Na discussão sobre a temática da corrupção administrativa e política, ganha contornos no imaginário o formato “crime político de colarinho branco”, em regra, cometido por indivíduos contra o Estado. Essa definição utilizada de forma ampla como sendo o abuso de cargo público para ganho privado, e utilizada para esse tipo de desvio individual. No entanto, outros atos corruptos são cometidos por objetivos organizacionais ou tolerados por razões organizacionais, que podem ser classificados como crimes de estado⁴.

Por sua vez, o programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento (PNUD), o qual tem como foco a corrupção institucional define como sendo o “uso indevido do poder público para o benefício privado”, porque isto impede o desenvolvimento sustentável distorcendo o processo decisório. Esse conceito vem sendo adotado no âmbito dos organismos multilaterais, tais como, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial⁵.

Foucault ao analisar as ilegalidade e a delinquência, elencava que em uma literatura em que o crime é glorificado, mas porque é uma das belas-artes, porque só pode ser obra de seres de exceção, porque revela a monstruosidade dos fortes e dos poderosos, porque a perversidade é ainda uma maneira de ser privilegiada a descoberta da beleza e da grandeza do crime; na realidade é a afirmação de que a grandeza também tem direito ao crime e se torna mesmo privilégio dos que são realmente grandes⁶.

A terminologia “corrupção”, embora haja diversas tentativas no campo da sociologia, da ciência política, da filosofia e até mesmo do direito em

⁴GREEN, Penny, and Tony Ward. “Corruption as State Crime.” In *State Crime: Governments, Violence and Corruption*, 11–27. Pluto Press, 2004. <https://doi.org/10.2307/j.ctt18fs3bm.5>. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/j.ctt18fs3bm>. Acesso em: 17.julho de 2024.

⁵ RAMINA, L.O. *Ação Internacional contra a Corrupção*. Curitiba. Juruá. 2008, pp. 55-56.

⁶FOUCAULT, M. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987, p. 288.

conceituá-la, vale citar que o termo agrega/agrupa um conjunto de práticas heterogêneas e com diversos alcances, passíveis de questionamento acerca dos limites dos tipos penais existentes. De tal modo que, o termo varia conforme no tempo histórico e em cada sociedade⁷.

Raymundo Faoro, em os donos do poder, relata que dominante o patrimonialismo, uma ordem burocrática, com o soberano sobreposto ao cidadão, na qualidade de chefe para funcionário, tomará relevo a expressão. Além disso, o capitalismo, dirigido pelo Estado, impedindo a autonomia da empresa, ganhará substância, anulando a esfera das liberdades públicas, fundadas sobre as liberdades econômicas, de livre contrato, livre concorrência, livre profissão, opostas, todas, aos monopólios e concessões reais⁸.

O patrimonialismo é a mazela da construção da República, de maneira que ele não promoveria a separação entre os meios de administração e os funcionários e governantes, fazendo com que esses tenham acesso privilegiado para a exploração de suas posições e cargos. Dado o patrimonialismo inerente à construção da cena pública brasileira, a corrupção é um tipo de prática cotidiana, chegando mesmo a ser legitimada e explícita no âmbito de uma tradição estamental e tradicional herdada do mundo ibérico⁹.

O conceito de corrupção expressa uma polissemia de sentidos e tipos de ação política, cujo critério para se definir se essa ação é corrupta ou não é o da sua ilegitimidade frente aos valores e normas expressos em uma concepção de interesse público. Dessa forma, práticas como clientelismo, patronagem, nepotismo, malversação de recursos públicos, extorsão, concussão, suborno, prevaricação e outras práticas mais podem ter um sentido de corrupção à medida que seja considerada uma ação ilegítima em contraposição ao interesse público¹⁰.

Embora a corrupção apresente diferentes formas de suborno, trata-se de um fenômeno complexo e multiforme, que sempre acompanhou o

⁷ SCHILLING, F. *Corrupção, crime organizado e democracia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 36, 2001.

⁸ FAORO, R. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 3.a edição, revista, 2001, p. 100.

⁹ FILGUEIRAS, F.D.B. "A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social". *Opinião Pública*, Campinas, vol. 15, n. 2, Novembro, 2009, p. 386-421

¹⁰ AVRITZER, L. & FIGUEIRAS, F. (organizadores). *Corrupção e Sistema Político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 13.

capitalismo, cuja história abunda com fraudes que produzem catástrofes de todos os tipos, dando a impressão de que é um mais ou menos estrutural e, às vezes, acaba ultrapassando limites, tornando-se disfuncional. Todavia, a corrupção é disfuncional para os interesses do totalitarismo financeiro, quando os valores que as corporações investem excedem o orçamento e afetam seus benefícios¹¹.

3. A DITADURA CIVIL MILITAR (1964-1985)

O período do golpe militar (1964), a corrupção entrou na pauta no discurso dos líderes, após a tomada de poder pelo movimento militar, quando o golpe já havia superado a ameaça comunista. A partir de então o discurso visava a um inimigo de dupla face: subversão – corrupção, bem como, ações repressivas como forma de coibir estas práticas. Nessa visão, comunismo e corrupção estariam imbricados um no outro.

O Senado Federal, por seu presidente Auro de Moura Andrade (PSD/SP), declarou a vacância da presidência da república alegando falsamente que o presidente constitucional “estava fora do país”; o Supremo Tribunal Federal (STF), comandado por Álvaro Moutinho Ribeiro da Costa, egresso da turma de 1957 do CSG da ESG e filho do general Alfredo Ribeiro da Costa filho, reconheceu a falsa vacância e nomeou o presidente da Câmara no comando do Poder Executivo; Câmara dos Deputados, por seu presidente Paschoal Ranieri Mazzilli (PSD/SP) egresso da turma de 1953 do CSG da ESG, assumiu a presidência. Assim se deu o desfecho do golpe deflagrado na noite de 31 de março e madrugada de 1 de abril de 1964, parte de uma operação de guerra revolucionária no escopo do “planejamento estratégico” de segurança nacional da ESG¹².

Em alguma passagem de suas obras, Hegel comenta que todos os grandes fatos e todos os grandes personagens da história mundial são encenados, por assim dizer, duas vezes. Ele se esqueceu de acrescentar: a

¹¹ZAFARRONI, E.R. *A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro*. 1. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p.77.

¹²LENTZ, R. *República de segurança nacional – militares e política no Brasil*. – São Paulo: Expressão Popular; Fundação Rosa Luxemburgo, 2022, p.139.

primeira vez como tragédia, a segunda como farsa. Os homens fazem a sua própria história; contudo, não a fazem de livre e espontânea vontade, pois não são eles quem escolhe as circunstâncias sob as quais ela é feita, mas estas lhes foram transmitidas assim como se encontram. A tradição de todas as gerações passadas é como um pesadelo que comprime o cérebro dos vivos¹³.

O salto do tigre ao passado é um gesto hermenêutico de interpretação da história, levando em conta partes do passado que se costuma passar por alto, porém trata-se de um gesto político. Assim, o historiador não suja as mãos em vão ao ter que recolher dejetos, ruínas e cadáveres, mas transforma-se num catador, se quiser surpreender o sentido de uma história que leve em conta esses trapos. O dizer dos dejetos sentido pelo historiador é feito pelos protestos por seu estado de injustiça e de perguntas pela justiça¹⁴.

Nesse sentido, a importância do direito à memória e à verdade, para apuração dos fatos ocorridos nos regimes ditatoriais e totalitários, o que requer um amplo debate do acesso à informação (publicidade), dos documentos públicos, inclusive para fortalecer as instituições democráticas, sempre que ocorrer graves violações de direitos humanos pelo Estado. Portanto,

O direito à verdade e à memória refere-se à necessária apuração dos fatos ocorridos em períodos repressivos e autoritários, especialmente em ditaduras e totalitarismos, demarcando a necessidade de um amplo acesso aos documentos públicos. O apelo à memória indica, além disso, a necessidade de que o Estado empreenda políticas de memória, para reforçar a ideia da não repetição. A reparação traz à tona o direito de indenização por parte daqueles que foram perseguidos e prejudicados pela ação repressiva do Estado, tanto no aspecto econômico como no moral, apontando para a necessidade do reconhecimento do papel político exercido pelos que sentiram a mão pesada do Poder Público. A justiça refere-se ao direito da sociedade em que sejam investigados e apurados criminalmente os crimes de lesa-humanidade cometidos pelos agentes públicos e seus mandantes, demarcando, ademais, a sua responsabilização. Por fim, o fortalecimento das instituições democráticas traz a imperiosidade da reforma das instituições públicas que, durante o regime de exceção, permitiram e se amoldaram à prática sistemática de crimes contra a humanidade, especialmente as instituições relacionadas à justiça e à segurança pública¹⁵.

¹³MARX, K. 1818-1883 O 18 de Brumário de Luís Bonaparte; [tradução e notas Nélcio Schneider; prólogo Herbert Marcuse]. - São Paulo: Boitempo, 2011, p. 23.

¹⁴MATE, R. *Meia noite na História: comentários às teses de Walter Benjamin sobre o conceito de História*. Tradução Nélcio Schneider: São Leopoldo, Editora Unisinos, 2011, p. 301.

¹⁵FILHO, J.C.M.D.S. "Crimes de Estado e Justiça de Transição. Sistema Penal & Violência", Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 22-35, jul./dez. 2010, p. 30.

Não se trata de revanchismo, mas a finalidade da justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação.

La justicia transicional se construye en la historia como conjunto de conocimientos y prácticas jurídico-políticas destinadas a forjar la existencia de una vida democrática, constituye uno de los componentes de la etapa de democratización mencionada por Gallardo; en el marco general, la justicia transicional se ha entendido como aquella que en un proceso por retomar la confianza en las instituciones democráticas se adopta para marcar de manera clara la salida de un régimen autoritario o dictatorial y asumir la democracia como forma de gobierno¹⁶.

O que foi mencionado anteriormente exige um conjunto inclusivo de estratégias formuladas para enfrentar o passado assim como para olhar o futuro a fim de evitar o reaparecimento do conflito e das violações. Os julgamentos podem servir para evitar futuros crimes, dar consolo às vítimas, pensar um novo grupo de normas e dar impulso ao processo de reformar as instituições governamentais¹⁷. Por outro lado, isso não ocorreu no âmbito do Poder Judiciário, notadamente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

Após o acórdão prolatado nos autos da ADPF 153, o Brasil recebeu duas condenações da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema do direito à memória e à verdade. Nos casos *Gomes Lund* (Guerrilha do Araguaia) e Vladimir Herzog ficou clara a orientação da Corte Interamericana no sentido da impossibilidade de considerar anistiados crimes contra a humanidade (como tortura e desaparecimento forçado). Foram opostos embargos de declaração ao acórdão, que até a redação deste texto, em fins de 2021, não foram analisados. É importante frisar que os embargos foram protocolados em 13 de agosto de 2010. Além disso, há outra ADPF, que recebeu o nº 320, inteiramente baseada na decisão proferida pela CIDH no caso *Gomes Lund* – que está em evidente conflito com o entendimento proferido pelo STF. A ADPF 320 foi protocolada em 15 de maio de 2014 e está correndo apensada à ADPF 153. Não foi praticado nenhum ato decisório no processo¹⁸.

¹⁶APOLO, A; FILHO, J.C.M.D.S. Memoria y justicia transicional para “tiempos democráticos” – Análisis del caso de la comisión de la verdad de Ecuador desde una perspectiva crítica. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, Vol. 13, N. 1, 2022, pp. 118-141.

¹⁷PAIGE, A[Et.al]. Como as “transições” reconfiguraram os direitos humanos: uma história conceitual da justiça de transição *Justiça de transição: manual para a América Latina / coordenação de Félix Reátegui*. – Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011, pp. 73-75.

¹⁸PAIXÃO, C. Entre a Nostalgia e o Memorícídio. *O Judiciário e a Violação dos Direitos Humanos no Brasil Contemporâneo. EsLawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida / Larissa Ramina* - Curitiba: Íthala / GRD, 2022, p. 939.

Nesse sentido, o guardião da Constituição Federal, inclusive com expressa previsão no art. 101 da Carta Magna, no que diz respeito aos direitos ligados ao campo da memória e da verdade, denominado como sendo um conjunto de direitos do reconhecimento de um passado autoritário, como verdadeiro agente de desconstrução do texto da constituição. Mais uma vez, em se tratando de matéria envolvendo direitos humanos a necessidade surgiu à necessidade de acionar a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A decisão da Corte foi fazer o controle de convencionalidade, de forma complementar e secundário, em relação a Lei de Anistia brasileira em substituição ao Judiciário nacional (o qual, por dever legal, deveria ter feito o controle de convencionalidade em face da Convenção Americana de Direitos Humanos). Primeiramente, ao Estado caberia o controle interno de convencionalidade das leis, devendo a Corte Interamericana, secundariamente, tomar para si a competência de controle (internacional) em caso de inação do Estado ou de julgamento insuficiente (jurisdição é complementar) e coadjuvante do Judiciário nacional em matéria de direitos humanos, o que ocorre no Caso Gomes Lund perante a Corte IDH¹⁹.

Por isso, o que a Corte fez foi um “controle de convencionalidade”, analisando a Lei da Anistia em face da Convenção Americana de Direitos Humanos, não importando a análise feita pelo STF sobre a compatibilidade da Lei da Anistia em face da Constituição brasileira. Por isso, a Corte decidiu que: “(...) no presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento n. 153 (*infra*, par. 136), mas que este Tribunal realize um *controle de convencionalidade*, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana. Consequentemente, as alegações referentes a essa exceção são questões relacionadas diretamente com o mérito da controvérsia, que podem ser examinadas por este Tribunal à luz da Convenção Americana, sem contrariar a regra da quarta instância. O Tribunal, portanto, desestima esta exceção preliminar²⁰.

Desta feita, muito embora remetam de imediato ao período do golpe de 1964, desde a independência do Brasil, em 1822, as relações de poder político são marcadas por níveis distintos de conflitos e cooperação entre militares e

¹⁹ MAZUOLLI, V.D.O. Controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.179.

²⁰ RAMOS, A.C. Processo internacional de direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 213.

civis. Por regular a distribuição de poder político – e da violência, em última análise, o binômio conflito- cooperação foi decisivo para os rumos do regime de dominação política entre as classes sociais que conformaram a sociedade nacional²¹.

Nas de caráter instrumental, como a palavra sugere, as organizações militares seriam apenas uma ferramenta de determinadas classes sociais ou coadjuvantes de atores políticos relevantes. Nesse quadrante, um instrumento das classes dominantes (versão oligárquica, produto das relações de produção), um instrumento das classes médias recrutadas para o oficialato ou, ainda, um instrumento moderador da política guiado pela opinião pública.

Essas questões estão relacionadas ao conceito de democracia – e, portanto, às suas bordas – e à leitura sobre as relações civis e militares desse período que permanecem em disputa na sociedade. Para o objetivo de reinterpretar a politização dos militares no Brasil, este capítulo objetiva apresentar o período como a terceira geração de segurança nacional, a partir do binômio conflito-cooperação entre civis e militares transcorrido entre a quebra e a retomada da soberania popular exercida de forma direta. É neste período, de 1964 a 1989, que busco interpretar os militares na política como parcela fundamental da disputa pelo poder político e pelas bases do regime de dominação vigente: a Ordem de Segurança Nacional. Em cada governo, se formou um ciclo de alianças militares-civis que, apesar de comungar nos termos gerais do anticomunismo, divergia sobre a leitura da conjuntura política e na escolha de estratégias e ações políticas, assim como nutria seus próprios interesses organizacionais, de classe social e individuais²².

Entretanto, com o transcorrer do tempo, a “Revolução de 1964” estabeleceu um padrão diferente daquele adotado originalmente em outras interrupções institucionais brasileiras. O processo acionado pelo golpe militar de 1 de abril de 1964 não apenas caracterizou mais um período de descontinuidade da democracia no Brasil, mas também o início de um processo continuado, durante anos, de transferência de partes do poder civil para os militares.

Foi assumido um padrão de mudança da ação militar, em decorrência do golpe de 1964, no que diz respeito ao poder político civil: não simplesmente atuando na queda do governo civil, visando sua substituição, mas também assumindo o poder de forma permanente²³.

²¹ LENTZ, Rodrigo. República de segurança nacional – militares e política no Brasil. – São Paulo: Expressão Popular; Fundação Rosa Luxemburgo, 2022, p.24.

²² Ibidem, p. 147.

²³ BOHOSLOVSKY, Juan Pablo TORELLY, Marcelo D. Cumplicidade Financeira na Ditadura Brasileira: Implicações Atuais. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33080.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2027.

Passada a euforia inicial pelo êxito do golpe de 31 de março, a coalizão civil-militar que o promoveu aos poucos se desfez. Ainda durante o movimento que concretizou a deposição de Goulart surgiram divergências. Lideranças civis como Carlos Lacerda e Magalhães Pinto, da UDN, nutriam esperança de aparecerem no dia seguinte ao golpe com grande destaque na nova cena política. Todos esses planos acabaram frustrados pela iniciativa do general Costa e Silva em se autoproclamar o “comandante supremo da revolução” e centralizar os movimentos políticos do novo governo. A solução foi o nome do general Castelo Branco, visto por muitos como um moderado que seria capaz de equilibrar os interesses da classe política e do meio militar²⁴.

O discurso de combate a corrupção e ao comunismo eram falas centrais na imagem da linha dura do regime (renovação dos costumes políticos), dos promotores da Revolução Democrática de 1964 (desde o primeiro ato institucional), desde “à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil”, a qual feita por meio de expurgos, perseguições a membros de movimentos de esquerda, censura, espionagem e mudança nas diretrizes econômicas e sociais, com o intuito de afastar as orientações nacionalistas e trabalhistas que norteavam o governo de João Goulart e o regime inaugurado pela Constituição de 1946.

O tema da crise moral era uma referência evidente aos escândalos de corrupção e à desordem e baderna de que eram acusados os governos anteriores ao golpe. No entanto, os militares também tiveram que conviver com o espectro da corrupção e do enriquecimento ilícito acabou rondando a sua história e da utopia autoritária, especialmente pelos desfalques ao patrimônio público e suas alianças políticas e econômicas, em face da realização de obras superfaturadas e faraônicas, realizada pela “república dos padrinhos”.

4. A CORRUPÇÃO ENTRE MILITARES E CIVIS

Contudo, o regime militar conviveu com os corruptos e os escândalos, chegando o presidente Castello Branco (1964-1985) a dizer que o problema mais

²⁴ KNACK, Diego Ditadura e corrupção: a Comissão Geral de Investigações e o confisco de bens de acusados de enriquecimento ilícito no Brasil (1968-1978). – Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2018, p. 70.

do Brasil não era a subversão, mas a corrupção, muito mais difícil de caracterizar, punir e erradicar. Conforme as lições da historiadora Heloísa Starling²⁵, embora o discurso fosse de combate a corrupção, o regime tinha uma visão estritamente de cunho moral, esse enfrentamento tornou-se inócuo mesmo diante da criação de uma Comissão Geral de Investigações (CGI), ligada ao Ministério da Justiça.

Alguns episódios, como o escândalo do Caso Capemi, Caso Baumgarten, Escândalo da Mandioca (1979 e 1981), Delfim, a construção da Ponte Rio – Niterói e a transamazônica, marcaram esse período²⁶. Entretanto, a diversas situações ocorridas no período da ditadura civil – militar (1964-1985), que demarcam a presença da corrupção nas obras públicas e o envolvimento direto no setor privado.

O setor de obras públicas é área privilegiada de acusações de ilegalidades cometidas por agentes estatais e por empresários. Durante o regime político atual, "escândalos" públicos envolvendo empreiteiras e verbas públicas são recorrente mente expostos pela mídia²⁷.

Já na ditadura, principalmente nos anos mais fechados, foram vistas poucas acusações contra impropriedades cometidas por construtoras, o que evidencia obviamente não o menor número de casos, mas o amordaçamento dos mecanismos de fiscalização e divulgação das irregularidades, que, crê-se, era até mais freqüentes. Com o início da abertura, as vitórias da oposição política após 1974 e a retomada paulatina das atividades de mecanismos

²⁵STARLING, H. A corrupção na ditadura. Disponível em <https://vermelho.org.br/2012/08/03/heloisa-maria-murgel-starling-a-corrupcao-na-ditadura/>. Acesso em: 25 de agosto de 2024.

²⁶AVRITZER, L. Corrupção: ensaios e críticas /... [ETal], Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

²⁷Ainda na primeira metade dos anos 1930, como menciona Maria Antonieta Leopoldi (2003, pp. 259-263), podemos observar a união entre militares e empresários, além de políticos nacionalistas, em torno do interesse comum em acabar com a concentração do setor de energia elétrica nas mãos de dois grupos estrangeiros: *Brazilian Traction Light and Power* e a *American & Foreign Power Company (Amforp)*. Um desses militares era o "tenente" Juarez Távora, então ministro da Agricultura do governo provisório e, posteriormente, comandante da ESG e responsável pela ampliação do acesso de civis aos cursos da instituição, além de ministro do primeiro governo da ditadura empresarial-militar. Com a intenção de alcançar o mencionado objetivo comum, em 1933, Távora criou o Departamento Nacional de Produção Mineral no seu ministério, com uma Diretoria das Águas, incumbida de fiscalizar as concessionárias. CAMPOS, Pedro; VASCONCELOS, Claudio Beserra de. A aliança empresarial-militar e a ditadura brasileira: a atuação de empresários em escolas militares e de integrantes das forças armadas em companhias privadas durante o regime pós-1964. *Brasiliiana: Journal for Brazilian Studies*. Vol. 10, No. 2, ISSN 2245-4373, 2021.

fiscalizadores, como o TCU, a imprensa e o Judiciário, as denúncias se superpuseram, relacionando-se aos conflitos políticos e empresariais em jogo.

Os assim denunciados casos de "corrupção" podem ser compreendidos por três razões básicas: como mecanismo de maximização dos lucros e obtenção de maiores ganhos a partir de uma obra específica; como repartição da mais-valia gerada pelo trabalho dentro da empresa, com transferência de cota-parte do lucro para não acionistas da firma realizadora da obra, geralmente agentes do aparelho estatal; como forma de concorrência, ou prática monopolista ou oligopolista por parte das empresas.²⁸

Entre estes, vale a menção, como exemplifica, o Professor José Carlos Moreira Filho, acerca do relatório final de uma comissão da verdade, o caso de Volkswagen (VW) do Brasil e o relato de sua cumplicidade com graves violações dos direitos humanos.

O relatório, na visão do autor, elucida a cumplicidade da criação de condições autoritárias para novas violações, tais como, o apoio corporativo ao golpe de estado e à economia e as vantagens políticas daí resultantes. Em geral, pode-se dizer que os mecanismos extrajudiciais trazem outras formas de responsabilização que não se limitam a provar apenas a cumplicidade com violações graves dos direitos humanos, mas também pode indicar atitudes e ações de apoio ao regime autoritário que possibilitaram tais violações²⁹.

In the Civil Inquiry to investigate VW do Brasil's complicity, the MP proposed a Conduct Adjustment Agreement (Termo de ajustamento de conduta, TAC),²⁹ which was discussed with VW's representatives until a final version was consensually reached between the MP and VW members. The terms of the TAC were disclosed in a public note published by the MP in September 2020. VW do Brasil has committed to publishing a declaration on the issue in a nation-wide newspaper; to allocating the amount of BRL 9 million to the Federal and State Funds for the Defense and Reparation of Diffuse Rights (FDR); to providing the sum of BRL 10.5 million to projects that promote memory and truth related to gross human rights violations during the Brazilian civilmilitary dictatorship; to pledge BRL 6.8 million to the VW Worker's Association—Henrich Plagge Association, for the reparation of workers that suffered

²⁸CAMPOS, P.H. *Entranhas Catedrais: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil militar.*, 1964-1988. Niterói: Editora da UFF, 2014, p. 399.

²⁹FILHO, J.C.M.D.S. Corporate Accountability for Involvement in Gross Human Rights Violations During the Brazilian Civil-Military Dictatorship – The Role of the Truth Commissions and the Case of Volkswagen Do Brasil *Journal of White Collar and Corporate Crime* 2022, Vol. 0(0) 1–15 © The Author(s) 2022.

human rights violations during the dictatorship, as well as their family members and successors³⁰.

O Ministério Público concluiu que a Volkswagen do Brasil foi cúmplice de graves violações de direitos humanos violações durante a ditadura civil-militar e apoiou o regime. O relatório forneceu uma análise abrangente e descrição de todas as informações que foram coletadas através testemunhos, documentos e pesquisas.

Há relatos no âmbito da Comissão Nacional da Verdade, que faz menção há uma lista de visitantes que incluía desde membros das forças armadas, advogados jornalistas, políticos. Mas um fator que chama a atenção e a presença de colaboradores e arrecadadores do meio civil, em especial, do setor empresarial, que contribuíam com a arrecadação de fundos para as atividades repressivas da ditadura civil militar.

Na Federação das Indústrias de São Paulo, convidavam-se empresários para reuniões em cujo término se passava o quepe. A Ford e a Volkswagen forneciam carros, a Ultragás emprestava caminhões, e a Supergel abastecia a carceragem da rua Tutóia com refeições congeladas. Os donativos eram levados ao general Ayrosa e as empresas nacionais pagaram de acordo com a vontade de seus diretores³¹.

No relatório, consta a presença de Geraldo Rezende de Mattos (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo/ FIESP, vulgo Geraldinho, frequentador assíduo das dependências do DOPS de São Paulo, confirmado pelo depoimento do delegado José Paulo Registros mostram que, em determinadas ocasiões, Mattos passou a noite toda no DOPS/ SP; em outros, há apenas o registro de sua entrada³².

³⁰No Inquérito Civil para investigar a cumplicidade da VW do Brasil, o MP propôs um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC),²⁹ que foi discutido com os representantes da VW até que uma versão final fosse alcançada de forma consensual entre o MP e os membros da VW. Os termos do TAC foram divulgados em nota pública publicada pelo MP em setembro de 2020. A VW do Brasil se comprometeu a publicar declaração sobre o tema em jornal de circulação nacional; à destinação do valor de R\$ 9 milhões aos Fundos Federal e Estadual de Defesa e Reparação de Direitos Difusos (FDR); destinar o valor de R\$ 10,5 milhões a projetos que promovam a memória e a verdade relacionadas às graves violações dos direitos humanos durante a ditadura civil-militar brasileira; doar R\$ 6,8 milhões à Associação dos Trabalhadores da VW – Associação Henrich Plagge, para reparação de trabalhadores que sofreram violações de direitos humanos durante a ditadura, bem como de seus familiares e sucessores. (Livre tradução do autor)

³¹ GASPARI, Elio A ditadura escancarada. — São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p.62.

³² BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório / Comissão Nacional da Verdade. Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014, p. 170.

Estudos de caso da Argentina foco em três multinacionais, duas delas do setor automotivo: Ford Motor Argentina e Mercedes-Benz e por outro lado a Siemens, dedicada às atividades engenharia, construção e energia, casos que são analisados sob perspectivas diferentes. O caso Ford, um dos mais emblemáticos tanto em termos de intensidade repressiva, bem como o processo de judicialização, que culminou com uma condenação histórica em primeira instância em 2018, confirmada pela Câmara Cassação Criminal Federal em 2021.

O caso é analisado neste capítulo tanto em termos da motivação da política repressiva, como no quadro da evolução do setor e dos lucros, bem como evidências sobre as contribuições chave desenvolvidas por autoridades empresariais, extremos neste caso em que comprovou a existência de um centro de detenção clandestino dentro a própria fábrica na província de Buenos Aires³³. Vale reportar as lições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sobre a participação das empresas privadas:

Estudios recientes muestran que el trabajo de diversas comisiones de la verdad relacionadas con graves violaciones de los derechos humanos en el mundo han revelado la participación de actores económicos o empresas en tales contextos. Estos estudios también indican que la mayoría de las comisiones de verdad que identificaron la complicidad corporativa se concentra en América Latina, habiéndose identificado instancias de complicidad empresarial en nueve países de la región. Estas comisiones habrían logrado identificar 321 actores económicos involucrados, siendo las comisiones de Brasil (con menciones a 123 actores económicos) y Guatemala (con menciones a 45 actores económicos) las que mayormente se han ocupado del tema. Adicionalmente, se encontró que la participación en violaciones de derechos humanos en estos contextos no sólo se refieren a empresas privadas sino también a empresas estatales, empresas mixtas, asociaciones de actores económicos como son las asociaciones de empresarios, uniones industriales, cámaras de comercios, entre otros, y personas individuales en ejercicio de actividades económicas³⁴.

³³ BASUOLDO, Victoria. Grandes empresas y dictaduras en América Latina durante la Guerra Fría: nuevas contribuciones Victoria Basualdo. *Repressão aos trabalhadores e responsabilidade empresarial nas ditaduras do Cone Sul* / Larissa R. Corrêa, Marcelo Almeida de Carvalho Silva, Richard Martins (orgs.). – Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2022.

³⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de noviembre de 2019 / [Preparado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. Disponível em: <https://oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2024.

Em todos os casos, as evidências sugerem que a participação destes atores foi direta, seja porque participaram materialmente na prática de uma violação de direitos humanos, ou porque fizeram contribuições substanciais para a referida comissão, por exemplo, fornecer pessoal, informações essenciais sobre as vítimas, logística e até permitindo a criação de centros de detenção clandestinos.

Sendo assim, com a instauração da Comissão Nacional da Verdade umas séries de debates sobre o regime de exceção surgiram como forma de debater a temática. Como exemplo, o documentário do Cidadão Boilesen (*Henning Albert Boilesen*), descrito por Jacob Gorender³⁵ como “sádico” ³⁶, descrevendo sua criação e participação na OBAN (Operação Bandeirantes), que era um centro de tortura localizando na Cidade de São Paulo. Há uma descrição sobre a relação entre o empresariado paulista e a arrecadação de fundos para a repressão e tortura, assim como a utilização dos veículos de empresas no sequestro e assassinato dos opositores do regime militar.

Em outros casos, as evidências sugerem que estes intervenientes participaram indiretamente nas violações, financiar conscientemente o aparelho repressivo.

Inegavelmente, as ditaduras do Cone Sul, com as suas conhecidas motivações repressivas de controle, de censura e de enquadramento de memórias e de consciências, fomentaram um “esquecimento organizado”, o que se consolidou com o encaminhamento de leis de anistia ou similares, que tentaram impor esse esquecimento institucional da violência executada dentro da dinâmica estatal. Se esse esquecimento institucional se expressou na forma da anistia, a impunidade, a corrupção, a banalização da violência e o imobilismo foram efeitos da tentativa de impor uma “amnésia coletiva” sobre a sociedade civil e se projetaram como parte dos desdobramentos não-resolvidos que conectam a conjuntura atual dos países da região, em processo de consolidação da democracia de cunho eleitoral, com esse passado recente que não deixa de estar presente. Paralelamente, os defensores da desmemória da violência do terrorismo de Estado produto da aplicação das diretrizes da Doutrina de Segurança Nacional, apostaram, com relativo sucesso, na apatia resultante da combinação singular dos efeitos (nem tão) residuais da “cultura do medo” (implementada durante a experiência autoritária) com a “cultura

³⁵ ALMEIDA, Eneá de Stuts e. DIREITO À JUSTIÇA: a questão dos civis que atuaram na ditadura brasileira. Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade/ Giuseppe Tosi...[et al.], (Organizadores).- João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.

³⁶ CIDADÃO Boilsen. Direção de Chaim Lltewski. Imovision. São Paulo, 2009.

da desesperança” (resultante dos efeitos da posterior onda neoliberal)³⁷.

Cada vez mais, também são realizados julgamentos estrangeiros em países latino-americanos por violações cometidas noutro país latino-americano. Contudo, mesmo na América Latina, o grau de adoção do novo modelo de responsabilidade criminal varia significativamente entre diferentes países e também varia dentro do mesmo país no que diz respeito ao momento de início das ações judiciais.

O Brasil não realizou nenhum julgamento de direitos humanos por violações ocorridas durante um governo ditatorial e o Uruguai não realizou nenhum processo judicial durante os primeiros cinco anos após a transição, mas apenas iniciou alguns julgamentos no início do século XXI.³⁸ Ambos os países ainda são refratários no julgamento dos agentes de Estado, talvez até mesmo pelo fato do envolvimento do empresariado civil nos regimes militares.

A respeito dos crimes conexos presentes na Lei de Anistia, analisando a Constituição Federal de 1988, quem cometeu os crimes foram os agentes da ditadura civil militar, em grande parte, crimes contra a humanidade. Na Constituição, em seu Art. 5, XLIII, prevê que a tortura, o tráfico de entorpecentes e outros crimes, são insuscetíveis de graça ou anistia³⁹, bem como, no Estatuto de Roma, em seu Art. 7 e art. 29 (Os crimes da competência do tribunal não prescrevem).

O Estatuto de Roma (que criou o Tribunal Penal Internacional) conceituou *tortura como sendo o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado*; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas (artigo 7.2).

³⁷ PADRÓS, Enrique Serra. História do Tempo Presente, Ditaduras de Segurança Nacional e Arquivos Repressivos. Tempo e Argumento. Revista do Programa de Pós Graduação em História da Universidade do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 30 – 45, jan./jun. 2009.

³⁸ KATRRYN, Cikkink. La Cascata de La Justicia. Cómo los Juicios de Lesa Humanidad Está Cambiando El Mundo de La Política. Buenos Aires. Gidesa Editorial, 2013, p. 157.

³⁹ CONSULTOR JURIDICO. Não há Anistia para Crimes contra a Humanidade (Parte II) Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2014-set-16/nao-anistia-crimes-humanidade-parte-ii/>. Acesso em: 19 de julho de 2024.

Ainda, para fins de responsabilidade individual, o art. 25 do Estatuto de Roma, prevê que de acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto. Ainda, nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

- a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;
- b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;
- c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática⁴⁰;

Ainda, vale citar a Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura, que segundo a visão de Flavia Piovesan:

Considerando que a tortura é um crime que viola o direito internacional, a Convenção contra a Tortura estabelece a jurisdição compulsória e universal para os indivíduos acusados de sua prática (artigos 5.º a 8.º). Compulsória porque obriga os estados-partes a processar e punir os torturadores, independentemente do território onde a violação tenha ocorrido e da nacionalidade do violador e da vítima. Universal porque o Estado-parte onde se encontra o suspeito deverá processá-lo ou extraditá-lo para outro Estado-parte que o solicite e tenha o direito de fazê-lo, independentemente de acordo prévio bilateral sobre extradição. A Convenção contra a Tortura autoriza e legitima a extradição legal de acusados de tortura, a partir de uma cooperação internacional entre estados, com base no princípio da complementaridade horizontal de suas jurisdições nacionais⁴¹.

Os juízos nacionais, como órgãos do Estado brasileiro, devem ter em mente a necessidade de exercitar o controle interno de legalidade, supralegalidade e constitucionalidade em sentido amplo (bloco de constitucionalidade), de modo a seguir os ditames do controle de convencionalidade internacional e evitar a responsabilização internacional do

⁴⁰ BRASIL. Estatuto de Roma. Decreto n.º 4388/2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 25 de agosto de 2024.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia [et.al]. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. O que resta da ditadura: a exceção brasileira / Edson Teles e Vladimir Safatle (Orgs.). - São Paulo: Boitempo, 2010, p. 98.

Brasil. Por isso, é importante um diálogo entre o Judiciário doméstico e os órgãos internacionais judiciais e quase-judiciais de proteção de direitos humanos⁴².

5. CONCLUSÃO

No Brasil foram inúmeros obstáculos foram criados para averiguação dos crimes contra a humanidade cometidos pelo regime de exceção. No âmbito do Poder Judiciário o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 153, havia imposto uma barreira ao reconhecimento, em face do julgamento da Lei de Anistia, que na visão da Corte, não havia responsabilizado os agentes de Estado da ditadura civil militar. Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou a decisão contrária a Convenção sobre os Direitos humanos, determinado ao estado brasileiro a instauração da ação penal contra os responsáveis por essa violação.

Conforme ensina *Kattryn*, não há Estado impune para os crimes de lesa humanidade. Também, a impunidade não se estende para os cúmplices financeiros. Os riscos da volta do regime autoritário permanecem como ocorreu com os atos golpistas do dia 08/01/2023, em que a Constituição foi queimada, o Judiciário frontalmente atacado e o apoio maciço de empresários do agronegócio e outros setores reiterando a Intervenção Militar, como a camiseta da seleção brasileira, como símbolo dos lemas de 1964 (Deus, Pátria e Família), reiterando o retorno do regime de exceção, a instauração da lei e da ordem, do patriotismo, da disciplina, da moral e os bons costumes e o fim da corrupção.

Conforme a lição do professor José Carlos Moreira Filho, a Comissão Nacional da Verdade, revelou que a discussão sobre a justiça de transição no Brasil não chegou ao fim, mas estaria apenas no início. Todavia, a aproximação entre militares e empresários foi essencial para a pintura do quadro “revolucionário” e o verniz ético da ditadura civil militar (1964-1985), a partir de uma relação de conflito – cooperação que permeou a sociabilidade e a corrupção, especialmente, entre as empreiteiras, montadoras e bancos,

⁴² RAMOS, André Carvalho. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai / Luiz Flávio Gomes, Valério de Oliveira Mazzuoli, (organizadores). – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

financiadores das operações do regime que contribuíram diretamente para as graves violações de direitos humanos.

Assim, é imperativo a responsabilidade dos particulares envolvidos direta e indiretamente pelos crimes de lesa humanidade durante o regime de exceção, até mesmo, por expressa previsão normativa convencional previsão no Estatuto de Roma (em seu art. 7, a e c) pois quem cometer esse crime individual, em conjunto ou por intermédio de outra pessoa, quer essa seja, ou não, será criminalmente responsável (alínea a), ou ainda fornecer meios para sua prática, como o caso dos empresários que forneceram sede de empresas, viaturas, dinheiro e estrutura para a prática dos crimes de lesa humanidade.

Enquanto isso, vale lembrar Elis Regina, Chora A nossa Pátria mãe gentil, Choram Marias e Clarisses, no solo do Brasil a lua, tal qual a dona do bordel, pedia a cada estrela fria, o brilho de aluguel. O bêbado com chapéu coco fazia irreverências mil, pra noite do Brasil, meu Brasil. Enquanto a ameaça à democracia permanecer, financiada e corrompida pelos seus asseclas, defensores da volta do regime militar, vale a pena reviver o canto da letra do Bêbado e o Equilibrista.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, E.D.S. DIREITO À JUSTIÇA: a questão dos civis que atuaram na ditadura brasileira. Justiça de transição: direito à justiça, à memória e à verdade/ Giuseppe Tosi...[et al.], (Organizadores).- João Pessoa: Editora da UFPB, 2014.
- APOLO, A. FILHO; SILVA, J.C.M.D. Memoria y justicia transicional para “tiempos democráticos” – Análisis del caso de la comisión de la verdad de Ecuador desde una perspectiva crítica. Rev. Direito e Práx., Rio de Janeiro, Vol. 13, N. 1, 2022.
- AVRITZER, L. Corrupção: ensaios e críticas /... [ETal], Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.
- BASUOLDO, V. Grandes empresas y dictaduras en América Latina durante la Guerra Fría: nuevas contribuciones Victoria Basualdo. Repressão aos trabalhadores e responsabilidade empresarial nas ditaduras do Cone Sul

- / Larissa R. Corrêa, Marcelo Almeida de Carvalho Silva, Richard Martins (orgs.). – Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2022.
- BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório/Comissão Nacional da Verdade. Recurso eletrônico. – Brasília: CNV, 2014
- BOHOSLOVSKY, J.P; TORELLY, M.D. Cumplicidade Financeira na Ditadura Brasileira: Implicações Atuais. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33080.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2027.
- CAMPOS, P.H.P. Entrranhas Catedrais: as empreiteiras brasileiras e a ditadura civil militar., 1964-1988. Niterói: Editora da UFF, 2014.
- CAMPOS, P; VASCONCELOS, C.B.D. A aliança empresarial-militar e a ditadura brasileira: a atuação de empresários em escolas militares e de integrantes das forças armadas em companhias privadas durante o regime pós-1964.Brasiliana: Journal for Brazilian Studies. Vol. 10, No. 2, 2021. ISSN 2245-4373.
- CIDADÃO B. Direção de Chaim Litewski. Imovision. São Paulo, 2009.
- CONSULTOR JURIDICO. Não há Anistia para Crimes contra a Humanidade (Parte II) Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-16/nao-anistia-crimes-humanidade-parte-ii/>. Acesso em: 19 de julho de 2024.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de noviembre de 2019 / [Preparado por la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos]. Disponível em: <https://oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 18 de julho de 2024.
- FAORO, R. Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro. 3.a edição, revista, 2001.
- FILGUEIRAS, F.D.B. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. Opinião Pública, Campinas, vol. 15, n. 2, Novembro, 2009, p. 386-421
- FILHO, J.C.M.D.S. Corporate Accountability for Involvement in Gross Human Rights Violations During the Brazilian Civil-Military Dictatorship – The

Role of the Truth Commissions and the Case of Volkswagen Do Brasil
Journal of White Collar and Corporate Crime 2022, Vol. 0(0) 1–15 © The
Author(s) 2022.

- _____. Marcos Teóricos da Justiça de Transição e os Processos Transicionais na América Latina. Sousa Junior, José Geraldo de. O direito achado na rua: introdução crítica à justiça de transição na América Latina / José Geraldo de Sousa Junior, José Carlos Moreira da Silva Filho, Cristiano Paixão, Livia Gimenes Dias da Fonseca, Talita Tatiana Dias Rampin. 1. ed. – Brasília, DF: UnB, 2015. – (O direito achado na rua, v. 7)
- _____. Crimes de Estado e Justiça de Transição. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 22-35, jul./dez. 2010.
- FOUCAULT, M. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.
- GASPARI, E. A ditadura escancarada. — São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- GREEN, Penny, and Tony Ward. "Corruption as State Crime." In *State Crime: Governments, Violence and Corruption*, 11–27. Pluto Press, 2004.
<https://doi.org/10.2307/j.ctt18fs3bm.5>. Disponível em:
<https://www.jstor.org/stable/j.ctt18fs3bm>. Acesso em: 17.julho de 2024
- KATRRYN, C. La Cascata de La Justicia. Cómo los Juicios de Lesa Humanid Está Cambiando El Mundo de La Política. Buenos Aires. Gidesa Editorial, 2013.
- KNACK, D. Ditadura e corrupção: a Comissão Geral de Investigações e o confisco de bens de acusados de enriquecimento ilícito no Brasil (1968-1978). – Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2018.
- LENTZ, R. República de segurança nacional – militares e política no Brasil. – São Paulo: Expressão Popular; Fundação Rosa Luxemburgo, 2022.
- MARX, K. 1818-1883 O 18 de Brumário de Luís Bonaparte; [tradução e notas Nélío Schneider; prólogo Herbert Marcuse]. - São Paulo: Boitempo, 2011.
- MATE, R. Meia noite na História: comentários as teses de Walter Benjamin sobre o conceito de História. Tradução Nélío Schneider: São Leopoldo, Editora Unisinos, 2011.

- MAZUOLLI, V.D.O. Controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018
- PADRÓS, E.S. História do Tempo Presente, Ditaduras de Segurança Nacional e Arquivos Repressivos. Tempo e Argumento. Revista do Programa de Pós Graduação em História da Universidade do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 30 – 45, jan./jun. 2009.
- PAIGE, A.[Et.al]. Como as “transições” reconfiguraram os direitos humanos: uma história conceitual da justiça de transição Justiça de transição: manual para a América Latina / coordenação de Félix Reátegui. – Brasília: Comissão de Anistia, Ministério da Justiça; Nova Iorque: Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.
- PAIXÃO, C.. Entre a Nostalgia e o Memoricide. O Judiciário e a Violação dos Direitos Humanos no Brasil Contemporâneo. EsLawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida / Larissa Ramina - Curitiba: Íthala / GRD, 2022.
- PIOVESAN, F. [et.al]. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso brasileiro. O que resta da ditadura: a exceção brasileira / Edson Teles e Vladimir Safatle (Orgs.). - São Paulo: Boitempo, 2010.
- RAMOS, A.C. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de direitos humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai / Luiz Flávio Gomes, Valério de Oliveira Mazzuoli, (organizadores). – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- RAMOS, A.C. Processo internacional de direitos humanos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012
- RAMINA, L.O. Ação Internacional contra a Corrupção. Curitiba. Juruá. 2008.
- ZAFARRONI, E.R. A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro. 1. Ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- SCHILLING, F. Corrupção, crime organizado e democracia. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 36, 2001.
- STARLING, H. A corrupção na ditadura. Disponível em <https://vermelho.org.br/2012/08/03/heloisa-maria-murgel-starling-a-corrupcao-na-ditadura/>. Acesso em: 25 de agosto de 2024.

STF. Disponível em:
<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur180280/false>. Acesso
em 16. julho de 2024.

© ***Direito e Linguagem*** nº 2, vol. 1. Extraordinário (2024), pp. 94-133
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.13754556

Diálogo crítico com a instrumentalidade do processo – parte 1: o foco na Jurisdição, a legalidade e escopos metajurídicos do processo

*Critical dialogue with the instrumentality of procedure – part 1: The
focus on Jurisdiction, legality, and the metajuridical purposes of the
procedure*

Renê Francisco Hellman¹

Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

Sumário: 1. Introdução; 2. A instrumentalidade do processo e a centralidade da Jurisdição; 3. Bülow, processo como relação jurídica, Jurisdição ao centro e processo como instrumento; 4. A legalidade na instrumentalidade do processo; 5. Os escopos: do processo ou da Jurisdição?; 6. Os escopos do processo e a técnica processual; 7. Jurisdição e Legislação; 8. Considerações Finais; 9. Referências.

Resumo: Este é o primeiro de dois ensaios cuja finalidade é realizar um diálogo crítico com as ideias sobre a instrumentalidade do processo de Cândido Rangel Dinamarco. Neste primeiro ensaio, são analisadas as noções de centralidade da Jurisdição no estudo do direito processual e as influências de Oskar von Bülow sobre a tese de Dinamarco, apontando-se os riscos de se entender o juiz como um sintetizador das opções axiológicas da sociedade no contexto da teoria de que o processo é um instrumento da Jurisdição para a consecução dos objetivos do Estado. Além disso, tem-se a observação de como a legalidade se insere no contexto da instrumentalidade do processo, dos escopos metajurídicos do processo, culminando na verificação de como a técnica processual é instrumentalizada para a consecução desses objetivos. Conclui-se, ao final, que Dinamarco, embora reconheça a importância do devido processo legal, não inclui o processo como uma das garantias constitucionais de liberdade, insistindo na ideia de que o direito processual é um conjunto de normas que concede poderes e faculdades ao juiz.

¹Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG); Professor adjunto do Departamento de Direito Processual da UEPG; Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação da UEPG; Membro da ABDPro e do IBDP; Advogado.

Palavras-chave: Processo; instrumentalidade; Dinamarco; Bülow; Jurisdição; direito processual; legalidade; devido processo legal; técnica processual.

Abstract: This is the first of two essays aimed at conducting a critical dialogue with the ideas of Cândido Rangel Dinamarco on the instrumentality of procedural law. In this first essay, the notions of the centrality of Jurisdiction in the study of procedural law and the influences of Oskar von Bülow on Dinamarco's thesis are analyzed, highlighting the risks of understanding the judge as a synthesizer of the axiological choices of society within the context of the theory that the process is an instrument of Jurisdiction for achieving the objectives of the State. Additionally, it addresses how legality fits within the context of the instrumentality of the process and the metajuridical purposes of the process, culminating in the examination of how procedural technique is instrumentalized to achieve these objectives. It concludes, in the end, that Dinamarco, although recognizing the importance of due process of law, does not include the process as one of the constitutional guarantees of freedom, insisting on the idea that procedural law is a set of norms that grants powers and faculties to the judge.

Keywords: Procedure; instrumentality; Dinamarco; Bülow; Jurisdiction; procedural law; legality; due process of law; procedural technique.

1. INTRODUÇÃO

Este é o primeiro de dois ensaios que têm por finalidade dialogar com Cândido Rangel Dinamarco, autor da obra “Instrumentalidade do Processo, assim como com autores que foram influenciados por essa linha de pensamento.

Há ainda quem veja com ressalvas e entenda como deselegância o fato de se dialogar criticamente. Não se quer com esses ensaios causar qualquer desconforto. Entende-se aqui que debater é respeitar e valorizar a obra daquele com quem se dialoga.

Cândido Rangel Dinamarco é merecedor de todas as homenagens, mesmo daqueles que discordam de sua visão sobre o processo. E esses ensaios que resultaram de um debruçar-se sobre a sua obra devem ser encarados como uma homenagem ao grande autor e professor, que merece ser lido e ter suas ideias dissecadas.

É possível dizer com segurança que a Escola Paulista de Processo, da qual Dinamarco é um dos grandes expoentes, firmou-se como a mais expressiva referência teórica para o ensino e para a prática do Direito Processual no Brasil e é por isso que o ponto de partida destes ensaios é a visão de processo que se

consolidou a partir dessa Escola, para analisá-la de forma crítica e mapear as suas influências.

Isso permitirá que se possa compreender quais as bases teóricas da doutrina instrumentalista e então aprofundar a crítica a essa visão a partir de noções do garantismo processual, movimento que vem ganhando corpo no Brasil nos últimos anos.

Então, esses ensaios destinam-se a analisar a obra de Dinamarco, considerado o marco teórico do instrumentalismo processual e, tendo em vista a vasta influência das ideias instrumentalistas, a maneira como elas motivaram a legislação processual infraconstitucional e as posições doutrinárias.

A análise que será feita nesta série leva em consideração a 16ª edição da clássica obra de Cândido Dinamarco, com revisões e reformulações de acordo com o CPC/2015, publicada no ano de 2022.

A opção por essa edição (a mais recente no momento em que se fez esta pesquisa) justifica-se porque nela o autor mantém as bases teóricas e a ideia originalmente construída quando da publicação da primeira edição, que se deu em 1987, mas acresce observações relativas à legislação processual que passou a vigorar a partir de 2016 e parte da consideração da consistência e da implantação definitiva das ideias da instrumentalidade no plano teórico, conforme admite no prefácio à 16ª edição².

O livro é dividido em duas partes. A primeira, denominada “Premissas metodológicas e conceituais”, subdivide-se em três capítulos: “Perspectivas metodológicas atuais do Direito Processual”; “A teoria geral do Processo”; “Jurisdição e poder”. A segunda parte, denominada “A instrumentalidade do sistema processual”, subdivide-se em outros sete capítulos: “Escopos da jurisdição e instrumentalidade”; “Escopos sociais”; “Escopos políticos”; “Escopo jurídico”; “Escopos do processo e técnica processual”; “A instrumentalidade em seu duplo sentido”; e, por fim, “A instrumentalidade do processo e o processo civil de resultados”.

² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade do processo*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022, p. 13.

Neste primeiro ensaio, o objetivo é analisar as ideias expostas no livro de Dinamarco, reforçando as principais ideias defendidas pelo autor e trazendo à baila as suas influências teóricas e os posicionamentos críticos encontrados na doutrina a respeito delas.

2. A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E A CENTRALIDADE DA JURISDIÇÃO

Dinamarco inicia sua tese com a apresentação das três grandes fases de evolução da ciência processual: o sincretismo, a autonomia e, por fim, a instrumentalidade. Para ele, esse terceiro momento metodológico coloca o processualista numa posição de sensibilidade com relação aos problemas jurídicos sociais e políticos e “interessado em obter soluções adequadas”, com a consciência de que o apuro conceitual chegou “a níveis mais do que satisfatórios” e que é preciso superar a posição metafísica das “investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico”³.

Nessa terceira fase metodológica na ciência processual, Dinamarco traz um importante aporte da visão constitucional do processo, com os seus princípios constitucionais que o autor identifica estarem ligados aos valores de liberdade e igualdade, “que afinal são manifestações de algo dotado de maior espectro e significação transcendente: o valor *justiça*”⁴.

Com isso, tem-se um fenômeno de escalada do princípio da legalidade para o princípio da constitucionalidade, pois as normas infraconstitucionais somente encontram legitimidade “na medida de sua compatibilidade com os valores guardados superiormente na Constituição” e Dinamarco identifica aí dois sentidos vetoriais na relação entre processo e Constituição: a) da Constituição para o processo tem-se a conformação das normas processuais àquilo que está estabelecido constitucionalmente; b) do processo para a Constituição tem-se a jurisdição constitucional que faz o controle de constitucionalidade das normas

³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 19.

⁴ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 23.

por meio do processo, entendido este como um instrumento apto a realizar a ordem constitucional⁵.

Ao tratar das mutações constitucionais, Dinamarco identifica o processo como um seu instrumento e muito embora reconheça a legalidade a que deve ser submetido o poder do Estado, coloca o juiz como um ser dotado de meios para promover a igualdade e garantir a liberdade e, ao passo em que chama de patética, louva a recomendação da Lei 9.099/1995 para que o juiz participe ativamente da instrução processual e “só se satisfaça com o resultado da experiência probatória quando seu senso de justiça estiver tranquilizado e para que dê aos textos legais a interpretação que seja capaz de fazer justiça no caso concreto”⁶.

Nessa linha, a interpretação judicial passa a ser um instrumento de mutação constitucional, influenciando no conteúdo da Constituição ou das leis, assim também no significado dos textos e nas diretrizes políticas do Estado, porque Dinamarco enxerga o que chama de “juiz autêntico” como sendo um canal legítimo por onde “o universo axiológico da sociedade impõe suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais”⁷.

Não se confunda, entretanto, o juiz com o constituidor de direitos. Dinamarco defende que a tarefa da Jurisdição é canalizar a vontade dominante, o que chama de “síntese das opções axiológicas da nação”, significando que a decisão judicial apenas revela o que já existia, contribuindo apenas com a “certeza” sobre o direito, de maneira que as mutações operadas na ordem constitucional seriam “imposições do próprio sentimento nacional e não do Estado mesmo, supostamente agindo através do juiz nessa função”⁸.

Para finalizar o primeiro capítulo, Dinamarco apresenta a perspectiva publicista do processo, constituída a partir da compreensão de que se tem uma relação jurídica processual da qual faz parte um braço do Estado, o Poder

⁵ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, pp. 22-27.

⁶ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 33.

⁷ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, pp. 36-37.

⁸ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, pp. 37-38.

Judiciário. Isso implica retirar de cena a noção privatista do processo e colaborar para ideia de que “o processo é um instrumento para o exercício do poder” e mesmo que a provocação para o exercício do poder jurisdicional possa depender de um particular, o foco deve ser sempre nos “elevados objetivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito”⁹ dos interesses individuais.

E aqui Dinamarco traz uma importante provocação, ao ressaltar o caráter público do processo e a necessária distância entre o Processo Civil e o Direito Civil, que foi promovida a partir das noções de uma Teoria Geral do Processo. Para ele, “o intenso caráter público das instituições de direito administrativo, embora não inteiramente explorado ainda em sede de teoria geral do processo, pode ser fator utilíssimo nessa tomada de consciência”¹⁰.

O caráter público do Direito Processual defendido por Dinamarco é não apenas porque o Estado-juiz componha a relação jurídica processual, mas em essência é porque enxerga o processo como “*instrumento do Estado* para a realização de certos objetivos por ele traçados”¹¹.

Um ponto marcante deste primeiro capítulo é a ausência de uma clara distinção entre ciência processual, processo e Jurisdição.

É evidente que esses três conceitos se inter-relacionam. A ciência processual tem por objeto de análise o processo, entretanto, ela não é o processo, porque este é norma e aquela é constituída pelos estudos sobre a norma. Já a Jurisdição, que é um dos poderes do Estado, opera com a norma processual e recebe contribuições da ciência processual para a realização da sua função interpretativa e aplicadora.

Diferenciados os conceitos, fica claro que o ponto de partida de Dinamarco, embora pareça ser a ciência processual, porque ele inicia tratando das fases metodológicas da sua evolução, na verdade, não é.

E também não é o processo o ponto de partida do autor. Ele está a tratar, basicamente, da Jurisdição. Este é o ponto central do primeiro capítulo da obra.

⁹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 45-46.

¹⁰ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 47.

¹¹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 49.

A visão instrumental do processualista moderno, afirma Dinamarco, leva-o a pensar soluções para aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo, aberto à infiltração dos valores constitucionais. Isso deságua em uma análise sobre as relações entre processo e Constituição, passa por observações sobre o controle de constitucionalidade e culmina em afirmações sobre o poder jurisdicional de promover mutações constitucionais, a partir dos influxos axiológicos que o juiz recebe da sociedade.

Ou seja, não se trata de ciência processual e nem de processo. O foco é na Jurisdição. O primeiro capítulo da obra busca justificar, a partir da noção de instrumentalidade, o poder dado ao juiz. E tudo isso sem que tenham sido apresentados claramente os limites da atuação da Jurisdição.

Se o juiz canaliza a vontade dominante, sintetizando as opções axiológicas da nação¹², se a interpretação judicial é um instrumento de mutação constitucional e se as decisões judiciais têm o condão de influir no próprio conteúdo da Constituição e das leis¹³, o que pode garantir que o Poder Judiciário não atribua significados às normas processuais que sejam contrários à ordem constitucional?

Não há neste primeiro capítulo uma resposta a essa indagação, porque Dinamarco não tratou do processo como fator de limitação da atividade jurisdicional, mas do processo confundido com a própria Jurisdição.

Então, em resumo, a terceira fase metodológica da ciência processual seria, na verdade, uma fase em que o seu objeto não é o processo e, sim, a Jurisdição. O mais correto, então, seria denominá-la *ciência jurisdicional*.

Nessa terceira fase, diferentemente das demais, o processo não é um adendo do direito material (sincretismo), não é mais considerado em si mesmo dotado de importância (autonomismo), mas é um adendo (um instrumento) do poder estatal que tem a função de dizer o direito. O que se verifica, basicamente, é que, para o instrumentalismo, o processo deixa de ser adjetivo do direito material e passa a ser um acessório da Jurisdição.

¹² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 38.

¹³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 36.

Essa posição busca superar a noção autonomista, criticada por entender o processo como um fim em si mesmo, mas não apresenta uma resposta adequada, porque relega o processo a um papel secundário. Antes era inferior a um ramo do Direito, agora é inferior a um poder.

Vem de Calmon de Passos uma contundente e corajosa crítica à ideia de instrumentalidade do Processo, feita a partir de uma conferência no Seminário Lopes da Costa de Direito Processual Civil, ocorrido na Pontifícia Universidade Católica de Belo Horizonte, no ano 2000, que posteriormente foi publicada como texto na Revista de Processo e compôs o volume I da obra que reuniu ensaios e artigos do professor baiano.

Quando Calmon de Passos critica o uso da expressão “instrumentalidade” do ponto de vista da dogmática jurídica, por entender que a sua significação é ampla e, portanto, de nenhuma serventia¹⁴, verifica-se o eco na crítica de Mateus Costa Pereira, para quem não é possível encarar o processo como instrumento, tendo em vista a ausência dessa categoria na ordem jurídica brasileira¹⁵.

Embora dizer que o processo é instrumento não seja afirmação apta a explicar o que o processo é, há nela uma coerência interna bem delineada por Diego Crevelin de Sousa: “Como todo instrumento é vulnerável aos desígnios de quem o manipula, dizer que algo é instrumento não é dizer o que ele é, mas a que(m) ele serve”¹⁶.

O “modismo da ‘instrumentalidade do processo’” é denunciado por Calmon como uma forma de camuflar que o processo condiciona o seu produto e, por isso, “reclama rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos – agentes, organização e procedimentos – sob pena de privilegiar o arbítrio dos decisores”¹⁷. Ao afirmar dessa maneira, Calmon refere-se tanto ao processo

¹⁴ CALMON DE PASSOS, J.J. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”. In: _____. *Ensaios e artigos*, vol. I, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 39.

¹⁵ PEREIRA, M.C. *Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 124.

¹⁶ SOUSA, D.C.D. *Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 256.

¹⁷ CALMON DE PASSOS, J.J. “Instrumentalidade do (...)”, *Ob. Cit.*, p. 33.

legislativo quanto ao jurisdicional, cada um a seu tempo, produzindo o direito, o primeiro em nível macro, o segundo em nível micro, a partir dos conflitos que lhe são levados à apreciação. A ideia de instrumentalidade do processo é vista então como algo ultrapassado, porque não aderente à realidade do Direito da contemporaneidade¹⁸.

Apesar disso, Calmon reconhece que as reformas processuais realizadas para modificar o CPC/1973 foram influenciadas pelas noções instrumentalistas e geraram a quebra do equilíbrio processual, hipertrofiando o papel do juiz e privilegiando o autor¹⁹.

As reformas processuais vêm caudatárias do que se denomina ‘crises do Poder Judiciário’. Crescente número de litígios, repetição de temas em milhares de ações individuais, lentidão na tramitação dos processos etc. costumam ser os motes para alterações legislativas para criação ou modificação de procedimentos, para imposição de novos filtros recursais, para a monocratização das decisões em tribunais e outras tantas medidas.

Em uma visão crítica sobre a constituição da sociedade brasileira, Calmon de Passos reconhece ser ela uma sociedade estamentária, caracterizada pelo fato de determinados setores sociais buscarem sempre garantir os seus privilégios, o que se transmuta em um obstáculo à competição baseada na competência e impede a responsabilização dos agentes políticos por suas decisões e atos. A partir disso, reflete sobre a disfuncionalização do Poder Judiciário e as inócuas reformas instrumentalistas feitas na lei processual, que conferiram maior poder aos magistrados, gerando “acréscimo de arbítrio” e sendo “fonte geradora de insegurança e de instabilidade dos direitos”²⁰.

Eis o centro da crítica de Calmon de Passos, o que também se vê em José Ignacio Botelho de Mesquita, que enxerga uma crise do Poder Judiciário, cujo nascedouro é encontrado na forma como este poder teve sua autoridade tolhida e desacreditada perante os demais poderes da República nos anos da Ditadura Militar iniciada em 1964²¹.

¹⁸ CALMON DE PASSOS, J.J. “Instrumentalidade do (...)”, Ob. Cit., p. 36.

¹⁹ CALMON DE PASSOS, J.J. “Instrumentalidade do (...)”, Ob. Cit., p. 41.

²⁰ CALMON DE PASSOS, J.J. “Instrumentalidade do (...)”, Ob. Cit., p. 500.

²¹ MESQUITA, J.I.B.D. “A crise do Judiciário e o processo”. In: _____. *Teses, estudos e pareceres de Processo Civil*, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 255-260.

Superada a fase de chumbo, idealizou-se, segundo Botelho de Mesquita, “um juiz acessível e eficiente, que se fizesse instrumento da paz social, comprometido não apenas com a ordem jurídica, mas com o que se veio a chamar de ordem jurídica justa”, entretanto, a nobreza do ideal não conseguiu esconder a característica de ele ser, ao mesmo tempo, “pobre quanto ao senso crítico, porque não enfrentava diretamente as causas da crise”, apenas fortalecendo os poderes do juiz em relação aos cidadãos, mas incapaz de extirpar a desconfiança dos demais poderes sobre o Poder Judiciário²².

Embora não expresse claramente nesse texto, é nítida a referência de Botelho de Mesquita à visão instrumentalista do processo e ao papel autoritário que se confia ao Poder Judiciário nesse contexto.

A centralidade da Jurisdição na teoria geral do processo é criticada por Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira, que enxergam nisso a existência de “fragmentos ideológicos perigosos, pois o Estado passa a ser o único detentor do poder, enquanto que os sujeitos apenas participam do processo, uma vez que não possuem o poder apenas são objetos sobre os quais ele se exerce”²³, razão pela qual advogam a ideia de que no centro do estudo da teoria processual deve estar a relação jurídica (esta baseada em Arthur Kaufmann), “que permite um acesso hermenêutico ao direito, porque possibilita uma visão da legislação até a decisão por meio de uma espiral hermenêutica em que a ideia do direito e a situação da vida são postos em correspondência”²⁴.

Em trabalho posterior, agora na companhia de Guilherme Lunelli, Georges Abboud critica a fórmula do “juiz antena” do instrumentalismo processual de Dinamarco. Esse modelo de juiz teria a capacidade de “captar os anseios sociais dominantes – as escolhas axiológicas da sociedade – construindo as suas decisões/interpretações com base nos valores majoritários

²² MESQUITA, J.I.B.D. “A crise do Judiciário (...)” Ob. Cit., p. 260.

²³ ABOUD, G; OLIVEIRA, R.T.D. “O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual”. *Revista de Processo*, vol. 166, p. 27-59, Dez/2008, p. 46.

²⁴ ABOUD, G; OLIVEIRA, R.T.D “O dito e o não-dito (...)” Ob. Cit., p. 47.

por ele ‘receptados’²⁵, o que fatalmente resultaria em um juiz “impositor das suas próprias ideologias ao jurisdicionado”²⁶.

Antônio Carvalho Filho destaca a fragilidade teórica do sofisma do “juiz-antena, como sujeito capaz de captar a justiça pelos impulsos morais da sociedade”, para realisticamente vaticinar que “é simplesmente impossível que alguém consiga reunir em si essa condição de síntese dos influxos de justiça a partir de uma sociedade tão plural quanto a nossa”²⁷.

Crevelin de Sousa destaca que somente faria sentido falar-se em liberdade do juiz perante a lei para realização da justiça e dos valores da sociedade “se se pressupõe a existência de uma tábua de valores que o juiz pode acessar para de lá derivar respostas unas e corretas, conformes ao ‘sentimento de justiça da sociedade’.” Mas isso não se dá dessa maneira e não há critérios na doutrina instrumentalista que permitam verificar o que seria o sentimento social e o sentimento pessoal do juiz, havendo, conseqüentemente, “um discurso que prega a crença no juiz” e favorece o decisionismo judicial, do qual, por sua vez, decorre a supremacia do Poder Judiciário.²⁸

Neste ponto também é a crítica de André Cordeiro Leal, para quem os autores instrumentalistas, muito embora rejeitem a noção chiovendiana de atuação da vontade concreta da lei pela Jurisdição, ao fim e ao cabo defendem a atuação jurisdicional como produtora de uma concretude, não mais do texto legal, mas, sim, de uma realidade social: “antes, a vontade da lei ou do legislador; agora os valores vigentes na sociedade só acessíveis a um julgador magnânimo e preparado”²⁹.

Georges Abboud, Guilherme Lunelli³⁰ e Rafael Tomaz de Oliveira³¹, ressaltam um ponto relevante das ideias instrumentalistas: a suspensão da legalidade em nome dos escopos metajurídicos que ora Dinamarco atribui à

²⁵ ABOUD, G; LUNELLI, G. “Ativismo judicial e instrumentalidade do processo”. *Revista de Processo*, vol. 242, p. 21- 47, Abr/2015, p. 27.

²⁶ ABOUD, G; LUNELLI, G. “Ativismo judicial e (...)” Ob. Cit., p. 28.

²⁷ CARVALHO FILHO, A. *A desconstrução do processo justo: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, p. 87.

²⁸ SOUSA, D.C.D. *Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 268.

²⁹ LEAL, A.C. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008, p. 137.

³⁰ ABOUD, G; LUNELLI, G. “Ativismo judicial e (...)” Idem.

³¹ ABOUD, G; OLIVEIRA, R.T.D. “O dito e o não-dito (...)”, Idem.

Jurisdição, ora ao processo, ora à ciência processual, como se tudo se tratasse de uma coisa só e estivesse à disposição daquele que detém o poder de dar a última palavra sobre a interpretação jurídica no caso concreto para executar o que é definido como os valores apreendidos a partir da observação da sociedade.

Para além da confusão conceitual que se dá quando da atribuição dos escopos para instituições diferentes, não se pode deixar de destacar como eminentemente problemático o caráter metajurídico dos escopos indicados pelo instrumentalismo processual, já que eles “não possuem critérios objetivos de aferição no Direito Processual Civil”³².

Mateus Costa Pereira ressalta o problema da pressuposição, pelos instrumentalistas, “de um julgador estritamente racional e onisciente” com potencial de ofensa à democracia e ao pluralismo, que não encontra guarida nas normativas constitucionais que tratam do Processo, assim como nas convencionais, como é o caso do artigo 8 do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto n. 678/2022).³³

No segundo capítulo, Dinamarco busca examinar o papel da teoria geral do Processo, ou seja, o âmbito da ciência processual que visa “reconstruir, sobre bases sólidas, o edifício sistemático do direito processual como um todo harmonioso”, a partir da harmonização dos institutos, dos princípios e das garantias do processo, “compondo assim o *sistema* processual”.³⁴ E nesse ponto Dinamarco mais uma vez reforça que essa sua visão sobre o braço da ciência processual que denomina de teoria geral do processo é vinculada à ideia de instrumentalidade. Não só o processo é visto como instrumento, mas também a investigação científica a respeito dele.³⁵

³²GONÇALVES, A.P. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 172.

³³ PEREIRA, M.C. *Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 127.

³⁴ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, pp. 55-56.

³⁵ “A harmonia deste (do sistema processual), como um todo dotado de unidade, é dada pela coordenação funcional entre seus componentes a partir de uma definição teleológica preestabelecida. É inerente ao conceito de sistema a consciência dos objetivos que conferem unidade a ele próprio, na diversidade dos elementos que o integram. Daí o realce metodológico dado à instrumentalidade do processo no tempo presente, constituindo ela a expressão resumida @ **Direito e Linguagem**, Ordinário nº 02, vol. 01, DOI 10.5281/zenodo.13755690, 2024. 105

Mais adiante, Dinamarco afirma que a teoria geral do processo, pelo método indutivo, chegou à instrumentalidade como “nota central de todo o sistema e tendência metodológica do direito processual contemporâneo como um todo”.³⁶

O esforço da teoria geral em harmonizar os institutos de todos os sub-ramos do Direito Processual é feito a partir de uma definição teleológica preestabelecida. Essa finalidade é a instrumentalidade. Construiu-se uma noção de unidade sistemática para os diversos ramos processuais a partir da instrumentalidade e o processo passou a ser entendido como um meio de exercício de poder: “a teoria geral do processo *chega até aonde se trata de atividades preordenadas ao exercício do poder*”, razão pela qual Dinamarco exclui da análise da teoria geral os negócios jurídicos, já que neles não há exercício de poder e, sim, exteriorização da autonomia da vontade.³⁷

No terceiro capítulo, o autor trata do tema “Jurisdição e poder” e inicia justificando a centralidade da Jurisdição na teoria processual. Essa centralidade opõe-se à fase sincretista, que focava principalmente na análise da *ação*, o que lhe conferia um caráter privatista, e à fase autonomista, cuja principal preocupação era também com a *ação* como *direito à tutela jurídica*.³⁸

Buscando superar essa postura metodológica que qualificou como individualista, Dinamarco coloca a Jurisdição no centro da teoria processual, dado o seu viés publicista, pois o sistema jurídico utiliza o sistema processual para “realizar objetivos que são seus”, e sempre haverá algo ligado ao interesse público, conceito que o autor acaba por associar ao interesse do Estado.³⁹

Nesse contexto, o processo é relegado ao papel de mero procedimento, não sendo entendido como “fonte substancial de emanção e alvo da convergência das ideias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual”. Por não ter “maior expressão substancial”, o processo em Dinamarco é “marcadamente formal e potencialmente instrumental” e o foco

dos objetivos de todo o sistema processual.” In: DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 56.

³⁶ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 69.

³⁷ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 69-70.

³⁸ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 71.

³⁹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 71.

deve ser na disciplina do poder jurisdicional, “com destaque ao que há de substancial, ou seja: o *compromisso* do Estado a prestar o seu serviço”.⁴⁰

O autor ao centralizar a análise do poder no que chama de moderna visão do direito processual, afirma que isso gera uma aproximação entre o processo e a Política. E a partir disso, conectando-se com a Ciência Política, Dinamarco entende que o poder político é “a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões”, que constituem atos de “positivação do poder”, pois seria “arbitrário falar em *positivação* somente com referência à lei”.⁴¹

Ao trazer para discussão a ideia de “dinâmica do poder”, que encontra em Dalmo Dallari, Dinamarco afirma que o “processo jurisdicional, de que se ocupa a ciência processual, insere-se mesmo, decididamente, na ‘dinâmica do poder’”. E logo em seguida faz uma tentativa de diferenciação entre os conceitos de Jurisdição e de processo: “o poder não se confunde com o método predisposto ao seu exercício, meios de que o titular dispõe”.⁴²

O curioso, aqui, é que Dinamarco faz essa diferenciação entre processo e Jurisdição, que diz serem conceitos muito distintos e que não comportam a mínima confusão, mas em outros momentos de sua obra arrasta ambos os institutos para um mesmo significado, ao não diferenciar o que seja o poder (a Jurisdição) do seu limite (o processo) e coloca este último como um mero adendo daquela.

Mesmo quando afirma que “o próprio direito processual é, afinal, disciplina jurídica da jurisdição e de seu exercício”, num sentido de limitação do poder jurisdicional, Dinamarco acaba por promover a colonização do direito processual pela Jurisdição, transformando-o em um direito jurisdicional, ao afirmar que “só em segundo plano (...) é que vemos no direito processual também a disciplina da ação, da defesa e do processo”.⁴³

⁴⁰ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 73.

⁴¹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 82-84.

⁴² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit. pp. 104-105.

⁴³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 105.

Não só o processo é posto à disposição da Jurisdição para o exercício do seu poder, mas também o direito processual se transmuta em uma ciência à qual incumbe o estudo, com proeminência, do poder jurisdicional.

3. BÜLOW, PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA, JURISDIÇÃO AO CENTRO E PROCESSO COMO INSTRUMENTO

A visão instrumentalista centrada na Jurisdição é bastante influenciada pela noção de processo como relação jurídica, de Oskar von Bülow⁴⁴, que legou ao mundo importante contribuição teórica e que ainda hoje influencia o pensamento processual.

Não se vai aqui discutir ou colocar em xeque a importância da obra de Bülow, que é considerada por grande parcela da doutrina a obra de inauguração da moderna ciência processual⁴⁵.

Passando ao largo da discussão bem posta por Igor Raatz e Natascha Anchieta sobre o fato de o “processualismo científico” não ter necessariamente gerado maior cientificidade no estudo do processo, o fato é que a obra de Bülow influenciou gerações de estudiosos do direito processual. Tanta influência teve que os próprios autores advertem que “há uma espécie de sinonímia entre *processualismo científico, publicismo e instrumentalismo processual*”.⁴⁶

⁴⁴ “Outra idéia foi a de *relação jurídica* que, aplicada ao processo civil, permitiu entendê-lo como o instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes para dirimir conflitos de interesses.” In: BUZAID, A. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022, p. 33.

⁴⁵ Não se olvide que André Cordeiro Leal defende que Bülow teria apenas delineado uma “tecnologia da jurisdição”, recusando a afirmação de que ele seria o fundador da ciência processual. (LEAL, A.C. *Instrumentalidade do (...)*, *Ob. Cit.*, p. 64-65). Também da Escola Mineira, Rosemiro Pereira Leal adverte que é “exagerada a afirmação de que o ‘processo como ciência jurídica surgiu’ a partir da obra de Bülow em 1868, porque o processo não é, em si mesmo, uma ciência, mas *objeto de esclarecimento* pela *ciência do processo*. Bülow estabeleceu, com sua obra célebre, marcos teóricos para o delineamento do processo, sustentando uma *teoria* para conceituá-lo. Entretanto, ao defini-lo, indicou um conjunto de pressupostos que emprestariam ao processo os fulcros de sua autonomia teórica. Não desenvolveu Bülow uma atividade científica, mas uma teoria do processo, segundo suas arraigadas convicções, como veremos em capítulo especial.” (LEAL, R.P. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 14ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 128). Além disso, importantes são os resgates históricos feitos por Igor Raatz e Natascha Anchieta, para quem a obra do chamado ‘processualismo científico’ ‘foi organizar um catálogo de conceitos jurídicos – muitos já existentes – e problematizá-los dentro de uma área do conhecimento jurídico que, até então, era inexistente: o *direito processual*.” In: RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?: a formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 19.

⁴⁶ RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo (...)*, *Ob. Cit.*, p. 22.

Assim sendo, o que se quer é, em essência, compreender de que modo Bülow enxergava a Jurisdição e como isso joga luzes sobre as ideias instrumentalistas sedimentadas no Brasil.

Para marcar a diferença da relação jurídica processual com a relação de direito material, Bülow destacou o caráter público daquela:

Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una *relación jurídica pública*.⁴⁷

Alguns anos depois, em outro escrito, intitulado *Gesetz und Richteramt*, Bülow defendeu a função criadora do direito pela Jurisdição. A lei é apresentada como uma preparação, uma tentativa de realização do direito, o que somente acontecerá quando o litígio jurídico for resolvido pelo juiz, que escolherá dentre as várias significações possíveis das palavras da lei, aquela que lhe pareça ser a mais justa.⁴⁸ Igor Raatz e Natascha Anchieta alertam que a ideia de Bülow é baseada na noção “de que a decisão judicial não é somente a aplicação de uma norma acabada, mas, sim, uma entrada jurídica criadora.”⁴⁹

Sobre isso, vale destacar as observações de Karl Larenz:

Não diz BÜLOW segundo que critérios deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo um critério objectivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a “natureza das coisas” ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjectivo, porventura o do seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma doutrina da interpretação teleológica da lei, como no sentido da “teoria

⁴⁷ BÜLOW, O.V. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964, p. 1-2.

⁴⁸ BÜLOW, O.V. *Gesetz und richteramt*. In: _____. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10. p. 1-43.

⁴⁹ RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo (...)*, *Ob. Cit.*, p. 62.

do Direito livre” – e foram-no, realmente, tanto num como noutro sentido.⁵⁰

O objetivo de Bülow, assim como dos demais teóricos do Movimento do Direito Livre, era o de apresentar um contraponto ao formalismo e ao legalismo que marcaram o final do século XIX na Alemanha. Partindo do pressuposto que a lei não traz a substância do direito por si mesma, mas apenas indicações de onde ela pode ser encontrada, o autor afirmava que o direito está escondido no todo da vida social e estatal, estando o juiz, então, autorizado a promover determinações jurídicas que não estejam contidas na lei, mas que tenham sido por ele encontradas, criadas, escolhidas e desejadas.⁵¹

A confiança na capacidade e na sensibilidade do juiz é uma marca da visão bülowiana que inspirou o Movimento do Direito Livre: “No âmbito da atuação do direito, o magistrado passou a ostentar o *status* de garantidor da justiça, empregando sua sensibilidade, intuição e vontade para solucionar os conflitos que lhe eram submetidos.”⁵²

Ingeborg Maus destaca, nessa fase, um papel de “juiz da lei” (um juiz colocado sobre a lei, como quem a julga, e não sendo limitado por ela), desempenhado pelos juízes alemães, “investindo-se como sacerdote-mor de uma nova ‘divindade’: a do direito suprapositivo e não-escrito. Nesta condição é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social.”⁵³

A partir disso, a autora mapeia como se construiu uma autocompreensão da magistratura sobre o papel do juiz: “avulta o projeto da Justiça de dissolver os antagonismos de interesses que jazem sob a imagem real do direito legal” e como isso resultou na adesão da Justiça alemã ao projeto de nacional-socialismo nazista de Adolf Hitler.⁵⁴ O antiformalismo e o antipositivismo dessa figura de

⁵⁰ LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamago, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 78.

⁵¹ BÜLOW, O.V. Gesetz und richteram. In: _____. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10. p. 37-43.

⁵² THIBAU, V.L. “Oskar von Bülow e o nazismo”. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 38-50, 2021, p. 45.

⁵³ MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, Nov/2000, p. 196.

⁵⁴ MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, Nov/2000, p. 196.

“juiz da lei” foram apropriados pela visão nazista sobre o Direito e o papel da Jurisdição e contribuíram para o fortalecimento desse sistema.⁵⁵

O que avulta aqui é uma curiosa compreensão sobre o papel e as capacidades do juiz, que consegue captar e canalizar os valores sociais, que muito se assemelha a noções contemporâneas “de um juiz engenheiro social”⁵⁶.

Embora não se possa correlacionar a teoria instrumentalista de Dinamarco com as visões do nazismo alemão, o que seria de todo injusto e incorreto, não pode escapar à observação a forma como na Alemanha se deu a apropriação das noções instrumentalistas pelo Judiciário que aderiu ao nacional-socialismo de Hitler e como, na teoria de Dinamarco, fez-se utilização acrítica da ideia de Jurisdição como condutora do Estado na consecução dos seus escopos e da ideia de que os juízes possam captar a consciência social e aplicar os valores dali absorvidos no julgamento dos casos concretos.

Esse apelo aos valores é bem sintetizado por Maus:

Contra o "império da lei" despersonalizado e os seus fundamentos democráticos, a Justiça reavivou fortes momentos de domínio patriarcal e de autonomia decisória quando relativizou matérias legais

⁵⁵ “Discriminações motivadas politicamente no tratamento de cada caso singular, como as que foram então exigidas, não são compatíveis com a vinculação a uma “lei” qualquer, a qual esteja em vigor por um espaço mínimo de tempo. Deste modo, aparece nas “Cartas aos Juízes” nacional-socialistas, com grande coerência, a personalidade dos juízes como uma importante garantia para a “correta” jurisprudência, cujas tarefas “só poderiam ser executadas por seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta”; a magistratura deveria representar a “elite nacional”. Na literatura jurídica da era nazista tal crença aparece de modo lapidar: o “juiz-rei do povo de Adolf Hitler deve libertar-se da escravidão da literalidade do direito positivo”. As “Cartas aos Juízes” também tinham em vista a elite judiciária, quando advertiam acerca de não se utilizar servilmente “das muletas da lei”, sustentando também que o juiz era visto como “auxiliar direto da condução do Estado”. Na realidade, revela-se aqui na forma de sua completa destruição a ligação entre legislação e independência da Justiça. Uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face das necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos. Esse processo foi direcionado mediante uma problemática moralização do conceito de direito. É nesse contexto, em 1942, em meio à extrema perversão da Justiça alemã, que se formula esta bela máxima: “O juiz é a corporificação da consciência viva nacional.” In: MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, Nov/2000, p. 197

⁵⁶ NUNES, D.J.C. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed., 4ª reimp., Curitiba: Juruá, 2012, p. 92.

isoladas, apelando para convenções morais e "valores". Exatamente nessa auto-representação da Justiça como instância moral localiza-se sua contrapartida à libido projetada pela sociedade.⁵⁷

Os perigos de se teorizar o poder jurisdicional a partir do processo como instrumento à disposição “do sentimento, da vontade e da intuição do juiz-soberano”, implica, como salienta Vinícius Lott Thibau, “imprevisibilidade decisória, que é nefasta ao direito democrático”, razão pela qual, ao incorporar acriticamente as noções instrumentalistas de inspiração bülowiana, a doutrina brasileira corre o risco de construir uma noção totalitária para os conceitos de Jurisdição e de processo.⁵⁸

No Brasil, André Cordeiro Leal identificou o chamado *paradoxo de Bülow*. Em suas obras, o autor alemão ressalta a importância dos juízes, cuja função era efetuar o controle da formação e da validade da relação jurídica processual e que produziria uma decisão que poderia contrariar o sentido e a vontade da lei, o que era admitido por ele como um tributo prestado pelo legislador à fraqueza do poder de expressão e expressão humanas⁵⁹.

Desse modo, “o controle da relação processual permitiria, em última análise, o controle de todo o direito vigente”, sem que Bülow tivesse explicado como se daria o controle da atividade jurisdicional criadora: como o Processo pode ser, ao mesmo tempo, instrumento do poder e sua limitação? Esse paradoxo acabou por contaminar as teorias que derivaram do pensamento bülowiano.⁶⁰

Outros autores, além de Bülow, foram responsáveis pela consolidação de uma visão publicista sobre o processo e formaram o caldo cultural de onde foram resgatadas ideias para a construção de uma concepção instrumentalista do processo brasileiro. Essas outras influências serão analisadas posteriormente, no momento oportuno.

⁵⁷ MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, Nov/2000, p. 200.

⁵⁸ THIBAU, V.L. Oskar von Bülow e o nazismo. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 38-50, 2021, p. 47.

⁵⁹ BÜLOW, O.V. Gesetz und richteram. In: _____. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10. p. 37.

⁶⁰ LEAL, A.C. *Instrumentalidade do (...) Ob. Cit.*, pp. 60-65.

4. A LEGALIDADE NA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Em sua obra, Dinamarco⁶¹ apresenta a perspectiva funcional da Jurisdição. Partindo do pressuposto de que ela é uma das manifestações do poder estatal, que se diferencia da Administração e da Legislação porque se trata de uma função diversa, afirma que há um feixe de objetivos a serem alcançados pela prestação dos serviços jurisdicionais: a) atuação da vontade do direito substancial; b) pacificação dos conflitos mediante a educação sobre os direitos; c) afirmação do poder estatal, com participação dos cidadãos e preservação da liberdade.⁶²

Estes mesmos objetivos aparecem posteriormente na obra como sendo os escopos do processo, numa clara confusão conceitual entre Jurisdição e Processo.

Dinamarco dedica-se a examinar as relações entre os conceitos de processo, procedimento e contraditório, destacando o que denomina de “reabilitação do procedimento, como instituto processual de primeira importância”. Na sua visão, a partir de uma análise do ordenamento jurídico brasileiro, “o procedimento tem o valor de penhor da *legalidade* no exercício do poder”.⁶³

Essa legalidade, reconhece Dinamarco, não encerra o conceito de *due process of law*, embora sirva como um meio de preservar o devido processo, pois, para ele, o importante “é a estrutura de oportunidades e de respeito a faculdades e poderes processuais, que a Constituição e a lei impõem ao juiz que comanda o processo”.⁶⁴

Aqui o raciocínio do autor é interessantíssimo. Fala-se em uma estrutura constitucional com normas voltadas ao direito processual que concede poderes e faculdades a quem exerce a função jurisdicional. Reconhece-se o valor da legalidade, mas ela somente fará sentido se servir a essa estrutura que concede poderes e faculdades ao juiz.

⁶¹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 104-105.

⁶² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 107.

⁶³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 116-117.

⁶⁴ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 116-117.

É clara a inversão de polos nessa visão. A legalidade está subposta. A jurisdição está sobreposta. Fala-se em faculdades e poderes dados pela Constituição ao juiz, mas não se diz quais.

Na realidade, a Constituição não faculta coisa alguma ao juiz. O que há é a atribuição de poderes-deveres. É o poder-dever de prestar o serviço jurisdicional do qual decorrem todos os deveres a isso inerentes. E o devido processo legal, nesse contexto, vai funcionando em favor do jurisdicionado, de modo a limitar o exercício do poder-dever atribuído à Jurisdição.

Na sequência, Dinamarco elabora crítica ao que chama de *estrita legalidade* dos atos do processo, associando-a à noção de fetichismo da forma, o que contrariaria o ideal de um processo civil de resultados. O autor elabora crítica aos três Códigos de Processo Civil brasileiros, que teriam apenas formulado normas programáticas com promessa de liberdade das formas e faz uma ode ao sistema dos Juizados Especiais, instituído a partir da Lei 9.099/1995:⁶⁵

O entusiasmo com o sistema de “ampla liberdade das formas” dos Juizados Especiais é evidente. Entretanto, está ausente uma análise do que se pôs em prática nesse sistema ao longo dos quase 30 anos de vigência da Lei 9.099/1995. Já não se trata mais de um projeto de sistema e já seria possível que as afirmações elogiosas que o autor faz sobre os Juizados Especiais fossem comprovadas a partir de dados coletados.

Afirma-se que as garantias processuais do contraditório, da igualdade, da ampla defesa etc. teriam melhores condições de realização no procedimento dos Juizados Especiais do que no modelo estabelecido pelos códigos processuais, mas não há provas de que isso, de fato, tenha ocorrido ao longo de tantos anos de vigência da Lei.

⁶⁵ “A ampla liberdade forma, estabelecida lá e defendida aqui, não é limitada e nem abre campo ao arbítrio. A ruptura de velhos hábitos nessa preconizada mudança de mentalidade proposta na revolucionária lei especial, pretende demolir somente a estrutura formal do processo tradicional, não para imolar princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização. O juiz criará modos de tratar a prova, de colher a instrução ou de sentir as pretensões das partes (...). Nesse modo de participar e abrir canais para a efetiva participação ele estará dando à garantia constitucional de contraditório uma dimensão jamais obtida na prática, além de sair do imobilismo do juiz-espectador.” In: DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 118.

E Dinamarco deposita extrema confiança no papel do juiz no defendido sistema de ampla liberdade das formas, apostando no papel criativo (“o juiz *criará* modos de tratar a prova”) e na sensibilidade do julgador (“sentir a pretensão das partes”) para, em seguida, admitir que o juiz é um agente político do Estado, dotado de poder e que também é “expressão da democracia indireta”, razão pela qual não seria adequado “enclausurá-lo em cubículos formais do procedimento”.⁶⁶

Nesse contexto, o procedimento é entendido como um legitimador do resultado do exercício do poder. Para Dinamarco, a ampla liberdade das formas encontra limites nas garantias fundamentais constitucionais do processo (contraditório, igualdade, inafastabilidade do controle jurisdicional e devido processo legal). Nele, a participação, como um postulado da democracia, deve ser garantida às partes e também implica “*ativismo judiciário*, que é a expressão da postura participativa do juiz”.⁶⁷

Como se vê, até mesmo o contraditório é visto como um *dado ao juiz* e isso acaba por esvaziar o contraditório como garantia das partes, pois coloca o julgador como um agente super-participativo do procedimento, com poderes de grande interferência na prática e no encadeamento dos atos processuais, pois a própria legalidade é posta à serviço do exercício do poder.

Nessa linha, considerando que o juiz é um agente com direito ao contraditório, com poderes de instrução, de criação, com capacidade de sentir a pretensão das partes, nota-se a ocorrência de um fenômeno curioso: ao mesmo tempo em que o juiz “desce” um degrau para participar ativamente do procedimento, ele acaba por influenciar fortemente os seus rumos e, invariavelmente, os rumos da decisão que terá que proferir ao final, isso o dota de grandes poderes, fazendo-o “subir” outros tantos degraus, pois o contraditório não lhe é imposto como um limite e, sim, como uma condição de possibilidade de exercício de seu poder.

⁶⁶ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 118.

⁶⁷ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 120-122.

Quando trata da legitimidade do processo e do exercício da Jurisdição, Dinamarco invoca a necessária aproximação do direito processual com o constitucional, mas vê neste último, muito mais do que um corpo de normas, uma “consagração dos valores fundamentais da nacionalidade”, de modo a não compreender os ditames constitucionais como “exigências positivadas” de hierarquia superior às leis (o que chama de uma “acanhada e frágil visão *legalista* do problema, própria do positivismo jurídico”). O primeiro e mais importante fator de legitimidade, para Dinamarco, é “a compatibilidade do sistema processual com essa realidade axiológica”.⁶⁸

E para além disso, o autor identifica a variação do grau de legitimidade da Jurisdição nas variações do grau de sua eficiência, que é medida a partir da fidelidade aos seus escopos que são “objetivos individuais e coletivos, situados no plano jurídico, social e mesmo político propriamente dito”.⁶⁹

5. OS ESCOPOS: DO PROCESSO OU DA JURISDIÇÃO?

Na Parte Segunda de sua obra, Dinamarco propõe-se a tratar sobre a instrumentalidade do sistema processual e inicia com a análise dos escopos da Jurisdição e suas relações com a instrumentalidade. E mais uma vez fica evidente a confusão conceitual entre Jurisdição e processo. Ao longo do texto é comum que o autor inicie falando de um e termine falando de outro, como se fossem a mesma coisa.

O processo é posto como uma instituição cuja legitimidade deve estar apoiada “não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos pela sociedade.” E isso, para Dinamarco, evidencia a relevância dos escopos do sistema processual e da Jurisdição.⁷⁰ Os conceitos estão liquidificados, como se formassem algo que não se pudesse enxergar sem que estivessem juntos: Jurisdição, processo e sistema processual formam uma coisa só, com os mesmos escopos.

E a partir disso o autor desenvolve sua noção de relatividade social e política, com a apresentação de um “escopo metajurídico da jurisdição,

⁶⁸ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 126.

⁶⁹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 131.

⁷⁰ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 133.

geralmente localizado na *paz social*”, que decorre de uma visão a partir do que chama de “Estado social contemporâneo”. Nele, recusa-se a ideia de um “juiz espectador e conformado”, que resultou de uma superação de uma visão qualificada como tradicional da justiça e do processo, própria do Estado liberal, em que “no fazer cumprir a lei exauria-se a ideia de promover justiça mediante o exercício da jurisdição” e em que o processo estava dissociado do pensamento social de seu tempo.⁷¹

O primeiro escopo social apresentado por Dinamarco é a pacificação com justiça. Nele, o autor enxerga a segurança jurídica como um “degrau na obtenção do objetivo último de pacificação”, na medida em que admite que “às vezes a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente”, mas adiciona o componente do valor justiça como sendo “o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”.⁷²

Para o autor, Legislação e Jurisdição têm um escopo fundamental, que é a promoção da paz social. Nessa linha, “*direito e processo* compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos”.⁷³ Aqui, Dinamarco acaba por confundir o processo jurisdicional com um conceito maior de processo de produção da norma. Este último, muito mais amplo, que se inicia a partir das discussões com a sociedade sobre a produção de textos legais e termina com a produção do comando normativo para um determinado caso concreto é um conceito continente do processo jurisdicional, que se dá no âmbito do Poder Judiciário, para a resolução de um conflito específico e que é regido pelas normas processuais.

Daí porque ser necessária a distinção entre Jurisdição e processo. Enquanto a Jurisdição tem por escopo solucionar os conflitos, sendo parte do processo maior de produção da norma, as normas processuais (o processo) têm por escopo limitar o poder jurisdicional no exercício da sua função de solucionar conflitos.

⁷¹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 138-139.

⁷² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 145.

⁷³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 143.

O processo não soluciona conflito, quem o faz é a Jurisdição. O processo não pacifica com justiça, quem o faz é a Jurisdição. O processo é a garantia do jurisdicionado de que o poder não será exercido fora dos limites legais. E essa compreensão deveria ser tanto mais forte quanto mais se confiasse à Jurisdição escopos metajurídicos, como promover a paz social, pacificar com justiça etc.

O segundo escopo social é o da educação dos membros da sociedade a respeito dos seus direitos e obrigações, que é visto pelo autor como um escopo instrumental, já que a finalidade última é a pacificação com justiça⁷⁴.

Ao tratar dele, Dinamarco usa como exemplos os sistemas consumerista e dos Juizados Especiais Cíveis, cuja finalidade era trazer ao Judiciário a discussão de questões antes resolvidas por outros mecanismos e acabar com a chamada litigiosidade contida. Tais sistemas pretendem “estabelecer um clima generalizado de confiança no Poder Judiciário e, mais além, de segurança social e insatisfações eliminadas”⁷⁵. Décadas depois, ainda é preciso medir com dados esse nível de confiança e verificar se os objetivos foram alcançados e em que medida.

Mas afora essa discussão sobre os efeitos dos dois sistemas usados como exemplos do escopo de educação por Dinamarco, ainda aqui se vê a confusão conceitual, que ganha contornos ainda maiores. Para além de se confundirem os conceitos de processo e Jurisdição, a partir do exemplo do sistema do consumerista, traz-se mais um componente, que consiste no fato de que o Código de Defesa do Consumidor, muito embora contenha regras processuais, é muito mais – e antes de tudo – um sistema de direito material. Desse modo, não se pode usá-lo (ao menos não dessa forma genérica sem a separação conceitual necessária) como base para tratar de escopo da Jurisdição e do processo.

Para a construção dos escopos sociais do processo, Dinamarco parte da noção de um “Estado social contemporâneo”, que cultua a justiça como um valor com conteúdo substancial e efetivo⁷⁶. A instrumentalidade do processo é a consolidação de uma teoria que atribui ao processo e à Jurisdição escopos

⁷⁴ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 147.

⁷⁵ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 147.

⁷⁶ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 28.

metajurídicos. Por isso, é possível vislumbrar a ligação entre a teoria instrumentalista que faz escola no Brasil com o socialismo jurídico de Anton Menger e o processo como promotor do bem-estar social de Franz Klein.

Anton Menger, professor húngaro, contemporâneo de Franz Klein na Universidade de Viena, que é considerado como o grande expoente do socialismo jurídico⁷⁷, identificava uma tendência entre os juristas de não considerarem a posição dos mais pobres diante do direito e da busca pelos seus direitos, do que decorria uma parcialidade em favor dos ricos: *“La mayor parte de ellos sigan á los ricos y á los poderosos, y sostienen los intereses efectivos de los que tienen e de los dominadores, con el mismo celo com que defienden sus tontas pretensiones”*⁷⁸.

Apesar de admitir a parcialidade dos juristas em favor dos ricos e também de considerar a parcialidade dos juízes, notadamente no âmbito da justiça criminal, Menger apostava no protagonismo do juiz no procedimento civil, para que pudesse intervir espontaneamente na administração da justiça, com o fim de promover a proteção dos direitos dos mais pobres.⁷⁹

Ao vislumbrar o sistema processual e o sistema de funcionamento do Poder Judiciário como um mundo complexo, Menger atribuía à opacidade desses sistemas o resultado insatisfatório na proteção dos direitos dos mais pobres. Para ele, ainda que houvesse regras prevendo que advogados tivessem que atuar de forma gratuita em favor dos mais pobres, isso não era suficiente, tendo em vista que esses serviços não remunerados, em regra, eram desempenhados de forma insatisfatória. Daí a razão de se pensar em um juiz ativo, que atuasse em favor dos menos favorecidos.⁸⁰

⁷⁷RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?: a formação da “teoria gera do processo” sob a ótica do garantismo processual*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 88-89.

⁷⁸MENGER, A. *El derecho civil de los pobres*. Trad. Adolfo Posada, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898, p. 100-101.

⁷⁹MENGER, A. *El derecho civil de los pobres*. Trad. Adolfo Posada, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898, p. 121.

⁸⁰MENGER, A. *El derecho civil (...), Ob. Cit.*, pp. 118-123.

A partir disso, Anton Menger constrói sugestões de mudanças nas normas do procedimento civil. São elas: a) “*obligar al Juez civil á instruir gratuitamente á todo ciudadano, especialmente al pobre, acerca del Derecho vigente*”; b) uma vez encerrada a fase postulatória, com apresentação da demanda e da defesa, “*el Juez debería proceder em el litigio de oficio*”; c) sendo o rico representado por advogado, “*el Juez debería procurar establecer un equilibrio entre las partes, asumiendo la representación de la parte pobre*”.⁸¹

Como se pode ver, para esse modelo social de processo, a imparcialidade não é uma das preocupações em relação ao papel do juiz. Pensa-se, ao contrário, em um juiz ativo que funcione como discriminador positivo em favor dos mais pobres, com a finalidade de torná-los mais iguais aos ricos.

Além disso, fica bastante evidente em Menger o papel educativo do juiz, com sua função de instruir especialmente os cidadãos pobres sobre o Direito vigente. Esse ponto de vista social e educativo também pode ser verificado em Franz Klein, influenciado que foi por Anton Menger e que concebeu o processo como uma ferramenta para a educação e para a promoção do bem-estar social.⁸²

Nicola Picardi, com apoio em Peter Böhm, esclarece a influência de Franz Klein para a concepção de um modelo social de processo, que consolida a noção publicista, estabelecendo para ele a função de realizar escopos sociais e econômicos:

Peter Böhm, valendo-se também de algumas referências significativas à anterior legislação processual austríaca, destacou que o principal mérito de Franz Klein é o de ter criado, em oposição ao modelo liberal, o primeiro modelo social do processo. A pedra angular deste modelo é constituída pelo novo papel reconhecido ao juiz, enquanto «órgão do Estado, ao serviço da lei, do bem comum e da paz social». Estamos agora perante uma concepção publicista de justiça civil, de uma forma de “engenharia social” regida e preparada para o sistema judicial. (tradução livre)⁸³

⁸¹MENGER, A. *El derecho civil (...)*, Ob. Cit., pp. 126-127.

⁸²PICARDI, N. Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. *Historia et ius*: rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna, n 2/2012, disponível em: www.historiaetius.eu, p. 9.

⁸³“*Peter Böhm avvalendosi anche di alcuni significativi richiami alla precedente legislazione processuale austriaca, ha posto in evidenza che il principale merito di Franz Klein è quello di aver realizzato, in contrapposizione al modello liberale, il primo modello sociale del processo*91. Il cardine di tale modello è costituito dal nuovo ruolo riconosciuto al giudice, quale «organo statale, a servizio del diritto, del bene comune e della pace sociale». Siamo ormai in presenza di una concezione pubblicistica della giustizia civile, di una forma di «ingegneria sociale» governata e

@ Direito e Linguagem, Ordinário nº 02, vol. 01, DOI, 10.5281/zenodo.13755690, 2024. 120

Igor Raatz e Natascha Anchieta, após importante resgate histórico, identificaram nesse modelo processual idealizado por Franz Klein as influências da visão social sobre o Direito de Anton Menger, mas também “algumas das características da legislação processual absolutista prussiana”, que resultou na “construção de um modelo de processo *anti-liberal, autoritário (por extirpar direitos processuais das partes e conferir poderes discricionários ao juiz) e moralista*, na medida em que concebia o processo como um *mal social*”.⁸⁴

Também é nítida a influência do processualismo científico germânico e da reforma processual austríaca de Franz Klein no processualismo científico italiano capitaneado por Giuseppe Chiovenda^{85 86} que, juntamente com seus discípulos, deu “ao direito processual a robustez teórica e científica necessária para propagar essas ideias em diversas legislações do século XX.”⁸⁷ E a visão germânica socializadora no processo chegou para os latinos a partir das ideias defendidas por Chiovenda a partir de sua proposta de reforma do código processual italiano de 1920, conforme destaca Dierle Nunes com apoio em Couture⁸⁸.

predisposta per il sistema giudiziario.” In: PICARDI, N. *Le riforme processuali e sociali di Franz Klein. Historia et ius: rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, n 2/2012, disponível em: www.historiaetius.eu, p. 15.

⁸⁴ RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?: a formação da “teoria gera do processo” sob a ótica do garantismo processual*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 97.

⁸⁵ NUNES, D.J.C. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed., 4ª reimp., Curitiba: Juruá, 2012, p. 56.

⁸⁶ Esta não é, entretanto, a posição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, para quem a mudança operada em relação à natureza do Processo, que deixou de ser visto como algo à disposição das partes e passou a ser entendido como um meio para a manifestação da autoridade estatal, “nada teve a ver com o surgimento de uma ideologia diversa da liberal, e muito menos com uma tentativa de inserção do processo civil em uma dimensão social, constituindo apenas o resultado da evolução da cultura jurídica.” Eles localizam em Chiovenda influências do modelo de Estado Liberal, sendo a sua posição teórica uma continuidade do pensamento dos juristas do século XIX, tendo em vista que ele jamais questionou o acesso ao Poder Judiciário pelos cidadãos desprivilegiados e nem mesmo a efetividade dos procedimentos que pudessem tutelar os direitos dessa classe social. Marinoni, Mitidiero e Arenhart admitem que Chiovenda contribuiu para o desenvolvimento da natureza publicista do processo, mas manteve-se fiel ao positivismo clássico. (MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 42).

⁸⁷ RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?: a formação da “teoria gera do processo” sob a ótica do garantismo processual*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 117.

⁸⁸ NUNES, D.J.C. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed., 4ª reimp., Curitiba: Juruá, 2012, p. 96.

@ Direito e Linguagem, Ordinário nº 02, vol. 01, DOI 10.5281/zenodo.13755690, 2024. 121

Michele Taruffo faz associação entre a mudança na concepção de Estado, propugnada por Franz Klein, que passa a ser um garantidor ativo da aplicação do direito para todos os cidadãos e a mudança na visão sobre a função do processo, que, embora sirva para a resolução dos litígios, nesse contexto passa a ter como função fundamental a correta e eficaz aplicação das normas às situações concretas, nos termos das lições de Chiovenda⁸⁹.

Adentrando na discussão sobre a perspectiva socializadora no âmbito processual, Dierle Nunes alerta sobre a dificuldade de se fazer uma verificação pragmática de uma série de pressupostos necessários à sua implantação, em especial, “a existência de um corpo de magistrados com amplos conhecimentos humanísticos, filosóficos e econômicos, capaz de captar valores uniformemente compartilhados por uma sociedade (...)”.⁹⁰

No Capítulo IV, Dinamarco dedica-se aos escopos políticos do sistema processual. Partindo do pressuposto que há um comprometimento entre este e a Política, o autor apresenta três aspectos fundamentais dessa relação: o poder, que é a capacidade de o Estado decidir de forma imperativa; o culto ao valor liberdade, que dá contornos ao exercício do poder; e a participação dos cidadãos.⁹¹

E aqui mais uma vez percebe-se a proeminência do papel da Jurisdição e a confusão entre ela e a instituição processo. Dinamarco afirma que “*poder* (autoridade) e *liberdade* são dois polos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter”⁹². O protagonismo jurisdicional aqui funciona inclusive como mecanismo de contenção do poder do próprio Estado e o processo não encontra lugar nessa equação de equilíbrio de forças entre poder e liberdade.

⁸⁹ “Non si nega che esso serva a risolvere controversie, ma si afferma – come fa soprattutto Chiovenda in Italia – che la sua funzione fondamentale consiste nella corretta ed efficace applicazione delle norme di diritto alle situazioni che vengono portate in giudizio. Si verifica così il passaggio del processo civile dall’area del diritto privato all’area del diritto pubblico: un passaggio, questo, che segna una profonda trasformazione delle opzioni valutative, ossia delle ideologie, relative allo Stato e all’amministrazione della giustizia civile.” In: TARUFFO, M. Ideologias e teorias da justiça civil. *Revista de Processo*, vol. 247/2015, p. 49 – 60, Set/2015, p. 51.

⁹⁰ NUNES, D.J.C. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed., 4ª reimp., Curitiba: Juruá, 2012, p. 59.

⁹¹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, pp. 151-158.

⁹² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...) Ob. Cit.*, p. 151.

Nem mesmo quando trata do terceiro aspecto, a participação dos cidadãos, Dinamarco considera o processo como um todo como garantia de participação, pois ao exemplificá-lo menciona a ação popular. Embora não se negue que nesse tipo de procedimento haja participação popular para a busca da tutela jurisdicional sobre determinados bens jurídicos de interesse público, o exemplo é muito limitado.⁹³

O que se tem, no exemplo, é a garantia do direito de ação.

Entretanto, se se fosse analisar sob a ótica do processo como garantia, para evidenciar a participação dos cidadãos, bastaria mencionar a garantia do contraditório, que permite, em todos os processos, a participação das partes na construção do provimento jurisdicional. Este exemplo, sim, abrangente, no entanto, não pressupõe um protagonismo do poder jurisdicional como quer Dinamarco quando analisa as relações entre os dois primeiros aspectos, poder e liberdade.

O uso da garantia do contraditório como exemplo da participação do cidadão evidenciaria que o culto à liberdade, segundo aspecto, não equilibraria o exercício do poder “mediante o exercício da jurisdição”⁹⁴, porque a Jurisdição é poder também. O culto à liberdade teria que ser, então, um aspecto que limita o poder do Estado, em todas as suas facetas (Legislação, Administração e Jurisdição), a partir do respeito às garantias processuais.

Embora não se negue que a Jurisdição possa impor limites ao exercício dos demais poderes estatais, ela o faz, e só o faz de forma legítima, se o fizer a partir dos limites que a norma processual estabelece. Ou seja, trata-se também de um poder limitado, que, por consequência, impõe limites a outro poder. Entretanto, o limite básico é o processo. Então o culto ao valor liberdade como limite à capacidade estatal de decidir imperativamente está relacionado de forma inafastável ao processo como garantia e não ao processo como instrumento da Jurisdição.

⁹³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 153-154.

⁹⁴ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 151.

A “jurisdição constitucional das liberdades” é vista por Dinamarco como o resultado da “estreita instrumentalidade que liga o processo à Constituição e à ordem política nela delineada”, cuja finalidade é “efetivar as garantias de liberdade ofertadas no plano constitucional”. E a partir disso, o autor cita os exemplos do *habeas corpus*, do mandado de segurança e da ação popular como exemplos de técnica processual voltada à consecução dos escopos políticos.⁹⁵

O processo, no entanto, não é encarado como uma garantia de liberdade ofertada no plano constitucional, como se a previsão do devido processo legal não estivesse ladeando outras garantias de liberdade no mesmo art. 5º da Constituição Federal. E isso porque, se o processo fosse visto também como uma garantia de liberdade, fatalmente ter-se-ia que concluir que ele não serve à Jurisdição e, sim, que ele a limita, mesmo naqueles casos em que a Jurisdição está atuando, em tese, para proteger outras liberdades constitucionais.

Ao abordar o escopo jurídico do sistema processual, Dinamarco enfrenta a discussão entre as teorias unitária e dualista e defende esta última ao afirmar que “é ilusória a ideia de que os direitos só são efetivos quando afirmados e impostos por via do processo, não passando de mera promessa antes disso”. Reputando o juiz como o “autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico”, o autor critica os teóricos unitários que equiparam o juiz ao intérprete musical. Enquanto este teria maior liberdade interpretativa, o juiz, se pudesse alterar a “partitura” jurídica ao seu gosto “instabilizaria as relações humanas mediante ruptura da *segurança jurídica*”.⁹⁶

Em Dinamarco, os limites para o juiz estão nos “lindes da lei” e nos “valores que o clima axiológico da sociedade projeta sobre os fatos”. Entretanto, embora em sua tese o autor se esforce para renegar ideias de livre interpretação pelo juiz, afirmando que para que seja mantida a segurança jurídica deve haver “respeito à legalidade no trato do *processo* pelo juiz”, ao não enxergar o processo como uma garantia, Dinamarco acaba por empoderar sobremaneira o juiz, fazendo-lhe meras recomendações de respeito ao devido processo legal.⁹⁷

⁹⁵ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 154.

⁹⁶ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 174-178.

⁹⁷ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 178-180.

E isso se dá porque Dinamarco confia ao juiz a capacidade de ser a entidade que captará o clima axiológico da sociedade. O depósito de tamanha confiança na pessoa do juiz parece considerar que se trata de um tipo especial de ser humano. Apesar de negar que o juiz possa fazer juízo do bem e do mal sobre as disposições normativas, o autor aposta na sensibilidade do juiz de buscar no sistema de direito positivo a justiça para o caso concreto: “Tem liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça”.⁹⁸

E nesse contexto até mesmo as normas processuais são postas à disposição do sentimento de justiça do juiz. Ao instrumentalizá-las em favor da Jurisdição, Dinamarco rompe quaisquer limites objetivos que pudessem haver para a atuação do juiz na interpretação dos casos conflituosos que lhes são submetidos. De nada adianta alertar o juiz que ele não deve ultrapassar os valores que o clima axiológico social projeta sobre os fatos da causa ou que ele não pode avançar sobre os limites da lei, quando o freio que o ordenamento jurídico instituiu (o processo) não é visto como tal e, sim, como instrumento à disposição do poder.

A partir da teoria dualista, Dinamarco defende, então, que o escopo jurídico da Jurisdição não é a composição das lides com a criação das regras que as disciplinarão e, sim, a “*atuação da vontade concreta da lei*”. Para ele, enquanto a Jurisdição tem na lei o objeto dos seus cuidados, a “Administração tem na lei o limite de sua atividade”.⁹⁹ E aqui tem-se mais uma afirmação problemática, já que Dinamarco não faz a distinção entre a lei material e a lei processual e a forma como elas são manejadas pela Jurisdição.

A comparação com a Administração é importante. Como afirma Dinamarco, a Administração tem seu limite na lei, o que é representação da força da legalidade sobre o exercício desse poder estatal. Em outra ponta está a Jurisdição, também um poder estatal, mas com uma função diferente que passa

⁹⁸ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 179.

⁹⁹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 188-189.

pela interpretação da lei. Desse modo, para que o exercício do poder jurisdicional encontre limites, também para ele há de valer a legalidade e aí entram em cena as normas processuais, que serão as garantidoras do respeito à legalidade nesse processo interpretativo que fará o juiz a respeito das normas de direito material que circundarem o conflito.

O objeto dos cuidados da Jurisdição é a lei material, mas assim como a Administração encontra limites na legalidade, a Jurisdição também encontrará e eles serão dados pela lei processual. Essa distinção, no entanto, não é feita por Dinamarco, que instrumentaliza a norma processual a favor do poder jurisdicional, tornando-o sem limites no manejo da lei material e da processual, por consequência.

6. OS ESCOPOS DO PROCESSO E A TÉCNICA PROCESSUAL

No capítulo VIII, Dinamarco traça um paralelo entre os escopos do processo e a técnica processual. Por técnica, o autor entende a “predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais”¹⁰⁰, enxergando nela um caráter eminentemente instrumental e, ao repudiar “o positivismo jurídico e suas projeções sobre o modo de ver o processo”, Dinamarco defende que se pensem os temas processuais a partir das finalidades que se quer atingir, influenciadas que são pelos “valores substanciais eleitos pela nação”¹⁰¹.

Como exemplo desse movimento de adaptação das técnicas processuais para o alcance dos objetivos pré-determinados, mais uma vez, o autor lança mão dos Juizados Especiais:

Exemplo magno são os *juizados especiais* – projeção nacional de congêneres alienígenas como as *small claims courts* norte-americanas. A aproximação da Justiça à população, quando feita sem os intuitos demagógicos e corporativistas denunciados quanto a uma tentativa europeia ocorrida no último século, é um dos pontos cardeais de uma “nova política judiciária” compatível com as exigências do tempo e com a visão pluralista dos objetivos do processo.¹⁰²

¹⁰⁰ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 202.

¹⁰¹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 203.

¹⁰² DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 204.

Uma afirmação dessa natureza como projeção de um possível vir-a-ser quando da entrada em vigor de uma nova lei seria tolerável e até mesmo esperada. Entretanto, quase 30 anos depois da vigência da lei que instituiu o sistema dos Juizados Especiais já se tem condições plenas de se verificar se, de fato, houve a esperada aproximação da Justiça com a população e se essa nova política judiciária trouxe os ganhos de eficiência esperados.

Mas é possível ir além na análise dessa passagem, porque ela bem demonstra a confusão conceitual que marca a obra de Dinamarco entre processo e Jurisdição. A Lei 9.099/1995 ao instituir o sistema dos Juizados Especiais, de fato, inaugurou uma nova política judiciária, porque tratou sobre a organização de um braço do Poder Judiciário destinado a dar vazão a demandas de menor complexidade e teve a pretensão de fazê-lo em tempo menor do que fazia a Justiça Comum.

Entretanto, não se pode dizer que houve a criação de um novo sistema processual, porque o modelo constitucional de processo continuou válido e vigente sobre as previsões legais da Lei 9.099/1995 e as outras leis que a sucederam.

Ainda que tenham instituído novos procedimentos, as leis regentes do sistema dos Juizados Especiais modificaram o sistema jurisdicional, mas não modificaram o sistema processual. Devido processo legal, contraditório, ampla defesa, imparcialidade, exigência de fundamentação das decisões judiciais etc. continuam sendo direitos/garantias fundamentais mesmo no sistema jurisdicional simplificado dos Juizados Especiais.

7. JURISDIÇÃO E LEGISLAÇÃO

No capítulo IX, Dinamarco apresenta os dois sentidos da instrumentalidade e inicia alertando que quando fala dela não está a tratar da instrumentalidade “do *processo*, como instituto do direito processual, a um outro instituto do próprio direito processual que é a *jurisdição*”. Sua intenção é a de

expor “a relação de instrumentalidade *do sistema processual* com o direito material e com os valores sociais e políticos da nação”.¹⁰³

Nessa linha, é duplo o sentido que se pode atribuir à instrumentalidade: o negativo, que implica “uma tomada de consciência de que ele não é um fim em si mesmo e portanto suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes”; e o positivo, que “conduz à ideia de *efetividade do processo*, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político”¹⁰⁴.

Muito embora Dinamarco negue que sua tese coloque o processo como instrumento da Jurisdição quando ambos são entendidos como categorias do direito processual, ao desenvolver as noções do aspecto positivo da instrumentalidade e da efetividade do processo, afirma que esta última deve significar a “aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito”. Mais adiante alça o juiz e o cientista do direito a uma categoria qualificada de cidadãos de quem a sociedade espera participação política que “revele as mazelas do direito positivo” e que apresentem “propostas inovadoras”. Caso contrário, “franqueado fica o caminho para os casuísmos legislativos”.¹⁰⁵

É evidente a desconfiança do autor com o resultado do trabalho legislativo e a grande confiança no trabalho do “processualista” e, maior ainda, no trabalho do juiz: “Sua obcecada preocupação pelo compromisso que têm com a justiça será o melhor fator para uma participação mais efetiva, dando cumprimento aos ditames do processo civil como instrumento do Estado”.¹⁰⁶

Tanto o processo como categoria do estudo do Direito Processual quanto o processo como norma constitucional são colocados à disposição do intérprete (cientista e juiz) como instrumentos para a realização do que ora se apresenta como “justiça”, ora como “pacificação social”, ora como “valores do Estado”. Assim sendo, ainda que o autor, vez ou outra, reconheça que as garantias processuais constitucionais do devido processo legal, do contraditório,

¹⁰³ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 241.

¹⁰⁴ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 242.

¹⁰⁵ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 247.

¹⁰⁶ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., pp. 247-248.

da ampla defesa etc. funcionam como método de trabalho para o juiz, não indica como de fato se dá a limitação que elas imporiam ao juiz.

Ao empoderar o juiz, confiando nele a elevada missão de promover justiça, recusando o formalismo das regras processuais para que as normas de direito substancial tenham a sua efetividade garantida, Dinamarco acaba por não esclarecer como, de fato, funcionarão as garantias processuais estabelecidas na Constituição.

Ora o processo está à serviço do direito material, ora está à serviço da Jurisdição para a promoção da paz, da justiça e da educação, mas não há na tese qualquer menção ao processo como efetivo limite ao exercício do poder e, de consequência, à proteção do jurisdicionado diante dos riscos de abuso do poder.

Dinamarco enxerga no acesso à justiça o “polo metodológico mais importante do sistema processual na atualidade”. Chega a afirmar que “as partes têm verdadeiro *direito ao processo*”, que o princípio constitucional da legalidade impõe limitações ao poder do juiz e que o cumprimento do devido processo legal é fator de legitimidade dos provimentos jurisdicionais e resulta na efetividade do contraditório¹⁰⁷.

Esse discurso parece resgatar o peso garantidor das normas processuais constitucionais, entretanto, logo em seguida, Dinamarco resvala para instrumentalizar as normas processuais em favor do poder de julgar com justiça¹⁰⁸:

Nessa equação instrumentalista, o processo não é um direito em si, embora a Constituição assim preveja. O processo não é um fim em si, porque voltado à produção de determinados resultados que ora são da Jurisdição, ora

¹⁰⁷ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 275-276.

¹⁰⁸ “Nem a garantia do contraditório tem valor próprio, todavia, apesar de tão intimamente ligada à ideia do processo, a ponto de hoje dizer-se que é parte essencial deste. Ela e mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes – todas elas somadas visam a um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: o acesso à justiça. Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça, é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa.” In: DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 276.

são do direito material. E o grande problema da tese reside no fato de que é justamente no processo judicial que a Jurisdição dirá quais são os valores do Estado que ela está a promover. E ela o fará a partir da compreensão de que tem à sua disposição um método de trabalho instrumental, adaptável aos valores que entender serem os valores do Estado. Não há controle algum:

O compromisso instrumentalista do legislador ou do juiz deve levá-los a *transgredir* os parâmetros jurídicos usuais, inovando com vista a ditar decisões mais aderentes aos escopos do processo, e, especialmente, ao de pacificar os litigantes mediante a imposição de soluções justas. Daí se dizer que a instrumentalidade do processo é responsável por um *método transgressivo* legitimado pelo empenho em produzir resultados efetivos, justos e dotados da capacidade de pôr fim aos conflitos, com a maior amplitude possível – seja mediante a *interpretação* da Constituição e da lei com fidelidade aos valores que merecem ser cultuados, ou mesmo mediante sua *transgressão* quando isso for necessário para a produção dos resultados desejados e socialmente legítimos.¹⁰⁹

Ao fim e ao cabo, renunciando ao Positivismo, Dinamarco acaba por assumir, embora inconfessadamente, uma postura realista. Esse papel transgressivo da postura instrumentalista é colocado, inclusive, diante da Constituição: se a norma constitucional não conduzir à produção dos resultados desejados e socialmente legítimos, ela deve ser transgredida.

Não há, efetivamente, na tese instrumentalista, qualquer limite objetivo ao labor da Jurisdição e para Dinamarco isso parece não ser um problema, já que ele confia na capacidade de cidadão qualificado do juiz, assim como confia ao processualista a mesma posição. Essas duas classes de cidadãos qualificados atuariam para conter os desvios do legislador.

Fica sem resposta, entretanto, a questão sobre quem pode atuar para conter os desvios do julgador. Aliás, tal questão não é sequer aventada na tese instrumentalista.

¹⁰⁹ DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade (...)* Ob. Cit., p. 280.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível concluir que a instrumentalidade do processo é baseada na noção de centralidade da Jurisdição em detrimento da preocupação com o processo e com a própria ciência processual.

Além disso, é nítida a influência das ideias de Oskar von Bülow sobre a noção de processo como instrumento que fez escola no Brasil, o que ocorreu, de certa forma, acriticamente, sem que se considerassem os resultados das ideias bülowianas no Direito alemão, que acabaram por ser apropriadas pelo nacional-socialismo hitlerista, para justificar a atuação dos juízes libertos da letra fria da lei, que baseavam suas decisões nos valores captados a partir de uma “consciência nacional” personificada nos magistrados.

O risco de manipulação do processo pelo poder constituído aumenta a medida em que se difunde a ideia de que o processo é instrumento para a consecução dos valiosos objetivos do Estado, justamente porque com isso se ignora que o processo condiciona o direito a partir dele produzido.

Mascarando-se o potencial condicionador do processo sobre o direito material e rejeitando-se a rigorosa regulamentação sobre a atividade jurisdicional, o processo passa a ser um mero canal para o exercício do poder, não raro transmutando-se em arbítrio, notadamente quando se incute no juiz a ideia de ser ele o sintetizador das opções axiológicas da nação, com capacidade de promover mutações constitucionais por meio da interpretação.

Quando trata dos escopos do processo, Dinamarco liquidifica os conceitos de processo, sistema processual e jurisdição e entende que o processo civil será legitimado pelos resultados e pelo modo como eles são recebidos e sentidos pela sociedade.

Mesmo quando trata das garantias das liberdades constitucionais, Dinamarco não inclui entre elas o processo, ao contrário, instrumentaliza a técnica processual para a consecução dos escopos metajurídicos que crê devem ser alcançados através dele.

9. REFERÊNCIAS

- ABBOUD, G; OLIVEIRA, R.T.D. “O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual”. *Revista de Processo*, vol. 166, p. 27-59, Dez/2008.
- ABBOUD, G; LUNELLI, G. “Ativismo judicial e instrumentalidade do processo”. *Revista de Processo*, vol. 242, p. 21- 47, Abr/2015,
- BÜLOW, O.V. Gesetz und richteramt. In: _____. *Juristische zeitgeschichte – kleine reihe – klassische texte*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2003. v. 10.
- BÜLOW, O.V. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJEa, 1964.
- BUZAID, A. *Estudos e pareceres de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.
- CALMON DE PASSOS, J.J. A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos. In: _____. *Ensaaios e artigos*, vol. I, Salvador: JusPodivm, 2014.
- CALMON DE PASSOS, J.J. “Instrumentalidade do processo e devido processo legal”. In: _____. *Ensaaios e artigos*, vol. I, Salvador: JusPodivm, 2014.
- CARVALHO FILHO, A. *A desconstrução do processo justo: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022
- DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade do processo*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022.
- GONÇALVES, A.P. *Técnica processual e teoria do processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEAL, A.C. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

- LEAL, R.P. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 14ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, Nov/2000.
- MENGER, A. *El derecho civil de los pobres*. Trad. Adolfo Posada, Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1898.
- MESQUITA, J.I.B.D. “A crise do Judiciário e o processo”. In: _____. *Teses, estudos e pareceres de Processo Civil*, vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- NUNES, D.J.C. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed., 4ª reimp., Curitiba: Juruá, 2012.
- PEREIRA, M.C. *Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.
- PICARDI, N. “Le riforme processuali e sociali di Franz Klein”. *Historia et ius: rivista di storia giuridica dell’età medievale e moderna*, n 2/2012, disponível em: www.historiaetius.eu.
- RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?: a formação da “teoria geral do processo” sob a ótica do garantismo processual*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.
- SOUSA, D.C.D. *Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.
- TARUFFO, M. “Ideologias e teorias da justiça civil”. *Revista de Processo*, vol. 247/2015, p. 49 – 60, Set/2015.
- THIBAU, V.L. “Oskar von Bülow e o nazismo”. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, vol. 16, n. 2, p. 38-50, 2021.

© **Direito e Linguagem** nº 2, vol. 1. Extraordinário (2024), pp. 134-171
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.13754556

Diálogo crítico com a instrumentalidade do processo – parte 2: influências na legislação e na doutrina

*Critical dialogue with the instrumentality of procedure – part 2:
influences on legislation and doctrine*

Renê Francisco Hellman¹

Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

Sumário: 1. Introdução; 2. As influências da instrumentalidade do processo na legislação processual brasileira; 3. As influências da instrumentalidade do processo na doutrina processualista brasileira; 4. O formalismo-valorativo e sua ligação com a instrumentalidade do processo; 5. O direito à tutela jurisdicional efetiva; 6. O direito processual no Estado contemporâneo e o papel das “cortes supremas”; 7. Considerações Finais; 8. Referências.

Resumo: Este ensaio tem a finalidade de analisar as exposições de motivos dos códigos processuais civis brasileiros e, com isso, identificar as influências da ideia de instrumentalidade do processo na legislação. Na sequência, serão analisados os posicionamentos de alguns estudiosos influentes do Direito Processual brasileiro, para verificar de que maneira a instrumentalidade do processo consolidou-se mesmo entre aqueles que tinham por intenção superá-la.

Palavras-chave: Processo; instrumentalidade; direito processual; código processual civil; doutrina; legislação; formalismo-valorativo; cortes supremas.

Abstract: This essay aims to analyze the explanatory memoranda of Brazilian civil procedure codes, in order to identify the influences of the concept of procedural instrumentality in the legislation. Subsequently, the positions of some influential scholars of Brazilian Procedural Law will be examined to assess how procedural instrumentality became established, even among those who intended to transcend it.

Keywords: Procedure; instrumentality; procedural law; civil procedure code; doctrine; legislation; value-based formalism; supreme courts.

¹Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG); Professor adjunto do Departamento de Direito Processual da UEPG; Pró-reitor de Pesquisa e Pós-graduação da UEPG; Membro da ABDPro e do IBDP; Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Neste segundo ensaio, após diálogo crítico com a obra “Instrumentalidade do processo”, de Cândido Rangel Dinamarco, far-se-á um voo panorâmico sobre as influências da ideia de processo como instrumento na legislação e na doutrina brasileiras e, por fim, a partir da identificação das influências sobre as noções de formalismo-valorativo, far-se-á uma análise do impacto da instrumentalidade do processo também sobre as teorias processuais desenvolvidas pelos influentes autores Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sergio Cruz Arenhart.

Recai sobre Dinamarco a responsabilidade pela tese que conferiu organicidade para a ideia de instrumentalidade do processo no Brasil, entretanto, não é ele o criador dessa noção, que foi sendo construída paulatinamente pela doutrina processualista, antes e depois de Dinamarco. É importante frisar que a ideia de instrumentalidade do processo não tem origem brasileira. Ela remonta ao início da chamada fase científica do Direito Processual.

O que se fará neste ensaio é destacar brevemente de que maneira as noções de instrumentalidade influenciaram a elaboração dos códigos processuais brasileiros, com análise de antecedentes históricos importantes, e perpassaram parte da doutrina. Não há aqui a intenção de uma análise aprofundada de toda a doutrina processual civil brasileira, bastante fértil e avançada, inclusive com linhas críticas e com fortes tentativas de superação do pensamento instrumentalista. O que se quer é demonstrar de que maneira as ideias instrumentalistas moldaram as propostas legislativas e influenciaram determinadas concepções teóricas.

Esse recorte serve para realçar a importância de se debater o instrumentalismo processual nos dias atuais, dada a grande relevância dos autores e das suas contribuições para o Direito Processual brasileiro.

Neste quarto e último ensaio da série de diálogos com a instrumentalidade do processo, o objetivo é ir além da análise da obra de Cândido Rangel Dinamarco e mapear as suas influências sobre o formalismo-valorativo, que forma a base teórica da visão sobre processo de três dos mais importantes estudiosos do Direito Processual Civil na atualidade: Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sergio Cruz Arenhart.

A escolha desses autores se dá por dois motivos: em primeiro lugar porque se trata de estudiosos bastante importantes e influentes na doutrina brasileira, cujas ideias vêm sendo cada vez mais encampadas, seja por outros autores, seja pelo legislador; em segundo lugar porque não podem eles ser considerados autores necessariamente instrumentalistas, porque construíram posições teóricas com a pretensão de diferenciarem-se daquelas propugnadas pela Escola Paulista de Processo, mas que, apesar disso, são fortemente influenciados pela noção de processo como instrumento.

Então, em primeiro lugar far-se-á uma análise sobre como o formalismo-valorativo proposto por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, autor já abordado no terceiro ensaio desta série, tem ligação com a instrumentalidade do processo e como isso é determinante para a construção das noções de colaboração processual em Daniel Mitidiero.

Na sequência, a análise será centrada na ideia de direito à tutela jurisdicional efetiva construída por Marinoni, Mitidiero e Arenhart, para identificar também ali as influências da instrumentalidade do processo.

Por fim, ter-se-á um diálogo com a tese das cortes supremas construída por Marinoni e Mitidiero, com destaque para a sua ligação com a ideia de processo como instrumento.

2. AS INFLUÊNCIAS DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA

Já em 1939, na edição do Decreto-Lei n. 1.608/1939, que conferiu ao Brasil o seu primeiro Código de Processo Civil, Francisco Campos, o ministro da justiça de então, apresentava a nova legislação processual em sua exposição de motivos e referia-se ao processo como “um instrumento mais popular e mais eficiente para distribuição da justiça”².

Nesse mesmo documento fica – mais do que evidenciada – confessada a influência do publicismo construído a partir das noções do chamado *processualismo científico germânico* e do *processualismo científico italiano*.

²CAMPOS, F. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939*: Decreto-Lei n. 1.608/1939. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>, acesso em 23/04/2023.

Francisco Campos propõe a substituição da concepção duelística do processo por uma concepção autoritária, de maneira que ele deixe de ser um “instrumento de luta entre particulares” e passe a ser um “instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça”³.

Notam-se na Exposição de Motivos do CPC de 1939 as influências de Anton Menger e o seu socialismo para o Direito: “o novo processo é eminentemente popular”; “ele é um instrumento de defesa dos fracos”. Francisco Campos assume a influência de Giuseppe Chiovenda na construção do publicismo processual que permeou aquele código e afirma categoricamente que a função do processo é a atuação da vontade da lei. Isso dá a dimensão, segundo ele, do espaço que o juiz ocupa. Ele é o Estado administrando a justiça, não cabendo que seja passivo e que tenha atuação mecânica: “Não lhe pode ser indiferente o interesse da justiça. Este é o interesse da comunidade, do povo, do Estado, e é no juiz que um tal interesse se representa e personifica”⁴.

Para alcançar o desiderato de justiça que se espera da atuação jurisdicional, o juiz ativo e autoritário (nas palavras de Francisco Campos) tem um dever de investigar a verdade e, por isso, liberdade na direção da prova, devendo observar as “regras estabelecidas pela lei civil quanto à forma e à prova dos atos jurídicos”, funcionando as testemunhas e o perito como auxiliares do juízo⁵.

Não escapou da análise de Francisco Campos a questão relativa às formalidades e às nulidades. A simplificação dos procedimentos e um novo tratamento para os vícios processuais, com autorização para que atos viciados pudessem ser aproveitados se não resultassem em prejuízo para as partes e atingissem as suas finalidades, foram motes para a nova legislação de então.⁶ Nessa linha, a oralidade e o seu postulado, o “princípio da concentração dos atos do processo”, também ganharam força⁷.

³CAMPOS, F. *Exposição de Motivos* (...), Idem.

⁴CAMPOS, F. *Exposição de Motivos* (...), Idem.

⁵CAMPOS, F. *Exposição de Motivos* (...), Idem.

⁶CAMPOS, F. *Exposição de Motivos* (...), Idem.

⁷ “O processo oral atende a todas as exigências acima mencionadas: confere ao processo o caráter de instrumento público; substitui a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo; simplifica a sua marcha, racionaliza a sua estrutura e, sobretudo, organiza o processo no sentido de tornar mais adequada e eficiente a formação da prova, colocando o juiz em relação a esta na mesma situação em que deve colocar-se qualquer observador que
@ **Direito e Linguagem**, Extraordinário nº 02, vol. 01, DOI - 10.5281/zenodo.13754556, 2024. 137

Apesar das tendências autoritárias confessadas na Exposição de Motivos, Moacyr Amaral Santos observa que no texto do Código de Processo Civil de 1939 “tais tendências se esfumariam”, de modo que não se poderia claramente definir a “fisionomia” da lei de então, dada “a inequívoca aceitação dos princípios do processo dispositivo”. Entretanto, apesar dessa dubiedade entre a caricatura autoritária e a fotografia, a caricatura de uma lei “traçada sob o signo do Estado Novo, teve o condão de impor-se, predominantemente, como se fôra a própria fotografia”⁸.

Tem-se aí, anota o referido autor, uma contribuição para a formação de um espírito autoritário em “parte não pequena da magistratura”. E aqui Amaral Santos enxerga dois fatores “que se associaram em desprestígio da finalidade do processo”. O primeiro é a deturpação do “princípio da autoridade”, a partir do que o juiz é investido “das insígnias de autoridade desvinculada do dever de obediência ao princípio da legalidade”, ideia “de ampla aceitação na Alemanha nazista ou na Rússia soviética”. O segundo é a noção de que o processo tem por finalidade a descoberta da verdade. E sobre ele vale a transcrição da lição:

Nesse se extravasou a doutrina a atribuir todo o poder ao juiz, por considera-lo só assim em condições de intervir no processo de maneira que êste atinja aquêlo objetivo. Sem recusar sabedoria ao acêrto doutrinário, que se funda no inegável interesse de obtenção da certeza quanto aos fatos dos quais resultará o direito a ser declarado, convenhamos que o poder de investigação oficial no processo civil, que se instaura no interesse das partes, a fim de dirimir-se o conflito em que se acham, não deverá ser admitido senão como restrição necessária ao princípio dispositivo ou de contrariedade, e não como substituição dêste. (...) Não haveria exagêro afirmar-se que a iniciativa oficial, com referência à procura da verdade, diz respeito mais às circunstâncias que aos fatos, porquanto êstes, inelutavelmente, impõe-se às partes aduzi-los e demonstrá-los como razão ou fundamento dos seus pedidos, na inicial ou na defesa. Atravessando essas fronteiras, o juiz se situa no processo inquisitório e se perde, levado por sua condição de pessoa humana, no emaranhado das paixões que os interesses provocam, esquecido do dever de equidistância entre êle e as partes, ao lado de uma das quais mecanicamente se posta, a amparar-se no pressuposto, menos aceitável, de que o desejo da verdade, e tão só da verdade, o alimenta e o interessa.⁹

tenha por objeto conhecer os fatos e formular sobre eles apreciações adequadas ou justas”. In: CAMPOS, F. *Exposição de Motivos* (...), Idem.

⁸ SANTOS, M.A. “Contra o processo autoritário”. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S. l.], v. 54, n. 2, p. 212-229, 1959. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66314>. Acesso em: 14 jul. 2023, p. 223.

⁹ SANTOS, M.A. *Contra o processo* (...) Ob. Cit., pp. 224-225.

Não se pode olvidar que Moacyr Amaral Santos, apesar das críticas ao viés autoritário assumido pela Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939, nem por isso deixava de estar alinhado à concepção publicística de processo. Ele compreendia a ingerência do juiz desde que limitada, não advogando a tese de um retorno ao “velho sistema romano-canônico”, mas sim o não esquecimento dos avanços proporcionados por aquele modelo: “Ainda é no velho que o novo processo muito tem que buscar e aprender, para atingir a sua verdadeira finalidade”¹⁰.

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973, Alfredo Buzaid destacava que os códigos austríaco, alemão e português, além dos trabalhos preparatórios para a revisão legislativa na Itália, foram as inspirações para a construção do sistema processual de 1939, que, no entanto, não logrou o êxito de efetivar completamente os seus princípios informadores (oralidade e identidade física do juiz), tendo em vista a extensão territorial do Brasil, o sistema de promoção na carreira da magistratura, a industrialização e o aumento da densidade demográfica¹¹.

Também no CPC/1973 a linha mestra foi a da instrumentalidade: “O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça.” Não se iluda, entretanto, quem possa considerar com essa afirmação que o ponto de vista dessa lei foi o de garantir às partes o processo. As partes com os seus interesses são vistas como meios para que a finalidade do processo seja atingida: “o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos” e duas exigências devem ser observadas: a rapidez e a justiça¹².

O ponto de partida da Comissão de Juristas nomeada para apresentar ao Senado Federal o Anteprojeto do que resultou no Código de Processo Civil de 2015 foi a compreensão estabelecida pela chamada “terceira fase metodológica do direito processual civil”, em que ele “passou a ser visto como instrumento, que deve ser idôneo para o reconhecimento e a adequada

¹⁰ SANTOS, M.A. Contra o processo (...) Ob. Cit., p. 228.

¹¹ BUZAID, A. “Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973”. In: BRASIL. Código de processo civil. *Código de processo civil: histórico da lei*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1, t. 1, p. 1-188, Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>, p. 11-12.

¹² BUZAID, A. Exposição de Motivos do Código (...), Ob. Cit., pp. 12-13.

concretização de direitos”. A proposta de um novo código foi apresentada em 2010 e, após discussões legislativas das quais resultaram consideráveis modificações no texto do anteprojeto, foi aprovada e sancionada a Lei 13.105/2015¹³.

É bem verdade que as modificações realizadas durante a tramitação do projeto de lei que resultou no CPC/2015 acabaram por distanciar, em alguns pontos, o texto final daquele oferecido como anteprojeto. Entretanto, as linhas mestras da discussão que originou o projeto de lei mantiveram-se. Buscou-se, segundo a Exposição de Motivos, um ganho de eficiência no sistema processual, para que fosse garantida a efetividade do ordenamento jurídico¹⁴. E foi em Barbosa Moreira e sua noção de instrumentalidade para um processo efetivo que a Comissão encontrou a lição:

Efetividade do processo é expressão que, superando as objeções de alguns, se tem largamente difundido nos últimos anos. Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material.¹⁵

Isso demonstra como está arraigada na cultura processual brasileira a noção de instrumentalidade do processo. Embora possam ser notadas variações de intensidade, resta sempre evidente o ponto de vista metodológico apontado por Cândido Dinamarco, de ver o processo como instrumento à disposição. Alguns o colocam como instrumento da Jurisdição para realização da justiça e da pacificação social, outros o entendem como instrumento para realização do direito material, mas a linha mestra é a mesma: processo é instrumento.

3. AS INFLUÊNCIAS DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO NA DOUTRINA PROCESSUALISTA BRASILEIRA

¹³SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 24.

¹⁴SENADO FEDERAL. *Código de Processo* (...), Idem.

¹⁵MOREIRA, J.C.B. “Por um processo socialmente efetivo”. *Revista de Processo*, vol. 105/2002. p. 181-190, jan-mar/2002, p. 181.

No campo doutrinário é importante destacar uma das mais importantes e influentes obras no Direito Processual brasileiro: Teoria Geral do Processo, de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. O livro apresentado em 1974 pelo professor Luís Eulálio Bueno Vidigal tem papel fundamental na formação do pensamento jurídico-processual contemporâneo.

Multiplicaram-se nas faculdades de Direito as disciplinas de Teoria Geral do Processo, que buscam explicar os conceitos básicos do Direito Processual, tanto no campo penal quanto no civil. E nesta obra os autores já iniciam tratando da Jurisdição, como sendo uma função estatal com o escopo magno de pacificar os conflitos. Esse escopo é apresentado, consequentemente, como escopo de todo o sistema processual, composto pelas normas (direito processual) e pelos órgãos jurisdicionais que exercem poder¹⁶. Nessa linha:

O ponto de partida dos autores, defendendo que o objetivo-síntese do Estado é a promoção do bem comum e, da Jurisdição em específico, a pacificação com justiça¹⁷, é a superação do Estado liberal pelo Estado social, que assume uma função jurídica de realizar obras e serviços e a disciplinar a “cooperação entre os indivíduos e a dirimir os conflitos entre as pessoas em geral.” Nesse contexto, a Jurisdição funcionaria como *longa manus* da Legislação, assegurando “a prevalência do direito positivo do país”¹⁸.

Diferenciando direito material de direito processual, este último é entendido, do ponto de vista de sua função jurídica, como “um instrumento a serviço do direito material”, de modo que o processo seja entendido como “um instrumento a serviço da paz social”, assim como o é a Jurisdição, que também desempenha “função instrumental perante a ordem jurídica substancial”¹⁹.

Desse modo, há dois aspectos da instrumentalidade do processo: 1) um positivo, com preocupação voltada à “necessidade de ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ‘ordem jurídica justa’”; 2) um negativo, a partir do qual se entende que o processo “não é um fim em si mesmo

¹⁶ CINTRA, A.C.D.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 27-33.

¹⁷ CINTRA, A.C.D.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral (...)* Ob. Cit., p. 33.

¹⁸ CINTRA, A.C.D.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral (...)* Ob. Cit., p. 47.

¹⁹ CINTRA, A.C.D.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral (...)* Ob. Cit., pp. 49-50.
@ **Direito e Linguagem**, Extraordinário nº 02, vol. 01, DOI - 10.5281/zenodo.13754556, 2024. 141

e não deve, na prática cotidiana, ser guindado à condição de fonte geradora de direitos”²⁰.

A partir dessas premissas, os autores constroem as noções básicas sobre os institutos de Direito Processual e, assim como se viu na obra sobre a instrumentalidade do processo de Dinamarco, entendem a Jurisdição como o centro da Teoria Geral do Processo. Isso deixa evidente a íntima conexão entre as influentes noções de Teoria Geral do Processo da Escola Paulista e a instrumentalidade do processo.

Essa associação, inclusive, foi objeto de crítica por Fredie Didier Jr., que embora considere importante uma abordagem axiológica do direito processual, rejeita a opção por fazê-la em uma Teoria Geral do Processo, “isso porque os valores naturalmente não são os mesmos em qualquer lugar, variam conforme o tempo e o espaço”, sendo recomendável que essa abordagem fosse feita em sede de Filosofia do Direito²¹.

No âmbito do Direito Processual Penal, Aury Lopes Jr., embora seja um crítico ferrenho da Teoria Geral do Processo, defende uma ideia de “instrumentalidade garantista do processo penal”. A instrumentalidade do Processo Penal é estabelecida em relação ao Direito Penal, sob a justificativa de que “o processo é o caminho necessário para a pena” e o autor adere ao instrumentalismo de Cândido Dinamarco, inclusive com admissão dos escopos sociais, políticos e jurídicos do processo²², nos seguintes termos:

Aliado a isso, Aury Lopes traz à baila as noções de garantismo penal a partir de Luigi Ferrajoli e, baseado na ideia de que o Direito serve para tutelar direitos fundamentais, afirma que a legitimação do poder jurisdicional reside na sua função garantidora desses direitos. Para o professor gaúcho, um Processo

²⁰ CINTRA, A.C.D.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral (...)* Ob. Cit., pp. 50-51.

²¹ DIDIER JR., F. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 97.

²² “A conclusão é que o processo não pode ser considerado como um fim em si mesmo, pois sua razão de existir está no caráter de instrumento-meio para a consecução de um fim. Esse fim não deve ser exclusivamente jurídico, pois a instrumentalidade do sistema processual não está limitada ao mundo jurídico (direito material ou processual). Por esse motivo, o processo deve também atender as finalidades sociais e políticas, configurando assim a finalidade metajurídica da jurisdição e do processo.” (grifo no original). In: LOPES JR., A. “A instrumentalidade garantista do Processo Penal”. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 2001, vol. 2, p. 11-33. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10923/22131>. Acesso em 12/07/2023, p. 15.

Penal garantista deve estar em consonância com um Direito Penal mínimo²³ e, nesse contexto, o processo atua como instrumento deste com dupla função: 1) viabilizar a aplicação da pena; e 2) garantir direitos e liberdades individuais, limitando a atividade estatal²⁴.

Como se vê, Aury Lopes Jr., embora tenha se baseado em Dinamarco para construir sua noção de “instrumentalidade do processo”, acabou por fazer uma análise muito particular, ignorando que as noções instrumentalistas da Escola Paulista de processo atribuem ao processo e à Jurisdição os mesmos escopos metajurídicos e é justamente nisso que reside a crítica. Tendo ambos os institutos os mesmos escopos, o que garantirá que a Jurisdição não abusará dos seus poderes e não violará, com isso, os direitos e liberdades individuais?

Além disso, nesse mesmo texto, o autor, em nota de rodapé, faz uma crítica à possibilidade de iniciativa probatória do juiz no processo penal: “isso fulmina sua imparcialidade, quebra a igualdade entre as partes e a própria dialeticidade do processo. É um relevante rasgo inquisitivo que coloca em risco todo o sistema”²⁵.

No Processo Civil, a possibilidade de iniciativa probatória do juiz é intimamente ligada aos ideais de instrumentalidade do processo. Dinamarco, na sua tese sobre o assunto faz elogios à ativa participação do juiz na instrução processual²⁶. Na mesma linha instrumentalista, ganham destaque as obras de José Roberto dos Santos Bedaque. Em especial sobre este assunto dos poderes instrutórios do juiz, Bedaque desenvolveu tese de fôlego, em que, com base nos

²³“Existe uma profunda relação entre o atual modelo de Direito Penal mínimo e seu correspondente processo penal garantista. O primeiro é condicionado e limitado ao máximo, correspondendo não só ao máximo grau de tutela das liberdades dos indivíduos em relação ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. Existe uma clara vinculação entre garantismo e racionalismo.” In: LOPES JR., A. “A instrumentalidade garantista (...)”, Ob. Cit., p. 18.

²⁴ LOPES JR., A. “A instrumentalidade garantista (...)”, Ob. Cit., pp. 16-20.

²⁵ LOPES JR., A. A instrumentalidade garantista “A instrumentalidade garantista (...)”, Ob. Cit., p. 18.

²⁶ “A Lei dos Juizados Especiais foi pioneira em uma patética recomendação ao juiz, para que não se retraia, para que participe da instrução, para que só se satisfaça com o resultado da experiência probatória quando seu senso de justiça estiver tranquilizado e para que dê aos textos legais a interpretação que seja capaz de fazer justiça no caso concreto”. In: DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade do processo*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022, p. 33.)

ideais do publicismo processual, defendeu que o juiz desempenhe função ativa na colheita das provas²⁷.

Em outra obra, Bedaque também assume a visão instrumentalista do processo, defendendo que deve haver uma preocupação com os resultados gerados pelo mecanismo estatal de solução dos conflitos. O processo é visto como meio e a eficácia do sistema processual dependerá da sua utilidade para a efetivação do direito material e para a pacificação social: “menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende”²⁸, indicando de forma bastante objetiva os escopos metajurídicos que devem ser alcançados.

Em Bedaque também se encontra a defesa de um “princípio de adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa”, a partir do qual a adoção de formas procedimentais específicas e adequadas ao objeto da lide significaria uma necessária tendência de superação do procedimento ordinário, além de ser necessário considerar “a possibilidade de o juiz adequar aspectos procedimentais às especificidades da situação concreta, sempre com a observância do prévio contraditório”²⁹.

O referido autor admite que o que chama de flexibilização da técnica é uma tendência para, com base “no interesse público existente em todo processo”, reforçar os poderes do juiz, que tem seu marco inicial em Franz Klein³⁰.

Nessa linha, o juiz terá o poder de adaptar o procedimento às especificidades do direito material. Assim, a legitimidade para a decisão residirá na própria decisão, analisada sob uma perspectiva teleológica. Não é do respeito

²⁷ “Estabelecido que a instrumentalidade do processo deve ser concebida em função do ordenamento jurídico-substancial criado pelo Estado cuja preservação encontra nele o maior interessado, impossível aceitar a intransigente defesa que parte da doutrina faz da inércia judicial no tocante à investigação probatória, postura muito comum principalmente quando os direitos em questão são disponíveis. Não há como conciliar as duas conclusões. Se o objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, com a consequente pacificação, deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer, a jurisdição terá cumprido sua função social. E, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessário”. In: BEDAQUE, J.R.D.S. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 16-17.

²⁸ BEDAQUE, J.R.D.S. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23.

²⁹ BEDAQUE, J.R.D.S. *Direito e processo: (...) Ob. Cit.*, p. 75.

³⁰ BEDAQUE, J.R.D.S. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 109.

às normas processuais limitadoras do poder do juiz que decorrerá a legitimidade, é da própria opção que o juiz fizer na sua decisão, de modo que, ao fim e ao cabo, estará o juiz incontrolável na sua decisão sobre o que julga ser o procedimento adequado e a lei processual funcionará como mera sugestão.

Um exemplo bastante significativo de como isso opera na prática se dá com a interpretação que é oferecida à previsão do art. 327, § 2º/CPC.³¹

De respeitada doutrina, mencionada aqui como um exemplo apenas, colhe-se a seguinte lição:

O §2º do art. 327 do CPC é, enfim, uma cláusula geral de flexibilização procedimental. É possível importar para o procedimento comum técnicas especiais de tutela jurisdicional, mas também é possível a via inversa: importar para o procedimento especial regra do procedimento comum, a fim de se concretizarem normas fundamentais. Nesse sentido, é possível que o juiz determine, por exemplo, apresentação de réplica pelo impetrante do mandado de segurança, fazendo aplicar ao procedimento daquela ação constitucional o disposto nos arts. 351 e 352 do CPC e reforçando, assim, o contraditório (arts. 9º e 10, CPC) e a possibilidade de correção de vícios processuais, em concretização ao princípio da primazia do julgamento do mérito (art. 4º, CPC). Mas é preciso dar mais um passo. É possível, também, defender que uma técnica especial seja aplicada a outro procedimento especial, desde que com ele compatível. Desses dispositivos do CPC pode-se concluir que há uma espécie de livre trânsito das técnicas diferenciadas entre os procedimentos, exigida, apenas, a compatibilidade.³²

Além disso, é comum que se veja a invocação dessa suposta “cláusula geral de flexibilização procedimental” para a defesa da possibilidade de o juiz promover adaptações procedimentais nos chamados processos estruturais.³³ Tudo isso faz parte de um mesmo caldo na cultura processual brasileira, que entende haver poder jurisdicional sobre o procedimento legalmente estabelecido.

³¹Art. 327. (...) § 2º. Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

³² DIDIER JR., F; CABRAL, A.D.P; CUNHA, L.C.D. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 73.

³³ DIDIER JR., F; ZANETI JR., H; OLIVEIRA, R.A.D. “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 75, jan./mar. 2020, pp. 101-136.

Entretanto, é preciso pensar um pouco melhor sobre se há, de fato, uma cláusula geral de flexibilização procedimental no art. 327, § 2º/CPC. Em primeiro lugar, é necessário considerar que o referido artigo está localizado logo no início da Parte Especial do CPC, dentro de seu Livro I (Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença), Título I (Do procedimento comum), Capítulo II (Da petição inicial), Seção II (Do pedido) e que trata, no *caput*, de uma permissão, com requisitos, para a cumulação de pedidos pelo autor contra o mesmo réu no mesmo processo.

O § 1º torna ainda mais objetivos os requisitos da cumulação de pedidos e é levemente restringido pela disposição do § 3º e o § 2º, por sua vez, dá autorização para que o autor cumule pedidos no mesmo processo, obedecidos os requisitos já postos, relativizando o requisito da adequação do procedimento para todos os pedidos, permitindo a cumulação quando for possível ao autor empregar para todos o procedimento comum e empregar eventuais técnicas diferenciadas previstas nos procedimentos especiais que, a princípio, seriam os adequados para um ou outro pedido cumulado.

Desses requisitos e limitações extrai-se justamente uma conclusão contrária à tese de que há uma cláusula geral de flexibilização. Não é geral. É específica: nos casos em que houver cumulação de ações – e este é o pressuposto essencial. Não é geral para o autor e para o juiz. A decisão sobre cumulação é do autor. E não há flexibilização autorizada ao juiz e ao autor de forma genérica, pois há requisitos objetivos estabelecidos na legislação processual para que haja a cumulação de ações.³⁴

Firme nas garantias constitucionais da legalidade estrita e do devido processo legal, Julio Cesar Rossi elabora crítica às visões neoprocessualistas que defendem a flexibilização procedimental, por entender que o contrapoder das garantias processuais constitucionalmente estabelecidas não pode ser guiado pelo poder jurisdicional, não sendo possível, portanto, que haja “intermediação judicial no procedimento fixado pelo veículo normativo adequado

³⁴ HELLMAN, R. *Comentários ao Código de Processo Civil: SuperCPC/JuruáDocs*, Disponível em: www.juruadocs.com/legislacao/art/lei_00131052015-327. Acesso em: 09/05/2023.

(=lei)”, já que essa intermediação “não experimenta temperamentos de natureza *extra legem, contra legem e/ou infra legem*”³⁵.

Esse exemplo dá a dimensão do alcance interpretativo a que se pode chegar a partir da compreensão da defendida plasticidade do procedimento. A partir de uma previsão legal que estabelece de forma específica a possibilidade de adequação procedimental, por meio de decisão do autor sobre cumulação de pedidos, com uma série de requisitos que devem ser cumpridos, entende-se que o sistema processual é informado por uma cláusula geral de flexibilização, que concede ao juiz poderes de adequar o procedimento estabelecido em lei às especificidades do caso concreto.

E não raro associa-se esse argumento de flexibilização com a autorização para celebração de negócios jurídicos processuais prevista no art. 190/CPC³⁶, ignorando-se que este artigo é também bastante específico, ao estabelecer requisitos objetivos para os negócios jurídicos processuais e atribuir o direito de fazê-los unicamente às partes.

Ou seja, se há possibilidade de flexibilização procedimental, ela foi concedida como direito somente às partes e não ao juiz, não cabendo retirar-se desse contexto a conclusão de abalizada doutrina³⁷ de que se trata de uma cláusula geral, o que acaba por empoderar a Jurisdição na aplicação das normas processuais.

Outra importante obra para o Direito Processual Civil brasileiro vem de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, com o livro “Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo”. Nele, o autor propõe-se a enfrentar e solucionar o conflito entre o formalismo e a justiça.

Para ele, estabelece-se o conflito entre o formalismo e a justiça quando o julgador toma consciência de que o “bom direito” pode sucumbir diante de uma exigência que seja puramente formal e é com vistas a resolver esse conflito que o ordenamento jurídico brasileiro adotou fórmulas “para afastar as indesejáveis

³⁵ROSSI, J.C. *Flexibilização procedimental: a farra neoprocessual*. Disponível em: <https://www.contraditor.com/95-flexibilizacao-procedimental/>. Acesso em: 10/05/2023.

³⁶DIDIER JR., F; ZANETI JR., H; OLIVEIRA, R.A.D. “Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro”. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 75, jan./mar. 2020, p. 101-136.

³⁷MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 444.

consequências do formalismo excessivo”. Como exemplo disso, Alvaro de Oliveira indica a “apreciável liberdade” dada ao juiz brasileiro pela lei para que não seja obrigado a julgar contra a própria consciência por motivos puramente formais³⁸.

Nesse contexto de defesa do publicismo no direito processual, Alvaro de Oliveira, com apoio na concepção instrumental do processo (“concepção hoje totalmente pacífica e bem espelhada pela própria evolução histórica do direito processual”), deposita confiança na atuação da Jurisdição que, livre das amarras do formalismo excessivo, poderia fazer valer o “bom direito”³⁹.

Alvaro de Oliveira enxerga a noção instrumentalista como aquela que se opõe à separação absoluta entre o direito material e o direito processual, defendendo que “o estabelecimento de uma ligação entre os dois campos aponta a uma concepção antiformalística”⁴⁰.

Embora os adeptos do formalismo-valorativo afirmem ser essa corrente uma superação do instrumentalismo processual de Dinamarco, há similitudes que impedem que uma não seja considerada decorrência da outra: “no final, a principal mudança das doutrinas ‘pós-Dinamarco’ reside no tratamento conferido à jurisdição, e não na forma de encarar o processo”⁴¹.

Há importantes pontos em comum, que foram identificados por Antônio Carvalho Filho, ao analisar o instrumentalismo, o formalismo-valorativo e o neoprocessualismo: 1) uma visão juristocrática do direito, ao enxergarem o juiz como “providência de seu povo” e conferirem ao Poder Judiciário uma projeção maior sobre os demais poderes do Estado; 2) abertura do sistema do direito para que o juiz não fique “preso aos critérios estritamente jurídicos para julgar”; 3) uso da justiça como critério de atribuição de validade ao direito; 4) diferenciação entre legitimidade e legalidade, para que o juiz possa corrigir o direito a partir da justiça, no sentido de somente gozar de legitimidade o direito que seja justo, abrindo a possibilidade de afastamento do legal em nome de suposta injustiça

³⁸ OLIVEIRA, C.A.A.D. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262-264.

³⁹ OLIVEIRA, C.A.A.D. *Do formalismo no (...)*, Ob. Cit., p. 262.

⁴⁰ OLIVEIRA, C.A.A.D. *Do formalismo no (...)*, Ob. Cit., p. 263.

⁴¹ RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?: a formação da “teoria gera do processo” sob a ótica do garantismo processual*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 153.

que ele possa gerar; 5) ótica de análise dos direitos fundamentais a partir de uma perspectiva estatal, de proteção, para “superação da função de resistência e da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais”; 6) desprezo aos avanços dogmáticos do positivismo⁴².

A defesa de Alvaro de Oliveira é de um sistema que permita ao juiz afastar formalidades que qualifica de excessivas, “tomando-se sempre como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (...), e os princípios e valores que estão a sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo”⁴³.

A partir dessa base instrumentalista, Alvaro de Oliveira lança as primeiras linhas para uma Jurisdição cooperativa⁴⁴.

Na obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a contribuição de Franz Klein para o direito processual austríaco é vista como uma revolução copernicana na administração da justiça civil, que rompe com o esquema autoritário do processo romano-justiano e com a visão individualista do processo liberal do século XIX. Ele enxergava nas ideias de Klein uma evolução do tratamento das formalidades no processo, inclusive mencionando a sua visão social, com foco no empoderamento do juiz para que ele trabalhe a serviço do Direito, do bem comum, da paz social e da verdade, para proferir uma sentença justa⁴⁵.

Embora na tese de Alvaro de Oliveira, a visão instrumentalista tenha ganhado contornos mais fluidos, a partir da defesa de um formalismo-valorativo, com reconhecimento mais robusto de garantias processuais como limitadoras da atividade jurisdicional, ainda se verifica como agem ao fundo os escopos meta-jurídicos que formam a noção sobre o processo.

A confirmar a visão publicista do instrumentalismo, Alvaro de Oliveira, apesar de defender que a garantia do devido processo legal funciona como

⁴² CARVALHO FILHO, A. *A desconstrução do processo justo: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022, pp. 197-199.

⁴³ OLIVEIRA, C.A.A.D. *Do formalismo no (...)*, Ob. Cit., p. 275.

⁴⁴ “O ativismo judicial mostra-se hoje fundamental, mas é preciso temperá-lo com atribuição de poderes também às partes, na perspectiva de mais estreita colaboração e diálogo entre os sujeitos processuais”. In: OLIVEIRA, C.A.A.D. *Do formalismo no (...)*, Ob. Cit., p. 289.

⁴⁵ OLIVEIRA, C.A.A.D. *Del formalismo en el proceso civil: propuesta de un formalismo-valorativo*. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 105-107.

limitadora da Jurisdição, na medida em que a impede de descumprir o direito processual positivado, também defendeu que ela “pode ser aplicada para afastar normas infraconstitucionais arbitrárias ou irrazoáveis, obstaculizadoras do pleno exercício da jurisdição”⁴⁶.

Eis aqui um ponto importante de contradição, pois se a garantia do devido processo legal serve como limitação da Jurisdição, como poderia funcionar, ao mesmo tempo, como um meio para que o juiz afastasse o direito positivado que fosse um obstáculo para o exercício do seu poder?

Ora, se o devido processo legal é uma garantia do cidadão, fatalmente acabará por limitar o exercício do poder jurisdicional, que não poderá, portanto, utilizá-la como fundamento para ampliar o seu poder, alegando a existência de obstáculo.

Com isso não se quer dizer que não possa o juiz, fazendo o adequado controle de constitucionalidade, afastar norma infraconstitucional que esteja a impedir o exercício da Jurisdição e a ferir as normas constitucionais. Entretanto, não poderá fazê-lo sob a alegação da garantia do devido processo legal, pois ela é estabelecida em favor do cidadão e não do poder.

Essa confusão a partir da interpretação de que uma garantia constitucional do cidadão, de natureza processual, opera também como um meio à disposição da Jurisdição para o exercício do seu poder é representativa da mesma confusão conceitual que se verifica nas noções instrumentalistas de Dinamarco entre processo e Jurisdição.

Embora haja diferenças entre a posição instrumentalista de Dinamarco e o formalismo-valorativo ancorado em Alvaro de Oliveira e embora haja esforço dos seguidores desta última posição teórica de distanciarem-se daquela, é perceptível o mesmo ponto nodal: processo como instrumento. E isso é bem identificado por Mateus Costa Pereira:

Defrontando instrumentalidade e formalismo-valorativo, partidários do último concluíram pelo distanciamento entre as correntes, pois na “terceira fase” metodológica (instrumentalidade) a jurisdição ocupa o centro da TGP; o modelo é assimétrico; e o processo seria instrumento marcadamente formal (técnico) e, portanto, inadequado ao Estado Democrático Constitucional. A seu turno, na “quarta fase” (formalismo-valorativo) o processo seria o centro gravitacional da Teoria Geral do

⁴⁶ OLIVEIRA, C.A.A.D. *Do formalismo no (...)*, Ob. Cit., p. 291.

Processo, sendo instrumento ético e colaborativo de posições processuais equilibradas; outrossim, incorporando a constitucionalização do processo no discurso, o formalismo-valorativo reconhece a fundamentalidade das normas processuais, vinculando o processo à justiça material e não apenas à realização do direito material (instrumentalidade)⁴⁷.

Essa breve análise sobre o instrumentalismo processual na legislação e na doutrina brasileiras servem para demonstrar a influência que essa ideia ainda tem para a formação do pensamento no Direito Processual Civil, notadamente, o que justifica que ainda seja importante falar-se sobre o tema, ainda que já haja doutrinas outras, com igual nível de influência, como aquela da Escola Mineira e a da Escola Paranaense, e que já ofereceram contrapontos importantes para a Escola Paulista de Processo.

4. O FORMALISMO-VALORATIVO E SUA LIGAÇÃO COM A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Em Daniel Mitidiero, o formalismo-valorativo de Alvaro de Oliveira é tratado como uma nova fase metodológica do processo civil, que superou a fase instrumentalista. Nessa nova fase, a Jurisdição deixa de ser o polo metodológico central e cede espaço ao processo: “do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário”⁴⁸.

A aposta do autor é em um processo em que as partes e o juiz dialoguem, cooperando entre si, a partir de uma estrutura do formalismo na perspectiva dos direitos fundamentais. O juiz passa a ter dupla posição no processo, “paritária no diálogo e assimétrica nas decisões”⁴⁹. A assimetria entre juiz e partes aparece no momento da decisão, pois o autor não ignora o caráter imperativo da Jurisdição⁵⁰.

Por sua vez, o contraditório, visto pelo autor como diálogo, é fator de legitimação para as decisões judiciais e o juiz é um dos seus sujeitos, ao lado

⁴⁷PEREIRA, M.C. *Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020, p. 161.

⁴⁸MITIDIERO, D. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 48-49.

⁴⁹MITIDIERO, D. *Colaboração no (...) Ob. Cit.*, p. 114.

⁵⁰MITIDIERO, D. *Colaboração no (...) Ob. Cit.*, p. 86.

das partes nessa comunidade de trabalho. Disso decorrem os deveres de o juiz esclarecer, prevenir, consultar e auxiliar os litigantes⁵¹.

Desse modo, o modelo cooperativo de processo é calcado em pressupostos sociais de participação e diálogo. Além deles, o autor apresenta os pressupostos lógicos desse modelo, a partir de uma compreensão de contraditório como “senso forte”, ou seja, como direito de influenciar efetivamente o juízo, abandonando-se a lógica apodítica e “reconhecendo-se o direito cada vez mais como *juris prudentia* e não somente como *scientia juris*”⁵². Por fim, os pressupostos éticos do modelo cooperativo decorrem da necessidade de que todos os sujeitos do processo tenham comportamento de boa-fé, a partir de uma noção de “devido processo leal” e da colocação da verdade como um dos objetivos da produção probatória, “como uma condição insuprimível para que o processo cumpra a contento o seu desiderato maior de lograr a justiça do caso decidendo”⁵³.

Nesse contexto, “o ativismo judicial aparece como algo irreversível”⁵⁴, exigindo-se do juiz uma posição mais diretiva e engajada para a promoção do que o autor denomina de igualdade efetiva entre as partes⁵⁵.

Ao defender essa posição, Mitidiero rejeita a alegação de que a iniciativa probatória do juiz possa torná-lo parcial: “juiz ativo é o contrário de juiz neutro; um e outro, todavia, podem ser imparciais”. A afirmação, entretanto, não vem acompanhada de maior aprofundamento para que se possa aferir quais as bases de que partiu o autor para fazê-la tão categoricamente nesse sentido. Como complemento, há apenas a menção à necessidade de motivação para a valoração das provas, que é considerada livre pelo autor, já que não há vínculos legais apriorísticos⁵⁶.

E aqui o raciocínio se fecha. Embora negue o instrumentalismo processual e invoque o formalismo-valorativo como a metodologia do seu pensamento sobre o direito processual, Mitidiero parte das noções de Alvaro de Oliveira, que confessadamente adere ao instrumentalismo, embora tente superá-

⁵¹ MITIDIERO, D. *Colaboração no (...)* Ob. Cit., p. 84.

⁵² MITIDIERO, D. *Colaboração no (...)* Ob. Cit., pp. 102-103.

⁵³ MITIDIERO, D. *Colaboração no (...)* Ob. Cit., p. 108.

⁵⁴ MITIDIERO, D. *Colaboração no (...)* Ob. Cit., p. 110.

⁵⁵ MITIDIERO, D. *Colaboração no (...)* Ob. Cit., p. 110.

⁵⁶ MITIDIERO, D. *Colaboração no (...)* Ob. Cit., pp. 110-111.

lo. E ambos acabam por evidenciar o protagonismo da Jurisdição na chamada comunidade de trabalho processual, lançando mão das garantias do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais como meros fatores de legitimação para o exercício do poder. O foco não chegou ao processo, ele continua sobre a Jurisdição. Tudo a ela converge e até mesmo de forma mais perigosa.

Dinamarco confessadamente vê a Jurisdição como polo metodológico do direito processual. O formalismo-valorativo, por seu turno, não faz essa confissão e adota uma visão que abranda a violência que o poder do Estado pode representar, ao colocá-lo como partícipe paritário de um diálogo com as partes que, no fim de tudo, resultará em um ato de poder: a decisão judicial.

Embora haja um esforço argumentativo para afastar essa noção de modelo cooperativo de processo do instrumentalismo processual, ao colocarem o processo a serviço do direito material, os autores aderem às ideias instrumentalistas de Dinamarco: “a ontologia do processo não sofreu mudança significativa”, conforme a constatação de Luciana Benassi Gomes Carvalho⁵⁷.

Pouco importa se o agir da Jurisdição seja visto como paritário durante o procedimento. Se ao final a decisão é um ato de poder, porque imperativa, é evidente que não há paridade entre juiz e partes em qualquer momento do processo. O que há, em todos os momentos processuais, é exercício de poder pela Jurisdição e que, por isso, deve ser contido pelas normas do processo, estabelecido como garantia das partes.

Mascarar esse dado é mascarar o exercício do poder, que sempre deve ser a descoberto.

O formalismo-valorativo é a base teórica de onde parte a defesa da colaboração processual por Daniel Mitidiero e tanto ele quanto Alvaro de Oliveira, embora neguem que a Jurisdição esteja ao centro da teoria do processo, “também não tematizam satisfatoriamente a discricionariedade judicial – e, ao não fazê-lo, acabam aceitando-a”.⁵⁸

⁵⁷CARVALHO, L.B.G. *Medidas executivas atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2021, p. 86.

⁵⁸ STRECK, L.L; MOTTA, F.J.B. “Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio”. *Revista de Processo*, vol. 213/2012, p. 13 – 34, Nov/2012, p. 18.

A centralidade da Jurisdição nessa concepção é vista, inclusive, quando se trata do contraditório, garantia básica das partes⁵⁹. Defende-se uma participação ativa do juiz no contraditório, exigindo-se que ele dialogue com as partes, consultando-as, esclarecendo-as, auxiliando-as e prevenindo-as. Mas não só. Esses deveres são também das partes para com o juiz: todos devem cooperar entre si, vaticina o art. 6º/CPC. E eis aqui um ponto de grande perigo, quando se desvirtua em favor do poder do juiz uma garantia essencial das partes⁶⁰.

Ponto comum que Diego Crevelin de Sousa observa entre instrumentalismo e formalismo-valorativo é a noção de “processo justo”, que em ambas as correntes teóricas é apresentada como um mecanismo para que haja transcendência da lei pelo julgador. Entretanto, o referido autor não localiza em nenhuma delas aquilo que se entende por “justiça”, dado o “elevadíssimo grau de abstração desses argumentos”. Crevelin aponta a ausência de uma teoria sobre a justiça, de uma teoria sobre os valores e de critérios dogmáticos de estabilização de expectativas no instrumentalismo e no formalismo-valorativo, que apostam fervorosamente no subjetivismo do “bom governo dos juízes”⁶¹.

Fazendo uma análise do ponto de vista do processo executivo, Luciana Benassi Gomes Carvalho identifica o conceito de “processo justo” como uma

⁵⁹ “O contraditório, como em um passe de mágica, legitimaria diversas posturas típicas da visão instrumentalista de processo, as quais, conforme anteriormente mencionado, caracterizam um modelo autoritário de processo. Nessa perspectiva, as doutrinas inseridas na ‘quarta fase metodológica do processo’ não significariam uma forma de superar o instrumentalismo processual, mas de legitimá-lo pelo contraditório.” In: RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?: a formação da “teoria gera do processo” sob a ótica do garantismo processual*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, pp. 154-155.

⁶⁰“(…) reza o art. 5º, LV, da Constituição que, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo (...) são assegurados o contraditório e a ampla defesa (...)”. Basta ser litigante, em processo judicial ou administrativo (incidência do suporte fático), para que o contraditório seja assegurado (eficácia jurídica). O que se tem aí é uma situação jurídica relacional envolvendo, de um lado, o Estado-juiz, a quem cumpre o dever de assegurar o contraditório e, de outro, os litigantes, que detêm o direito de exercer o contraditório. Por isso, não há como vislumbrar paridade entre juiz e partes no diálogo processual decorrente do contraditório – o diálogo processual que caracteriza esse direito fundamental é algo que diz respeito exclusivamente às partes (e seus advogados). E tampouco é apropriado afirmar que o contraditório implica deveres de conduta (de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio) também para as partes – os deveres de conduta oriundos do contraditório são unicamente do juiz para com as partes.” In: DELFINO, L. “Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina”. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016, p. 156.)

⁶¹SOUSA, D.C.D. “Processo, justiça e Calmon de Passos: uma homenagem a um fugitivo”. In: CARVALHO FILHO, A; COSTA, E.J.D.F. *Direito, processo e garantia: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos*. Londrina: Thoth, 2021, p. 64-79.

construção teórica para a qual concorreram os esforços do instrumentalismo, do neoconstitucionalismo e sua versão processual, o neoprocessualismo, assim como o formalismo-valorativo e o cooperativismo, de maneira que se desse ao devido processo legal um conceito que teria sofrido mutação constitucional, que teria atingido os incisos XXXV e LXXVIII do art. 5º da CF/1988, para entender-se garantido ao cidadão “não apenas a inafastabilidade da jurisdição, mas também e principalmente o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva, ou acesso à ordem jurídica justa”⁶².

A crítica é retomada por Antônio Carvalho Filho, que atribui à teoria do processo justo a consequência da “substituição do conteúdo do processo pelo conteúdo da jurisdição sem limites”, tendo em vista justamente a confusão conceitual entre processo e jurisdição que se encontra na visão instrumentalista e suas variantes⁶³. Isso resulta em uma retórica vazia, “para demonstração de suposta virtude, na realização do bem, mesmo que contra a lei”, pois não se revela o conceito de justiça e nem mesmo uma explicação sobre como conhecer a sua substância⁶⁴, desafios que já haviam sido postos anteriormente por Rafael Giorgio Dalla Barba⁶⁵, ao apontar questões metaéticas que continuam sem resposta pelos adeptos da teoria do processo justo.

O “processo civil de resultados” de Dinamarco implica atribuir valor à ordem processual pela capacidade que ela tenha de produzir resultados

⁶² CARVALHO, L.B.G. *Medidas executivas atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2021, p. 88-89.

⁶³ CARVALHO FILHO, A. *A desconstrução do (...) Ob. Cit.*, p. 42.

⁶⁴ CARVALHO FILHO, A. *A desconstrução do (...) Ob. Cit.*, p. 131.

⁶⁵ “A Metaética se ocupa com questões de segunda ordem, isto é, questões sobre as questões de primeira ordem que compõem a Ética. Trata-se de dois níveis de racionalidade distintos: juízos que fazemos sobre a Ética, por um lado (Metaética), e o que pensamos e fazemos na Ética (Ética Normativa), por outro. Em outras palavras, uma vez que o “processo justo” representaria o fundamento teórico para um modelo de processo por supostamente refletir um ideal de justiça substancial, a demonstração dessa tese fica submetida aos mesmos desafios e questionamentos da Metaética. Esses desafios são pelo menos três: metafísico, epistemológico e semântico.

Enquanto o desafio metafísico questiona a existência de propriedades morais – “justiça” enquanto qualidade do processo –, o desafio epistemológico indaga pela possibilidade de conhecimento moral. Ou seja, ainda que exista uma ontologia moral apta a explicar a existência de propriedades morais, a doutrina do processo justo ainda precisaria explicar como é possível conhecê-las. Além disso, ainda é preciso uma teoria semântica que explique a conexão entre conceitos morais e seus referentes no mundo, uma vez que a teoria correspondencial tradicional não parece ser a abordagem mais convincente para essa finalidade.

Em geral, para ser levada teórica e cientificamente a sério, a doutrina do processo justo necessita responder adequadamente aos desafios ontológico, epistemológico e semântico. Até hoje nenhum dos três foi enfrentado.” In: DALLA BARBA, R.G. “Desafios metaéticos à doutrina do processo justo”. *Revista de Processo*, vol. 308/2020, p. 17 – 31, Out/2020.

@ **Direito e Linguagem**, Extraordinário nº 02, vol. 01, DOI - 10.5281/zenodo.13754556, 2024.

pacificadores, propiciando “sensações felizes às pessoas mediante a efetividade de seu *acesso à justiça*”⁶⁶.

A proposta, como se vê, é a de pensar os escopos sociais, indo para além dos escopos meramente jurídicos. Entretanto, essas afirmações, sob a justificativa de se ter que superar a fase conceitualista na ciência do direito processual, acabam por enaltecer a confusão conceitual entre processo e Jurisdição, como se fossem instituições com as mesmas finalidades.

5. O DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Luiz Guilherme Marinoni, em seu clássico “Técnica processual e tutela dos direitos” apresenta um outro ponto de partida, diverso do instrumentalismo de Dinamarco. Para Marinoni, que parte da noção de que os direitos fundamentais não devem ser vistos apenas como direitos de defesa, mas também como direitos a prestações⁶⁷, há direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva, cuja existência decorre da própria existência dos demais direitos e que é, por isso, fundamental para que esses outros direitos existam: “Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos”⁶⁸.

O “novo ‘Estado de Direito’”, que não se resume a proteger os direitos do homem, mas também deve atuar “de modo mais incisivo na esfera dos particulares para a satisfação das necessidades sociais”, implica na necessidade de uma mudança de perspectiva, segundo Marinoni, na mentalidade dos processualistas e dos operadores do direito, “que necessariamente devem pensar o direito processual à luz dos valores da Constituição”. Isso implica, para o autor, em reconhecer que, tendo o Estado um dever de proteger direitos e de promovê-los, deve-se abandonar a compreensão dos direitos fundamentais como meros direitos de defesa e deixar de ver o Estado como “inimigo público”.⁶⁹

⁶⁶ DINAMARCO, C.R. *Instituições de (...)*. Ob. Cit., p. 90.

⁶⁷ MARINONI, L.G. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 137.

⁶⁸ MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 144.

⁶⁹ MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 65.

Ao entender dessa maneira, Marinoni apresenta uma visão do direito processual a partir da efetividade que ele possa ter para a tutela de direitos materiais. Para o professor paranaense, não é o direito processual que dará os contornos do direito material e, sim, o contrário: “o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo”, de maneira que o legislador e o juiz sejam considerados como devedores do direito à efetiva proteção do direito material.⁷⁰

Diante disso, havendo descumprimento dos deveres do legislador, no sentido de editar procedimento idôneo para a tutela do direito material, caberia ao juiz prestar a “tutela jurisdicional efetiva”, respeitando, destaca o autor, o direito de defesa⁷¹.

A preocupação de Marinoni é evidenciar a ausência de neutralidade do processo em relação ao direito material e à realidade social. O que há é uma interdependência, afirma⁷². Essa relação faz com que o autor leia o processo civil como um instrumento de proteção dos direitos fundamentais, “seja evitar a violação ou o dano ao direito fundamental, seja para conferir-lhe o devido ressarcimento”⁷³ e, por essa razão, defende que o juiz conforme a regra processual “com as necessidades do direito material e dos casos concretos”⁷⁴.

Essa forma de entender o processo não se distancia da instrumentalidade. Embora em Marinoni a Jurisdição não esteja no centro das preocupações da teoria processual, é nítida a preocupação com a efetividade do direito material, colocando-se o processo como um instrumento para que se alcance tal desiderato.

E mais: compreender o processo a partir do ponto de vista da tutela do direito material, embora não intencionalmente, acaba por valorizar a posição da parte autora, que é aquela que busca a tutela de um direito que afirma ser seu⁷⁵.

⁷⁰ MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 147.

⁷¹ MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 147.

⁷² MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 149.

⁷³ MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 171.

⁷⁴ MARINONI, L.G. *Técnica processual (...)* Ob. Cit., p. 173.

⁷⁵ Calmon de Passos, sobre este tema, faz uma distinção fundamental: “Sempre procurei distinguir a *prestação da atividade jurisdicional*, a que faz jus todo e qualquer postulante, por lhe ser constitucionalmente devida pelo magistrado, que se cumpre e se formaliza com a prolação da sentença com que o juiz põe fim ao processo (entrega a prestação a que está obrigado, sempre) da *tutela jurídica*, que ele está obrigado a conceder apenas à parte que fizer jus ao bem da vida que postulou, a fim de que lhe fosse juridicamente assegurado, tutela que ele defere e formaliza com a sentença pela procedência, se merecedor da tutela é o autor, ou pela improcedência, se merecedor da tutela é o réu. Ali, exercita-se o Direito Público subjetivo de

@ **Direito e Linguagem**, Extraordinário nº 02, vol. 01, DOI - 10.5281/zenodo.13754556, 2024. 157

Marinoni enxerga a possibilidade de que o juiz adapte o procedimento para alcançar a tutela no caso concreto, defendendo que esse poder decorre “do direito do autor à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva e do dever do juiz de dar proteção aos direitos, outorgando a adequada tutela jurisdicional ao caso concreto”⁷⁶.

Essa plasticidade do procedimento que é defendida por grandes nomes da doutrina processual brasileira constitui para Marinoni, Arenhart e Mitidiero um ponto fundamental para um conceito de processo: “processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade democrática ao exercício do poder jurisdicional”⁷⁷.

E ainda aqui é possível identificar a aposta em um juiz comprometido com os valores constitucionais que se quer realizar, com poderes para conformar o procedimento e adaptar as técnicas processuais às necessidades do direito material encontradas em cada caso.

Ou seja, a legitimidade do poder jurisdicional está, em parte, localizada na adequação do procedimento ao direito material.

6. O DIREITO PROCESSUAL NO ESTADO CONTEMPORÂNEO E O PAPEL DAS “CORTES SUPREMAS”

Marinoni, Arenhart e Mitidiero propõem uma discussão sobre o direito processual civil no Estado contemporâneo e o fazem a partir de algumas premissas: a) um novo conteúdo do princípio da legalidade, já que a lei deve estar subordinada à Constituição e deve-se ter em vista um trabalho colaborativo entre legislador, juiz e doutrina na construção do conteúdo da norma; b) a superação das teorias de Chiovenda (atuação da vontade concreta da lei) e Carnelutti (justa composição da lide) sobre a função da Jurisdição, por não terem mais relação com o Estado contemporâneo; c) o surgimento de um positivismo crítico, com teorias que dão ao juiz a possibilidade de afirmar o conteúdo da lei conforme a Constituição, em que os princípios e postulados normativos são

ação, aqui, o direito subjetivo material que se afirmou violado ou ameaçado de violação.” In: CALMON DE PASSOS, J. J. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 5).

⁷⁶ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 439.

⁷⁷ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...), Ob. Cit.* p. 440.

incorporados na teoria da norma, em que são desenvolvidas teorias dos direitos fundamentais e ganham proeminência técnicas de controle de constitucionalidade, que dão ao juiz uma função construtiva e não mais meramente declaratória da inconstitucionalidade; d) o surgimento, como consequência disso tudo, de um novo modelo de Jurisdição, “sendo necessário, agora, que o direito processual civil se dê conta disso e proponha um conceito de jurisdição que seja capaz de abarcar a nova realidade que se criou”⁷⁸.

Ao fazerem um resgate histórico para demonstrar como o positivismo clássico influenciou as visões sobre a Jurisdição de autores como Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, que acabaram, por sua vez, por influenciar a construção da doutrina processual brasileira, Marinoni, Arenhart e Mitidiero buscam criticar a noção de que a Jurisdição e o Processo Civil teriam por única função a de resolver casos concretos, mediante a declaração do direito aplicável a eles⁷⁹.

A partir disso, já em outras obras, Marinoni⁸⁰ e Mitidiero⁸¹ constroem uma tese de que ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça devem ser reconhecidos poderes de atribuição de sentido à lei federal infraconstitucional e à Constituição, respectivamente. As cortes supremas e o

⁷⁸ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, pp. 27-28.

⁷⁹ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, p. 50.

⁸⁰ “Pela mesma razão que o juiz não se limita a declarar a vontade da lei, a Suprema Corte não pode ter a função de *revelar o exato sentido da lei* e de controlar a *legalidade* das decisões dos tribunais. A função do Superior Tribunal de Justiça, como será demonstrado, é a de *identificar*, entre as várias normas jurídicas extraíveis do texto legal, aquela que está de acordo com os valores da sociedade e do Estado, sempre mediante as ‘melhores razões’. Em outras palavras, a função do Superior Tribunal de Justiça é *definir o sentido* do direito federal infraconstitucional mediante ‘razões apropriadas’.” In: MARINONI, L.G. *O STJ enquanto corte suprema: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 77.

⁸¹ “É justamente para evitar *esse particularismo e essa inconstância* que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser vistos como cortes *proativas* e de *adequada interpretação* da Constituição e da legislação infraconstitucional federal – cortes, portanto, que tomam a *decisão recorrida* como *ponto de partida* para o desenvolvimento de sua função de outorga de *unidade ao Direito*, isso é, de tutela do direito em uma dimensão geral. Como é da *essência* do Direito o seu caráter indeterminado, é de *radical* importância para sua adequada interpretação e aplicação a existência de cortes encarregadas de *definir o sentido* com que os enunciados linguísticos empregados pela Constituição e pela legislação infraconstitucional federal devem ser compreendidos em determinado contexto. Vale dizer: é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sejam entendidos como cortes que apresentam como *ponto de chegada* a adequada interpretação da legislação, viabilizando a partir daí a unidade do Direito brasileiro e a orientação *futura* dos demais tribunais e da sociedade civil.” In: MITIDIERO, D. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 95.

Poder Judiciário em geral não podem ser vistos como órgãos submetidos ao legislador e, sim, como colaboradores “para a instituição de um direito adequado à justa organização social”⁸².

Daniel Mitidiero defende que o processo civil no Estado Constitucional deve desempenhar dois discursos, o de tutelar direitos no processo (dimensão particular) e de propiciar a unidade do direito mediante a construção de precedentes judiciais (dimensão geral)⁸³.

Em crítica dirigida ao texto acima referido de Daniel Mitidiero, William Galle Dietrich⁸⁴ faz importante provocação no sentido de que a proposta é, na verdade, de *lege lata* e não de *lege ferenda*, tendo em vista que não há análise do conteúdo da previsão normativa do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/1988). O conceito de processo como meio de tutela dos direitos não encontra base nas normas processuais da Constituição⁸⁵.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, em certa medida, afastam-se da doutrina instrumentalista quando rejeitam que a pacificação social seja uma finalidade da Jurisdição, pois para eles importa muito mais saber *como* a pacificação será alcançada, de maneira que o objetivo de alcançar a pacificação deve ser considerado secundário, não sendo característica essencial da Jurisdição no Estado Constitucional⁸⁶. Os autores rejeitam esse objetivo como principal por

⁸² MARINONI, L.G. *O STJ enquanto (...), Ob. Cit.*, p. 77.

⁸³ MITIDIERO, D. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional”. *Revista de Processo*, vol. 229/2014, p. 51-74, Mar/2014, p. 57.

⁸⁴ DIETRICH, W.G. *Ciência jurídica e garantismo processual* – 3ª parte. Disponível em: <https://www.contraditor.com/72-ciencia-juridica-e-garantismo-processual-3a-parte/>. Acesso em: 10/05/2023.

⁸⁵ “A posição do processo tendo como fim a tutela de direitos, embora seja argumentada com ampla pesquisa e citações de grandes nomes, esbarra em um ponto elementar: o processo não está assim previsto na Constituição. E fontes da doutrina estrangeira, por mais autorizadas que possam ser, não têm o poder de revogar o direito positivo. Aqui está, aliás, um outro dado curioso do texto ora analisado: o objeto central do estudo é discutir a função do processo e o autor não enfrenta, em nenhuma linha do texto, o dispositivo constitucional que trata do processo – art. 5º, LIV, CF. Interessante observar que o autor aborda, como base jurídica de sua construção do processo como meio de tutela de direitos, vários artigos de direito positivo, especialmente a dignidade da pessoa humana – art. 1º, III, CRFB/88. Isso, com efeito, já diz muito sobre os objetivos do texto. Ora, se o texto trata da função do processo-no-Estado-Constitucional e ignora o artigo-constitucional-do-processo, parece evidente que esse não pode ser um texto de dogmática, pois o ponto de partida da dogmática é justamente o direito positivo (*lege lata*). Trata-se de silêncio que muito fala sobre os objetivos do artigo de Mitidiero.” In: DIETRICH, W.G. *Ciência jurídica (...), Idem*.

⁸⁶ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...), Ob. Cit.*, pp. 123-124.

considerá-lo neutro e indiferente ao direito material e aos valores previstos na ordem constitucional⁸⁷.

A partir disso, defendem a ideia de que cabe ao juiz dar sentido ao caso concreto conflituoso com olhos para a Constituição, mas também levando em consideração as necessidades do direito material, resgatando a noção de instrumentalidade, mas agora sob o ponto de vista da tutela⁸⁸.

Firmes na noção de que a Jurisdição tem por escopo “reconstruir a norma jurídica capaz de dar conta das necessidades do direito material”⁸⁹, os autores propõem uma visão do processo a partir da ideia de direito fundamental à tutela jurisdicional, que “incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição”⁹⁰.

E é nesse ponto que a instrumentalidade recobra sua força: a técnica processual deve ser adequada ao direito material; o legislador nem sempre atuará de maneira ideal e elaborará normas abertas que permitam adaptação pelo juiz nos casos concretos; caberá ao juiz interpretar o texto legal processual para conformá-lo ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de modo a “permitir ao juiz encontrar uma técnica processual idônea à tutela das necessidades do caso conflitivo”⁹¹.

A preocupação de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, distanciando-se da noção de relação jurídica processual cunhada por Bülow, por entenderem ser ela insuficiente para dar respostas que atendam as necessidades do direito material, é com a compreensão do processo como instrumento do Estado para cumprir seu dever de prestar tutela aos direitos, serviço que encontrará legitimidade democrática na participação das partes na construção da decisão, no direito ao procedimento adequado que se traduz em dever para o legislador

⁸⁷ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, p. 125.

⁸⁸ “É que a tutela – ou a proteção – jurisdicional tem uma óbvia natureza instrumental em relação ao direito material. A tutela jurisdicional, além de tomar em conta a Constituição, deve considerar o caso e as necessidades do direito material, uma vez que as normas constitucionais devem iluminar a tarefa de tutela jurisdicional dos direitos. (...) Na verdade, a jurisdição tem o objetivo de dar tutela às necessidades do direito material, compreendidas à luz das normas constitucionais” In: MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, p. 125.

⁸⁹ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, p. 125.

⁹⁰ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, p. 129.

⁹¹ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...) Ob. Cit.*, pp. 129-132.

e para o juiz, na adequação do procedimento aos direitos fundamentais e na adequação da decisão aos direitos fundamentais⁹².

Nesse contexto, ainda se vê os autores tratando do papel da Jurisdição e, como direito fundamental central do sistema, tem-se o direito à tutela jurisdicional efetiva. Quando eles apresentam os fatores de legitimação, estão a referir-se à legitimidade do poder jurisdicional. O processo, então, funciona, em linhas gerais, como fator de legitimação do exercício do poder⁹³.

Fica evidenciada a noção de processo como técnica que deve ser adequada ao caso concreto para que a tutela do direito material seja efetivada, esta que é uma das funções da Jurisdição, ao lado da função de promover a unidade do direito a partir da construção de precedentes. Por um caminho mais longo, chega-se ao mesmo destino. O processo serve ao direito material, que deve ser efetivado pela Jurisdição; logo, a Jurisdição serve-se do processo para atingir os seus escopos básicos.

O poder jurisdicional sobre o processo acaba reforçado porque, muito embora os autores reconheçam a relevância dos direitos fundamentais de natureza processual, atribuem ao Poder Judiciário a função de dar sentido ao direito e nisso inclui-se, obviamente, o direito processual. Ou seja, a Jurisdição, para tutelar o direito material, dará sentido e conferirá unidade ao direito processual e não fica exatamente claro de que maneira este último servirá como barreira de contenção para o poder jurisdicional.

Na obra, o conceito de processo é uma consequência do conceito de Jurisdição, que, “no Estado Constitucional, é marcada pelo próprio dever estatal de dar tutela aos direitos e pela imprescindibilidade de o juiz atribuir sentido ao caso concreto”, de maneira que “o processo atualmente tem de ser estruturado não apenas consoante as necessidades do direito material, mas também dando ao juiz e à parte a oportunidade de se ajustarem às particularidades do caso concreto.”⁹⁴

Essa íntima conexão entre os fins do processo e os fins da Jurisdição é justificada pelos autores. Como eles consideram que é por meio do processo

⁹² MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., pp. 434-435.

⁹³ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., p. 151.

⁹⁴ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., p. 454.

que a Jurisdição atua e, estando ela obrigada a atingir determinadas finalidades dentro do Estado Constitucional, assim também o processo teria que estar comprometido com os mesmos fins. Desse modo, propõem uma visão externa e não apenas interna da questão⁹⁵ e partem para a construção de um conceito de “direito fundamental ao processo justo”, como sendo uma evolução do conceito de devido processo legal.

Há uma crítica à Constituição, pelo fato de ela usar a expressão “devido processo legal”, que, segundo os autores é própria do modelo de Estado de Direito, “em que o processo era concebido unicamente como um *anteparo ao arbítrio estatal*” e não se adequa ao Estado Constitucional, que “tem por missão *colaborar na realização da tutela efetiva dos direitos mediante a organização de um processo justo*”⁹⁶.

O direito ao processo justo é visto como tendo natureza processual, não havendo que se falar em sua dimensão substancial. Ele impõe deveres de organização ao Estado e deve ser concretizado a partir das leis processuais infraconstitucionais, tal como teria feito o CPC/2015 ao instituir o “modelo cooperativo de processo civil e o princípio da colaboração”, pois a divisão de trabalho entre juiz e partes e a colaboração daquele para com estas é primordial para a noção de processo justo⁹⁷.

Com isso, Marinoni e Arenhart alinham-se às ideias defendidas em escrito anterior ao CPC/2015 por Daniel Mitidiero e que foi abordado anteriormente. A base é considerar-se o Estado Constitucional não como um “Estado-Inimigo”, o que justifica que o juiz desempenhe um novo papel no processo, que seja “isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões”. Do princípio da cooperação decorrem as regras de esclarecimento das dúvidas das partes pelo juiz; de prevenção, pelo juiz, às partes sobre eventuais perigos de o êxito na demanda ser frustrado pelo mau uso do processo; de consulta às partes antes de decidir qualquer questão, oportunizando a influência delas sobre a decisão; e de auxílio às partes na superação de obstáculos que possam impedir a prática de atos no processo.⁹⁸

⁹⁵ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., pp. 486-487.

⁹⁶ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., pp. 489-490.

⁹⁷ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., pp. 490-491.

⁹⁸ MARINONI, L.G; ARENHART, S.C; MITIDIERO, D. *Novo curso (...)* Ob. Cit., pp. 493-498.

Mesmo aqui ainda é evidente o protagonismo da Jurisdição. Embora os autores rejeitem que a Jurisdição deva estar no centro do estudo do Direito Processual, é nítido o seu protagonismo sobre as partes no processo, na medida em que se pensa o direito ao processo justo como algo dado ao Estado para a consecução dos seus objetivos.

Não se pode negar a importância para o ordenamento jurídico dos mecanismos que garantam a efetividade da tutela jurisdicional, isto é, a capacidade de as decisões judiciais que reconheçam a existência de direitos gerarem eficácia, transformando-se o comando em realidade prática. No entanto, é preciso que não se perca de vista que há vários elementos na composição da equação que vai gerar a tutela jurisdicional.

Quando Luiz Guilherme Marinoni apresenta a sua visão do processo partindo da noção de tutela dos direitos, assim como Dinamarco, está a atribuir a duas instituições a mesma finalidade: para Marinoni, tanto o processo quanto a Jurisdição têm o objetivo de promover a tutela dos direitos; para Dinamarco, tanto o processo quanto a Jurisdição têm os objetivos de pacificar, educar e promover a justiça.

Quando se defende o abrandamento da legalidade com base em critérios não claros de “justiça”, a possibilidade de flexibilização, pelo juiz, do procedimento estabelecido na lei para adaptá-lo à realidade do caso concreto e a transformação de direitos fundamentais em instrumentos técnicos de manejo pelo juiz para a efetividade da tutela jurisdicional, cria-se no âmbito da jurisdição um superpoder.⁹⁹

É evidente que a Jurisdição é incumbida de tutelar os direitos, a partir da interpretação e aplicação do ordenamento jurídico. E para que a tutela seja prestada há que ser obedecido um método de trabalho, que se constitui, ele também, em um direito: o processo.

O papel desempenhado pelas normas processuais nesse contexto é o de limitar o poder da Jurisdição, impondo-lhe formas pré-determinadas pelo

⁹⁹ “Tudo isso acaba criando uma espécie de ‘direito de exceção’, no qual não somente o processo, mas também o próprio direito se transforma em instrumento na mão de juízes que, embora possam estar bem intencionados, assumem um rosário de faculdades capaz de gerar um levante contra as prescrições constitucionais de imparcialidade judicial e da igualdade das partes no processo.” In: RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?: a formação da “teoria gera do processo” sob a ótica do garantismo processual*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 162.

legislador, de maneira que a atividade de resolver conflitos e tutelar direitos não se dê arbitrariamente. Nesse sentido, convém destacar as lições de Eduardo José da Fonseca Costa, quando apresenta as noções basilares de Processo como instituição de garantia, a partir de uma leitura constitucional:

Obtusamente, contudo, o ativismo judicial dissolve o processo (que é garantia) na jurisdição (que é poder), como se o processo fosse a própria jurisdição-funcionalmente-manifestada. Fá-lo perder a própria autonomia ôntica, dando o direito processual lugar a um disforme 'direito jurisdicional'. Daí dizer a *intelligentsia* ativista que o papel precípua do processo é a realização do direito material. Sem razão, entretanto. Lembre-se: na 'jurislação', o direito é criado; na jurisdição, o direito é aplicado por terceiro imparcial; na administração, o direito é aplicado pela própria parte ou por terceiro não imparcial. Com isso se vê que, na realidade, o que está a serviço da realização do direito material é a jurisdição, não o processo: ao processo cabe 'apenas' cuidar para que essa realização não deslize em abusividades. Decididamente, o exercício da jurisdição radica no processo e não o contrário¹⁰⁰.

Essa visão de processo com finalidade diversa da Jurisdição em nenhum momento nega a importância da tutela dos direitos, apenas atribui essa função ao órgão do poder do Estado que a Constituição previu como competente para tal, após a provocação do interessado. A distinção que aqui se faz tem por finalidade afastar os riscos gerados pela confusão de finalidades entre Jurisdição e processo.

Marinoni e Mitidiero, de forma coerente, constroem uma concepção muito própria de estrutura e funções dos tribunais superiores, por eles denominados cortes supremas, para o sistema de justiça civil brasileiro. Na visão dos autores, é preciso repensar o STF e o STJ, para que deixem de ser vistos como cortes de controle de interpretação e passem a ser vistos como cortes de precedentes, com função precípua de conferir unidade ao Direito, atuando como colaboradores do Poder Legislativo.

Essa forma de encarar o papel dos tribunais coloca a posição teórica de Marinoni e Mitidiero próxima daquela defendida por Dinamarco, na medida em que há uma aposta comum: no protagonismo dos juízes em geral, por

¹⁰⁰ COSTA, E.J.D.F. "O processo como (...)" Ob. Cit., p. 19.

Dinamarco, e no protagonismo das cortes supremas, por Marinoni e Mitidiero.¹⁰¹ Esse protagonismo resulta em dissolução do sistema jurídico em sistema político, pois o Poder Judiciário passa a operar com temas que não são do seu *métier*.¹⁰²

Embora a teoria desenvolvida por Marinoni, Arenhart e Mitidiero não centralize a Jurisdição, o protagonismo prático dela é a sua tônica e isso fica bastante evidente a partir do papel que eles atribuem aos juízes no denominado Estado Constitucional e, mais especificamente Marinoni e Mitidiero, aos tribunais superiores nas teses qualificadas por Eduardo José da Fonseca Costa como transcendentalistas.¹⁰³

A instrumentalização do caso em favor do poder jurisdicional e a concessão a este de uma função de dar unidade ao Direito sem o estabelecimento de limites claros torna o processo um instrumento servil ao poder, que o manejará em nome da efetividade da tutela jurisdicional a partir dos mantras do processo justo e da tutela adequada.

Nessa linha, Nelson Nery Jr. e Georges Abboud criticam a posição de serem STF e STJ tribunais de precedentes, afirmando ser ela uma deturpação das funções constitucionalmente estabelecidas para eles, dando a impressão de “que o cidadão não deve ter acesso a esses Tribunais, ou quando o consegue, em verdade, o caso concreto do cidadão é mero pretexto e meio, instrumento, para se tornar viável a fixação de tese jurídica (*sic*).”¹⁰⁴

¹⁰¹ SOUSA, D.C.D. *Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 306.

¹⁰² “Em ambos os casos, dá-se a absorção de tendências fortemente idealistas (verificadas na pretensa necessidade e capacidade de adaptar o direito a exigências decorrentes de imperativos superiores, como, v.g., justiça, bem comum, interesse público, moralidade) e sociológicas (verificada na suposta capacidade de adaptar as normas vigentes a exigências decorrentes da evolução da sociedade). (...) Mas as tensões internas ao sistema jurídico, resolvidas coativamente pelo Judiciário, só podem ser validamente dimensionadas pelo recurso à práxis, isto é, ao direito positivo lato sensu, precedentes e técnicas interpretativas. A interpretação jurídica não pode recorrer a argumentos utilitários e pragmáticos como aqueles que podem e devem entrar no debate parlamentar, sob pena de desdiferenciação do sistema jurídico.” In: SOUSA, D.C.D. *Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, pp. 306-307.

¹⁰³ COSTA, E.J.D.F. “Os tribunais superiores são órgãos transcendentais?” In: _____. *Processo e garantia*, vol. I, p. 21-26, Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 21.

¹⁰⁴ NERY JR., N; ABBOUD, G. “Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016”. *Revista de Processo*, vol. 257/2016, p. 217-235, Jul/2016, p. 219.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão aqui não pretende esgotar as críticas formuladas pela doutrina às teses acima elencadas. A pretensão era realizar um voo panorâmico sobre os posicionamentos doutrinários, para ressaltar os pontos de ligação entre o instrumentalismo de Dinamarco e o formalismo-valorativo de Alvaro de Oliveira, o cooperativismo de Daniel Mitidiero e a noção de processo como instrumento para a tutela efetiva do direito material no Estado Constitucional, de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, com indicação breve das críticas realizadas a elas, sem objetivo de esgotamento.

Pela análise realizada até aqui, percebe-se que há um enraizamento da noção de processo como instrumento nas ideias que motivaram as principais leis regentes do direito processual civil brasileiro, que é resultado não só de um viés político de forte tom publicista, mas também de uma sólida construção doutrinária.

Mesmo nos posicionamentos doutrinários que se propuseram a superar o instrumentalismo processual, como é o caso do formalismo-valorativo, do processo civil colaborativo, do processo como mecanismo de tutela dos direitos, é possível perceber de forma muito acentuada a instrumentalização do processo. Muito embora em Marinoni, Mitidiero e Arenhart a Jurisdição tenha deixado de ser o centro da preocupação, ainda não se vê a centralidade do processo

Notadamente na teoria das cortes supremas, que vem ganhando fortes adeptos contemporaneamente, percebe-se o processo alternando-se entre um instrumento para a tutela dos direitos e para que as cortes desempenhem a sua função de conferir unidade ao direito, como se o processo, em si mesmo, não fosse também um direito.

Isso tudo é uma consequência do arraigamento das noções publicistas de instrumentalidade do processo, o que se deu de forma bastante consistente desde os primórdios do século XX no Brasil, conforme se pôde constatar desde a primeira parte desta série de ensaios.

8. REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, J.R.D.S. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BUZAID, A. “Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973”. In: BRASIL. *Código de processo civil: histórico da lei*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1974. v. 1, t. 1, p. 1-188, Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177828>.
- CALMON DE PASSOS, J.J. *Inovações no Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CAMPOS, F. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939: Decreto-Lei n. 1.608/1939*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>, acesso em 23/04/2023.
- CARVALHO FILHO, A. *A desconstrução do processo justo: crítica ao pensamento instrumentalista e neoconstitucional*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2022.
- CARVALHO, L.B.G. *Medidas executivas atípicas: uma leitura constitucional a partir do debate entre publicistas e garantistas*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2021.
- CINTRA, A.C.D.A.; GRINOVER, A.P.; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- COSTA, E.J.D.F. “O processo como instituição de garantia”. In: _____. *Processo e garantia*, vol. I, p. 15-20, Londrina: Editora Thoth, 2021.
- _____. “Os tribunais superiores são órgãos transcendentais?” In: _____. *Processo e garantia*, vol. I, p. 21-26, Londrina: Editora Thoth, 2021.
- DALLA BARBA, R.G. “Desafios metaéticos à doutrina do processo justo”. *Revista de Processo*, vol. 308/2020, p. 17 – 31, Out/2020.
- DELFINO, L. “Cooperação processual: Inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina”. *Revista*

Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan./mar. 2016.

DIDIER JR., F. *Sobre a Teoria Geral do Processo*, essa desconhecida. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER JR., F; CABRAL, A.D.P; CUNHA, L.C.D. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*. Salvador: JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., F; ZANETI JR., H; OLIVEIRA, R.A.D.. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 75, jan./mar. 2020.

DIETRICH, W.G. *Ciência jurídica e garantismo processual – 3ª parte*. Disponível em: <https://www.contraditor.com/72-ciencia-juridica-e-garantismo-processual-3a-parte/>. Acesso em: 10/05/2023.

DINAMARCO, C.R. *A instrumentalidade do processo*. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2022.

_____. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

HELLMAN, R. *Comentários ao Código de Processo Civil: SuperCPC/JuruáDocs*, Disponível em: www.juruadocs.com/legislacao/art/lei_00131052015-327. Acesso em: 09/05/2023.

LOPES JR., A. “A instrumentalidade garantista do Processo Penal”. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 2001, vol. 2, p. 11-33. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10923/22131>. Acesso em 12/07/2023.

MARINONI, L.G. *O STJ enquanto corte suprema: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, L.G; ARENHART, S.Cruz; MITIDIERO, D. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, D. “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional”. *Revista de Processo*, vol. 229/2014, p. 51-74, Mar/2014.

- _____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MOREIRA, J.C.B. “Por um processo socialmente efetivo”. *Revista de Processo*, vol. 105/2002. p. 181-190, jan-mar/2002.
- NERY JR., N; ABBoud, G. “Recursos para os Tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016”. *Revista de Processo*, vol. 257/2016, p. 217-235, Jul/2016.
- OLIVEIRA, C.A.A.D. *Del formalismo en el proceso civil: propuesta de un formalismo-valorativo*. Trad. Juan José Monroy Palacios. Lima: Palestra Editores, 2007.
- _____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PEREIRA, M.C. *Introdução ao estudo do processo: fundamentos do garantismo processual brasileiro*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.
- RAATZ, I; ANCHIETA, N. *Uma teoria do processo sem processo?: a formação da “teoria gera do processo” sob a ótica do garantismo processual*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.
- ROSSI, J.C. *Flexibilização procedimental: a farra neoprocessual*. Disponível em: <https://www.contraditor.com/95-flexibilizacao-procedimental/>. Acesso em: 10/05/2023.
- SANTOS, M.A. “Contra o processo autoritário”. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 54, n. 2, p. 212-229, 1959. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66314>. Acesso em: 14 jul. 2023.
- SENADO FEDERAL. *Código de Processo Civil e normas correlatas*. 7ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.
- SOUSA, D.C.D. *Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.
- _____. *Processo, justiça e Calmon de Passos: uma homenagem a um fugitivo*. In: CARVALHO FILHO, A; COSTA, E.J.D.F. *Direito, processo e garantia: estudos em homenagem a J. J. Calmon de Passos*. Londrina: Thoth, 2021.

STRECK, L.L; MOTTA, F.J.B. “Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou ‘colaboração no processo civil’ é um princípio”. *Revista de Processo*, vol. 213/2012, p. 13 – 34, Nov/2012.

© **Direito e Linguagem** nº 2, vol. 1. Extraordinário (2024), pp. 172-189
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.13774067

Moral and sexual harassment of care workers in Brazil: in search of a legal solution

Assédio moral e sexual das trabalhadoras do cuidado no Brasil: em busca de uma solução jurídica

Ana Paula Sefrin Saladini¹

Universidade Estadual do Norte do Paraná

Sandra Flügel Assad²

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Summary: 1. Introduction; 2. Care and the Sexual Division of Labor; 3. Harassment in the Workplace and ILO Convention Nº 190; 4. Acting and Judging with an Intersectional Gender Perspective; 5. Final Considerations; 6. References.

Abstract: This article aims to analyze the harassment suffered by workers caring for elderly and sick individuals in their work environments, considering the International Labour Organization (ILO) Convention No. 190, highlighting the importance of the Judiciary adopting gender-sensitive judgments to ensure effective protection for professionals who are essential for the maintenance of society. The research problem involves examining how the Protocol for Gender-Sensitive Judgments can be used to resolve disputes in which care workers claim to have suffered moral and sexual harassment in the workplace. The hypothesis is that moral and sexual harassment in the workplace disproportionately affects

¹Doutora e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Juíza Titular da 1ª Vara do Trabalho de Londrina – Paraná. Integrante da Comissão de Estudos Relativos a Questões de Gênero no Direito Internacional, no Direito Brasileiro, na Sociedade e na Magistratura da Escola Nacional da Magistratura do Trabalho – ENAMAT. Integrante do Comitê Gestor Regional do Programa de Equidade de Raça, Gênero e Diversidade do TRT-9. Professora. Endereço para acessar o CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7753263103346992>.

²Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), com período de pesquisa na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Juíza Titular de Vara do Trabalho no TRT da 9ª. Região/ Paraná. Integrante do Comitê Gestor Regional do Programa de Equidade de Raça, Gênero e Diversidade do TRT-9, da Clínica de Direitos Humanos da PUCPR, do Grupo Interinstitucional de Estudos sobre a Igualdade de Gênero no Sistema de Justiça, dos grupos de pesquisa Direitos Humanos e Direito Internacional do PPGD da PUCPR e Alteridade e Constituição do PPGDH da PUCPR. Endereço para acessar o CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6149798772032823>.

women workers in the care sector, such as nurses and caregivers, requiring a gender-sensitive analysis. To achieve its objective, the paper uses the hypothetical-deductive method and conducts exploratory-analytical research based on a doctrinal survey and international regulations on harassment. The specific objectives are to reflect on the special characteristics of work in the care sector, including the sexual division of labor; present and question the concepts of moral and sexual harassment, with reference to ILO Convention No. 190; establish a relationship between care workers and harassment cases; and analyze how gender-sensitive judgments help judges assess harassment cases. The conclusion reached is that the analysis of conflicts from a gender perspective can contribute to uncovering harassment that is often hidden due to the very nature of care work.

Keywords: Moral Harassment; Sexual Harassment; ILO Convention No. 190; Gender-Sensitive Judgments; Care Workers.

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar o assédio sofrido por trabalhadoras do cuidado de pessoas idosas e enfermas em seus ambientes de trabalho à luz da Convenção 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), destacando a importância de que o Poder Judiciário adote julgamentos com perspectiva de gênero, visando garantir uma proteção eficaz às profissionais que são indispensáveis para a manutenção da sociedade. O problema de pesquisa consiste em perquirir como o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero pode ser utilizado para a solução das lides nas quais as trabalhadoras da área de cuidado alegam ter sofrido assédio moral e sexual nos ambientes de trabalho. Parte-se da hipótese que o assédio moral e sexual nos ambientes de trabalho afeta de forma desproporcional as mulheres trabalhadoras da área do cuidado de pessoas idosas e enfermas, como enfermeiras e cuidadoras, demandando uma análise da questão em perspectiva de gênero. Para alcançar o seu intento, o trabalho utiliza o método hipotético-dedutivo e realiza uma pesquisa exploratória-analítica, que parte de um levantamento doutrinário e do regramento internacional sobre o assédio. Seus objetivos específicos são refletir sobre as características especiais do trabalho na área de cuidado, dentre elas a divisão sexual do trabalho, apresentar e questionar os conceitos de assédio moral e sexual tendo como referencial a Convenção 190 da OIT, estabelecendo uma relação entre as trabalhadoras dessa área e os casos de assédio, e analisar como o julgamento com perspectiva de gênero auxilia juízas e juizes a apreciar casos de assédio. Conclui, ao final, que a análise dos conflitos em perspectiva de gênero pode contribuir para que se desvelem assédios ocultos pela própria característica do trabalho de cuidado.

Palavras-chave: Assédio Moral; Assédio Sexual; Convenção 190 da OIT; Julgamento em perspectiva de gênero; Trabalhadoras do Cuidado.

1. INTRODUCTION

There is a wide range of activities related to care, which can include the care of children and people with disabilities. However, this article focuses on investigating the paid work carried out by professionals who care for elderly and sick or bedridden individuals, as well as their relationships with gender and the dignity of those who perform the work. It also questions how the Protocol for Gender-Sensitive Judgments can be used to resolve labor disputes involving this subject.

The International Labour Organization's (ILO) Convention No. 190, which became effective in June 2021, recognizes the right of all people to a world of labor free from violence and harassment. Although it is still pending ratification by the Brazilian State, this international regulation has brought new frameworks for analyzing the issue, and it is from this perspective that the article aims to investigate the violence suffered by care workers for elderly and sick people, aiming to contribute to the Judiciary's appropriate assessment of cases of moral and sexual harassment in this sector.

The problem that motivated this research is how gender-sensitive, intersectional judgment can be used to resolve disputes in which care workers allege that they have suffered moral and sexual harassment in their workplaces. The hypothesis to be demonstrated is that this type of violence disproportionately affects women workers in the care sector, such as nurses and caregivers, requiring a gender-sensitive analysis of the issue.

To achieve its purpose, the research uses the hypothetical-deductive method and conducts an exploratory-analytical study based on doctrinal surveys and international regulations.

The article is structured into three chapters, in addition to the introductory and concluding sections. The first chapter investigates the characteristics of care workers, discusses the sexual division of labor, and establishes a relationship between work and harassment. The second chapter presents and questions the concepts of moral and sexual harassment, referencing ILO Convention No. 190. The third chapter analyzes how gender-sensitive judgments can help judges appreciate cases of harassment against care workers. In conclusion, it aims to prove the hypothesis that, in cases of harassment allegations by nurses and

caregivers of elderly and bedridden individuals, there is a need for an intersectional gender perspective analysis for a proper resolution of the disputes.

2. CARE AND THE SEXUAL DIVISION OF LABOR

Care work is essential for society's survival and was initially investigated by sociology before being regulated by law. Sociology points out that examining the relationships between caregivers and those being cared for requires an understanding of specific characteristics of these bonds, including the predominant assignment of care work to women and the closeness established between people.

Care work, according to Danièle Kergoat³, "encompasses a set of material activities and relationships" intended to concretely meet the needs of others. Kergoat defines this work as "a relationship of service, support, and assistance, paid or unpaid, that implies a strong sense of responsibility towards the life and well-being of others⁴." Complementing this view, Helena Hirata affirms that care work is material, technical, and emotional, shaped by social relations of gender, class, race, and ethnicity⁵. For Hirata, this activity involves caregivers, the beneficiaries, and those who direct, supervise, or prescribe the work.

Care work is often an additional function within the family, encompassing both broad domestic tasks and the care of individuals, whether dependent or not. Furthermore, as observed by Ana Paula Saladini, it can also be a professionally developed and paid activity, classified into two distinct categories, "but they also interpenetrate⁶." The first refers to care in the strict sense, which includes caregivers of the elderly and children. The second category covers domestic workers responsible for both household organization and the care of people living in the homes.

³ KERGOAT, D. "O cuidado e a imbricação das relações sociais". In: ABREU, A.R.P; HIRATA, H; LOMBARDI, M.R. *In: Gênero e trabalho no Brasil e na França: perspectivas interseccionais*. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 17.

⁴ KERGOAT, D. "O cuidado e a imbricação (...)", Ob. Cit., p. 17.

⁵ HIRATA, H. *O cuidado: teorias e práticas*. Tradução de Monica Stahel. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2022, p. 30.

⁶ SALADINI, A.P.S. *O Trabalho Invisível do Cuidado: Pobreza de tempo e Equidade de Gênero*. 1. ed. Brasília: Editora Venturoli, 2024, p. 67.

When observing the reality of paid care work in Brazil, it becomes evident that it is primarily performed by women, who have been assigned care activities based on what society perceives as a feminine duty, which was not initially associated with a profession⁷. The Brazilian census confirms that this occupation is predominantly exercised by women, revealing that in 2010, 96.7% of professionals responsible for in-home care were women⁸.

The sexual division of labor, according to Danièle Kergoat, who developed the concept, "is the form of division of social labor arising from social relations between the sexes." Among its characteristics is "the prioritization of men for the productive sphere and women for the reproductive sphere, while men also appropriate roles with greater social value," as observed in the political, religious, and military fields⁹. Helena Hirata, in turn, observes that "the social division of labor has work as its reference field, while gender relations 'transversalize' all social fields"¹⁰.

As Danièle Kergoat points out, the social division of labor is structured by two fundamental principles. The first is the principle of separation, which assigns different tasks to men and women. The second is the hierarchical principle, which attributes greater value to male labor compared to female labor¹¹.

Kergoat emphasizes that women entered the labor market under unequal conditions, and they were assigned tasks related to supposed feminine characteristics, such as delicacy and caregiving abilities. Thus, the division of occupations continued based on stereotypes, assuming that women were unsuited for jobs requiring attributes such as leadership, rationality, or strength¹².

⁷ NICOLI, P.A.G.; RAMOS, M.M. "Os fundamentos sexistas da regulação do trabalho e a marginalidade jurídica do cuidado". In: ALKIMIN, G.C.; NICOLI, P.A.G.; RAMOS, M.M. (org.). *Gênero, Sexualidade e Direito: Perspectivas Multidisciplinares*. 1. ed. Belo Horizonte: Initia Vita, 2017, p. 131-132.

⁸ GUIMARÃES, N.A.; HIRATA, H.S. "O cuidado e o emprego doméstico: interseccionando desigualdades e fronteiras". In: GUIMARÃES, N.A.; HIRATA, H.S. *O gênero do cuidado: desigualdades, significações e identidades*. 1. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2020, p. 147.

⁹ KERGOAT, D. Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. In: *Dicionário Crítico do Feminismo*. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2009. p. 67.

¹⁰ HIRATA, H. *O cuidado: teorias e práticas*. Tradução de Monica Stahel. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2022, p. 32.

¹¹ KERGOAT, D. "Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo". In: *Dicionário Crítico do Feminismo*. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2009. p. 67-68.

¹² KERGOAT, D. Dinâmica e consubstancialidade das relações sociais. Tradução de Antonia Malta Campos. Revisão técnica: Helena Hirata. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 86, p. 93-103, 2010.

In Brazil, the professionalization of the caregiving for the elderly stems from the increasing incorporation of women into the economically active population, which doubled between the 1980s and 2010. As a result, these professionals took on roles traditionally assigned to women who remained at home, responsible for all domestic tasks and the well-being of the household members¹³. As Brazilian women left their homes to engage in paid activities, the need for professional caregiving services arose. This situation is expected to intensify considering declining birth rates and the gradual aging of the population¹⁴.

Care work has always been undervalued by Brazilian society, treated as a private matter for those who hire it, and poorly remunerated. This devaluation and invisibility were reflected in the lack of legal protection until 1972, when Law No. 5,859 recognized the right to formal employment registration in the Work and Social Security Card for those providing domestic services, in addition to granting 20 working days of annual vacation and inclusion in the social security system¹⁵. Even though these rights were far below those granted to other workers under the 1943 Consolidation of Labor Laws (CLT), they were rarely enforced. Not even the 1988 Constitution, which enshrined labor as a fundamental social right, guaranteed equality of rights for all workers, nor did it secure provisional job stability for pregnant domestic workers. The equalization of rights was only formally recognized in 2013 with Constitutional Amendment No. 72¹⁶, later regulated in 2015 by Complementary Law No. 150¹⁷. Even so, several rights, such as the receipt of hazard and hardship pay, were not extended to the category.

¹³GUIMARÃES, N.A.; HIRATA, H.S. "O cuidado e o emprego doméstico: interseccionando desigualdades e fronteiras". In: GUIMARÃES, N.A.; HIRATA, H.S. *O gênero do cuidado: desigualdades, significações e identidades*. 1. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2020.

¹⁴Segundo dados do IBGE, no Brasil o número de nascimentos por ano recuou de 3,6 milhões em 2000 para 2,6 milhões em 2022, e deve cair para 1,5 milhão em 2070. Por outro lado, no período de 2000 a 2022 a população com mais de 60 anos subiu de 8,7% para 15,6%, e deverá chegar a 37,8% dos habitantes do Brasil em 2070. In: IBGE. "População do país vai parar de crescer em 2041". Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/41056-populacao-do-pais-vai-parar-de-crescer-em-2041>. Acesso em: 14 set. 2024.

¹⁵BRASIL. *Lei 5.859/1972*, de 11 de dezembro de 1972.

¹⁶BRASIL. *Emenda Constitucional 72*, de 2 de abril de 2013.

¹⁷BRASIL. *Lei Complementar 150*, de 1º de junho de 2015.

What is observed is that the definitions and characteristics of domestic workers and professional caregivers in residential settings indicate that “the transition of these activities to the professional field was accompanied by the same historical markers observed when these duties were imposed on women within families,” particularly in terms of their invisibility and devaluation¹⁸. Among the reasons for this is the fact that such activities are predominantly assigned to women, a result of the sexual division of labor, as previously analyzed.

In addition to the devaluation of the activity itself, since most in-home care professionals are women, they are also predominantly exposed to what Helena Hirata and Natacha Borgeaud-Garciandía describe as the “complex nature of the interaction involving a beneficiary of care and the provider¹⁹.” This professional activity, as Mariana Marcondes points out, focuses on meeting human physical, emotional, and psychological needs²⁰, often requiring physical contact between the caregiver and the person being cared for, which may lead to reactions from the latter that constitute violence against the caregiver.

At the same time, it is necessary to consider that some degenerative diseases impair individuals' ability to exercise control, which may lead them to commit acts that invade the caregiver's personal space. However, Hirata and Borgeaud-Garciandía emphasize that “it should not be expected that the worker will accept sexual harassment from an elderly person under the pretext that they have cognitive issues²¹.”

This context highlights the difficulties of in-home care work, in which women are placed without training, lacking a support network, and at risk of being misinterpreted when they decide to expose situations of violence to those

¹⁸ SALADINI, A.P.S. *O trabalho invisível de cuidado: pobreza de tempo e equidade de gênero*. Brasília: Editora Venturoli, 2024, p. 69.

¹⁹ GUIMARÃES, Nadya A.; HIRATA, Helena S. O cuidado e o emprego doméstico: interseccionando desigualdades e fronteiras. In: GUIMARÃES, N.A.; HIRATA, H.S. *O gênero do cuidado: desigualdades, significações e identidades*. 1. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2020, p.191.

²⁰ MARCONDES, M.M. “O cuidado na perspectiva da divisão sexual do trabalho: contribuições para os estudos sobre a feminização do mundo do trabalho”. In: YANNOULAS, S.C. (coord.). *Trabalhadoras: análise da feminização das profissões e ocupações*. 1. ed. Brasília: Editorial Abaré, 2013, p. 258.

²¹ GUIMARÃES, N.A.; HIRATA, H.S. “O cuidado e o emprego doméstico: interseccionando desigualdades e fronteiras”. In: GUIMARÃES, N.A.; HIRATA, H.S. *O gênero do cuidado: desigualdades, significações e identidades*. 1. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2020, p. 203.

responsible for organizing care services, such as the spouse, children, or other family members of the person being cared for²².

It is a challenging topic to address, but it has repeatedly appeared in judicial proceedings in the form of claims for compensation for moral and sexual harassment committed against care workers. As a result, it cannot be ignored by judges responsible for adjudicating and ruling on these cases. Thus, the next chapter will be dedicated to analyzing the concepts of moral and sexual harassment, using ILO Convention No. 190 as a reference.

3. HARASSMENT IN THE WORKPLACE AND ILO CONVENTION Nº 190

The traditional concepts of violence and harassment in the workplace were substantially altered with the approval of the International Labour Organization's Convention No. 190. Elements that were previously considered essential for characterizing workplace harassment, both by doctrine²³ and legislation²⁴, such as the repetition of conduct and deliberate, intentional behavior, are no longer required to establish harassment.

However, concepts like that developed by French author Marie-France Hirigoyen, who classifies workplace harassment as any abusive conduct manifested through behaviors, words, acts, gestures, or writings with the potential to harm a person's personality, dignity, or physical or psychological integrity, jeopardize their employment or degrade the work environment²⁵, remain current.

ILO Convention No. 190, whose text was approved during the 108th Session of the International Labour Conference, came into force internationally

²² GUIMARÃES, N.A.; HIRATA, H.S. O cuidado e o emprego doméstico: interseccionando desigualdades e fronteiras. In: GUIMARÃES, N.A.; HIRATA, H.S. *O gênero do cuidado: desigualdades, significações e identidades*. 1. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2020.

²³ Em 2014, Luís Menezes Leitão conceitua assédio moral laboral como uma espécie de violência psicológica sofrida no trabalho representada pela perseguição movida a um trabalhador e que se caracteriza pela reiteração de comportamentos humilhantes, hostis e persecutórios, que visam perturbá-lo emocionalmente e, em última instância, levar ao abandono do trabalho. In: LEITÃO, L.M. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 178.

²⁴ No Brasil, a Lei 13.185/2015, que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática, e que também poderia ser utilizada para caracterizar o assédio laboral, define como intimidação sistemática ou *bullying* todo ato de violência física ou psicológica praticada por um indivíduo ou por um grupo de forma intencional e repetitiva e sem motivação evidente, direcionada a uma ou mais pessoas, com o objetivo de intimidá-la ou agredi-la, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

²⁵ HIRIGOYEN, Marie-France, tradução KÜHNER, M.H. *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano*, 6ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003, p. 65.

in June 2019, following ratification by two countries, Uruguay and Fiji. One of the key reasons for its approval is the recognition that violence and harassment are deeply intertwined with gender and disproportionately affect women. As a result, the need for a gender-sensitive approach to workplace violence, considering underlying causes and risk factors such as gender stereotypes and structural inequalities, becomes evident.

The term "violence and harassment" in the workplace was defined by ILO Convention No. 190 as "a range of unacceptable behaviors and practices, or threats thereof, whether a single occurrence or repeated, that aim to, result in, or are likely to result in physical, psychological, sexual, or economic harm." This definition includes gender-based violence and harassment, which are directed at individuals because of their sex or gender or disproportionately affect individuals of a particular sex or gender, including sexual harassment²⁶.

It is evident, therefore, that ILO Convention No. 190 does not require the repetition of conduct over time to characterize harassment. According to Rodolfo Pamplona Filho and Claiz M. P. Gunça dos Santos, the Convention brings a significant change by considering that violence and harassment can be established with a single occurrence, which reflects the ILO's understanding that "the key point for determining whether an act will be classified as violence or harassment is the nature and effects of the conduct, not the number of occurrences."²⁷

It is worth noting that traditional doctrinal definitions of moral harassment require the repetition of conduct as one of the necessary elements for its characterization. This is due to the strict meaning of the word "harassment," which implies persistence and constancy. The term "harassment" would imply "the notion of persistent, annoying insistence, constant pursuit, establishing a siege with the aim of exercising control over the harassed person."²⁸. And at least until the approval of ILO Convention No. 190, analyses of complaints would often question whether the acts of violence were repeated in order to classify the

²⁶OIT. "Organização Internacional do Trabalho". *Convenção de nº 190, sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho*. Artigo 1º.

²⁷PAMPLONA FILHO, R; SANTOS, C.M.P.G.D. *Assédio moral organizacional: presencial e virtual*. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 161-162.

²⁸SALADINI, A.P.S. *Trabalho, medo e sofrimento: considerações acerca do assédio moral*, 2013, p. 72.

behavior as harassment, leaving one-time assaults unpunished depending on how the victim responded.

Another relevant aspect is the reference to potential effects caused by the act, as the consequences may be physical or psychological. Harassment will be considered present even if no actual harm was caused as long as the potential for harm exists. This is important, as individuals have different subjectivities and levels of resilience when facing violence.

It is also important to note that the element of intent has been excluded from the definition of harassment. Thus, in workplace relations, even unintentional conduct may be characterized as harassment. This prevents defenses that claim the behavior was merely a "bad joke" from being accepted, eliminating what could be termed "recreational harassment" from the workplace.

This means that the harasser's conduct no longer needs to be repeated for harassment to be recognized; a single act may suffice. Additionally, there is no need to prove that the behavior was deliberately intended to harass, as any inappropriate and unacceptable behavior may constitute harassment. It is sufficient that the act has the potential to cause harm for it to be punishable without requiring concrete harm to have occurred to the victim.

It is particularly significant for improving the protection of care workers that ILO Convention No. 190 formally recognized that there is a specific issue of gender-based violence and harassment, including but not limited to sexual harassment. Thus, the Convention revolutionizes the standards for defining inappropriate workplace behaviors as harassment, bringing to the international agenda a problem that has always been underlying in social and labor relations.

The characteristics of paid in-home care work for elderly and sick individuals, which is predominantly carried out by women, as previously analyzed, expose these workers to inappropriate or unacceptable circumstances that can cause physical, psychological, sexual, or economic harm. The next chapter will explore how gender-sensitive, intersectional judgments can help reveal situations of gender-based violence and harassment in the home care work environment.

4. ACTING AND JUDGING WITH AN INTERSECTIONAL GENDER PERSPECTIVE

The relations in paid work and the norms that apply to them have been shaped according to the sexist standards of society. Therefore, when dealing with workplace violence against the rights of women, it is necessary to reinterpret the law in a way that protects or at least enables redress for the harm, which can be achieved through a method that gives visibility to situations historically buried by traditional hermeneutics²⁹.

Acting and judging with an intersectional gender perspective derives from the use of a method that allows judges to uncover the presence of vulnerabilities in social relations and judicial processes, as well as to recognize the disproportionate power relations in the process of creating laws³⁰.

Judging with a gender perspective is not a new concept, as it was consolidated at the Fourth World Conference on Women in Beijing in 1995. However, the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) is a pioneer in conducting judgments with a gender perspective, as seen in cases such as Miguel Castro Prison vs. Peru (2006), González et al. ("Cotton Field") vs. Mexico (2009), Veliz Franco et al. vs. Guatemala (2014), and Espinoza González vs. Peru (2014).

According to an analysis by Adriane Araujo, the IACHR examines whether gender played a relevant role in the assessment and evaluation of the facts, which makes it possible to recognize "situations that would otherwise go unnoticed, even though they are key to understanding the controversy as a whole."³¹

In addition to repeatedly using this method of analysis, the IACHR has also begun to mandate that justice system actors from states that have submitted to the Court's jurisdiction, such as Brazil, must act with a gender perspective. In

²⁹ ASSAD, S.F. *Julgamento com perspectiva interseccional de gênero: uma releitura do direito a partir dos métodos feministas e decoloniais*. 1. ed. Brasília, DF: Editora Venturoli, 2024.

³⁰ ASSAD, S.F. *Julgamento com perspectiva interseccional de gênero: uma releitura do direito a partir dos métodos feministas e decoloniais*. 1. ed. Brasília, DF: Editora Venturoli, 2024.

³¹ ARAUJO, A.R.D. A promoção da igualdade de oportunidades e eliminação da violência baseada em gênero no trabalho: ações para a igualdade de direitos de todas, todos e todes. In: RICHA, Morgana de A. et al. *Mulheres na Justiça do Trabalho: 80 anos em perspectiva*. 1. ed. Rio de Janeiro: Justiça e Cidadania, 2022, p. 95.

fact, the IACHR is unequivocal in its position that the failure to investigate gender-based violence amounts to discrimination against women in accessing justice³².

The decisions of the IACHR are based on Article 7 of the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence Against Women (Convention of Belém do Pará), an instrument to which the Brazilian State, as a signatory, is also bound. It is important to note that Article 2(b) of the Convention of Belém do Pará³³ explicitly mentions gender-based violence in the workplace. Thus, whenever a woman worker suffers physical, sexual, or psychological violence, the Brazilian State's duty to protect women from gender-based violence is not being respected.

As stated by María Concepción Gimeno Presa, "for members of the judiciary, judging with a gender perspective is a legal duty." She adds that "the integration of a gender perspective into the judicial process is a new task that must be carried out within legal systems that have often ignored it."³⁴

However, the category "woman" does not correspond to a single identity, as the issues faced by women in both public and private spheres vary significantly based on factors such as skin color (race), social class, nationality, and even age.

It was precisely to demonstrate that discrimination affects Black women differently due to the intersection of gender and race that Kimberlé Crenshaw coined the term "intersectionality." This means that when considered in isolation, gender, race, and class do not possess the same characteristics. As Heleieth Saffioti warns, if class or race is privileged in the analysis of intersectionality with gender, it may affect the understanding of the phenomenon of gender violence."³⁵

Patricia Hill Collins and Silma Birge emphasizes that intersectionality has been used as an analytical tool to elucidate "how categories of race, class, gender, age, citizenship status, and others position people differently in the world" and how some individuals are particularly affected by inequalities, including

³² CORTE IDH. *Caso Véliz Franco e outros vs. Guatemala*, Sentença de 19 de maio de 2014. San José: CORTE IDH, 2014, § 223.

³³ OEA. *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher*, "Convenção de Belém do Pará". Belém o Pará: OEA, 1994.

³⁴ PRESA, M.C.G. *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?* 1. ed. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2020, p. 14.

³⁵SAFFIOTI, H. *Gênero patriarcado violência*. 2. ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2015. @ **Direito e Linguagem**, Extraordinário nº 02, vol. 01, DOI 10.5281/zenodo.13774067, 2024. 183

difficulties in obtaining formal and well-paid employment³⁶. For Hill Collins, intersectionality also allows for reflections on the concept of work itself, which was originally considered a paid activity performed by men³⁷.

When it comes to the role of in-home caregivers for elderly, sick, or incapacitated individuals, it is evident that the gender of the caregiver, along with other factors such as social class and race or ethnicity, can determine whether the professional is subjected to harassment over an extended period. As Helena Hirata points out, "a caregiver is not oppressed, exploited, or dominated only because she is a woman, but also because she is Black and poor."³⁸

According to Regina Stella C. Vieira, "the way society organizes care can either promote or hinder gender equality," and feminist labor theory allows "a shift from a gender approach that questions the equality or inequality identifiable in legislation to a deeper interrogation of the categories, concepts, and foundations governing the discipline"³⁹.

Women who dedicate themselves to professional caregiving work should not be coerced into ignoring abusive behavior by those they care for. Often, family members tend to overlook violence committed by elderly individuals, especially when they suffer from illnesses that cause mental confusion. However, when the violence perpetrated by the elderly against the caregivers is brought to the attention of those responsible, measures must be taken to prevent its recurrence, under penalty of liability.

In some situations, family members responsible for the elderly must ensure that the professional caregiver does not suffer violence while performing her duties. For example, this could involve cases where the person receiving care consistently displays aggressive behavior or when the caregiving tasks require the professional to engage in intimate physical contact with the individual being cared for.

³⁶ COLINS, P.H; Bilge, S. *Interseccionalidade*. Trad. Rane Souza. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2021, p. 33.

³⁷ COLLINS, P.H. *Bem mais que ideias: A interseccionalidade como teoria social crítica*. Trad. Bruna Barros e Jess Oliveira. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2022, p. 56-58.

³⁸ HIRATA, H. *O cuidado: teorias e práticas*. Tradução de Monica Stahel. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2022, p. 35.

³⁹ VIEIRA, R.S.C. "Teoria Feminista do Direito do Trabalho: uma introdução". In: TRAMONTINA, Robison; VIEIRA, R.S.C. (orgs.). *Desafios presentes e futuros do Direito do Trabalho: buscas entre intersecções por um novo alvorecer*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2020, p. 85-92 (pp. 85; 90).

Inappropriate behaviors, such as sexist and racist comments, physical violence, or sexual misconduct, should not be justified by the general incapacity for discernment often attributed to people who are dependent on care.

Therefore, an intersectional gender perspective proves to be appropriate for the Judiciary to analyze the relationships between professional caregivers and the individuals receiving care, as well as between the caregivers and those responsible for organizing caregiving services. This analysis should consider the various personal and social characteristics of the worker that may render her more vulnerable. According to Fabiana Severi, interpreting the law from a gender perspective "requires that those responsible for delivering justice understand that they are obliged to construct more complex, comprehensive, and networked responses."⁴⁰

There is no incompatibility between the impartiality required of judges and the practice of judging with an intersectional gender perspective. From a subjective standpoint, it does not involve judging based on personal interests, and from an objective standpoint, the goal is to ensure that the various circumstances leading to inequalities are considered when analyzing the facts and the law.

Furthermore, it aligns with international legal instruments such as the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW – 1979) and the Convention of Belém do Pará. It also adheres to the principles of human dignity, the social value of labor, equality, and non-discrimination, which are the foundations of the Brazilian State.

Given the framework of the issue presented, it can be concluded that an intersectional gender perspective in analyzing cases involving women who provide in-home care for elderly individuals can help reveal workplace violence that is often hidden by the very nature of the work performed. To achieve this, it is necessary to investigate the workplace environment to identify situations stemming from vulnerabilities, behaviors conditioned by gender stereotypes, and indications that gender-based violence has occurred.

⁴⁰ SEVERI, F.C. "Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos". *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016, p. 598.
@ *Direito e Linguagem*, Extraordinário nº 02, vol. 01, DOI 10.5281/zenodo.13774067, 2024.

5. FINAL CONSIDERATIONS

This article analyzed the relationship between paid in-home care work for elderly, sick, or incapacitated individuals and the sexual division of labor, emphasizing that it is predominantly performed by women. This situation results from the sexual division of labor and the social stereotype that women are naturally more suited to caregiving, which does not reflect reality.

It was demonstrated that the fact that care work is performed in the home of the person being cared for exposes women who are professionally dedicated to caregiving to various forms of harassment in their workplaces.

Next, the article examined the evolution of the concept of workplace violence and harassment following the approval of ILO Convention No. 190, highlighting how traditional concepts of moral and sexual harassment were profoundly modified, especially regarding the explicit recognition of gender-based harassment and the removal of the requirement for repeated and intentional conduct to characterize harassment.

Finally, the article demonstrated how acting and judging with an intersectional gender perspective contributes to uncovering harassment that is often hidden due to the very nature of care work for elderly, sick, or incapacitated individuals. To make this possible, it is essential for judges to be aware of gender stereotypes and the multiple vulnerabilities present in society, so they can identify these when called upon to rule on cases of gender-based violence committed against caregivers in the home environment.

6. REFERENCES

- ARAUJO, A.R.D. “A promoção da igualdade de oportunidades e eliminação da violência baseada em gênero no trabalho: ações para a igualdade de direitos de todas, todos e todes”. In: RICHA, M.D.A. et al. *Mulheres na Justiça do Trabalho: 80 anos em perspectiva*. 1. ed. Rio de Janeiro: Justiça e Cidadania, 2022.
- ASSAD, S.F. *Julgamento com perspectiva interseccional de gênero: uma releitura do direito a partir dos métodos feministas e decoloniais*. 1. ed. Brasília, DF: Editora Venturoli, 2024.
- BRASIL. *Lei 13.185*, de 6 de novembro de 2015. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm Acesso em 21 nov. 2022.

CNJ. *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero*. 1. ed. Brasília: CNJ; ENFAM, 2021.

COLINS, P.H; BILGE, S. *Interseccionalidade*. Trad. Rane Souza. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2021.

COLLINS, P.H. *Bem mais que ideias: A interseccionalidade como teoria social crítica*. Trad. Bruna Barros e Jess Oliveira. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2022.

CORTE IDH. *Caso Véliz Franco e outros vs. Guatemala, Sentença de 19 de maio de 2014*. San José: CORTE IDH, 2014. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/956a3ac32f95193db8aae1f7e5778f8b.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2023.

CRENSHAW, K. Documento para o encontro de especialistas em aspectos de discriminação racial relativos ao gênero. In: *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 10, nº 1, p. 171-188, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v10n1/11636.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2022.

GUIMARÃES, N.A.; HIRATA, H.S. O cuidado e o emprego doméstico: interseccionando desigualdades e fronteiras. In: GUIMARÃES, N.A.; HIRATA, H.S. *O gênero do cuidado: desigualdades, significações e identidades*. 1. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2020.

HIRATA, H. *Le care, théories et pratiques*. Paris: La dispute, 2021.

HIRATA, H. *O cuidado: teorias e práticas*. Tradução de Monica Stahel. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2022.

HIRIGOYEN, M.F. tradução KÜHNER, M.H. *Assédio Moral: a violência perversa no cotidiano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

KERGOAT, D. “Dinâmica e Consustancialidade das Relações Sociais”. Trad. Antonia Malta Campos. Revisão técnica: Helena Hirata. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 86, p. 93-103, 2010. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/nec/a/hVNnxSrszcVLQGfHFf85kk/?lang=pt>.

Acesso em: 3 dez. 2021.

KERGOAT, D. “O cuidado e a imbricação das relações sociais”. In: ABREU, A. R.D.P.; HIRATA, H; LOMBARDI, M.R. *Gênero e trabalho no Brasil e na França: perspectivas interseccionais*. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

KERGOAT, Danièle. “Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo. Tradução de Vivian Aranha Saboia”. In: HIRATA et al (orgs.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

KERGOAT, D; HIRATA, H. “Novas configurações da divisão sexual do trabalho. Trad. Fátima Murad”. *Cadernos de Pesquisa*, v. 37, n. 132, p. 595-609, 2007.

Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/cp/a/cCztcWVvvtWGDvFqRmdsBWQ/?format=pdf#:~:text=A%20divis%C3%A3o%20sexual%20do%20trabalho%20%C3%A9%20a%20forma%20de%20divis%C3%A3o,%C3%A9%20modulada%20hist%C3%B3rica%20e%20socialmente>. Acesso em: 20 nov. 2022.

LEITÃO, L.M. *Direito do Trabalho*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

MARCONDES, M.M. “O cuidado na perspectiva da divisão sexual do trabalho: contribuições para os estudos sobre a feminização do mundo do trabalho”. In: YANNOULAS, S.C. (coord.). *Trabalhadoras: análise da feminização das profissões e ocupações*. 1. ed. Brasília: Editorial Abaré, 2013.

OEA. *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, “Convenção de Belém do Pará”*. Belém do Pará/Brasil: OEA, 1994.

Disponível em:

<https://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-61.htm>. Acesso em: 15 ago. 2023.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção de nº 190, sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho*. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/--->

ilo- lisbon/documents/genericdocument/wcms_729459.pdf. Acesso em: 25 mar. 2024.

PAMPLONA FILHO, R; SANTOS, C.M.P.G.D. *Assédio moral organizacional: presencial e virtual*. 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PRESA, M.C.G. *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?* 1. ed. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 2020.

RAMOS, M.M; NICOLI, P.A.G. “Os fundamentos sexistas da regulação do trabalho e a marginalidade jurídica do cuidado”. In: ALKIMIN, G.C; NICOLI, P.A.G; RAMOS, M.M. (org.). *Gênero, Sexualidade e Direito: Perspectivas Multidisciplinares*. 1. Ed. Belo Horizonte: Initia Vita, 2017.

SAFFIOTI, H. *Gênero patriarcado violência*. 2. ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2015.

SALADINI, A.P.S. “Trabalho, medo e sofrimento: considerações acerca do assédio moral”. *Revista Eletrônica do TRT9*, Março 2013, p. 72-88. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95622/2013_saladini_anapaula_trabalho_medo.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 3 mai. 2024.

SALADINI, A.P.S. *O Trabalho Invisível do Cuidado: Pobreza de tempo e Equidade de Gênero*. 1. ed. Brasília: Editora Venturoli, 2024.

SEVERI, F.C. “Justiça em uma perspectiva de gênero: elementos teóricos, normativos e metodológicos”. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 3, p. 574-601, 2016. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/119320>. Acesso em: 25 out. 2022.

VIEIRA, R.S.C. “Teoria Feminista do Direito do Trabalho: uma introdução”. In: TRAMONTINA, R; VIEIRA, R.S.C. (orgs.). *Desafios presentes e futuros do Direito do Trabalho: buscas entre intersecções por um novo alvorecer*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2020.

© ***Direito e Linguagem*** nº 2, vol. 1. Extraordinário (2024), pp. 190-204
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.13786369

Obras, monumentos e liberdade

Literary works, monuments and freedom

Paulo Gustavo Gonet Branco¹

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Sumário: 1. Introdução; 2. Obras, Monumentos e Liberdade religiosa; 3. Conclusão; 4. Referências.

Resumo: O artigo apresenta uma análise detalhada e abrangente sobre a relação entre o Estado laico, a liberdade religiosa e a presença de símbolos e monumentos de cunho religioso em espaços públicos. Ele destaca a importância de compreender o princípio da laicidade do Estado no contexto brasileiro, considerando a proteção dos direitos fundamentais, incluindo a liberdade de crença, o livre exercício de culto e a preservação da diversidade religiosa na sociedade. A interpretação da Constituição Federal em relação às manifestações religiosas revela que a religião é reconhecida e protegida como um bem constitucional, merecedora de tutela e promoção pelos Poderes Públicos. A constitucionalidade de obras e monumentos de teor religioso em espaços públicos é examinada à luz do respeito à liberdade religiosa, da valorização da cultura e história local, e do reconhecimento da importância da identidade religiosa para a sociedade brasileira. O debate em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos envolve a consideração dos limites entre neutralidade estatal e respeito à diversidade religiosa. O reconhecimento e o respeito às religiões existentes nos processos históricos e culturais do Brasil são destacados como elementos fundamentais para promover a coexistência pacífica e plural na sociedade. A liberdade de expressão religiosa, a proteção dos bens culturais e a promoção da diversidade religiosa são ressaltadas como responsabilidades do Estado brasileiro. O texto enfatiza a importância de não banir ou destruir monumentos ou símbolos religiosos já existentes, pois isso poderia ser interpretado como uma afronta à liberdade e ao direito à expressão

¹Doutor em Direito (UnB). Professor do Programa de Mestrado/Doutorado do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Procurador-Geral da República.

religiosa da comunidade. Ao abordar decisões judiciais e posicionamentos de autoridades sobre a presença de símbolos religiosos em instituições públicas, o texto reflete sobre a necessidade de respeitar e garantir a liberdade religiosa, promovendo a tolerância e o entendimento inter-religioso na sociedade brasileira. Em suma, a discussão apresentada destaca a importância de conciliar o princípio da laicidade do Estado com a proteção da liberdade religiosa e o respeito à diversidade cultural e religiosa na sociedade brasileira, reconhecendo a relevância da fé e da expressão religiosa como elementos integrantes da identidade do povo brasileiro.

Palavras-chave: obras; monumentos; liberdade; liberdade religiosa.

Abstract: The article presents a detailed and comprehensive analysis of the relationship between the secular State, religious freedom, and the presence of religious symbols and monuments in public spaces. It highlights the importance of understanding the principle of secularism of the State in the Brazilian context, considering the protection of fundamental rights, including freedom of belief, the free exercise of worship, and the preservation of religious diversity in society. The interpretation of the Federal Constitution about religious manifestations reveals that religion is recognized and protected as a constitutional good worthy of protection and promotion by Public Authorities. The constitutionality of works and monuments with religious content in public spaces is examined with respect for religious freedom, the appreciation of local culture and history, and the recognition of the importance of religious identity for Brazilian society. The debate surrounding the presence of religious symbols in public spaces involves considering the limits between state neutrality and respect for religious diversity. Recognition and respect for existing religions in Brazil's historical and cultural processes are highlighted as fundamental elements to promote peaceful and plural coexistence. Freedom of religious expression, the protection of cultural assets, and the promotion of religious diversity are highlighted as responsibilities of the Brazilian State. The text emphasizes the importance of not banning or destroying existing monuments or religious symbols, which could be interpreted as insulting the community's freedom and right to religious expression. When addressing judicial decisions and authorities' positions in the presence of religious symbols in public institutions, the text reflects on the need to respect and guarantee religious freedom, promoting tolerance and inter-religious understanding in Brazilian society. In short, the discussion presented highlights the importance of reconciling the principle of secularism of the State with the protection of religious freedom and respect for cultural and religious diversity in Brazilian society, recognizing the relevance of faith and religious expression as integral elements of the identity of the Brazilian people.

Keywords: literary works, monuments and freedom; religion freedom.

1. INTRODUÇÃO

Não raro se debate se é dado a uma cidade aportar recursos públicos para a construção de obras e monumentos de conotação religiosa, mesmo quando são de acesso aberto a todo o público.

A controvérsia costuma girar em torno da interpretação do veto, estatuído no art. 19, I, da Constituição Federal a que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios venham a “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

A leitura desapassionada do dispositivo constitucional não deve fazer tábula rasa da sua cláusula final, que, de imediato, desautoriza a ideia de que se haja estremado religião e Poderes Públicos em mônadas incomunicáveis.

Decerto, sobretudo, que o dispositivo não põe inimizade entre o Estado e a religião. Ao contrário, uma visão sistemática da Constituição revela que a religião é um bem constitucionalmente reconhecido e protegido; a sua prática, como ocorre tipicamente com os direitos fundamentais, é merecedora de tutela e promoção pelos Poderes Públicos. Daí ser equivocada a leitura assistemática e extremista do art. 19, I, da Constituição que desconsidere essa perspectiva mais abrangente.

Uma obra arquitetônica que permita culto e reverência de uma expressiva parcela da população e que, em si mesma, não implica mensagem de ódio a outras confissões religiosas, ajusta-se ao papel do Estado de viabilizador dos interesses das práticas de fé que não conflitam com os valores de atitude reta e cidadã acolhidos pelo constituinte, antes os confirmam e animam.

1. OBRAS, MONUMENTOS E LIBERDADE RELIGIOSA

O conceito que favoreça uma visão ateia da comunidade política não está sancionado pela Constituição. Afinal, o constituinte proclama o livre

exercício de culto e protege as suas liturgias (art. 5º, VI), proíbe que se restrinjam direitos por motivo de crença religiosa (art. 5º, VIII) e admite, sob a forma de disciplina de matrícula facultativa, o ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental (CF, art. 210, § 1º). O constituinte acolhe e prevê consequências jurídicas para o casamento religioso no âmbito civil (CF, art. 226, §§ 1º e 2º) e dá abrigo à objeção de consciência (CF art. 143, § 1º). A importância da religião para o sistema constitucional é reconhecida, da mesma forma, quando se lê, no art. 5º, VII, da Constituição, que o Estado se incumbe de assegurar, “nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”. Há inequívoco reconhecimento pelo constituinte da importância da vivência religiosa para os que assim queiram formatar a sua existência. Reconhece-se até ao que está excluído do convívio social a participação em atos religiosos, o que impõe ao intérprete da Constituição o reconhecimento de que a ordem constitucional assume a religião como algo que merece respeito acentuado, a ser tomada como elemento central do que entende por dignidade da pessoa humana. Isso também se evidencia quando, em juízo especialmente positivo das instituições religiosas, o constituinte as isenta de impostos, assegurando que não serão perturbadas pelo poder de taxar, estimulando a sua viabilidade social. Além disso, como assinalado, o art. 19, I, da Constituição expressamente contempla a colaboração do Estado com as confissões religiosas, em prol do interesse público.

A Constituição Federal, portanto, rejeita que se visualize no princípio da laicidade um comando de completo afastamento entre Estado e religião, que impediria a manutenção de relações entre ambos e que relegaria as manifestações religiosas à esfera privada. Os contornos definidores da laicidade no caso brasileiro não se confundem com os de outros países, em que peculiaridades das Histórias respectivas conduzem a modelos diferentes. No nosso sistema, não se concebe uma subtração da religião da esfera pública.

Nesse ponto, é útil a distinção usual entre laicidade e *laicismo*. Este último, como aponta André Ramos Tavares,

(...) Significa um juízo de valor negativo, pelo Estado, em relação às posturas de fé, [baseado], historicamente, no racionalismo e cientificismo [e] hostil à liberdade de religião plena, às suas práticas amplas”. (...) Um Estado que, longe de permitir e consagrar amplamente a liberdade de religião e o não comprometimento do Estado, compromete-se, ao contrário, com uma postura de desvalorização da religião, tornando o Estado inimigo da religião, seja ela qual for².

Uma análise proveitosa do tema não pode tampouco prescindir dos precisos subsídios colhidos do voto do Min. Gilmar Mendes na ADI 4439/DF³, que define o que se entende, entre nós, por Estado laico e ressalta a diferença entre *laicidade* e *laicismo*, encerrando com a importante nota de que o Estado laico não é indiferente às religiões:

Ser um Estado laico não significa que o Estado é antirreligioso, só que há separação entre Clero e Estado e que não há adoção de uma religião oficial. Daí, diferencia-se laicidade de laicismo. Na laicidade, o Estado adota posição de neutralidade em relação à Igreja, respeitando todos os credos, bem como sua manifestação negativa. No laicismo, porém, os Estados adotam postura de mera tolerância, ou seja, a religião seria algo negativo, o que claramente não é o que ocorre entre nós.

(...)

Nos nossos dias, a Constituição de 1988 estabelece amplo espectro de proteção a toda forma de credo e celebração religiosa ou, ainda, à objeção de consciência, impondo dever de observância compulsória a um direito reconhecidamente fundamental.

Por isso, é importante afirmar que, em nosso país, neutralidade estatal não se confunde com indiferença, até mesmo porque, conforme salientado por Jorge Miranda, “(...) o silêncio sobre a religião, na prática, redundaria em posição contra a religião” (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 427).

Canotilho e Jônatas Machado afirmam que o princípio da neutralidade do Estado “não tem nada a ver com indiferentismo religioso por parte dos poderes públicos. (...) O princípio da neutralidade do Estado preclui qualquer compreensão negativa oficial relativamente à religião em geral ou a determinadas crenças religiosas em particular” (CANOTILHO, J.J. Gomes. MACHADO, Jônatas. “Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa”. In: Revista do Ministério Público, Ano 16, nº 64, p. 29-30).

²TAVARES. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª edição. Rev. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 490-491.

³ ADI 4439/DF, redator p/ acórdão o Min. Alexandre de Moraes, DJe 20/6/2018.

A laicidade como componente de um modo de ser coletivo político-liberal tem sobretudo a ver com uma postura de tolerância, que permite que concepções religiosas distintas convivam, sem que o Estado assuma uma delas, a modo de excluir as outras.

Sob essa perspectiva, o princípio da laicidade preceitua a autonomia do Estado perante as visões de mundo antagônicas e conflitantes existentes na sociedade, impedindo que as instituições públicas intervenham em aspectos internos de doutrinas religiosas e não-religiosas, cujos adeptos dispõem de ampla liberdade para as exercerem livre e desimpedidamente. De forma alguma, porém, a autonomia do Estado com relação às religiões impede que os Poderes Públicos colaborem para que a população viva mais intensa e produtivamente a sua fé, expressiva da sua identidade histórica e cultural. Assim o assegura a função promocional dos direitos fundamentais (como o da prática de religião), que impede de encará-los exclusivamente como direitos de abstenção.

É importante ter presente que o tratamento do fenômeno religioso no Brasil não se identifica em todas as suas multidensões com soluções acolhidas por sistemas jurídicos outros. Entende-se, assim, que o Supremo Tribunal Federal tenha esclarecido que não se aplica à realidade brasileira a posição jurisprudencial norte-americana contrária a que se aprovelem leis que, de qualquer forma, favoreçam uma ou mesmo todas as religiões. A conhecida metáfora jeffersoniana do muro entre Igrejas e Estado não se ajusta do modelo da Constituição de 1988⁴. Fica compreendido que as soluções de convivência do Estado com as confissões religiosas devem muito ao contexto conjuntural em que são concebidas; daí a necessária advertência contra os anacronismos e a falta de perspectiva histórica em que se enredam tantos emuladores acríticos de balizas estrangeiras de ação do Estado em face das religiões. Por isso, afirmamos, Paulo Vasconcelos Jacobina e eu, em outro lugar⁵:

⁴ A propósito, do Supremo Tribunal Federal, a STA 389 AgR, rel. o Ministro Gilmar Mendes, DJe 14.5.2010.

⁵ Paulo G. Gonet Branco e Paulo Vasconcelos Jacobina. “Liberdade de Gueto? Religião e Espaço Público”. Revista Direito Público. Porto Alegre, Volume 13, n. 71, 2016, 9-21, set-out 2016, pp. 16-20.

(...) Prova-se o direito brasileiro, em termos de proteção dos Poderes Públicos ao valor religioso, bem mais próximo, se quisermos algum modelo estrangeiro para confronto, do sistema português do que do norte-americano – o que, por óbvias razões históricas, não causa surpresa.

De fato, também em Portugal se explica, com perfeito proveito para o jurista brasileiro, que a essência da separação do Estado e Igreja está em que “o Estado não se propõe a fins religiosos” e, mais, que “uma compreensão atual da tutela das liberdades conjuga a atitude de não interferência do Poder na esfera pessoal com a ativa criação de condições de exercício de culto”⁶. Daí Paulo Adragão esclarecer que “não confessionalidade e neutralidade religiosa não se confundem. A neutralidade religiosa do Estado é, aliás, impossível. Escreve [Jorge Miranda]: ‘... o silêncio sobre a religião, na prática, redundando em posição contra a religião’⁷. Da mesma forma, Jónatas Machado estrema esses conceitos relevantes, ao enfatizar que a neutralidade do Estado, em matéria religiosa, “não tem nada a ver com indiferentismo religioso por parte dos poderes públicos”, cuida-se é de vedar “qualquer compreensão negativa oficial relativamente à religião em geral ou a determinadas crenças religiosas em particular”⁸.

(...)

Sendo a representatividade de confissões religiosas no Brasil muito mais concentrada do que nos Estados Unidos, por exemplo, e estando a religião católica entre nós, como também em Portugal, profundamente enraizada na nossa identidade cultural, não cabe importar açodadamente de específicas latitudes setentrionais certas suscetibilidades à exposição de emblemas religiosos cristãos, ou mesmo estritamente católicos, em público ou em lugares oficiais. As instituições no Brasil não se formaram com olhos vendados para a influência religiosa; seria, por isso, render-se a um laicismo injustificado histórica e socialmente o veto a crucifixos e a outros sinais de cunho religioso em lugares públicos ou oficiais⁹ – máxime quando esses símbolos apontam para valores de justiça, de misericórdia e de paz, que coincidem com os intuitos do projeto do constituinte de 1988. Não há ver, aí, endosso a uma religião, como se as confissões religiosas no Brasil estivessem em permanente e aguerrida concorrência – tipicamente capitalista – entre si; antes, há que se reconhecer a confluência de objetivos que a Constituição impõe aos Poderes Públicos com os valores de uma fé religiosa de significativa

⁶ Paulo Pulido Adragão. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra, Almedina, 2002, pp. 435 e 438. Essas frases culminam resenha específica da literatura portuguesa a que o autor se dedica.

⁷ id., p. 435.

⁸ Canotilho e Machado. “Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa” Lisboa, Revista do Ministério Público, 1995, às páginas 29 e 30.

⁹ A propósito, do juiz da Corte Constitucional de Portugal Sousa e Brito, compilado por Adragão, ob. cit., p. 442: “A Constituição impõe a laicidade, mas não o laicismo, o qual seria mesmo proibido. Ora, a proibição do uso de símbolos religiosos liga-se mais à ideia de laicismo do que à laicidade”.

representatividade social e inspiradora do nosso patrimônio cultural comum.

(...)

Dentre os objetivos valiosos, está o cuidado que o estado deve ter com a história e cultura daqueles segmentos da população que são considerados “participantes do processo civilizatório nacional” (art. 215, § 1º) e que, portanto, são detentores de uma cultura e uma expressão perfeitamente integrada ao nosso povo. O Estado brasileiro deve ser o *estado laico de um povo religioso*; vale dizer, precisa respeitar o patrimônio cultural brasileiro, os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (CF, art. 216). É preciso reconhecer e aceitar a história e a identidade religiosa do povo brasileiro. Expurgá-la em nome de uma mal-entendida laicidade, ou de uma necessidade de atender demandas idiossincráticas, ou mesmo em nome de cientificismos ou antropologismos pretensamente avançados, é agir inconstitucionalmente.

(...)

Reconhecer e respeitar as religiões existentes nos processos históricos e culturais do Brasil, fomentar e facilitar sua prática, tudo isso é papel do estado brasileiro.

Sob esse prisma, a construção de monumento representativo de um alto valor religioso por um Município não afronta, em si, o princípio da laicidade, recaindo no plano das opções políticas abertas à discricionariedade dos agentes políticos, que respondem politicamente por suas decisões. Não é infrequente que se ligue a obras dessa ordem o intuito de “estimular o turismo da região”, somando-se – mesmo que isso não seja imprescindível – a razão prática para conferir finalidade também secular ao empreendimento.

Enfim, não há óbice de antemão para que os poderes públicos federal, estaduais e municipais criem, construam, mantenham ou protejam imagens, monumentos, expressões, símbolos, datas comemorativas e feriados religiosos representativos das mais variadas crenças religiosas adotadas na sociedade brasileira, a fim de permitir que cidadãos possam exercer o direito à liberdade religiosa, ainda mais quando com isso se concretizam interesses públicos outros.

Vem a propósito a lúcida resposta do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos da Apelação/Remessa 0019890-16.2012.4.03.9100/SP, a

pedido formulado em ação civil pública de que fosse retirada a frase “Deus seja louvado” das cédulas do Real. A certa altura, o acórdão disse:

Ensina José Afonso da Silva, que a liberdade de crença inclui a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade/direito de mudar de religião, a liberdade de não aderir à religião alguma, a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embarçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença (in Curso de Direito Constitucional Positivo, 35ª edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2012, p. 249).

(...) Não se pode concordar que a expressão Deus seja louvado na cédula do Real ofenda o ateu, que - como todo cidadão de um Estado democrático de direito - deve tolerar e respeitar a crença alheia e a exposição pública às manifestações e aos simbolismos religiosos.

(...) a manutenção de um símbolo religioso não fere a laicidade do Estado.

Não se pode desprezar o fato de que a aposição da frase ora questionada no dinheiro brasileiro ocorreu num país em que até a Constituição foi promulgada “sob a proteção de Deus”. (...)

A referência à divindade - seja no preâmbulo da Constituição, seja nas cédulas monetárias - tem raízes na História brasileira e nos costumes de nosso povo; não é uma afronta a qualquer culto ou religião em particular; menos ainda é um acinte contra os brasileiros que se declaram ateus. Essa prática de referir-se ou dirigir-se a uma divindade - genericamente tratada como Deus - alcançava 73,6% dos brasileiros em 2016. E está longe de trazer ofensa aos cerca de 8,00% que se dizem sem religião.

De fato, como adverte Paulo Vasconcelos Jacobina, a “abertura à expressão pública de uma característica constitutiva da população” não tem como ser rejeitada como “uma potencial agressão à liberdade religiosa”¹⁰.

Essa é também a posição externada por Paulo Brossard, em artigo publicado no Jornal “Zero Hora”¹¹, a respeito de decisão do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que determinara a retirada de crucifixos existentes em prédios do Poder Judiciário estadual:

Minha filha Magda me advertiu de que estamos a viver tempos do Apocalipse sem nos darmos conta; semana passada, certifiquei-me do acerto da sua observação, ao ler a notícia de que o douto Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado, atendendo postulação de ONG representante de opção sexual minoritária, em decisão administrativa, unânime, resolvera determinar a retirada de crucifixos porventura existentes em prédios do Poder Judiciário estadual, decisão essa que seria homologada pelo Tribunal. Seria este “o

¹⁰Paulo Vasconcelos Jacobina. Estado laico, povo religioso – reflexões sobre liberdade religiosa e laicidade estatal. São Paulo, LTr, 2015, p. 99.

¹¹ Ed. De 12.3.2012.

caminho que responde aos princípios constitucionais republicanos de Estado laico” e da separação entre Igreja e Estado.

Tenho para mim tratar-se de um equívoco, pois desde a adoção da República o Estado é laico e a separação entre Igreja e Estado não é novidade da Constituição de 1988, data de 7 de janeiro de 1890, Decreto 119-A, da lavra do ministro Rui Barbosa, que, de longa data, se batia pela liberdade dos cultos. Desde então, sem solução de continuidade, todas as Constituições, inclusive as bastardas, têm reiterado o princípio hoje centenário, o que não impediu que o histórico defensor da liberdade dos cultos e da separação entre Igreja e Estado sustentasse que “a nossa lei constitucional não é antirreligiosa, nem irreligiosa”. (...)

Faz mais de 60 anos que frequento o Tribunal gaúcho, dele recebi a distinção de fazer-me uma vez seu advogado perante o STF, e em seu seio encontrei juízes notáveis. Um deles chamava-se Isaac Soibelman Melzer. Não era cristão e, ao que sei, o crucifixo não o impediu de ser o modelar juiz que foi e que me apraz lembrar em homenagem à sua memória. Outrossim, não sei se a retirada do crucifixo vai melhorar o quilate de algum dos menos bons.

(...) A propósito, alguém lembrou se a mesma entidade não iria propor a retirada de “Deus” do preâmbulo da Constituição nem a demolição do Cristo que domina os céus do Rio de Janeiro durante os dias e todas as noites¹².

Ainda na trilha desse entendimento, merece ser transcrita essa outra feliz passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI nº 4439/DF¹³, em que se excluem do campo dos atos violadores do princípio do Estado laico adotado no Brasil as homenagens explícitas em tantos atos e obras públicos a valores sacros:

Aqui me ocorre uma dúvida interessante: será que precisaremos, em algum momento, chegar ao ponto de discutir a retirada da estátua do Cristo Redentor do Morro do Corcovado por simbolizar a influência cristã em nosso país? Ou a extinção do feriado nacional de nossa padroeira, Nossa Senhora Aparecida? A alteração do nome de Estados e de cidades, porque recebem o nome de santos, como São Paulo e Santa Catarina?

Assim como no nosso preâmbulo, Deus também está presente em nosso dia a dia nas cédulas de real, com a expressão “Deus seja louvado”, menção feita desde a década de 1980.

Também o uso de símbolos religiosos em órgãos do Poder Judiciário brasileiro não fere o princípio de laicidade do Estado. Assim entendeu o Conselho Nacional de Justiça no julgamento de quatro pedidos de providência (1.344, 1.345, 1.346

¹²Artigo do Ministro Paulo Brossard transcrito no voto divergente de acórdão proferido pelo Conselho Nacional de Justiça nos autos do Procedimento de Controle Administrativo 0006392-29.2013.2.00.0000.

¹³ ADI 4439, Redator do acórdão o Min. Alexandre de Moraes, DJe 21.6.2018.

e 1.362) que questionavam a presença de crucifixos em dependências de salas do Judiciário nacional.

Na decisão, proferida em 29 de maio de 2007, entendeu-se que os objetos seriam símbolos da cultura brasileira e que não interferiam na imparcialidade, nem na universalidade do Poder Judiciário.

Mesmo entendimento foi repetido pelo Poder Judiciário em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal que visava à retirada da expressão “Deus seja louvado” das cédulas de real.

Do mesmo julgado, colhe-se esta lição do Ministro Ricardo Lewandowski:

Considero importante sublinhar que, a meu sentir, não existe nenhum tipo de incompatibilidade entre democracia e religião no Estado laico: ao contrário, ambas podem e devem ser parceiras na busca do bem comum, especialmente no desenvolvimento de uma sociedade plural e compreensiva para com as naturais diferenças entre os seus integrantes. O conceito de laicidade no Brasil, cumpre ressaltar, assim como em outros países, embasa-se no tripé tolerância, igualdade e liberdade religiosa. Trata-se, acima de tudo, de um princípio constitucional voltado à proteção das minorias que, graças à separação entre o Estado e a Igreja, não podem ser obrigadas a submeter-se aos preceitos da religião majoritária.

Essa separação não constitui, é importante destacar, quer no Brasil quer em outros países, uma muralha que separa cosmovisões incomunicáveis. Se assim fosse, não seriam admissíveis, *inter alia*, a menção explícita a Deus no preâmbulo de nossa Constituição, os feriados religiosos, o descanso dominical e muitas outras manifestações religiosas institucionalizadas pelo Poder Público, como, por exemplo, a aposição do crucifixo no plenário da mais alta Corte do País.

A menção à estátua do Cristo Redentor no Rio de Janeiro justifica que se recorde que a sua construção se deu na década de 1920, pelo Estado brasileiro. Vigia a Constituição de 1891, que, à semelhança da Carta de 1988, também vedava à União e aos Estados de “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos” (art. 11, 2º), ao mesmo tempo em que concedia aos indivíduos e confissões religiosas o direito de “exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum” (art. 72, § 3º). Muito embora o então Consultor-Geral da República houvesse emitido parecer, em 17 de outubro de 1921, contrário à construção do monumento religioso pelos Poderes Públicos,

em face do princípio da laicidade previsto na Carta de 1891¹⁴, a objeção foi superada, e a estátua erguida tornou-se marco turístico dos mais importantes do país; mais especialmente, da cidade do Rio de Janeiro, que tantas vezes é por ele simbolizada e identificada.

2. CONCLUSÃO

O exemplo serve para que não se condene o monumento que serve a propósitos religiosos e também concretiza interesses públicos culturais, econômicos e turísticos da comunidade em que se insere. A construção de estátuas que liguem a imagem de uma cidade a expressões religiosas relevantes para a cultura e história locais apresenta valor que não se exaure no domínio do transcendental, não podendo ser condenada ao argumento escoteiro da laicidade do Estado.

Quando esses monumentos já estão erigidos, pretender demoli-los é ainda mais desastroso no plano da afronta aos preceitos constitucional que protegem o valor da religião. Não é preciso convocar a imaginação a um duro esforço para antever as consequências prático-jurídicas da destruição pelo Estado de um monumento religioso. O gesto de demolição da obra sacra transparece a inevitável impressão de que os Poderes Públicos abominam a religião e desprezam a opção que o povo local realizou, por meio dos seus representantes democráticos, de encarecer o que a população guarda como valor religioso e cultural.

Se a proibição de construir o monumento já não se amolda ao regime constitucional dos direitos fundamentais, o ato iconoclasta assume proporções de agressão à religião. Aqui se encontraria até mesmo no Acordo Brasil-Santa Sé o repúdio a uma semelhante ação, hostil ao compromisso disposto no art. 7º de a República tomar as “medidas necessárias para garantir a proteção dos

¹⁴A esse respeito, vide artigo de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/passado-limpo-cristo-redentor-fere-espirito-constituicao-parecer-1921>>. Acesso em 21/8/2024.

lugares de culto da Igreja Católica e de suas liturgias, símbolos, *imagens* e *objetos culturais*, contra toda forma de violação, desrespeito e uso ilegítimo”.

A História testemunha que a derrubada de um monumento apologético produz impacto metafórico muito mais veemente do que a sua elevação mesma. Esfacelar uma estátua que reflete sentimentos religiosos de vasta porção dos brasileiros haveria de ser percebido como epítome de ojeriza à fé, comportamento, esse sim, renegado pela ordem constitucional. Caberia, então, o argumento de que, se a liberdade religiosa consiste no reconhecimento da ordem constitucional da possibilidade de professar a fé, não cabe argui-la justamente para impedir a demonstração de fé.¹⁵

Na realidade, se a comunidade, por seus representantes democraticamente eleitos, resolve homenagear a fé de seus membros, sem que a imagem traduza, por si mesma, algum ataque aos que adotam outros credos, não há falar em impedimento constitucional a uma tal deliberação, que expressa o reconhecimento do papel da religião na vida atual de tantos brasileiros e na própria História social e cultural do país. É de se esperar que a imagem religiosa, nesse contexto, suscite, quando menos, atitude de tolerância e de respeito pelos que acaso não comunguem das mesmas convicções.

Seguramente que isso nada tem a ver de negativo com o postulado da igualdade. Guardadas as devidas proporções, não haveria tampouco quebra da isonomia na construção de estátua que reverenciasse um certo personagem ou um dado evento da História, e não um outro. O ato de escolha importa necessariamente discricionariedade, ínsita às deliberações dos agentes políticos, que será legítima, se não positiva vício de arbitrariedade. Como o Supremo Tribunal já ensinou, “o tratamento privilegiado a certas pessoas somente pode ser considerado ofensivo ao princípio da igualdade ou da moralidade quando não decorrer de uma causa razoavelmente justificada”¹⁶. E causa razoavelmente justificada mostra-se a homenagem à fé.

¹⁵Com mais pormenores, cf. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo G. Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 2011, 6ª ed., pp. 360-361.

¹⁶ RE 405.386, DJe 26.3.2013.

3. REFERENCIAS

CNJ. Procedimento de Controle Administrativo n. 0006392-29.2013.2.00.0000.

FERREIRA MENDES, G. & GONET BRANCO, P.G. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

GOMES CANOTILHO, J.J; e MACHADO, J. “Bens culturais, propriedade privada e liberdade religiosa”, *Lisboa, Revista do Ministério Público*, 1995.

GONET BRANCO, P.G. & VASCONCELOS JACOBINA, P. “Liberdade de Gueto? Religião e Espaço Público”. *Revista Direito Público*. Porto Alegre, Volume 13, n. 71, 2016, 9-21, set-out 2016.

PULIDO ADRAGÃO, P. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra, Almedina, 2002.

SAMPAIO DE MORAES GODOY, A. “Cristo Redentor fere espírito da Constituição, diz parecer de 1921”. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2015-mai-28/passado-limpo-cristo-redentor-fere-espírito-constituicao-parecer-1921> >. Acesso em 21/8/2024.

STF. ADI 4439, Redator do acórdão o Min. Alexandre de Moraes, DJe 21.6.2018.

STF. STA 389 AgR, rel. o Ministro Gilmar Mendes, DJe 14.5.2010.

TAVARES. A.R. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª edição. Rev. e Atual. São
203

Paulo: Saraiva, 2013.

© *Direito e Linguagem* nº 2, vol. 1. Extrordinário (2024), pp. 205-234
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.13921351

La causalidad y el significado de la comisión por omisión: una oportunidad para la acción significativa

O nexo de causalidade e o significado da omissão imprópria: uma perspectiva para a concepção significativa da ação

Samuel Ebel Braga Ramos¹

Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Sumario: 1.Introducción. 2. El caso: La imputación penal del desastre ambiental de Brumadinho/MG. 3. La causalidad. 4. El problema de los delitos de comisión por omisión. 5. El lenguaje de la comisión por omisión. 6. Causalidad y deber de garante: regreso al caso. 7. La interpretación a través de la concepción significativa de la acción. 8. Conclusión. 9. Referencias.

Resumen: El texto aborda de forma crítica los delitos comisivos por omisión y el deber de garante, presentando la idea de la afrenta a los preceptos constitucionales y a la legalidad al promover la imputación de forma genérica y abstracta. Se utilizará la denuncia presentada por el Ministerio Público en el caso concreto de la catástrofe ambiental de Brumadinho/MG para ilustrar la debilidad de la imputación de los delitos de omisión impropia y la fragilidad de la posición de garante, señalando que se ha suprimido la causalidad en este modelo de imputación de resultados. La respuesta al problema surge a través de la concepción significativa de la acción, en la que el lenguaje y el significado de la conducta se interpretan de acuerdo con las reglas y normas que rigen el comportamiento, incluida la interpretación del nexo causal y del resultado punible.

Palabras-clave: Comisión por omisión. Causalidad. Concepción significativa de la acción.

Resumo: O texto realiza uma análise crítica acerca dos delitos comissivos por omissão e do dever de garante, sustentando que a imputação penal de forma genérica e abstrata viola os preceitos constitucionais e os princípios da

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisador titular do núcleo “Sistema Criminal e Controle Social” da UFPR. Advogado em Curitiba/PR.

legalidade. Para ilustrar essa questão, toma-se como exemplo a denúncia apresentada pelo Ministério Público no caso do desastre ambiental de Brumadinho, Minas Gerais, evidenciando a fragilidade da imputação dos crimes omissivos impróprios e a precariedade da posição de garantidor. Argumenta-se que, nesse modelo de imputação, houve uma supressão da análise rigorosa do nexo de causalidade. A solução para esse problema se apresenta por meio da concepção significativa da ação, na qual o significado da conduta é interpretado à luz das normas que regem o comportamento, incluindo a análise criteriosa do nexo causal e da relação entre a conduta omissiva e o resultado punível.

Palavras-chave: Omissão imprópria. Causalidade. Concepção significativa de ação.

1. INTRODUCCIÓN

La posición de garante es un concepto central en el derecho penal contemporáneo, especialmente en relación con las empresas y sus directivos, desempeñando un papel crucial en la definición de la responsabilidad penal por omisión. Esta figura jurídica establece las bases para la imputación de responsabilidad a individuos que, debido a sus funciones, deberes o situaciones específicas, tienen la obligación de actuar para evitar daños a terceros. Este artículo explora el escenario crítico de los fundamentos teóricos y sus implicaciones prácticas en el ámbito del derecho penal, a través de las preposiciones de la concepción significativa de la acción desarrollada por Tomas S. Vives Antón.

Los delitos comisivos por omisión y la posición de garante se refieren a la obligación legal de una persona de evitar que se produzca un resultado dañoso. La omisión de esta persona de actuar, cuando tenía el deber de hacerlo, acaba entendiéndose como una acción que causa directamente el daño. Así, en los delitos comisivos por omisión, la inacción del agente se considera jurídicamente equivalente a una acción lesiva.

Tales concepciones son esencialmente normativas y se basan en la necesidad de proteger bienes jurídicos y en la atribución de responsabilidades basadas en relaciones jurídicas específicas. Roxin² sostiene que la posición de garante es una extensión lógica del principio de responsabilidad, que no sólo se

² ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I: Fundamentos. A estrutura da teoria penal. Madrid: Civitas, p. 132.

limita a la acción, sino que también incluye la inacción cuando existe un deber específico de actuar.

La posición de garante³ puede derivar de diversas fuentes, que establecen una obligación de actuar: *Deberes legales*: Leyes y reglamentos que imponen la obligación de proteger determinados bienes jurídicos. Por ejemplo, el deber de los padres de proteger a sus hijos menores (art. 229 de la Constitución Federal brasileña); *Deberes contractuales*: Obligaciones que se derivan de contratos y acuerdos. Por ejemplo, el contrato de trabajo de un socorrista que incluye la obligación de rescatar a los bañistas en apuros; *Deberes voluntarios*: Responsabilidades asumidas voluntariamente. Por ejemplo, cuando alguien se compromete a cuidar a un enfermo; *Deberes derivados de actos peligrosos*: Situaciones en las que el individuo, al crear una situación peligrosa, asume la responsabilidad de evitar el daño. Un ejemplo sería un conductor que provoca un accidente de tráfico y está obligado a prestar asistencia.

La aplicación de esta posición de garantía en el Derecho Penal tiene importantes implicaciones, especialmente en la delimitación de la responsabilidad por omisión. Para que una persona pueda ser considerada penalmente responsable por omisión, es necesario que⁴: a) Exista un Deber Legal de Actuar: la persona debe estar legalmente obligada a evitar el resultado lesivo; b) Capacidad de Actuar: la persona debe tener la capacidad de actuar para evitar el daño; Conciencia del Peligro: la persona debe ser consciente del riesgo inminente de daño y d) La Causalidad de la Omisión: la omisión debe ser causalmente relevante para el resultado lesivo .

Tras esta rápida introducción, la premisa del artículo es establecer una crítica de los delitos comisivos por omisión a través de la concepción significativa de la acción, en la que el lenguaje será esencial para el desarrollo de la

³ En el ordenamiento jurídico brasileño, no existen figuras específicas que tipifiquen los crímenes de omisión impropia, lo que obliga al intérprete a analizar el párrafo 2º del artículo 13 del Código Penal en conjunto con los delitos de la Parte Especial o de la legislación especial. De acuerdo con la primera parte del párrafo 2º del artículo 13 del Código Penal, "*la omisión es penalmente relevante cuando el omitente debería y podría haber actuado para evitar el resultado*".

⁴ Cf. BITENCOURT, C.R. *Tratado de direito penal*: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016; FRAGOSO, H.C. *Lições de direito penal*: parte geral. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014; PRADO, L.R. *Curso de direito penal brasileiro*: parte geral. 18. ed. São Paulo: RT, 2017; ZAFFARONI, E.R; PIERANGELI, J.H. *Manual de direito penal brasileiro*. 14. ed. São Paulo: RT, 2012; BUSATO, P.C. *Direito Penal*: Parte Geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2022.

proposición. La revisión bibliográfica será importante para presentar el sustrato teórico y el resultado esperado será señalar la fragilidad del concepto. Se utilizará un caso concreto para ilustrar la proposición, utilizando la denuncia presentada por el Ministerio Público Federal en el caso Brumadinho/MG.

En definitiva, se pretende establecer las inconsistencias del modelo de comisión por omisión basado en el lenguaje y en la concepción significativa de la acción, en el que el modelo utilizado para la imputación carece de criterio, dependiendo siempre del complemento de la "posición de garante", concepción amplia y abstracta en términos de legalidad y culpabilidad. En la misma línea, se mostrará que la causalidad es necesaria para la imputación, incluso en los delitos omisivos, y debe ser demostrada.

2. EL CASO CONCRETO: LA IMPUTACIÓN PENAL DEL DESASTRE AMBIENTAL DE BRUMADINHO/MG

El 25 de enero de 2019, alrededor de las 12:28 horas, en el municipio de Brumadinho, Minas Gerais, el acusado *A. P. C. y otros mataron a 270 personas*⁵, entre empleados de VALE y empresas subcontratadas, residentes del municipio de Brumadinho y visitantes. Los crímenes de homicidio fueron cometidos utilizando medios que imposibilitaron o dificultaron la defensa de las víctimas, dado que el colapso de la represa I, en la Mina Córrego do Feijão, ocurrió de forma abrupta y violenta, imposibilitando o dificultando la fuga de centenas de personas que fueron sorprendidas en pocos segundos por el impacto de la avalancha de lodo, y el rescate de centenas de otras víctimas que se encontraban en la trayectoria de la masa de relaves (artículo 121, párrafo 2,

⁵ Se trata de procedimiento penal protocolado por prevención a la Medida Cautelar nº 0001819.92.2019.8.13.0090 - 2º Juzgado de Brumadinho/MG. En 2021, el Tribunal Superior de Justicia emitió una decisión en el RHC nº 151.405/MG, estimando el recurso de la defensa para que el caso fuera visto por el Tribunal Federal. El 25 de marzo de 2024, el TRF-6 desestimó la acción penal contra el CEO de Vale (HC n. 1003640-82.2023.4.06.0000). El propósito del artículo es puramente académico y sus análisis no entran en juicios de valor sobre los hechos y la imputación, sino que se limitan a análisis teóricos. Abordé la cuestión de Brumadinho desde la perspectiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en RAMOS, S.E.B.; CAVAGNARI, R.J.; BUCHMANN, H.S.; BUS, T. *The criminal liability of legal persons for murder under the UK Corporate Manslaughter Act*. Revista de Direito Penal Econômico e Compliance. v. 3, n. 9, p.197-215, jan/mar, 2022.

inciso IV, del Código Penal). Los delitos de homicidio fueron cometidos por medios que resultaron en peligro común, ya que un número indeterminado de personas estuvieron expuestas al riesgo de ser alcanzadas por el violento flujo de lodo, especialmente empleados de VALE y de empresas subcontractadas y personas de la región de la zona afectada (artículo 121, párrafo 2, inciso III, del Código Penal).

En las mismas condiciones de tiempo y lugar, los acusados A. P. C. y otros, así como las personas jurídicas VALE S.A. y TÜV SÜD Bureau de Projetos Ltda. cometieron delitos ambientales contra la fauna, la flora y la contaminación, ya que, a través de la oleada de estériles de mineral resultante del colapso de la presa I.

La acusación se basó en la premisa de que los acusados conocían las condiciones adversas de la presa y que contribuyeron a la *omisión de adoptar medidas de transparencia, seguridad y emergencia conocidas y disponibles, asumiendo así el riesgo de producir las víctimas mortales y los daños medioambientales resultantes del colapso de la presa I*. En un contexto de división del trabajo, los acusados contribuyeron (mediante tareas comisivas y/u omisivas que se individualizarán en la querella) de manera decisiva a *la omisión penalmente relevante del deber de adoptar medidas de transparencia, seguridad y emergencia, que, de haberse adoptado, habrían evitado que se produjeran las muertes y los daños medioambientales en la forma y medida en que se produjeron*.

En particular, el acusado A. P. C, ingeniero de minas que en el momento del siniestro ocupaba el cargo de Director Ejecutivo de Gobernanza Geotécnica y Cierre de Minas en VALE S.A., a pesar de su pleno y profundo conocimiento de la inaceptable situación de seguridad/estabilidad de la *presa I*, el acusado, que *podía y debía actuar, contribuyó a la omisión de adoptar las medidas de transparencia, seguridad y emergencia conocidas y disponibles, asumiendo así el riesgo de producir las víctimas mortales y los daños medioambientales resultantes del colapso de la presa I de la Mina de Córrego do Feijão*. En un contexto de división del trabajo, los acusados contribuyeron (por comisión y omisión) de forma decisiva a la omisión penalmente relevante del deber de adoptar medidas de transparencia, seguridad y emergencia que, de haberse

adoptado, habrían evitado que se produjeran las muertes y los daños medioambientales en la forma y medida en que se produjeron.

A partir de la descripción fáctica y de la imputación contra el acusado, surge la idea de causalidad, elemento imperativo en la imputación jurídico-penal y en la discusión de los delitos comisivos por omisión. Para ello, el sustrato teórico adoptado será el desarrollo producido por Tomás S. Vives Antón en torno a sus críticas a la causalidad y a los delitos comisivos por omisión.

3. CAUSALIDAD

Un análisis filosófico de la causalidad nos conduce a un número casi infinito de condiciones que contribuyen a cualquier situación del mundo. Es cierto que Vives Antón⁶ no quiso definir de algún modo la causalidad para obtener una herramienta con la que resolver el problema de la imputación del resultado, sino para aclarar el significado del término y limitar los usos legítimos, evitando aplicaciones indebidas y confusiones terminológicas.

Vives Antón⁷ afirmó que la idea de que en el ámbito de la causalidad es necesario reducir las diferencias a un concepto unitario, y que éste es, de hecho, el único correcto, es moderna y está relacionada con el análisis "lógico" de la causalidad. Por lo tanto, es necesario evaluar la exactitud de este análisis. ⁸El análisis "lógico" de la causalidad se realiza a menudo de forma indistinta, en términos de condiciones necesarias o en términos de condiciones suficientes.

La relación causal entre dos estados del mundo es externa a ellos⁹. Sin embargo, si al establecer tal relación entre movimiento corporal y resultado pretendemos dar sentido al acontecimiento, es decir, caracterizarlo como tal o cual acción, el problema se analiza, no en términos empíricos, sino en términos gramaticales o lógicos, es decir, no basta con que podamos establecer un cierto

⁶ VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011. p. 221.

⁷ VIVES ANTÓN, 2011, p. 310.

⁸ VIVES ANTÓN, 2011, p. 313.

⁹ Véase RAMOS, S.E.B.; BELLEGARD, A.M.D.C; BUSCHMANN, H.S. "Uma contribuição filosófica sobre a causalidade em contributo para a imputação de pessoas jurídicas". En: CARUNCHO, A.C. [et. al.]. *A linguagem do Sistema Penal*. Rhayssan Poubel de Alencar Arraes (org.). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024. p. 107-126.

vínculo entre uno (los movimientos del cuerpo) y otro (el resultado), sino que es necesario que ese vínculo sea precisamente el regulado por el tipo de acción de que se trate¹⁰.

No nos interesa determinar todas las innumerables causas inmediatas y remotas de cada acontecimiento o estado de cosas. Por el contrario, sólo nos preocupan las posibles causas de lesión derivadas de los tipos de acción que realmente importan al Derecho penal y, por lo tanto, pretendemos establecer el vínculo entre comportamiento y resultado teniendo en cuenta los momentos sociales y, al mismo tiempo, la comprensión intencional de estos momentos. Y luego está el análisis de estos movimientos y resultados como interpretación de cualquier éxito como acción típica, en contraposición a una mera observación.

El fallo de la dogmática de la causalidad fue operar con ella como si se tratara de un único concepto de clase, en el que se subsumían las distintas relaciones existentes dentro de cada tipo de acción entre movimiento corporal y resultado. Y ello, en primer lugar, porque obligaba a incluir como causales (como relaciones externas entre estados independientes del mundo) las relaciones intencionales (como las que se dan en el ámbito de la participación, o en ciertos delitos -como la estafa- o los delitos de omisión, etc.). Pero, en segundo lugar, porque pasaba por alto el papel de la intencionalidad -del significado- incluso en delitos en los que, aparentemente, podía establecerse una relación extrínseca entre movimiento corporal y resultado¹¹.

Así, según Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹², establecer una especie de ley general sobre el nexo causal es simplemente distorsionar el significado de la palabra. Y en este sentido, Vives Antón advertía: "unificar cosas muy distintas bajo un concepto unitario y formal, uniendo lógicamente lo independiente y diverso, produce una distorsión gramatical de tal naturaleza que desciende directamente al absurdo. Pues es imposible - gramaticalmente imposible - proceder del mismo modo lógico con toda clase de enunciados causales"¹³.

¹⁰ VIVES ANTÓN, 2011, p. 311.

¹¹ VIVES ANTÓN, 2011, p. 311.

¹² CABRAL, R.L.F. "A gramática do nexo causal: reflexões para uma ressignificação da teoria do nexo causal a partir da filosofia da linguagem". En: ZILIO, J; BOZZA, F. (eds.). *Estudos críticos sobre o sistema penal*. Río de Janeiro: Editora Ledze, 2012. p. 977.

¹³ VIVES ANTÓN, 2011, p. 314.

Así que -repitámoslo- no hay una regla única para establecer el nexo causal en un robo concreto, en un delito de homicidio concreto, en un fraude concreto al sistema financiero, en un delito contra el medio ambiente, en un delito de genocidio¹⁴. No en vano muchas cosas no encajan en la teoría general de la causalidad, y no en vano siempre surgen casos que crean ruido en las concepciones genéricas de la causalidad¹⁵.

Sin embargo, éste no es el mayor defecto que puede atribuirse a la definición condicional de causalidad, ya que el hecho de que fuera siempre correcta no sería más que una consecuencia inseparable de su carácter lógico. El problema de fondo es otro: que, al unificar cosas muy distintas bajo un concepto unitario y formal, al unir lógicamente lo que es independiente y diverso, produce una distorsión "gramatical" de tal naturaleza que conduce directamente al absurdo, porque es imposible - gramaticalmente imposible - proceder de la misma manera lógica con todo tipo de enunciados causales¹⁶.

Buscando la esencia en Hume, Vives Antón pergeñó tres ataques a la causalidad: a) *La causalidad no es una ley lógica*: "La idea de que algo comienza a existir sin una causa no es contradictoria ni absurda. Y esto basta para afirmar que la ley causal no es una ley lógica"¹⁷; b) *La causalidad no es una cualidad del objeto, sino un hábito de la mente*: "La causalidad no está, pues, en los objetos, sino en una relación entre ellos, en virtud de la cual la mente adopta el hábito de pasar de uno a otro. A este hábito lo llamamos necesidad, y es precisamente en este hábito en lo que consiste la "ley de causalidad"¹⁸; y c) *La causalidad no es*

¹⁴ CABRAL, 2012, p. 977.

¹⁵ CABRAL, 2012, p. 977.

¹⁶ VIVES ANTÓN, 2011, p. 311. En el mismo sentido: "Si la abstracción es fundamental para el progreso de cualquier ciencia, lo es aún más para la ciencia del Derecho. La justicia supone tratar de la misma manera lo que es igual y de manera distinta lo que es diferente. Sólo a través de la abstracción es posible determinar dónde residen las características esenciales y accidentales de los hechos concretos, identificar los acontecimientos jurídicamente iguales que requieren un tratamiento igual. La falta de abstracción, por el contrario, supone la imposibilidad de distinguir dónde se encuentran las características comunes que permiten subsumir en un concepto general toda una serie de casos concretos; su consecuencia es una jurisprudencia contradictoria que trata de forma desigual supuestos de hecho jurídicamente iguales." EN ORDEIG, E.G. "La causalidad en el derecho penal". *ADPCP*, Madrid, T.XV, Fasc. III, p. 543-580, septiembre-diciembre 1962.

¹⁷ VIVES ANTÓN, 2011, p. 296.

¹⁸ VIVES ANTÓN, 2011, p. 297. En este sentido: "La atribución de operaciones a los objetos no plantearía ningún interrogante si se tratara sólo de un buen deseo o de una proyección espontánea del sujeto que actúa sobre los objetos y encuentra en ellos respuestas de naturaleza

una ley científica, no es una ley universalmente válida, *sino que se basa en la probabilidad*, aunque la doctrina penal haya concebido la causalidad como una ley científica cuya aplicación permite obtener resultados objetivamente válidos¹⁹.

A medida que avanzamos, toma cuerpo el pensamiento de Wittgenstein, para quien la causalidad sería un mito, a pesar de su carácter científico, que sería útil en la medida en que nos ofrece un recurso válido para comprender la realidad. La causalidad no es más que un instrumento del ser humano para explicar los fenómenos que le rodean mediante deducciones obtenidas a través de la experiencia²⁰.

Vives Antón²¹ elevó la discusión buscando en las ideas de Wittgenstein la base de su enfoque de la causalidad. En una exposición de las ideas generales, expuso que entre un estado de cosas y otro no hay, por tanto, ningún vínculo interno que justifique la deducción de hechos desconocidos a partir de los conocidos. La inferencia no es posible porque no hay relación lógica entre uno y otro y fuera de la lógica todo es casualidad, porque no hay necesidad de que algo suceda porque sucedió otra cosa. Sólo hay necesidad lógica. De la causalidad, por tanto, no se puede extraer ningún conocimiento que excluya la posibilidad de error: "Que el sol saldrá mañana" -un ejemplo actual de predicción causal- "es una hipótesis; y eso significa: no sabemos si saldrá".

Ahora bien, ni la causalidad es una ley lógica, ni las proposiciones singulares de causalidad son "enunciados" que puedan confrontarse

equiparable a la ciencia. Pero para que una atribución esté bien fundada, debe verificarse, y esta verificación presupone de nuevo la experiencia, necesaria para el control de las hipótesis explicativas, así como de las hipótesis que tratan del establecimiento de leyes. Este retorno a la experiencia requiere entonces un conjunto de abstracciones simples como las del principio, pero guiadas esta vez por un sistema limitado de operaciones atribuibles. Vemos entonces la alternancia entre los dos modos de abstracción que implica la atribución de operaciones a los objetos. Los dos modos de abstracción implicados en la atribución de operaciones a los objetos, y esto es evidente porque, en la medida en que son promovidos a la categoría de operadores, responden y corresponden a las operaciones del sujeto reflexivo, manteniendo al mismo tiempo su realidad de objetos exteriores". En PIAGET, J. *Explicaciones causales*. Barcelona: Barral Editores, 1971. p. 161.

¹⁹ Sobre el tema, el Superior Tribunal de Justicia ha dictaminado: "La relación de causalidad sólo se constituye si, a partir de elementos empíricos, se puede demostrar, con cierto grado de probabilidad, que el resultado no se produciría si la acción debida fuera efectivamente realizada, lo que no ocurrió en el caso en cuestión." BRASIL. Tribunal Superior de Justicia. *Recurso de Habeas Corpus nº 35.883/PE*. Relator OG FERNANDES. Sexto Panel, juzgado el 01/10/2013, DJe 09/10/2013.

²⁰ VIVES ANTÓN, 2011, p. 301.

²¹ VIVES ANTÓN, 2011, 301.

directamente con el mundo, porque no son figuras de hechos. (No hay nada en los hechos que responda a enunciados causales. "El trueno causa el relámpago" no representa ningún estado de cosas existente). Entonces, ¿de qué hablamos cuando hablamos de causalidad? La pregunta la plantea la preposición "La ley de causalidad no es una ley, sino la forma de una ley"²².

Así pues, la causalidad no es una ley. Y esta conclusión se basa en la discusión que Wittgenstein hace de la formulación general, comúnmente llamada ley de causalidad (todo lo que sucede tiene una causa), para negarle precisamente ese carácter de ley. Lo hace porque, a diferencia de las leyes de la naturaleza, la "ley" de la causalidad no dice nada sobre cómo ordenar el material empírico, sólo que debe ser ordenado. Todo lo que sucede necesita (o tiene) una explicación: la ley de la causalidad, tal como la conciben los filósofos, también podría formularse de este modo, razón por la cual Wittgenstein, en la época del *Tractatus*, la equiparaba al principio de razón suficiente. Leyes como el principio de razón, etc., tratan de la red, no de lo que la red describe (los estados de cosas del mundo) y son intuiciones *a priori* sobre la posible conformación de las proposiciones de la ciencia²³.

La conclusión de Vives Antón²⁴ era que todas las doctrinas generales propuestas para determinar la causalidad o la imputación objetiva fracasan en determinados grupos de casos, o están inacabadas, o requieren el auxilio del sentido común, o se resuelven sobre un tema que ya indica que es muy probable que el problema de la adecuación al tipo esté desenfocado. Y eso, en cuanto al resultado, es lo que aquí se afirma. La imputación de la acción concreta al tipo no debería requerir, en los delitos de resultado -al menos en principio- un proceso distinto y más difícil que en otros, pues el resultado y la vinculación entre el resultado y el movimiento -o la falta de movimiento- no son sino momentos internos de la acción típica. A menudo, en los casos ordinarios, será muy fácil.

²² VIVES ANTÓN, 2011, 302.

²³ VIVES ANTÓN, 2011, p. 303-304.

²⁴ La crítica de Vives Antón a la imputación objetiva se basa en: a) La teoría de la imputación objetiva parte de una noción unitaria de causalidad; b) La teoría de la imputación objetiva da lugar a un desdoblamiento de la noción de imputación, pues imputar algo significa atribuir algo a alguien, y la creación de un riesgo capaz de lesionar el bien jurídico sólo debe concebirse como una cuestión de subsunción típica -concretamente como un mecanismo de restricción del tipo- y no de imputación. En VIVES ANTÓN, 2011, p. 316-318.

Es actuando, por tanto, como establecemos relaciones causales. Pensamos causalmente porque somos seres que actúan, y actuar implica producir cambios en el mundo de acuerdo con nuestros objetivos. Investigamos las causas porque necesitamos hacerlo²⁵.

Como ya se ha dicho, si no es posible formular un concepto general y ontológico de acción, tampoco es posible ofrecer un concepto común y ontológico de causalidad que pueda ser válido para todas las hipótesis posibles.

Y aquí delimitamos que la acción determina la causalidad, pues constituye su núcleo cuando se afirma que en los momentos en que persistiría la experiencia común (uso repetido de prácticas lingüísticas), se producirían consecuencias distintas a las aprehendidas por la manipulación causada por la acción. Se entiende así que hay un modo característico o natural en que las cosas se comportan, y se llama "causa" a todo aquello que interfiere o interviene en el curso de los acontecimientos que normalmente tendrían lugar, produciendo efectos diferentes, manipulados por la acción²⁶.

De acuerdo con Pedro Athayde Franco²⁷, hay, sin embargo, una presunción presente en esta relación, originada en las dimensiones del lenguaje. Con el paso de la causalidad a la acción, ya no se trata de estados del mundo y de los vínculos lógicos entre ellos, sino de prácticas lingüísticas.

Este desplazamiento de la causalidad a la acción tiene consecuencias para la actitud ante las relaciones causales, porque si ya no se trata de hablar de estados y objetos del mundo y de los vínculos lógicos entre ellos, sino de orientar nuestras prácticas, lo que necesariamente necesitamos no es conocimiento, sino *certeza*. La diferencia entre saber y tener certeza sólo es relevante cuando por "sé" entiendo "no puedo equivocarme". Pues bien, las explicaciones causales pueden estar "más allá de toda duda razonable", aunque no podamos excluir la posibilidad de que estén equivocadas. Y eso es suficiente para la acción²⁸.

²⁵ VIVES ANTÓN, 2011, p. 310.

²⁶ VIVES ANTÓN, 2011, p. 309; ATHAYDE, P.F. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica na ação significativa: um estudo do tema por meio da teoria de Tomás Salvador Vives Antón*. Disertación (Maestría en Derecho) - Universidad Federal de Paraná, Curitiba, 2021. p. 81.

²⁷ ATHAYDE, 2021, p. 81.

²⁸ VIVES ANTÓN, 2022, p. 235.

A la vista de lo dicho hasta ahora, *nos parece que para Vives Antón el análisis de la causalidad debe situarse en el ámbito de la acción*, en la medida en que se identifica con la determinación del significado de la conducta. Si la acción no es más que un significado convencionalmente atribuido, no tiene sentido considerar si algo es causa del resultado como si fueran objetos separados. Si tiro una piedra a la cabeza de alguien y muere, mi conducta se interpretará como homicidio, lo que implicaría superar el análisis de causalidad en este caso.

Si la causalidad no existe como vínculo lógico entre los fenómenos y si la causa no es única, sino que hay una variedad irreducible de conexiones causales, el problema de la causalidad es lo que nos interesa y está incrustado en la sede de la acción. La causalidad es un momento interno de la acción e intentar concebir un concepto general y "científico" de causa significa enterrar esta multiformidad irreducible de los procesos causales y confundir las diferentes formas de hacer predicciones que se derivan de nuestras diferentes capacidades epistemológicas²⁹.

Quedan los *casos difíciles*, los supuestos complejos y difíciles, y es muy tentador recurrir a una teoría general (naturalista, valorativa o mixta) que resuelva los problemas de interpretación; pero si no se trata de elaborar una teoría "científica", sino de saber cuándo podemos entender un determinado proceso como un acto de matar, robar, etc., entonces no puede haber criterios generales, sino sólo prácticas, interpretaciones y nuevas prácticas. Y la inseguridad puede minimizarse si sabemos dónde radica, si sabemos que radica en la evolución de nuestras prácticas -y, en consecuencia, de los significados que atribuimos a las acciones- y no tratamos de eludir el problema convirtiéndolo en una cuestión conceptual -es decir, mediante un cambio de categoría que sólo puede llevar a la confusión³⁰.

²⁹ RAMOS VÁSQUEZ, J.A. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 430.

³⁰ VIVES ANTÓN, 2011, p. 320-321.

De esta forma, y tal y como defiende Vives Antón, se intenta establecer un concepto general de causalidad que sea pertinente para todas las infracciones penales descritas en nuestras leyes.³¹

4. EL PROBLEMA DE LOS DELITOS POR OMISIÓN

Históricamente, se ha entendido que el Derecho penal contiene dos tipos de normas diferentes, las que prohíben un determinado comportamiento y las que ordenan una acción concreta³². Las primeras se violarían por un acto que infringiera la prohibición y las segundas por una omisión. La segunda se infringiría por una falta de acción (omisión) en violación del mandato. Así pues, las infracciones penales pueden clasificarse como comisivas u omisivas, dependiendo de si implican una prohibición o un mandato. También sería posible cometer algunos delitos mediante una acción o una omisión, dependiendo de si el verbo típico es suficientemente flexible o de si el delito se compone de varios tipos, al menos uno de los cuales prohíbe una conducta y al menos uno de los cuales exige una acción³³.

³¹ Si deducimos que la persona jurídica puede, en determinados casos, cometer delitos de omisión impropia, Vives Antón señaló el *defecto de legalidad* en la punición de los delitos comisivos por omisión, señalando que, históricamente, gran parte de la doctrina española aceptó la tesis de Welzel y Armin Kaufmann sobre el defecto de legalidad, pero actualmente la posición mayoritaria rechaza la posición garantista como único fundamento para que estos delitos cumplan con el principio de legalidad. También criticó la propuesta de Gimbernat, que considera que para castigar la omisión impropia con la misma pena que el delito cometido deben cumplirse determinadas condiciones. En VIVES ANTÓN, T.S. *Nullum crimen sine lege. Comisión por omisión y dogmática penal*. En: VIVES ANTÓN, T.S.; ARNAU, M.L.C; ROYO, E.M.G. (eds.). *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

³² WELZEL, H. *Derecho Penal, Parte General*. Traducido por Carlos Fontan Balestra, Buenos Aires: Depalma 1956, pp. 205-206, cuando explica que: "La principal forma de comisión de un delito es la formación de la realidad mediante un acto activo. La mayoría de los tipos de delito son tipos de comisión". Los tipos de comisión son tipos de prohibición: se prohíbe causar algo malo... a) Como delitos propios de omisión: contra una imposición, se omite transformar una realidad mala en buena... Son, por tanto, tipos de imposición: la propia infracción contiene la imposición de un hacer. b) Como delitos impropios de omisión: realización de tipos de comisión por la vía de la omisión... Si el mundo viviera en estado de reposo, sólo podrían cometerse delitos de comisión mediante un acto activo, porque entonces sólo mediante un acto positivo podría transformarse algo bueno en algo malo. Pero el mundo está en un constante estado de cambio. Lo que hoy es bueno, mañana puede convertirse en malo por sí mismo. La vida humana activa consiste en gran medida en mantener la serie de la evolución de la vida en su curso normal."

³³ GRACIA MARTÍN, L. Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante).

En: *Modernas Tendencias en Derecho Penal y Criminología: Congreso Internacional de la Facultad de Derecho de la UNED, Universidad Nacional de Educación a Distancia*. Madrid, 2001, pp. 421-423.

En los delitos comisivos, el resultado - de lesión o peligro - se atribuye a la conducta porque el agente creó un riesgo no permitido de este resultado. En otras palabras, porque gestionó su esfera de organización vital -constituida por su cuerpo y los objetos que maneja directamente- de tal manera que creó un curso causal no permitido hacia la lesión de bienes jurídicos penalmente protegibles. Existe un riesgo creado por el propio agente (riesgo propio), que modifica el mundo y afecta a terceros. En este caso, la regla de prohibición se basa en el principio de no lesionar a otros miembros de la sociedad. En el caso de la omisión, por regla general, no hay creación de un riesgo propio, sino inactividad frente a riesgos ajenos, derivados de terceros o de la naturaleza, que son ajenos al ámbito de organización del agente. En estos casos, no hay prohibición de conducta, sino eventualmente un deber de actuar, determinado por una norma imperativa, que impone un acto de protección o rescate del bien jurídico frente a un riesgo que no fue creado por su destinatario. Mientras que en la comisión hay una dirección de la gestión del órgano o de los instrumentos utilizados por el órgano contra el bien jurídico, en la omisión sólo hay un acto de contemplación pasiva de un curso causal que es ajeno³⁴.

De este modo, los tipos activos de resultado castigarían la causa de un resultado en el mundo. Los delitos omisivos de resultado castigarían la no ocurrencia de un resultado en el mundo, mientras que los delitos omisivos de resultado castigarían la no ocurrencia de un resultado, sino la no evitación de un resultado. Fue el enquistamiento de esta confusión entre el plano ontológico y el plano normativo lo que condujo a errores en los enfoques sistemáticos de la teoría del delito, tratando de encajar o reestructurar la teoría del delito.

Recordemos que la acción es *significado*, tal y como lo define Vives Antón³⁵. Jakobs³⁶, por su parte, afirma que "la separación entre acción y omisión afecta a una cuestión técnica de segundo orden, a saber, cómo organizarse para cumplir el deber, partiendo del statu quo casuístico existente". De este modo, podemos comprender mejor que ni el movimiento corporal ni su ausencia tienen sentido si

³⁴ BOTTINI, P.C. *Delitos de omisión impropia*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 112

³⁵ VIVES ANTÓN, 2011, p. 219 y ss.

³⁶ JAKOBS, G. *La imputación penal de acción y omisión*. Barueri: Manole, 2003, p. 26.

no son *el sentido mismo*. Y que, por tanto, no es sensato establecer las abismales diferencias derivadas de su antagonismo como un problema irresoluble que, además, conduce a criterios dogmáticos e interpretativos distintos, que, por encima de la lógica e incluso de la legalidad, permiten exigir el nexo causal en un caso y contentarse con no disminuir el riesgo, aunque provenga de la posición de garante, en otro, para imputarles un resultado material típico³⁷.

A través de la conducta activa y la creación o incremento del riesgo, que se materializa en el resultado, se explica que la imputación del resultado en el caso de omisión será simplemente por no haber intentado "evitar la materialización", es decir, por no haber reducido el riesgo preexistente cuando existía un deber especial de actuar. Así, en la práctica, la omisión propia e impropia y la posición de garante se convierten en el único requisito para aumentar la dimensión del objeto de imputación y, en consecuencia, la respuesta penal, lo que conduce a un camino irresuelto a la hora de diferenciar axiológicamente la omisión cualificada de garante y la comisión por omisión³⁸.

La afirmación de que lo que se imputa es la relación causal, positivizada en la acción que "causó" el resultado, y la no causación de la ruptura del nexo causal cuando ésta se produjo en la omisión, nos obligará a afirmar que tal imputación sólo es posible cuando se mantiene un control absoluto sobre el proceso causal que permita asegurar, según la fórmula acuñada, "con probabilidad rayana en la certeza", que la conducta omitida y debida habría roto el proceso, habría interrumpido la causalidad y, por tanto, habría evitado el resultado.

Ciertamente, habrá que precisar el significado lingüístico y jurídico de la expresión "con una probabilidad próxima a la certeza", que, a nuestro juicio, no puede ser distinto del que utilizamos en el ámbito de la presunción de inocencia en el proceso penal: la imputación objetiva de la no interrupción de un curso causal implicará una declaración de culpabilidad procesal -al margen, ahora y de momento, de la exigencia personal más allá de la condición de garante- que

³⁷ CARBONELL MATEU, J.C. *La Equivalencia Significativa en la Comisión por omisión*. Revista Cubana de Derecho, n. 46, julio 2015. p. 14.

³⁸ CARBONELL MATEU, J.C; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. "Omisión del deber de socorro". En: VIVES ANTÓN, T.S. et al. *Derecho Penal. Parte Especial*. 3ª edición. Valencia, 2010, pp. 311 y ss.

destruye la presunción de inocencia. Vives Antón identifica verdad con certeza objetiva, certeza incuestionable, y éstas como exigencia absoluta del principio de legalidad. Y esto exige que se haga "más allá de toda duda razonable"³⁹.

Por supuesto, esto no implica -es imposible- la certeza absoluta de que las cosas habrían sucedido de una determinada manera si se hubiera realizado la acción omitida, pero sí que esa conducta era potencialmente capaz de evitar la producción del resultado y que, más allá de toda duda razonable, de haberse realizado con las capacidades del garante, lo habría hecho, para lo cual puede ser necesario acudir a criterios estadísticos, probabilísticos o teleológicos que permitan afirmar la determinación entre la acción omitida y la salvación. El monitor de natación que permanece inmóvil junto a su alumno que se ahoga por su incapacidad para salvarse mata por omisión cuando un simple movimiento salvador hubiera bastado para evitar el resultado. Y no, o mejor dicho, no sólo porque es el garante, sino porque la experiencia, la estadística y la probabilidad aseguran, más allá de toda duda razonable, que sacar al niño del agua y permitirle inhalar aire interrumpe el proceso letal del ahogamiento por inmersión⁴⁰.

Entendemos que ello puede satisfacer a algunos sectores doctrinales, dada la imposibilidad de afirmar que una omisión "causa", bien con la "no disminución del riesgo" que recae sobre un garante, bien con la "creación de un riesgo que convierte la fuente de peligro en un riesgo inadmisibles"⁴¹. Los problemas conceptuales -y, desde luego, valorativos- que entraña identificar la causalidad -esto es, la prueba de la materialización en el resultado prohibido de la creación del riesgo inadmisibles- con la no disminución de un riesgo son evidentes, pues éste es precisamente el problema que nos ocupa: determinar cuándo la no disminución de ese riesgo adquiere tal importancia que se equipara significativamente a la causalidad del resultado derivado del mismo. En el caso del profesor de natación, es evidente que el garante que dejó ahogarse a su

³⁹ En este sentido, CUERDA ARNAU, María Luisa. Límites constitucionales de la comisión por omisión. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 6, n. 10, p. 97-120, ene./jun. 2014. p. 98.

⁴⁰ CARBONELL MATEU, 2015. p. 22.

⁴¹ Me remito a PAREDES CASTAÑÓN, Juan Manuel, **El riesgo permitido en Derecho penal** (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas). Madrid, 1995. p. 213 y ss.

alumno no redujo el riesgo, sino hasta tal punto que permitió que el niño se ahogara. Y es esto, y no la condición de garante unida a una omisión del movimiento corporal esperado, lo que permite afirmar que mató. Pues no es razonable dudar de la eficacia de la acción omitida⁴².

Hay que afirmar que el fundamento de la imputación del resultado se debe a la falta de disminución del riesgo significa que el riesgo deja de ser relevante en el caso de las omisiones impropias y propias, que, al parecer, sólo deben distinguirse por la condición o no de garante del agente, y esta condición hace que, si aceptamos esta tesis, ya no haya delito de peligro ni delito de daños. (El problema subsistiría, aunque prescindieramos de la cualidad de agente y exigiéramos la condición de garante a todos los "intervinientes")⁴³.

5. EL LENGUAJE DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN

Decía Vives Antón⁴⁴ que, en la búsqueda de la certeza, se huye de la imprecisión del lenguaje común con la esperanza de encontrarla a través de conceptos cada vez más exactos; pero la huida hacia el concepto acaba siendo un desastre. Y esto es lo que ocurre con la comisión por omisión. En otras palabras: el lenguaje ordinario parece un instrumento poco fiable que no satisface plenamente las exigencias del principio de legalidad; pero las superestructuras conceptuales desarrolladas por la dogmática entran en conflicto consigo mismas y, al final, tampoco son capaces de ofrecer certeza alguna.

En el caso de la comisión por omisión, esto puede ilustrarse con la idea de Armin Kaufmann. Para este autor, sería posible conciliar la comisión por omisión con el principio de legalidad si se adoptara la perspectiva del lenguaje ordinario; pero el lenguaje ordinario es erróneo y poco fiable⁴⁵. El punto de vista

⁴² Cf. CARBONELL MATEU, 2015. p. 25.

⁴³ CARBONELL MATEU, 2015. p. 24.

⁴⁴ VIVES ANTÓN, 2011, p. 591.

⁴⁵ Armin Kaufmann fue el entusiasta de la teoría de la omisión desde la perspectiva finalista e introdujo nuevos elementos en el concepto de omisión para encontrar un elemento común con la acción: la capacidad de acción y el aspecto intelectual. En otras palabras, la capacidad de acción incluye una serie de elementos: la posibilidad física de actuar, externa y objetiva, y la capacidad de conducta final. La demostración de la causalidad es esencial para la resolución de los delitos omisivos. Cf. KAUFMANN, A. *Die Dogmatik*, 1959. p. 281. También citado por VIVES ANTÓN, 2011, p. 590.

dogmáticamente adecuado es el del tipo de delito. Sin embargo, no es posible unificar las estructuras típicas del delito de acción (en el que basta la causalidad material para imputar el resultado) y el de comisión por omisión (en el que, a la causalidad, establecida contrafacticamente, hay que añadir el deber de garantía). Y ello, unido al carácter "abierto" del deber de garantía, obliga a reconocer un déficit de legalidad en la comisión por omisión. Pero como las palabras, en su acepción ordinaria, parecen insuficientes desde el punto de vista de la seguridad jurídica, hay que entenderlas a partir de esa construcción dogmática que es el tipo de antijuridicidad. Y al tratar de entenderlas así, resulta que en modo alguno los tipos de comisión pueden incluir supuestos de omisión impropia, porque, como ya se ha dicho, unos y otros se diferencian precisamente en el tipo de ilícito⁴⁶.

Quizá la principal fuente de paradojas de la comisión por omisión resida en su supuesto carácter negativo, es decir, que no es nada. No se explica cómo la omisión puede no ser nada; pero si no es nada, parece claro que no puede causar y, asimismo, no puede infringir una norma prohibitiva. Parece que este "no ser nada" o, más bien, "no ser nada" de la omisión es lo que la diferencia de la acción; pero antes de afirmar esto, será necesario analizar la acción desde la perspectiva del ser. La respuesta tradicional es que lo que queda es una volición. Pero esta respuesta plantea varios problemas. Porque si fuera cierta, estaríamos constantemente realizando voliciones, sin, por cierto, saber muy bien en qué consisten las voliciones ni detectarlas explícitamente, y, además, habría un retorno al infinito: si cada volición fuera una acción, requeriría a su vez una volición y así sucesivamente⁴⁷.

En otras palabras, los hombres actúan -no sólo producen hechos- porque podemos interpretar sus movimientos corporales en términos de razones, creencias, deseos y fines. Lo que hace que la acción sea lo que es -y no un simple hecho- es, por tanto, una interpretación -algo que no es nada, que no existe independientemente como tal-. Acciones y omisiones coinciden en ese no ser nada, en ese ser sólo formaciones de sentido que pueden predicarse tanto

⁴⁶ Con el mismo razonamiento, VIVES ANTÓN, 2011, p. 590.

⁴⁷ VIVES ANTÓN, 2011, p. 601.

del movimiento corporal como de su ausencia y que dirigen el primero y la segunda hacia los fines de quienes las realizan⁴⁸.

Por tanto, acciones y omisiones son y no son exactamente en el mismo sentido. Esto significa que el hecho de que las acciones u omisiones no existan como lluvia, sillas o libros, es decir, no existan como objetos físicos en el mundo físico, no es un problema especial, como tampoco existen en este sentido el bien, la verdad o la justicia, aunque el mal, la injusticia y el error son problemas muy reales. Tampoco es un problema que ambos causen, ya que a través de ellos se persiguen fines en el mundo real⁴⁹: el problema sólo surge si la causalidad se entiende en el sentido de Hume, como una relación entre dos hechos lógicamente independientes. Pero parece claro que hay un sentido más amplio y que es precisamente el que el lenguaje común acepta legítimamente.

En el sentido presentado por Hume, la causa en la acción es sólo ese sustrato, no la acción misma: así como el sustrato -la situación en la que se inscribe la expectativa- causa en la omisión. Las paradojas sólo surgen en esta última, porque sólo en ella sustrato y significado aparecen separados; pero en la perspectiva humeana, lo problemático es afirmar la causalidad de la acción, sea positiva o negativa.

Después de todo esto, la única paradoja que aparentemente queda es la normativa. Pero una vez desatado el nudo de la causalidad, el problema normativo también se diluye. Pues, si las consideraciones anteriores han tenido la virtud de aclarar algo, será al menos esto: que, en el sujeto de la acción, se han confundido el sustrato conductual y el significado que lo caracteriza como acción, situándolos en el mismo plano. Una vez hecha la distinción pertinente, ¿por qué un sustrato conductual delimitado negativamente (en nuestro caso, como la omisión de un deber de garantía) no podría conllevar un significado positivo de acción (por ejemplo, matar o lesionar)? Lo limitado negativamente

⁴⁸ VIVES ANTÓN, 2011, p. 603 Sobre la acción significativa, presenté el tema en CAVAGNARI, R.J.; RAMOS, S.E.B. Acción, norma y praxis a la luz del modelo significativo de Vives Antón. GARCEL, A. [et. al.]. *Nuevos estudios sobre la concepción significativa de la acción*. Rhayssan Poubel de Alencar Arraes (org.). Paulo César Busato (coord.). 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 86-98.

⁴⁹ En el aspecto causal, resulta decisivo el carácter conceptualmente irrelevante de las acciones u omisiones como actividades teleológicas. En HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*. Madrid, 1989, p. 233.

puede referirse a una positividad natural (por ejemplo, a una situación de riesgo) que permita imputar a la omisión la producción del resultado. Desde la perspectiva de la causalidad intencional, quien omite, en determinadas situaciones de deber, mata como quien aprieta el gatillo. Así, al poder ser causalmente equivalente a cualquier acción positiva, la omisión puede adquirir el significado de una acción positiva y, por tanto, violar una norma prohibitiva⁵⁰. Y si esto es así, parece que la conclusión de este breve recorrido conceptual sobre la comisión por omisión sólo puede ser la de Beling⁵¹: "El problema de los delitos de comisión por omisión no es, pues, difícil. Pues no se trata de cómo se desarrolla la causa, sino de si la omisión representa un "homicidio", etc."

6. CAUSALIDAD Y DEBER DEL GARANTE: REGRESO AL CASO

El objetivo de las órdenes de prevención de resultados, que son relevantes para los delitos de omisión impropia, es generalmente evitar el daño de bienes jurídicos. La posición de garante consiste, por tanto, en una posición de protección con respecto a un bien jurídico. La tarea de defensa del garante puede orientarse en dos direcciones, es decir, por un lado, el sujeto destinatario del mandamiento puede tener que estar "vigilante" para proteger un determinado bien jurídico contra todos los ataques, vengan de donde vengan. Aquí la función de protección consiste en la "defensa total" del bien jurídico concreto frente a peligros de todo tipo. Esta imposición de tareas prevalece tanto en las posiciones de garante directamente reconocidas en un precepto legal, como en las basadas en el supuesto de hecho de deberes contractuales. Por otra parte, la posición de garante puede consistir en la vigilancia de una determinada fuente de peligro, con independencia de cuáles sean los bienes jurídicos amenazados por peligros procedentes de esa fuente. El contenido de la tarea protectora del garante es la prevención de la fuente concreta de peligro; sólo secundariamente, como efecto reflejo, la garantía de los bienes jurídicos amenazados por esa fuente de peligro.

⁵⁰ VIVES ANTÓN, 2011, p. 600.

⁵¹ BELING, E. *Il significato del principio: "nulla poena sine lege poenali" nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*. La Giustizia Penale, XXVIII (1932), p. 320. También en VIVES ANTÓN, 2011, p. 606.

Desde esta perspectiva del bien jurídico concreto, la función de protección del garante se reduce a una única dirección de ataque: la que amenaza al bien jurídico desde la fuente a controlar. De este modo, la tarea de protección se plantea casi siempre en casos de injerencia y para peligros que surgen en la esfera social del dominio de una persona, así como en posiciones de garante derivadas de relaciones especiales de confianza⁵².

Así, el obligado debe estar en posición de garante para que se cumpla el tipo (no escrito e implícito) del delito de omisión. Es constitutivo del delito de omisión impropia que se haya violado una orden de evitar un daño o peligro, pero no toda violación de dicha orden constituye el tipo del delito de omisión impropia, sólo la violación por un garante en virtud de su función tiene la obligación de evitar el resultado.

La verificación de la capacidad causal de la conducta depende del concepto de nexo causal. Estructurar el vínculo entre la conducta y el resultado presupone una determinada concepción de los dos elementos vinculados en el nexo, es decir, depende de los conceptos de conducta y resultado. Sin la definición exacta de estos conceptos, no está claro qué conductas están cubiertas por la relación causal. La deducción de que omitir consiste simplemente en no eliminar la causa del resultado es formalmente coherente con la premisa básica de este entendimiento, aunque no es materialmente correcta. La conclusión es coherente porque se basa en una comprensión incompleta de la realidad, que, sin embargo, se deshace al reconocer la totalidad de los elementos positivos y negativos de la relación causal. La contribución negativa de no interrumpir el curso de la fuerza mecánica es tan esencial para el acontecimiento como la fuerza mecánica ininterrumpida. Por lo tanto, la estrecha noción de causalidad y el rechazo de la capacidad causal del comportamiento omisivo carecen de justificación⁵³.

Al analizar el caso concreto, al leer el *Habeas Corpus*⁵⁴ que detuvo la acción penal contra el presidente de la empresa, y en nuestra opinión el mismo método se aplicaría al imputado que aquí nos proponemos estudiar, destacamos

⁵² BERRUEZO, R. *Delitos de dominio y de infracción de deber*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2016. p. 65-66.

⁵³ RUIVO, M.A. *Causalidad de la omisión impropia*. São Paulo: Almedina, 2023. p. 225.

⁵⁴ BRASIL. TRF-6. HC n. 1003640-82.2023.4.06.0000.

los siguientes pasajes sobre la importancia de la causalidad en la imputación de comisión por omisión⁵⁵:

"Si la querella se basa en la construcción de un riesgo inadmisibles, inaceptable e incluso precalculado y monetizado, derivado del reparto de tareas coordinado por un personaje superior, lo cierto es que el Ministerio Fiscal no ha presentado hasta el momento la más mínima prueba de que el "conductor" (o, en términos técnicos, el *garante*) de la gestión de ese riesgo fuera el Paciente. En este punto, existe una problemática laguna (*evidente ausencia de nexo causal*) entre la conducta imputada a los demás acusados y la conducta imputada al Paciente."

"La querella reconoce que Vale es una empresa multinacional, con complejos mecanismos de toma de decisiones, centrada en actividades inherentemente arriesgadas, es decir, con decisiones fragmentadas en la estructura administrativa y gerencial, sin poder describir la sucesión causal de decisiones singulares de cada uno de los acusados. *Tanto es así que la petición inicial se refiere a Vale en todo momento, especificando algunas acciones o decisiones de los acusados, pero sin establecer el nexo causal personal requerido para la atribución de responsabilidad penal por el delito de homicidio por dolo eventual.*"

Es evidente que el "deber de garante" por sí solo no basta para imputar el resultado en los delitos de omisión. Para imputar la responsabilidad por el "deber de garante" es necesario demostrar el nexo causal entre la conducta omisiva y el resultado. Se entiende que es difícil imputar y demostrar el nexo causal en los delitos medioambientales y societarios, sin embargo, el sistema de imputación del hecho típico exige verificar la causa del resultado punible y que éste sea atribuido al sujeto.

Y es que la causalidad material acaba descartándose en los delitos comisivos por omisión, pero no se produce un abandono de las condiciones

⁵⁵ Cito la decisión del Supremo Tribunal Federal: *Habeas Corpus*. 2. responsabilidad penal objetiva. 3. crimen ambiental previsto en el artículo 2º de la Ley nº 9.605/98. 4. hecho dañoso: fuga en un oleoducto de Petrobras 5. ausencia de nexo causal. 6. responsabilidad por daños al medio ambiente no imputable directamente al titular de Petrobrás. 7) Existencia de órganos de gestión y operación para controlar el estado de conservación de los 14.000 kilómetros de oleoductos. 8) *Inexistencia de nexo causal entre el hecho alegado y el presunto agente criminal*. 8. *Diferencias entre la conducta de los directivos de la empresa y las actividades propias de la empresa*. 9. El problema de la señalización en una sociedad de riesgo. 10. imposibilidad de atribuir los mismos riesgos a la persona física y a la persona jurídica. 11. hábeas corpus concedido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83554, Ponente: GILMAR MENDES, Sala Segunda, juzgado el 16-08-2005, DJ 28-10-2005 PP-00060 EMENT VOL-02211-01 PP-00155 RTJ VOL- 00209-01 PP-00186 LEXSTF v. 27, n. 324, 2005, p. 368-383).

causales para la imputación de los delitos omisivos impropios. Al leer la acusación contra el acusado A.P.C., la querella afirma que *"pudiendo y debiendo actuar, concurrió en la omisión de adoptar las medidas de transparencia, seguridad y emergencia conocidas y disponibles, asumiendo así el riesgo de producir las muertes y daños ambientales resultantes de la ruptura de la Presa I de la Mina Córrego do Feijão"*, la omisión presentada puede ser considerada, a lo sumo, condición necesaria para el resultado, pero no hay forma de certificar que fue condición suficiente para el resultado de 270 homicidios. La conducta del acusado difícilmente podría ser condición suficiente para los delitos y el desastre ambientales, por lo que no tiene nexo causal con la causa de los homicidios.

No existe una probabilidad cercana a la certeza requerida de que la conducta de A.P.C. fuera responsable de causar los 270 homicidios.⁵⁶ El método de verificación causal, en el que coincidimos con Marcelo Ruivo, exige la certeza de que el resultado no se habría producido si la acción se hubiera llevado a cabo. En la filosofía de Wittgenstein⁵⁷, la probabilidad es una generalización, y sólo en ausencia de certeza se utiliza la probabilidad.

La importancia de la comprobación empírica y de la producción de pruebas se acrecienta en el proceso penal, dada la imposibilidad de una presunción -genérica y abstracta- de la facultad de cumplir el mandamiento legal. El deber de probar todos los elementos de la infracción penal recae sobre la acusación. La comprobación del poder de impedir el resultado es un presupuesto esencial para la acreditación del deber, elemento fundamental de la técnica de protección de la omisión impropia. El acusado siempre debe haber preservado su derecho a la contraprueba de que la conducta ordenada habría sido ineficaz para evitar el resultado⁵⁸.

⁵⁶ RUIVO, 2023. p. 356.

⁵⁷ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-philosophicus**. 3 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2020, n. 5156, p. 199.

⁵⁸ RUIVO, 2023. p. 315.

7. LA INTERPRETACIÓN A TRAVÉS DE LA CONCEPCIÓN SIGNIFICATIVA DE LA ACCIÓN

Analizar el caso concreto e imputar 270 asesinatos y delitos contra el medio ambiente a la comisión por omisión tropieza con problemas, entre ellos la debilidad del concepto de omisión impropia y causalidad en la imputación.

Y es que, como ya se ha señalado, no es posible aceptar como idénticas dos cosas lógicamente distintas, como propone la fórmula de la posición de garante. Mientras que en el caso de los delitos comisivos la responsabilidad penal sólo exige la producción del resultado, en el caso de las conductas omisivas no bastaría con la producción del resultado, sino que se exigiría además el deber especial derivado de la posición de garante. Además, desde un punto de vista normativo, también es obvio que la norma infringida en comisión por omisión es una prohibición y no un mandato. Si las prohibiciones pretenden impedir la producción de un resultado y este resultado no puede ser producido - en el sentido de causado o provocado- por una nada ontológica, parece obvio que acudiendo a una posición de garante no se resuelve esta debilidad⁵⁹. Se trata, por tanto, de un resultado abusivo desde el punto de vista del principio de legalidad, pues se imputa a una conducta omisiva un delito cuya previsión legal es comisiva. Y ello no atendiendo a lo que esa omisión causa -pues nada puede derivarse de ello-, sino mediante presunciones basadas en una especial posición jurídica que ostenta el agente, con independencia de que no pueda decirse, en el sentido común del lenguaje, que el omitente haya actuado efectivamente en la forma prevista en el delito⁶⁰.

En este contexto, Vives Antón señaló que se había producido un cambio en la concepción cartesiana de la mente como sustancia⁶¹, según él, esta

⁵⁹ BUSATO, P.C. Concepción significativa de la acción y su capacidad de rendimiento crítico para el sistema de imputación. *En: Lenguaje y dogmática penal*. José L.G.C. (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 37.

⁶⁰ BUSATO, P.C., p. 38.

⁶¹ La concepción cartesiana de la mente en palabras de Vives Antón: "*La estratificación de la acción de los elementos tiene un punto de partida: la concepción sustancial de la mente. Si la mente se concibe como sustancia, cada uno de sus actos será no sino un estado especial de esa sustancia que es la mente, del mismo modo que cada una de las posiciones del cuerpo no es sino un estado especial de la sustancia que es el cuerpo: así como el cuerpo anda, corre,*

concepción ya no desempeñaba un papel indiscutiblemente dominante. En el ámbito del Derecho penal, la doctrina de la acción estaba vinculada a un modelo en el que la acción se concebía como un hecho compuesto, es decir, como la reunión de un hecho físico y un hecho mental. Sin embargo, este esquema ya no es válido, puesto que la propia filosofía de la acción se entiende ahora no en términos de lo que los hombres hacen, sino en términos del significado de lo que hacen. De este modo, se investiga un nuevo y significativo concepto de acción, en el que las acciones se conciben como interpretaciones que pueden darse al comportamiento humano, en función de los distintos tipos de reglas sociales existentes. De este modo, la acción se define no como un sustrato del comportamiento humano capaz de recibir un significado, sino como un significado que, de acuerdo con determinadas normas, puede atribuirse al comportamiento⁶².

Partiendo de la comprensión de la acción como la representación del comportamiento humano vinculado a reglas que le dan sentido, el autor señala que hay acciones y hechos, es decir, que existe una diferencia entre lo que el individuo hace y lo que simplemente sucede. Es en este sentido que aparece el concepto de acción, no para indicar un género al que son posibles los sustratos o contenidos de la acción, sino para representar un límite, una frontera que distingue la acción de los simples acontecimientos de la naturaleza. Por lo tanto, el hecho de que sea aceptable conocer las reglas que actúan de forma diferente sobre los modos de vida es lo que permite identificar lo que puede considerarse una acción.

Lo que el concepto de acción significativa ofrece en materia de responsabilidad por omisión es una nueva perspectiva de las exigencias del principio de legalidad. La responsabilidad por omisión ya no exige una determinada posición en relación con las obligaciones especiales, asociada a una presunción de causalidad, sino una equivalencia de sentido en la causación del tipo. En otras

reposa, se inclina, etc. la mente piensa, siente, desea, sufre, quiere, etc. Desde este punto de partida, la acción sólo puede concebirse como un proceso dual en el que se combinan elementos psíquicos y físicos" En VIVES ANTÓN, 2011, p. 163.

⁶² RAMOS, S.E.B.R; BELLÉ, C.M. "Teoria significativa do delito e inteligência artificial: uma releitura do conceito de ação nos crimes de preconceito". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 93-114. São Paulo: Ed. São Paulo: Ed. RT, mayo/junio 2022. p. 98.

palabras, en el lenguaje común, sólo puede decirse que el autor de un delito comisivo por omisión realizó el verbo del tipo, es decir, *mató*, *hirió*, etc., cuando existe una equivalencia de significado entre su omisión y la pauta de comisión del delito. Se produce, por tanto, un evidente rendimiento crítico, un recorte del ámbito de imputación y un reforzamiento del principio de legalidad, que no puede alcanzarse sobre la base de las restantes concepciones de la acción en Derecho Penal⁶³.

Desde esta perspectiva, las omisiones y la causalidad pueden asumir un sesgo de juicio valorativo basado en la dimensión del significado, a través de la comprensión de los hechos y de las reglas y normas que orientan el comportamiento del sujeto, es decir, a partir de la norma penal, se produce la comprensión del contexto fáctico del omitente y el análisis causal de la producción del resultado. De esta forma, se evitan los juicios de probabilidad causal y las hipótesis de conducta omisiva, imponiendo una mayor profundidad probatoria en la relación entre el resultado y el deber de garante.

En el caso concreto en el que se atribuyen al sujeto 270 asesinatos por conducta omisiva, la lectura del significado de la conducta del acusado nos proporciona la ayuda necesaria para entender que no es verificable el nexo causal entre "ser" director de ingeniería y conocer determinados problemas relacionados con el desarrollo de la actividad empresarial y el resultado de lesión del bien jurídico. Por tanto, nos parece que el principio de legalidad se cumpliría plenamente limitando el uso de probabilidades e hipótesis en la imputación de delitos comisivos por omisión.

8. CONCLUSIÓN

Al estudiar los límites legales de la comisión por omisión, que, según se ha sugerido al respecto, se caracterizan por ser límites lógicos con especial relevancia para la presunción de inocencia, se repudia la utilización de la comisión por omisión para eludirla⁶⁴.

⁶³ BUSATO, 2019. p. 38.

⁶⁴ En este sentido, VIVES ANTÓN, 2017, p. 175.

La necesidad de causalidad ha sido demostrada para la imputación de delitos comisivos por omisión. En el sistema penal brasileño, el nexo causal es un requisito para atribuir resultados punibles al omitente. Los juicios de probabilidad causal no proporcionan la expectativa de legalidad impuesta por el principio, o sea, la atribución hipotética de causalidad en el ámbito empresarial y de sus gestores es ampliamente rechazada por los tribunales superiores, como se esbozó en temas anteriores.

Por ello, nos parece importante señalar que los criterios propuestos para probar que la acción omitida hubiera evitado el resultado (única forma en que el resultado puede atribuirse a su omisión) y el deber del garante no se corresponden con lo que constitucionalmente se exige para cualquier tipo de prueba, esto es, ni la certeza, ni una probabilidad tan cercana a ella que pueda despreciarse, sino la certeza más allá de toda duda razonable y la demostración de la causalidad al imputar.

También se ha criticado la posición de garante. Los juicios abstractos y las imputaciones genéricas van en contra de la legalidad y la culpabilidad, de la individualización de la conducta y, una vez más, del nexo causal.

Estos puntos son aplicables al caso concreto objeto de estudio, en el que se abordaron puntos de imputación, así como la crítica a la utilización de la omisión impropia de forma genérica para directivos, administradores y centro de decisión de las empresas, sin que existan los requisitos legales mínimos, a saber, causalidad y certeza de evitación del resultado punible.

Una revisión de los fundamentos del sistema de imputación es factible e imprescindible para mantener el sistema de garantías, y la concepción significativa de la acción tiene una gran capacidad de dar resultados.

9. REFERENCIAS

ATHAYDE, P.F. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica na ação significativa: um estudo sobre o tema através da teoria de Tomás Salvador Vives Antón*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021.

- BELING, E. *Il significato del principio: “nulla poena sine lege poenali” nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale*. La Giustizia Penale, XXVIII. 1932.
- BERRUEZO, R. *Delitos de dominio y de infracción de deber*. 2 ed. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2016.
- BOTTINI, P.C. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83554. Relator Ministro Gilmar Mendes. Segunda Turma, julgado em 16-08- 2005, DJ 28-10-2005.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n. 35.883/PE*. Relator Ministro OG FERNANDES. Sexta Turma, julgado em 01/10/2013, DJe 09/10/2013.
- BUSATO, P.C. Concepción significativa de la acción y su capacidad de rendimiento crítico para el sistema de imputación. *In: Lenguaje y dogmática penal*. José L. Gonzáles Cussac (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- CABRAL, R.L.F. A gramática do nexo causal – reflexões para uma ressignificação da teoria do nexo causal com base na filosofia de linguagem. *In: ZILIO, J; BOZZA, F. (orgs.). Estudos críticos sobre o sistema penal*. Rio de Janeiro: Editora Ledze, 2012.
- CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. Omisión del deber de socorro. *In: VIVES ANTÓN, T.S. et al. Derecho Penal. Parte Especial*. 3 edición. Valencia, 2010.
- CARBONELL MATEU, J.C. *La Equivalencia Significativa en la Comisión por omission*. Revista Cubana de Derecho, n. 46, Julio 2015.
- CAVAGNARI, R.J.; RAMOS, S.E.B. Ação, norma e práxis à luz do modelo significativo de Vives Antón. GARCEL, Adriane [et. al.]. *Novos Estudos sobre a concepção significativa da ação*. Rhayssan Poubel de Alencar Arraes (org.). Paulo César Busato (coord.). 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 86-98.
- CUERDA ARNAU, M.L. Limites constitucionales de la comisión por omisión. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 6, n. 10, p. 97-120, jan./jun. 2014.

- GRACIA MARTÍN, L. Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante). In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología: Congreso Internacional de la Facultad de Derecho de la UNED, Universidad Nacional de Educación a Distancia*. Madrid, 2001.
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa. Complementos y estudios previos*. Madri, 1989.
- JAKOBS, G. *A imputação penal da ação e da omissão*. Barueri: Manole, 2003.
- KAUFMANN, A. *Die Dogmatik*, 1959.
- ORDEIG, E.G. La causalidad em derecho penal. *ADPCP*, Madrid, T.XV, Fasc. III, p. 543-580, septiembre-diciembre 1962.
- PAREDES CASTAÑÓN, J.M, *El riesgo permitido en Derecho penal* (Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas). Madrid, 1995.
- PIAGET, J. *Las explicaciones causales*. Barcelona: Barral Editores, 1971.
- RAMOS, S.E.B; CAVAGNARI, R.J.; BUCHMANN, H.S; BUS, T. *A responsabilidade penal de pessoas jurídicas por homicídio segundo a Corporate Manslaughter Act do Reino Unido*. *Revista de Direito Penal Econômico e Compliance*. v. 3, n. 9, p.197-215, jan/mar, 2022.
- RAMOS, S.E.B; BELLÉ, C.M. *Teoria significativa do delito e inteligência artificial: uma releitura do conceito de ação nos crimes de preconceito*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 190. ano 30. p. 93-114. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022.
- RAMOS, S.E.B; BELLEGARD, A.M.D.C; BUSCHMANN, H.S. Um aporte filosófico sobre a causalidade em contributo para a imputação de pessoas jurídicas. In: CARUNCHO, Alexei Choi [et. al.]. *A linguagem do sistema criminal*. Rhayssan Poubel de Alencar Arraes (org.). São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024. p. 107-126.
- RAMOS VÁSQUEZ, J.A. *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- RUIVO, M.A. *Causalidade da omissão impropria*. São Paulo: Almedina, 2023.
- ROXIN, C. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid: Civitas.

VIVES ANTÓN, T.S. *Fundamentos del Sistema Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2011.

VIVES ANTÓN, T.S. *Nullum crimen sine lege*. Comisión por omisión y dogmática penal. In: VIVES ANTÓN, Tomás S.; ARNAU, Maria Luisa Cuerda; ROYO, Elena M. Górriz (eds.). *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

WELZEL, H. *Derecho Penal, Parte General*. Trad. de Carlos Fontan Balestra, Buenos Aires: Depalma 1956.

WITTGENSTEIN, L. *Tractatus Logico-Philosophicus*. 3 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2020, n. 5156.

© **Direito e Linguagem** nº 2, vol. 1. Extraordinário (2024), pp. 235-256
·ISSN – 3020-898X ·DOI - 10.5281/zenodo.14235799

A mentira do réu no Processo Penal e a Teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin

Lying in criminal procedure and Dworkin's law as integrity thesis

Gabriel Silveira de Queirós Campos¹
Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Alexandre de Castro Coura²
Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

Américo Bedê Júnior³
Faculdade de Direito de Vitória (FDV)

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A integridade como ferramenta que permite interpretar princípios jurídicos aprioristicamente, de forma a excluir pretensões ilegítimas; 3. Pode um princípio jurídico autorizar comportamentos imorais? A questão da interpretação do princípio que veda a autoincriminação no processo penal brasileiro; 4. “Romance em cadeia” e a história institucional do princípio *nemo tenetur se detegere* no Brasil; 5. Considerações finais; 6. Referências.

RESUMO: A afirmação de que a mentira do réu no processo penal goza de proteção jurídica merece maior investigação. Eventual reconhecimento do

¹Doutorando em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Mestre em Criminologia e Justiça Criminal (Universidade de Oxford). Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Procurador da República.

ORCID: 0000-0002-9244-157X

²*Visiting scholar* (American University Washington College of Law) e *visiting foreign judicial fellow* (Federal Judicial Center, em Washington D.C., EUA). Doutor e Mestre em Direito Constitucional (Universidade Federal de Minas Gerais). Professor de Teoria dos Direitos Fundamentais no Programa de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Promotor de Justiça no Espírito Santo.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7712-3306>

³Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor da graduação e da pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Juiz Federal.

ORCID: 0000-0003-0128-8790

“direito de mentir” coloca em questão a própria relação entre Direito e Moral. Afinal, como pode ser possível sustentar que o princípio *nemo tenetur se detegere* permitiria a prática de comportamentos antiéticos e imorais pelo acusado? A presente pesquisa, portanto, trata do tema da mentira do réu no processo penal. O problema a ser enfrentado é o seguinte: existe um “direito de mentir” à luz da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin? A hipótese investigada é a de que a relação entre Direito e Moral em Dworkin autoriza uma interpretação do princípio *nemo tenetur se detegere* no processo penal brasileiro de forma a excluir de seu conteúdo comportamentos evidentemente imorais, como o falseamento da verdade pelo réu. A pesquisa examina a questão da integridade a legislação e, sobretudo, na jurisprudência dos tribunais superiores, destacando-se o precedente firmado pelo STJ no HC nº 834.126/RS (Min. Rogério Schietti Cruz), que de modo enfático negou a existência de um “direito de mentir” pelo acusado em sua autodefesa.

PALAVRAS-CHAVE: *Nemo tenetur se detegere*; “direito de mentir”; processo penal; integridade; Ronald Dworkin.

ABSTRACT: The statement that a defendant's lies in criminal proceedings enjoy legal protection deserves further investigation. Eventual recognition of a “right to lie” calls into question the very relationship between Law and Morals. After all, how can it be possible to maintain that the *nemo tenetur se detegere* principle would allow the practice of unethical and immoral behavior by a defendant? The present research, therefore, deals with the issue of lying in criminal procedure. The research question is as follows: is there a “right to lie” in light of Ronald Dworkin’s thesis of law as integrity? We hypothesize that the relationship between Law and Morals according to Dworkin authorizes an interpretation of *nemo tenetur* under Brazilian criminal procedure law in such a way as to exclude evidently immoral behaviors from its content, such as lying by a defendant. Our research examines the issue of integrity in legislation and, above all, at adjudication by the Judiciary, with a focus on *habeas corpus* nº 834.126/RS (Min. Rogério Schietti Cruz), which emphatically denied the existence of a “right to lie” in criminal proceedings.

KEYWORDS: *Nemo tenetur se detegere*; “right to lie”; criminal procedure; integrity; Ronald Dworkin.

1. INTRODUÇÃO

Definir o conteúdo e o alcance de um princípio jurídico pode ser uma tarefa árdua. No processo penal, uma das mais importantes garantias da pessoa acusada é a de não ser forçada, por nenhum modo, a se autoincriminar. O princípio *nemo tenetur se detegere* possui íntima relação com o próprio exercício do direito de defesa (na modalidade de autodefesa), tanto que, no Brasil, a Constituição Federal prevê o direito ao silêncio em seu artigo 5º, LXIII. A controvérsia jurídica objeto da presente pesquisa envolve um suposto “direito de mentir”, às vezes defendido como decorrente do *nemo tenetur*.

A afirmação de que a mentira do réu no processo penal goza de proteção jurídica, todavia, merece maior investigação. Eventual reconhecimento do “direito de mentir” coloca em questão a própria relação entre Direito e Moral. Afinal, como pode ser possível sustentar que o princípio *nemo tenetur se detegere* permitiria a prática de comportamentos antiéticos e imorais pelo acusado?

A presente pesquisa, portanto, trata do tema da mentira do réu no processo penal. O problema a ser enfrentado é o seguinte: existe um “direito de mentir” à luz da teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin?

Para responder tal pergunta, analisaremos, inicialmente, a ideia dworkiniana de *law as integrity* como ferramenta que permite interpretar princípios jurídicos, como o *nemo tenetur*, aprioristicamente, de modo a excluir pretensões ilegítimas. Com efeito, a hipótese investigada no presente estudo é a de que a relação entre Direito e Moral em Dworkin autoriza uma interpretação do princípio *nemo tenetur se detegere* no processo penal brasileiro de forma a excluir de seu conteúdo comportamentos evidentemente imorais, como o falseamento da verdade pelo réu.

Será também examinada, à luz da ideia de “romance em cadeia”, igualmente desenvolvida por Dworkin, a história institucional do princípio que veda a autoincriminação no Brasil. A trajetória jurisprudencial do *nemo tenetur* e do suposto “direito de mentir” servirá, nesse ponto do estudo, como uma espécie de teste de integridade do ordenamento processual penal brasileiro.

Assim, será possível, ao final do trabalho, concluir se, sob a ótica da teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin, os tribunais nacionais têm

@ **Direito e Linguagem**, Extraordinário nº 02, vol. 01, DOI 10.5281/zenodo.14235799. 237

construído o significado do *nemo tenetur* em sua melhor luz, realizando um rigoroso escrutínio moral do comportamento do acusado no processo penal para o fim de não reconhecer, *a priori*, a existência de um “direito de mentir” tutelado pelo ordenamento jurídico.

2. A INTEGRIDADE COMO FERRAMENTA QUE PERMITE INTERPRETAR PRINCÍPIOS JURÍDICOS APRIORISTICAMENTE, DE FORMA A EXCLUIR PRETENSÕES ILEGÍTIMAS

A obra de Ronald Dworkin tem sido objeto de inúmeros estudos, no Brasil⁴ e no mundo⁵. Reunindo características de teoria jurídica e

⁴CHUERI, Vera Karam. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995; LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em o Império do Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7 e 8, p. 36-49, 1º e 2º sem. 2001; OMATTI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: CATTONI, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 151-168; PEDRON, Flávio Quinaud. É possível uma resposta correta para casos controversos? Uma análise da interpretação de Robert Alexy da tese dworkiana. *Revista do TRT 3ª região*, Belo Horizonte, v. 40, n. 70, p. 35-56, jul.-dez. 2004; FELLET, André Luiz Fernandes. O combate de Dworkin à discricionariedade judicial. *DPU*, n. 28, jul./ago. 2009; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*. Belo Horizonte: Arraes, 2011; COURA, Alexandre de Castro; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no direito? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV*, Valparaíso, Chile, p. 681-695, 2013; STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, pp. 343-367, 2013; COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin. In: COURA, Alexandre de Castro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (orgs.). *Direito, Política e Constituição: reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Editora CRV, 2014, p. 101-142; ZANOTTI, Bruno Taufner; COURA, Alexandre de Castro. (Pós)positivismo jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin. In: COURA, Alexandre de Castro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (orgs.). *Direito, Política e Constituição: reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Editora CRV, 2014, p. 27-40; COURA, Alexandre de Castro; OMATTI, José Emílio Medauar. Problemas da teoria das fontes do direito à luz da ideia de direito como integridade de Ronald Dworkin. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 21, n. 3, p. 311-336, set./dez. 2020; TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020; MOTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021; PEDRON, Flávio Quinaud; ONMATI, José Emílio Medauar. *Teorias contemporâneas do direito: análise crítica das principais teorias jurídicas da atualidade*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022; JUNG, Luã Nogueira. *O espinho do ouriço: metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin*. Salvador: JusPodivm, 2023.

⁵ RAZ, Joseph. Dworkin: a new link in the chain. *California Law Review*, vol. 74, 1986; POSTEMA, Gerald. Integrity: Justice in workclothes. *Iowa Law Review*, vol. 82, pp. 821-855, 1997; CULVER,

tratado filosófico, o pensamento do professor norte-americano é significativamente complexo, não sendo possível tentar esgotá-lo nos estreitos limites da presente pesquisa. De todo modo, é necessário fixar algumas premissas argumentativas.

Dois aspectos notórios de toda a obra de Ronald Dworkin – e complementares entre si – são a sua dura crítica ao positivismo jurídico, sobretudo o de Herbert L. A. Hart – a quem sucedeu na cátedra de *Jurisprudence* da Faculdade de Direito da Universidade de Oxford –, e a incorporação dos princípios ao ordenamento jurídico. Diferentemente dos positivistas, Dworkin não aceitava conceber o direito como um sistema fechado de regras jurídicas, que, em casos de colisão, demandariam decisões do tipo “tudo ou nada”, fundadas na discricionariedade judicial. Padrões normativos de outra natureza deveriam integrar a ordem jurídica, e tais padrões seriam os princípios. Para o positivismo jurídico, a indeterminação do direito autorizaria uma atividade judicial criativa, ou seja, discricionária. Como resposta ao positivismo de Hart, que defendia abertamente a discricionariedade dos juízes nos casos de “zona de penumbra de incerteza”⁶, Dworkin oferece uma teoria da decisão judicial marcadamente anti-discricionária,⁷ centrada na ideia de integridade. Os princípios desempenham papel essencial na teoria da *adjudication* dworkiniana,⁸ que visa resolver os chamados “casos difíceis” sem recurso ao decisionismo positivista. Esse é um dos principais pontos da divergência entre positivistas e pós-positivistas,

Keith. Leaving the Hart-Dworkin debate. *The University of Toronto Law Journal*, vol. 51, n. 4, pp. 367-398, 2001; LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, pp. 17-51, 2003; CHIESA, Luis E. Taking victims seriously: a Dworkinian theory of punishment. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 76, pp. 117-128, 2007; SHAPIRO, Scott. The ‘Hart-Dworkin’ debate: a short guide for the perplexed. *Public Law and Legal Theory*, Working Paper Series, n. 77, 2007. Disponível em: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf>. Acesso em 19.11.2022; CROWE, Jonathan. Dworkin on the value of integrity. *Deakin Law Review*, vol. 12, n. 1, 2008; WALDRON, Jeremy. The rise and decline of integrity. *NYU School of Law*, Public Law Research Paper, n. 19-49, 2019.

⁶ HART, Herbert L. A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 69-70.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, pp. 343-367, 2013.

⁸ CHUERI, Vera Karam. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995.

representada no debate Hart-Dworkin.⁹

Eis uma premissa relevante para a compreensão do pensamento de Dworkin e do seu alcance: sua preocupação central é com a solução de casos que chegam ao Poder Judiciário. Seu objetivo é construir parâmetros para uma melhor decisão judicial, convertendo o espaço de discricionariedade em “espaço hermenêutico e argumentativo”¹⁰. A teoria jurídica de Dworkin, portanto, volta seus olhares para o caso em julgamento, oferecendo uma interpretação concretista do direito. Trata-se, sem sombra de dúvida, de uma teoria da decisão judicial, voltada a construir argumentativamente a resposta correta ou, como já se disse, “respostas constitucionalmente adequadas”¹¹, que interpretem os princípios jurídicos em sua melhor luz.

A natureza concretista das ideias de Dworkin não impede, contudo, a exclusão *a priori* de certos conteúdos dos princípios jurídicos. Em outras palavras, devemos reconhecer que um princípio jurídico pode ser interpretado aprioristicamente, de modo a excluir de seu âmbito de proteção certas pretensões ilegítimas, independentemente do caso concreto. É o que ocorre com o suposto “direito de mentir” do réu no processo penal face ao princípio que proíbe a autoincriminação. Calar é uma pretensão legítima do acusado, inquestionavelmente abrangida pelo *nemo tenetur se detegere*; a própria Constituição Federal assegura o direito ao silêncio (artigo 5º, LXIII). Diversamente, mentir não pode ser uma opção legítima *a priori* diante da garantia contra a autoincriminação – como veremos mais adiante –, sem prejuízo de que as particularidades do caso concreto recomendem a proteção da mentira do acusado.

A eliminação *a priori* de pretensões ilegítimas da esfera normativa de um

⁹ CULVER, Keith. Leaving the Hart-Dworkin debate. *The University of Toronto Law Journal*, vol. 51, n. 4, pp. 367-398, 2001; LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, pp. 17-51, 2003; SHAPIRO, Scott. The ‘Hart-Dworkin’ debate: a short guide for the perplexed. *Public Law and Legal Theory*, Working Paper Series, n. 77, 2007. Disponível em: <https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf>. Acesso em 19.11.2022.

¹⁰ PEDRON, Flávio Quinaud; ONMATI, José Emílio Medauar. *Teorias contemporâneas do direito: análise crítica das principais teorias jurídicas da atualidade*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022, p. 68.

¹¹ TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 177.

princípio jurídico é uma decorrência lógica, porém não tão simples de compreender, de uma sofisticada tese de Dworkin, exposta principalmente em “O Império do Direito” (*Law’s Empire*), de 1986: o direito como integridade.

A integridade de Dworkin propõe, resumidamente, a construção do direito através de uma “prática jurídica construtiva e argumentativa”¹². A solução dos casos levados ao Judiciário, sobretudo os *hard cases*, não é dada de antemão pelas regras jurídicas positivadas. A melhor decisão judicial possível diante das pretensões deduzidas em juízo, ou o que Dworkin denomina “única resposta correta”, precisa ser construída no caso concreto. Como afirma uma das maiores comentaristas da obra de Dworkin no Brasil, “a resposta certa não é algo dado, mas construído argumentativamente”¹³. Dworkin, portanto, oferece uma interpretação crítico-construtiva da prática jurídica em sua tese do direito como integridade. A interpretação da prática jurídica ocupa, portanto, o centro da teoria dworkiniana de *law as integrity*.

Se o direito entendido como integridade é construído diuturnamente através da interpretação jurídica em casos concretos, como pode ser possível defender que essa mesma ideia de integridade admita a exclusão apriorística de determinadas pretensões em face dos princípios jurídicos?

A superação deste aparente paradoxo exige a compreensão de um outro elemento fundamental na teoria jurídica dworkiniana, que é sua dimensão moral. Dworkin sempre discordou da tese positivista de separação entre Direito e Moral. De fato, para os positivistas em geral, as condições de validade jurídica não possuem relação necessária com o conteúdo (moral) da norma, de modo que a moral não pode ser utilizada como critério de identificação do direito.¹⁴ Como afirma Joseph Guest, um grande estudioso da obra de seu próprio mestre: “Para

¹² COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin. In: COURA, Alexandre de Castro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (orgs.). *Direito, Política e Constituição: reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Editora CRV, 2014, p. 134.

¹³ CHUERI, Vera Karam. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995, p. 68.

¹⁴ TOVAR, Leonardo Zehuri. *Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

Dworkin (e, creio, para o praticante cotidiano) o direito é uma entidade real, viva, e isso significa que o direito, adequadamente entendido, impõe obrigações morais diretamente para que os indivíduos se conformem a suas exigências”¹⁵. A legitimação do direito (positivo) precisa ser necessariamente moral. É preciso compreender melhor a dimensão moral da teoria jurídica dworkiniana.

A hipótese defendida no presente estudo é a de que a relação entre Direito e Moral em Dworkin autoriza uma interpretação do princípio *nemo tenetur se detegere* no processo penal brasileiro de forma a excluir de seu conteúdo comportamentos evidentemente imorais, como o suposto “direito de mentir”.

3. PODE UM PRINCÍPIO JURÍDICO AUTORIZAR COMPORTAMENTOS IMORAIS? A MENTIRA E O PRINCÍPIO QUE VEDA A AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

No julgamento do HC nº 834.126/RS, o Superior Tribunal de Justiça firmou um relevante precedente quanto à extensão do princípio jurídico que proíbe a autoincriminação no Brasil. No caso, o réu T. L. D. havia sido denunciado pela prática dos crimes de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006) e posse ilegal de arma de fogo (art. 12 da Lei nº 10.826/2003), por fatos ocorridos no ano de 2013. Em seu interrogatório em juízo, o acusado declarou que teve sua casa arrombada um dia antes da prisão por seu vizinho, J. C. dos A., que teria “plantado” drogas e arma de fogo em sua residência com o propósito de lhe prejudicar. Acabou sendo condenado. O juiz responsável pela sentença entendeu que o réu T. mentiu, acusando falsamente um terceiro para ver-se livre da acusação. A suposta mentira foi utilizada pelo magistrado como fator de agravamento da culpabilidade do acusado. Ficou escrito na sentença:

(...) essa atitude, a meu ver, extrapolou sobremaneira os limites da garantia constitucional da ampla defesa, na medida em que, além de dar azo a uma possível incriminação injusta de um terceiro (o que, felizmente, não ocorreu), também poderia movimentar indevidamente os órgãos de persecução penal.

A sentença foi parcialmente mantida pelo Tribunal de Justiça gaúcho. A defesa impetrou *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, que

¹⁵ GUEST, Joseph. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 1.

julgou indevido o fundamento usado para exasperar a pena-base aplicada contra o réu T. na primeira instância de jurisdição. Mais importante, porém, o STJ decidiu que suposta mentira do acusado no interrogatório não é protegida pelo princípio *nemo tenetur se detegere*. A mentira é tolerada pela lei, como salientou o Ministro Rogério Schietti Cruz, ante a ausência de criminalização do perjúrio no Brasil. Mas é inadequado admitir que exista um “direito de mentir” no processo penal.

A decisão é correta e serve de ponto de partida para nossa investigação sobre a relação entre a mentira, o Direito e a Moral, e para a análise do “direito de mentir” à luz da ideia de integridade defendida por Ronald Dworkin.

Parece inegável a afirmação taxativa segundo a qual mentir é errado. Em diversas passagens bíblicas, como, p. ex., Efésios, 4:25, Êxodo, 20:16, Colossenses, 3:9-10 e Provérbios, 12:22, a mentira é reprovada. Fora do âmbito religioso, falar a verdade é, acima de tudo, uma questão moral. Na filosofia, ficou famosa a vedação da mentira como imperativo categórico em Immanuel Kant e a controvérsia instalada com Benjamin Constant em torno do “direito de mentir”.¹⁶ Em termos práticos, na confluência entre o Direito e a Moral o comportamento mentiroso produz significativos efeitos jurídicos. Em última análise, a mentira e suas variações – por exemplo, a omissão da verdade, o engodo, a calúnia, dentre outros – costumam ser tipificadas penalmente. Em geral, portanto, aceita-se que o falar ou agir mendaz receba a maior reprovabilidade social disponível, que é a pena criminal.

Paradoxalmente, a conduta do réu que mente em juízo no Brasil não recebe sanção. Embora a mentira seja moralmente errada, dois argumentos costumam ser invocados para autorizar depoimentos falsos por acusados em nosso processo penal: a ausência de um tipo penal, na lei brasileira, semelhante ao crime de perjúrio dos países da *common law*, como os Estados Unidos da América (18 U.S. Code § 1621); e uma suposta justificação do comportamento mentiroso por estar abrangido pelo direito constitucional ao silêncio, como

¹⁶ LOPARIC, Zeljko. Kant e o pretenso direito de mentir. *Kant e-Prints*, v. 1, n. 2, pp. 57-72, 2006; FELDHAUS, Charles. As diferentes estratégias de enfrentar a controversa posição de Kant a respeito do dever de não mentir por amor à humanidade. *Kant e-Prints*, v. 6, n. 2, pp. 120-134, 2011; KLEIN, Joel T. Kant versus Constant: sobre um suposto direito de mentir. *Stud. Kantiana*, v. 16, n. 3, pp. 95-126, 2018.

decorrência do princípio de vedação da autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). A consequência é o surgimento de um “direito de mentir”.

A ausência de tipificação penal para a mentira do réu em juízo precisa ser revista pelos legisladores brasileiros.¹⁷ Já existe proibição da falsidade da testemunha, do perito, contador, tradutor ou intérprete (artigo 342 do Código Penal). Há, no Código Penal, outros crimes que protegem a boa administração da justiça (artigos 339, 340 e 341). Em geral, portanto, a fraude, o artil, a dissimulação e outras formas de falseamento da verdade por diversos participantes do processo penal não são toleradas pela justiça criminal. Ainda é necessário, todavia, submeter o suposto direito à mentira do réu a um mais rigoroso escrutínio moral.

O ponto crucial na discussão acerca da mentira do réu no processo criminal reside na correta interpretação do princípio *nemo tenetur se detegere*. Como todo e qualquer princípio jurídico, a proibição da autoincriminação possui uma dimensão moral que ajuda a definir os limites jurídicos de seu conteúdo. Tal afirmação, porém, exige uma brevíssima digressão histórica sobre a relação entre o Direito e a Moral.

É comum o recurso às teses da separação e da vinculação como principais explicações para a relação entre Direito e Moral. De maneira bastante esquemática, pode-se afirmar que o jusnaturalismo sustentava uma vinculação intrínseca entre Direito e Moral, enquanto o positivismo jurídico defendia uma separação radical. Entretanto, esse antigo debate foi superado por teorias jurídicas contemporâneas, como as de Robert Alexy, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, que, em um paradigma pós-positivista, entendem haver uma imbricação ou complementariedade recíproca entre o Direito e a Moral. O foco do presente estudo é a tese dworkiniana do direito como integridade, cuja compreensão demanda necessariamente uma análise da relação entre Direito e Moral.

Com efeito, Ronald Dworkin desenvolveu uma teoria jurídica ou *jurisprudence* indissociável de uma teoria moral, rejeitando a tese positivista de

¹⁷ BEDÊ JR., Américo; BEZERRA, Vladimir Cunha. A tipificação do perjúrio no Brasil: análise da previsão da figura penal frente à vedação de autoincriminação do réu. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 19, n. 112, pp. 110-130, 2023.

separação conceitual entre Direito e Moral.¹⁸ Em seu penúltimo livro, cujo título em português é “A Raposa e o Porco-Espinho: Justiça e Valor” (*Justice for Hedgehogs*), Dworkin desenvolve a tese de que o Direito constitui um ramo da Moral, afastando-se da visão clássica segundo a qual o Direito e a Moral constituem sistemas normativos distintos, cuja interação é complexa e problemática. Dworkin substitui o modelo de dois sistemas por uma concepção integrada entre Direito e Moral. Na realidade, o Direito seria um ramo da moralidade política; a moralidade política, por sua vez, consistiria em um ramo de uma moralidade pessoal abrangente; e esta, por fim, seria um ramo de uma teoria ainda mais ampla do que seria viver bem.¹⁹

A tese exposta em *Justice for Hedgehogs* permite responder satisfatoriamente a seguinte indagação: por acaso uma norma imoral pode efetivamente fazer parte do Direito?

A resposta, coerente com a ideia dworkiniana de integridade, precisa ser negativa. A validade do sistema jurídico depende de seu conteúdo moral, não sendo identificada por nenhuma “teoria das fontes” positivista. Uma norma que estimule comportamentos contrários à moral não merece receber a forma jurídica. É por isso que defendemos a impossibilidade de interpretar-se o princípio *nemo tenetur se detegere* de modo a proteger o chamado “direito de mentir”. A mentira é imoral. Ela se situa fora da moralidade comum às pessoas, portanto não pode ser autorizada por nenhuma regra jurídica. Em outras palavras: não existe direito à mentira no processo penal brasileiro.

Uma última observação merece destaque: rechaçar a existência de um suposto “direito de mentir” do réu no processo penal à luz da tese dworkiniana de *law as integrity* e da concepção do Direito como ramo da Moral nos coloca diante de um aparente conflito com um ponto polêmico da obra de Ronald Dworkin: a defesa de um direito geral à pornografia, exposta no livro “Uma Questão de Princípio” (*A Matter of Principle*). Afinal, como seria possível defender que temos um “direito à pornografia”, que de modo inequívoco

¹⁸ COURA, Alexandre de Castro; OMATTI, José Emílio Medauar. Problemas da teoria das fontes do direito à luz da ideia de direito como integridade de Ronald Dworkin. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 21, n. 3, p. 311-336, set./dez. 2020.

¹⁹ MOTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

apresenta uma dimensão moral controversa, e, ao mesmo tempo, deixar de reconhecer a legitimidade da pretensão da pessoa acusada em um processo criminal a mentir em sua própria defesa? A contradição é apenas aparente.

A publicação e o consumo de pornografia, em suas mais variadas formas lícitas (adulta, *hardcore*, voyeurismo, interracial, sexo ao vivo etc), apresentam uma questão de moral comum a ser respondida: até que ponto as pessoas podem ter o direito de fazer algo errado? Partindo da premissa de que a maioria das pessoas considera que quem divulga ou consome pornografia faz algo errado, ou ao menos exhibe o tipo errado de caráter, Dworkin considera existir um “direito de independência moral” (DWORKIN, 2019, p. 523), conceituado como “direito de não sofrer desvantagem na distribuição de bens e oportunidades sociais, inclusive desvantagem nas liberdades que lhes são concedidas pelo Direito Criminal, apenas porque suas autoridades ou concidadãos acham que suas opiniões a respeito da maneira certa de levarem suas próprias vidas são ignóbeis ou erradas”²⁰. Como verdadeiro direito, a independência moral exige uma atitude permissiva do sistema jurídico com o uso privado de pornografia, sem prejuízo da previsão de determinadas regras de restrição.

Pensamos que a resposta afirmativa de Dworkin à pergunta sobre se temos um direito geral à pornografia não se aplica integralmente à questão sobre um suposto “direito de mentir” do réu no processo penal. Há que ser feita uma relevante distinção entre o espaço de conformação da autodeterminação moral do indivíduo na esfera privada (uso de pornografia) e na esfera pública (*i.e.*, declaração oficial prestada em um processo criminal). O grau de liberdade moral individual deve ser maior na esfera privada, assegurando-se a cada indivíduo o consumo de pornografia, sem que isso signifique liberdade total, se a lei tiver por necessária uma certa medida de restrição (nunca proibição). Já no espaço público, as obrigações morais podem exigir como os indivíduos se comportem, censurando, p. ex., o réu no processo penal que mente para dificultar sua condenação. Entre a “praça” e o “jardim”, a representarem, de modo simbólico, os espaços público e privado, a liberdade de autodeterminação moral individual

²⁰ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 523.

sofre significativas alterações. A mentira do réu no processo penal revela maior sordidez moral do que o consumo privado de pornografia (lícita).

4. “ROMANCE EM CADEIA” E A HISTÓRIA INSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO BRASIL

Nemo tenetur se detegere significa, em tradução literal do idioma latino, que ninguém é obrigado a se descobrir. Em linguagem processual, trata-se do direito que toda pessoa acusada possui de não produzir prova contra si mesma.

Historicamente, o princípio *nemo tenetur se detegere* teve sua consagração no período do Iluminismo, intimamente associado ao interrogatório do acusado.²¹ A Idade Moderna viu surgirem as garantias penais e processuais penais vigentes até os dias atuais, uma delas a vedação da autoincriminação. Foi no direito anglo-saxão, contudo, que o princípio *nemo tenetur* teve seu maior desenvolvimento, apresentando-se como um privilégio (*privilege*) contra a autoincriminação. Nos Estados Unidos da América, a proteção do acusado contra a autoincriminação é um dos direitos fundamentais de liberdade protegidos pelo *Bill of Rights*.

No Brasil, o artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988 prevê que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”. A inserção do direito ao silêncio, que é o mais conhecido e visível desdobramento do *nemo tenetur*, no artigo 5º da Constituição Federal, deixa evidente a fundamentalidade do princípio e sua função de proteção da liberdade do indivíduo contra a atuação (abusiva) do Estado.²²

Apesar do *status* constitucional do princípio que veda a autoincriminação, há grande controvérsia sobre seu conteúdo, principalmente acerca de um suposto “direito de mentir” do réu no processo penal brasileiro, haja vista não existir, na legislação penal de nosso país, o crime de perjúrio, conhecido nos países da *common law* como resultante da violação ao juramento

²¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

de dizer a verdade em juízo.²³ Diante de tal cenário, questiona-se quais são os efeitos jurídicos da mentira na esfera processual penal: uma vez que o comportamento de dizer a verdade não é exigível do acusado, a mentira é *tolerada*, dela não resultando nenhum prejuízo à defesa.²⁴

A tolerância do Código Penal brasileiro com a mentira do réu no processo penal revela, à luz do pensamento de Ronald Dworkin, um grave problema de déficit de integridade na legislação consistente na ausência de tipificação do “perjúrio”. A falsidade da testemunha, do perito, contador, tradutor ou intérprete já é proibida penalmente (artigo 342 do CP). Há também, no Código Penal, outros crimes que tutelam a correta administração da justiça (artigos 339, 340 e 341). Não é difícil perceber o claro descompasso existente nas normas penais que regulam a verdade e a mentira no processo penal brasileiro.

Com efeito, ao descrever sua concepção de direito como integridade, Dworkin enumera dois princípios práticos resultantes da exigência de *law as integrity*: primeiro, o princípio da *integridade na legislação*, “que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios”²⁵. Encarada como princípio legislativo, a integridade possui um forte aspecto negativo, restringindo o que legisladores e outros partícipes na criação do direito podem fazer ao criarem ou alterarem regras jurídicas públicas. Segundo, o princípio de *integridade no julgamento*, ou princípio adjudicativo, que “pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido”²⁶. Toda deliberação judicial deve, por consequência, interpretar e aplicar o conjunto de leis do modo mais coerente, ou íntegro, possível.

O tratamento jurídico-penal da verdade e, sobretudo, da mentira no processo penal brasileiro revela a completa incoerência com a qual nossos legisladores regulamentaram o princípio *nemo tenetur se detegere*. Nesse contexto, qualquer forma de concretização de tal princípio jurídico que permita a prática de comportamentos antiéticos e imorais deve ser denunciada como

²³ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: RT, 2008.

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo penal*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

²⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014a, p. 203.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014a, p. 203.

violadora da ideia de coerência, essencial à concepção dworkiniana de integridade do ordenamento jurídico.

Além disso, como já se afirmou alhures, “(...) não seria possível admitir que, em um Estado democrático de Direito, as leis do próprio Estado conferissem a alguém um direito à fraude, ao engodo, à dissimulação”²⁷.

Afora a incoerência legislativa, a trajetória do princípio *nemo tenetur* no Brasil também tem sido significativamente oscilante no plano jurisprudencial. Em julgamento considerado clássico, no HC nº 687.423 (STF), decidido em 1991, o Min. Celso de Mello registrou em seu voto a permissão à mentira do réu:

(...) o privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política.

Com o seu expresse reconhecimento, constitucionalizou-se uma das mais expressivas consequências derivadas da cláusula do ‘*due process of law*’.

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de ‘permanecer calado’.

Esse direito – que se reveste de valor absoluto – é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades penais-persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes e Tribunais).

A cláusula constitucional referida consagrou, nesse contexto, o velho postulado – já colhido pela Quinta Emenda do *Bill Of Rights* norte-americano (1791) – segundo o qual ‘*Nemo tenetur se detegere*’.

Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. ‘*The right to remain silent*’ - consoante proclamou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América em MIRANDA V. ARIZONA (384 U. S. 436) – insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. *E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática do ilícito penal.*

Sendo assim, tal circunstância não pode ser considerada por qualquer Juízo ou Tribunal até mesmo por esta Suprema Corte – no processo de fixação de pena. (grifos nossos)

²⁷ CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Princípios do processo penal: teoria, jurisprudência e direito internacional*. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 80.

Mais recentemente, porém, o STJ precisou decidir sobre a extensão do *nemo tenetur* no direito processual penal brasileiro no julgamento do HC nº 834.126/RS. Ficou decidido que a vedação da autoincriminação não abrange um “direito de mentir”. Em seu voto, o Min. Rogério Schietti Cruz deixou clara a posição da Corte:

O direito a não se autoincriminar (do qual deriva, por lógica, o direito ao silêncio) é regra antiga e inerente ao processo penal de cariz democrático e racional. Constitui, nos dizeres de Ferrajoli, “a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito inglês” (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*, tradução coletiva, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 486).

Se, por um lado, a sua estatura é incontroversa, por outro, os seus limites geram acirrados debates na doutrina, especialmente no que concerne ao exercício da autodefesa no interrogatório.

Não é adequado admitir que haja, propriamente, um “direito de mentir”. A rigor, o que existe é uma tolerância jurídica - não absoluta - em relação ao falseamento da verdade pelo réu, sobretudo em virtude da ausência de criminalização do perjúrio no Brasil, conduta cuja tipificação penal é objeto de alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional (por exemplo: PL 3148/21 e PL 4192/2015).

Tolerância não absoluta porque, em algumas oportunidades, a própria lei cuida de atribuir relevância penal à mentira ou outras formas de encobrir a verdade. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de autoacusação falsa (art. 341 do CP) e falsa identidade (art. 307 do CP), ainda que praticado este em nome da autodefesa (Súmula n. 522 do STJ: “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”). Também é o que sucede nas hipóteses em que, para defender-se, o acusado comete fraude processual (art. 347, parágrafo único, do CP) ou coage testemunhas (art. 344 do CP), a evidenciar que, se, por um lado, o *nemo tenetur se detegere* é garantia fundamental, por outro, encontra importantes limitações no ordenamento jurídico pátrio. (grifos nossos)

A trajetória do princípio da vedação da autoincriminação no Brasil, sobretudo o exame dos principais precedentes jurisprudenciais sobre o suposto “direito de mentir” do acusado, ajuda a operacionalizar a tese do direito como integridade de Ronald Dworkin. Para tanto, é fundamental compreender a ideia dworkiniana de “romance em cadeia” (*chain novel*), pois, de fato, cada decisão

dos tribunais superiores representa um capítulo desta história escrita coletivamente e, sendo assim, construída paulatinamente pelo Poder Judiciário.

Com efeito, Dworkin desenvolve sua tese sobre a integridade valendo-se de uma famosa analogia entre o Direito e a Literatura. Ele compara o desenvolvimento gradual da jurisprudência a um “gênero literário artificial” ao qual denomina “romance em cadeia”²⁸. Nele, cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo. Nas palavras do professor norte-americano: “Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”²⁹. *Law as integrity* exige que cada juiz se considere como um autor na cadeia do direito, que procure proferir suas decisões de maneira coerente com a tradição jurídica e com a história institucional de uma determinada “comunidade de princípios”³⁰. A reprovação de comportamentos antiéticos e imorais é um relevante princípio informador do processo penal brasileiro, que é o objeto do nosso estudo.

Embora errática, a história institucional do princípio *nemo tenetur se detegere* no Brasil revela uma evolução de sua interpretação, de modo a excluir do âmbito de proteção do princípio a mentira do réu em sua autodefesa. Assim, do ponto de vista da teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin, pode-se concluir que o Poder Judiciário tem construído o significado do *nemo tenetur* em sua melhor luz, realizando um rigoroso escrutínio moral do comportamento do acusado no processo penal para o fim de não reconhecer, *a priori*, a existência de um “direito de mentir” tutelado pelo ordenamento jurídico.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreender o Direito como atividade interpretativa e construtiva do sentido e alcance de regras e princípios, como o faz Ronald Dworkin com sua teoria de *law as integrity*, é fundamental para uma melhor interpretação, no âmbito do processo penal brasileiro, de princípios relevantes como o *nemo*

²⁸DWORKIN, R. *O império do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014a, p. 275.

²⁹DWORKIN, R. *O império do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014a, p. 276.

³⁰DWORKIN, R. *O império do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014a, p. 291.

tenetur se detegere. A integridade dworkiniana exige que a prática jurídica busque integrar cada decisão judicial em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais, sempre à luz dos princípios jurídicos.³¹ Dworkin vislumbra um sistema jurídico com a característica da integridade em sua legislação e na adjudicação (aplicação/construção do direito pelo Poder Judiciário). O tema da mentira do réu no processo penal pode ser visto como um exemplo de déficit de integridade, tanto na legislação – ante a inexistência de tipificação penal do perjúrio – quanto nos precedentes jurisprudenciais. A nota positiva, na análise da trajetória do *nemo tenetur* na jurisprudência dos tribunais superiores, deve-se ao precedente estabelecido pelo STJ no HC nº 834.126/RS (Min. Rogério Schietti Cruz), que de modo enfático negou a existência de um “direito de mentir” pelo acusado em sua autodefesa. A decisão é compatível com uma resposta afirmativa à hipótese desenvolvida na presente pesquisa, segundo a qual a relação entre Direito e Moral em Dworkin autoriza uma interpretação do princípio *nemo tenetur se detegere* no processo penal brasileiro de forma a excluir de seu conteúdo comportamentos evidentemente imorais, como o falseamento da verdade pelo réu.

6. REFERÊNCIAS

- BEDÊ JR., A; BEZERRA, V.C. A tipificação do perjúrio no Brasil: análise da previsão da figura penal frente à vedação de autoincriminação do réu. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 19, n. 112, pp. 110-130, 2023.
- BINENBOJM, G. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAMPOS, G.S.Q. *Princípios do processo penal*: teoria, jurisprudência e direito internacional. Salvador: JusPodivm, 2021.
- CHIESA, L.E. Taking victims seriously: a Dworkinian theory of punishment.

³¹BINENBOJM, G. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- Revista Juridica Universidad de Puerto Rico*, vol. 76, pp. 117-128, 2007.
- CHUERI, V.K. *Filosofia do Direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: JM, 1995.
- COURA, A.D.C; AZEVEDO, S.A.D. Indeterminação do direito e discricionariedade judicial: pensando a crise do positivismo jurídico a partir de Kelsen, Hart e Dworkin. In: COURA, Alexandre de Castro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (orgs.). *Direito, Política e Constituição: reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Editora CRV, 2014, p. 101-142.
- COURA, A.D.C; BEDÊ JR, A. “Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no direito?” *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV*, Valparaíso, Chile, p. 681-695, 2013, 2º semestre.
- COURA, A.D.C; OMATTI, J.E.M. “Problemas da teoria das fontes do direito à luz da ideia de direito como integridade de Ronald Dworkin”. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 21, n. 3, p. 311-336, set./dez. 2020.
- CRUZ, Á.R.D.S. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.
- CULVER, K. “Leaving the Hart-Dworkin debate”. *The University of Toronto Law Journal*, vol. 51, n. 4, pp. 367-398, 2001.
- DWORKIN, R. *Uma questão de princípio*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- DWORKIN, R. *O império do direito*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014a.
- DWORKIN, R. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. São Paulo: Martins Fontes, 2014b.
- FELDHAUS, C. As diferentes estratégias de enfrentar a controversa posição de Kant a respeito do dever de não mentir por amor à humanidade. *Kant e-Prints*, v. 6, n. 2, pp. 120-134, 2011.
- FELLET, A.L.F. O combate de Dworkin à discricionariedade judicial. *DPU*, n. 28,

jul./ago. 2009.

GOMES, L.F. *Direito Penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: RT, 2008.

GUEST, J. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H.L. A. *Ensaio sobre teoria do direito e filosofia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

JUNG, L.N. *O espinho do ouriço: metaética, interpretação e objetividade moral em Ronald Dworkin*. Salvador: JusPodivm, 2023.

KLEIN, J.T. Kant versus Constant: sobre um suposto direito de mentir. *Stud. Kantiana*, v. 16, n. 3, pp. 95-126, 2018.

LAGES, C.G. A proposta de Ronald Dworkin em o Império do Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7 e 8, p. 36-49, 1º e 2º sem. 2001.

LEITER, B. Beyond the Hart/Dworkin debate: the methodology problem in jurisprudence. *American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, pp. 17-51, 2003.

LIMA, R.B.D. *Manual de processo penal*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

LOPARIC, Z. “Kant e o pretensio direito de mentir”. *Kant e-Prints*, v. 1, n. 2, pp. 57-72, 2006.

MOTA, F.J.B. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

OMATTI, J.E.M. “A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade”. In: CATTONI, Marcelo (org.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PEDRON, F.Q. “É possível uma resposta correta para casos controversos? Uma análise da interpretação de Robert Alexy da tese dworkiana”. *Revista do TRT 3ª região*. Belo Horizonte, v. 40, n. 70, p. 35-56, jul.-dez. 2004.

PEDRON, F.Q; ONMATI, J.E.M. *Teorias contemporâneas do direito: análise crítica das principais teorias jurídicas da atualidade*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2022.

POSTEMA, G. Integrity: Justice in workclothes. *Iowa Law Review*, vol. 82, pp.

821-855, 1997.

QUEIJO, M.E. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAZ, J. Dworkin: a new link in the chain. *California Law Review*, vol. 74, 1986.

SHAPIRO, Scott. The 'Hart-Dworkin' debate: a short guide for the perplexed. *Public Law and Legal Theory, Working Paper Series*, n. 77, 2007.

Disponível em:

<https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Shapiro_Hart_Dworkin_Debate.pdf>. Acesso em 19.11.2022.

STRECK, L.L. "Porque a discricionariedade é um grande problema para Dworkin e não o é para Alexy". *Revista Direito e Práxis*, vol. 4, n. 7, pp. 343-367, 2013.

TOVAR, L.Z. *Teoria do direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

WALDRON, J. The rise and decline of integrity. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, n. 19-49, 2019.

ZANOTTI, B.T; COURA, A.D.C. "(Pós)positivismo jurídico e a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin". In: COURA, Alexandre de Castro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (orgs.). *Direito, Política e Constituição: reflexões acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito*. Curitiba: Editora CRV, 2014.