

DIÁLOGO
JURÍDICO

©
Distribuição: Coordenação do Curso de Direito
Endereço: R. Castro Monte, 1364 – 2º andar, Fortaleza-CE
CEP: 60175-230
Fones: (85) 3486.9090 e 3486.9003
Fax: (85) 3267.5169
e-mail: revistadiálogojuridico@ffb.edu.br
Capa: Gráfica FB
Tiragem Mínima: 150 exemplares
Bibliotecária Responsável: Waleska Lima



FICHA CATALOGRÁFICA

Diálogo jurídico/Ano 14, v. 20, n. 20 (ago./dez.2015) – Fortaleza: Faculdade Farias Brito, 2016–

Semestral

ISSN 1677-2601

1. Direito – Periódicos I. Faculdade Farias Brito

CDD 340.05

Revista DIÁLOGO JURÍDICO

Ano XIV – Nº 20 – 2016

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Genuino Sales, Organização Educacional Farias Brito
Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, UNIVALI (SC)
Prof. Dr. Antônio Duarte Fernandes Távora, UFC
Prof^a. Dra. Elisabeth Linhares Catunda, Fanor
Prof. Dr. Flávio Sátiro, UFPB
Prof. Hugo de Brito Machado Segundo, UFC
Prof^a. Dra. Lidia Valesca Bonfim Rodrigues, FFB
Prof^a. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, UnB (DF)
Prof^a. Dra. Nuria Belloso, Univ. Burgos – Espanha
Prof. Dr. Paulo Bonavides, UFC
Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha, Laurentian Univ., Univ. Porto e Univ. Lusófona – Portugal
Prof. Dr. Paulo Lopo Saraiva, UNP E UFRN
Prof^a. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado, UFC
Prof. Dr. Ricardo Sayeg, PUC (SP)
Prof. Me. Thiago Matsushita, PUC (SP)
Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho, PUC (SP) e UFRJ
Prof. Dr. Alfonso de Julius Campuzano, Univ. Sevilla – Espanha

PARECERISTAS *AD HOC*

Prof. M.e Ana Luísa Demoraes Campos
Prof. M.e Glauco Cidrack do Vale Menezes, FFB
Prof. M.e Adriano Pessoa da Costa, FFB
Prof. Dr. Mardônio e Silva Guedes, FFB

PROJETO GRÁFICO

Daniel Paiva

REVISÃO

Jarina Araújo

IMPRESSÃO

Gráfica Farias Brito

EDITORAÇÃO

Cleano Martins

REVISÃO DE *ABSTRACTS*

Amanda Pinto

A Revista Diálogo Jurídico é uma publicação semestral do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito. De circulação internacional, é aberta à colaboração da comunidade acadêmica jurídica e afim com a finalidade de propiciar a discussão acadêmica e incentivar o diálogo. Destina-se à publicação de trabalhos na área do Direito, Ciências Sociais e afins, com ênfase nas questões relacionadas ao constitucionalismo, democracia, políticas públicas, teoria e efetivação dos direitos fundamentais, prestação da tutela jurisdicional, relações entre Direito, empresa e tecnologia e novos atores e conflitos sociais.

Os textos devem ser inéditos e são de inteira responsabilidade de seus Autores.

REVISTA DIÁLOGO JURÍDICO

Faculdade Farias Brito, Curso de Direito
Rua Castro Monte, 1364, 2º Andar.
Fortaleza, Ceará
60175-230

Fones: 55 + 85 + 34869090 e 55 + 85 + 34869003

E-mail: revistadialogojuridico@ffb.edu.br

Homepage: www.ffb.edu.br

Solicitamos a gentileza da permuta

Solicitamos canje cuando se solicita

We would like to exchange

On prie de bien vouloir établir l'échange

Tauschverkehr erwünscht

APRESENTAÇÃO

Chegamos a 20ª edição da Diálogo Jurídico com artigos de escopos variados, mas com um eixo comum - o debate contemporâneo em torno das questões éticas e o compromisso com a efetivação dos direitos. São questões que demonstram a dinâmica da ciência jurídica e as demandas teóricas que alicerçam o debate contemporâneo. Desse modo, os autores refletem a pesquisa jurídica e suas múltiplas linhas, advindas dos programas de pós-graduação em Direito ou em áreas correlatas, como no caso do trabalho de Marco Aurelio Praxedes de Moraes Filho, mestrando do curso de mestrado de Políticas Públicas da Uece. No seu artigo intitulado **A CADUCIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO: SEGURANÇA JURÍDICA E DESENVOLVIMENTO NACIONAL**. O seu trabalho versou sobre a caducidade como ferramenta de controle interno e o poder que esta tem de concedente sobre a execução dos termos pactuados no contrato administrativo de serviço público. O autor questiona a caducidade com sendo a única modalidade de interrupção da concessão prevista no ambiente constitucional, demonstrando que o instituto atualmente se posiciona no ordenamento jurídico nacional com feições nitidamente sancionatórias, objetivando punir o parceiro da iniciativa privada pelo inadimplemento das obrigações estabelecidas. O artigo contribui com o debate sobre a temática fortalecendo maior segurança jurídica à relação público-privada, atraindo novos investidores, fomentando o desenvolvimento econômico e social.

Fruto dos debates realizados no mestrado em Direito, o artigo **A GLOBALIZAÇÃO E A CRISE NO DIREITO: REPENSANDO A ÉTICA E A MORAL NO ESTADO PÓS-MODERNO**, de autoria de Adonias Osias da Silva, Carla Regina Freitas e Kléber Stocco traz um debate epistemológico sobre o Direito, realizam uma análise crítica sobre a globalização tecnológica e econômica e os seus impactos no direito positivo, com sua lógica normativista face a contextos que se apresentam cada vez mais complexos e mutáveis. Partindo dessa premissa, pretendem-se avaliar como a ética e a moral podem servir de norte nessa mudança de paradigma que se faz necessária para uma aplicação do direito que melhor atenda aos anseios do cidadão em uma sociedade em constantes mudanças.

Na esteira da reflexão ética, o trabalho de Biltis Diniz Paiano, doutoranda da Universidade de Coimbra, intitulado **O IMPACTO DA CORRUPÇÃO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS** aborda sobre o modo como a prática da corrupção afeta negativamente os direitos humanos, violando os direitos mínimos essenciais para a vida com dignidade, como saúde, educação, moradia, saneamento básico, além de aumentar a desigualdade e exclusão social. No seu artigo, a autora abordou o estudo da corrupção e as consequências desse ato ilícito na concretização dos direitos sociais, uma vez que tais direitos necessitam de investimentos do Estado para a sua implementação, estabelecendo o nexo de causalidade entre a corrupção como causa para a não realização plena dos direitos sociais.

De Alexandre Carneiro e Alysson Dhoulgas Medeiros de Souza, pesquisadores do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito - FFB, o artigo **O PRINCÍPIO DA COORDENAÇÃO: O ESTADO E O INTERNACIONALISMO** realizou reflexão alicerçada na compreensão do exercício do princípio da coordenação pelo Estado perante a globalização, observando os embates entre as esferas do internacionalismo e do nacionalismo através da casuística exemplificativa das missões de paz da ONU, em específico à Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti- MINUSTAH.

A pesquisa dirigiu o pensamento à noção paz perpétua de Kant, afirmando que somente um espaço internacional formado por agentes democráticos e comprometidos com o bem comum universal será capaz de produzir a justiça e a desejável paz kantiana.

O artigo **A PROBLEMÁTICA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS RELIGIOSOS**, escrito por Wesley Rommel Gonçalves Galeno e João Gabriel Laprovitera Rocha, pesquisadores do Curso de Direito da FFB, aborda a problemática envolvendo o uso da benesse constitucional concedida aos templos religiosos de qualquer culto, qual seja, a Imunidade Tributária. A partir de estudo de casos, os autores afirmam, de modo crítico, que a imunidade tributária concedida aos templos religiosos pode facilitar crimes financeiros, bem como estimula a criação de instituições religiosas (de fachada) para as práticas criminosas.

Marcel Moraes Mota, professor do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito contribui com o artigo **DIREITO À PRIVACIDADE NA INTERNET**. O seu trabalho dialoga com a contemporaneidade do Direito e procura examinar a tutela jurídica da privacidade na Internet, já que essa nova forma de interação do espaço “virtual e público” tem se tornado cada vez mais popular. O autor discute sobre o conceito de privacidade e o direito de controlar o fluxo de informações pessoais, além do direito ao esquecimento, apontando questões tanto na perspectiva do Direito, como na perspectiva do crime. Nas redes sociais, como o Facebook, pode ser instrumento, através de perfis falsos, para ação delituosas e noutra direção, as ferramentas de busca, como Google, podem causar dificuldade para pessoas que querem esquecer alguns fatos desabonadores de suas vidas. Aponta na direção sobre a repercussão da Internet e suas relações jurídicas, a vulnerabilidade do usuário em face dos desafios acerca da tutela jurídica de sua esfera pessoal, amparada por direitos fundamentais da personalidade.

Esperamos que os textos aqui apresentados possam motivar outros escritos e o debate em nossos leitores.

Boa Leitura,

Lidia Valesca Pimentel
Coordenadora Editorial

SUMÁRIO

A CADUCIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO: SEGURANÇA JURÍDICA E DESENVOLVIMENTO NACIONAL.....	9
Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho	
A GLOBALIZAÇÃO E A CRISE NO DIREITO: REPENSANDO A ÉTICA E A MORAL NO ESTADO PÓS-MODERNO	25
Adonias Osias da Silva	
Carla Regina Freitas	
Kléber Stocco	
O PRINCÍPIO DA COORDENAÇÃO: O ESTADO E O INTERNACIONALISMO	43
Alysson Dhoughlas Medeiros de Souza	
Alexandre Carneiro de Souza.	
O IMPACTO DA CORRUPÇÃO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	51
Biltis Diniz Paiano	
A PROBLEMÁTICA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS RELIGIOSOS	69
Wesley Rommel Gonçalves Galeno	
João Gabriel Laprovitera Rocha	
DIREITO À PRIVACIDADE NA INTERNET	85
Marcel Moraes Mota	

A CADUCIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO: SEGURANÇA JURÍDICA E DESENVOLVIMENTO NACIONAL

THE CADUCIDADE IN PUBLIC SERVICE: legal SECURITY AND NATIONAL DEVELOPMENT

MARCO ANTÔNIO PRAXEDES DE MORAES FILHO¹

RESUMO:

A caducidade representa uma valiosa ferramenta de controle interno do poder concedente sobre a execução dos termos pactuados no contrato administrativo de serviço público. Sendo a única modalidade de interrupção da concessão prevista no ambiente constitucional, o instituto atualmente se posiciona no ordenamento jurídico nacional com feições nitidamente sancionatórias, objetivando castigar o parceiro da iniciativa privada pelo inadimplemento das obrigações estabelecidas. Devido a essa roupagem punitiva, se mostra necessário uma investigação crítica mais apurada sobre as hipóteses de suspensão arroladas na legislação especializada, ultrapassando o capítulo específico da extinção da concessão, esclarecendo pontos obscuros, temática ainda pouco explorada pela doutrina. O debate trará maior segurança jurídica à relação público-privada, atraindo novos investidores, fomentando o desenvolvimento econômico e social.

PALAVRAS-CHAVE:

Caducidade. Serviço público. Segurança jurídica. Desenvolvimento nacional. Lei nº 8.987/95.

ABSTRACT:

The caducidade is a valuable internal control tool of the grantor on the implementation of the terms agreed in the administrative contract of public service. The only mode of termination of the concession provided for in the constitutional environment, the institute currently stands in the national legal system with clearly punitive features, aiming to punish the partner of private enterprise by the breach of obligations established. Because of this punitive guise, it appears necessary a more accurate critical research on the suspension of hypotheses enrolled in specialized legislation, exceeding the specific chapter of the concession extinction, clarifying obscure points, subject still little explored by the doctrine. The debate will bring greater legal certainty for public-private relationship, attracting new investors, promoting economic and social development.

KEYWORDS:

Caducidade. Public service. Legal security. National development. Law nº 8.987/95.

¹ Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE). Mestrando em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). MBA em Gestão Pública pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Administrativos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro e Sócio Fundador do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA). E-mail: marco.praxedes@tjce.jus.br.

1. INTRODUÇÃO

Ultrapassados duas décadas de vigência, o estatuto das concessões foi o principal responsável por inaugurar uma nova etapa na prestação delegada de serviços públicos em território brasileiro, estruturando a figura do estado-empresário, fazendo valer sua posição hierárquica e intervencionista. Afastando-se da fase onde acumulava as funções de prestador, fiscalizador e regulador das atividades rotuladas como sendo de interesse coletivo, o poder público abriu definitivamente espaço para a realização de cooperações com a iniciativa privada, papel considerado estratégico no avanço do desenvolvimento econômico e social até os dias atuais. Por meio do instituto da concessão, através da realização de procedimento licitatório e da formalização do contrato administrativo, é transferida a responsabilidade pela execução do serviço público, preservando consigo a titularidade do *mister* devido ao seu caráter indelegável.

Sabedor da importância da temática para a manutenção da vida em sociedade, o legislador também se preocupou em estabelecer, embora de forma não muito detalhada, as inúmeras maneiras de interrupção desta avença, traçando roteiros precavidos em busca da continuidade do serviço oferecido à população. Segundo a lei geral das concessões, existem seis modalidades básicas de extinção da parceria público-privada: advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da empresa concessionária ou falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual (art. 35, Lei nº 8.987/95). Porém, essa relação não é totalmente exaustiva, sendo possível encontrar outras formas de interrupção da atividade concessionária, aplicadas em situações excepcionais, a exemplo do distrato, do desaparecimento do objeto e da força maior.

A presente investigação se inicia com breves considerações em torno da expressão caducidade, tais como a inadvertida utilização da terminologia rescisão em algumas literaturas especializadas e a previsão diferenciada em nível constitucional. Logo após, são examinados os vários ângulos da definição deste fenômeno extintivo, dentre elas, a sua roupagem punitiva e a incidência do instituto à luz do princípio da continuidade do serviço público. Mais a frente, adentrando propriamente no núcleo do presente estudo, foram realizadas análises críticas em todas as hipóteses de caducidade prevista no estatuto, sendo necessário ultrapassar as alíneas do capítulo específico da extinção da concessão, a fim de alcançar sua análise completa e pormenorizada. Por fim, restou evidenciado que o instituto funciona, na verdade, como um instrumento de manutenção do serviço público adequado, inibindo que os concessionários cometam equívocos.

2. CADUCIDADE

O fenômeno da caducidade, também denominada de *decadência* pela maioria dos administrativistas, de origem clássica ou contemporânea, segundo a inteligência do estatuto das concessões, é a segunda modalidade de extinção unilateral dos contratos de concessão de serviços públicos por ato exclusivo do poder concedente (art. 35, III, Lei nº 8.987/95). Embora alguns juristas também a intitulem de *rescisão* administrativa, em alusão à ideia central do cancelamento, associação realizada com a iniciativa privada, por medida de cautela devemos evitar tal silogismo, pois a legislação especializada já se utiliza dessa expressão para indicar situações jurídicas diversas, evitando desarranjos terminológicos (MOREIRA NETO, 2014).

Operando desta maneira, também estaremos nos esquivando de confundir essa hipótese de interrupção unilateral da parceria governamental com a rescisão, outra forma de encerramento da concessão, por impulso da empresa concessionária, mediante o devido ajuizamento de ação judicial especialmente intentada para essa finalidade (art. 35, IV, Lei nº 8.987/95). Trabalhando nesta linha, ainda estaremos nos afastando de possíveis tumultos jurídicos com a rescisão, um conhecido instrumento genérico de dissolução contratual bastante utilizado na seara das licitações, determinada mediante ato unilateral do poder público, amigavelmente por acordo entre as partes ou através de ação judicial (art. 79, Lei nº 8.666/93).

Curioso ainda ressaltar que dentre todas as espécies ordinárias e extraordinárias de extinção à relação contratual instaurada, a caducidade foi o único tipo rescisório que, além de gozar da tradicional previsão meticulosa em legislação ordinária especial, também desfrutou de expressa disposição em nível constitucional (art. 175, Parágrafo Único, I, Constituição Federal de 1988). Não parece, contudo, que a intenção do legislador constituinte originário foi de enaltecê-la, elevando seu grau de importância em detrimento das outras formas, tendo ocorrido apenas um resguardo meramente pontual e casuístico, devido principalmente à natureza invasiva da medida interventiva, em sintonia com a estrutura prolixa do maior texto da federação.

2.1. DEFINIÇÃO

A lei geral das concessões não trouxe uma definição normativa para caducidade, apenas previu uma situação fático-jurídica no qual a rotulou como sendo a denominada modalidade extintiva. Senão vejamos:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

O instituto da caducidade se apresenta como sendo a retomada antecipada e coativa do serviço concedido ao particular, a critério do poder concedente, não por motivos supervenientes de interesse público, mas pela inexecução total ou parcial do contrato. É a recuperação inesperada da atividade transferida, através de um ato unilateral, antes do prazo final estipulado para o encerramento da avença firmada, por razões de descumprimento das cláusulas previamente realçadas. Portanto, a caducidade se traduz em uma cristalina rescisão unilateral do acordo celebrado, visando a recuperação do serviço deslocado, pondo fim a parceria realizada com a empresa concessionária.

Vale ressaltar que a inexecução total ou parcial da avença pode se originar tanto da inadimplência do particular, da lei ou do regulamento, quanto do desaparecimento superveniente dos requisitos da habilitação, desde que estejam previamente estipulados e simultaneamente ratificados. No intuito de facilitar o manuseio do instituto, parcela dos administrativistas vem se utilizando das terminologias genéricas *falta grave* ou *violação grave* para se reportar ao conjunto das inúmeras hipóteses legais ensejadoras de caducidade, unificando doutrinariamente a abordagem dessa modalidade extintiva.

Evidencia-se, nitidamente, que a caducidade possui uma natureza sancionatória, visando punir o concessionário pelo não adimplemento da sua obrigação estabelecida na avença celebrada. Todavia, esse caráter repreensivo não funciona apenas como um instrumento de condenação, mas configura

também como uma forma de chamar atenção do parceiro privado, alertando, sobretudo, o grupo comando gestor, sobre a imperfeição na prestação do serviço executado, objetivando inibir a prática de novas violações. Embora o estatuto das concessões não tenha explorado amiúde o assunto, a boa prática mostra como obrigatória a instauração do devido processo administrativo para a imposição da punição, dando oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa à parte atingida. A formalização da medida, além de evitar a atuação arbitrária do poder concedente, oferece transparência ao procedimento, facilitando o controle externo das causas e motivos da eventual sanção aplicada.

Valiosa reflexão ainda se mostra necessário quanto à indiferença relacionada ao grau da inexecução do contrato administrativo, sendo a totalidade ou a parcialidade capaz para a decretação da caducidade. Ao solicitar apenas o descumprimento partidário da avença, o legislador deixou uma cristalina mensagem ao gestor público, afirmando que não se torna necessário o total desrespeito às cláusulas legais e contratuais estabelecidas para o encerramento do acordo. A simples violação fragmentária do ajuste celebrado já seria motivo suficiente para o rompimento imediato da parceria com a iniciativa privada.

Fica evidenciado, ainda, que a norma concessionária oferece uma razoável margem de discricionariedade na escolha da fórmula punitiva aplicada ao particular inadimplente. Dependendo das características do caso fático analisado, dois são os possíveis caminhos sancionatórios colocados à disposição do poder concedente: poderá optar pela execução imediata da caducidade, ou ainda, escolher pelo simples emprego das sanções contratuais. Sendo detectado qualquer dos requisitos ensejadores da extinção unilateral, o gestor estatal poderá eleger somente as penalidades contratuais, mantendo a prestação da atividade, zelando pela não interrupção do serviço.

Aliás, interpretando a mencionada discricionariedade sob o manto principiológico da continuidade do serviço público, é possível inferir que o poder concedente deverá, em uma primeira ocorrência, imprimir razoável favoritismo pela incidência das sanções contratuais em detrimento da extinção unilateral. Operando desta forma, além de afastar a descontinuidade da prestação da atividade pública, evitando indesejáveis paralizações e eventuais prejuízos financeiros, dará à concessionária nova oportunidade para rever suas falhas, a fim de corrigir as imperfeições, impedindo futuros equívocos.

Importante ainda ressaltar que, assim como ocorre na encampação, a rescisão unilateral moldada nos regramentos da caducidade poderá ocorrer tanto nos contratos de concessão, quanto nos contratos de permissão de serviços públicos, em face da proximidade fisiológica entre os institutos administrativos (art. 40, Parágrafo Único, Lei nº 8.987/95).

2.2. REQUISITOS

Extraí-se da previsão normativa da caducidade a presença de duas grandes *condições*, rotuladas como essenciais para sua existência irrepreensível: a inexecução total ou parcial do contrato e a perda das condições de habilitação. Enquanto no primeiro grupo as imperfeições se encontram localizadas no âmbito da prestação dos serviços públicos, no segundo bando as deficiências atingem apenas a esfera das condições pessoais das concessionárias. Restando estas pendentes em seus deveres ou despojadas de suas qualidades restará configurada a possibilidade de extinção da concessão por ato unilateral do poder concedente.

Porém, no intuito de diminuir a margem de discricionariedade sobre a temática, atribuindo maior segurança jurídica à relação contratual, a lei geral das concessões estipulou, de forma expressa, sete *requisitos* para a decretação da caducidade (art. 38, § 1º, Lei nº 8.987/95). São eles: (a) serviço inadequado ou deficiente; (b) inadimplemento obrigacional; (c) paralisação do serviço; (d) perda das condições econômicas, técnicas ou operacionais; (e) descumprimento das penalidades; (f) falta de regularização do serviço; (g) ausência de regularidade documental. Fica evidente que, para a incidência da caducidade, basta a ocorrência de, pelo menos, uma das hipóteses legalmente catalogadas, desde que respeitadas, é óbvio, às demais exigências legais ou contratuais previamente convencionadas.

Porém, através de uma análise sistemática de todos os institutos administrativos rescisórios profetizados no estatuto das concessões, é possível concluir que o rol em análise não é taxativo, *numerus clausus*, mas meramente exemplificativo, *numerus apertus*.² Segundo a dicção do art. 27 da Lei nº 8.987/95, responsável por abordar a transferência da concessão sem anuência do poder concedente, há uma insinuação de uma oitava possibilidade de caducidade no serviço público. Soma-se, ainda, o fato dos contratos firmados terem a liberdade para estipular outras modalidades de extinção para àquela relação público-privada em especial, sinalizando, de maneira velada, a existência supletiva de uma nona perspectiva de caducidade.

2.2.1. SERVIÇO INADEQUADO OU DEFICIENTE

O *primeiro* motivo que fundamenta a extinção unilateral do contrato de concessão através da caducidade é quando o serviço público executado pela concessionária estiver sendo prestado de forma inadequada ou de maneira deficiente (art. 38, § 1º, I, Lei nº 8.987/95). Sendo fidedigno ao texto normativo, por inadequado devemos entender aquela atividade fornecida à população de maneira imprópria, desajustada, inapropriada, descabida, inexata, e, por deficiente, devemos entender aquele trabalho oferecido à sociedade de forma imperfeita, defeituosa, imperfeita, falha, lacunosa.

Apesar da tentativa de diferenciar linguisticamente as terminologias trazidas à baila pelo estatuto concessionário, percebemos que seus significados estão muito próximos, dificultando a interpretação pelo jurista. Exatamente por esse motivo, a construção do entendimento do serviço como sendo adequado e eficiente não deve ser cultivada apenas na seara do imaginário, do aparente e do subjetivismo, precisando ser trabalhada de forma concreta, em regulamento específico, baseados em avaliações técnicas, reais e mensuráveis. Neste sentido, a própria lei geral das concessões estipulou que a base para a medição da qualidade dos serviços são as normas, os indicadores e os parâmetros, ou seja, critérios puramente objetivos.

Essa necessidade de parâmetros materiais a fim de auferir o grau de efetividade do serviço público reflete perfeitamente a harmonia do texto normativo com a reforma gerencial, incorporada pela redação originária da Carta Magna de 1988, sendo enaltecido logo após pelo advento da Emenda Constitucional nº 19/98. A busca por resultados palpáveis embasada em critérios previamente delineados ressalta a importância da temática da governança pública, frequentemente apontado pela literatura

2 Nesse sentido: JUSTEN FILHO, 1997. Em sentido contrário: WALD; MORAES; WALD, 2004. Essa última corrente doutrinária entende ser ilegítima a decretação da caducidade pelo poder concedente com base em hipóteses não expressamente arroladas no art. 38, § 1º da Lei nº 8.987/95.

especializada como um dos principais instrumentos utilizados na busca incessante pela modernização da gestão pública mundial. Nestes termos, a atividade pública será administrativamente rotulada como inadequada ou deficiente na medida em que tais requisitos formalmente previstos não sejam alcançados pelo parceiro privado, dando espaço à rescisão unilateral pelo poder concedente.

2.2.2. INADIMPLEMENTO OBRIGACIONAL

A *segunda* causa que origina o rompimento da avença pela caducidade é o inadimplemento obrigacional, ou seja, o descumprimento pela empresa concessionária das cláusulas contratuais, das exigências legais ou das disposições regulamentares concernentes à atividade de interesse público (art. 38, § 1º, II, Lei nº 8.987/95). De acordo com a disposição literal da norma, a inobservância pela concessionária abarcaria qualquer espécie de responsabilidade assumida, desde aquelas livremente estipuladas na avença, até aquelas impostas diretamente pela legislação ou pelo regulamento.

Trata-se de uma hipótese bastante ampla e genérica, podendo englobar, inclusive, a grande maioria das outras possibilidades de extinção pela caducidade arroladas no estatuto, caso seja interpretada extensivamente, análise que deixaria tais ocorrências normativas praticamente sem nenhuma utilidade. Por outro ângulo, em face da previsão extremamente superficial e imprecisa, a medida em análise poderia ocasionar, de forma indevida, a interrupção da concessão da atividade pelo não cumprimento de qualquer situação obrigacional, levando ao esvaziamento e a vulgarização do próprio instituto. Como nem toda violação às cláusulas contratuais pela empresa concessionária possui o mesmo grau de austeridade e intransigência, o nível drástico das sanções aplicadas devem estar munidas de intensa proporcionalidade e razoabilidade.

O entendimento que parece mais adequado e oportuno à terminologia empregada na legislação das concessões é aquela em que restringe o seu alcance, sendo cabível somente nas hipóteses de descumprimento de deveres não expressamente elencadas no corpo do texto normativo. Seguindo essa linha de raciocínio, o rompimento contratual motivado de pelo inadimplemento obrigacional funcionaria como uma espécie de causa residual. Assim, no primeiro momento, o intérprete deveria analisar todos os demais institutos extintivos, podendo se utilizar dela, somente no segundo momento, após restasse evidenciado que o caso da situação fática não estaria ajustado em nenhuma das outras hipóteses.

Numerosa parcela da doutrina já manifestou publicamente severas críticas não só a esta possibilidade em particular, mas a todas as demais hipóteses de caducidade, exigindo do legislador uma regulamentação normativa a fim de melhor definir o âmbito de incidência de cada uma delas, evitando incongruências normativas. Nestes termos, anotemos as importantes reflexões de Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de Mendonça Wald sobre a necessidade urgente de um tratamento positivo e metucioso das espécies de caducidade: “As disposições destes incisos merecem maior explicitação, por via regulamentar, de modo a serem precisas, dentre as situações genéricas estabelecidas, aquelas cuja gravidade autoriza a decretação da caducidade.” (WALD; MORAES; WALD, 2004, p. 413).

Seguindo, ainda, os mesmos passos genéricos deste pensamento, apontemos as interessantes considerações de Marçal Justen Filho sobre a perigosa interpretação do dispositivo atrelado à noção do dever de perfeição na prestação da atividade de interesse público:

Essa uma interpretação literal, o inc. II tornaria inviável a execução da concessão, pois a infração a qualquer dever acarretaria caducidade. Essa interpretação seria desarrazoada, eis que conduziria a uma espécie de dever de perfeição. É impossível cogitar da prestação de serviço absolutamente perfeito, que nunca apresente falhas ou defeitos. Por maiores que sejam as cautelas e precauções, será impossível eliminar a margem de erro. O ser humano não conseguiu controlar a conduta própria e dos demais sujeitos da sociedade e todos os fatores que o rodeiam, de molde a assegurar, com absoluta certeza, o futuro. Enfim, cominar caducidade para o descumprimento de qualquer dever produziria a banalização do instituto. (JUSTEN FILHO, 1997, p. 350).

2.2.3. PARALISAÇÃO DO SERVIÇO

O *terceiro* pretexto que justifica a quebra unilateral do acordo de concessão pelo instituto da caducidade é a famigerada paralisação do serviço público, ou ainda, a simples cooperação para a interrupção abrupta na sua prestação (art. 38, § 1º, III, Lei nº 8.987/95). Novamente o legislador ordinário subdividiu o dispositivo em duas vertentes para motivar a quebra contratual, estando a primeira, paralisação do serviço, direcionada no agente público, e a segunda, cooperação na interrupção, focada no particular não integrante da administração pública, que opera em parceria com o primeiro.

Esta hipótese tem como explicativa a preservação da continuidade da atividade de interesse público, um dos alicerces principiológicos mais relevantes no ambiente das concessões. Revela o preceito que os serviços considerados essenciais, desempenhados pelos órgãos estatais, direta ou indiretamente, devem ser prestadas de maneira contínua e ininterrupta aos seus destinatários, salvo algumas exceções previstas em lei.

Relevante observação deve ser feita quanto ao verdadeiro significado e dimensão do termo *paralisação* empregado no caso em análise. Da forma como está redigido o estatuto das concessões, parece que o legislador ordinário quis englobar toda e qualquer paralisação, desde a parcial, responsável pela simples diminuição do oferecimento do serviço, à total, responsável pela sua completa suspensão. Nesta dimensão, através de uma interpretação literal do texto, seria possível a rescisão unilateral nas paralisações temporárias, interrompendo o serviço por determinado lapso temporal, como também nas paralisações permanentes, causando a suspensão em definitivo. Porém, essa linha de raciocínio mais imediatista e superficial não parece ser a mais prudente e razoável, maculando o verdadeiro significado do dispositivo extintivo, distorcendo a boa conduta do gestor público. Seria um contrassenso pensar que uma mesma legislação estipularia, como regra, a prestação contínua do serviço público, ficando as exceções reclusas a míseras linhas normativas, estabelecendo também que uma despreziosa interrupção seria motivo aceitável para a interrupção do contrato estabelecido. A melhor inteligência do estatuto, associada às diretrizes da boa governança pública, parece indicar que o agente estatal deveria empreender todos os esforços para manter a parceria, evitado que pequenas descontinuidades afetem completamente a atividade prestada. Somente a paralisação total, capaz de gerar inúmeros prejuízos à população, fazendo oscilar a confiança do ente público, teria a capacidade de quebrar a avença de imediato, sem nenhuma etapa intermediária para eventuais ajustes. A quebra do contrato pelo entrave temporário deve ser interpretada como o último recurso entre as saídas possíveis.

Ultrapassada a análise do perímetro da expressão paralisação, também é possível verificar que a interrupção da atividade poderá ter sido motivada por ato oriundo da própria empresa concessionária, ou ainda, por ato oriundo de pessoa estranha à relação, mas com a devida concorrência do parceiro privado,

cooperando de alguma forma para o exercício. Andou bem o legislador ao redigir de forma ampla a dicção desta espécie de caducidade, no tocante ao rol daqueles agentes motivadores da interrupção do serviço prestado à sociedade, ampliado sobremaneira o leque de possibilidades de análise pelo poder concedente na decretação da quebra contratual, inibindo condutas manipuladas e conchaves forjados na tentativa de ludibriar o interesse público.

Ainda cabe interessante observação veiculada pela lei geral das concessões quanto à ressalva da paralisação decorrente do caso fortuito e da força maior. A doutrina tradicional sustenta que, por caso fortuito, devemos entender todos aqueles eventos oriundos da natureza, sem qualquer intervenção do indivíduo, tais como tempestades, raios, tornados, enchentes, terremotos, e por força maior, devemos compreender aqueles acontecimentos decorrentes da vontade humana, tais como a greve, sentença judicial, guerra, desapropriação, revolução. A doutrina contemporânea, todavia, embasada no art. 393 da Lei nº 10.406/02 (Código Civil), evitando adentrar nos calorosos embates de hermenêutica sobre essa temática, sustenta a inexistência de qualquer diferença entre os institutos, afirmando que ambas as categorias normativas representam fatos, eventos ou ocorrências de impossível presságio ou de laboriosa previsão, que acabam provocando certos efeitos no mundo jurídico. Embora haja enorme divergência em torno do assunto, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a imprevisibilidade e/ou a inevitabilidade são constantemente sublinhadas como sendo as consequências genéricas comuns entre ambos os institutos, devendo cada situação fática levada à tutela jurisdicional ser alvo de análise particularizada a fim de investigar sua ocorrência e, por consequência, afastar a responsabilidade jurídica. Tais episódios possuem o condão de evitar a punição do concessionário, figurando como autênticas causas excludentes da ilicitude.

Por derradeiro, impossível abordar a paralisação do serviço público sem reservar breves considerações sobre o conturbado assunto da greve. Esta garantia fundamental é constitucionalmente assegurada aos agentes públicos civis, nas três esferas de poder, em todas as unidades federativas, ficando ressalvado o atendimento daqueles serviços considerados essenciais e inadiáveis, que deverão ser mantidos em condições mínimas à comunidade (art. 9º, Constituição Federal de 1988). Embora a legislação responsável pela regulamentação do movimento paredista no âmbito público ainda não tenha sido editada, o Supremo Tribunal Federal, analisando os Mandados de Injunção nº 670/ES, 708/DF e 712/PA, entendeu ser aplicável aos agentes públicos o disposto na Lei nº 7.738/89, que disciplina a greve dos trabalhadores da iniciativa privada. A conclusão deste ativismo judicial será válida até a supressão da omissão legislativa.

2.2.4. PERDA DAS CONDIÇÕES ECONÔMICAS, TÉCNICAS OU OPERACIONAIS

A *quarta* razão que legitima a transgressão da parceria estabelecida com a iniciativa privada é a perda das condições econômicas, técnicas ou operacionais, qualificadas como absolutamente necessárias para manter adequada a prestação do serviço público (art. 38, § 1º, IV, Lei nº 8.987/95). Ampliando as possibilidades legais da interrupção da concessão, o estatuto inovou ao prever a ruína dos sustentáculos mais significativos da empresa privada, de índole econômica, de origem técnica ou de raiz operacional, pilares que serviram para conquistar a confiança e consolidar a associação com o

governo. Nesta hipótese de caducidade, o fato que motiva a ocorrência da extinção não gravita em torno da falha na prestação do serviço público, mas permanece concentrado em alguns motivos determinados e específicos relacionados às condições individualizadas do próprio agente concessionário enquanto pessoa jurídica.

De acordo com o estatuto, o edital de licitação, que será elaborado pelo poder concedente, deverá observar, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente, a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço (art. 18, II, Lei nº 8.987/95). Ainda segundo o regimento estatutário, o edital de licitação poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que, proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas (art. 18-A, IV, Lei nº 8.987/95). Como visto, todas as condições ajustadas no edital visando uma prestação adequada do serviço são requisitos essenciais para a manutenção da parceria, sendo a perda daquelas de caráter econômico, técnico ou operacional suficientes para rescindir unilateralmente a avença pela caducidade.

Os requisitos exigidos no início do procedimento licitatório não figuram como peças decorativas, ocasionais e flutuantes, devendo ser mantidos ao longo de todo o período contratual de prestação do serviço delegado, incorporando qualidade à atividade fornecida à população. Devemos entender por serviço público adequado aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º, § 1º, Lei nº 8.987/95). Assim, caso durante esta jornada ocorram situações que façam desaparecer tais requisitos, ligados diretamente aos aspectos econômicos, técnicos ou operacionais, restará configurada a hipótese de extinção unilateral da concessão pela caducidade, pondo fim à execução contratual.

2.2.5. DESCUMPRIMENTO DAS PENALIDADES

O *quinto* fundamento que respalda a extinção unilateral do contrato de concessão pela incidência da caducidade é o descumprimento, pela concessionária, das penalidades impostas, em decorrência da prática de infrações anteriores, nos prazos estipulados (art. 38, § 1º, V, Lei nº 8.987/95). Analisando o dispositivo, é possível inferir que o legislador elevou o requisito da ocorrência de medidas punitivas não adimplidas ao *status* de elemento de admissibilidade para a incidência da norma, obrigando que exista uma irregularidade de menor gravidade pretérita à decretação da extinção unilateral.

A melhor interpretação que pode ser atribuída ao regramento é aquela em que as infrações expressamente mencionadas no estatuto não são aquelas irregularidades consideradas simples, comuns, normais e corriqueiras, pois tais assimetrias não são consideradas graves o suficiente para decretar a interrupção da atividade rotulada como sendo de interesse público. Somente aquelas infrações contendo um elevado grau de agressividade, excessivamente penosas ao concessionário, ocasionando grandes embaraços ao parceiro privado, são capazes de levar diretamente à extinção da avença, quando não forem cumpridas após um prévio aviso. Esse entendimento se mostra absolutamente necessário para o razoável equilíbrio contratual, pois se toda e qualquer infração de menor escala pudesse servir de motivo para invocar a caducidade, a parceria se tornaria altamente instável para as concessionárias,

afastando o interesse da iniciativa privada, dificultando a negociação com o governo. Somente depois de concedido a chance para as prestadoras de serviço cumprirem as irregularidades normais, sendo formalmente notificadas para esta finalidade, o acordo celebrado poderá sofrer a devida interrupção administrativa de forma unilateral pelo poder concedente.

Alguns juristas entendem que esta hipótese da caducidade estaria maculada pela inconstitucionalidade, baseada na ideia de que a recusa em cumprir a penalidade imposta caracterizaria, na verdade, nítido desvio de poder, não levando necessariamente a conclusão de que a oposição indicaria um serviço mal prestado à população. Mais a frente, ratificam ainda os doutos administrativistas que estariam sendo violados diversos princípios de índole constitucional e infraconstitucional, dentre os principais estão a legalidade, moralidade e universalidade da jurisdição (JUSTEN FILHO, 1997).

2.2.6. FALTA DE REGULARIZAÇÃO DO SERVIÇO

A *sexta* justificativa na utilização da caducidade é a falta de regularização do serviço, ou seja, quando a empresa concessionária não atender a intimação oriunda do poder concedente no sentido de normalizar a prestação da atividade de interesse público (art. 38, § 1º, VI, Lei nº 8.987/95). Sendo absolutamente previsível que contratempos apareçam durante todo o lapso temporal destinado a execução do contrato, prejudicando a uniformidade do exercício, surge a oportunidade da empresa concessionária, após devidamente notificada, de tentar recompor o serviço oferecido.

O efeito ocasionado pelo registro dos instrumentos da fiscalização e intervenção no estatuto das concessões é um poder-dever de vigilância do órgão concedente sobre a execução da atividade transferida. Assim, tendo o órgão governamental encontrado alguma irregularidade na prestação do serviço público deverá, obrigatoriamente, promover a comunicação à empresa concessionária a fim de ver sanada a situação, assinalando um intervalo de tempo razoável. Sendo remediada a ocorrência inoportuna, estará afastada a irregularidade; não sendo resolvida a problemática conflituosa, a anormalidade permanecerá atrelada a atividade. Neste último caso, compete ao poder concedente utilizar um juízo valorativo semelhante ao empregado na hipótese anterior de interrupção unilateral da avença, reservando o emprego da caducidade apenas às causas de maior complexidade. Mais uma faceta resultante do emprego do princípio da continuidade do serviço público, mantendo em patamares salutareos e adequados à prestação da atividade.

2.2.7. AUSÊNCIA DE REGULARIDADE DOCUMENTAL

O *sétimo* parâmetro utilizado pelo estatuto das concessões para a extinção do contrato pela caducidade mencionava, na sua redação originária, a hipótese de quando a concessionária fosse condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos, inclusive contribuições sociais (art. 38, § 1º, VII, Lei nº 8.987/95). Andou mal o legislador em prever a necessidade de uma sentença transitada em julgado para a caracterização do inadimplemento tributário, desconsiderando a presunção de liquidez e certeza, por exemplo, que gozam as dívidas ativas regularmente inscritas.

Porém, essa previsão normativa da condenação judicial irreversível motivadora da rescisão unilateral era desnecessária, tendo em vista que o crime de sonegação fiscal já se encontrava

minuciosamente previsto na Lei nº 8.137/90, responsável pela definição dos crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo. Através de iniciativa da chefia do executivo federal, o texto inaugural foi alterado pela Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012, dispondo sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica, a prestação temporária da atividade e a intervenção para adequação do setor elétrico. Posteriormente, através da edição da Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, a espécie normativa temporária foi, enfim, convertida, ganhando o parâmetro da caducidade nova redação, com traços permanentes e duradouros, texto em vigor até o presente momento.

A atual escritura afirma que será motivo para declaração da caducidade quando a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal e trabalhista, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666/93. Restando constatado a insuficiência de papéis relativos à estas searas da concessionária, esta será devidamente notificada para, no prazo legal, realizar a entrega dos documentos pendentes, a fim de regularizar sua parceria com o ente público titular do serviço.

A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC); prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei; prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452/43.

2.2.8. CESSÃO DA CONCESSÃO SEM ANUÊNCIA

A *oitava* explicação para a caducidade é a cessão da concessão sem anuência do poder concedente, ou seja, implicará em encerramento unilateral do contrato quando ocorrer a transferência da atividade exercida ou do controle societário da concessionária sem o consentimento prévio e expresso do poder público (art. 27, Lei nº 8.987/95). De aspecto bastante controvertido, o dispositivo permite claramente a transferência da concessão pela empresa vencedora do certame licitatório para outro particular, desde que atendida às exigências legalmente estabelecidas.

Ocorrendo a verificação da ausência desta autorização normativa, que poderá estar formalizado tanto no contrato administrativo quanto no edital de licitação, a celebração do ajuste responsável pela transferência da execução do serviço ao terceiro será considerado ilícito, obrigando o poder concedente a intervir na atividade celebrada e cassar a concessão fornecida. Caso seja concedida a referida autorização, o ato permissivo deverá ser prévio, escrito e expresso, com publicação regular no Diário Oficial. Havendo desrespeito a estas exigências básicas, o contrato responsável pela transferência da execução do serviço ao particular também estará corrompido pela ilicitude, levando novamente a rescisão da concessão pelo órgão concedente. Alguns juristas, interpretando o dispositivo legal à

luz do ordenamento jurídico, o consideram parcial (MUKAI, 2007) ou totalmente inconstitucional (MELLO, 1999).³

Alvo de importantes alterações em virtude da publicação da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, as pontuais modificações do estatuto consistiram na renumeração do parágrafo único para o parágrafo primeiro, mantendo na íntegra o texto originário, como também na inclusão de mais três parágrafos, trazendo abordagens normativas sobre o assunto. Restou determinado que, para fins de obtenção da anuência da transferência do poder concedente, o pretendente deverá atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e também se comprometer a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor (art. 27, § 1º, Lei nº 8.987/95).

Isto posto, destaquemos os relevantes ensinamentos de Lucas Rocha Furtado sobre o confronto de índole principiológica necessária para a transferência da concessão:

A transferência da concessão somente poderá ser admitida em situações excepcionais, em que, confrontados os princípios da impessoalidade com os outros a serem considerados – dentre eles o da continuidade do serviço público –, se chegue à conclusão da prevalência destes últimos sobre o primeiro. Do contrário, impõe-se a licitação como regra a ser observada para a escolha do novo prestador do serviço. (FURTADO, 2013, p. 576).

No tocante aos demais parágrafos deste item, todos foram revogados pelo advento da recente Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, onde foi criado um capítulo, nesta mesma espécie normativa, denominado “Da Transferência de Concessão ou do Controle Societário da Concessionária” para tratar especificadamente da temática no âmbito do estatuto das concessões, como também na seara das parcerias público-privada. Outra novidade foi a inclusão do art. 27-A, que acabou esmiuçando de forma mais organizada e detalhada os parágrafos então revogados. O texto vigente dispôs sobre a autorização do poder concedente sobre a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária, por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. Uma das inovações percebidas foi a ampliação do rol de patrocinadores, prevendo que além dos financiadores, já disciplinado na redação antiga, os garantidores também poderão assumir o controle da atividade.

2.2.9. CLÁUSULAS CONTRATUAIS SUPLETIVAS

O *nono* propósito que serve de inspiração para a extinção unilateral da concessão através da caducidade, ao contrário das outras modalidades, não se origina através da simples interpretação literal do estatuto das concessões, mas na percepção sistêmica das várias formas de interrupção da parceria público-privada. Ainda pouco explorado pela literatura especializada, trata-se daquelas hipóteses relativas aos casos de extinção da concessão previstas de comum acordo entre as partes, desde que arroladas nas cláusulas contratuais do ajuste em particular (art. 23, IX, Lei nº 8.987/95).

³ Vale ressaltar que nas publicações mais recentes e atualizadas do seu festejado manual, principalmente aqueles posteriores a vigésima sexta edição, Celso Antônio Bandeira de Mello já aceita a constitucionalidade do dispositivo, especialmente no tocante ao controle societário da empresa concessionária.

Iniciando o capítulo referente à formalização dos contratos, o estatuto arrolou uma série de cláusulas consideradas essenciais a todas os acordos firmados, inclusive aquelas avenças envolvendo serviço precedido da execução de obra pública. Dentre elas, uma merece especial destaque, a que exige a indicação expressa dos casos de extinção da concessão. Tais modalidades extintivas, como já devidamente alertado neste trabalho, não estão elencadas de forma taxativa no capítulo específico, sendo possível identificar na legislação outras maneiras extraordinárias de encerrar o pacto ajustado.

Neste sentido, é preciso se mostrar sensível à percepção de que o contrato de índole concessionária nada mais é do que um simples acordo de vontades, concretizado e solenizado através de uma convenção, onde as partes aderem de forma espontânea ao ajuste. Porém, o elemento volitivo não está presente apenas na parte inaugural da relação, ou seja, na conduta em aderir ou não aquela aliança, mas também em toda a sua execução, sendo oportunizado aos contratantes particularizar algumas situações em especial sobre este convênio, desde que não contrária às disposições legais. Assim, parece ser possível vislumbrar a possibilidades dos atores contratuais estipularem, de comum acordo, outras formas de extinção da concessão pelo inadimplemento do particular, ultrapassando as hipóteses arroladas no estatuto concessionário. A existência destas cláusulas contratuais adicionais se encontra em perfeita sincronia com o espírito nuclear da concessão, funcionando como método supletivo às previsões normativas consideradas obrigatórias, reforçando e particularizando àquela delegação em especial.

Deste modo, registremos as oportunas ponderações de Lúcia Vale Figueiredo sobre a existência do núcleo comum dos contratos administrativos, viabilizando a tese desta modalidade diferenciada de extinção da concessão pela caducidade: “No mais, considerando a concessão como contrato administrativo, as causas de extinção natural ou provocada do contrato administrativo aplicam-se ao instituto.” (FIGUEIREDO, 2008, p. 114).

Por derradeiro, vale à pena ressaltar que inexistente, na opção pela utilização da caducidade, a obrigatoriedade de qualquer lei ordinária autorizativa prévia, dependendo, assim, o instituto administrativo extintivo tão somente do ato oriundo do setor diretivo do poder concedente. Esta observação ganha relevância quando comparada com o fenômeno da encampação, considerada pela doutrina especializada a forma mais hostil de interrupção da concessão, em virtude do fator surpresa. Nesta modalidade, a aprovação de uma legislação específica é requisito obrigatório para a validade do procedimento, etapa normativa que acaba funcionando como um instrumento de controle externo (art. 37, Lei nº 8.987/95).

3. CONCLUSÃO

É possível inferir que as hipóteses de caducidade arroladas no estatuto retratam um efeito extintivo da avença oriundo, sobretudo, da atuação culposa do concessionário, motivadora da inadimplência contratual, embasada na inexecução total ou parcial das obrigações estabelecidas. No entanto, o descumprimento das tarefas legalmente rotuladas como absolutamente indispensáveis à manutenção da avença não é o principal motivo da aplicação das sanções ou da declaração da caducidade de forma unilateral pelo poder concedente. Faz ainda parte deste conjunto o inadimplemento originário

da legislação ou do regulamento, como também o desaparecimento superveniente dos requisitos da habilitação utilizados no início do procedimento licitatório, desde que previamente estipulados e simultaneamente ratificados.

Analisando a definição de caducidade em paralelo com as suas hipóteses punitivas dispostas no estatuto, é possível concluir que o instituto funciona, na verdade, como uma ferramenta de manutenção da prestação do serviço público na forma mais adequada, buscando inibir o parceiro privado de cometer grandes equívocos durante a execução do contrato. Neste ângulo, a punição do concessionário pelo órgão concedente exige do gestor público uma conduta menos agressiva e imediatista, devendo assumir uma postura mais indulgente e materna, zelando pela manutenção da atividade. Todas as situações ocorridas ao longo da parceria ensejadoras da caducidade deverão ser interpretadas cuidadosamente, sopesadas a luz dos princípios gerais do direito público e setoriais da concessão, entre os quais podemos destacar as construções teóricas da continuidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Nestes termos, a nova inteligência conferida ao dispositivo da caducidade, além de conservar a intervenção do poder concedente na atividade delegada à iniciativa privada, resguardando o serviço público adequado, também possui a finalidade de alcançar uma sincronia harmoniosa com a realidade do governo democrático. Essa evolução no modo de interpretar o instituto extintivo multiplica as formas de atuação do setor público, se adequando as profundas transformações ocorridas neste segmento, corrigindo as inúmeras distorções sobre a matéria. Os pilares estratégicos do estado-empresário na busca pelo desenvolvimento econômico e social se encontram fortalecidos neste conceito, inseridos em corolário aos preceitos da administração pública gerencialista, mas, sobretudo, em benefício da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BLANCHET, Luiz Alberto. **Concessão de serviços públicos: estado, iniciativa privada e desenvolvimento sustentável**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos na perspectiva da Constituição econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- DAL POZZO, Augusto Neves. **Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e ppp**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

- FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- HARB, Karina Houat. **A revisão na concessão comum de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos: comentários às Leis nº. 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1997.
- _____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MORAES FILHO, Marco Antônio Praxedes de. **Súmula vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o sistema processual administrativo punitivo**. In: Irene Patrícia Nohara; Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho (Org.). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.
- MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros: 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias**. 2. ed. Minas Gerais: Del Rey, 2011.
- MUKAI, Toshio. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.
- _____. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.
- PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PIRES, Luís Manuel Fonseca. **O estado social e democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. **O princípio da continuidade do serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Edson Jacinto da. **Concessão e permissão no serviço público**. Leme: JH Mizuno, 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. **O direito de parceria e a lei de concessões: análise das Leis nº. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

A GLOBALIZAÇÃO E A CRISE NO DIREITO: REPENSANDO A ÉTICA E A MORAL NO ESTADO PÓS-MODERNO

GLOBALIZATION AND THE CRISIS IN LAW: RETHINKING ETHICS AND MORALS IN THE POST-MODERN STATE

ADONIAS OSIAS DA SILVA⁴
CARLA REGINA FREITAS⁵
KLÉBER STOCCO⁶

RESUMO

O presente ensaio tem por escopo uma análise crítica sobre a globalização tecnológica e econômica e os seus impactos no direito positivo, com sua lógica normativista formal face a contextos que se apresentam cada vez mais complexos e mutáveis. Partindo dessa premissa, pretende-se avaliar como a ética e a moral podem servir de norte nessa mudança de paradigma que se faz necessária para uma aplicação do direito que melhor atenda aos anseios do cidadão em uma sociedade em constante mudanças. Busca-se analisar o papel do direito sob esse novo viés de globalização e a sua relevância para o homem hodierno.

PALAVRAS-CHAVES:

Globalização, Direito positivo, Ética, Moral.

ABSTRACT

The present essay seeks to a critical analysis on the technological and economic globalization and its impact on positive law, with his normativity formal logic face the contexts that are increasingly complex and mutable. Starting from this premise, it is intended to assess how the ethics and morals can serve as North in in this change of paradigm that is necessary for an application of the law that best meets the needs of the citizen in a society in constant change. The aim is to analyse the role of the right under this new globalization view and its relevance to the modern man.

KEY WORDS:

Globalization, Positive Law, Ethics, Morals.

1. INTRODUÇÃO

É de sabença geral que a trajetória do homem no planeta, iniciando nas cavernas até o *homo sapiens*, quando o homem passou a tomar consciência de sua inteligência e instituiu sua liberdade para vencer os obstáculos que sempre atravessaram seu caminho, sempre foi marcada pela participação do homem na construção do direito e da justiça.

4 Advogado tributarista, Bacharel em Direito pela UNIBAN-SP; Pós-graduado em direito tributário pela Faculdades integradas Jacarepaguá – RJ; mestrando em Direito - Soluções Alternativas de Controvérsias Empresarias, na Escola Paulista de Direito; adonias.2009@hotmail.com

5 Mestranda em Direito – Soluções Alternativas de Controvérsias Empresarias, na Escola Paulista de Direito – EPD. Pós-Graduada em Direito do trabalho pela UNIP – SP. Pós-graduada em docência do ensino superior pela UNIP – SP. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de SBC carla_rfreytas@hotmail.com

6 Advogado especializado em Processo Civil e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito; mestrando em Direito - Soluções Alternativas de Controvérsias Empresarias, na Escola Paulista de Direito, São Paulo – SP. kleberstocco@stoccoadvocacia.com.br

Mesmo nos primórdios da civilização, quando ainda não se tinha uma ideia aperfeiçoada de direito e de justiça como temos nos dias atuais, o homem sempre lutou para ser o ator da sua própria história e, dentro dessa toada, passou a ser um ser político e moral, que agia dentro do seu conceito de ética e moralidade.

Aliás, pode-se diferenciar o homem dos demais seres vivente exatamente por conta do seu desenvolvimento intelectual, que, por sua vez, está diretamente relacionado à sua conduta em sociedade, ou seja, no seu procedimento moral que é demonstrado por meio de suas atitudes na convivência coletiva com os seus pares, o que não só acontece com os demais seres vivos, que agem simplesmente por instinto. Essa sua postura entre os demais semoventes da natureza é que lhe dá lugar de destaque como ser social dominador⁷

Desde os costumes sociais transmitidos de pai para filho, as relações dos grupos sociais evoluíram de simples paradigmas de convivência até se chegar a estruturação de comandos mais sólidos, tais como o direito positivado, e tudo isso como consequência do caráter eminentemente gregário do ser humano que, a partir da sua convivência social, fez exsurgir o direito, como fenômeno social de sua própria cultura, com suas regras e sanções.

E para ratificar essa realidade há um brocardo em latim que diz: “*ubi est societas, ibi ius*” (onde houver sociedade, aí estará o direito). Esse é o ponto de partida do presente ensaio, uma vez que a sociedade evoluiu, tornou-se global, e o direito positivo com sua normatividade formal, ao que parece, já não consegue atender aos anseios desse homem moderno que, em meio a um mundo globalizado, segue em sua eterna jornada em busca da justiça.

A globalização, que veio de mãos dadas com a revolução tecnológica e as mudanças econômicas, após vencida sua primeira fase de instalação, qual seja, a integração dos mercados mundiais, agora nos apresenta um novo desafio que são os desdobramentos e os impactos nas instituições jurídicas. O grande desafio é saber qual a eficácia e o alcance dos institutos jurídicos e de seus instrumentos legais para essa nova realidade do homem globalizado.

Ao lado disso, não se pode olvidar o papel da ética e da moral para o direito moderno, bases de uma sociedade justa e correta. Tal realidade pode ser constatada pelo simples fato de que, na prática, a aplicação concreta do direito faz-se por intermédio da justiça distribuída por um homem – o juiz – a quem o sistema jurídico incumbe o honroso mister de solucionar a controvérsia entre as partes litigantes em busca de uma sentença.

No cotejo do trâmite processual em busca da sentença o que se percebe é que são postas em confronto não apenas as normas jurídicas, senão todos os princípios de ética e moral que a lei processual exige não apenas dos litigantes como também do próprio juiz. O ponto nevrálgico é saber como ser ético em meio a corrupção degenerada trazida no seio da globalização e seus sistemas tecnológicos, onde se pode fraudar desde uma simples escolha de síndico de condomínio até uma eleição para escolha dos nossos governantes.

⁷ Cfr. Miguel Reale, in Uma Nova Ética para o Juiz, p. 131, de Coordenação de José Renato Nalini, 1994, Revista dos Tribunais.

A globalização econômica impõe ao homem o dever de ser rico, de ter, de possuir a todo custo, e as inovações tecnológicas são os trilhos que conduzirão a locomotiva da desonestidade, sob o vão pretexto de que os fins justificam os meios, afastando cada vez mais os seres humanos dos valores éticos e morais recebidos de berço. E imbricado nesse sistema da “lei de Gerson”, da facilidade a qualquer custo, encontra-se o direito, com todas as suas vertentes e determinantes.

É sobre essa crise no direito que se pretende tratar no presente texto, levando em conta os aspectos da globalização, que tornou o mundo em uma aldeia global, e levou consigo os valores da ética e da moral que nos foram transmitidos pelos nossos patriarcas. Vivemos hoje em contextos cada vez mais complexos e mutáveis, que clamam por um direito contextualizado, um direito que atenda às necessidades do homem atual, que já não são mais as mesmas do homem inserido no contexto do século passado.

O que se pode afirmar de concreto é que o Estado e o direito, nos moldes tradicionais que estão implantados na sociedade hoje, não se adequam às evoluções sociais vividas pelo homem dentro da sociedade. Hoje, mais que nunca, o direito precisa tomar outros rumos se quiser atender aos anseios desse homem globalizado. O direito tem que se voltar para meios alternativos, ou seja, o direito deve ser um direito de negociações, de mesas redondas, de arbitragem e mediação.

O certo é que os caminhos que nos trouxeram até aqui não serão os mesmos que nos levarão daqui para adiante. E por conta dessa realidade é válido analisar até que ponto o direito positivado, com uma lógica formal e inflexível, pode atender a contento os anseios desse homem globalizado, em especial no que concerne ao aspecto ético e moral. Há necessidade de se manter a ética e a moral sem perder de vista o direito justo e sua correta aplicação ao caso concreto.

2. A GLOBALIZAÇÃO NO ESTADO MODERNO

A história tem mostrado que o homem sempre lutou por melhorias em suas condições de vida. Os conglomerados humanos já tomavam forma de cidades há cerca de 3500 a.C. e do seu contexto social emergiam os guerreiros com suas primitivas armas que eram forjadas para defesa do grupo social. A partir dessa realidade surgiam os construtores de suas mansardas, os que dominavam a utilização da água, e aqueles, que, com sua sabedoria, aprenderam a interpretar os fenômenos naturais e se tornaram seus sacerdotes e primeiros juízes.

A partir desse desenvolvimento primário o homem e a sociedade desenvolveram-se de várias maneiras e em diversos estágios, que não convém aqui analisa-los, uma vez que o presente papel não se presta a esse desiderato. Entretanto, vale destacar aqui apenas os absolutismos que marcaram os primeiros tempos do Estado Moderno, que trouxe como característica o monopólio do uso da violência por parte dos déspotas, que, de maneira absoluta, detinham o poder a todo custo, sendo não apenas legislador, mas também juiz da sua própria vontade.

O estado, visando manter a paz social ameaçada ou violada, proibiu a autotutela e chamou para si a responsabilidade de solucionar os litígios. A partir desse momento o Estado passou a ter a função de aplicar o direito aos casos concretos a ele submetidos e compor os conflitos.

Em decorrência disso surgiu o Estado como detentor da ordem, da lei e da justiça restringindo o campo de atuação dos governantes aos estritos limites da lei, conferindo ao judiciário a competência exclusiva para julgar e dirimir os conflitos, e esse o faz por meio da jurisdição. O vocábulo jurisdição procede da composição de duas palavras: do substantivo latino *jus, juris*, que significa “direito”, mais a terceira conjugação do verbo *dicere*, que significa “dizer”, “afirmar”, “expressar”. Assim, jurisdição é o poder que o Estado tem de dizer o direito.

Entretanto, a jurisdição é inerte, segundo o brocardo latim: “*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex officio* (não há juiz sem ator; o juiz não procede de ofício). Daí surgiu o art. 2º do Código de Processo Civil, que assim prolata: “*Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quanto a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais*”.

Por essa razão, para que o Estado possa oferecer a prestação jurisdicional e exercer seu papel como mediador dos litígios há necessidade que o titular do interesse em conflito na relação jurídica de direito material tenha iniciativa e vá bater às portas do judiciário. Por oportuno, é válido ressaltar que, embora o Estado não tenha iniciativa para início da jurisdição, uma vez provocada a função jurisdicional do Estado, o processo será desenvolvido por impulso oficial até sua ultimação com uma sentença que ponha fim à lide provocada.

Com o crescimento populacional e o crescimento econômico, tecnológico e social, a demanda de cidadãos que batem às portas do judiciário são proporcionalmente maiores que as respostas dadas àqueles que buscam uma resposta às suas demandas e litígios. E o resultado disso é que o judiciário, que já não atende às demandas ali levadas passa a um ativismo judicial que não corresponde aos anseios do cidadão.

Hoje, com a globalização, os problemas enfrentados pela sociedade são completamente diferentes dos vivenciados pela geração passada e a tendência é um incremento dessas dificuldades, e a certeza que nos resta é que o judiciário não está preparado para as mudanças que se apresentam para a próxima geração, que trataremos nas linhas seguintes.

Quando se fala em globalização o que se tem em mente é uma análise séria dos processos e mudanças inter-relacionadas e que estão acontecendo no cenário mundial, e com isso todo o modo de pensar, agir e viver da sociedade está sendo alterado substancialmente. Tais mudanças afetam não apenas as estruturas econômicas e sociais, senão que interferem diretamente no modo de produção jurídica atual e, como resultado, na forma de pensar e fazer o direito.

O primeiro ponto que não se pode deixar de mencionar é a questão da soberania do Estado-nação face ao crescimento do multinacionalismo e transnacionalismo. Com o aumento das empresas multinacionais e o surgimento desenfreado de agentes supranacionais e transnacionais trazidos pela globalização, o Estado-nação vê sua força mitigada no que respeita a regulamentação e estruturação das regulações econômicas, bem como no que tange a proteção do indivíduo e da sociedade. O que antes era de competência exclusiva do estado-nação, a partir da globalização passará a ser alvo e interesse de outras instituições transnacionais e multinacionais.

As empresas multinacionais, com sua capacidade para expansão, tanto da produção quanto outras operações por todo o mundo, em que pese sua importância para o desenvolvimento econômico e social, impõem ao direito um modo de pensar completamente diferente dos moldes trazidos do século passado e que tem se perpetuado na história. A facilidade com que essas empresas têm para mudar suas fábricas de um país para o outro, bem como seu potencial de negociação mundial, passa a exigir do direito uma visão global e mais aberta e menos sistemática, fechada e localizada como a atual.

A relevância dessas empresas para a economia mundial conduz a uma mudança de foco para as relações sociais, com toda sua complexidade, passando a exigir do jurista não apenas a visão nacional, porém, um olhar ‘além das fronteiras’, ou seja, um olhar global. Até mesmo porque virou lugar comum se ouvir que “o mundo é uma aldeia global”, significando, com isso, que as cercas, os muros e os limites que nos separavam dos nossos vizinhos, agora já não mais podem ser vislumbrados.

Tal realidade afeta o direito em todos os níveis e tem seus desdobramentos nos valores éticos, morais e de bom comportamento que se exige do cidadão inserido nesse contexto social globalizado. Expostos a todos os riscos trazidos pela globalização, esse cidadão, que procura no judiciário uma resposta à sua demanda, não encontra no direito mais que conceitos e institutos pré-estabelecidos, formalmente impostos e determinados, que não consegue atender às suas necessidades dentro dessa complexidade global.

Por essa razão, pode-se afirmar que a globalização aponta para uma mudança no direito civil, penal, empresarial, administrativo e, acima de tudo, no direito internacional, que precisa se adequar constantemente para o atendimento de situações novas e inusitadas que até algum tempo atrás não se pensava sequer existir, tais como o comércio global e a união de mercados financeiros que, não obstante sua flexibilização para criação de capitais unidos globalmente e a facilitação do livre fluxo de investimento sem fronteiras, não deixa de ser uma realidade nova e difusa para o direito atual.

Um outro fator que deve ser pensado nesse mundo globalizado é a questão do crescimento dos blocos econômicos regionais, pois isso afeta diretamente o *modus operandi* do direito como está posto em nossa sociedade. O que é mais comum hoje, e que tem aumentado a cada ano que passa, é o intercâmbio entre os blocos regionais de comércio, ou seja, a diminuição das barreiras comerciais entre as nações. Basta lembrar de siglas como ALCA, MERCOSUL, UEA, apenas para citar alguns desses blocos que se unem com afinidades comerciais. O certo é que hoje o comércio internacional é uma realidade e os conceitos neoliberais, que eram mais hegemônicos, estão abrindo as portas de muitas nações outrora fechadas ao diálogo, como é o caso da Europa Oriental, a antiga União Soviética e, porque não dizer, com reflexos positivos na China.

O livre comércio internacional e a ênfase exacerbada que se dá aos mercados privados, de certo modo descentraliza e reduz o papel governamental, que sempre foi o regulador da economia. Essa mudança à livre negociação é de tamanha monta que influenciou diretamente a política econômica do “Tio Sam”, bem como a política econômica europeia em geral, levando à criação de entidades como o FMI, o BIRD (assim como os bancos regionais e o GATT), espalhando seus efeitos ao redor do mundo globalizado.

E se todas essas mudanças não fossem suficientes para desenhar o gráfico da sociedade atual, ainda se pode falar na tendência mundial à democratização, à proteção dos direitos humanos, levando um interesse muito maior à seara do direito, dada a função jurisdicional do Estado inicialmente apontada. Paralelo às manifestações gritantes por mudanças econômicas, percebe-se um esforço tremendo, a nível internacional, para a criação de políticas liberais, que visem tutelar os direitos humanos individuais, bem como o controle da arbitragem governamental e o fortalecimento dos institutos jurídicos que venham realmente atender ao pedido de prestação jurisdicional do cidadão, face aos seus interesses difusos e coletivos.

Paralelo a tudo isso encontramos ainda as ONGs, que são os protagonistas transnacionais e supranacionais que surgem nesse cenário visando tutelar os direitos humanos, o direito dos desvalidos, o direito a um meio ambiente sustentável, o direito das populações indígenas, o direito das minorias étnicas, a questão dos homo afetivos na sociedade, apenas para citar algumas delas. Não se pode mais olvidar que todas essas questões fazem parte do dia a dia do cidadão e a sociedade anseia por uma resposta satisfatória e que venha ao encontro desse homem moderno que, ao que parece, foi convidado a sair da caverna, entretanto, não lhe foi dado os meios necessários para seguir em frente, razão pela qual continua absorto a tudo o que vê ao seu redor, sentindo-se impotente e despreparado para enfrentar essa nova realidade.

Ao analisar toda essa problemática global, fica patente que o direito não tem envidado esforços à canalização e condução dos conflitos e embates surgidos no seio da sociedade, razão pela qual há que se falar não apenas em uma mudança radical e urgente, senão em uma total adequação de conceitos tradicionalmente utilizados, de tal modo que, do mesmo modo como o homem saiu da caverna, o direito também faça o mesmo caminho e venha ao encontro desse homem moderno em meio a uma sociedade caótica, um mundo globalizado, e uma vivência de conflitos generalizados em todos os níveis.

3. DIREITO POSITIVISTA E LÓGICA FORMAL

Não é possível falar em positivismo na seara jurídica sem se atrelar à figura de Hans Kelsen. Na realidade, embora seja considerado o pai do positivismo, vale destacar *ab initio* que toda doutrina positivista foi sendo construída ao longo dos anos e teve seu papel preponderante para o desenvolvimento do direito enquanto ciência jurídica.

Para Kelsen, o direito deveria ser entendido como norma, divorciada de qualquer concepção social ou valorativa. Exatamente por pensar desse modo é que o ponto central da sua obra, conhecida como Teoria Pura do Direito, é a libertação dessa ciência jurídica de todos os elementos que, pela ótica de Kelsen, não lhe são próprios. Ao propor essa cisão o jurista alemão visa dar à ciência jurídica uma autonomia própria, totalmente livre de elementos que não pertençam à sua alçada.

Para Kelsen, a ciência jurídica pura deve ser inconfundível com a psicologia, a sociologia, a política e a moral. Embora tais ciências se relacionem de algum modo com o direito e cruzem seu caminho na maioria das vezes, mesmo assim a ciência jurídica não pode ser impregnada com tais conceitos alheios à sua área de atuação. Tal entendimento, embora soe estranho aos ouvidos, tem seu valor quando se quer falar de justiça, pois se utilizando de uma linguagem precisa e rigidamente lógica, Kelsen abstraiu do conceito do Direito a ideia de justiça.

A justiça está sempre e invariavelmente imbricada com os valores (sempre variáveis) adotados por aquele que a invoca (seja por argumentos sociológicos, psicológicos ou morais), não cabendo num conceito de Direito universalmente válido, por conta da imprecisão e fluidez de significado, pois o que é justo para um determinado contexto ou sociedade não seria justo para outro.

Na visão de Kelsen o direito se restringe a um conjunto de normas representadas por prescrições que revelam a categoria do “dever ser”, e desse modo relega os fatos a uma escala de jurídico ou antijurídico. Com isso se percebe claramente que Kelsen cria uma deontologia baseada na distinção entre ser e dever-ser. Em outras palavras, Kelsen traça uma distinção entre as coisas como são e as coisas como devem ser, e essa relação entre “o ser” e o “dever-ser” desemboca em duas vertentes distintas, e que são cruciais na sua concepção do Direito.

A primeira dessas vertentes diz respeito ao fato de que essa distinção entre ser e dever-ser serve para diferenciar entre as duas modalidades em que se pode estudar direito: a primeira é a visão do direito como ele é, e a segunda é a visão do direito como ele deve ser. A segunda vertente dá conta que essa distinção também serve para fazer um marco divisório entre o reino dos fatos - relacionado ao ser - e o reino das normas - relacionado ao dever-ser. Assim sendo, cria-se a seguinte equação: o não cumprimento da obrigação (a ausência do fato obrigacional), implica em sanção (dever ser). Em palavras mais claras: ao não cumprimento (dever), deve haver penalidade (sanção estabelecida pela norma).

Neste contexto, Kelsen observa que a norma é um produto da vontade, elaborada com a finalidade de regular a conduta humana e que funciona como um esquema de interpretação. Aqui se faz necessário destacar que, para o positivismo, a norma tem validade não pelo sentido de ser justa, mas pelo simples fato de estar ligada a outra norma considerada superior que ele, denomina de norma fundamental. É a partir desse conceito metodológico da norma fundamental que o jurista consegue criar uma sistematização de toda uma ordem jurídica.

Uma de suas concepções teóricas de maior alcance prático é a ideia de ordenamento jurídico como sendo um conjunto hierarquizado de normas jurídicas estruturadas na forma de uma pirâmide abstrata, pontuada e dominada pela Constituição do Estado, que subordina as demais normas jurídicas de hierarquia inferior (as diversas leis infraconstitucionais e os outros atos normativos). Desta concepção teórica é que se extrai o conceito de rigidez constitucional, o que vem a possibilitar e a exigir um sistema de tutela da integridade da Constituição. Embora haja controvérsias quanto à criação da pirâmide normativa, para efeito do presente ensaio atribui-se a Kelsen.

Outra grande contribuição do jurista para o mundo prático do Direito foi a Constituição da Áustria de 1920, redigida sob a sua inspiração. À sombra da influência do pensamento Kelseniano, esta Carta Política Austríaca inovou às anteriores, introduzindo no Direito Positivo o conceito de controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos como função jurisdicional a cargo de um tribunal constitucional, incumbido da função exclusiva de guarda da integridade da Constituição.

A partir daí a jurisdição constitucional pode ser seccionada em duas vertentes: a jurisdição constitucional concentrada (controle concentrado da constitucionalidade) e a jurisdição constitucional difusa (controle difuso da constitucionalidade). Este último modo de guarda da Constituição (difuso) já era praticado nos Estados Unidos da América.

No ordenamento jurídico pátrio, sob a égide da Constituição Federal de 1988, a jurisdição constitucional é praticada dos dois modos: o concentrado, por meio de ações próprias da competência do Supremo Tribunal Federal, e o difuso, executado nos autos de quaisquer ações (e dos recursos a estas inerentes) da competência de qualquer órgão jurisdicional, sejam juízes ou tribunais.

Portanto, quando se discute Kelsen não se pode perder de vista o foco da questão principal do seu pensamento que é a validade da norma jurídica e a sua hierarquização, sendo esse um dos aspectos mais importantes da sua teoria.

Diante do exposto, percebe-se que o direito positivista é um conjunto de normas que regulam a conduta humana e essas normas, por sua vez, quando legitimamente válidas e descumpridas adquirem poder para estabelecer sanções, pois, em razão da sua estrutura, é caracterizada como uma ordem coercitiva e que só tem validade se estiver umbilicalmente ligada a outra norma.

O grande problema que se apresenta em relação ao positivismo jurídico é que mesmo sendo ele um sistema de normas que regulam a conduta do homem dentro da sociedade, mesmo assim a inflexibilidade do direito positivado não consegue atender aos anseios desse mesmo homem. Nessa esteira vale a pena ressaltar a crítica feita por Dworkin⁸ ao positivismo jurídico ao afirmar que o positivismo é tão dogmático que “a lei frequentemente se torna aquilo que o juiz afirma.” Nessa crítica Ronald Dworkin faz um contraponto ao direito positivista apresentando um modelo teórico que tem como escopo dar uma resposta adequada à questão da interpretação, que ele chama de integridade do direito.

Pois bem, esse dogmatismo intolerante do positivismo jurídico, que acaba por reduzir a lei ao pronunciamento de determinados juízes é que culmina por tirar a esperança do cidadão, relegando o direito apenas ao mundo das ideias, aquilo que deveria ser, e não ao mundo real, aquilo que se espera quando se ingressa no judiciário com uma demanda: a concretude da demanda judicial. Não se fala aqui em justiça, pois, como já foi mencionado, o positivismo jurídico não tem essa pretensão de justiça, mas simplesmente visa fornecer um conceito universalmente válido de direito, apartado de outras realidades sociais. O que se pretende aqui é que pelo menos a tão almejada prestação jurisdicional seja efetivada de fato e de direito e não apenas teorizada em normas jurídicas, verbalizadas pela toga.

4. A ÉTICA E A MORAL NO DIREITO

Quando se fala em ética e moral no direito não se pode deixar de mencionar que a conduta de um indivíduo em relação ao outro, seja em que contexto social ocorra, nas lutas judiciais levadas a efeito à justiça, sempre tem um forte cunho moral.

A única diferença entre os postulados éticos e morais e o direito é que esse último tem sua força coercitiva regulada pelo ordenamento jurídico, que a todos se sobrepõe com suas regras, ditames e normas definidas, que trazem consigo as sanções passíveis a quem a elas não se submetem.

O jurista positivista Hans Kelsen⁹, já mencionado nesse texto, traz uma importante contribuição para a compreensão desse tema ética e moral no direito. Em sua obra *O que é justiça*, o sábio alemão assim se expressa:

8 DWORCKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Martins Fontes: São Paulo, 2007. P.

9 3. KELSEN, Hans. *O que é Justiça – A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência*. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Embora reconhecendo o direito como a técnica social específica da ordem coercitiva, podemos compará-lo com outras ordens sociais que, em parte, perseguem os mesmos objetivos que o direito, mas por meios diversos. O direito é meio social específico, não um fim. O direito, a moralidade e a religião – todos os três proíbem o assassinato. Mas, o direito faz isso provendo que: se um homem comete assassinato, outro homem, designado pela ordem jurídica, aplicará contra o assassino, certa medida de coerção prescrita pela ordem jurídica. A moralidade limita-se a exigir: não matarás.

É digno de nota que embora a moral não tenha o poder e a força de estabelecer uma sanção pela sua desobediência, como faz o direito, mesmo assim ela não pode ser desprezada pelos estudiosos do Direito, uma vez que antes mesmo do direito positivado com suas normas e conceitos a moral já era utilizada pelas sociedades primitivas como meio de nortear e conduzir os relacionamentos no convívio social.

Portanto, a distinção entre a moral e um princípio jurídico é uma linha tênue e que, muitas vezes, caminham juntas e próximas e que são separadas apenas pelos seus efeitos. Tomemos como exemplo um filho que, ao passar pelo pai e recebe um cumprimento, não retribui na mesma delicadeza, ou até mesmo o destrata, tal comportamento é uma ofensa moral para a qual não existe uma cominação legal. Entretanto, se esse mesmo filho, ao ser cumprimentado pelo pai lhe causa uma lesão corporal, nesse caso comete crime previsto no ordenamento e deve ser punido.

Por essa razão, Chaïm Perelman¹⁰, o grande filósofo de Bruxelas e um dos maiores filósofos do Direito do séc. XX, ao tratar desse tema Direito e moral, deixou registrado o seguinte:

Tradicionalmente, os estudos consagrados às relações entre direito e a moral insistem, dentro de um espírito kantiano, naquilo que os distingue: o direito rege o comportamento exterior; a moral enfatiza a intenção, o direito estabelece uma correlação entre os direitos e as obrigações, a moral prescreve deveres que não dão origem a direitos subjetivos, o direito estabelece obrigações sancionadas pelo poder; a moral escapa às sanções organizadas. Os juristas, descontentes com uma concepção positivista, estatística e formalista do direito, insistem na importância do elemento moral no funcionamento do direito, no papel que nele desempenham a boa-fé, a má-fé, a intenção maldosa, os bons costumes, e tantas outras noções cujo aspecto ético não pode ser desprezado.

Pelas palavras do erudito filósofo de Bruxelas, já se dá para ter uma ideia da dimensão que a moral e a ética desempenham na aplicação do direito para os dias atuais. Vivemos em uma sociedade onde os valores éticos e morais se confundem com os interesses pessoais e particulares, razão pela qual tais valores são cada vez mais relegados a segundo plano, marcas de uma sociedade consumerista, onde o que importa é se atingir os fins, não importando os meios utilizados para tal, fazendo prevalecer o velho brocardo de que os fins justificam os meios.

Pois é exatamente nessa tênue linha entre os valores morais e éticos e os bons costumes que o direito deve palmilhar sua trajetória, uma vez que a sociedade vem perdendo a noção desses valores a cada geração que passa. Na época dos nossos pais a simples palavra empenhada selava um negócio jurídico e era levado a efeito até às últimas circunstâncias.

Atualmente, mesmo estando cercado de todas as garantias, de fidúcia e tudo o mais, mesmo assim não se tem mais a real segurança de que o negócio jurídico chegará a termo de um modo são, sem a intervenção do estado exercendo seu papel coator para exigir as regras inicialmente compactuadas.

10 4. PERELMAN, Chaïm, in *ética e Direito*, p. 289 a 299, Martins:1996

Diante dessa exigência social que se impõe na atualidade, o direito, do modo como se materializa no processo, por meio da decisão do juiz, traz à tona todo o acervo da cultura humana no trato dos interesses dos litigantes em face do estado-jurisdicional, que cada vez mais assume seu papel coator delegado pela própria sociedade.

O certo é que no cotejo da prática processual são postos em confronto não apenas as normas jurídicas como também todos os princípios éticos que a lei do processo exige dos litigantes e até mesmo do próprio juiz. Ladeado da liberdade existe toda uma estrutura de lealdade e sinceridade que é exigido por lei nas lides e embates judiciais. O que se deve buscar é não apenas a norma positivada e formal, mas também os valores morais e éticos como elementos essenciais da pretensão jurisdicional buscada.

A sociedade, do modo como está organizada hoje, com todos os instrumentos de controle social e o aumento da informação por meio da tecnologia e o crescimento econômico por conta da globalização, já não se presta a um papel de mera expectadora da justiça. Ao contrário, pela falta que o ordenamento jurídico tem demonstrado, o que se observa hoje, mais que nunca, é uma sociedade querendo fazer justiça com as próprias mãos, tentando preencher esse vácuo deixado pelo judiciário na prestação jurisdicional, mas infelizmente operando da maneira errada, cometendo, muitas vezes, sob o manto da justiça, mais injustiça ainda. Tudo isso por conta desse formalismo jurídico, que busca apenas na técnica e aprimoramento das leis as respostas aos problemas sociais, o que deixa evidente que esse modelo já não é mais suportado pela sociedade moderna.

No tocante a isso, é válido ressaltar aqui as palavras do jurista italiano Francesco Carnelutti¹¹, que exarou: “Se o direito é um instrumento da justiça, nem a técnica nem a ciência bastam para manejá-lo”. Fica evidenciado, pelas palavras do ínclito jurista italiano que a aplicação prática do direito, que se faz através da justiça levada a efeito nos conflitos judiciais, exige mais que técnicas Jurídicas e manejo de normas para que se faça justiça. A grande questão que não se pode mais ocultar é saber se a aplicação do direito como é feita nos dias atuais, de um modo positivado, pronto e formal, visa realmente a justiça. Percebe-se que na aplicação do direito os problemas práticos levados ao judiciário não encontram resposta ante aos conceitos jurídicos pré-estabelecidos e estritamente formais.

Não foi sem razão que Jhering¹² disse que os problemas práticos não se adaptam bem ao paraíso dos conceitos em que muitos juristas preferem viver. Segundo João Maurício Adeodato, propõe-se uma interpretação menos dogmática da obra de Jhering, autor esse que é internacionalmente considerado um dos mais importantes para a dogmática do direito privado.

Diante disso, percebe-se que o direito deve caminhar em busca de um equilíbrio entre a visão positivista normativista de Hans Kelsen, onde a decisão do juiz deve ser moldada pela norma posta (daí direito positivo), e a posição mais extremada proposta pela tópica de Viehweg, para a qual a decisão não deve guardar relação com os textos normativos.

11 Francesco Carnelutti, in *Como Nasce o Direito*, p. 60, tradução de Ricardo Rodrigues Gama, 1ª edição, Russel:2004, São Paulo.

12 Jhering, *apud* João Maurício Adeodato, in *Ética e Retórica*, p. 322, 5ª edição, Saraiva: 2012, São Paulo.

Quanto a isso, João Maurício Adeodato¹³ descreve com muita propriedade sobre o tema:

A tópica de Viehweg parece levar a uma “abertura” excessiva em relação ao texto normativo, que é considerado apenas expressão de um topos dentre outros. Ao recusar o postulado dogmático da conexão necessária com o texto, a tópica faz da “orientação por meio de problemas” um método por demais livre e aproxima-se do decisionismo.

O que se tenta resgatar é esse dogmatismo do direito positivo que busca apenas e tão somente na norma posta pelo estado sua base de sustentação, em detrimento dos argumentos moral e ético na busca por justiça. O que se reveste de maior importância é o ordenamento jurídico vigente, estatalmente positivado e regido por suas próprias regras extremamente formais.

Como corolário desse cenário formal e rígido, que já não atende mais aos anseios do homem moderno é que surgem os meios alternativos de solução de conflitos, tais como a mediação, a arbitragem, conciliação, que se apresentam como coadjuvantes ao poder judiciário na tentativa de desafogá-lo. Tais institutos trazem no seu bojo não apenas uma alternativa ao tradicional modo de solução de conflitos, senão uma busca e um resgate pelos valores morais e éticos que se manifestam na atuação dos árbitros e mediadores.

Dentro do cenário desses novos institutos que surgem em nossa sociedade é que deve resplandecer a conduta do advogado como profissional de direito, pondo à prova sua postura ética e moral diante dos embates que se apresentam cada vez mais acirrados. De um lado tem o direito do cliente que patrocina; por outro lado, como adversário, a resposta da parte contrária, que também tem seu patrono advogado.

É nesse contexto que o advogado deve exercer sua árdua tarefa intelectual na defesa do seu cliente, entretanto, mantendo-se de pé e alinhado com sua crença no direito que defende e na justiça que busca, sem olvidar os valores éticos e morais que conduziram sua formação até o presente momento, ou seja, toda sua herança ética e moral que foi sendo formada no decorrer da sua trajetória terrena, consoante afirma Adeodato.

5. A ÉTICA E A MORAL NA CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Uma vez analisada a relação entre ética e moral no direito, é válido abordar o outro lado da moeda, qual seja, a ética e a moral na efetivação da justiça. Se o direito positivado, como é posto hoje, busca tão somente a norma estatizada e rigidamente formal, sem levar em conta os valores éticos e morais e dos bons costumes estabelecidos pela sociedade, vale a pena fazer uma reflexão séria sobre a contribuição da ética e da moral na realização da justiça.

Sabe-se que objeto da ética é a moral. O vocábulo moral deriva do latim, que significa “costumes”, que, por sua vez, é a parte da ciência que cuida do bem, dos bons costumes essenciais à vida social do homem. É o conjunto de normas de conduta humana conforme a virtude. Portanto, percebe-se que a moral é indispensável ao conteúdo do direito, em especial quando se fala em concretização da prestação jurisdicional, que se dá por meio da justiça.

13 João Maurício Adeodato, op. Cit. p. 317.

A ciência dos deveres é conhecida como deontologia e os princípios axiológicos que a normatizam não podem prescindir da ética. Consoante ensina o ilustre jurista Miguel Reale: “a ética é a ciência normativa da conduta”. Apenas o ser humano detém esse legado, o que difere dos demais seres vivos, como já foi mencionado no início desse texto.

É válido aqui as palavras de José Renato Nalini¹⁴, que é conhecido como um dos mais importantes teóricos do estudo da ética no Brasil, que assim se expressou:

Ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. É uma ciência, pois tem objeto próprio, leis próprias e método próprio. O objeto da ética é a moral. A moral é um dos aspectos do comportamento humano. A expressão deriva da palavra romana *mores* com sentido de costumes, conjunto de normas adquiridas pelo hábito reiterado de sua prática.

Portanto, pode-se depreender que a ética é a ciência que estuda os atos da conduta humana no contexto social com fundamento na lealdade, bem como na decência, na lisura de atos e na dignidade da postura, de tal forma que a busca da verdade seja o alvo maior a ser alcançado, acima dos interesses pessoais escusos e das paixões. Infelizmente, o que se observa é que os interesses pessoais têm se sobrepujado aos valores morais e éticos e ao desejo real de justiça, e é essa situação que já não pode mais ser sustentada nessa sociedade da informação e globalizada.

O que não se pode esquecer é que a ética se torna, dentro desse contexto atual, uma condição indispensável para que se viva uma vida honrada nessa sociedade globalizada. Sem ética fica insustentável a vida em sociedade, e a lealdade, que é sua principal virtude, deve não apenas nortear as relações, senão passar a ser o núcleo da sua própria essência.

Não é sem razão que o estudo com a ética vem ultrapassando os milênios e as eras e já era motivo de preocupação para a erudição da Grécia antiga e clássica, cujas contribuições devem ser consideradas até os dias de hoje quando se trata do tema ética e moral.

Pode-se, apenas a título de exemplo, citar Aristóteles¹⁵, que admitido ainda jovem como discípulo de Platão, (que aos 41 anos foi designado por Felipe da Macedônia para preceptor de Alexandre Magno) e fonte inesgotável da sabedoria humana, dedicou ao seu filho Nicômaco, nascido do seu segundo casamento com Herpila de Estagira, um dos seus trabalhos sobre a ética que ainda hoje é editado em toda parte do mundo.

Segundo Robison Barone¹⁶, em sua cartilha de ética profissional do advogado, cita o estagirista da seguinte maneira: “...este estudo não é teórico como os outros, pois estudamos não para saber o que é a virtude, mas para sermos bons, que de outra maneira não tiraríamos nenhum benefício dela” (Livro II da ética a Nicômaco).

Ainda, Miguel Reale¹⁷, outro importante jurista do cenário nacional, ensina que Aristóteles, no oitavo livro da ética a Nicômaco, desenvolve sua teoria da justiça e ele diz:

14 José Renato Nalini, in *Ética Geral e Profissional*, p. 30, Revista dos Tribunais:1997.

15 ARISTÓTELES, in *A Ética*, EDIPRO - Edições Profissionais Ltda:1996, 1ª Ed. São Paulo.

16 ROBISON BARONI, in *Cartilha Ética Profissional do Advogado*, LTr Editora Ltda:São Paulo. 3ª Edição. P.23

17 MIGUEL REALE, in op. Cit. P. 24.

“... o qualificativo de injusto se aplica a duas espécies de indivíduos: 1) àqueles que desobedecem à lei; 2) àqueles que querem receber mais que sua parte, ou seja, a parte que por direito lhes deveria ser concedida. Por oposição, o justo é o que obedece a lei e o que se contenta com sua parte.”

Não se poderia deixar de lembrar aqui, o ilustre Baruch Spinoza¹⁸, ou Benedictus Spinoza, como ele mesmo costumava assinar em seus escritos, também se preocupou com esse tema da ética, desenvolvendo um estilo hermético, desde a definição de Deus, passando pelos caminhos em busca da liberdade da alma à potência da razão.

Observa-se, desse modo, pelas palavras dos pensadores, que a ética tem seu papel preponderante na aplicação do direito e na busca pela justiça. A teoria em demasiado, desassociado da prática, tem dificultado e atropelado os rumos do judiciário ao longo dos anos. Vale reiterar o que já foi falado acerca da complexidade dos temas que estão surgindo nessa sociedade globalizada.

O certo é que a história do mundo está sendo escrita em uma velocidade vertiginosa e acelerada, ao contrário das gerações passadas, onde os avanços eram dados a passos lentos, e o direito tinha condições, até certo ponto, de se sustentar e dar uma resposta adequada aos anseios dos cidadãos.

Hoje, com o avanço da ciência, as novas descobertas no campo genético, os milagres e crescimento assustador da Internet, a vida gerada em laboratórios, a clonagem de seres humanos, a longevidade da vida, a fluidez das notícias, a fascinação pelo computador e a epidemia dos celulares, o homem moderno já não tem mais as mesmas certezas que seus antepassados. Agora tudo é relativo: o hoje se transmuda no ontem na rapidez de um átomo.

Dentro desse desenvolvimento todo e dessa tecnologia de ponta, a única coisa que o homem não conseguiu, até agora, foi a fórmula mágica de ser solidário consigo mesmo, de respeitar o outro homem, de não ser o pior e mais cruel predador da natureza. Infelizmente, para desencanto dessa humanidade, que se encanta com a tecnologia de ponta, e as grandes descobertas e avanço da ciência, o terror passou a ser a postura ética do outro, que age ferozmente como um animal irracional, não apenas usurpando direito alheio, mas também se enfurecendo contra qualquer que queira tutelar tais interesses.

Dentro desse contexto, entende-se que a moral e a ética são atores fundamentais para o resgate dessa sociedade corrompida e ávida por direito e justiça. Hoje, mais que nunca, urge reabilitar a ética em nossa sociedade visando trazer novamente o homem de volta à sua dignidade. Os caminhos da violência, do egoísmo, do orgulho, e da indiferença pelo seu semelhante, são os alicerces da perda da moral e da ética. Não basta reconhecer a dignidade da pessoa humana no ato normativo se a conduta pessoal vivenciada em sociedade não tem se pautado por ela.

O certo é que a ética e a moral, uma vez resgatados, serão propulsores e direcionadores à formação de um futuro de esperança e promissor para a humanidade, que embora diante de tanta tecnologia e desenvolvimento, tem se voltado a práticas mesquinhas e primárias, que mais afastam os homens do convívio social que os integram. Eis o grande desafio que se apresenta às sociedades modernas, eis o papel da ética nesse limiar do terceiro milênio.

18 BARUCH SPINOZA, in A Ética, tradução de Livio Xavier, Editora Tecnoprint S/A – Ediouro: RJ.

6. A RELEVÂNCIA DO DIREITO PARA O HOMEM MODERNO

A relevância que o direito desempenha na sociedade moderna está fulcralmente lidada à crise estrutural, disseminada e manifesta que descortinamos em nosso país, o que acaba gerando uma cadeia desenfreada de reações as mais adversas. A falta de valores morais e éticos principiam pelos governantes que, ao invés de darem exemplo de lisura e probidade, preferem percorrer a senda oposta, ancorados sob o manto da impunidade, que revolta o cidadão que paga seus impostos e luta para manter uma vida digna e correta. Por outro turno, alguns cidadão revoltados com essa situação resolvem agir da mesma maneira, sob a justificativa de que se o erro vem de cima não há porque não agir da mesma maneira.

Esse panorama anárquico e de caos é o que o cidadão enfrenta no seu dia a dia e não se cansa de perguntar até quando continuará assistindo a tudo isso impotente, sem perspectivas de mudanças, envolvido em uma ordem jurídica que, com seu conjunto complexo de leis estéreis, não consegue criar mecanismos de defesa desse cidadão que mantém a estrutura estatal com seus pesados impostos, sem nenhum retorno concreto. O certo é que a possibilidade ou perspectiva de alguma mudança dessa atual conjuntura deve passar por uma reflexão séria e urgente dos institutos jurídicos e sua aplicação na sociedade, que tem deixado a desejar no atendimento à prestação jurisdicional.

Há muito material escrito sobre esse tema, e a tendência, com o passar do tempo, é que mais juristas e estudiosos do direito voltem seus olhos para essa problemática, no sentido de uma mudança de direção dos rumos que o direito tem tomado, não apenas em nossa sociedade mas, porque não dizer, no mundo como um todo, qual seja, o desrespeito aos interesses do cidadão que busca justiça, em detrimento dessa corrupção desenfreada que grassa e desgraça o judiciário, exatamente por conta de meros interesses pessoais.

Segundo o jurista Lênio Streck¹⁹ o direito não consegue preencher essa lacuna existente em nosso ordenamento jurídico, que perpetua a política da impunidade e o despreparo do judiciário em não atender aos anseios do cidadão, não por falta de previsão no ordenamento jurídico, senão por conta do que ele chama de uma “crise de modelo”. O que o ilustre jurista gaúcho propõe é uma mudança de paradigma do atual modelo jurídico implantado em nossa sociedade, que se encontra muito distante da atual realidade vivida em nosso país.

É exatamente essa “crise de modelo” detectada pelo jurista gaúcho o divisor de água que vai conduzir a conduta do advogado nessa sociedade complexa e globalizada. Os velhos crimes repugnados pela moral primitiva do homem das cavernas voltam agora a serem cometidos com uma crueldade ainda maior. Some-se a isso outros delitos próprios da nossa geração, como os crimes eletrônicos tais como a clonagem de cartões de crédito, a movimentação criminosa de saldos bancários através de saldos eletrônicos, o envio mendaz de *e-mails* com *links* que buscam captar senhas para fins criminosos, dentre outros que só a mente humana é capaz de urdir e executar.

Pois bem, é dentro desse contexto caótico e desordenado que encontramos a relevância do direito para o homem moderno, pois o direito, na sua busca por justiça, é o centro de apreciação de todas essas angústias que inquietam o homem moderno. Desde os dramas pessoais do direito de família com sua

19 Streck, Lênio, *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*; Livraria do Advogado:2009.

fria higidez, até a imobilidade absoluta de nada se poder fazer diante da chacina de vidas inocentes tragadas pelas mãos de um “justiceiro” insano e sedento por vingança, o direito deve ser repensado seriamente para contemplar as mazelas sociais que emergem o homem moderno na mais completa perplexidade e impotência diante dos fatos que se presencia a cada dia na sociedade.

A relevância do direito se faz ver na constatação da involução moral da sociedade com a conduta dos gerentes da coisa pública, que primam em fazer da lei instrumento da sua vontade, contra os interesses dos governados inábeis e ineptos de como lidar com esse problema. O direito deve perpassar os interesses pessoais e ideológicos e se lançar na busca por mudanças desse cenário que ora se apresenta.

O império da força bruta tem sido o que tem prevalecido em nossa sociedade. No trato dos direitos litigiosos, os pratos da balança da justiça nunca oscilam em prol do cidadão diante do estado, muito menos em favor da pobre face ao mais abastado, ou até mesmo diante do privilegiado contra um anônimo qualquer.

Só para se ter uma pálida noção do que se fala, as regras do processo civil estabelecem privilégios em favor do ente público, com prazo quádruplo para se defender e duplo para recorrer, e isso sem mencionar que o próprio estado-juiz, na pessoa do julgador, pode recorrer de sua própria decisão toda vez que ela for proferida contra a fazenda pública.

E para piorar a situação, as reformas judiciárias que são propostas em nossa sociedade nunca são a favor do cidadão litigante comum; ao contrário, todas as reformas no Brasil tem se voltado contra o litigante, numa vã tentativa de tentar convencer a sociedade de que a justiça não é lenta e que a morosidade na prestação jurisdicional não depende apenas do próprio poder judiciário.

Tudo isso nos remonta ao atual momento em que estamos vivendo, qual seja, uma busca insaciável pela reabilitação da ética e da moral em todo o mundo, de tal modo que se tenha um padrão mínimo de conduta nos atos da vida em sociedade e, no caso da justiça, em tudo o que diz respeito aos direitos do cidadão. Advogados, juizes, promotores, todos juntos devem ser construtores de uma nova realidade jurídica, na busca constante pelos valores éticos e morais na busca pela justiça.

Institutos alternativos para solução dos conflitos como os já mencionados, quais sejam a mediação, conciliação e arbitragem, são bem vindos nesse processo de reconstrução e busca pela justiça, uma vez que não tem a pretensão de substituição do poder judiciário, mas vem como coadjuvantes dessa busca por algo novo e que, de fato, preencha os ideias de justiça esquecido e deixados de lado ao longo da história.

7. CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi falado, o direito precisa abandonar essa visão dogmática e fechada que assumiu até o presente momento e deve caminhar rumo a uma visão mais plural. Nesse mundo globalizado, com todas as vertentes já apontadas, não há mais espaço para uma visão rígida, unívoca e extremamente formal, ao contrário, pode-se falar agora em multiplicidade de atores sociais (advogados, juizes, psicólogos, técnicos) e pluralismo de institutos jurídicos que melhor atendam aos anseios dessa sociedade moderna, dentre os quais a arbitragem, mediação e conciliação.

O momento atual leva à substituição da individualização do papel do juiz por um processo de coresponsabilização dos demais atores envolvidos no processo coletivo de mudanças sociais (os atores externos ao judiciário, como os profissionais retromencionados), todos unidos em busca de uma solução sólida, palpável e concreta ao atendimento das necessidades do homem atual. O judiciário deve fomentar e facilitar a produção de experiências que favoreçam a conexão entre si mesmo e a sociedade ao invés da disjunção, da fragmentação e afastamento do cidadão do seu anelo por justiça.

Dentro dessa nota, o próprio judiciário deve estimular as parcerias e aproximação das suas práticas jurídicas com os institutos já mencionados que, ao que se percebe pela experiência, tem conseguido dar um retorno mais adequado e satisfatório ao cidadão. Não deve existir aqui medo de competição, muito menos o receio de aparentes contradições que porventura venha a surgir em meio a esse processo de mudança. As contradições devem ser trabalhadas e não excluídas, uma vez que mesmo que algumas delas possam parecer, *a priori*, insuperáveis, mesmo assim elas não devem permanecer paralisadas ou estanques, sendo certo que a história da ciência é feita da construção e desconstrução de paradigmas e da superação de paradoxos.

Portanto, para que seja possível alguma mudança, há necessidade que o judiciário se abra à produção de experiências que favoreçam a multiplicidade de saberes e práticas jurídicas, estimulando a parceria, mesmo entre perspectivas e teorias divergentes do atual “*status quo*”. Deve haver a busca pelo diálogo com os ‘movimentos sociais’ e outros atores que desconstroem as formas tradicionais e burocratizadas de participação do cidadão em sua própria história.

Hoje, mais que nunca, urge ao judiciário entender que papel político-social está desempenhando face aos desafios que hoje se apresentam ao homem moderno (ou pós-moderno) e tomar consciência de que toda produção de trabalho que vise mudanças estruturais tem implicações sociais, ou melhor dizendo, que toda produção de mudanças provém de determinadas e múltiplas relações de poder e de determinados campos de força.

A caminhada para o processo de mudança, aberto ao senso crítico e potencial transformador, depende do trabalho de auto avaliação crítica do judiciário sobre o sentido e as consequências do seu modo de atuar. Há necessidade que as práticas jurídicas sejam pautadas na interação com as necessidades sociais, com os desafios da globalização, sempre fazendo um contraponto com a atual situação do judiciário, que se encontra sucateado e sem as condições mínimas de atender aos anseios do cidadão, face o excesso de demandas ali instauradas. Por essa razão, o judiciário tem que reconhecer e legitimar outros atores que estão dispostos a contribuir para a solução dos litígios e a satisfatividade do cidadão. Ao invés de vislumbrar o problema de conflito de jurisdição, o judiciário deveria agir no sentido de sentar à mesa com os demais profissionais sintonizados com as necessidades vitais do homem, que ultrapassam os problemas apontados e as diferenças observadas. Isso sim, seria um gigantesco passo rumo a uma mudança ético-política, indutor e condutor da reflexão que visa não apenas uma autocrítica, mas também uma verdadeira mudança que busque colocar o direito no seu verdadeiro trilho, qual seja a busca pela justiça em meio a um mundo globalizado, sem esquecer a ética e a moral, norteadoras e pilasstras de uma verdadeira sociedade Democrática de Direito.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética & Retórica**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ADEODATO, João Maurício. **A legitimação pelo procedimento juridicamente organizado**: notas à teoria de Niklas Luhmann. In: *Ética e Retórica: Para uma Teoria da Dogmática Jurídica*. p. 53-80, São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARONI, Robison. **Cartilha e Ética Profissional do Advogado**. 3ª ed. LTR Editora Ltda:
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoria geral da política**. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro: Campus, 3. Reimpressão, 2000.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. **Como Nasce o Direito**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 1ª Ed. Campinas: Editora Russel, 2004.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 2007.
- FARIA, José Eduardo, **Direito e Globalização Econômica – implicações e perspectivas**, São Paulo: Malheiros, 2010, 1ª edição, 3ª tiragem.
- FERRAZ JR., **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FILHO, Willis Santiago Guerra. **Teoria da Ciência Jurídica**. 2ª ed. Saraiva: São Paulo, 2009.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 4. ed. Vol. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 3 v.
- IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. Martin Claret: São Paulo, 2003.
- KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 2. ed. Tradução de João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. **O que é Justiça – A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **Teoria geral do direito e do estado**. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, pág 1.
- NALINI, José Renato. **Ética Geral e Profissional**. Rvista dos Tribunais: São Paulo, 1997.
- NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. 13ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 1998.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 1996.
- REALE, Miguel. **Uma Nova Ética para o Juiz**. Coord. De José Renato Nalini. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1994.
- SPINOZA, Baruch. **A Ética**. Trad. De Lívio Xavier. Ed. Tecnoprint S/A – Ediouro: São Paulo.
- VALLE, Gabriel. **Ética e Direito**. 1ª ed. Síntese Editora: São Paulo, 1999.
- SIQUEIRA, Vicente Paulo de. **Normas de Ética Profissional**. Editora Jurídica Ltda: Fortaleza, 1989.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder Judiciário, crise, acertos e desacertos**. Trad. De Juarez Tavares. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995.

O PRINCÍPIO DA COORDENAÇÃO: O ESTADO E O INTERNACIONALISMO

ALYSSON DHOUGLAS MEDEIROS DE SOUZA²⁰
ALEXANDRE CARNEIRO DE SOUZA²¹.

RESUMO

A reflexão deste trabalho é alicerçada na compreensão do exercício do princípio da coordenação pelo Estado perante a globalização, observando ainda os embates entre as esferas do internacionalismo e do nacionalismo através da casuística exemplificativa das missões de paz da ONU, em específico a MINUSTAH - com atuação notável do Brasil, e a questão migratória da Europa, onde há visível ameaça ao pleno exercício do referido princípio, considerando o avivamento das barreiras entre os Estados, comparando-se ao retorno dos *checkpoints* que dividiram a nação alemã. Esta pesquisa direciona-se ao pensamento de que somente um espaço internacional formado por agentes democráticos e comprometidos com o bem comum universal será capaz de produzir a justiça e a desejável paz kantiana em vez dos constantes conflitos e ações destrutivas oriundos da interação entre as nações.

PALAVRAS-CHAVE:

Direito Internacional Público. Coordenação. Minustah. Imigração.

ABSTRACT

The reflection of this work is founded on the understanding of the exercise of the principle of coordination by the State before globalization, still observing the conflicts between the spheres of internationalism and nationalism through the exemplary series of UN peacekeeping missions, in particular MINUSTAH - acting remarkable in Brazil, and the migration issue in Europe, where there is visible threat to the full exercise of the principle, considering the revival of the barriers between states, comparing the return of checkpoints that divided the German nation. This study directs to the thought that only an international space formed by democratic and committed to the universal common good agents will be able to produce justice and desirable Kantian peace instead of the constant conflicts and destructive actions from the interaction between nations.

KEYWORDS:

Public International Law. Coordination. MINUSTAH. Immigration.

1. INTRODUÇÃO

As relações humanas, cada vez mais intensas e interdependentes, tornam imprescindível o estudo do Estado como um efetivo sujeito de direito internacional público. A globalização trouxe diversos objetivos e desafios a serem alcançados com a finalidade de construir uma ideal comunidade harmônica de convivência e desenvolvimento entre os seres humanos. Surge para o Estado o impasse de conciliar seus interesses individuais e os interesses dessa nova ordem internacionalista.

20 Aluno do 8º período do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade Farias Brito e Secretário Acadêmico da XII Simulação da Organização das Nações Unidas (SONU – UFC).

21 Doutor em Sociologia, professor da Faculdade Farias Brito.

Diante dessa necessidade, a pesquisa inicia com a definição de Estado, bem como da finalidade deste, para o debate político e jurídico, minimizando o não raro uso impreciso do termo e evitando equívocos ou generalizações. Adiante, analisar-se-á a doutrina sobre o princípio da coordenação à luz do Direito Internacional e sua relação intrínseca ao Estado.

Aprofundando o estudo, objetivando o debate crítico do tema, a pesquisa apresenta dois casos que expõem os efeitos da aplicação do princípio em voga, ressaltando os seus benefícios e a problemática da dinâmica entre o nacionalismo e o internacionalismo, bem como os riscos que surgem desta para a construção de uma comunidade global de cooperação para o bem comum.

Conclui-se pela necessidade da existência de uma comunidade internacional formada por agentes estatais que estejam dispostos a uma real efetivação do bem comum universal para a produção da justiça e da paz, em vez dos constantes conflitos e ações destrutivas oriundos da interação entre as nações.

2. DESENVOLVIMENTO

Certamente, definir “Estado” não é uma tarefa fácil e este trabalho de modo algum se destinará a esgotar tal intento. O professor Paulo Bonavides²² relata em sua obra que, no século XIX, Bastiat teria ironicamente se comprometido a pagar uma quantia de cinquenta mil francos para quem lhe fornecesse uma definição satisfatória de Estado.

A dificuldade em comento tem seu radical no fato de que o termo em discussão é conhecido desde a Antiguidade e ao longo dos tempos assumiu, de acordo com a necessidade humana, diversas formas e configurações.

Podemos asseverar que, antes de tudo, o Estado surge por uma necessidade puramente humana de convivência e harmonia. Objetivando a regulação da sociedade, a proteção da vida, da propriedade privada e de tantos outros bens caros à natureza do homem, surge uma entidade de força suficiente para a construção das regras básicas e abstratas de conduta, a saber, o direito positivo²³.

O jurista alemão Herman Heller descreve esta relação de necessidade entre a evolução das relações humanas e o surgimento do Estado:

La institución estatal se justifica, pues, por el hecho de que en una determinada etapa de la división del trabajo y del intercambio social la certidumbre de sentido y de ejecución del derecho hacen preciso al Estado. Del mismo modo que el aumento del tráfico urbano hasta un cierto grado reclama una regulación del mismo, e incluso órganos especiales de policía de tráfico, así también en desarrollo de la civilización hace precisa una organización estatal cada vez más diferenciada para el establecimiento, aplicación y ejecución del derecho.

La institución del Estado aparece, de esta suerte, justificada por el hecho de ser una organización de seguridad jurídica, y sólo por ello.²⁴

Diante do exposto, entende-se que o Estado é uma estrutura complexa e, por tal motivo, pode ser compreendido de diversas formas, de acordo com a vontade ou interesse do estudioso. Isso nos deixa de plano uma constatação de que, se por um lado, qualquer tentativa de definição sempre será alvo de certo subjetivismo, por outro, não é possível que se permita, para um saudável debate político

22 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 65.

23 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 37 Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2016. p. 23.

24 HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 241.

e jurídico, que o termo seja alvo de emprego generalista e confuso. Neste sentido, Dalmo de Abreu Dallari²⁵:

Encontrar um conceito de Estado que satisfaça a todas as correntes doutrinárias é absolutamente impossível, pois sendo o Estado um ente complexo, que pode ser abordado sob diversos pontos de vista e, além disso, sendo extremamente variável quanto à forma por sua própria natureza, haverá tantos pontos de partida quantos forem os ângulos de preferência dos observadores. [...] A par disso, toda conceituação pode dar uma impressão de redução formalista, mas a palavra Estado tem sido usada com tão variados sentidos que sem um conceito esclarecedor não se fica sabendo em que sentido ela está sendo usada.

Deste modo, direcionamos então aqui o sentido e a definição de Estado ideal para a compreensão da situação-problema a que esta pesquisa deseja enfocar seus objetivos e esforços de análise. Hildebrando Accioli muito apropriadamente traz a definição de Estado como um **“agrupamento humano, estabelecido permanentemente num território determinado e sob governo independente”**.²⁶ Tal modo de definição perfeitamente se coaduna com o que está positivado na Convenção Interamericana sobre direitos e deveres dos Estados²⁷ em seu artigo 1:

Artigo 1. O Estado como pessoa de Direito Internacional deve reunir os seguintes requisitos.

I. População permanente.

II. Território determinado.

III. Governo.

IV. Capacidade de entrar em relações com os demais Estados.

Diante destes componentes, ressalta-se de modo especial o item IV do artigo supracitado. Este demonstra claramente que uma das características fundamentais dos Estados é a interação, o relacionamento, a composição de soberanias.

Explico: como já ressaltado, o Estado surge para suprir uma série de necessidades específicas do ser humano e, para alcançar tal intento, se utiliza de um forte instrumento que o caracteriza de modo essencial, isto é, sem este há uma desnaturação do referido ente, a saber, a soberania. Esta se concretiza na imagem de independência e possibilidade de autodeterminação de um país em relação aos demais, não reconhecendo outro poder acima do seu.

Entretanto, há muitos objetivos fundamentais do Estado que exigem esforços que transcendem as fronteiras territoriais de um país. Logo, se, por um lado, a soberania reclama a independência e o fortalecimento do nacional, de outro, podemos ver que o internacionalismo exige que haja a efetivação do que se denomina por princípio da coordenação entre os Estados.

25 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116.

26 ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, G. E. do, CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 257 – 258.

27 Convenção Interamericana sobre direitos e deveres dos Estados. Montevideo, 1933. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D1570.htm>. Acesso em 25 de julho de 2016.

Acerca da importância da coordenação entre os países, na perspectiva do Direito Internacional, declara o Professor Paulo Henrique Gonçalves Portela²⁸:

Notadamente a partir do século XX, a cooperação internacional consolidou-se como traço marcante do Direito Internacional, que deixou, portanto, de meramente regular o convívio entre os Estados, com vistas a manter o *status quo* internacional, para servir também como meio para que estes alcançassem objetivos comuns.

O crescimento da tecnologia e da interação econômica e política entre os indivíduos gerou o crescimento da interdependência entre os Estados. A globalização é um evento que surge a partir da construção de uma consciência universalista que busca a compreensão e a percepção das necessidades do outro e a busca de um ideal desenvolvimentista de igualdade, de liberdade e de amplo acesso aos direitos humanos universais.

O fenômeno é designado por Marc Augé como “mundialização”:

Sob o termo “mundialização”, entendemos ao mesmo tempo a globalização, que se define por extensão do mercado liberal e o desenvolvimento dos meios de circulação e de comunicação, e a planetarização ou consciência planetária, que é uma consciência ecológica e social. Estamos mais conscientes, a cada dia, de habitar um planeta que é um corpo físico ameaçado, e estamos igualmente conscientes das desigualdades econômicas e de outras que se cruzam entre os habitantes deste mesmo planeta.²⁹

A partir da perspectiva universalista, uma das principais características que se ressalta no Estado é o seu caráter de agente internacional que, em união e interação com os demais agentes, buscará a promoção daquilo que Kant bem enfatizou como a “paz perpétua”. Essa visão é bastante teórica e idealizada, porém vale a pena ser observada e compreendida para que se possa consumir uma apuração mais crítica quanto à práxis na realidade.

Immanuel Kant inicia sua exposição teórica com a demonstração do caráter hobbesiano e beligerante existente entre os Estados. A liberdade irrestrita torna a coexistência interestatal extremamente conflituosa e de difícil concretização, já que os conflitos de liberdades dos povos seriam resolvidos com o parâmetro da força e da subjugação.

Diante deste cenário perturbador, Kant ressalta a importância da construção de um estado de paz no qual instrumentos seriam utilizados para o alcance da paz universalista e da promoção integral do desenvolvimento humano.

O estado de paz entre os homens que vivem juntos não é só um estado de natureza (*status naturalis*), o qual é antes um estado de guerra, isto é, um estado que, embora não exista sempre uma explosão das hostilidades, há sempre, no entanto, uma ameaça constante. Deve, portanto, instaurar-se o estado de paz; pois a comissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz e se um vizinho não proporciona segurança a outro (o que só pode acontecer num estado legal), cada um pode considerar como inimigo a quem lhe exigiu tal segurança.³⁰

28 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 3 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2011. pp. 54 – 55.

29 AUGÉ, Marc. **Por uma antropologia da mobilidade**. Maceió: EDUFAL: UNESP, 2010. p. 30.

30 KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 10, 1995. p. 126.

A posição universal apregoada coloca o Estado em uma posição meticulosa. Fica clara a necessidade de união e interação entre os povos para a promoção da paz, por outro lado, é indiscutível a necessidade da observância da manutenção e da proteção da autonomia, da liberdade e da soberania dos Estados. Como conciliar essas necessidades, união dos Estados e manutenção da soberania?

Kant propõe que o impasse seja resolvido a partir da interação entre os Estados em um formato de federação especial no qual não há abdicação de soberanias ou submissão a leis, mas apenas a união de esforços que garantirá a coexistência em harmonia e a afirmação e efetivação de direitos.

Observando-se a perspectiva universalista da globalização, compreende-se que o Estado terá um papel ativo na representação internacional do interesse dos povos. De tal modo, a internacionalização deve gerar um fortalecimento da nação. Contudo, essa interação ideal, para funcionar de forma plena, deve ter como partes Estados eficientes e iguais entre si em seu substrato mínimo e necessário para garantir um desenvolvimento realmente independente e efetivo. Quanto maior é a universalização, maior é a exigência de um Estado forte para garantir a soberania e a ideal representação de seus interesses internos.

Encarando de forma crítica o embate do nacional em um mundo universalista, Newton de Menezes Albuquerque ressalta dois óbices que devem ser considerados em relação à globalização. O primeiro trata especificamente do acirramento de conflitos entre culturas e povos distintos a partir da abertura de um espaço mais suscetível ao contato entre os diferentes:

[...] se é claro que os valores universais da razão nos puxam para a afirmação de um futuro comum, feito de liberdade, igualdade, justiça e solidariedade e radicados na interligação dos espaços e dos centros de produção do saber, que forjamos ao longo de nossas vidas podem nos impelir para a reiteração de antigos hábitos, costumes e tradições arraigadas que corriqueiramente reforçam nossas identidades particulares ou idiosincrasias, despertando animosidades, que, por conseguinte, contribuem para o conflito e estranhamento entre povos e culturas diferentes.³¹

O segundo obstáculo à concretização saudável do projeto de globalização é a imensa disparidade entre as nações em seus aspectos econômico e social.

Entretanto, se lançarmos um olhar perfunctório sobre o mundo, podemos ver que tal ideal universalista ainda não encontrou plenas condições para se efetivar, não somente pelas indiscutíveis reações culturais ou étnicas que porventura se lhe oponham, mas, e principalmente, pelas abissais diferenças econômicas e políticas entre as culturas que formam o que denominamos de humanidade [...]³²

Resta claro que, na realidade, o que vemos não é tão perfeito quanto a proposição de Kant. A globalização traz em seu conteúdo o anseio de igualdade e de mútua interação em busca de um integral desenvolvimento humano, porém, o que se vê é o relevo de interesses individuais de determinados Estados em detrimento dos demais. Por fim, o que realmente acontece é a imposição e não a cooperação entre países desenvolvidos e países subdesenvolvidos.

31 ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria Política da Soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 127.

32 *Ibidem*, p. 127 – 128.

Para a correção destes desvios, necessário se faz a disposição conjunta entre todos da comunidade internacional para uma sensível observância das necessidades e dos direitos do outro. Exercitar e estar atento à consciência planetária que traz a direção para o agir solidário e para a construção da “paz perpétua”. Isso com toda certeza ainda não está próximo de nossa realidade. Porém, este é o papel que o Estado deve assumir nas próximas etapas da globalização, se houver real interesse no desenvolvimento sustentável de todos os integrantes da comunidade internacional.

Dois casos em evidência na atualidade demonstram as dificuldades e os resultados concretos da coordenação entre os Estados. A saber, a MINUSTAH – Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti e a questão do crescimento das barreiras aos refugiados na Europa.

Após a deposição do Presidente Jean Bertrand-Aristide, em fevereiro de 2004, o Haiti iniciou um dos mais difíceis momentos de toda a sua história. Uma insurgência de gangues e milícias pelo poder do país proporcionou uma intensa desestabilização e o agravamento da péssima situação econômica e social do país.

Em abril de 2004, o Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas – ONU – instituiu a MINUSTAH com o objetivo de auxiliar aquele país a alcançar novamente a sua estabilidade democrática e retornar à possibilidade de desenvolvimento. Tal intento só seria possível através da ajuda de outros Estados e o Brasil tornou-se referência neste processo de colaboração.

O Estado brasileiro expandiu a sua missão no Haiti em 2010, após o terremoto que devastou o país. Além da estabilização política e social, passou-se a operar também com a reconstrução do país. Os resultados desse exercício inegável do princípio de cooperação entre Estados são louváveis e demonstram que, após mais de uma década, a operação gerou efeitos positivos não apenas para o estado haitiano, mas também para o Brasil.

Segundo dados do Ministério da Defesa³³, dentro de 10 (dez) anos da atuação na MINUSTAH, 30.259 (trinta mil duzentos e cinquenta e nove) militares brasileiros foram empregados. Os objetivos alcançados são vários: a significativa diminuição dos índices de criminalidade e a visível estabilização no conflito de gangues; a pacificação de bairros violentos como o *Cité Soleil*; a garantia de um número considerável de consultas médicas e odontológicas, além do fornecimento de água portátil à população; a construção de novos hospitais, escolas, vias públicas e o implemento/expansão de iluminação pública; a estabilização e o fortalecimento das instituições democráticas, possibilitando uma crescente autonomia daquele Estado.

Como retorno, sem dúvidas, a missão gerou ao Brasil inegável reconhecimento internacional; oportunidade de aperfeiçoamento da integração com outros países; melhoria na coordenação entre as três forças (Marinha, Exército e Força Aérea), bem como o aprimoramento técnico das mesmas.

No presente momento, há um planejamento de retirada gradual das tropas participantes da MINUSTAH do território do Haiti. Demonstração muito afinada de respeito à autodeterminação dos povos dentro de uma ação de forte intervenção.

33 BRASIL. MINISTÉRIO DA DEFESA. O Brasil na MINUSTAH (Haiti). Disponível em: < <http://www.defesa.gov.br/relacoes-internacionais/missoes-de-paz/o-brasil-na-minustah-haiti>>. Acesso em 28 de abril de 2016.

O segundo acontecimento que nos chama atenção é o crescimento de barreiras, visíveis ou não, aos refugiados na Europa. Na Alemanha, durante os 28 (vinte e oito) anos de divisão pelo muro de Berlim, era possível encontrar os chamados *checkpoints*. Estes eram postos de controle que tinham como objetivo principal elevar exponencialmente a limitação ao trânsito de pessoas e fortalecer as barreiras à época existentes. A Europa dividida conseguiu encontrar um fôlego de esperança a partir do Acordo de Schengen³⁴, através do qual iniciou-se a construção de uma interação entre diversos países objetivando a livre circulação de pessoas entre eles. Foi o fim do pesadelo dos *checkpoints* que, por anos, dividiram familiares, amigos, seres humanos.

Em 2016, entretanto, vislumbramos simbolicamente o retorno dessa referida estrutura de controle. Não mais para conter o trânsito de europeus, mas para barrar a entrada de refugiados das guerras tão deletérias do Oriente Médio.

Ações como o acordo entre Turquia e União Europeia firmado em 18 de março do corrente ano são formas claras de contenção do fluxo migratório através da burocracia dos processos de recepção dos refugiados. Tal acordo tem sido considerado como um agravante da crise migratória e, de acordo com dados da Agência das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, coloca em risco cerca de 46 mil refugiados.³⁵

A triste situação descrita demonstra lamentável mitigação do exercício do princípio de cooperação entre os Estados. Diante de tal reflexo tão contrário ao ideal da globalização que discurremos anteriormente, é preciso pensar sobre direito a ter direitos. É impensável que, no atual estágio alcançado de relacionamento entre os países, seja admitido que exista uma situação em que o indivíduo se encontre totalmente desabrigados de direitos.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, podemos considerar que o Estado, ao longo do tempo, foi alvo de mudanças desde a sua significação teórica até a sua atuação em relação ao plano internacional, que, a partir do século XX, passou a ser marcada pelo princípio da coordenação.

A partir do fortalecimento deste princípio frente à evolução da globalização, há um proporcional realce do protagonismo nacional na representação internacional. Isso, se visto a partir de uma perspectiva ideal, ou até mesmo utópica, pode-se assim dizer, seria considerado algo extremamente positivo para o desenvolvimento humano e para a afirmação de direitos universais.

Porém, a realidade é que, devido às diferenças culturais, étnicas, econômicas e sociais, a globalização tornou-se instrumento de imposição e subjugação, exatamente o contrário do que Kant pregava quanto à interação estatal em busca da paz perpétua.

Se analisadas de forma crítica, as ações internacionalistas que trazem o sentimento e o anseio pela paz, igualdade, justiça, fraternidade e liberdade são, na verdade, ações nacionais dos Estados mais fortes economicamente em uma dinâmica de sobreposição e não de cooperação.

34 COMISSÃO EUROPEIA. O Espaço Schengen. Disponível em <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_pt.pdf>. Acesso em 25 de julho de 2016.

35 ONUBR NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. ACNUR: Acordo entre Turquia e União Europeia torna futuro incerto para 46 mil deslocados na Grécia. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/acnur-acordo-entre-turquia-e-uniao-europeia-torna-futuro-incerto-para-46-mil-deslocados-na-grecia/>>. Acesso em 25 de julho de 2016.

Isso deve ser combatido diuturnamente para que não se perpetue a injustiça e a miséria nos países mais pobres em detrimento do desenvolvimento dos países mais ricos.

Somente um espaço internacional formado por agentes democráticos e comprometidos com o bem-comum universal será capaz de produzir a paz perpétua em vez da destrutiva interação beligerante entre as nações.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando, NASCIMENTO E SILVA, G. E. do, CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Teoria Política da Soberania**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

AUGÉ, Marc. **Por uma antropologia da mobilidade**. Maceió: EDUFAL: UNESP, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DA DEFESA. **O Brasil na MINUSTAH (Haiti)**. Disponível em: < <http://www.defesa.gov.br/relacoes-internacionais/missoes-de-paz/o-brasil-na-minustah-haiti>>. Acesso em 28 de abril de 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. **O Espaço Schengen**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_pt.pdf>. Acesso em 25 de julho de 2016.

Convenção Interamericana sobre direitos e deveres dos Estados. Montevideo, 1933. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D1570.htm>. Acesso em 25 de julho de 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 241.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 10, 1995.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 37 Ed. rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros, 2016.

ONUBR NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **ACNUR: Acordo entre Turquia e União Europeia torna futuro incerto para 46 mil deslocados na Grécia**. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/acnur-acordo-entre-turquia-e-uniao-europeia-torna-futuro-incerto-para-46-mil-deslocados-na-grecia/>>. Acesso em 25 de julho de 2016.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 3 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2011.

O IMPACTO DA CORRUPÇÃO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

THE IMPACT OF CORRUPTION ON THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS

BILTIS DINIZ PAIANO³⁶

RESUMO:

A prática de corrupção afeta negativamente os direitos humanos agredindo os direitos mínimos essenciais para a vida com dignidade, como saúde, educação, moradia, saneamento básico, além de aumentar a desigualdade e exclusão social. Nesse sentido, a presente investigação tem como objetivo o estudo da corrupção e as consequências desse ato ilícito na concretização dos direitos sociais, uma vez que tais direitos necessitam de investimentos do Estado para a sua implementação. Assim sendo, esse trabalho visa caracterizar o nexo de causalidade entre a corrupção como causa para a não realização plena dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE:

Corrupção; princípio anticorrupção; direitos humanos; direitos sociais.

ABSTRACT:

The practice of corruption affects human rights in a negative way, it assaults the essential rights to a life with dignity such as health, education, housing, sanitation, besides it increases inequality and social exclusion. According to it, this research aims to study the corruption and its consequences in the implementation of social rights, since they require state investment. Therefore, this work aims to determine the corruption as a cause for non-fulfillment of social rights.

KEYWORDS:

Corruption; anti-corruption principle; human rights; social rights.

1. LINHAS INTRODUTÓRIAS

A prática da corrupção é um fato inquestionável nas sociedades contemporâneas. Em maior ou em menor escala, é improvável encontrarmos alguma sociedade que não seja afetada por esse mal. Porém, para fins desta investigação, nos ateremos aos efeitos da corrupção em Estados democráticos de direito e em países que abordam os direitos humanos como base para garantia dos direitos fundamentais e sociais.

Para garantir do desenvolvimento de um Estado democrático, a corrupção deve ser combatida e neutralizada, uma vez que esse fenômeno viola os direitos humanos, tendo em vista que a população mais vulnerável da sociedade será impedida de realizar seus direitos sociais, culturais e econômicos³⁷. E, assim, tal interferência nos direitos humanos impede, sobretudo, a efetivação do chamado “[...] padrão

36 Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Graduada em Direito pela Faculdade Farias Brito. Advogada.

37 “Julio Bacio-Terracino, an Argentinian legal scholar who works for the Organisation for Economic Co-operation and Development, has comprehensively catalogued the ways in which corruption interferes with the fulfillment of human rights. He finds that corruption interferes with rights to education, health, adequate housing, water, food, and work. He also finds that corruption interferes with special rights accorded to children”. Philip M. Nichols. *The Good Bribe*. In: University of California, Davis Vol. 49:647, 2015, p. 671. Disponível em: <http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/49/2/Symposium/49-2_Nichols.pdf>. Acesso: 25.04.2016.

de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”³⁸.

A aplicação dos direitos humanos é a discussão travada atualmente. Já superada a fase doutrinária e legislativa, a proteção fática de tais direitos tornou-se o desafio a ser cumprido. Contíguo à necessidade de garantia internacional de proteção dos direitos humanos, tem-se o fenômeno da globalização, o qual cada vez mais diminui as fronteiras das nações soberanas. Em consequência, a prática da corrupção que antes era restrita às questões do Estado no âmbito interno, agora assume um caráter internacional interferindo, assim, na efetivação dos direitos humanos no âmbito global³⁹.

Em razão desse processo lógico, a “[...] consequência evidente da corrupção é a agressão aos direitos humanos. Na medida em que os recursos públicos são desviados para pagamento de propinas, para extorsão de servidores, para fraudes, para compra de consciências, para liberação acelerada de verbas, para ganho em licitações, para não pagamento de tributos, para sonegação, enfim, para deturpação de qualquer espécie, o lesado não é o governo, mas o ser humano”⁴⁰.

O exercício recorrente de corrupção gera prejuízos para o Estado e, conseqüentemente, interfere nas políticas públicas destinadas aos direitos humanos⁴¹, principalmente no âmbito dos direitos sociais, que dependem de altos investimentos do Estado para sua manutenção e efetivação^{42,43}.

Os direitos sociais são considerados direitos positivos que dependem da ação do Estado para sua implementação⁴⁴, ou seja, tais direitos têm como característica principal a prestação estatal⁴⁵.

38 Antônio Augusto Cançado Trindade. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.77.

39 “Parece fora de dúvida que a corrupção é fenômeno social que se enraíza na história de sociedade humana, como é indiscutível que ela ganhou dimensões exponenciais como o processo de mundialização em curso [...]”. José Adércio Leite Sampaio. *A Probidade na Era dos Desencantos. Crise e Propostas de Restauração da Integridade Dogmática da Lei 8429/92*. In: *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei nº 8.429/92*. José Adércio Leite Sampaio [et al]. (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.151.

40 Regis Fernandes de Oliveira. *A corrupção como desvio de recursos públicos (a agressão da corrupção aos direitos humanos)*. In: *Revista dos Tribunais nº 820, ano 93, São Paulo: RT, 2004, p. 429*.

41 “Se entendermos os direitos humanos como aqueles bens da vida consagrados nas Constituições e que permitem uma vida digna, inequívoca a conclusão de que a corrupção impede a plena preservação dos direitos sagrados do indivíduo. Os direitos fundamentais vêm consignados nos textos formais das Constituições das grandes democracias. Só que o desvio dos recursos impede a plena execução material dos direitos consagrados nos modernos diplomas legais”. Regis Fernandes de Oliveira. *A corrupção como desvio de recursos públicos (a agressão da corrupção aos direitos humanos)*. In: *Revista dos Tribunais nº 820, ano 93, São Paulo: RT, 2004, p. 428*.

42 André de Carvalho Ramos. *O Combate Internacional à corrupção e Lei da Improbidade*. In: *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei nº 8.429/92*. José Adércio Leite Sampaio [et al]. (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.12.

43 “The obligation to fulfill requires the state to take measures to ensure that people under its jurisdiction can satisfy basic needs (as recognized in human rights instruments) that they cannot secure by their own efforts. Although this is the key state obligation in relation to economic, social and cultural rights, the duty to fulfill also arises in respect to civil and political rights”. Johann Graf Lambsdorff. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p.88.

44 “Os Direitos fundamentais sociais, ainda que entendidos em sentido estrito, como «direitos econômicos, sociais e culturais» - isto é, direitos cujo conteúdo principal típico consiste em prestações estaduais sujeitas a conformação político-legislativa, sem incluir, por exemplo, «os direitos, liberdade e garantia dos trabalhadores», que constituem em grande medida direitos à abstenção, com a função de defesa -, apesar de estarem sujeitos a um regime constitucional diferente, não constituem uma categoria de natureza radicalmente distintas dos direitos, liberdades e garantias”. José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ªed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 357. Ver as considerações de JJ Gomes Canotilho. *Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais*. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 101; Ricardo Freitas. *Direitos económicos e sociais e criminalidade*. In: *Revista Brasileira de ciências criminais*. São Paulo, A 22, nº 107, 2014, p. 124.

45 Apesar dessa característica principal da prestação, há direitos sociais que não dependem do Estado, como, por exemplo, o direito a greve no Brasil. Mas para fins desta investigação empregaremos, conforme as palavras de Benedita Mac Croire, a chamada “dimensão objetiva principal”. Cf.: Benedita Mac Croire. *Os direitos sociais em crise?* In: Pedro Gonçalves e outros (coord). *A Crise e o Direito Público*. VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa, 2013, p.34.

Dessa forma, a conexão entre a corrupção e o enfraquecimento do Estado é flagrante, uma vez que a administração pública exerce papel fundamental na concretização dos direitos sociais⁴⁶, isto significa que tais direitos estão sujeitos ao funcionamento lícito da máquina pública, sendo a corrupção uma limitação à garantia de políticas sociais adequadas e necessárias. O desvio de recursos orçamentais de áreas como a saúde e a educação para satisfazer interesse individual é um obstáculo real para a promoção da justiça social⁴⁷.

Para iniciar, devemos atentar à análise do conceito de corrupção, bem como suas causas e consequências nefastas para a sociedade e ameaça aos direitos humanos, fundamentais e sociais. Posteriormente, trataremos do importante instrumento teórico de combate à corrupção; o princípio anticorrupção, bem como, os instrumentos legais contra a corrupção. Assim, poderemos evidenciar teoricamente através do princípio e das normas a conexão com os direitos sociais.

Em uma segunda etapa da investigação nos fixaremos na análise da conexão entre os direitos sociais e a corrupção. Pois a motivação da investigação é compreender o nexos de causalidade – entre a corrupção e o seu impacto nos direitos sociais – para assim, colaborar com um importante e necessário sistema de combate dessa prática para proteger o patrimônio público e a justiça social⁴⁸.

Uma vez que a preocupação da pesquisa está voltada aos direitos sociais, resolvemos tratar da corrupção somente na dimensão pública, na qual os funcionários públicos recebem vantagens às custas do patrimônio público, influenciando diretamente nas políticas públicas de promoção da justiça social e do mínimo de bem-estar para viver.

2. BREVES ANÁLISES DO CONCEITO DE CORRUPÇÃO

A conceituação do termo corrupção torna-se difícil, em razão de ser um fato intercultural, podendo ocorrer em qualquer sociedade, assim, o termo é carregado de diversos significados que são desenvolvidos ao longo do tempo e na peculiaridade de cada sociedade⁴⁹.

Para os gregos, a palavra “corrupção” se dividia em dois significados complementares; seria coisa que rompe uma ligação e a degradação de tal coisa no período do rompimento, dessa forma, os efeitos da corrupção levam “[...] de um lado, quebra-se o princípio da confiança, o elo que permite ao

46 “compete à Administração efetivar os comandos gerais contido na ordem jurídica e, em particular, garantir e promover os direitos fundamentais em caráter geral”. Ana Paula de Barcellos. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Revista de direito do estado, v. 1, n. 3, jul./ set. 2006, p. 116.

47 “[...] corrupção como tal representa uma das práticas humanas mais generalizadas e com efeitos tão perniciosos e devastadores que seu exercício impossibilita a saúde moral dos povos, impede o desenvolvimento econômico sustentável das nações e representa um poderoso obstáculo para obter a paz e a harmonia social”. Fábio Medina Osório. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 52.

48 **“Social e politicamente, é (a corrupção) ainda mais perversa, pois mina as relações entre autonomia pública e autonomia privada, pondo em risco, portanto, a soberania popular e o sistema de direitos fundamentais, com o conseqüente afrouxamento dos laços de solidariedade e respeito mútuo, ao converter o outro numa espécie de corrupto provável”**. José Adércio Leite Sampaio. *A Probidade na Era dos Desencantos. Crise e Propostas de Restauração da Integridade Dogmática da Lei 8429/92*. In: *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei nº 8.429/92*. José Adércio Leite Sampaio [et al.]. (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.156.

49 Apesar da considerável doutrina sobre o assunto, a definição do termo ainda não é um consenso. M. J. Farrales. *What is Corruption? A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate*. In: Social Science Research Network, San Diego: University of California, 2005. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1739962> Acesso: 15.05.2016

cidadão associar-se para interferir na vida de seu país. De outro, degrada-se o sentido do público”⁵⁰.

O termo “corrupção” é originário do latim “[...] *corruptione*, cujo significado primeiro era o de adulteração, decomposição, putrefação, relativo a alimentos ou outros materiais. Em sentido figurado, significava perversão, devassidão, depravação, aplicável a pessoas, regimes políticos etc”⁵¹.

Pode-se observar no direito romano que a proibição às práticas corruptas estava ligada ao recebimento de doações ou presentes como meio de pagamento por algum serviço público, uma vez que tal atitude estaria maculando o princípio da gratuidade do ofício⁵².

Na atualidade, o termo “corrupção” é bastante amplo, porém as concepções se complementam na ideia do abuso de poder para obter vantagens indevidas, assim “[...] um conceito operativo de corrupção como uso abusivo, por parte de um agente público ou privado, de recurso, poder ou posição inerente às suas funções, mediante a prática de qualquer ato ou omissão que implique a violação dos deveres com que foi investido, com o objetivo de conferir, ampliar ou antecipar uma qualquer vantagem; ou evitar, reduzir ou diferir uma desvantagem para si, para outro, e/ou para grupos de indivíduos ligados por laços de interesse comum”⁵³.

Dentre os diversos males, a corrupção “«exacerbates inequality, weakens governance and institutions, erodes public trust, fuels impunity and undermines the rule of law - in particular the right to a fair trial, the right to due process, and the victim’s right to effective redress.»”⁵⁴

Nota-se que o crime de corrupção “[...] numa acepção básica, traduz uma censurabilidade ao transacionar da função pública implicado em situações nas quais um funcionário solicita ou aceita uma dádiva (ou eventual promessa), oriunda de particular, em contrapartida da prática de um ato relacionado ao exercício da referida função”⁵⁵.

Logo, a corrupção pode ser compreendida “[...] como disfunção inerente de uma estrutura social de tipo tradicional, que, no contexto da modernidade, gera instabilidade no plano político e econômico”⁵⁶.

No presente, a corrupção não gera interesse somente na academia e para o Estado ou para as instituições internacionais, a sociedade civil também se encontra preocupada em estudar a prática da

50 Heloisa Maria Murgel Staling. Ditadura Militar. In: *Corrupção: ensaios e críticas*. Leonardo Avritzer... [et al.], (Org.), Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p.259.

51 Mario Pimentel Albuquerque; Humberto Jacques de Medeiros; Márcia Noll Barboza. *O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil*. Brasília: Ministério Público Federal, 2006, p. 20.

52 Cláudia Cruz Santos; Claudio Bidino; Débora Thaís de Melo. *A corrupção: Reflexões (a partir de lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 75.

53 Ary Ferreira de Cunha. *Combate à corrupção: da teoria à prática*. Lisboa: Quid Juris, 2015, p.72. Nesse sentido: “Corruption is commonly defined as the misuse of public office for personal gain. Corruptive practices include bribery, kickbacks, coercion, and related activities that provide an unfair advantage to one party. These practices undermine fair trade, waste resources, defraud the public, and increase human suffering”. Randi L. Sims; Baiyun Gong, Cynthia P. Ruppel. *A contingency theory of corruption: The effect of human development and national culture*. In: *The Social Science Journal*, 49, 2012, p. 90.

54 Philip M. Nichols. *The Good Bribe*. In: *University of California, Davis Vol. 49:647, 2015, p. 671 e 672*. Disponível em: <http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/49/2/Symposium/49-2_Nichols.pdf> Acesso: 25.04.2016.

55 Cláudia Cruz Santos; Claudio Bidino; Débora Thaís de Melo. *A corrupção: Reflexões (a partir de lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, pp. 76 e 77.

56 Fernando Filgueiras. *A corrupção na política: perspectivas teóricas e metodológicas*. Rio de Janeiro: Cadernos CEDES, n. 5, 2006, p.4

corrupção, como forma de auxílio para combatê-la, assim, segundo o conceito da ONG Transparência Internacional, que trata a definição de corrupção de maneira geral “corrupção é o abuso de um poder incumbido a líderes políticos para ganhos privados, com o objetivo de se aumentar o poder ou riqueza”⁵⁷.

O Banco Mundial aborda o conceito de corrupção de maneira ampla, “«*the abuse of public office for private gain*», or *minor variations thereon*”⁵⁸. Além do conceito genérico, o Banco utiliza várias condutas com abrangentes do conceito de corrupção, como suborno e uso ilegal dos recursos públicos⁵⁹⁶⁰.

O Pacto Global das Nações Unidas trata a corrupção como elemento violador dos direitos humanos⁶¹, é um instrumento de recomendações, que busca a cooperação das empresas no combate a todas as formas de corrupção, dentre elas a extorsão e o suborno.

Encontramos, também, definições de corrupção em alguns instrumentos legais para o seu combate; a Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais de 1997, trata a corrupção como qualquer manifestação de suborno, oferta, promessa ou vantagem indevida em dinheiro ou não, para autoridade pública estrangeira, diretamente ou não, por meio de ação ou omissão no desempenho de suas funções públicas, ao realizar ou dificultar as transações na condução de negócios internacionais⁶².

Já a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC) descreve os atos de corrupção não de forma ampla, mas sim de maneira mais específica, determinando a corrupção nos diversos tipos de manifestações como tráfico de influências, peculato, suborno etc⁶³.

Apesar das diversas definições do termo, podemos considerar adequado o conceito, no caso de corrupção na seara pública, que define como o abuso do poder da máquina pública para privilégio

57 Robin Hodess; Tania Inowlocki; Diana Rodríguez and Toby Wolfe. *Global Corruption Report 2004*, Transparency international, Londres: Pluto Press, 2004, p. 11. <Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/informe_global_de_la_corrupcion_2004_corrupcion_politica>. Acesso em: 27.05.2016.

58 Andrew Brady Spalding. *Corruption, Corporations, and the New Human Right*. In: Washington University Law Review, 2014, p. 21. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2232670>>. Acesso em: 30.05.2016.

59 Ed Brown and Jonathan Cloke. *Neoliberal Reform, Governance and Corruption in the South: Assessing the International Anti-Corruption Crusade*. In: Antipode, vol. 36, nº 2, 2004, p.286.

60 “De acordo com o Banco Mundial, a corrupção consiste no abuso do poder para obter benefícios privados e inclui pagamento ou recebimento de subornos, desvio de fundos, favoritismo, transacções em benefício próprio, uso abusivo de influência, pagamentos irregulares nas contratações públicas, entre outros”. Cláudia Cruz Santos; Claudio Bidino; e Débora Thaís de Melo. *A corrupção: Reflexões (a partir de lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra editora, 2009, p. 65.

61 United Nations Global Compact. *Corporate and Sustainability in the world economy*, New York City: The Un Global Compact Office, 2014. Disponível em: <www.unglobalcompact.org>. Acesso: 04.05.2016.

62 Convenção da OCDE/. Cartilha. Presidência, Controladoria-Geral da União. 1ª ed. Brasília: CGU, 2007, p.8. Disponível em: <http://www.abgf.gov.br/br/wp-content/uploads/2015/08/CGU.OCDE_.pdf> acesso: 22.05.2016. V. também: Andrew Brady Spalding. *Corruption, Corporations, and the New Human Right*. In: Washington University Law Review, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2232670>>. Acesso em: 30.05.2016; Jan Wouter; Cedric Ryngaert; Ann Sofie Cloots. *The Fight Against Corruption in International Law*. In: Leuven Centre for Global Governance Studies. Working Paper, nº 94, 2012, pp. 24-26. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2274775>>. Acesso: 22.05.2016.

63 Andrew Brady Spalding. *Corruption, Corporations, and the New Human Right*. In: Washington University Law Review, 2014, p. 20. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2232670>>. Acesso em: 30.05.2016.

particular, abrangendo também vantagens financeiras ou não⁶⁴.

Contudo, apesar da ampla acepção do que é a corrupção, há diversas categorias nas quais ela pode se manifestar. Os sociólogos dividem a corrupção entre “corrupção grande” e a “corrupção pequena”. A “grande corrupção” é aquela praticada por funcionários públicos que ocupam cargos de alta relevância, com poderes de decisões políticas e econômicas, uma vez que a ocorrência de corrupção por parte desses funcionários envolve uma alta quantia do patrimônio público. Já a “corrupção pequena” é a que ocorre no dia-a-dia, podendo ser praticada por qualquer cidadão e envolve pouco dinheiro. Assim, a “grande corrupção” é a que nos interessa nesse estudo, pois é a categoria que mais afeta o Estado, reduzindo seu patrimônio e, conseqüentemente, diminuindo possíveis investimentos públicos⁶⁵.

2.1. PRINCÍPIO ANTICORRUPÇÃO

A preocupação no combate à corrupção vem sendo uma crescente no âmbito da comunidade internacional. A conscientização do impacto real da corrupção, como a violação dos direitos humanos, ameaça ao desenvolvimento sustentável, o enfraquecimento da democracia são fatores que contribuíram para o crescimento desse interesse em combater a corrupção.

O princípio anticorrupção é um movimento ainda em evolução, ao qual os instrumentos internacionais estão aderindo, uma vez que tal princípio não visa somente combater a corrupção, tem em vista a promessa de limitar a corrupção⁶⁶.

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção tem um papel fundamental para a execução de tal princípio, pois é o primeiro Tratado que define uma “linguagem comum” entre os Estados signatários para o movimento de combate à corrupção⁶⁷.

Estratégias anticorrupção têm como finalidade promover mudanças no sistema de subornos, com maior integridade, responsabilização (criminal, civil e administrativa), e assim contribuir para limitar a corrupção praticada no âmbito patrimônio público.

2.1.1. PRINCIPAIS FERRAMENTAS LEGAIS PARA O COMBATE À CORRUPÇÃO

Para o combate a corrupção, a legislação vem travando avanços cada vez mais significativos, principalmente no âmbito internacional, uma vez que, durante muito tempo, a corrupção foi tratada como um problema interno de cada Estado, contudo, com a economia globalizada e a abertura de

64 “«There are many definitions of corruption, but one of the most commonly accepted definitions is «the misuse of entrusted power for private gain.» This definition applies to both financial and nonfinancial gains received as a result of corrupt acts. Private gain at the expense of the public indicates an «absence of equal and fair treatment for all [persons] on the part of public officials.»” Joshua V. Barr; Edgar M. Pinilla; and Jorge Finke. *A Legal Perspective on the Use of Models in the Fight Against Corruption*. In: South Carolina Journal of International Law and Business, Vol. 8: Iss. 2, Article 5, 2012, p. 270. Disponível em: <<http://scholarcommons.sc.edu/scjilb/vol8/iss2/5>> acesso: 05.06.2016.

65 Joshua V. Barr; Edgar M. Pinilla; and Jorge Finke/. *A Legal Perspective on the Use of Models in the Fight Against Corruption*. In: South Carolina Journal of International Law and Business, Vol. 8: Iss. 2, Article 5, 2012, pp. 271 e 272. Disponível em: <<http://scholarcommons.sc.edu/scjilb/vol8/iss2/5>> acesso: 05.06.2016. Nesse sentido cf.: Susan Rose-Ackerman. “Grand” corruption and the ethics of global business. In: Journal of Banking & Finance 26, 2002, pp. 1890 e ss.

66 Zephyr Teacghout. *The Anti-Corruption Principle*. In: Cornell Law Review, vol. 94, nº 341, 2009, p. 403. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1353203> acesso em: 14/04/2016.

67 Jan Wouter; Cedric Ryngaert; Ann Sofie Cloots. *The Fight Against Corruption in International Law*. In: Leuven Centre for Global Governance Studies. Working Paper, nº 94, 2012, p. 14. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2274775>>. Acesso: 22.05.2016.

fronteiras para o mercado, não mais conseguiu esconder os impactos dos atos corruptos na dimensão internacional⁶⁸.

Ademais, o movimento anticorrupção intensificou, com a percepção das causas desastrosas da corrupção, como o financiamento de ações terroristas, o tráfico de drogas, e, principalmente, o impedimento de desenvolvimento econômico e social dos Estados com maiores índices de corrupção⁶⁹.

A Convenção Interamericana Contra a Corrupção de 1996⁷⁰, logo no seu preâmbulo, coloca a corrupção como fenômeno que deve ser combatido sob todas as formas e que é uma prática contra o Estado Democrático de Direito, assim, vejamos: “considerando que a democracia representativa, condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, exige, por sua própria natureza, o combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas e aos atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício”.

A Convenção Interamericana Contra a Corrupção tem como objetivo fortalecer os mecanismos de prevenção, percepção, punição e erradicação da corrupção, bem como a promoção entre os Estados que tais mecanismos tenham eficácia no exercício das funções públicas (art. 2º).

A Convenção da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais de 1997⁷¹ tem relevante papel no combate à corrupção, uma vez que torna as empresas de relações comerciais internacionais como destinatárias de normas de direito internacional⁷². A convenção tem como objetivo prevenir e reprimir a prática da corrupção, sendo os países signatários obrigados a criminalizar autoridades públicas que cometam suborno (art. 1, nº1). As sanções são direcionadas no âmbito penal, civil e administrativo (art. 30).

68 “Mesmo que não queiramos saber do destino daqueles que tem o infortúnio de nascer no outro lado do mundo, os seus problemas começam a ser os nossos problemas quando temos produtos mais caro graças às ineficiências geradas no contexto da corrupção; quando queremos investir nessas economias mas nos deparamos com um sistema administrativo bloqueado por favoritismos, compadrios e subornos; quando o corte ilegal de árvores na Amazônia acelera o aquecimento global; ou quando as fortunas acumuladas graças a monopólios concedidos pelo Estado contra o interesse geral financiam o terrorismo. A indiferença perante os problemas alheios raramente é boa conselheira. Num mundo globalizado o que fazemos e deixamos de fazer acaba sempre por vir ter conosco, quer tenhamos imediatamente consciência disso quer nunca a cheguemos a ter”. Ary Ferreira de Cunha. *Combate à corrupção: da teoria à prática*. Lisboa: Quid Juris, 2015, p. 59. Assim, a globalização nos desafia inovar no combate à corrupção; **“em tempos de globalização e permanente expansão do sistema econômico, urge a criação de políticas públicas na área tributária que sejam inovadoras, nas áreas contábil, fiscais e jurídicas voltadas para as questões envolvendo criminalidade econômica e o fenômeno corruptivo perscrutando os espaços em que originam as práticas de suborno e de lavagem de dinheiro decorrentes das ilicitudes e atividades criminosas impedindo de forma preventiva, a prática por parte dos funcionários públicos estrangeiros”**. Marco Bonini Notari e Rogério Gesta Leal. O crime de lavagem de dinheiro no âmbito da convenção da OCDE e as políticas públicas de combate à corrupção. In: *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 10, n. 2, mai./ago., 2015, P. 203. Ver também Susan Rose-Ackerman. “Grand” corruption and the ethics of global business. In: *Journal of Banking & Finance* 26, 2002, p. 1900.

69 Jan Wouter; Cedric Ryngaert; Ann Sofie Cloots. The Fight Against Corruption in International Law. In: Leuven Centre for Global Governance Studies. Working Paper, nº 94, 2012, p. 6. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2274775>>. Acesso: 22.05.2016.

70 No Brasil, ela foi promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

71 No Brasil, a Convenção foi ratificada em 15 de junho de 2000 e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. E em Portugal a Convenção foi ratificada pela Resolução da Assembleia da República nº 32/2000, em 2 de Dezembro de 1999.

72 “This convention attempts to bring all industrial economies in line with the US, where it has long been an offence for US citizens to bribe officials of a foreign government”. Ed Brown and Jonathan Cloke. *Neoliberal Reform, Governance and Corruption in the South: Assessing the International Anti-Corruption Crusade*. In: *Antipode*, vol. 36, nº 2, 2004, p.275.

Assim a Convenção da OCDE “[...] serviria de base a um esforço de combate à corrupção multilateral, incluindo alguma tentativa de harmonização legislativa na área, no que diz respeito a sanções, responsabilidade das pessoas coletivas, prescrição, normas contabilísticas, cooperação judiciária e extradição”⁷³.

E, por fim, a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC)⁷⁴, que é um marco no combate à corrupção, pois é referido como o primeiro tratado em âmbito global, uma vez que teve ampla adesão da convenção, na qual, 160 Estados se tornaram signatários, bem como houve aceitação tanto no âmbito privado, como na sociedade civil⁷⁵.

Atualmente, a UNCAC é a ferramenta legal internacional mais completa contra a corrupção, que tem como finalidade ajudar os países signatários a estipular medidas anticorrupção, como “[...] políticas públicas contra a corrupção, de forma a promover a participação da sociedade e, concomitantemente, refletir os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a integridade, a transparência e a obrigação de prestar contas”⁷⁶.

Dessa forma, se observa a preocupação da UNCAC para prevenção contra a corrupção, criminalização (do suborno, da obstrução da justiça e do peculato de bens públicos) e obediência às suas regras.

O título II da UNCAC é reservado para as medidas de preventivas anticorrupção, estabelecidas para o setor privado e público, destacando a implementação de políticas de conscientização da sociedade⁷⁷.

Outra característica da UNCAC é o comprometimento em recuperar os ativos e a cooperação internacional⁷⁸. A recuperação de ativos é um dos pontos de inovação fundamental da Convenção, pois determina medidas para os países signatários transformarem suas leis internas, civis e penais, no sentido de facilitar a localização e a devolução dos ativos desviados pela prática de corrupção. A cooperação internacional, no âmbito penal, é uma medida obrigatória para os Estados participantes e pode ser estendida para organismos nacionais e o setor privado.

3. A CORRUPÇÃO E A (DES)CONEXÃO COM OS DIREITOS SOCIAIS

Este tópico tem como objetivo caracterizar a conexão entre a efetivação dos direitos sociais e a corrupção, para assim tentar identificar prováveis saídas para redução do impacto da corrupção nos direitos sociais.

73 Ary Ferreira de Cunha. *Combate à corrupção: da teoria à prática*. Lisboa: Quid Juris, 2015, p. 60.

74 No Brasil, a Convenção promulgada pelo Decreto nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. E em Portugal a Convenção foi aprovada pela Resolução da Assembleia da República nº 47/2007, em 19 de Julho de 2007.

75 Jan Wouter; Cedric Ryngaert; Ann Sofie Cloots. *The Fight Against Corruption in International Law*. In: Leuven Centre for Global Governance Studies. Working Paper, nº 94, 2012, p. 49. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2274775>>. Acesso: 22.05.2016.

76 Art. 5, §1 da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção./ Presidência, Controladoria-Geral da União. 1º Ed., Brasília: CGU, 2008, p.9.

77 Thomas R. Snider; Won Kidane. *Combating corruption through international law in Africa: a comparative analysis*. In: Cornell International Law, Seattle, v. 20, iss. 691, 2007, p. 691.

78 Jan Wouter; Cedric Ryngaert; Ann Sofie Cloots. *The Fight Against Corruption in International Law*. In: Leuven Centre for Global Governance Studies. Working Paper, nº 94, 2012, p. 49. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2274775>>. Acesso: 22.05.2016.

A prática da corrupção se demonstra como um fator limitante para a execução dos direitos sociais, uma vez que tais direitos necessitam do investimento do Estado para serem efetuados. Porém, se ocorre desvio do dinheiro público, inibe a efetividade dos recursos para políticas e investimentos públicos, como serviços básicos, direito à saúde e à educação, direitos esses tão necessários para a parte mais carente de população⁷⁹.

Os direitos fundamentais sociais dependem do exercício da função pública, que deve resguardar o interesse coletivo. Assim, toda ação deve ter como destino o bem do povo. A corrupção é um ato que desvirtua o interesse público em razão do interesse particular. Na corrupção no âmbito público, o funcionário público, dotado da discricionariedade inerente ao cargo, se beneficia, através de propina, e desvia dos cofres públicos os recursos destinados às políticas públicas e, conseqüentemente, atinge as garantias dos cidadãos.

Assim, quanto maior a intensidade dos atos corruptos, menor será efetivação para os direitos sociais. Em resumo, “no que diz respeito aos direitos sociais, a corrupção também gera efeitos desastrosos para a cidadania, uma vez que reduz ou suprime os recursos a serem direcionados pelo governo para a saúde, educação, habitação e segurança da população, recursos estes que são apropriados privadamente em detrimento dos setores sociais desfavorecidos”⁸⁰.

Então há clara conexão entre a corrupção e os direitos humanos⁸¹. A violação desses direitos é evidente, o desvio do patrimônio público, destinado às políticas sociais ocorre para interesses particulares. Podemos dizer que a promoção dos direitos sociais, bem como a proteção dos direitos humanos, estão tendo sua realização impedida. Esse entendimento é cada vez mais defendido na doutrina mundial, conforme Philip M. Nichols: *“There is ample reason to believe that the inchoate right of a person to conduct business through corruption should be subordinate to the articulated right of peoples to have governments free of corruption. A growing body of literature suggests that corruption interferes with the fulfillment of numerous human rights, and that corruption itself violates rights. This literature springs from scholars and policymakers around the world and certainly is not limited to a Western European or North American perspective. [...] Navil Pillay, a South African judge who served as the United Nations High Commissioner for Human Rights, unequivocally states, «Corruption is an enormous obstacle to the realization of all human rights - civil, political, economic, social and cultural, as well as the right to development». Nigerian legal scholar Kolawole Olaniyan makes the same argument for Africa, adding the rights to be free of slavery and the right to be free of torture and inhumane treatment to the list of rights interfered with by corruption”*⁸².

79 “A corrupção também tende a distorcer a alocação dos benefícios econômicos, favorecer aqueles que têm em detrimento daqueles que não têm, e levar a uma distribuição de renda menos igualitária”. Susan Rose-Ackerman. A economia política da corrupção. In: A corrupção e a economia global. Kimberly Elliot (org.), Brasília: Universidade de Brasília, 2002, pp. 61-62.

80 Ricardo Freitas. Direitos econômicos e sociais e criminalidade. In: Revista Brasileira de ciências criminais. São Paulo, A 22, nº 107, 2014, p. 131.

81 *“Corruption, and particularly bribery of government officials, itself constitutes a violation of human rights. Bribery violates the rights of all people to fair and equitable governance”*. Philip M. Nichols. *The Good Bribe*. In: University of California, Davis Vol. 49:647, 2015, p. 671. Disponível em: <http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/49/2/Symposium/49-2_Nichols.pdf> Acesso: 25.04.2016.

82 Philip M. Nichols. *The Good Bribe*. In: University of California, Davis Vol. 49:647, 2015, p. 671. Disponível em: <http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/49/2/Symposium/49-2_Nichols.pdf> Acesso: 25.04.2016.

A principal vítima da corrupção é população mais vulnerável e carente, assim, as políticas de combate à corrupção são essenciais e urgentes, algo que traga como consequência a proteção de milhares de excluídos, impedidos do acesso mínimo para viver dignamente⁸³.

A corrupção é um fenômeno que favorece a desigualdade social, a exclusão e a pobreza⁸⁴, causando prejuízos à maior parte da população que, em países em desenvolvimento, é a classe mais pobre e miserável.

A conexão entre a corrupção e os direitos sociais também pode ser feita sob dois aspectos: No ponto de vista de pagar subornos para o acesso aos serviços públicos básicos; e no âmbito da administração, a corrupção em larga escala, com desvios da verba pública de uma política, por exemplo. Ambos os tipos são nefastos para os direitos sociais, já que fica evidenciado que a população não está tendo acesso aos serviços basilares⁸⁵.

Delimitar a conexão da corrupção e dos direitos sociais se torna complexo, pois delimitar a ação de um indivíduo, nexos e o dano consequente dessa ação, depende de investigação profunda de todos os processos da corrupção que, muitas vezes, não chegam ao conhecimento das autoridades fiscalizadoras. Portanto, a forma mais eficaz de demonstrar tal conexão são alguns casos que intuitivamente demonstram relação com os prejuízos que a população sofre sem os direitos sociais.

Por isso, é preciso que haja uma transparência nos atos públicos, bem como uma modernização nas leis de anticorrupção, para que esses desvios não ocorram e o interesse público prevaleça, pois “[...] a luta contra a corrupção através do aperfeiçoamento da transparência e da responsabilidade dos governantes, dos sistemas judiciários e da modernização dos setores financeiros, tornará viável o surgimento de uma atmosfera mais propícia à realização de um elenco mais amplo de direitos humanos”⁸⁶.

83 Nesse sentido o estudo do tema é extremamente relevante, pois a corrupção pode ser restrita ao debate das questões políticas e das elites, olhar para a violação dos direitos sociais é necessária cada vez mais. “*While popular debate often treats corruption as a problem created by greedy bureaucrats and politicians that mainly affects elites – those who presumably can afford to pay bribes – little is known about how corruption affects ordinary citizens and which groups are most likely to bear the social and economic costs of corruption*”. Mogens K. Justesen and Cristian Bjornskov. Exploiting the Poor: Bureaucratic Corruption and Poverty in Africa. In: World Development Vol. 58, 2014, p. 106.

84 Susan Rose-Ackerman. *A economia política da corrupção*. In: A corrupção e a economia global. Kimberly Elliot (org.), Brasília: Universidade de Brasília, 2002, p. 78.

85 “*The starting point of the model is that a key motivation for paying bribes is to get access to basic public services, such as education, water, permits and licenses, or legal enforcement of contracts. If, for example, a public water supply is not available, getting water may be difficult and highly costly. Most people—actual or potential clients of public services—therefore have incentives to protect themselves from such situations. Street-level corruption therefore differs from standard settings of grand corruption where agents attempt to gain illegal access to special treatment (Banerjee, Hanna, & Mullainathan, 2012). Here, bribes associated with regular access to public services are functionally similar to insurance against adverse shocks to service access. In other words, the type of corruption potentially inherent in these situations is of an extortionary nature, and not collusive as is the case in, e.g., situations in which agents pay bribes in order to bypass tariffs and regulations or in other ways gain (Non-Governmental Organisations) access to illegal or extralegal treatment. It is also “corruption without theft,” as defined by Shleifer and Vishny (1993), as bureaucrats demand bribes to allow access to public goods and services for which households have already paid through taxes and (legal) fees. Corrupt street-level acts are thus one-sided in the sense that they only confer benefits on the bureaucrat, compared to a situation without corruption*”. Mogens K. Justesen and Cristian Bjornskov. Exploiting the Poor: Bureaucratic Corruption and Poverty in Africa. In: World Development Vol. 58, 2014, pp. 106 e 107.

86 Larissa L. O. Ramina. *Ação Internacional contra a corrupção*. Corrupção e direito ao desenvolvimento. Curitiba: Juruá, 2008, p. 125.

3.1. ANÁLISE DAS CONSEQUÊNCIAS DA CORRUPÇÃO NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE E À EDUCAÇÃO

Este tópico é destinado a demonstrar, como a corrupção viola o direito à proteção da saúde e o direito à educação. E a escolha desses dois direitos se deu por julgarmos serem os direitos que são mais facilmente e perceptivelmente violados, prejudicando a população mais necessitada, no âmbito da corrupção pública.

Ademais, há estudos que demonstram que os setores como a educação e a saúde são preteridos de investimentos, sendo prioridade dos governos corruptos escolherem investir em obras de infraestrutura, uma vez que podem conseguir maiores somas de dinheiro, através de suborno⁸⁷.

Dessa forma, a educação e a saúde são violadas duplamente, tanto no desvio de verbas destinadas para esses setores, como na escolha do gestor público, que utiliza mais do patrimônio público no âmbito de obras, por ser mais lucrativo para a corrupção. Ou seja, *“education and public healthcare are prominent examples of such sectors, whereas infrastructure is a sector where rent seeking is particularly profitable. Underfinancing sectors such as healthcare and education disproportionately harms the poor and, especially with regard to education, seriously hampers development”*⁸⁸.

a. A corrupção na educação:

No âmbito da educação diversas situações envolvem práticas corruptas, entre elas o suborno para ter acesso a uma escola pública. Conforme Johnston, se um cidadão tiver que pagar propina para ter acesso à educação ou a saúde, ambos os direitos estão sendo violados⁸⁹.

Outra situação de corrupção na educação é a “corrupção grande”, na qual é desviada uma grande soma de dinheiro dos cofres públicos, com licitações fraudulentas em gastos de manutenção, obras nas escolas, novas escolas, merenda escolar, livros etc, melhorias materiais que nunca chegam aos alunos. A consequência desse tipo de prática é o comprometimento no nível da educação oferecida no setor público que, mais uma vez, atinge e prejudica a população carente. Todo esse processo faz com que as crianças e os jovens, as quais convivem em um espaço de situação precárias, dificilmente tenham a cultura e a educação de anticorrupção.

Para políticas de combate à corrupção terem eficácia, os níveis de desenvolvimento humano do Estado são de fundamental importância, e a educação deve estar intimamente ligada à melhores índices de desenvolvimento, tanta para uma escolha consciente de representantes, como para a participação na fiscalização dos atos dos governantes. *“The findings of this study demonstrate the importance*

87 “[...] o investimento que deveria ser alocado em setores como educação e saúde, importantes para elevação do capital humano da sociedade, é destinado para grandes obras, das quais é mais fácil desviar verbas e coletar propinas”. Paolo Mauro. Os efeitos da corrupção sobre o crescimento, investimentos e gastos do governo: uma análise de países representativos. In: A corrupção e a economia global. Kimberly Elliot (org.), Brasília: Universidade de Brasília, 2002, p.26.

88 Jan Wouter; Cedric Ryngaert; Ann Sofie Cloots. *The Fight Against Corruption in International Law*. In: Leuven Centre for Global Governance Studies. Working Paper, nº 94, 2012, p. 13. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2274775>>. Acesso: 22.05.2016.

89 “When an individual in order to have access to health or education needs to bribe a doctor to obtain medical treatment or a teacher to be allowed to attend a class his right to health and education is infringed by corruption”. Michael Johnston. *Right and Wrong in American Politics: Popular Conceptions of Corruption*. In: Polity Review, vol.18, iss. 3, 2001, p.44.

of human development on the reported perception of national corruption. As such, we suggest that anticorruption policies should be formulated with the understanding that human development is a significant factor impacting national corruption. Improvement in education/adult literacy, life choices, and citizen involvement in the community should be considered when implementing anti-corruption policies and procedures. When citizens are poorly educated, they may be unaware of their rights to duly influence their political leaders (Hors, 2000). If solutions were to focus on development issues, like health, education, employment, and poverty, corruption might be restricted as well (Ghazanfar & May, 2000)''⁹⁰.

b. *A corrupção na saúde:*

O direito à proteção da saúde encarrega o Estado da obrigação de garantir o acesso aos cuidados fundamentais de saúde infantil, materna, imunológica, medicamentos, saneamento básico, água potável etc, ou seja, o Estado tem muitas obrigações para garantir o direito à saúde, sendo um dos orçamentos mais altos, porém, os desvios comprometem tal garantia.

Na prática, é possível verificar a corrupção na saúde no âmbito dos profissionais, no acesso do paciente e no setor farmacêutico. Assim, “there are numerous direct ways by which corruption can violate the right to health. The most prevalent acts of corruption violating the right to health are bribery in hospitals and embezzlement of funds and assets destined to health services. Most of those practices affect the availability, accessibility, and quality of health services. As described in this section, when the state does not come to prevent and combat such practices, corruption thus leads to a clear and direct violation of the right to health⁹¹.

3.2. SOLUÇÕES PARA DIMINUIÇÃO DO IMPACTO DA CORRUPÇÃO NOS DIREITOS SOCIAIS

A investigação até agora se preocupou em demonstrar a conexão da corrupção como elemento violador dos direitos humanos, fundamentais e sociais. Conforme a análise feita, tais violações se mostraram claras e diretas. E é nesse contexto que as medidas anticorrupção se tornam indispensáveis para a diminuição do impacto da prática corruptiva nos direitos fundamentais.

a. *Investimento na educação, cultura, desenvolvimento humano, participação pública.*

O investimento na educação, na cultura, no desenvolvimento humano e na participação pública é uma das soluções para redução das práticas de corrupção. Se no caso brasileiro a corrupção é sólida e enraizada na cultura⁹², será através da educação que poderemos mudar progressivamente esse

90 Randi L. Sims; Baiyun Gong, Cynthia P. Ruppel. *A contingency theory of corruption: The effect of human development and national culture*. In: The Social Science Journal, 49, 2012, pp. 96 e 97.

91 Julio Bacio-Terracino. *Hard Law Connections Between Corruption and Human Rights*. In: International Council on Human Rights Policy, 2007, p. 27. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1107918>. Acesso em: 24.04.2016.

92 “No Brasil, a corrupção encontra-se solidamente enraizada na cultura do compadrio e do favorecimento, de natureza tipicamente patrimonialista. Desconfia-se também que a corrupção radique nas seculares desigualdades sociais, no elitismo e na nossa pesada herança escravagista, o que, se for verdade, é sinal de que ela encontra-se muito mais impregnada em nossa cultura do que talvez desejamos admitir”. Ricardo Freitas. Direitos econômicos e sociais e criminalidade. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, A 22, nº 107, 2014, p. 129.

pensamento⁹³, pois, em geral, os países que indicam um maior desenvolvimento humano, educação de qualidade, capacidade da participação do cidadão na comunidade, são países com menos propensão a aumentarem seus níveis de corrupção. “*Second, in countries with higher levels of human development, people are more educated and empowered to monitor and evaluate public behavior. An analysis on data collected from Uganda indicated that better education was tied to better knowledge in the process of reporting of corruption. This, in turn, resulted in decreases in incidents of corruption as well as improvements in public service quality (Deininger & Mpuga, 2005). Similarly, Cheung and Chan (2008) investigated the Gross Enrollment in Tertiary Education data and Corruption Perceptions Index data and found that increases in the number of people participating in tertiary education predicted a decrease in the incidences of corruption. [...] As a result, increased human development encourages more individuals to collectively seek social justice and enhanced moral standards (Zhang et al., 2009)*”⁹⁴.

A melhoria no desenvolvimento humano demonstra estar intimamente ligada à diminuição da corrupção, “*the recent advancements in human development in Costa Rica and Korea may serve as examples (see Fukuda-Parr et al., 2001) as does the vast improvement in the corruption levels of Hong Kong (see Hors, 2000) and Singapore (Tanzi, 1998). Further study of these countries as they continue their efforts in improving the human condition and combating corruption is warranted*”.⁹⁵ Quanto mais os cidadãos puderem ter uma vida digna, com seus direitos sociais garantidos, terão mais condições de fiscalizarem e cobrarem da administração pública⁹⁶.

b. Responsabilização no âmbito da “grande corrupção”

Conforme foi visto no decorrer do trabalho, a grande corrupção inviabiliza a garantia dos direitos humanos, além de dilapidar o patrimônio público com grandes desvios. Assim, a responsabilização dos funcionários públicos ocupantes de altos cargos deveria ser agravada.

93 Contudo, no Brasil já se percebe certa evolução no pensamento no que diz respeito à política, uma vez que a corrupção já vem sendo crítica e menos tolerada “[...] Com um aumento da instrução, são menos aqueles que acham que “estas coisas são normais”. Acreditamos que hoje a corrupção ostensiva e orgulhosa de si mesma, eternizada no slogan político – nunca oficializado – “Ademar rouba, mas faz”, do eterno governador de São Paulo, Ademar Pereira Barros não teria hoje o mesmo efeito de outrora”. Ary Ferreira de Cunha. *Combate à corrupção: da teoria à prática*. Lisboa: *Quid Juris*, 2015, p. 58.

94 Randi L. Sims; Baiyun Gong, Cynthia P. Ruppel. *A contingency theory of corruption: The effect of human development and national culture*. In: *The Social Science Journal*, 49, 2012, p. 91.

95 Randi L. Sims; Baiyun Gong, Cynthia P. Ruppel. *A contingency theory of corruption: The effect of human development and national culture*. In: *The Social Science Journal*, 49, 2012, pp. 96 e 97.

96 “*International regulations against corruption have largely proved ineffective (Hors, 2000) and have routinely excluded the involvement of the average citizen (see Sandholtz & Gray, 2003 for a summary of recent anticorruption movements). Luo and Han (2009) call for a more holistic approach in the fight against corruption. In part of that holistic approach, we suggest that efforts and funds expended to reduce national corruption should also consider the level of human development achieved by the citizens of the nation in question. An indirect route to reducing the level of national corruption may be to implement policies and practices that improve the human development level of the people. When citizens are welleducated, well-fed, and have access to adequate healthcare, they have greater opportunities to live full and productive lives. As a result they may also have the energy, sophistication, and interest in monitoring their local and national governmental officials leading to less corruption. Who better than to decrease the level of national corruption than the citizens of that nation? It is the local people who are most hurt by corruption and who have the most to gain when corrupt activities are halted. When they are free of concern for their basic needs they can participate in these activities. This brings hope to break the vicious cycle of corruption (O’Higgins, 2006).*” Randi L. Sims; Baiyun Gong, Cynthia P. Ruppel. *A contingency theory of corruption: The effect of human development and national culture*. In: *The Social Science Journal*, 49, 2012, p. 96.

Atualmente, a corrupção é compreendida como um “fenômeno social”⁹⁷, no qual a prática de corrupção já faz parte do Estado, é como se fosse natural que os ocupantes dos cargos públicos necessitem se utilizar da corrupção para conseguirem gerenciar obras, investimentos, se manterem no poder etc.

Neste caso, as medidas de combate se tornam tão necessárias e possíveis, pois o combate pode ser objetivamente direcionado nessa esfera dos ocupantes de altos cargos. “A abordagem institucional da corrupção chama a atenção, por conseguinte, para a necessidade de reformas institucionais, no plano político e econômico, visando a criar regras fixas para a interação entre os interesses privados e o interesse público, comungando com mecanismos institucionais que impeçam a existência de monopólios e a captura da burocracia estatal por parte de funcionários públicos e de agentes privados⁹⁸”.

No âmbito dos altos funcionários, podemos considerar que a razão para o cometimento recorrente do crime de corrupção é a certeza da impunidade, o enriquecimento e o poder a qualquer custo, assim, os institutos que previnem a corrupção devem se ater a essas causas frequentes na administração pública. Uma vez que “a luta contra a corrupção através do aperfeiçoamento da transparência e da responsabilidade dos governantes, dos sistemas judiciários, e da modernização dos setores financeiros, tornará viável o surgimento de uma atmosfera mais propícia à realização de um elenco mais amplo de direitos humanos⁹⁹”.

c. reforma no setor público

A reforma seria tornar o setor público menos propenso à aceitação de subornos. “*the one hand, breaking down public monopolies and introducing exit mechanisms for clients of public services weaken the power of government bureaucrats and work as a constraint on corrupt behavior. This may serve to modify the overall burden of corruption in society*”¹⁰⁰.

Bem como incentivar as operações de investigação, por meio de instituições independentes e melhoria nas condições de trabalho dos próprios servidores públicos, pois “alguns dos críticos da (in)eficiência da Administração Pública salientam muitas vezes que os funcionários públicos não tem incentivos para serem produtivos ou para fazer um bom trabalho. [...] o objetivo de dissuadir o agente de perseguir interesses privados ao partilhar com ele os benefícios do povo na prossecução do interesse público. Ao pagar em função do cumprimento de objetivos, ou acenar com aumentos salariais ou outra formas de compensação, o principal procura estabelecer uma maior identificação entre o seu benefício e o benefício do agente¹⁰¹”.

97 Paolo Mauro. *Os efeitos da corrupção sobre o crescimento, investimentos e gastos do governo: uma análise de países representativos*. In: A corrupção e a economia global. Kimberly Elliot (org.), Brasília: Universidade de Brasília, 2002, p.15.

98 Fernando Filgueiras. *A corrupção na política: perspectivas teóricas e metodológicas*. Rio de Janeiro: Cadernos CEDES, n. 5, 2006, p.10.

99 Larissa L. O. Ramina. *Ação Internacional contra a corrupção. Corrupção e direito ao desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 125.

100 Mogens K. Justesen and Cristian Bjornskov. *Exploiting the Poor: Bureaucratic Corruption and Poverty in Africa*. In: World Development Vol. 58, 2014, p. 114.

101 Ary Ferreira de Cunha. *Combate à corrupção: da teoria à prática*. Lisboa: Quid Juris, 2015, p. 145 e ss.

4. CONCLUSÃO

Na presente investigação sobre a corrupção e os direitos sociais foi possível verificar a violação que, tanto os direitos humanos em geral, como os direitos sociais, sofrem com essa prática criminosa. E, paralelamente, com o processo de globalização cada vez mais crescente, com os países mais conectados, esse fenômeno da corrupção tem se tornado mais organizado, indo além das fronteiras, não importando o país ser desenvolvido ou não.

Nesse sentido, muito tem a ser feito quanto a um discurso e ações consensuais entre as nações, pois conforme disse Kaufmann. “*Luchar contra la corrupción es un desafío mundial*”¹⁰². Em proporções globais, através de medidas de cooperação internacional mútua, compartilhamento de informações e conscientização da população, visando a constituição de uma melhoria na redução dos índices.

As iniciativas anticorrupção (promoção da transparência, participação da sociedade, prestação de contas, criminalização do suborno) demonstram a preocupação em conter os efeitos maléficos desses atos, porém, tanto a criminalização, quanto à recuperação dos desvios ainda apresentam grande dificuldade de concretização, uma vez que os instrumentos internacionais ainda carecem de procedimentos específicos para o combate à corrupção.

Assim, as medidas contra a corrupção são urgentes, tornando o princípio anticorrupção fundamental para a proteção dos direitos humanos e sociais.

De maneira geral, a investigação conseguiu atingir o objetivo inicial de demonstrar a conexão entre a corrupção e os direitos sociais, porém, ainda tem um caminho longo e necessário de aperfeiçoamento na seara dos dados governamentais, para que, enfim, possa haver um estudo mais preciso de tais impactos.

Assim, o estudo sobre as consequências da corrupção demonstrou ser de grande relevância, pois muito além de saber que a corrupção é algo errado, moralmente ou criminalmente, deve-se entender os seus efeitos concretos, como a fome, a pobreza, as desigualdades e as exclusões.

Percebemos por fim, que o desenvolvimento humano vem se mostrando um meio eficaz de eliminar ou diminuir significativamente a corrupção da sociedade, isso denota que a proteção e a garantia dos direitos sociais se tornam mais relevantes, pois o aumento do nível de desenvolvimento humano depende da melhoria da condição humana dos seus cidadãos, com políticas voltadas à saúde, à educação, à habitação, à alimentação, ao trabalho, dentre outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Mario Pimentel; MEDEIROS, Humberto Jacques de; BARBOZA, Márcia Noll. *O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no Brasil*. Brasília: Ministério Público Federal, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de Andrade. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ªed. Coimbra: Almedina, 2012.

BACIO-TERRACINO, Julio. *Hard Law Connections Between Corruption and Human Rights*. In: *International Council on Human Rights Policy, 2007*. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/>

102 <http://www.bancomundial.org/temas/anticorrupcion/>

- papers.cfm?abstract_id=1107918>. Acesso em: 24.04.2016.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: Revista de direito do estado, v. 1, n. 3, jul./ set. 2006.
- BARR, Joshua V.; PINILLA, Edgar M.; and FINKE, Jorge. *A Legal Perspective on the Use of Models in the Fight Against Corruption*. In: South Carolina Journal of International Law and Business, vol. 8: iss. 2, Article 5, 2012. Disponível em: <<http://scholarcommons.sc.edu/scjilb/vol8/iss2/5>>. Acesso em: 05.06.2016.
- BROWN, Ed. and CLOKE, Jonathan. *Neoliberal Reform, Governance and Corruption in the South: Assessing the International Anti-Corruption Crusade*. In: Antipode, vol. 36, iss. 2, 2004, p.275.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CANOTILHO, JJ Gomes. *Metodologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais*. In: Estudos sobre Direitos Fundamentais. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CROIRE, Benedita Mac. *Os direitos sociais em crise?* In: Pedro Gonçalves e outros (coord). *A Crise e o Direito Público*. VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa, 2013.
- CUNHA, Ary Ferreira de. *Combate à corrupção: da teoria à prática*. Lisboa: Quid Juris, 2015.
- FARRALES, M.J. What is Corruption? *A History of Corruption Studies and the Great Definitions Debate*. In: Social Science Research Network, San Diego: University of California, 2005. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1739962> Acesso: 15.05.2016.
- FILGUEIRAS, Fernando. *A corrupção na política: perspectivas teóricas e metodológicas*. Rio de Janeiro: Cadernos CEDES, n. 5, 2006.
- FREITAS, Ricardo. *Direitos econômicos e sociais e criminalidade*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, A 22, nº 107, 2014.
- HODESS, Robin; INOWLOCKI, Tania; RODRÍGUEZ, Diana and WOLFE, Toby. *Global Corruption Report 2004*, Transparency international, Londres: Pluto Press, 2004. Disponível em: https://www.transparency.org/whatwedo/publication/informe_global_de_la_corrupcion_2004_corrupcion_politica>. Acesso em: 27.05.2016.
- JOHNSTON, Michael. *Right and Wrong in American Politics: Popular Conceptions of Corruption*. In: Polity Review, vol.18, iss. 3, 2001.
- JUSTESEN, Mogens K. and BJORNSKOV, Cristian. *Exploiting the Poor: Bureaucratic Corruption and Poverty in Africa*. In: World Development Vol. 58, 2014.
- LAMBSDORFF, Johann Graf. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p.88.
- MOURO, Paolo. *Os efeitos da corrupção sobre o crescimento, investimentos e gastos do governo: uma análise de países representativos*. In: A corrupção e a economia global. Kimberly Elliot (org.), Brasília: Universidade de Brasília, 2002.
- NICHOLS, Philip M. *The Good Bribe*. In: University of California, Davis Vol. 49:647, 2015. Disponível

- em: <http://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/49/2/Symposium/49-2_Nichols.pdf> Acesso: 25.04.2016.
- NOTARI, Márcio Bonini e LEAL, Rogério Gesta. *O crime de lavagem de dinheiro no âmbito da convenção da OCDE e as políticas públicas de combate à corrupção*. In: Revista de Direito Público, Londrina, v. 10, n. 2, mai./ago., 2015.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *A corrupção como desvio de recursos públicos (a agressão da corrupção aos direitos humanos)*. In: Revista dos Tribunais nº 820, ano 93, São Paulo: RT, 2004.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- RAMINA, Larissa L. O. *Ação Internacional contra a corrupção*. Corrupção e direito ao desenvolvimento. Curitiba: Juruá, 2008.
- RAMOS, André de Carvalho. *O Combate Internacional à corrupção e Lei da Improbidade*. In: Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei nº 8.429/92. José Adércio Leite Sampaio [et al.]. (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. *A economia política da corrupção*. In: *A corrupção e a economia global*. Kimberly Elliot (org.), Brasília: Universidade de Brasília, 2002.
- ROSE-ACKERMAN, Susan. "Grand" corruption and the ethics of global business. In: Journal of Banking & Finance 26, 2002.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Probidade na Era dos Desencantos. Crise e Propostas de Restauração da Integridade Dogmática da Lei 8429/92*. In: Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei nº 8.429/92. José Adércio Leite Sampaio [et al.], (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; e MELO, Débora Thaís de. *A corrupção: Reflexões (a partir de lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra editora, 2009.
- SIMS, Randi L.; GONG, Baiyun; RUPPEL, Cynthia P. *A contingency theory of corruption: The effect of human development and national culture*. In: The Social Science Journal, 49, 2012, p. 90.
- SNIDER, Thomas R.; KIDANE, Won. *Combating corruption through international law in Africa: a comparative analysis*. In: Cornell International Law, Seattle, v. 20, iss. 691, 2007.
- SPALDING, Andrew Brady. *Corruption, Corporations, and the New Human Right*. In: Washington University Law Review, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2232670>>. Acesso em: 30.05.2016.
- STARLING, Heloisa Maria Murgel. *Ditadura Militar*. In: Corrupção: ensaios e críticas. Leonardo Avritzer [et al.], (Org.), Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.
- TEACHOUT, Zephyr. *The Anti-Corruption Principle*. In: Cornell Law Review, vol. 94, nº 341, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1353203> acesso em: 14/04/2016.
- WOUTER, Jan; RYNGAERT, Cedric; and CLOOTS, Ann Sofie. *The Fight Against Corruption in International Law*. In: Leuven Centre for Global Governance Studies. Working Paper, nº 94, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2274775>>. Acesso: 22.05.2016.

A PROBLEMÁTICA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DOS TEMPLOS RELIGIOSOS

WESLEY ROMMEL GONÇALVES GALENO
JOÃO GABRIEL LAPROVITERA ROCHA

RESUMO

O presente artigo tratará da problemática envolvendo o uso da benesse constitucional concedida aos templos religiosos de qualquer culto, qual seja, a Imunidade Tributária. Através da análise de doutrina, jurisprudência, legislação específica, artigos científicos, e casos concretos, chegou-se à conclusão de que talvez a finalidade do constituinte originário, com sobredita benesse, não está sendo alcançada. Assim, acredita-se que a imunidade tributária concedida aos templos religiosos acaba sendo um facilitador para o cometimento de crimes financeiros, bem como estimulando a criação de instituições religiosas (de fachada) para a prática desses. Portanto, aqui serão ventilados breves conceitos para o bom entendimento do tema, mas, principalmente, serão abordados os casos concretos, bem como possíveis soluções para a problemática abordada.

PALAVRAS-CHAVE:

Imunidade Tributária; Templos Religiosos; Crimes Financeiros

ABSTRACT

This paper deals with the problem involving the use of constitutional benefits for religious temples of any cult, that is, the Tributary Immunity. Through the doctrine analysis, jurisprudence, specific legislation, scientific papers and concrete cases, it is possible to conclude that perhaps the purpose of the original constituent with aforesaid benefits, has not being achieved. Thus, it is believed that the tributary immunity, given to religious temples, ends up being a facilitator for financial crimes as well as encouraging the creation of religious institutions (fake) to practice these crimes. Therefore, this paper presents brief concepts for the good understanding of the theme, concrete cases and possible solutions to the problem raised.

KEYWORDS:

Tributary Immunity; Religious Temples; Financial Crimes.

INTRODUÇÃO

Vive-se, atualmente, num Estado de direito, tendo como lei suprema a Constituição, que consagra a garantida à liberdade de culto e crença (art.5º, VI e 19, I). No âmbito infraconstitucional, a autonomia das instituições religiosas encontra respaldo no Código Civil art. 44, §1º. Junto a isto, o texto Constitucional assegura a imunidade tributária aos templos religiosos, no que é pertinente ao patrimônio, renda e serviços (Art.150, IV, “b”, §4º).

Portanto, o Estado não pode intervir na sua organização interna e na autonomia das entidades religiosas nem instituir impostos sobre os templos. Tem-se, então, uma liberdade atípica no ordenamento jurídico brasileiro, o que, por sua vez, deixa em aberto uma lacuna de fácil preenchimento à mente criminosa.

No Brasil, vive-se uma cultura do “jeitinho brasileiro”, de modo que, se a lei não proibir, pode ser feito, mesmo que isso indiretamente venha a ferir direitos alheios, ou mesmo a lei proíbe, mas se for feito “direito”, ninguém saberá, assim, não tem problema, fato que torna a lei suprema na conduta da população, devendo agir estritamente na forma desta, tendo em vista o risco de encontrarem-se condutas não previstas e, portanto, possíveis, num país onde não se tem zelo pelo interesse alheio.

Assim, por carecer de instrumentos que assegurem a sua efetividade e finalidade, a imunidade tributária dos templos religiosos se torna vulnerável, facilitando o seu mau uso.

Esse artigo não tratará de discutir a eficácia das entidades religiosas na sociedade, mas tão somente mostrar o quão vulnerável a norma constitucional deixa o sistema financeiro nacional ao permitir uma benesse tão importante sem o devido zelo e cuidado com o seu uso.

Salienta-se que o tema deste trabalho é de bastante complexidade. E por mais desafiador que seja, tendo em vista que aqui se mexe com as religiões, sendo o Brasil um país tipicamente religioso, torna-se um pouco incômodo tratar do tema, ainda mais defender um posicionamento que talvez venha a prejudicar a proliferação (desenfreada) de templos. Mas inobstante ser delicado, é um assunto de extrema importância e necessário para trazer a discussão ao meio acadêmico.

Nesse contexto, inauguraram-se os estudos para elaborar o presente trabalho, primeiramente trazendo a conceituação de determinados institutos direta ou indiretamente ligados à imunidade tributária, para melhor compreensão do tema, bem como, as principais correntes doutrinárias, e, para finalizar, é ventilado toda a problemática e suas possíveis soluções.

1. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CONCEDIDA AOS TEMPLOS RELIGIOSOS

Primeiramente, há que se destacar que a instituição Igreja nunca pagou impostos ao Estado. No Brasil monarquia, a Igreja andava junto com o Estado, por esse motivo findava não pagando impostos à Coroa por mero costume. Após o desligamento destes (Igreja- Estado), com o advento do Brasil República (1889), a Igreja mesmo desvinculada ao Estado teve influência para escapar da tributação por meio de leis de isenção, o que persistiu até a Constituição de 1946, que foi pioneira em imunizar as instituições religiosas, e, desde então, todas garantiram essa benesse aos Templos Religiosos.

E por que o Brasil imunizou as instituições religiosas do pagamento de impostos? O direito a liberdade de culto e liberdade religiosa é um direito fundamental constante no art.5º da carta magna vigente (Constituição de 1988), e para resguardar e fomentar dito direito o Estado tornou imune ao pagamento de impostos à Igreja, para assim não embaraçar ou dificultar a atividade religiosa.

Para tanto, a Constituição Federal de 1988 (CF/88), em seu artigo 150, tratou de trazer um rol de imunidades buscando justamente a efetivação de diversos direitos fundamentais.

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

- a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
- b) templos de qualquer culto;
- c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

e) fonogramas e videofonogramas musicais produzidos no Brasil contendo obras musicais ou literomusicais de autores brasileiros e/ou obras em geral interpretadas por artistas brasileiros, bem como os suportes materiais ou arquivos digitais que os contenham, salvo na etapa de replicação industrial de mídias ópticas de leitura a laser.

Então, num só artigo o constituinte originário tratou de resguardar alguns direitos tidos como fundamentais, através da incompetência estatal de instituir impostos sobre eles. Dentre eles, tem-se o estímulo ao pacto federativo (“a”), liberdade de culto (“b”), democracia e aos direitos individuais e coletivos (“c”) etc.

E o que é a imunidade tributária?

2. CONCEITO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

As imunidades tributárias estão intimamente ligadas à competência tributária disposta no texto constitucional, neste sentido, faz-se necessário breve comentário sobre o tema, bem como as diversas posições da doutrina acerca do conceito de imunidade tributária.

A doutrina ainda não acertou um entendimento comum na conceituação da Imunidade Tributária, contudo, de forma geral, entende-se como uma limitação ao poder de tributar do Estado.

A corrente mais dominante, quando se conceitua a Imunidade Tributária coaduna com o entendimento do Hugo de Brito Machado (2015, p. 288), no sentido de ser a imunidade uma limitação/vedação ao poder de tributar.

Imunidade é o obstáculo decorrente de regra da Constituição à incidência de regra jurídica de tributação. O que é imune não pode ser tributado. A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. É limitação de competência tributária.

Nesse sentido, leciona também Roque Antônio Carrazza (2008, p. 705) que:

A imunidade tributária é um fenômeno de natureza constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto, fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes, para onerar, com exações, certas pessoas, seja em função de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados, fatos, bens ou situações [...].

Tem-se, então, que a imunidade tributária constitui óbice a competência tributária conferida ao legislador pela Constituição, portanto, somente com outra norma constitucional poderia vir a retirar essa competência, no caso, a imunidade.

3. ESPÉCIES DE IMUNIDADES

A doutrina clássica traz como espécies de imunidades as objetivas e subjetivas, neste sentido trouxemos suas conceituações, bem como, mais dois tipos citados por Sabbag (2014) em sua obra mais contemporânea.

3.1 IMUNIDADE SUBJETIVA

Trata-se das imunidades tributárias atribuída a determinadas pessoas por conta de elementos ligado a estas, como patrimônio, renda e serviços que estejam voltados às finalidades essenciais da pessoa imune, presente no art. 150, §4º e §2º.

Neste sentido, leciona Amaro (1997, p. 146):

As imunidades são definidas em função de condições pessoais de quem venha a vincular-se às situações materiais que ensejariam a tributação (por exemplo, a renda, em regra passível de ser tributada, é imune quando auferida por partido político ou por entidade assistencial que preencha certos requisitos). Mas podem, também, as imunidades ser definidas em função do objeto suscetível de ser tributado (p. ex., o livro é imune), ou de certas peculiaridades da situação objetiva (p. ex., um produto que, em regra, poderia ser tributado, mas, por destinar-se à exportação, é imune). Podem, assim, identificar-se imunidades subjetivas (atentas às condições pessoais do sujeito que se vincula às situações materiais que, se aplicada a regra, seriam tributáveis) e imunidades objetivas (para cuja identificação o relevo está no objeto ou situação objetiva, que, em razão de alguma especificidade, escapa à regra de tributabilidade e se enquadra na exceção que é a imunidade)”.

Portanto, resta evidente que as imunidades subjetivas estão ligadas as pessoas imunes, bem como seu patrimônio, bens e serviços despendidos em suas atividades fins.

3.2 IMUNIDADE OBJETIVA

Por outro lado, a imunidade objetiva está relacionada a fatos, bens ou situações que, embora beneficie pessoas, não tem isso como foco principal. Exemplo disto, é o disposto na alínea “d”, inciso VI do artigo 150 da constituição, sendo protegido o objeto comercializado e não o local da venda.

Na lição de Schoueri (2010, p. 378), a imunidade objetiva “abrange somente os impostos incidentes sobre a importação, a produção industrial e a circulação das mercadorias mencionadas, como o II, IPI e o ICMS, e não os impostos sobre a renda e o patrimônio de editoras e livreiros (no caso da imunidade sobre os livros, jornais e periódicos).

Diante disto, nota-se que este tipo de imunidade refere-se apenas, no caso, aos objetos, e não às fabricantes e revendedoras.

3.3. DOCTRINA CONTEMPORÂNEA

Para Sabbag (2014, p. 335), existem duas espécies de imunidades; a Vinculada e a Relacionada. A vinculada é aquela trazida pelo art. 150, VI, “a”, e §2º da CF, ou seja, a imunidade recíproca, relativa ao patrimônio, a renda e aos serviços, vinculadas as suas finalidades essenciais ou a elas decorrentes. Nota-se que, neste caso, a imunidade é mais restrita.

Já a imunidade relacionada, ligada ao art. 150, VI, “b” e “c”, e §4º da CF, diz respeito à imunidade religiosa e assistencial. Através da leitura do parágrafo retromencionado nota-se que o caráter destas imunidades é mais amplo, abrangido o patrimônio, a renda e os serviços prestados pela entidade, direta ou indiretamente explorados, desde que estes sejam revestidos para a finalidade da imunidade.

Portanto, na imunidade vinculada para usufruir do benefício imunizante os bens devem ser apenas

aqueles necessários para o funcionamento da atividade explorada. Ex. O prédio em que está lotada a autarquia não incide IPTU, os carros usados na prestação do serviço direto desta não incidem tributos.

Por outro lado, na imunidade relacionada, para haver a imunidade sobre a renda, o patrimônio e os serviços basta que estes ou seus frutos estejam direta ou indiretamente relacionados ao objeto da pessoa imunizada, com suas rendas revestidas para realização da atividade-fim da instituição. Vejamos o exemplo extraído novamente da obra do professor Sabbag (2014, p. 335); o prédio locado a terceiros, é totalmente imune de tributos, desde que a destinação da renda percebida com os aluguéis seja revestida para a atividade religiosa ou assistencial.

4. DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA AOS TEMPLOS RELIGIOSOS FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A imunidade tributária voltada aos templos religiosos trata-se de instituto muito delicado e que divide opiniões na seara jurídica, sendo praticamente impossível se chegar a uma conclusão certa.

Eduardo Sabbag, em sua obra *Manual de Direito Tributário*, discorre brevemente, em análise crítica acerca da “Imunidade Religiosa”. Basicamente ventila seu pensamento na preocupação que deve ser desprendida no tocante a aplicação do instituto tendo em vista que, com a proliferação de templos e a constante ocorrência de atos ilícitos vinculados ao exercício religioso leva-o a refletir sobre a eficácia do referido instituto nos moldes hoje propostos.

Diante disto, deixa evidente em sua doutrina que, apesar de a “imunidade religiosa” ser uma garantida constitucional e efetiva, na prática os efeitos gerados por esta desoneração nem sempre são isonômicos ou em favor do preceito constitucional a ela inerente, qual seja a liberdade de culto. Concluindo que suprimir a Imunidade Tributária aos templos não seria a solução para a problemática, mas tão somente haver uma regulação na forma como essa imunidade é utilizada, com requisitos a serem cumpridos e saudáveis exigências, para assim evitar abuso por parte das instituições religiosas.

Hugo de Brito Machado, em sua obra *Curso de Direito Tributário*, nos oferece entendimento similar ao de Eduardo Sabbag, contudo com um pouco mais de austeridade no quesito extensão da imunidade.

Nas palavras do ilustre autor (2015, p. 292):

A imunidade concerne ao que seja necessário para o exercício do culto. Nem se deve restringir seu alcance, de sorte que o tributo constitua um obstáculo, nem se deve amplia-lo, de sorte que a imunidade constitua um estímulo à prática de culto religioso.

Nesse aspecto, o autor coaduna com o entendimento retromencionado do Prof. Sabbag, porém, no tocante ao patrimônio, bens e serviços da igreja, aquele autor é mais restrito na sua acepção. Exemplo disto é que, para Machado, a locação de imóveis a terceiros se não for feita de forma eventual, deve ser tributado seus rendimentos por constituir atividade econômica, portanto, não necessária a realização de culto, vejamos: (2015, p. 292)

Há que sustente que os imóveis alugados, e os rendimentos respectivos estão ao abrigo da imunidade desde que sejam estes destinados à manutenção do culto. A tese é razoável quando se trate de locação eventual de bens pertencentes ao culto. Não, porém, quando se trata de atividade permanente deste. A locação de imóveis, com a ressalva feita há pouco, é uma atividade econômica que nada tem a ver com um culto religioso.

Para Machado, a extensão da imunidade aos templos religiosos deve ser ainda mais criteriosa do que na visão de Sabbag, neste, o aluguel de imóveis, ainda que habitual, pode ser abrangido pela imunidade tributária (desde que não atente contra a concorrência), se os rendimentos foram revertidos na atividade religiosa. Para Machado, este entendimento é desarrazoado, uma vez que; “as entidades religiosas poderiam também, ao abrigo da imunidade, desenvolver atividades industriais e comerciais quaisquer, a pretexto de angariar meios financeiros para a manutenção do culto...”, praticando concorrência desleal.

5. A PROBLEMÁTICA DA IMUNIDADE RELIGIOSA; CRIMES FINANCEIROS

Apesar de já ventilado o fundamento da Imunidade Tributária dos Templos religiosos, qual seja, o resguardo do direito fundamental de liberdade de crença e culto, o ordenamento jurídico brasileiro precisa aprimorar a forma como se dá essa imunidade, ela não pode ser autoaplicável, nesse sentido, carecemos de regulamentação quanto a esta matéria, pois na sua falta a finalidade da imunidade se esvai, criando, em verdade, um manancial de possibilidades a serem perseguidas, muitas vezes, por criminosos que se usam da total negligência estatal na fiscalização e regulamentação da benesse constitucional dada aos templos, ou, se não, usa-se os templos como fachada para sonegação de impostos.

Diante disto, aqui neste artigo, trouxeram-se exemplos os crimes mais comuns e mais propícios para aqueles que desejam se aproveitar da imunidade tributária concedida aos templos.

5.1. LAVAGEM DE DINHEIRO

O crime de lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores está tipificado na Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.683/12, artigo 1º, incorrendo no crime de lavagem de dinheiro aquele que “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Assim, basta existir uma atividade em que a maior parte da movimentação financeira seja em dinheiro espécie, portanto, dificultando o rastreo, para haja facilidade para a prática da lavagem de dinheiro, para tanto, basta incluir o montante ilícito no faturamento lícito da empresa de fachada (no caso, as igrejas).

Dito isto, resta-nos claro que a lavagem de dinheiro trata-se de ilícito penal, a doutrina o classifica como crime secundário, sendo necessário um crime anterior para sua tipificação.

André Luis Callegari (2003, p.47 -51) identifica as três fases da lavagem, como: ocultação, mascaramento e integração, contudo, de forma mais esmiuçada, quanto a ocultação, em que interesse ao trabalho, ensina:

O efetivo arrecadado é normalmente transferido a uma zona ou localidade distinta daquela de onde se originou, colocando-se, em seguida, em estabelecimentos financeiros tradicionais ou não tradicionais (casa de câmbio, cassinos etc.), ou ainda em outros tipos de negócio de variadas condições (hotéis, restaurantes, bares etc.).

(...)

Blanco Cordeiro Leciona que algumas das práticas de lavagem de dinheiro podem ser reconduzidas a instituições financeiras não tradicionais que compreendem aqueles negócios que proporcionam serviços similares aos dos bancos (câmbio de moeda, agentes de seguros, vendedores ou agentes de metais preciosos, cassinos, serviços postais etc.). A diferença é que essas instituições estão menos supervisionadas e reguladas que as instituições financeiras tradicionais. (...) uma pessoa física ou jurídica pode transferir dinheiro ou títulos de valores a outro país sem os constantes documentos nem o controle das autoridades dos outros países.

Neste contexto, ainda baseado na obra citada, os principais mecanismos utilizados pelos “lavadores” é a mistura dos fundos lícitos e ilícitos (já comentado), facilitados pela atividade fachada que movimentava grandes somas em dinheiro.

Nota-se, portanto, que, para a doutrina, o crime de lavagem de dinheiro se perfaz com o advento de três condutas; omitir, dissimular/mascarar e integração o dinheiro proveniente de conduta ilícita. Deixa claro que, para cada etapa, há vários *modos operadis* conforme visto na doutrina de Callegari.

Dito isto, traz-se para análise a denúncia interposta pelo Ministério Público Federal (MPF), em 2011, exposta pela mídia através de matéria na revista *Veja* (13/09/2011) intitulada “Como a universal lava o dinheiro doado pelos seus fiéis”, para que fique ainda mais latente a problemática aqui exposta e a tipificação da conduta como crime de lavagem de dinheiro.

Segundo a denúncia, o dinheiro das doações foi remetido ilegalmente do Brasil para os Estados Unidos e para o Uruguai, onde foi parar em contas bancárias abertas por empresas sediadas em paraísos fiscais. Criadas entre 1991 e 1992, as empresas *offshore* são a Investholding, sediada nas Ilhas Cayman, no Caribe, e a Cableinvest, na ilha Jersey.

Doleiros participaram da operação por intermédio das empresas de câmbio Diskline e IC, com escritórios em São Paulo e no Rio de Janeiro. Eles convertiam os reais que eram arrecadados junto aos fiéis em dólares depositados nas contas bancárias das *offshores* em Miami, Nova York e Montevideú. Depois, o dinheiro era reconvertido em moeda nacional e aplicado na compra de veículos de comunicação no Brasil, todos registrados em nome de bispos e pessoas ligadas à Iurd. Em junho de 2005, João Batista Ramos da Silva foi descoberto quando tentava embarcar em um jatinho de Brasília para São Paulo com 10 milhões de reais em espécie.

A denúncia demonstra que a Iurd declarou ao Fisco somente uma parte do que arrecada nos cultos, apesar de a igreja ter imunidade tributária. Entre 2003 e 2006, a Universal declarou ter recebido mais de 5 bilhões de reais em doações. Segundo testemunhas, no entanto, o valor pode ser bem maior. “A Iurd parece aplicar junto à Fazenda Pública uma política que, nos moldes do que prega aos seus fiéis, também pode ser caracterizada como ‘dizimista’: declara à Receita apenas parte do que efetivamente arrecada”, diz o procurador na denúncia.

A denúncia do MPF, também mostra indícios de que os dirigentes se beneficiavam com o dinheiro lavado através de empréstimos de empresas de fachada criadas pelos próprios membros da igreja.

De acordo com a investigação do MPF, depois de passar pelas contas das *offshores*, o dinheiro, devidamente legalizado, era remetido de volta ao Brasil na forma de investimentos e aquisição de cotas societárias de empresas de fachada criadas pelo grupo. Os endereços principais eram a Cremo e a Unimetro. A novidade, desta vez, é que a investigação apurou que os dirigentes também se beneficiavam de “empréstimos” das *offshores*.

Antes, a suspeita era de que apenas laranjas e pessoas de menor expressão na hierarquia eram usadas no esquema. Mas, entre 2003 e 2006, sustenta a procuradoria, a Cremo fechou três empréstimos de quase dez milhões de reais para Alba Maria da Silva da Costa. Só sete milhões de reais foram registrados. Em outra operação, a Cremo adquiriu um jatinho executivo para a Rádio Record. A investigação sugere que a Universal e as empresas fazem parte do mesmo conglomerado.

Outro caso foi a operação Lava Rápido deflagrada pela Polícia Federal, em 2012, que desmantelou uma organização criminosa especializada no cometimento crimes financeiros, em especial lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, dentre outros (ESTADÃO, 2012).

Segundo a PF, o inquérito teve início em março passado após a constatação de que “uma pequena igreja” havia movimentado em suas contas quase R\$400 milhões em operações financeiras. A igreja usada para a fraude só existia no papel, ou seja, tinha registros nos cadastros do Fisco apenas para acobertar as atividades ilícitas de empresas do grupo. Não havia templo nem fiéis.

(...)

Giacomet assinala que a “igreja” era uma empresa que jamais teve existência física. “A associação religiosa foi criada por gozar de imunidade tributária, o que diminuiria as probabilidades de fiscalização, na visão dos integrantes do grupo”.

Os crimes eram cometidos da seguinte maneira: “Empresas de fachada eram criadas para que atuassem ficticiamente, recebendo recursos de empresas reais e depois remetendo os valores para o exterior por meio de doleiros”.

Quanto ao *modus operandis*, nota-se um padrão a ser seguido pelos “lavadores”, no tocante as instituições religiosas, é o uso de doleiros nas intermediações e o contrabando de dinheiro a paraísos fiscais em outros países, para que assim seja feita a conversão do dinheiro ilícito em lícito, tornando-o apto a retornar ao Brasil. Outro mecanismo citado na denúncia do MPF é o chamado empréstimo simulado, já tratado aqui na doutrina de Callegari.

Deste modo, torna-se lúcido o nexo de causalidade entre a benesse constitucional e o cometimento do crime em comento, pois, ao padeceremos de mecanismos de fiscalização e controle da contabilidade o *ente imune* indiretamente cria brechas ao cometimento de crimes financeiros.

Um caso emblemático que ocorreu no Brasil, em 2006, o casal, intitulados de bispos, Estevan Hernandes Filho e Sônia Haddad Morais Hernandes, líderes da Igreja Renascer em Cristo, foram denunciados por suposta lavagem de dinheiro e ocultação de bens, através de organização criminosa ligada à igreja e outras empresas sobre o seu comando.

O epicentro da denúncia foi a prisão do casal nos Estados Unidos por estarem levando consigo US\$ 56.000,00 não declarados, o que chamou atenção de toda a imprensa internacional. Os réus afirmam que o dinheiro não declarado é proveniente de doações dos fiéis. O processo encontra-se ainda pendente de julgamento no Tribunal de Justiça de São Paulo (proc. n.º 2007/0041879-9).

Portanto, evidente está a facilidade e a vantagem de se cometer crimes utilizando as instituições religiosas, tendo em vista que estas, além de não pagarem impostos sobre suas receitas, diferente das demais empresas, ainda carecem de fiscalização sobre a arrecadação de dízimos e ofertas, bem como a origem e destino dos valores percebidos.

5.2 EVASÃO FISCAL, ELISÃO FISCAL E ELUSÃO FISCAL

Os procedimentos de evasão, elisão e elusão fiscal são meios estratégicos de burlar a incidência de impostos, podendo ser de forma lícita como é a elisão fiscal ou ilícita como a elusão e evasão fiscal, sendo estes crimes tributários.

Antes de adentrarmos na conceituação e explicação dos sobreditos tipos, vale citar a doutrina de Hugo de Brito Machado (2015, p. 499), que conceitua o ilícito tributário da seguinte maneira: “Diz-se de conteúdo patrimonial quando implica o não pagamento, total ou parcial, do tributo. Sem conteúdo patrimonial é o ilícito consistente no inadimplemento de simples obrigação acessória”.

Não há unanimidade no conceito dos três sobreditos procedimentos, contudo, parte considerável da doutrina, milita no conceito de Elisão como sendo o meio lícito de escusar-se do pagamento de tributos e evasão como meio ilícito da escusa, tendo em vista que, na primeira a estratégia de pagar menos impostos é anterior a incidência destes e na segunda, geralmente, é posterior, senão, vejamos o que diz o Professor Sacha Calmon (1998, p. 174) sobre a diferenciação entre ambos:

Tanto na evasão comissiva ilícita como na elisão fiscal existe uma ação do contribuinte, intencional, com o objetivo de não pagar ou pagar tributo a menor. As diferencia: (a) a natureza dos meios empregados. Na evasão ilícita os meios são sempre ilícitos (haverá fraude ou simulação de fato, documento ou ato jurídico. Quando mais de um agente participar dar-se-á o conluio). Na elisão os meios são sempre lícitos porque não vedados pelo legislador; (b) também, o momento da utilização desses meios. Na evasão ilícita a distorção da realidade ocorre no momento em que ocorre o fato jurígeno-tributário, ou como aventa Sampaio Dória, antes que se exteriorize a hipótese de incidência tributária, pois, opcionalmente, o negócio revestirá a forma jurídica alternativa não descrita na lei como pressuposto de incidência ou pelo menos revestirá a forma menos onerosa.

Na lição de Ricardo Alexandre (2008, p. 275), a elisão fiscal consiste “na prática de ato ou celebração de negócio legalmente enquadrado em hipótese visada pelo sujeito passivo, importando isenção, não incidência ou incidência menos onerosa do tributo”, portanto, lícito.

A evasão fiscal, que é tipificada na lei nº 8.137/90, é a dissimulação do pagamento do tributo, posterior ao fato gerador da obrigação tributária, onde o contribuinte, ao se tornar devedor de tributo, acaba dissimulando-o, por meios ilícitos, com a intenção de reduzir ou suprimir por completo o pagamento deste.

Em derradeiro, a elusão fiscal, apesar de pouco trabalhada na doutrina, também é conhecida por elisão ineficaz. Consiste no procedimento em que o contribuinte se utiliza de formas legítimas para o pagamento de menos tributos, contudo, com intenção de dissimular a real finalidade da ocorrência do fato gerador.

A doutrina de Ricardo Alexandre (2009, p. 276) nos ensina que a elusão fiscal consiste em “um ardil caracterizado primordialmente pelo que a doutrina denomina de abuso das formas, pois o sujeito passivo adota uma forma jurídica atípica, a rigor lícita, com escopo de escapar artificialmente da tributação”.

Em arremate, a elisão fiscal é o procedimento legítimo, pelo qual o contribuinte, através do planejamento tributário, dentre as várias formas possíveis de se alocar perante o fisco, opta por aquela que lhe trará menos ônus. Elusão é o procedimento pelo qual o contribuinte se usa de meios lícitos para dissimular a real natureza do negócio jurídico para, assim, evitar o pagamento de tributos, o que o torna ilícito e, por último, a Evasão Fiscal é o procedimento tipificado em lei pelo qual o contribuinte, com intenção de fraudar a fazenda pública, através de uma ação ou omissão, visa suprimir total ou parcialmente a parcela tributária à ser paga.

Ao caso concreto cito a operação Lava Rápido da Polícia Federal, citada no tópico anterior. Note que a constituição de instituições religiosas com fim precípua de sonegar impostos, por meio da imunidade tributária, configura inevitavelmente evasão fiscal, se não, elusão fiscal típica, mas de maneira alguma escapando da ilicitude tal conduta.

5.3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES

À primeira vista, as soluções que serão apontadas com intuito de, senão solucionar, pelo menos dificultar o trabalho daqueles que cometem os crimes até aqui ventilados, serão, basicamente, o aprimoramento e aparelhamento da fiscalização e posterior regulamentação, para assim garantir o cumprimento da função social da benesse constitucional. Merece destaque o projeto de lei de autoria do Deputado Federal Chico Alencar, que, de forma paliativa, pretende dificultar a prática de crimes sob o manto da imunidade dos templos religiosos.

5.3.1 FISCALIZAÇÃO

Na prática, a imunidade tributária conferida aos templos religiosos é autoaplicável, criando a necessidade de fiscalização e acompanhamento para garantir a finalidade da benesse constitucional, contudo, o controle estatal fica engessado, pois, a norma constitucional não condiciona a percepção de imunidade aos templos religiosos.

Deste modo, a dificuldade na fiscalização dá-se, em parte, por falta de interesse estatal, tendo em vista que, em regra, a igreja não é contribuinte, e a dificuldade de investigar a contabilidade de uma entidade religiosa, pelo simples motivo da não certeza de veracidade das informações ali prestadas, gozam de presunção de verdade.

Assim, torna-se latente a vantagem para organizações criminosas valerem-se dessa celeuma para usufruir dessa “fatia de mercado” pouco explorada pelo fisco e pelos órgãos investigativos, seja o Ministério Público ou a Polícia Federal.

Nestes termos, é praticamente impossível garantir a eficácia plena da norma constitucional, o que, por vezes, acaba trazendo prejuízos a população, que, em verdade, é quem banca a imunidade concedida aos templos.

O desembargador Fausto Martins de Sanctis alerta, justamente, neste sentido (VALOR ECÔNOMICO, 2014):

A condição tributária singular franqueada às igrejas tornou-se um expediente eficaz para abrigar recursos de procedência criminosa, sonegar impostos e dissimular enriquecimento ilícito porque é impossível auditar as doações dos fiéis. E isso é ideal para quem precisa camuflar o aumento de sua renda, escapar da tributação e lavar dinheiro do crime organizado.

No mesmo entendimento, o procurador da República em São Paulo, Silvio Luís Martins de Oliveira, que atualmente investiga e já denunciou criminalmente a Igreja Universal do Reino de Deus por lavagem de dinheiro, evasão de divisas dentre outros crimes financeiros, entende que, no que pese a esta imunidade, é preciso refinar e intensificar a fiscalização sobre os recursos obtidos nas igrejas. O mecanismo utilizado na lavagem de dinheiro nos templos pode ser por compensação bancária, mas

o mecanismo mais usado é o dólar-cabo, dessa forma (VALOR ECONOMICO, 2014): “Costuma ser um doleiro de confiança que busca ajuda de casas de câmbio, pois a quantidade de cédulas é enorme. É o que chamam de ‘dinheiro sofrido’, porque o fiel costuma pagar o dízimo com notas amassadas”.

No entanto, salienta-se que estes esforços ainda são casos isolados. No Brasil, ainda não houve um caso expressivo de condenação criminal dos responsáveis por entidades religiosas que cometem crimes financeiros.

O fortalecimento dos mecanismos de fiscalização deve ser intensificado não apenas nas igrejas, como também, mesmo que de forma paliativa, nas formas de operar das organizações criminosas.

De início, deve haver o cruzamento de dados entre os órgãos investigativos, desde o Ministério Público, passando pelas polícias investigativas e chegando até os sistemas da Receita Federal. Assim poder-se-á atingir nível máximo de eficiência na investigação e controle dos sujeitos investigados.

As instituições financeiras tradicionais já sofrem fiscalização e são devidamente regulamentadas pelo Banco Central, com isso, as instituições não tradicionais, em especial as casas de câmbio, vem se tornando peça fundamental, através de doleiros, na realização da lavagem de dinheiro através de contrabando. Portanto, é de fundamental importância a intensificação na fiscalização e acompanhamento das transações provenientes de casa de câmbio, em especial aquelas de alto valor.

Em terceira vertente, já existem acordos de colaboração entre países no combate aos crimes financeiros internacionais, o Brasil, inclusive, participa de alguns, contudo, precisa haver uma intensificação nos esforços e na ampliação de tratados de colaboração recíproca, para que, assim, a fuga de capital seja dificultada e mais trabalhosa.

Por conseguinte, deve haver o refino na fiscalização das fronteiras, tendo em vista que boa parte do dinheiro contrabandeado escoar por fronteiras terrestres, o que torna o controle mais dificultoso.

Em atenção às entidades religiosas, deve haver um esforço para o registro mais preciso e responsável das verbas percebidas pela igreja, bem como, o destino destas, de forma a evitar o desvio de finalidade, fato que, se identificado, deve ser investigado, sendo passível de sanção.

Em conclusão, tem-se que, para a devida concessão da Imunidade aos templos religiosos, deve haver meios de fiscalização eficazes de forma a garantir o real interesse constitucional sobre a imunidade, combinado com esforços ininterruptos e conjunto dos órgãos fiscalizadores no combate a fuga de capitais do país.

5.3.2. RESPONSABILIZAÇÃO DAS IGREJAS PELO DINHEIRO PERCEBIDO EM DOAÇÕES

Após entendermos que a falta de fiscalização pelo poder público gera a facilidade para o mau uso da benesse constitucional, fazendo com que a prática de ilícitos financeiros seja, de certo modo, cômoda e prática, já que o poder público não interfere na autonomia institucional da igreja.

Diante disto, o deputado federal Chico Alencar (PSOL/ RJ) propôs um projeto de lei (PL) nº725/15, que dispõe justamente sobre os registros financeiros das pessoas jurídicas de direito privado, no sentido de estas manterem registro de suas movimentações financeiras, e passarão a se responsabilizar pela licitude das contribuições percebidas a qualquer título.

O projeto propõe a inclusão de um §4º ao art.44 do Código Civil, vejamos:

Art. 2º. O Art. 44 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002- Código Civil- passa a vigorar acrescido do seguinte § 4º: “Art. 44. § 4º Todas as pessoas jurídicas de direito privado são obrigadas a manter registro de sua movimentação financeira, respondendo pela licitude das contribuições que receberem, a qualquer título (NR).

Ao justificar o projeto, o deputado deixa claro que o objetivo da iniciativa é justamente corrigir, mesmo que, em parte, a falta de legislação no que diz respeito às instituições religiosas, para essas passem a ter maior responsabilidade na gestão de seus recursos, bem como seus registros; “... todas as pessoas de direito privado, incluídas as igrejas, são obrigadas a manter registros financeiros que demonstrem a licitude dos recursos que recebem a qualquer título”.

Apesar de ajudar na resolução da problemática, esta não será a sua solução, é na verdade, uma maneira de amortizar o problema, de trazer as entidades religiosas a responsabilidade necessária ao receber doações.

5.3.3. SOLUÇÃO DA PROBLEMÁTICA; REGULAMENTAÇÃO E ESTABELECIMENTO DE REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA IMUNIDADE

Conforme todo o entendimento ventilado até aqui, entende-se que uma possível solução para a problemática é a regulamentação, com estabelecimento de requisitos para a concessão da imunidade tributária, tal como as entidades sem fins lucrativos, presente no art. 150, VI, “c”, §4º.

A doutrina diverge na solução, exemplo disso é o prof. Sabbag (2014, p.345) que apoia a estipulação de requisitos para a concessão da benesse constitucional como possível solução.

(...) Nesse passo, não cremos que a supressão da norma imunitória venha a ser a melhor solução. Todavia, uma regulamentação da fruição da benesse constitucional, à semelhança do que ocorre com as entidades imunes da alínea “c” do mesmo inciso VI do art. 150 da CF, que se atêm ao cumprimento dos requisitos impostos pela art. 14 do CTN (...) pode vir a traduzir em uma saudável exigência, inibitória de eventuais abusos cometidos por certos condutores inescrupulosos de templos.

Em contramão a este entendimento, Machado (2015, p. 264) ensina que “nenhum requisito pode a lei estabelecer. Basta que se trate de culto religioso”.

Diante da falta de unanimidade da doutrina para apontar uma solução cabível ao problema, por aqui, entendemos na regulamentação e estabelecimento de requisitos como meios de sanar esta lacuna, coadunando com o entendimento de Sabbag, nos moldes propostos no art.14 do CTN, adaptado às peculiaridades da atividade religiosa.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a imunidade conferida às entidades sem fins lucrativos devem atender aos requisitos da lei, de acordo a alínea “c” do inciso VI, art. 150: “c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”.

Portanto, enquadra-se na alínea “c” as instituições de educação ou de assistência social sem finalidade lucrativa, agindo em paralelo ao Estado, procurando sanar as necessidades e problemas sociais, para tanto, a concessão da imunidade está vinculada ao cumprimento dos requisitos previstos na lei nº12.973/14 que alterou o art. 9º da lei nº 9.532/97 (JCTN), dispondo, assim, de uma série de requisitos para a concessão da imunidade, podendo esta ser suspensa a qualquer momento, estando sempre atrelada ao cumprimento daqueles.

Diante disto, nota-se que não basta que a associação tenha cunho social ou não ter fins lucrativos, para o merecimento da benesse constitucional, deve ser cumprido todos os requisitos impostos pela lei, pois condicionando a concessão da imunidade, há um comprometimento com a função social que a imunidade albergada na alínea “c” do art. 150 deseja tutelar.

Há também previsão constitucional de imunidade no que concerne às contribuições sociais, às entidades de assistência social, prevista no art. 195, §7º da constituição, contudo, novamente, condicionada ao cumprimento de requisitos previstos no art.55 da lei nº 8.212/91.

Nota-se que a intenção da regulamentação é justamente preservar a eficácia da norma e proteger o bem tutelado pela imunidade na Constituição. O Constituinte ao condicionar a imunidade aos termos da lei complementar ele tira a autoaplicabilidade da imunidade e traz o condicionamento, de forma que, para aquela entidade goze da benesse constitucional, primeiramente deve ela cumprir o que a carta magna almejou ao outorgar a imunidade.

No tocante à imunidade religiosa, esta é autoaplicável, bastando apenas a criação de uma pessoa jurídica personificada em entidade religiosa, tendo em vista que o texto constitucional não a condiciona aos termos da lei (regulamentação).

Conclui-se, então, que a solução reside nas ações abaixo citadas.

Em primeiro momento, a constituição, em seu artigo 150, inciso VI, alínea “b” deve ser emendada, condicionando a concessão da imunidade aos termos da lei.

Em momento posterior a regulamentação da imunidade aos templos por meio de lei complementar, estabelecendo todos os requisitos necessários para que estes estejam aptos a gozar da imunidade.

Dentre os requisitos que vê-se de grande serventia a problemática são: (a) a utilização integral dos recursos percebidos em doação, ou por qualquer outro meio na atividade-fim da entidade, conforme preceitua a Constituição, (b) as receitas provenientes de meios alheios a atividade religiosa não serão albergados pela imunidade, (c) declarar anualmente suas receitas e despesas, para fins de cruzamento de dados, (d) impossibilidade de doação de bens, (e) prestar esclarecimento sempre que solicitado pela Receita Federal, sob pena de suspensão da concessão do benefício, caso algum requisito seja descumprido.

Os requisitos citados são meramente ilustrativos, baseados em lacunas identificadas durante a pesquisa para elaboração do presente artigo, podendo haver mais situações que devam ser albergadas como requisitos em futura regulamentação.

Em derradeiro, salientamos, que tal regulamentação deve ser pensada urgentemente, tendo em vista que a problemática citada, apesar de pouco tratada pela mídia, assola o nosso país diariamente,

e, em momentos de crise, como o vivido atualmente, em que o governo sufoca a população com alta carga tributária, é de bom alvitre a regulamentação desta imunidade para que, assim, se alcance o ideal de justiça fiscal, e evitar que o bem jurídico tutelado pela constituição na imunidade seja, em verdade, usado para meios escusos.

CONCLUSÃO

O escopo do presente trabalho é trazer à baila a problemática envolvendo a imunidade tributária aos templos religiosos. Para tanto, fizemos uso de pesquisa bibliográfica, legislação, doutrina e jurisprudência e, para assuntos pouco explorados por estes, artigos científicos relacionados ao tema.

No decorrer da pesquisa, foi identificado que a problemática proposta no presente trabalho não estava somente na constitucionalidade ou não da norma imunizante, mas foi-se além: o estudo tratou de trazer soluções ao real problema, qual seja, o mau uso da imunidade por parte dos gestores das entidades religiosas.

Com a facilidade e a falta de fiscalização, os templos religiosos tornaram-se um manancial de possibilidades para aqueles que pretendem cometer crimes financeiros, seja lavando dinheiro proveniente do desvio das doações, seja lavando dinheiro do crime. O fato é que, da forma como a imunidade está posta hoje aos templos, existe uma tendência crescente ao cometimento de crimes financeiros por meio destes.

Com o intuito de melhor entender o tema, o presente artigo brevemente tratou de trazer a relação Igreja – Estado, no tocante à tributação, revelando a Igreja, seja por costume ou lei, nunca pagou impostos, demonstrando que, além de possuir uma finalidade atrelada ao direito fundamental da liberdade de culto e crença, também é um fator cultural.

Viu-se também as espécies de imunidades tributárias da doutrina clássica (objetiva e subjetiva) e contemporânea (vinculada e relacionada), sendo esta capitaneada por Eduardo Sabbag.

Brevemente, também foi trazido o atual posicionamento da doutrina quanto à extensão da imunidade dos templos religiosos no tocante ao patrimônio, com respaldo na doutrina.

Finalmente, enfrentando o tema do presente trabalho, foram tratados os principais crimes a que os templos religiosos estão vulneráveis, da forma como a imunidade está posta hoje, dentre outros, estão à lavagem de dinheiro, evasão fiscal e elisão fiscal.

São crimes de difícil percepção e condenação, quando se trata de pessoas jurídicas com pouco controle exercido por órgãos fiscalizadores, como é o caso dos templos religiosos, prova disto é que as ações criminais movidas contra os líderes das entidades religiosas são morosas e, geralmente, infrutíferas.

Neste diapasão, enfrenta-se a problemática de forma bastante clara e coesa. Com toda a falta de estrutura e regulamentação, vive-se hoje, no tocante aos templos religiosos, a latente necessidade de intensificar a fiscalização em várias frentes, inclusive criando mecanismo de integração entre os órgãos investigativos, conforme visto.

De forma paliativa, o deputado federal Chico Lopes, enxergando a total negligência estatal para com as entidades religiosas, propôs por meio da PL nº 725/15, emenda ao art. 44 do Código Civil, atribuindo responsabilidade às pessoas jurídicas de direito privado, incluindo as igrejas de manter registro de suas movimentações financeiras e sobre a licitude das contribuições que receberem a qualquer título.

Em outra frente, apresentou-se a proposta de regulamentação da imunidade religiosa, assim como é feito nas entidades de assistência social, com imposição de requisitos para concessão da imunidade, de forma que esta não seja autoaplicável. Assim, acredita-se na solução da problemática exposta neste trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 3. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.
- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006.
- BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. *História do Tributo no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 83.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro, 1960.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRASIL, *Constituição (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 mar. 2016.
- BRASIL, *Lei nº 8.212*, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>. Acesso em: 30 mar. 2016.
- BRASIL, *Lei nº 5.172*, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 22 mar. 2016.
- BRASIL, *Lei nº 8.137*, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 07 mai. 2016.
- BRASIL, *Lei nº 9.613*, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 22 mar. 2016.
- BRASIL, *Lei nº 12.683*, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 22 mar. 2016.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva: 2004.
- CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro*. Porto Alegre: livraria do advogado editora, 2003. p.47-51, 53 e 62.

- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria da Evasão e da Elisão em Matéria Tributária*. Planejamento fiscal – Teoria e Prática. São Paulo: Dialética, 1998.
- _____. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro, 2000.
- CORRÊA, Antônio. *Dos Crimes Contra a Ordem Tributária*. São Paulo; Saravia, 1996. p.27
- DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. *Elisão e evasão fiscal*. São Paulo: Lael, 1971. p. 31.
- FERREIRA, Francisco Gilney. *Artigo, Comentários acerca do instituto da imunidade tributária e o seu tratamento e o seu tratamento na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21677/comentarios-acerca-do-instituto-da-imunidade-tributaria-e-o-seu-tratamento-na-jurisprudencia-atual-do-supremo-tribunal-federal#ixzz3oxY8hrF5>>. Acesso em 07 mai. 2016.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 38. ed. 2015. p. 233, 234, 288, 291 e 292.
- MATÉRIA. *Como a Universal lava o dinheiro doado pelos seus fiéis*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,quadrilha-criou-igreja-em-sao-paulo-para-sonegar-impostos-e-lavar-dinheiro-imp-,954195>>. Acesso em: 05 mai. 2016.
- MATÉRIA. *Quadrilha criou igreja em São Paulo para sonegar impostos e lavar dinheiro*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,quadrilha-criou-igreja-em-sao-paulo-para-sonegar-impostos-e-lavar-dinheiro-imp-,954195>>. Acesso em 04 mai. 2016.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades Tributárias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998, p. 32.
- PITOMBO, Antônio Sérgio A. Moraes. *Lavagem de Dinheiro: A tipicidade crime antecedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. pp. 35-38.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 6. ed. 2014, p. 287, 329, 330, 331 e 335.
- SANCTIS, Fausto Martins. *Entrevistas ao jornal Valor Econômico*, acessada em 22/03/2016, disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/3492654/doleiros-usam-imunidade-tributaria-de-igrejas-para-lavagem>>. Acesso em 03 mai. 2016.

DIREITO À PRIVACIDADE NA INTERNET

RIGHT TO PRIVACY ON THE INTERNET

MARCEL MORAES MOTA¹⁰³

RESUMO

Este artigo procura discutir o direito à privacidade na internet. É relevante examinar a tutela jurídica da privacidade na internet, já que essa nova forma de espaço público tem se tornado cada vez mais popular. A fim de atingir o propósito deste estudo, é importante analisar o conceito de privacidade. Verifica-se que a privacidade pode ser compreendida como o direito a estar só, assim como o direito de controlar o fluxo de informações pessoais. Aquele aspecto constitui sua feição negativa, este implica sua forma positiva. Afirma-se que o *spam* ameaça a privacidade individual e pode causar danos morais. Verifica-se que os *cookies* ativos não devem ser permitidos, porque enfraquecem a privacidade. Este estudo também investiga de que modo ferramentas de busca, como Google, podem causar dificuldade para pessoas que querem esquecer alguns fatos desabonadores de suas vidas. Afirma-se que uma pessoa tem o direito ao esquecimento. Com respeito ao Facebook, chega-se à conclusão de que sua política de nome real pode causar problemas àqueles que querem usar pseudônimo para fins lícitos.

PALAVRAS-CHAVE:

Privacidade. Internet. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

This article seeks to discuss the right to privacy on the internet. It is relevant to examine the legal protection of privacy on the internet, since this new form of public space has become more and more popular. In order to achieve the purpose of this study, it is important to analyse the concept of privacy. It is found that privacy can be understood as the right to be let alone, as well as the right to control the flow of private information. The former aspect constitutes its negative fashion, the latter implicates its positive form. It is affirmed that spam threatens the individual privacy and might bring about moral damages. It is found that active cookies should not be allowed, because they undermine privacy. This study also investigates how searching tools as Google may pose hardship on people who want to forget some disreputable facts of their lives. It is asserted that a person has the right to oblivion. With respect to Facebook, one comes to the conclusion that its real name policy may cause problems to those who want to use pseudonym to legal aims.

KEYWORDS:

Privacy. Internet. Fundamental rights.

103 Professor de Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Conceitos Jurídicos Fundamentais da Faculdade Farias Brito. Mestre em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela UFC. Advogado.

INTRODUÇÃO

Tenciona-se, neste artigo, investigar a proteção jurídica da vida privada dos usuários da rede mundial de computadores.

Justifica-se a importância desse desiderato, tendo em vista a crescente importância da *internet* no cotidiano das pessoas, o que repercute em suas relações jurídicas. A vulnerabilidade do usuário em face dos desafios da internet reclama devida reflexão acerca da tutela jurídica de sua esfera pessoal, amparada por direitos fundamentais da personalidade.

Inicialmente, cuida-se, na dimensão analítica da dogmática jurídica, do exame dos contornos jurídicos do direito à privacidade, desde a preservação da inviolabilidade pessoal até o controle dos dados privados.

Em seguida, abordam-se situações específicas do usuário da internet, que podem causar embaraços à sua privacidade, concernentes ao *spam*, aos cookies, ao Google e ao Facebook.

No final, resumem-se as conclusões obtidas ao longo do trabalho.

1. DIREITO À PRIVACIDADE

O direito à privacidade, como desdobramento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), tem *status* de direito fundamental e de direito da personalidade.

Com efeito, dispõe o art. 5º, X, CF/88, que são invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas, assegurado o direito a indenização pelos danos materiais ou morais decorrentes de sua violação. O referido dispositivo esteia a fundamentalidade do direito à privacidade.

Clóvis Beviláqua leciona que a personalidade, atribuída pela ordem jurídica à pessoa, consiste na aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.¹⁰⁴ Os direitos da personalidade são aqueles decorrentes da condição jurídica de pessoa, constituem situações jurídicas subjetivas existenciais em relação às quais o sujeito é, simultaneamente, titular e objeto de proteção jurídica.¹⁰⁵

O Código Civil brasileiro apresenta rol exemplificativo de direitos da personalidade.¹⁰⁶ Conforme o art. 21, CC/2002, a vida privada da pessoa natural é inviolável, em harmonia com o texto constitucional.

Antonino Scalisi, após lembrar que o homem, dotado de personalidade, é sujeito de direito, não é objeto de relações jurídicas, ressalta os valores existenciais da dignidade humana, que compreendem as exigências de integridade física, identidade pessoal, honra, *riservatezza*, saúde e habitação.¹⁰⁷

Maria Celina Bodin de Moraes sustenta que a expressão jurídica do princípio da dignidade humana, amparado em cláusula geral de tutela da pessoa humana, alberga os princípios da igualdade, da integridade física e moral, da liberdade e da solidariedade.¹⁰⁸

104 BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Campinas: Servanda, 2015. p. 81-83.

105 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 764.

106 DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 61.

107 SCALISI, Antonino. *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 28-30.

108 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 85.

Enquadra-se o direito à vida privada no âmbito da integridade física e moral, ou integridade psicofísica, na medida em que diz respeito à esfera pessoal do sujeito, que deve ser mantida, na maior medida possível, livre do acesso não consentido de terceiros.

Sob o prisma conceitual, distinguem-se duas dimensões do direito à privacidade, a saber, o direito de estar só e o direito ao controle das informações de caráter pessoal. Cumpre, então, examinar o evoluir da tutela jurídica da vida privada.

Do ponto de vista histórico, o reconhecimento do direito à privacidade, ou *right to privacy*, no plano doutrinário, é decorrência das reflexões publicadas, pela primeira vez, na *Harvard Law Review* em célebre artigo, *The Right to Privacy*, datado de 1890, pelos advogados estadunidenses Samuel Dennis Warren e Louis Dembitz Brandeis.¹⁰⁹

Afirma-se que o problema concreto que motivou a elaboração do artigo houvera tido relação com a cobertura da imprensa local acerca da vida privada da mulher de Samuel Warren.¹¹⁰ Trata-se circunstância fática relevante, que ajuda a compreender a definição inicial da privacidade como direito a estar só (*right to be let alone*).

O direito a estar sozinho resulta dos valores de proteção do indivíduo, tão caros à sociedade norte-americana, edificada sob a égide do Estado Liberal. Quanto ao específico desígnio de frear a exposição pública dos aspectos privados da existência individual, nota-se o incômodo de integrantes da burguesia diante da bisbilhotice da imprensa marrom.

O artigo elaborado por Warren e Brandeis consiste em meticulosa pesquisa de *common law*, vazada em linguagem clara e elegante, com a finalidade de extrair princípio geral de institutos já conhecidos, como o direito de propriedade e a proteção da honra pessoal, que proteja o direito à privacidade.

Os referidos autores destacam o caráter dinâmico do *common law*, o qual, “em sua eterna juventude, cresce para atender às novas demandas da sociedade”¹¹¹. Em razão dessa capacidade de crescimento, o *common law* “permitiu aos juízes conferir a devida proteção, sem a interposição da legislatura”¹¹².

Do ponto de vista empírico, Warren e Brandeis apontam as transformações na sociedade já naquele tempo, que impuseram ritmo de vida frenético às pessoas, de forma que “a solidude e a privacidade se tornaram mais essenciais ao indivíduo”¹¹³.

Warren e Brandeis sustentam que o *common law* reconhece o direito geral de o indivíduo estar só, que decorre da inviolabilidade da personalidade individual.¹¹⁴

Interessante ressaltar, portanto, a caracterização do direito da privacidade como direito fundamental de personalidade do indivíduo, que também vai ao encontro da tradição jurídica dos sistemas codificados, como o brasileiro.

109 WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. *The right to privacy*. New Orleans: Quid Pro, 2015.

110 SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 136-137.

111 WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. *ob. cit.*, p. 1-2. Traduziu-se. No original: “in its eternal youth, grows to meet the new demands of society”.

112 *Ibid.*, p. 5. Traduziu-se. No original: “enabled the judges to afford the requisite protection, without the interposition of legislature”.

113 *Ibid.*, p. 8. Traduziu-se. No original: “solitude and privacy have become more essential to the individual”.

114 *Ibid.*, p. 27.

O direito à privacidade, por ser direito da personalidade, é oponível *erga omnes*, tem caráter absoluto, em contraste com o caráter relativo dos direitos obrigacionais, como são aqueles decorrentes de negócios jurídicos.

Discorrendo sobre os limites da tutela jurídica da privacidade, Warren e Brandeis esclarecem que o direito à privacidade deve permitir às pessoas manter informações privadas fora do alcance do público.¹¹⁵ Ressaltam, portanto, a dimensão negativa do direito à privacidade, como direito a não sofrer invasão no âmbito individual privado.

Quanto aos remédios jurídicos de proteção da privacidade, os aludidos autores mencionam o cabimento de ação indenizatória (*action of tort for damages*), bem como a pertinência de provimento mandamental (*injunction*).¹¹⁶

O direito a estar só sintetiza concepção liberal da privacidade, que se baseia no conceito moderno de liberdade, como direito de não sofrer interferências indevidas.¹¹⁷

As conclusões de Warren e Brandeis acerca da tutela processual do direito à privacidade são compatíveis com o quadro atual do direito brasileiro, que reconhece técnicas processuais preventivas e repressivas em face de violação, ou ameaça de violação, aos direitos da personalidade (art. 12, CC c/c art. 5º, XXXV, CF/88).

Consoante já salientado, a Constituição Federal de 1988 protege a intimidade e a vida privada como direitos fundamentais de caráter individual. Em face do texto constitucional, surge o questionamento sobre a relação entre privacidade e intimidade.

É perfeitamente possível sustentar que o direito à privacidade inclui o direito à intimidade, logo a intimidade pode ser vislumbrada como um aspecto da esfera da privacidade do indivíduo.¹¹⁸

Conforme destaca Sônia Aguiar do Amaral Vieira, “vida privada é o gênero do qual a intimidade é a espécie”.¹¹⁹

Em sentido diverso, Leonardo Cesar de Agostini considera apropriado estabelecer diferença entre privacidade e vida privada, esta como espécie daquela.¹²⁰

Neste artigo, consideram-se privacidade e vida privada como termos sinônimos e abrangentes, que incluem a intimidade e o segredo.

O conjunto das informações pertinentes à pessoa, relativas a seu âmbito privado, forma sua esfera privada, sua privacidade. Toda pessoa tem o direito de preservar sua privacidade diante da intromissão indevida de terceiros, devendo dispor dos meios necessários à proteção efetiva de sua inviolabilidade pessoal.

115 Ibid., p. 47.

116 Ibid., p. 56.

117 Sobre a concepção liberal de privacidade, v. HOTTER, Maximilian. *Privatsphäre: der Wandel eines liberalen Rechts im Zeitalter des Internets*. Frankfurt am Main: Campus, 2011. p. 34 e ss.

118 Nesse sentido, v. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 206, “preferimos usar a expressão *direito à privacidade*, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou”. Edilson Pereira de Farias adota orientação oposta, ao descrever a vida privada *stricto sensu* como esfera da intimidade, v. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 131.

119 VIERA, Sônia Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 24.

120 AGOSTINI, Leonardo Cesar de. *A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011. p. 128.

No âmbito da vida privada, distinguem-se âmbitos mais restritos, que abrangem a intimidade e o segredo. Da intimidade de uma pessoa compartilham as pessoas que lhe são mais próximas, como alguns parentes e possivelmente amigos. Há questões, todavia, que compõem a esfera do segredo, o círculo mais estreito da esfera da privacidade.

A título de ilustração, pode-se mencionar o evento de um casamento. Se a festa de casamento não é aberta ao público, trata-se de evento privado, que diz respeito apenas aos noivos e aos convidados. A conversa que ocorre entre os noivos, em sala reservada, faz parte da esfera íntima. E detalhes da vida anterior de cada nubente podem ser jamais descortinados, permanecendo na esfera do segredo.

Já no fim do século XIX, o surgimento de novas tecnologias aprofundara o risco de violação da esfera pessoal, como fora o caso de máquinas fotográficas que permitiam apreender a imagem das pessoas sem seu consentimento.

Com o passar dos anos, o risco de conflito entre a *téchne* e a inviolabilidade da vida privada tem se agravado, porquanto se multiplicam os meios de apreensão de dados, imagem e voz das pessoas, independentemente de anuência.

Evidência inequívoca desse fenômeno de compressão da esfera privada, atrelado ao desenvolvimento de novas técnicas, é constatada com a configuração de nova forma de espaço público, que vem a ser a internet, a rede mundial de computadores.

O impacto da rede na seara jurídica traduz aumento da esfera pública, ensejando a formação de novos poderes sociais e novas formas de influência política, ao mesmo tempo são ampliadas as ameaças à inviolabilidade pessoal, seja pela facilitação ao acesso de informações de ordem pessoal, por meio de simples buscas no Google, seja pela diversificação de meios de captação de dados, como os *cookies*.

Como ressalta Stefano Rodotà, em virtude do uso crescente da tecnologia, “a vida sai da tela e invade, em modo novo, o mundo inteiro, redefine a esfera pública e a privada, e progressivamente desenha uma redistribuição dos poderes”¹²¹.

Exercem novos poderes sociais, com notáveis influências na vida das pessoas e das empresas, por exemplo, o Google e o Facebook.

Como ferramenta de busca rápida, em função de algoritmos cuja elaboração não é de controle dos usuários, o Google permite pesquisas sobre uma massa de dados, apresentados em determinada ordem de relevância, de forma que informações diversas ficam disponíveis por tempo indeterminado, o que pode, em alguns casos, violar a esfera privada da pessoa.

Por sua vez, o Facebook é uma rede social que tem experimentado enorme alcance no mundo do século XXI, suscitando questionamentos quanto ao acesso de dados pessoais, que são informados quando da criação do perfil, os quais podem ser úteis na oferta de produtos e serviços, seguindo-se a lógica do mercado.

A partir do momento em que o indivíduo ingressa na rede mundial de computadores, fornecendo dados, realizando buscas e visitando páginas, observa-se o risco de submissão, voluntária ou involuntária, a formas de vigilância, que lhe comprometem a inviolabilidade da esfera pessoal.

121 RODOTÀ, Stefano. Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli. Roma: Laterza, 2014. p. 8. Traduziu-se. No original: “la vita esce dallo schermo e invade, in modo nuovo, l'intero mondo, ridefinisce la sfera pubblica e quella privata, e progressivamente disegna una redistribuzione dei poteri”.

No contexto da rede, a *persona* é identificada a partir de seus dados, do histórico de suas informações, dos hábitos de navegação. O conjunto de dados relativos a uma pessoa forma sua identidade digital, a projeção da personalidade no mundo informacional.

Definida tradicionalmente em termos negativos, como direito de excluir o acesso de terceiros a informações da esfera privada, direito a estar só (*right to be let alone*), a privacidade ganha dimensão positiva, devendo permitir à pessoa o controle do fluxo das informações que lhe dizem respeito.

Deveras, a noção clássica de *privacy* é influenciada pelo direito de propriedade, que permite ao proprietário excluir terceiros de seu domínio, ostenta caráter *erga omnes*. Como o acesso de estranhos é vedado, salvo autorização do titular do direito, desponta a dimensão negativa do direito.

Stefano Rodotà enfatiza a mudança ocorrida no conceito jurídico de privacidade, “não mais ancorada somente no critério de exclusão do outro, mas transformada e reforçada pelo direito de seguir as próprias informações onde quer que se encontrem, e de opor-se às interferências”¹²².

Para Wolfgang Schmale e Marie-Theres Tinnefeld, a autodeterminação informativa (*Informationelle Selbstbestimmung*), no sentido jurídico, trata do direito fundamental individual de determinar se uma informação sobre si é fornecida ou pode ser fornecida, assim como trata dos limites desse direito.¹²³

O perfil positivo da *privacy*, amparado na cláusula geral de tutela da pessoa humana em sua integralidade, é sintetizado, com proveito, no direito à autodeterminação informativa,¹²⁴ decorrência do direito geral à autodeterminação individual, protegida pelo princípio constitucional da liberdade.

No direito pátrio, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, introduziu disposições concernentes ao uso da rede mundial de computadores, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres no âmbito espacial de incidência do sistema jurídico brasileiro.

A referida lei compõe o Marco Civil da internet, “que pode ser compreendido como a demarcação dos direitos do cidadão quanto ao uso da rede mundial de computadores, sobretudo, em âmbito brasileiro”¹²⁵.

De acordo com o art. 3º, da Lei nº 12.965, são princípios que regem o uso da internet no Brasil, entre outros, a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais. No art. 7º, são enunciados direitos dos usuários da internet em harmonia com os princípios elencados.¹²⁶

Posto que não reste dúvida de que a tutela da privacidade implique a tutela dos dados pessoais, por serem dados privados, o aludido Marco Civil tem o mérito de explicitar a extensão da proteção jurídica da esfera privada nas relações travadas na internet, o que corrobora os perfis negativo e positivo da *privacy*.

122 RODOTÀ, Stefano. ob. cit., p. 29. Traduziu-se. No original: “non più ancorata soltanto al critério dell’esclusione dell’altro, ma trasformata e rafforzata dal diritto di seguire le proprie informazioni ovunque esse si trovino, e di opporsi alle interferenze”.

123 SCHMALE, Wolfgang; TINNEFELD, Marie-Theres. *Privatheit im digitalen Zeitalter*. Wien: Böhlau, 2014. p. 32-33.

124 RODOTÀ, Stefano. ob. cit., p. 31.

125 TEIXEIRA, Tarcisio. *Marco civil da internet: comentado*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 23.

126 Franco Pizzetti, no contexto do direito europeu, analisa o conceito de dado pessoal, destacando seu caráter de informação referida a uma pessoa identificada ou identificável, v. PIZZETTI, Franco. *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: dalla direttiva 95/46 al nuovo regolamento europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2016. p. 183 e ss.

Importa salientar que os caracteres negativo e positivo da privacidade não se excluem, atuam em conjunto, para a melhor proteção da pessoa, compondo o conceito de direito fundamental de privacidade como um todo,¹²⁷ que compreende posições jurídicas de defesa e direito a prestações positivas.

Dessa forma, o conceito contemporâneo do direito de privacidade ostenta duas dimensões complementares: a) dimensão negativa; b) dimensão positiva.

De acordo com a dimensão negativa, a pessoa tem o direito de excluir terceiros de sua esfera privada, como expressão do direito a estar só. Por força da dimensão positiva, cuja importância é realçada no âmbito da rede, o indivíduo tem o direito de controlar o fluxo das informações privadas.

2. DESAFIOS À PRIVACIDADE NA INTERNET

A expansão do espaço público da internet pode acarretar ameaças ao direito fundamental à privacidade. A esfera da vida privada, que inclui a proteção dos dados pessoais, enfrenta desafios variados na era digital.

Neste artigo, cabe refletir sobre o âmbito jurídico protegido da privacidade em face do *spam*, dos *cookies*, do Google e do Facebook.

2.1. A PRIVACIDADE FRENTE AO SPAM

A difusão do acesso à internet impulsionou novos hábitos de comunicação, como é o caso do uso, prático e corriqueiro, do correio eletrônico, ou *e-mail*. A exploração econômica da facilidade do envio de mensagens eletrônicas, mediante baixo custo, para elevadíssimo número de pessoas, não passou despercebida por coletores de endereços alheios.

Consiste o *spam* na mensagem eletrônica não solicitada, enviada com a finalidade de oferecer produtos ou serviços aos potenciais clientes.¹²⁸

Os inconvenientes causados pelo *spamming* são notórios. Em razão da caixa de entrada entulhada de mensagens não solicitadas, perde-se tempo, frequentemente, com a seleção e eliminação do lixo eletrônico. Não raramente, o usuário experimenta dificuldade de encontrar aquilo que é de seu interesse, ou que tenha efetiva importância. Durante a busca pelas mensagens úteis, suportam-se custos adicionais de energia e de navegação.

Na experiência estrangeira, distinguem-se duas formas básicas de proteção da privacidade dos usuários de *e-mails* diante das mensagens não solicitadas. De acordo com o modelo do *opt-in*, não é permitido o envio de mensagens eletrônicas comerciais sem a prévia autorização do destinatário. Por sua vez, no modelo *opt-out*, dispensa-se o consentimento anterior, basta que seja oferecida a oportunidade de o destinatário excluir, por meio de comunicação ao remetente, seu endereço quanto a futuras mensagens.¹²⁹

127 Sobre o conceito de direito fundamental como um todo, v. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994. p. 226.

128 Como esclarece Jean Jacques Erenberg, *spamming* é a “remessa indiscriminada e massificada de mensagens para endereços eletrônicos”, v. ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 58.

129 SCHREIBER, Anderson. *ob. cit.*, p. 169.

Indaga-se, à luz do direito brasileiro, se a remessa de *spam* é revestida de ilicitude, bem como se o *spamming* causa danos morais.

A 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão proferido por maioria, no julgamento do Recurso Especial 844.736/RJ, ocorrido em 27 de outubro de 2009, não reconheceu a configuração de danos morais acarretados por *spam*.

Conforme se depreende do relatório nos autos do aludido REsp, trata-se de recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que reformou decisão de mérito do juízo de 1º grau, a qual havia reconhecido o direito à indenização por danos morais.

No caso *sub examine*, o recorrente pleiteia indenização por danos morais, haja vista o recebimento, não solicitado, de mensagens de conteúdo erótico e comercial. Na petição inicial, o autor narrou ter solicitado, em duas oportunidades, em setembro de 2004, que seu endereço fosse excluído da lista de *e-mails* da requerida, todavia as mensagens indesejadas não cessaram, acarretando-lhe constrangimentos nos âmbitos profissional e doméstico.

Acabou prevalecendo, no referido precedente, o voto que abriu a divergência, sustentando que o envio de *spam* não é proibido por lei, bem como a ausência de dano moral.

O direito à privacidade implica, em sua dimensão positiva, o direito ao controle do fluxo das informações privadas, dos dados pessoais. Importa verificar se o *e-mail* de uma pessoa é informação protegida pela esfera da privacidade.

Afigura-se plausível sustentar que o titular do *e-mail*, em princípio, tem direito de restringir o acesso aos dados de seu endereço eletrônico a pessoas de seu círculo pessoal, ou profissional. Nessa linha de raciocínio, o *e-mail*, assim como o endereço residencial e o número do telefone pessoal, não constitui dado ao qual todos, indistintamente, podem ter acesso, por mera vontade, sem apresentar justificativas.

Dessa forma, o *e-mail* é dado pessoal, não se trata de dado a ser divulgado em caráter público, sem autorização do titular. Viola o direito à privacidade a conduta de comercializar lista de endereços eletrônicos, sem consentimento dos respectivos titulares.

O envio de mensagens oferecendo produtos e serviços a potenciais clientes constitui, inequivocamente, prática comercial, que deve respeitar os ditames da legislação de proteção do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, Lei n. 8078/90, estabelece, em seu art. 39, rol exemplificativo de práticas comerciais abusivas. O referido dispositivo não contempla, de forma expressa, o *spamming*. Resta saber, portanto, se a prática de enviar mensagens não solicitadas viola direitos do consumidor, de modo a ser considerada abusiva.

Ainda que o remetente tenha obtido o *e-mail* com anuência do consumidor, há abusividade na prática de mensagens comerciais não solicitadas, haja vista o desrespeito aos deveres de transparência e de informação. O consumidor deve ser questionado, se aceita, ou não, o envio de mensagens com oferta de produtos e serviços.

A situação é mais grave, quando o dado pessoal do endereço eletrônico é obtido sem a aquiescência do destinatário, tendo em vista a violação ao direito à autodeterminação informativa.

Por não colher o consentimento do destinatário, o *spamming* viola direitos básicos do consumidor e deve ser considerada prática comercial abusiva, abrangida implicitamente pelo art. 39, do CDC. Logo, o ato de enviar *spam* deve ser considerado ilícito, por ofensa a direitos básicos do consumidor.

Impende, ainda, examinar se enviar *spam* pode causar dano moral. Para isso, convém apresentar o conceito de dano moral na perspectiva civil-constitucional.

Quanto ao aspecto material, dividem-se os danos em materiais e extrapatrimoniais. São danos materiais aqueles que acarretam prejuízos de ordem econômica, que compreendem os danos emergentes e os lucros cessantes. Por sua vez, os danos extrapatrimoniais são definidos em termos negativos, abrangem aqueles que não resultam de perda material, âmbito em que se incluem os danos morais.¹³⁰

À luz da Constituição, os danos morais são definidos como aqueles que resultam da lesão aos direitos da personalidade, que se baseiam na dignidade humana.¹³¹ Supera-se, portanto, a antiga definição em termos subjetivos, emocionais, como danos decorrentes do sofrimento, da dor, do vexame, da humilhação.¹³²

Caracterizada violação ao direito à privacidade, que é direito da personalidade, o prejudicado tem direito ao ressarcimento em virtude de danos morais.

Sustenta-se, neste trabalho, que o envio de *spam* pode acarretar violação à privacidade, tanto na dimensão negativa, como direito a estar só, como na dimensão positiva, que trata do direito ao controle de fluxo de informações pessoais, ou autodeterminação informativa.

Há violação do direito a estar só, quando o titular do *e-mail*, após receber mensagens comerciais não solicitadas, manifesta o desejo de não mais recebê-las e, não obstante, continua a ser importunado.¹³³

A mera possibilidade de bloquear o remetente, ou deletar o *spam* não impede a ocorrência da lesão à privacidade. É que o remetente pode insistir no envio das mensagens não solicitadas, por meio de outras contas. Ademais, impor ao destinatário o trabalho de apagar repetidas e inoportunas mensagens não é razoável, pois transfere para a lesado o encargo de afastar o ilícito incômodo.

Se o remetente obteve o *e-mail* sem o consentimento do consumidor, conforme já salientado, há ofensa ao direito à autodeterminação informativa, que compõe a dimensão positiva do direito à privacidade.

Criticável, portanto, a decisão tomada no REsp 844736, que não reconheceu o direito à indenização por danos morais. Precisamente porque, no caso discutido, o recorrente continuou a receber mensagens comerciais não solicitadas, mesmo após manifestar, de forma inequívoca, sua vontade de não mais recebê-las, o que lhe causou danos de natureza moral.

130 AMARAL, Francisco. Direito civil: *introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 555-556.

131 Segundo Sergio Cavalieri Filho, o dano moral em sentido amplo decorre da violação de direitos ou atributos da personalidade, já o dano moral em sentido estrito é causado pela violação à dignidade, v. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 106-108.

132 MORAES, Maria Celina Bodin de. ob. cit., p. 430-433.

133 Na lição de Antonio Jeová Santos, “é necessário que o usuário notifique o remetente de *spam*, manifestando o seu desejo em não mais continuar recebendo a correspondência. Se não for atendido poderá lançar mão da indenização por dano moral”, v. SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral na internet*. São Paulo: Método, 2001. p. 161-162. Para Sônia Aguiar do Amaral Vieira, “Não deveria ser necessária a frequência e a continuidade”, para que o consumidor fizesse jus à reparação dos danos morais, cf. VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. ob. cit., p. 119.

2.2. A PRIVACIDADE E OS *COOKIES*

Por meio do acesso à internet, desponta a oportunidade de visitar quantidade formidável de páginas, que atendem aos mais diversos interesses. O caminho percorrido pelos *sites* pode ficar registrado no histórico de navegação, a critério do usuário.

Os *sites* visitados, as pesquisas realizadas, as informações cronológicas de navegação são dados de natureza privada, pertencem ao usuário, que tem o direito de mantê-los indevassáveis diante de terceiros desprovidos de autorização.

A identificação dos hábitos de navegação dos usuários da internet tem relevância comercial, na medida em que permite a elaboração de anúncios voltados para os interesses dos potenciais clientes.

Com esse desiderato, surgiram os *cookies*, que são arquivos com dados de navegação do usuário, abrangendo as páginas acessadas, as buscas realizadas, dados cronológicos e endereço IP¹³⁴. Recolhidos os dados, são oferecidos produtos e serviços de acordo com o provável perfil de consumo do usuário.

Do ponto de vista técnico, as informações que compõem os *cookies* são enviadas por um servidor *web* a diretório do navegador, em que ficam armazenadas. Trata-se de procedimento automático, que pode ser posto em prática sem consentimento do internauta.

Em sua dimensão positiva, consiste o direito à privacidade na autodeterminação informativa, no controle do fluxo de dados privados. A utilização de *cookies*, sem consentimento do usuário da *internet*, afronta-lhe a privacidade, haja vista a apropriação indevida de seus dados de navegação.

Dispõe o Marco Civil da internet, no art. 7º, VII, em consonância com o direito da personalidade à autodeterminação informativa, que é direito básico do usuário o não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, o que inclui os registros de conexão, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado, ou nas hipóteses legalmente previstas.

O usuário da internet, por meio do navegador, tem a opção de apagar os dados colhidos pelos *cookies*, o que caracteriza conduta de reação em face de violação já ocorrida, se obtidos sem sua anuência.

Como esclarece Antonio Jeová Santos, “se o administrador do *cookie* informasse ao usuário e procurasse o seu consentimento, até aí não haveria nada de anormal, nem que pudesse constatar invasão da intimidade”¹³⁵.

Por essa razão, há sites que solicitam autorização do navegante para a utilização de *cookies*, o que demonstra respeito pela esfera privada do usuário.

Tarcisio Teixeira, atento à conduta do usuário em relação aos *cookies*, classifica-os como passivos ou ativos. *Cookies* passivos são os que dependem de autorização do usuário, para que sejam coletadas informações de sua navegação, já os ativos dela prescindem, atuam de forma não consentida.¹³⁶

Portanto, são incompatíveis com o respeito à privacidade os *cookies* ativos, já os passivos, por serem consentidos, harmonizam-se com o direito à autodeterminação informativa.

134 Conforme o art. 5º, III, da Lei nº 12.965, de 2014, o endereço IP, ou endereço de protocolo de internet, é descrito como “o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais”.

135 SANTOS, Antonio Jeová. ob. cit., p. 197.

136 TEIXEIRA, Tarcisio. ob. cit., p. 61.

2.3. A PRIVACIDADE E O GOOGLE

Site que permite realizar buscas rápidas sobre quaisquer assuntos inseridos no campo de pesquisa, por meio da vasculha de vastíssimo material acumulado na rede, o Google é ferramenta cotidiana na vida dos internautas.

Sem que seja necessário especial esforço de investigação, descortinam-se informações relativas à vida das pessoas, que compõem rastro assente por tempo indeterminado no espaço da rede mundial de computadores.

A facilidade de acesso à informação proporcionada pelo Google redefine a noção de tempo dos eventos, porque aquilo que ocorrera há muitos anos pode ficar tão exposto como estão os fatos recentes.

A respeito, Stefano Rodotà reflete:

Que coisa se torna a vida no tempo em que Google recorda sempre? A implacável memória coletiva da Internet, onde o acumular-se de toda pista nossa nos faz prisioneiros de um passado destinado a não passar nunca, desafia a construção da personalidade livre do peso de toda a lembrança, impõe um contínuo escrutínio social da parte de uma infinita variedade de pessoas que podem facilmente conhecer as informações sobre os outros.¹³⁷

As informações relativas a uma pessoa na *internet* formam sua identidade no mundo *online*, com reflexos diretos nas relações *offline*. Qualquer desequilíbrio na exposição dos dados acerca do indivíduo pode trazer danos aos seus direitos da personalidade, cuja eficácia social pode ser abalada por critérios automáticos de relevância de programas de pesquisa.

Como esclarece Anderson Schreiber, “por meio de uma atividade aparentemente neutra, os motores de busca acabam por ditar a compreensão que os usuários da *internet* terão de um determinado fato ou de certa pessoa”¹³⁸.

Cabe, então, refletir sobre a devida proteção da personalidade em face da contínua exposição de dados sobre o indivíduo, que ocorre independentemente de sua anuência, situação em que se enquadra a memória artificial da *internet*.

Lastreado nos direitos à autodeterminação informativa, à imagem, à honra, o indivíduo tem o direito ao esquecimento de informações desabonadoras, que tragam embaraços ao livre desenvolvimento da sua personalidade, à construção de sua identidade no espaço público.

O direito ao esquecimento, ou direito a ser esquecido, é, portanto, um novo direito da personalidade, protegido pela cláusula geral da dignidade da pessoa humana.

De acordo com o direito à autodeterminação informativa, dimensão positiva do direito à privacidade, o indivíduo tem, em princípio, a faculdade de controlar o fluxo de informações que lhe digam respeito, o que serve de fundamento à pretensão do esquecimento.

137 RODOTÀ, Stefano. ob. cit., p. 41. Traduziu-se. No original: “Che cosa diviene la vita nel tempo in cui Google recorda sempre? L’implacabile memoria coletiva di Internet, dove l’accumularsi d’ogni nostra traccia ci rende prigionieri d’un passato destinato a non passare mai, sfida la costruzione della personalità libera dal peso d’ogni ricordo, impone un continuo scrutinio sociale da parte di una infinita schiera di persone che possono facilmente conoscere le informazioni sugli altri”.

138 SCHREIBER, Anderson. ob. cit., p. 172.

Por sua vez, o direito à imagem comporta dois aspectos: imagem-retrato e imagem atributo. A imagem-retrato compreende a representação da fisionomia do indivíduo, já a imagem-atributo abrange o conceito de que a pessoa desfruta no meio social.¹³⁹ Logo, o direito ao esquecimento tem relação direta com a proteção da imagem-atributo.

Também o direito à honra tem duas dimensões: honra subjetiva e honra objetiva. A honra subjetiva consiste no conceito que a pessoa tem de si mesma, já a honra objetiva consiste na reputação do sujeito.¹⁴⁰ Assim, a tutela do direito à honra objetiva reforça a fundamentação do direito ao esquecimento.

A título de exemplo, considere-se o caso de uma pessoa que tenha cometido crime infamante, em razão do qual fora condenada e cumprira pena. Muito provavelmente, a divulgação dessa notícia, transcorrido considerável período, dificulta sensivelmente o restabelecimento de vínculos sociais, a reinserção do indivíduo em uma atividade socialmente valorizada.

Outro exemplo pode ser mencionado. Imagine-se a situação de jovem atriz que tenha participado de filme erótico. Anos mais tarde, vem a ser apresentadora infantil. Nesse caso, legítima a pretensão ao esquecimento.¹⁴¹

Não se trata, obviamente, de reescrever a história, mas de evitar que o peso de fatos passados inviabilize o desenvolvimento da personalidade individual.

Stefano Rodotà afirma, com razão, que

o direito ao esquecimento se apresenta como direito de governar a própria memória, para restituir a cada um a possibilidade de reinventar-se, de construir personalidade e identidade, libertando-se da tirania das gaiolas, nas quais uma memória onipresente e total quer trancar todos.¹⁴²

Despontam, então, demandas em face do Google, com pedidos de desindexação dos motores de pesquisa, fundamentados no direito ao esquecimento, a fim de que o indivíduo não sofra danos decorrentes da contínua exposição de informações de conteúdo negativo a seu respeito.¹⁴³

A questão envolve, claramente, colisão de direitos fundamentais da personalidade e da liberdade de informação. Deve ser resolvida, logo, à luz da proporcionalidade.¹⁴⁴

Como parâmetros de decisão, importa avaliar a atualidade e a relevância da notícia, bem como o impacto da informação sobre o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa. Quanto mais remoto for o evento e quanto mais grave for seu conteúdo, maior a importância concreta da realização do direito ao esquecimento.

139 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 99.

140 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 55.

141 SCHREIBER, Anderson. *ob. cit.*, p. 172-173.

142 RODOTÀ, Stefano. *ob. cit.*, p. 43-44. Traduziu-se. No original: “Il diritto all’oblio si presenta come diritto a governare la propria memoria, per restituire a ciascuno la possibilità di reiventarsi, di costruire personalità e identità affrancandosi dalla tirannia di gabbie nelle quali una memoria onnipresente e totale vuole rinchiudere tutti”.

143 Nesse sentido, v. FOCARELLI, Carlo. *La privacy: proteggere i dati personali oggi*. Bologna: Il Mulino, 2015. p. 159-160.

144 MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006. p. 115 e ss.

2.4. A PRIVACIDADE E O FACEBOOK

O Facebook é uma rede social de notória popularidade, com número espantoso de membros espalhados no mundo. Cada usuário tem um perfil, em que podem ser expostas fotos, bem como compartilhados vídeos, notícias e comentários pessoais. Os conteúdos postados podem ser de acesso restrito aos amigos da rede, ou podem ter caráter público, conforme a preferência de que os disponibiliza.

Ao lado da linha tempo, em que se desenrolam as constantes novidades, pululam anúncios oferecendo produtos e serviços, medidos de acordo com os interesses captados do usuário do Facebook.

Os referidos anúncios, albergados pela livre iniciativa econômica, carregam recursos ao Facebook, que nada cobra dos usuários para a criação ou manutenção do perfil.

Para que a estratégia comercial dos anúncios seja efetiva, é importante que a publicidade atinja o público alvo, desenhado a partir de informações recolhidas na própria rede. Por essa razão, os usuários do Facebook veem oferta de produtos e serviços que se afiguram sob medida.

Importante destacar, novamente, que o direito à privacidade, em sua dimensão positiva, compreende o direito ao controle do fluxo de informações pessoais, de sorte que as informações pessoais dos usuários do Facebook não devem ser transmitidas sem autorização.

Como decorrência do direito à autodeterminação informativa, justifica-se, no ordenamento jurídico italiano, o direito ao anonimato.¹⁴⁵

No direito brasileiro, a Constituição assegura a liberdade de manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV, CF/88). Afirma-se que a proibição do anonimato abarca todos os meios de comunicação.¹⁴⁶

Dessa maneira, em se tratando de manifestação do pensamento, seja na internet, seja em outro ambiente, há limitação jurídica, no direito nacional, quanto ao exercício do anonimato. Já a mera navegação, no direito brasileiro, pode ocorrer de forma anônima, sem rastreamento, como projeção do direito à autodeterminação informativa.

Portanto, há na ordem jurídica pátria o direito ao anonimato, embora tenha menor amplitude em relação ao sistema italiano.

De forma expressa, o Código Civil brasileiro, no art. 19, protege o direito ao pseudônimo para atividades lícitas, atribuindo-lhe a mesma proteção conferida ao nome.

Indaga-se, assim, se seria legítima a exigência de nome verdadeiro para o ingresso do usuário em uma rede social como o Facebook, haja vista a proteção conferida aos direitos da personalidade do indivíduo, que abrangem sua privacidade e pseudônimo para atividades lícitas.

Questiona-se, igualmente, se seria juridicamente permitida a exclusão de usuário do Facebook apenas pelo emprego de pseudônimo, por violação do contrato de adesão.

Do ponto de vista comercial, não é interessante que o usuário do Facebook crie perfil fictício, com informações desconectadas da realidade, porque o direcionamento dos anúncios é prejudicado, ou mesmo se torna inútil.

145 SCALISI, Antonino. *Il diritto alla riservatezza: il diritto all'immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 323.

146 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 118.

Assim, convém ao Facebook a política do *real name*, pela qual o usuário é perfeitamente identificado como sujeito verídico.

Ocorre que a expansão da política do nome real aprofunda o risco de que a sociedade da informação seja convertida em sociedade do controle.¹⁴⁷

Sustenta-se que o indivíduo tem o direito de escolher fornecer apenas aquelas informações estritamente indispensáveis à aquisição de um bem, ou à utilização de serviço.¹⁴⁸ Trata-se de correta tese jurídica, que se coaduna com o direito à autodeterminação informativa.

Na ordem jurídica brasileira, os direitos da personalidade, ressalvados os casos previstos em lei, são irrenunciáveis (art. 11, *caput*, CC/2002).

Dessa maneira, há argumentos jurídicos que embasam o direito ao pseudônimo, para atividades lícitas, nas redes sociais.

CONCLUSÃO

A vida privada das pessoas é protegida por direito fundamental da personalidade, que é compreendido exigência existencial da dignidade da pessoa humana.

Do ponto de vista conceitual, o direito à privacidade pode ser vislumbrado nos aspectos negativo e positivo. A proteção da vida privada abrange as esferas menores da intimidade e do segredo.

Sob o ângulo negativo, compreende-se o direito a estar só, o direito de não sofrer intromissões indevidas na esfera privada, fundamentado na concepção liberal de privacidade.

Já o perfil positivo, impulsionado na era digital, alberga o controle do fluxo dos dados pessoais, ou direito à autodeterminação informativa.

A proteção adequada da privacidade das pessoas abrange, portanto, posições de defesa, de bloqueio diante de terceiros, assim como posições ativas, de controle em face do caminho percorrido pelas informações de caráter pessoal.

Na internet, que amplia a presença do espaço público no dia a dia das pessoas, surgem novos desafios à esfera privada.

O *spam*, ou mensagem eletrônica comercial não solicitada, constitui prática comercial abusiva, que viola os deveres de transparência e informação. Ademais, a reiteração do envio dessas mensagens, diante da recusa expressamente manifestada pelo consumidor, pode causar dano moral.

Por sua vez, os *cookies* ativos, que colhem dados de navegação sem consentimento do usuário da internet, ofendem-lhe o direito à autodeterminação informativa.

A facilidade da pesquisa proporcionada pelo Google suscita os inconvenientes da contínua exposição indesejada de fatos pretéritos desabonadores. Em razão do direito ao esquecimento, espécie de direito da personalidade, o indivíduo tem legítima pretensão de desindexação de informações a seu respeito, que tragam prejuízos à sua honra e à sua imagem.

Em face do Facebook, cabe discutir os limites da política do nome real, haja vista o direito ao pseudônimo. Questiona-se, ademais, no direito comparado, a dificuldade imposta ao direito ao anonimato.

147 RODOTÀ, Stefano. ob. cit., p. 26.

148 Ibid., p. 26.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1994.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- AGOSTINI, Leonardo Cesar de. *A intimidade e a vida privada como expressões da liberdade humana*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 2. ed. Campinas: Servanda, 2015.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DONEDA, Danilo. *Os direitos da personalidade no Código Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.
- ERENBERG, Jean Jacques. *Publicidade patológica na internet à luz da legislação brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. 3. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- FOCARELLI, Carlo. *La privacy: proteggere i dati personali oggi*. Bologna: Il Mulino, 2015.
- HOTTER, Maximilian. *Privatsphäre: der Wandel eines liberalen Rechts im Zeitalter des Internets*. Frankfurt am Main: Campus, 2011.
- PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006.
- PIZZETTI, Franco. *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali: dalla direttiva 95/46 al nuovo regolamento europeo*. Torino: G. Giappichelli, 2016.
- RODOTÀ, Stefano. *Il mondo nella rete. Quali i diritti, quali i vincoli*. Roma: Laterza, 2014.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral na internet*. São Paulo: Método, 2001.
- SCALISI, Antonino. *Il diritto alla riservatezza: il diritto all'immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*. Milano: Giuffrè, 2002.
- _____. *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1990.
- SCHMALE, Wolfgang; TINNEFELD, Marie-Theres. *Privatheit im digitalen Zeitalter*. Wien: Böhlau, 2014.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- TEIXEIRA, Tarcisio. *Marco civil da internet: comentado*. São Paulo: Almedina, 2016.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República: parte geral e obrigações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- VIERA, Sônia Aguiar do Amaral. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. *The right to privacy*. New Orleans: Quid Pro, 2015.