ANAIS DO III SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO

2013

Organizadores do Evento
Prof. Dr. Vladimir Brega Filho
Profª Dra Eliana Franco Neme
Prof. Dr. Fernando de Brito Alves
Prof. Ddo. Luiz Fernando Kazmierczak
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral
Bel. Maria Natalina da Costa

Comissão Científica
Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP - PR)
Profª Dra Eliana Franco Neme (ITE/Bauru - SP)
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidade de Múrcia)
Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral (Faculdades Toledo-ITE/Bauru - SP)
Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto (UFMG)

Responsável Técnica
Maria Natalina da Costa – Secretária Geral do Evento

Editor dos Anais do III SID
Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

UENP – ITE – TOLEDO – UFMG – CIESA – U. MÚRCIA

2013

C749A Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (III, 2013: Jacarezinho, PR) Anais do [Recurso eletrônico] / Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito – Jacarezinho (PR): Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2013.
1 CD-ROM

INCLUI BIBLIOGRAFIA

ISBN: 978-85-62288-05-0

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Simpósio. 2. Direito – Filosofia. I. Título.

CDU: 34

Os autores são exclusivamente responsáveis pela autoria, revisão e veracidade dos trabalhos publicados, bem como pelas ideias por eles veiculadas.
A publicação dos textos não significa concordância, anuência, ou co-responsabilidade das Instituições Organizadoras, da Comissão Organizadora, da Comissão Científica, ou do Editor desses anais.

PROGRAMAÇÃO DO EVENTO

Dia 12 de setembro de 2013 - quarta-feira

19h00 – Credenciamento

19h45 – Conferência de Abertura
Tema: Direito e renovação histórico - estrutural da sociedade plural: é suficiente o referente constitucional para uma teoria jurídico - transformadora da sociedade e do Estado?
Dr. Pietro de Jesús Lora Alarcón - Doutor PUC/SP. Professor da ITE-Bauru e PUC/SP

21h15 – Conferência
Tema: A função da deliberatividade no mundo político moderno
Dr. Rubens Beçak – Doutor USP/SP. Professor da USP/Ribeirão Preto

Dia 13 de setembro de 2013 - quinta-feira

Das 14h00 às 18 horas – Grupos de Trabalhos simultâneos

19h45 – Painel:
Tema: O estudo do Direito no Brasil e na Espanha
Dra Samyra Naspolini – Doutora PUC/SP. Professora da UNINOVE e UNIVEM
Dr. Angel Cobacho López – Doutor pela Universidade de Murcia/ESP. Professor da Universidade de Murcia/ESP

21h15 – Conferência
Tema: Derivativos e o direito contratual contemporâneo
Dr. Alessandro Hirata – Doutor Ludwig-Maximilians-Universität München. Livre docente pela USP/SP. Professor da USP/Ribeirão Preto

Dia 13 de setembro de 2013 - sexta-feira

Das 14h00 às 18 horas – Grupos de Trabalhos simultâneos

19h45 – Conferência
Tema: Algumas características do novo constitucionalismo latino-americano
Dr. Sergio Cademartori – Doutor pela UFSC/SC. Professor da UCS/RS, Centro Universitário La Salle/RS, e Professor visitante da Universidade de Granada e Universidade Técnica de Lisboa.

21h15 – Conferência de encerramento
Tema: Precisará o discurso jurídico contemporâneo de uma teoria crítica?
Dr. José Manuel Aroso Linhares – Doutor pela Universidade de Coimbra. Professor da Universidade de Coimbra e Coordenador da Comissão Científica do curso de Direito da Universidade Nacional de Timor Leste.

Grupos de Trabalho

FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA

RESPONSABILIDADE DO ESTADO

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS

SUMÁRIO

FUNÇÃO POLÍTICA DO PROCESSO

ARBITRAGEM INTERNACIONAL: A ALTERNATIVA NÃO-JUDICIÁRIA PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS PELO BRASIL 15
LORENA FERREIRA FERNANDES

A INCONSTITUCIONALIDADE DA SUSPENSÃO DE SENTENÇA POR DECISÃO MONOCRÁTICA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL
DIOGO CASTOR DE MATTOS 44
RENÊ FRANCISCO HELLMAN

PROTAGONISMO JUDICIÁRIO E DEFENSORIA PÚBLICA: EFETIVANDO DIREITOS SOCIAIS 68
FLÁVIA ELAINE SOARES FERREIRA

OS PRECEDENTES VINCULANTES SÃO NORMAS?
JAIME DOMINGUES BRITO 87
TIAGO DOMINGUES BRITO

O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS MOMENTOS CONCILIATÓRIOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
LUIZA DOWER DE MELO 110
MÁRCIO RICARDO DA SILVA ZAGO

BREVE ESTUDO COMPARADO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO
MAYARA KAROLINE BERTUOL 123
JOSÉ ARTUR TEIXEIRA GONÇALVES

JURISDIÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL- MODELO ATUAL E AS IDÉIAS RENOVATÓRIAS 140
SANDRA REGINA MERLO

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

SÚMULA VINCULANTE: UM EQUÍVOCO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA
ALENCAR FREDERICO MARGRAF 161

O ATIVISMO JUDICIAL E SUA REPERCUSSÃO NA DOUTRINA JURÍDICA
ANA CAROLINA MENEGHEL CALDERONI 179
CAIO MARCHIONI DA SILVA

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E NEOCONSTITUCIONALISMO 194
IVO UJI

CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO GLOBAL: A NOVA INTERPRETAÇÃO DO DOGMA DA SOBERANIA NO CONTEXTO DA INTEGRAÇÃO 212

INTERNACIONAL
MÁRIO LÚCIO GARCEZ CALIL
JAMILE GONÇALVES CALISSI

CAMINHOS PARA UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: O MÉTODO MATERIALISTA CULTURAL 233
JOSÉ MAURO GARBOZA JUNIOR

DIREITO À ISONOMIA DAS DECISÕES JUDICIAIS: SERIA ESTE MAIS UM DIREITO FUNDAMENTAL?
LETÍCIA DE MATOS SCHRODER 251
SUELYN TOSAWA

AUTODETERMINAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO: NOVOS LIMITES PARA O DIREITO À INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO
SÉRGIO TIBIRIÇÁ DO AMARAL 269
ALINE APARECIDA NOVAIS SILVA LIMA

ABORDAGEM JURÍDICA DA LIBERDADE DE PESQUISA: REFLEXÕES A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA 295
TANIA LETÍCIA WOUTERS ANEZ

INJUSTIÇA EXTREMA E DIREITO VÁLIDO: O CONTROLE DA JURIDICIDADE PELA MORAL
TIAGO CLEMENTE SOUZA 318
LAFAYETTE POZZOLI

VIOLÊNCIA E CRIMINOLOGIA

FATORES EXÓGENOS INFLUENCIADORES DA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS: UMA BREVE ANÁLISE CRÍTICA DOS ASPECTOS SOCIAIS NAS OCORRÊNCIAS DE ATOS INFRACIONAIS PRATICADOS POR ADOLESCENTES 353
AMANDA CAMILA FERREIRA DE ABREU
GILBERTO NOTÁRIO LIGERO

A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL E A ATUAL SITUAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS 369
AMANDA JUNCAL PRUDENTE

A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO AOS CRIMINOSOS SERIAIS PSICOPATAS 387
ARION RODRIGUES DE PAULA

TRÁFICO DE DROGAS, CRIMINALIDADE DE PROVISÃO E CRIMINALIDADE CONSEQUENTE: A POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL COMO MOLA PROPULSORA DA VIOLÊNCIA 414
CAIO MARCELO CORDEIRO ANTONIETTO

SISTEMA PENAL E REPRODUÇÃO DA REALIDADE SOCIAL 431
FERNANDA DE MATOS LIMA MADRID
MAURÍCIO GONÇALVES SALIBA

A CRISE DO DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE: UMA REFLEXÃO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS PRISÕES DA AMÉRICA LATINA 448
FERNANDA ELOISE SCHMIDT FERREIRA FEGURI
ROBERTO FEGURI

O PODER DE FOGO DO DIREITO PENAL E A EXPANSÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO 474
FLORESTAN RODRIGO DO PRADO

SOBRE DISTOPIAS E UTOPIAS: O USO DE DROGAS E CRIMINALIDADE NA ADOLESCÊNCIA 498
GABRIELA BONORA DE FARIAS TRINDADE

A MERCADORIZAÇÃO DOS DELITOS À LUZ DA SEMIÓTICA E DA DIALÉTICA 514
GUILHERME CAVICCHIOLI UCHIMURA

A MAIORIDADE PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE SUA REDUÇÃO 536
JACQUELINE DANDARA TAMAIS
MAYTÊ RIBEIRO TAMURA MELETO BARBOZA

O ART. 26 DO CÓDIGO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA E A INÉRCIA DO PODER PÚBLICO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS DO INIMPUTÁVEL POR DOENÇA MENTAL 567
LETÍCIA GABRIELLA ALMEIDA

CONTROLE SOCIAL DO DELITO, MÍDIA E EXPANSIONISMO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA 595
MATHEUS GOMES CAMACHO

OS CRIMES DIGITAIS E O CIBERESPAÇO 617
MAYARA ACORSI SANTOS

O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE DO CARÁTER SELETIVO DO SISTEMA PENAL 636
MILENA FERNANDA MANZANO BRENZAN
LIVIA CARLA SILVA RIGÃO

TESTEMUNHOS DE CONVERSÃO DE EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL: DISCURSO, RELIGIÃO E IDEOLOGIA 657
NILTON CÉSAR FERREIRA
JOSÉ ARTUR TEIXEIRA GONÇALVES

A COMPLEXIDADE DO FENÔMENO CRIMINAL E A PREVENÇÃO DO DELITO 679
VANESSA RUI FÁVERO

RESPONSABILIDADE DO ESTADO

PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL EM RELAÇÃO AO DIREITO DE CIRURGIA DE IMPLANTES COCLEARES BILATERAIS 701
ANA FLÁVIA DAMASCENO SILVA

PERSPECTIVAS DO SABER JURÍDICO E DE CRÍTICAS AO ESTADO DE DIREITO LIBERAL A PARTIR DE PACHUKANIS E CARL SCHMITT 721
CAIO HENRIQUE LOPES RAMIRO
JOSUÉ JUSTINO DO RIO

GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS: IMPLICAÇÕES DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS À LUZ DA EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS GLOBAL E REGIONAIS DE PROTEÇÃO 755
LORENA FERREIRA FERNANDES

A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO EM RELAÇÃO AO PARTICULAR PELO DANO AMBIENTAL 783
RODRIGO AUGUSTO LAZZARI LAHOZ

OLHANDO "DIREITO" PARA AS NOSSAS CRIANÇAS: QUE BRINCADEIRA É ESSA? 808
BEATRIZ CANHOTO LIMA
CAIQUE TOMAZ LEITE DA SILVA

RESPOSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO: A ATUAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS FRENTE AO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO 825
BRUNA MIGLIACCIO SETTI

O ESTADO ENQUANTO GARANTIDOR E VIOLADOR DO DIREITO À EDUCAÇÃO 852
CAROLINA MACHADO DE OLIVEIRA
CAROLINE LOVISON DORI

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL: UMA CRÍTICA À TEORIA DO RISCO INTEGRAL 868
CLÁUDIA KARINA LADEIA BATISTA

A REMISSÃO DA PENA À LUZ DA ATIVIDADE LABORATIVA, ENFOQUE NA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO. 885
DANIEL GATZK DE ARRUDA
LUIZA RODRIGUES MINGHINI DE CAMPOS

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A LIBERDADE DE IMPRENSA E O JULGAMENTO DA ADPF N.º 130/DF: AUSÊNCIA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 898
DANIELA MARTINS MADRID
NATHAN BARROS OSIPE

RELEITURA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO MODELO DE MONTESQUIEU: UMA ANÁLISE EM BUSCA DA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL 925
FLÁVIO PIEROBON

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – UMA ANÁLISE DO CASO *DAMIÃO XIMENES LOPES VS. BRASIL* 941
FRANCISCO ANTONIO NIERI MATTOSINHO

JUSTIÇA E NÃO AUXÍLIO-RECLUSÃO
JESSICA INGRIDY GOMES DE OLIVEIRA 967

RAZÕES PARA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: COMO OS JUÍZOS DE PROGNÓSTICO JURÍDICOS PODEM SER BENEFICIADOS PELA VISÃO ECONÔMICA 984
GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO

LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO ESTADO AO DIREITO DE IR E VIR: UMA FORMA DE EFETIVÁ-LO OU RESTRINGI-LO?
HELOISA CAMILO PARDO 1005
VICTÓRIA ROMANO BRUM

DEFESA TÉCNICA DO INDICIADO SOCIALMENTE EXCLUÍDO
HOMELL ANTONIO MARTINS PEDROSO 1019
ALEXANDRE MOREIRA VAN DER BROOCKE

POLÍTICAS PÚBLICAS, ACESSO À SAÚDE PELA VIA JUDICIAL E PARAMETRIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXÃO CRÍTICA.
JOÃO PAULO ANGELO VASCONCELOS 1034
ADRIANA APARECIDA ALVES MARTINS DE FREITAS

REFUGIADOS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS
LUCYELLEN ROBERTA DIAS GARCIA 1056
BRUNA CARVALHO DE PIERI

JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: DA IMPRESCINDIBILIDADE DA DEMOCRACIA E DO EQUILÍBRIO DOS TRÊS PODERES
PATRÍCIA NAOMI ASAKURA 1076
THAÍS DE FÁTIMA PEREZ

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA TELEVISIVA NA SOCIEDADE: NECESSIDADE DE REGULAÇÃO NO CASO BRASILEIRO
PAULO HENRIQUE BORGES DA ROCHA 1101
LIDIANE MAURICIO DOS REIS

INCAPACIDADE E LIMITES DE LIBERDADE E DE INCLUSÃO SOCIAL POR MEIO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BCP/LOAS) 1119
PAULO TAKAYUKI TAMURA

A ASSUNÇÃO DO MONOPÓLIO DA JUSTIÇA PELO ESTADO E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL 1136
FLÁVIO SÉRGIO VAZ PRADO

IMPROBIDADE E RESPONSABILIDADE AMBIENTAL: CONTORNOS DA INEFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE RESÍDUOS SÓLIDOS
RAÍSA DE MELLO ZANCHETTA 1154
FLÁVIA ELAINE SOARES FERREIRA

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. SOLUÇÃO CONCRETA OU SIMBÓLICA PARA O COMBATE À CRIMINALIDADE? 1182
RENATO GARCIA

A EVOLUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL E A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PELOS DANOS SOFRIDOS
CLEITON LIXIESKI SELL 1201
FÁTIMA BARASUOL HAMMARSTRON

O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À MORADIA E SUA CONCRETIZAÇÃO
TAIS PAGNAN GARROCINI 1217

ATUAÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DO DELITO E A SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL 1232
VANESSA RUI FÁVERO

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O CASO HERZOG VERSUS BRASIL
ALANA FAGUNDES VALÉRIO 1249
SERGIO TIBIRIÇÁ AMARAL

CONGRESSO NACIONAL E A MANUTENÇÃO DO MONOPÓLIO DA ULTIMA PALAVRA 1269
ALENCAR FREDERICO MARGRAF

DO MANDADO DE SEGURANÇA EM FACE DE CONCURSOS PÚBLICOS
ALFEU PAULO DA SILVA JÚNIOR 1288
ANDREA KARLA VALADÃO BIRAL

MAIORIDADE PENAL
ALINE DE CARVALHO ZANACOLI 1309
LUIZ FERNANDO KAZMIERCZACK

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E REFLEXÕES ACERCA DE SUA EFETIVAÇÃO
AMANDA SUELEN FIORILLO 1335
JOÃO FRANCISCO MARTINS DOS SANTOS

CONTORNOS DA LIBERDADE RELIGIOSA EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS 1356

ANA CAROLINA GRECO PAES

POLÍTICA E DIGNIDADE: A BUSCA DE SENTIDO NO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT
ANA LAURA TEIXEIRA MARTELLI 1374
ÉVERTON WILLIAN PONA

ABUSO SEXUAL INFANTO-JUVENIL E O PROJETO DEPOIMENTO SEM DANO: UMA FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES AMPARADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA LEI 8.069/1990 1399
ANA PAULA MEDA
BRUNA IMAZU

FORMAS DE INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRUALIZADOS NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. 1422
ANDRÉ FOLLONI
FRANCIELLI PIVA MACIEL

CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO LIMITE À EXTRAFISCALIDADE
ANDRESSA DE FÁTIMA CORDEIRO 1448

ACESSO A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA: ANÁLISE SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009 E ADINS 4357 E 4425
RAÍZA ALVES REZENDE 1469
PAULO HENRIQUE DE SOUZA FREITAS

UM CORPO CONSTITUCIONAL SEM A ALMA DO CONSTITUCIONALISMO
CAIO SHIGUEMY CASSIANO ISHII 1487

LICENCIAMENTO AMBIENTAL: OS LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO E A GARANTIA DE EFETIVA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE 1511
CLAUDIA KARINA LADEIA BATISTA

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE GARANTIA E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS 1533
DANIEL CHRISTIANO FINARDI MILLER

OS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTERIO PÚBICO À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL
DANIELA DE LIMA AMORIM 1555
RODRIGO LEMOS ARTEIRO

GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À INFORMAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS
DEÍSE CAMARGO MAITO 1569
MIGUEL ETINGER DE ARAUJO JUNIOR

A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SEUS EFEITOS NA 1584

SOCIEDADE BRASILEIRA
ELUANE DE LIMA CORRALES
LAYANA MARA LAITER MARTINS

A JURISDIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
FABRÍCIO FRACAROLI PEREIRA 1605

A LEI 11.340/06 COMO INSTRUMENTO À PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL
FELIPE AUGUSTO RODRIGUES AMBRÓSIO
GABRIELA LOPES CIRELLI 1619

DIREITO À IMAGEM: UMA VISÃO CONSTITUCIONAL E CIVILISTA.
FELIPE DE SOUZA RODRIGUES
JOAO OTAVIO BACCHI GUTINIEKI 1641

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO
FERNANDO HENRIQUE DA SILVA HORITA 1659

ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.
FRANCIELLE BUENO ARAÚJO 1676

DIREITO DE MORADIA: POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS PARA EFETIVAÇÃO E FORMAS PROCESSUAIS DE INCLUSÃO
GABRIELA BONINI PAGLIONE
SUELYN TOSAWA 1694

A INCLUSÃO DIGITAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL
GABRIELLE DOS SANTOS ROSA
LEONARDO GÓES DE ALMEIDA 1710

DO DIREITO DO TRANSEXUAL À MUDANÇA DE NOME E DE GÊNERO ANTES DA EFETIVAÇÃO DA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA
GABRIELLY PAIANO SILVEIRA
DANIELA BRAGA PAIANO 1727

CRÍTICAS CONTEMPORÂNEAS À EDUCAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA.
GIOVANA ZANINELLI 1747

A SISTEMATIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE SUAS CRESCENTES VIOLAÇÕES POR MEIO DO USO DA INTERNET
GUILHERME BARROS MARTINS DE SOUZA
MARCELO AGAMENON GOES DE SOUZA 1760

DANO MORAL E A UTILIZAÇÃO DOS PUNITIVE DAMAGES NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO
VITOR MIZUNO COTES
GUILHERME PRADO BOHAC DE HARO 1777

REDES SOCIAIS: DEMOCRACIAS EXPERIMENTAM A LIBERDADE DE INFORMAR SEM LIMITES
HUGO CRIVILIM AGUDO
FABIANA TAMAOKI NEVES
1793

EPOPÉIA CONSTITUCIONAL: TRAJETÓRIA AO PORVIR
HUGO RAFAEL PIRES DOS SANTOS
MARCELA PRADELLA BUENO
1814

DO DIREITO INTEGRACIONAL AO DIREITO COMUNITÁRIO: UMA LEITURA JURÍDICO-HISTÓRICA A PARTIR DOS BLOCOS ECONÔMICOS
JAMILE GONÇALVES CALISSI
1837

LIBERDADE RELIGIOSA E LAICIDADE ESTATAL: A MINISTRAÇÃO DO ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS
JUNIO BARRETO DOS REIS
1873

AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA FORMA DE EXPRESSÃO DO MULTICULTURALISMO ACRESCIDO DAS GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
LIVIA CARLA SILVA RIGÃO
MILENA FERNANDA MANZANO BRENZAN
1892

O “PENSAMENTO VERDE” DA EMPRESA: O DEVER CONSTITUCIONAL DE UM MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A SUSTENTABILIDADE.
LUCYELLEN ROBERTA DIAS GARCIA
MARCO ANTONIO TURATTI JUNIOR
1913

OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS E A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA
LUIZ EDUARDO DE LIMA GENEROSO
MARCELA BARRILE FERNANDES
1939

A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
MAIARA APARECIDA GALDINO DOS SANTOS
FRANCISCO JOSÉ DIAS GOMES
1958

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS DO PROCESSO ELETRÔNICO
MARIA JOSÉ CREPALDI GANANCIO LIBERATI
MÁRCIO RICARDO DA SILVA ZAGO
1983

DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE EM TEMPOS DE INTERNET
MATHEUS ARCANGELO FEDATO
STÉFANIN SANTOS CIRELLI
2009

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE RESPOSTA
NICACIO JOSÉ DA SILVA
ROBERNEY PINTO BISPO
2027

GUERRILHA DO ARAGUAIA: CONFLITO ENTRE DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 2045
RAMON DE SOUZA FREITAS MACHADO

A SÚMULA Nº 443 E A PROTEÇÃO À DISPENSA ARBITRÁRIA DO EMPREGADO SOROPOSITIVO. ATIVISMO JUDICIÁRIO NECESSÁRIO OU DESNECESSÁRIO. 2062
RAQUEL CRISTINA SILVA NEVES

DIREITO E CIDADANIA: A TRANSPARÊNCIA NA LEI Nº. 12.527/2011 2077
RAQUEL DE NADAY DI CREDDO

A MEDIDA PROVISÓRIA E AS SUAS IMPLICAÇÕES NA TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS 2099
RENÊ FRANCISCO HELLMAN

MÍNIMO VITAL: PRESERVAÇÃO DE UM PATRIMÔNIO ALHEIO À TRIBUTAÇÃO NA LEITURA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 2119
RICARDO ALMEIDA ZACHARIAS

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES 2139
ROBERTO FEGURI
FERNANDA ELOISE SCHMIDT FERREIRA FEGURI

A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS INTITULADOS SOB A ÓTICA DO SISTEMA CONSTITUCIONAL 2160
CLEITON LIXIESKI SELL
RAQUEL BUZATTI SOUTO

A INTERNET COMO VEÍCULO LIBERTÁRIO: A INCORPORAÇÃO DA REDE NA VIDA SOCIAL 2176
ALEXIA DOMENE EUGENIO
GILBERTO NOTÁRIO LIGERO

A FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE RESERVA DO POSSÍVEL ANTE A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS 2191
TAÍS CAROLINE PINTO

O PERCURSO DA INFLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL 2210
TIAGO DOMINGUES BRITO
JAIME DOMINGUES BRITO

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE EXTRAJUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 2230
VITÓRIA CRISTINA DA SILVA

A TEMÁTICA DO RACISMO NAS CONSTITUIÇÕES DE 1946 E 1988: A CONSTITUINTE E O PENSAMENTO SOCIAL 2253
WALTER DE OLIVEIRA CAMPOS

A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A SOLUÇÃO PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 2277
AMANDA QUERIDO DOS SANTOS
GUILHERME BARBOSA DA SILVA

O PAPEL DO ESTATUTO DE ROMA NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 2297
RODRIGO GUASQUE DE CAMARGO

ARBITRAGEM INTERNACIONAL: A ALTERNATIVA NÃO-JUDICIÁRIA PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS PELO BRASIL

Lorena Ferreira FERNANDES[1]

RESUMO

Inicialmente, pretende-se realizar uma exposição histórica do instituto da arbitragem, discorrendo sobre seus elementos primordiais e sua regulamentação no direito brasileiro. Superadas as considerações iniciais, permite-se um conhecimento da evolução do instituto da arbitragem em âmbito internacional, bem como da sua situação na contemporaneidade e da sua utilização para dirimir conflitos entre sujeitos do Direito Internacional Privado. Neste sentido, convergindo os estudos para a arbitragem internacional, será abordada a relevância e a expansão desta atividade nas relações comerciais internacionais, evidenciando as razões que levam os sujeitos de direito internacional a recorrem a este meio. Paralelamente, objetiva-se propiciar uma compreensão dos pontos essenciais da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional e da Convenção de Nova Iorque, bem como dos demais documentos jurídicos nacionais e internacionais que se mostrem pertinentes para o desenvolvimento da pesquisa. Mais adiante, almeja-se explanar a respeito da homologação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras pelo Brasil, que passou nos últimos anos por algumas alterações, entre elas, a competência do STJ e não mais do STF para apreciar o juízo de admissibilidade do pedido de homologação. Por fim, concatenando os pontos e argumentos abordados, pretende-se possibilitar uma percepção mais completa acerca da existência desta alternativa não-judicial de solução de controvérsias, que vem gradativamente se aprimorando e se difundindo tanto internacionalmente quanto internamente, verificando-se a relação do Brasil com o tema e sua afirmação como um método de grande importância para a resolução de litígios internacionais, principalmente no âmbito privado.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem internacional; Relações comerciais; Lei de Arbitragem; Sentença arbitral estrangeira; Homologação.

[1] Discente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus Jacarezinho/PR. Bolsista de Iniciação Científica pela Fundação Araucária. Email: lorenafernandes29@yahoo.com.br

RIASSUNTO: Inizialmente, abbiamo intenzione dicondurreuna mostrastoricadell'istituto diarbitrato, discutendo i loroelementi primordialie la loro regolamentazionenel dirittobrasiliano.Avendo superatoleconsiderazioni iniziali, permette una comprensione dellaevoluzionedel concetto diarbitratoa livello internazionale, così come il suostato incontemporaneità eil suo utilizzoperrisolvere le controversie trasoggetti di diritto internazionaleprivato. In questo senso, convergenti gli studi perl'arbitrato internazionale, sarà affrontatala rilevanza diquesta attività el'espansionedelle relazionicommerciali internazionali, mettendo in evidenzale ragioni per cuii soggetti deldiritto internazionalerivolgersi aquesto mezzo.In parallelo, ci proponiamo di fornireuna comprensione deipuntiessenziali dellaLegge sull'arbitrato(Legge9.307/96), la Convenzione Inter-americanasull'arbitrato Commerciale Internazionaleela Convenzione di NewYork, così come altri documenti legalinazionali ed internazionaliche sono rilevantiperlosviluppo della ricerca. Più tardi, si propone di spiegare circal'approvazione e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniereinBrasile, che hanegli ultimi annialcune modifiche, tra cuila competenza delSTJenon più del STFper apprezzareil giudizio diammissibilità diapprovazione. Infine, concatenando le questionisollevate, esso è destinato aconsentireuna percezione piùcompletadell'esistenza diquesta alternativa extragiudiziale perrisoluzione delle controversie, che è statogradualmente migliorandoe si diffondendosia a livello internazionaleoppureinterno, verificandoil rapportodiBrasile conil tema ela suaaffermazionecome un metododi grande importanza perla risoluzionedelle controversie internazionali, specialmentenel settore privato.

PAROLE-CHIAVE: Arbitratointernazionale; Relazioni commerciali; Legge sull’arbitrato; Sentenza arbitralestraniera;Approvazione.

INTRODUÇÃO

A globalização e a consequente intensificação da vida internacional, decorrente do grande desenvolvimento dos meios de comunicação e de transporte, tornou comum o intercâmbio social, civil e mercantil entre pessoas físicas e jurídicas com nacionalidades diversas e com domicílios em Estados diferentes, originando fatos que se caracterizam por contato com mais de um ordenamento jurídico. De forma a reger tais atos e proporcionar estabilidade nas relações jurídicas, os Estados foram paulatinamente passando a admitir a

vigência e eficácia em seu território de normas jurídicas emanadas de outros Estados soberanos, após sua expressa anuência.

Cada vez mais há a necessidade de implementação de instrumentos de pacificação internacional, através de modos alternativos para solução de controvérsias. Tal exigência decorre, antes de tudo, da falta de um tribunal que dirimisse todas as demandas internacionais. No Direito Internacional Privado, atualmente, a solução mais visada é a arbitragem, que se qualificará como internacional quando resolver litígios entre pessoas domiciliadas em países diferentes ou quando envolver elementos internacionais.

A arbitragem almeja ser um instrumento em consonância com o dinamismo da economia, tornando-se um dos procedimentos de maior aceitação no mundo das transações comerciais. O instituto está diretamente ligado ao direito que rege o comércio internacional e o direito internacional público e privado.

Para tanto, cumpre informar que a arbitragem internacional será considerada de direito público quando envolver Estados soberanos, em suas questões relacionadas, por exemplo, à política e territórios. De outra parte, a arbitragem internacional privada envolve o comércio internacional. Neste trabalho, objetiva-se aperfeiçoar o estudo desta vertente.

Nesse cenário, no intuito de abordar a arbitragem internacional concomitantemente com o direito interno, imprescindível se torna a abordagem da Lei 9.307/96, conhecida como Lei de Arbitragem, que introduziu sanáveis modificações no delineamento jurídico do instituto, lei esta que se inspirou na moderna regulamentação da arbitragem e levou em consideração diretrizes adotadas pela comunidade internacional.

Consoante se pretende demonstrar, a arbitragem é disciplinada por diversas convenções internacionais, como a Convenção de Nova Iorque, de 1958, e conta com o apoio de entidades que embasaram sua implementação e consolidação, como a Associação Americana de Arbitragem, a Câmara de Comercio Internacional e a própria ONU.

A homologação de sentença arbitral é uma consequência das transações comerciais e negociais internacionais, uma necessidade das grandes corporações econômicas com a finalidade de solucionar suas lides. No entanto, como é cediço, vigora em cada Estado um ordenamento jurídico que lhe é próprio, não podendo estar sujeito a convenções de alguns grupos que detém poder financeiro, já que a arbitragem em âmbito internacional está diretamente relacionada às grandes empresas.

A parte interessada deve pleitear a homologação da sentença arbitral para que seja reconhecida junto ao órgão judiciário competente do país destinatário da execução a obrigação. O processamento de homologação e execução de sentença estrangeira passou nos

últimos anos por algumas alterações, entre elas, a competência do STJ e não mais do STF para apreciar o juízo de admissibilidade do pedido de homologação da sentença estrangeira.

Indubitavelmente, a presente temática possibilita uma vasta explanação e apresenta-se como um assunto de visibilidade tanto interna quanto internacionalmente, ao se analisar a arbitragem de modo geral e seu aspecto internacional voltado para a solução de controvérsias oriundas das relações internacionais privadas, bem como ao abordar o modo como se dá a execução e homologação dos laudos arbitrais estrangeiros no direito brasileiro. Por seu turno, a sentença estrangeira por arbitramento é importante como uma nova forma de se obter a solução das controvérsias diante de um mundo cada vez mais globalizado e, com isso, avançar no desenvolvimento das relações comerciais e interpessoais internacionais.

A compreensão do processo evolutivo da arbitragem no plano externo e interno, da relevância deste instituto, assim como da posição e atitudes do Brasil diante das positivas modificações vivenciadas pelo Direito Internacional Privado, principalmente no tocante ao comércio internacional, se mostra imprescindível para que possamos estar atualizados e conscientes acerca das transformações ocorridas, por isso, neste trabalho, entre outros pontos, busca-se descrever a arbitragem, voltando-se para as relações privadas internacionais, destacando a história da arbitragem, seu procedimento, as leis e convenções que a disciplinam, a forma como as partes realizam a convenção arbitral, sua aplicação internacional, a sua homologação e execução e, ainda, as suas vantagens. Nas diversas fases da pesquisa serão empregados os métodos dedutivo e histórico, utilizando-se referenciais teóricos e adotando-se a pesquisa bibliográfica e legislativa.

Outrossim, procedendo-se à análise do presente tema, teremos maior noção da força da arbitragem internacional e da necessidade de difundir os conhecimentos adquiridos para que todos possam saber da sua existência e da segurança jurídica proporcionada por este meio não-judicial de solução de controvérsias no plano externo, que vem gradativamente se aprimorando e se difundindo tanto internacionalmente quanto internamente.

1. O INSTITUTO DA ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A arbitragem como jurisdição privada antecedeu a jurisdição estatal, sendo que a solução de controvérsias, por meio da arbitragem, aconteceu de diversas formas e esteve presente na sociedade humana desde os primórdios. O Brasil sempre regulamentou tal instituto, seja por meio de dispositivos da legislação doméstica, seja aderindo a documentos jurídicos internacionais sobre o tema.

A arbitragem pode ser definida como uma alternativa não-judiciária (ou extrajudicial) de solução de controvérsias, através da intervenção de um terceiro, mediante a assinatura de uma clausula compromissória ou compromisso arbitral, sendo que a decisão proferida tem eficácia de sentença. Mostra-se, assim, como um meio heterocompositivo, uma vez que através deste mecanismo privado de solução de litígios, o terceiro imparcial impõe a decisão que deverá ser cumprida pelas partes. Destaca-se que "é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor". (CARMONA, 2009, p. 31)

Pontua-se que,

> Sua finalidade principal é resolver de forma célere as controvérsias surgidas quanto à execução contratual, obedecendo à vontade das partes, seguindo regras internacionais uniformes, e usando o direito, ou a *Lex mercatoria*, ou a equidade, ou os usos e costumes como fonte de direito no julgamento. (MUNIZ, 2009, p. 87, grifo do autor)

No Brasil, este instituto encontrou um obstáculo caracterizado pela vigência de um estatuto legal antiquado, que não favorecia seu uso.Nas Ordenações Filipinas e Manuelinas a arbitragem já era prevista como uma forma de pacificação. A Constituição, em seu artigo 160, trazia expressamente a utilização do instituto. Por sua vez, o Código Comercial Brasileiro de 1850 previa a utilização obrigatória da arbitragem. Em 1996, com a promulgação da Lei 9.307,que almejava sua plena aceitação e expansão de seu uso, suscita-se junto ao Supremo Tribunal Federal dúvidas quanto à sua constitucionalidade, as quais só vieram a ser sanadas em 2001.Superados estes impasses, a arbitragem difundiu-se como meio eficaz de solução de controvérsias. Em 2002, o Brasil aderiu à Convenção de Nova Iorque de 1958, o que configurou o marco legal e convencional para a aceitação e utilização da arbitragem internacional.Vale destacar, ainda, que o Brasil assinou o Protocolo de Genebra, em 1923, foi um dos contratantes do Código de Bustamante e signatário, igualmente, da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1975. (MARTINS, 2005, p. 84-86)

O final do século XX, como é cediço, apresentou vários desafios à humanidade, divergências foram acirradas e a solução dos problemas que ameaçavam a estabilidade global demonstravam a necessidade de novos paradigmas na resolução de conflitos. Nesse contexto são fortalecidos os mecanismos da arbitragem, da mediação e da conciliação, tanto em âmbito

interno quanto em âmbito internacional.A arbitragem vem se consolidado e conquistando prestígio em varias países, em virtude de sua funcionalidade e maior celeridade.

A arbitragem pode ser *ad hoc* ou institucional, referindo-se ao órgão arbitral.A arbitragem *ad hoc* nasce da escolha livre das partes, manifestada por meio da convenção arbitral, quanto à forma de construção do juízo arbitral. Constatado o litígio, as partes instituem o juízo arbitral através da escolha de um árbitro, que, após prévia aceitação, deverá adotar o procedimento e o direito material escolhido pelas partes litigantes. Por seu turno,a arbitragem institucional é realizada por meio de órgãos internacionais de resolução extrajudicial de litígios, permitindo o acesso de pessoas de direito privado, nos litígios em geral, de natureza comercial. Desta feita, constata-se que o órgão arbitral é pré-constituído, podendo ser públicos ou privados, sendo muito utilizada atualmente.

Na arbitragem institucional, realizada por um órgão público, a controvérsia entre os litigantes decorre basicamente do exercício de negócios mercantis e a opção por esta forma de solução decorre do livremente estabelecido entre as partes. Salienta-se que os órgãos institucionais privados de arbitragem são desvinculados de qualquer poder estatal, operando a partir da vontade das partes, manifesta na convenção de arbitragem. Objetiva propiciar aos comerciantes a possibilidade de resolverem seus litígios decorrentes de contratos comerciais internacionais.

Relevante se faz expor os requisitos para a instituição da arbitragem, utilizando-se a lição do ilustre doutrinador Carlos Alberto Carmona (2009, p. 36-38). Somente poderão fazer uso do procedimento arbitral pessoas capazes de contratar, condição *sinequa non* para a utilização da arbitragem, podendo, assim, determinar a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral para se valerem da arbitragem na solução de seus conflitos.

Os requisitos essenciais para se instituir um procedimento arbitral e fazer uso da arbitragem estão na Lei de Arbitragem, especificamente no art. 1º que estabelece o seguinte: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.A arbitragem é sempre voluntária, por decorrer da autonomia da vontade dos contratantes e jamais pode ser obrigatória. Outro requisito para a utilização da arbitragem é a necessidade de que o litígio diga respeito a direito patrimonial disponível.

Entre as vantagens da arbitragem, pode-se citar a prevalência da autonomia da vontade das partes; celeridade, em razão de ser menos burocrática; especialização dos árbitros nas questões que lhes são submetidas, tendo em vista quea escolha do árbitro pelas partes proporciona maior segurança quanto ao resultado do litígio, além de permitir resultados mais

eqüitativos; menor custo; manutenção do sigilo; permite às partes escolher o direito material aplicável ao caso, com oportunidade de controlar o método e adaptá-loas suas necessidades, mesmo antes do conflito surgir; melhor estruturação e eficácia, pois as partes se satisfazem com o resultado e desencadeia um alto índice de cumprimento espontâneo da decisão proferida.

Não obstante, algumas desvantagens se verificam, entretanto, as vantagens do instituto em questão se sobressaem. A título de esclarecimento, abaixo serão apontadas desvantagens vistas pela doutrina:

> A decisão arbitral se dá em única instância, não cabendo recurso, quanto ao mérito, ao Poder Judiciário. Os árbitros podem ser bons especialistas nas práticas que estiverem analisando, mas, todavia, sem um bom conhecimento jurídico. Suas decisões, apesar de a nova Lei de Arbitragem dispor que não serão reformadas, no mérito, pelo Poder Judiciário, se não atenderem, quanto aos aspectos formais, as exigências da própria lei, poderão ser declaradas nulas. [...] A sentença arbitral faz título executivo, o que significa que se a parte vencida não se submeter à decisão dos árbitros (quando condenatória), a parte vencedora terá de ingressar no Poder Judiciário para executar a decisão. Neste caso, embora não deva ser mais discutido o mérito da questão levada à arbitragem – salvo se a decisão arbitral for nula – a execução judicial será submetida aos procedimentos judiciais ordinários, com direito a recursos, medidas protelatórias, etc. (AMARAL, 2004, p. 339)

Por meio destas considerações iniciais evidencia-se quea arbitragem é um instituto inegavelmente democrático e legítimo, cuja tendência é se aprimorar e se difundir exponencialmente, seja nacionalmente ou internacionalmente, visto que, em ambas as situações, suas vantagens e utilidade são expressivas.

1.1 A Lei 9.307/96 – Lei de Arbitragem

Introduziu modificações no delineamento jurídico do instituto, como anteriormente previsto no Código Civil e no Código de Processo Civil. Representa uma das mais importantes medidas legais adotadas nos últimos anos, de grande importância para o aprimoramento dos negócios internacionais, visto que os países desenvolvidos adotam a arbitragem há tempos, bem como é de interesse do Pode Público, que verá diminuir o acúmulo de ações nos tribunais.

Graças à Lei 9.307/96 a arbitragem ganhou novos contornos em nosso ordenamento jurídico. Passou a ter relevância e seriedade a opção das partes pela jurisdição privada através da convenção de arbitragem, em razão de sua obrigatoriedade.Além desses avanços, a Lei de Arbitragem trouxe a garantia do reconhecimento e da execução das sentenças arbitrais nacionais e estrangeiras no Brasil, inovação que colocou o país no contexto do mundo globalizado.

Ratifica-se, assim, que,

> Com o advento da Lei nº 9.307/96, o Brasil avançou e se aproximou em definitivo de países mais desenvolvidos com a adoção da arbitragem para solução dos conflitos, com os mesmos efeitos da decisão judicial e as vantagens da rapidez, informalidade, confidencialidade, especialidade, irrecorribilidade e garantia da execução da decisão pelo Estado representado pelo Poder Judiciário. (OLIVARE, 2011, online)

Cumpre destacar que, atentando para os dispositivos da Lei de Arbitragem, diferentemente da sentença arbitral estrangeira, a sentença proferida pelo árbitro não estará sujeita à homologação pelo Poder Judiciário:

> Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.
> [...]
> Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Ressalva-se que se não houver cumprimento espontâneo da decisão arbitral, a parte interessada deverá ingressar no Judiciário a fim de executar a decisão, uma vez que tanto a Lei 9.307/96 quanto o Código de Processo Civil asseguram à sentença arbitral natureza jurídica de título executivo judicial, ou seja, emprestam à parte vencedora a força coercitiva do Estado em caso de descumprimento da decisão.

Outra hipótese autorizada pela lei é o fato da parte que eventualmente sentir-se lesada poder entrar com recurso no Poder Judiciário, pleiteando a decretação de nulidade da decisão arbitral. A demanda seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da

sentença arbitral ou de seu aditamento. Poderá também o vencido reagir à execução injusta calcada em sentença arbitral, vez que, proposta ação de execução, o executado tem a oportunidade de opor-se por meio de embargos do devedor, embasando-se nos arts. 475-L e 475-M, ambos do CPC e art. 33, §3º da Lei 9307/96. Tais hipóteses encontram fundamento no art. 5º, XXXV da CF, que versa que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O fato de a lei prever e disciplinar o juízo arbitral, não exclui a lesão ao direito de ser apreciada no Poder Judiciário, o que ocorre é que a lei apenas oferece às pessoas mais um meio facultativo de resolverem suas relações.

Com a Lei, a decisão arbitral passou a ter força de sentença judicial e caráter irrecorrível, contudo, há a ressalva do art. 32:

> É nula a sentença arbitral se:
> I - for nulo o compromisso;
> II - emanou de quem não podia ser árbitro;
> III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
> IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
> V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
> VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
> VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
> VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Mencionada lei tem como escopo a mudança de atitude dos brasileiros na maneira como resolvem seus litígios, pois estimula os indivíduos a não ficarem restritos à órbita do Judiciário estatal, extremamente saturado de processos, moroso e nem sempre eficaz. Apresenta a regulação de uma alternativa extrajudicial para as partes solucionarem seus conflitos, galgando-a a um patamar de reconhecida credibilidade e segurança jurídica.

1.2 Convenção de arbitragem

Convenção de arbitragem éa cláusula que inserta em um contrato irá determinar que futuros litígios havidos no decorrer do contrato serão solucionados pelo instituto da arbitragem. Tal cláusula é fundamental para fazer valer a autonomia da vontade das partes, visando afastar a jurisdição estatal sobre as controvérsias advindas do contrato.

Em virtude desta autonomia, permite-se às partes optar pela utilização da arbitragem, escolher o árbitro, determinar o procedimento, bem como escolher o direito material aplicável. Todos estes atos ocorrem através da convenção de arbitragem.

Procedendo-se à análise do artigo 3º da lei 9307/96, percebe-se que a convenção de arbitragem é o gênero, a qual compreende a cláusula compromissória e o compromisso arbitral: "As partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral".

A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato, devendo ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. Assim, em razão do contrato que contenha a cláusula compromissória, surgem duas obrigações, isto é, a obrigação de não fazer, que implica em não ingressar com ação perante o Poder Judiciário e consequentemente, surge a obrigação de fazer, que consiste em levar os conflitos à solução arbitral.

Dessa forma, a cláusula compromissória éanterior ao conflito e tem poder vinculante, consiste na promessa de instituir o juízo arbitral por ocasião de um eventual conflito que possa surgir de uma determinada relação jurídica contratual. Caracteriza-se como medida preventiva dos interessados, com a intenção de assegurar e garantir as partes de um eventual desentendimento futuro.

"Além do princípio da autonomia da vontade predomina com relação à cláusula compromissória o princípio do *pacta sunt servanda*, de modo que, sendo as partes livres para acordarem o que quiserem, o que for contratado deverá ser cumprido", conforme salienta Olivare (2011, online).

Estabelece o artigo 8º da Lei de Arbitragem que "a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória".

Consoante os termos do parágrafo único do supracitado art. 8º da Lei de Arbitragem, o árbitro é o competente para decidir acerca de qualquer controvérsia relacionada à convenção de arbitragem ou do contrato que contenha a cláusula compromissória, de ofício ou mediante provocação pelas partes.

Como visto, na cláusula compromissória as partes submetem ao julgamento do árbitro conflitos futuros. Por sua vez, no compromisso arbitral, as partes submetem ao julgamento do árbitro um conflito atual, ou seja, após surgir o conflito as partes estipulam a

renúncia à jurisdição estatal e atribuem a um árbitro a solução da controvérsia entre eles existente. Dispõe a Lei de Arbitragem:

> Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

O compromisso arbitral é um contrato em que as partes se obrigam a remeter a controvérsia surgida entre elas no julgamento de árbitros. Pressupões, portanto, contrato perfeito e acabado, sem que as partes tenha previsto o modo pelo qual solucionarão as discórdias futuras. O compromisso é, portanto, específico para a solução de certa pendência, mediante árbitros regularmente escolhidos.

O compromisso arbitral pode se dar tanto judicialmente, quanto extrajudicialmente, como se extrai do disposto no art. 9º da Lei 9307/96:

> Art. 9ºO compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.
> § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.
> § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Cumpre explicar que,

> Antes de entrar em vigor a Lei nº 9.307/96 somente o compromisso arbitral era capaz de instituir a arbitragem, tendo a cláusula compromissória um caráter de pré-contrato e significado de mera intenção de firmar o compromisso arbitral, não servindo a cláusula compromissória para afastar a competência do juiz Estatal.
> Com o advento da Lei de Arbitragem de 1996, o legislador atribuiu ao compromisso arbitral e à cláusula compromissória os mesmos efeitos, ou seja, ambos tem o condão de afastar a jurisdição estatal e de instituir a arbitragem. (OLIVARE, 2011, online)

Dessa forma, como acordo de vontades a convenção de arbitragem obriga as partes a submeterem seus conflitos atuais ou futuros ao juízo arbitral, bem como retira a jurisdição do juiz estatal para conhecer de determinado litígio, dando margem à instauração da arbitragem.

Destaca-se que,

> Para minimizar os riscos de a arbitragem ser questionada no Poder Judiciário, deve ser cuidadosamente redigida a cláusula compromissória da arbitragem em contratos, bem como o respectivo compromisso arbitral, destacando, para que fique inequivocamente configurada a plena autonomia da vontade das partes, o fato de as mesmas, de comum acordo e voluntariamente, estarem se submetendo à arbitragem, abrindo mão de recorrer ao Poder Judiciário. Pode ser estipulada uma multa para a parte que violar os termos do compromisso arbitral. (AMARAL, 2004, p. 339-340)

O art. 41 da Lei de Arbitragem tratou de ajustar o Código de Processo Civil aos novos preceitos por ela introduzidos, visando evitar contradições entre os diplomas legais. A seguir serão abordadas as alterações mais significativas e que suscitam maiores dúvidas.

A existência de convenção de arbitragem impede que o juiz estatal examine o mérito de um determinado conflito que deverá ser submetido à arbitragem. Desta feita, o juiz de direito ao receber uma eventual demanda em que haja uma convenção de arbitragem deverá extinguir o processo sem resolução de mérito, nos termos do que determina o artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil:“Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...)VII – Pela convenção de arbitragem”.Logo, diante do fato de que tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula compromissória são aptas a instituir o juízo arbitral, o artigo em questão sofreu alteração no sentido de substituir a expressão “compromisso arbitral” por “convenção de arbitragem”.

Atenta-se também para a problemática de saber se o juiz togado poderá ou não conhecer de ofício a existência da convenção de arbitragem. Para tanto, devemos nos remeter à modificação introduzida no art. 301 do Código de Processo Civil. Quando o legislador, por meio da Lei 9307/96, alterou tal dispositivo, somente o fez em relação ao inciso IX, arrolando entre as preliminares de contestação não só o compromisso arbitral, como também a cláusula compromissória, passando a redação do art. 301, IX do CPC a ser composta da expressão “convenção de arbitragem”.

Contudo, não houve alteração do §4º do artigo 301 do CPC, assim nos deparamos com a seguinte situação: tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral

poderão ser alegados pelo réu como preliminares da contestação, no entanto, o magistrado só poderá conhecer de ofício a existência de cláusula compromissória, ficando o compromisso arbitral no âmbito da exceção processual. Com isso, "o réu tem o ônus de alegar em preliminar de contestação a existência do compromisso arbitral sob pena de, não o fazendo, concordar tacitamente com sua revogação" (CARMONA, 2009, p. 486). Quanto a cláusula compromissória, verificando o juiz a sua existência, não estará ele obrigado a esperar arguição do réu sobre tal impedimento, podendo, desde logo, extinguir o processo sem resolução de mérito.

Feitas tais considerações, conclui-se pertinenteque o legislador proceda à alteração da redação do art. 301, §4º, do Código de Processo Civil, a fim de substituir o termo "compromisso arbitral" por "convenção de arbitragem" permitindo-se ao juiz estatal o conhecimento de ofício de todas as matérias enumeradas no referido artigo, desde que já esteja instituído o juízo arbitral antes do prazo para defesa do réu no processo judicial, objetivando-se evitar julgamentos conflitantes.

2. ARBITRAGEM INTERNACIONAL COMO SOLUÇÃO DOS CONFLITOS INTERNACIONAIS PRIVADOS

Dentre os mecanismos alternativos de solução de controvérsias o de maior eficácia e aceitação é a arbitragem, cada vez mais utilizado e difundido pela comunidade internacional comercial, que possui várias razões para recorrer à arbitragem, entre elas a necessidade de esquivar-se de justiças estatais inaptas e morosas, a possibilidade de realizar a arbitragem em um país neutro, a liberdade de optar por quem irá decidir a causa, resolver o conflito com base nas regras de comércio internacional, equidade ou costumes e manter o conhecimento do litígio restrito às partes e ao árbitro.

É considerada uma atividade em expansão diante de uma economia globalizada, que se transformou em uma jurisdição comum nas relações econômicas internacionais. Ademais, como fator de fomento da arbitragem internacional, se tem o progressivo reconhecimento das sentenças arbitrais pelos Estados.

É de grande importância reconhecer que o Brasil é um país que está cada vez mais envolvido na estrutura de um comércio internacional, não podendo, portanto se colocar em uma posição de isolamento nem dificultar a entrada dos empresários no contexto dos acordos internacionais. O instituto da arbitragem pode ser o caminho que possibilitará ao Brasil uma melhor preparação para as exigências e desafios da globalização, principalmente no que se refere ao dinamismo das atividades comerciais.

A arbitragem encontrou rápido desenvolvimento na área do comércio e transações privadas internacionais no decorrer do século XX, como consequência do crescimento vertiginoso do comércio e da necessidade de decisões mais céleres, prolatadas por pessoas especializadas e com possibilidade de resguardar sigilo absoluto e neutralidade, bem como pela simplificação dos procedimentos de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras em virtude da assinatura de diversos tratados multilaterais.

Salienta-se que a arbitragem internacional tem como sua premissa maior o fato de que:

> [...] ela deve ser considerada como tal, quando as partes tiverem seu estabelecimento em Estados diferentes. Ou um dos lugares estiver fora do Estado em que as partes tenham seu estabelecimento, a saber: se for o lugar da arbitragem, tal como fixado na Convenção de Arbitragem ou determinável por esta, ou qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial, ou o lugar com o qual o objeto do litígio se ache mais estritamente conexo, ou ainda, quando as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da Convenção de Arbitragem tem conexões com mais de um país. (CACHAPUZ, 2009, p. 332-333)

A arbitragem se qualificará como internacional quando resolver litígios entre pessoas domiciliadas em países diferentes ou quando envolver elementos internacionais.Cumpre informar que a arbitragem internacional será considerada de direito público quando envolver Estados soberanos, em suas questões relacionadas, por exemplo, à política e territórios. De outra parte, a arbitragem internacional privada envolve o comércio internacional. Almeja-se aperfeiçoar o estudo desta vertente.

Neste sentido, no âmbito do Direito Internacional Privado, o uso da arbitragem para dirimir conflitos é exponencialmente significativo na área comercial. Entende-se ser "aplicável para a solução de controvérsias relativas a contratos comerciais internacionais entre particulares, ou ainda, de litígios que tenham um elemento objetivo, que diga respeito a sistema jurídico estrangeiro, ainda que as partes sejam nacionais de um mesmo Estado" (MIARA, p. 3, online).

O início do procedimento arbitral ocorre após caracterizada a investidura regular do árbitro e a apresentação a este dos poderes que lhes foram conferidos para solucionar o conflito. Instala-se, assim, o juízo arbitral na sede escolhida pelas partes ou no local do órgão institucional de arbitragem.Dentro do princípio da autonomia da vontade, os envolvidos podem livremente estabelecer regras, desde que respeitem a legislação do Estado sede do

tribunal arbitral, bem como os princípios fundamentais em matéria processual. Também compete às partes estabelecer qual o direito material que deverá ser observado pelo árbitro para proferir sua decisão.

O tribunal arbitral necessita levar em consideração os direitos dos países em que as partes pretendem executar o laudo, caso não seja cumprido voluntariamente, bem como o respeito à ordem pública internacional, pois é fundamental que a decisão arbitral seja exequível.

> A nosso ver, entretanto, se se admite a existência de uma ordem pública internacional, suficientemente balizada por princípios indisputáveis e reconhecidos como válidos e obrigatórios em razão de seu acolhimento por via de tratados, de que sejam partes os Estados a que pertençam as partes desavindas, não estão os árbitros autorizados a aplicar disposições que venham a infringir essa ordem.(GUERREIRO, 1993, p. 69)

Caso as partes não estipulem o direito material aplicável, a escolha caberá ao tribunal arbitral. Relevante também a consideração das convenções internacionais vigentes nos Estados envolvidos que uniformizem o direito internacional privado ou o direito material.Ponto substancial é analisar a possibilidade de utilização da *lex mercatoria* e do direito internacional público, lembrando que tais normas só poderão ser aplicadas mediante expressa autorização das partes. Após a determinação do direito a ser observado, o tribunal poderá proceder à decisão de mérito da lide.

Quando se fala em conflitos comerciais internacionais, constata-se que a solução substancial das controvérsias ocorre por meio da arbitragem, o que pode ser explicado pela liberdade em eleger um local neutro para a discussão das questões submetidas ao procedimento arbitral, como também pela própria natureza e história da *lex mercatoria*.

A *lex mercatoria* refere-se a um complexo de determinações desenvolvido pelos comerciantes da Europa medieval, no qual os próprios mercadores criavam princípios e regras para regular suas transações. Indubitavelmente, o direito comercial internacional moderno deve alguns de seus princípios fundamentais à*lex mercatoria* desenvolvida na Idade Média, como a escolha de instituições e procedimentos arbitrais, de árbitros e da lei aplicável.

> A nova *lex mercatoria* seria um complexo de usos e costumes que não se sobrepõem ao direito nacional, um corpo autônomo de direito formado graças à autonomia da vontade, a partir da reiterada aplicação nas operações de comércio e de arbitragem

> internacional [...]. A*lex mercatoria* não emerge da vontade das autoridades estatais, mas, sim, do seu reconhecimento comum pela comunidade dos negócios, sendo diferente do direito encontrado nas leis nacionais, por ser parte do direito vivo que decorre da criatividade dos operadores do comércio. (VIDIGAL, 2010, online, grifo do autor)

Explica o mencionado autor que a arbitragem internacional é o principal meio de afirmação das normas da *lex mercatoria*, principalmente pelo fato de ser a opção preferida dos comerciantes no tocante a procedimentos de solução de controvérsias. Concomitantemente, o reconhecimento formal da arbitragem pelos ordenamentos jurídicos nacionais se apresenta como modo eficiente de incorporação de regras da *lex mercatoria* pelos ordenamentos estatais.

Grande vantagem da arbitragem internacional é o fato de poder ser desempenhada em um país neutro, sem eventuais preconceitos eventualmente encontrados em cortes locais. Permite que os árbitros apliquem a lei ou a fonte jurídica escolhida pelas partes de maneira mais isenta. “O reflexo é o cumprimento espontâneo das decisões [...], principalmente porque o não-cumprimento de um laudo arbitral pode arruinar a credibilidade junto aos pares e parceiros em negócio internacionais”. (CACHAPUZ, 2009, p. 338)

A maior credibilidade da arbitragem sob o ponto de vista dos interessados é fundamental para o comércio internacional, e, portanto, se perfaz como meio usual de resolução de controvérsias nesta área, até por envolver riscos menores à própria atividade econômica.

A experiência estrangeira tem demonstrado que cada vez mais se buscam métodos alternativos de solução de controvérsias, justamente pelas inúmeras vantagens que apresentam. Assim, diversas entidades atuam para a sua implementação e existem inúmeros documentos jurídicos de alcance internacional versando sobre arbitragem.

2.1 Órgãos e documentos internacionais fomentadores da arbitragem

Com a globalização das transações comerciais, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, na qual potencializava-se o uso da arbitragem, houve a necessidade de desenvolver procedimentos padronizados para facilitar as interações comerciais. Destarte, um marco importante foi a Convenção de Genebra, de 1922 e a Convenção de Nova Iorque, de 1958 (ratificada pelo Brasil em 2002), que dispõe:

> Artigo I - 1. A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.
> 2. Entender-se-á por "sentenças arbitrais" não só as sentenças proferidas por árbitros nomeados para cada caso mas também aquelas emitidas por órgãos arbitrais permanentes aos quais as partes se submetam.

A adesão do Brasil à Convenção de Nova Iorque demonstra sua preocupação em se inserir no cenário internacional de solução de litígios por meio da arbitragem, compondo o rol de países desenvolvidos em arbitragem, inspirando-se a Lei de Arbitragem brasileira na mencionada Convenção. Neste sentido,

> [...] é preciso ressaltar que a internalização da Convenção de Nova York no sistema brasileiro representou um avanço extremamente significativo, visto que se trata do mais bem sucedido instrumento internacional que regula a solução de conflitos através da arbitragem. Tal avanço configura-se muito importante, pois se sabe que uma das condições fundamentais para o crescimento do comércio exterior no país e o aumento de laços comerciais com empresas internacionais é uma adequação significativa da legislação brasileira às necessidades da rápida resolução das controvérsias advindas de negócios internacionais. (MIARA, p. 11-12, online)

A UNCITRAL (United NationsCommissiononInternational Trade Law), importante comissão da ONU, foi instituída em 1966, com o intuito de amenizar as disparidades entre os diferentes direitos nacionais que regulam o comércio internacional, e em 1985 elaborou através de juristas de diversos países a Resolução nº 40/72 que foi concebida como a Lei Uniforme para a Arbitragem Comercial Internacional, mantida atualizada pela Associação Americana de Arbitragem (EUA) e pela Câmara de Comercio Internacional (França), representa a principal fonte de elaboração da legislação arbitral em cada país, bem como disciplina os procedimentos arbitrais internacionais.

A Associação Americana de Arbitragem expandiu de forma relevante a arbitragem nos Estados Unidos, sendo uma instituição privada que conta com grande número de árbitros,

predominando casos laborais, de responsabilidade civil e disputas em questões internacionais de natureza comercial.

A Câmara de Comércio Internacional, sediada em Paris e criada em 1919, incorporou a Corte Internacional de Arbitragem, em 1923. Sua principal missão é promover o comércio e os investimentos internacionais, auxiliar empresas a vencerem desafios e aproveitar as oportunidades decorrentes da globalização, dentro do princípio de que o comércio é um poderoso instrumento para a prosperidade das nações.

Por sua vez, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Internacional, de 1975, também conhecida como Convenção do Panamá, foi promulgada pelo governo brasileiro em 1996 (decreto nº 1.902). Pontuam-se, aqui, alguns de seus preceitos:

> ARTIGO 1 - É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil.
> ARTIGO 2 - A nomeação dos árbitros será feita na forma em que convierem as partes. Sua designação poderá se delegada a um terceiro, seja esta pessoa física ou jurídica.
> ARTIGO 3 - Na falta de acordo expresso entre as Partes, a arbitragem será efetuada de acordo com as normas de procedimento da Comissão Internacional de arbitragem Comercial.
> ARTIGO 4 - As sentenças ou laudos arbitrais não impugnáveis segundo a lei ou as normas processuais aplicáveis terão força de sentença judicial definitiva. Sua execução ou reconhecimento poderá ser exigido da mesma maneira que a das sentenças proferidas por tribunais ordinários nacionais ou estrangeiros, segundo as leis processuais do pais onde forem executadas e o que for estabelecido a tal respeito por tratados internacionais.

Algumas críticas são feitas às Convenções do Panamá e de Nova Iorque, como o fato da Convenção do Panamá ter sido omissa aonão dispor sobre a autonomia da cláusula compromissória, ficando as partes pactuantes da arbitragem sob a égide da legislação interna de cada país onde será estabelecida a arbitragem e a Convenção de Nova Iorque, assim como a Convenção de Genebra, atribuir à convenção de arbitragem um efeito negativo no sentido de neutralizar a jurisdição do Estado, isto é, uma vez existindo a cláusula compromissória, a

jurisdição estatal fica impedida de resolver o litígio.Contudo, é irrefragável a prevalência dos avanços e pontos positivos presentes nestes documentos.

No âmbito do Mercosul alguns documentos jurídicos foram criados para a solução de controvérsias, havendo o seguinte panorama:

> Em linha de princípio, o documento designado por Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias, de 17 de dezembro de 1991, deixa os litígios sob a égide dos tribunais, ou, eventualmente, de juízos arbitrais, por árbitros e segundo os procedimentos adotados pelas partes. Não houve a instituição de um órgão supranacional para fins de arbitragem entre partes sediadas em diferentes jurisdições no Mercosul. [...] O Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, de 27 de junho de 1992, conhecido como Protocolo de LasLeñas, estabelece em seu Capítulo V que as sentenças e laudos arbitrais originários de países do Mercosul, terão o trâmite de homologação simplificado por intermédio de Carta Rogatória e da Autoridade Central. Ademias, o Brasil firmou um Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional no Mercosul, em 24 de julho de 1998, que foi incorporado à legislação brasileira pelo Decreto nº 4.719 de 4 de junho de 2003. (AMARAL, 2004, p. 335)

A aplicação da arbitragem no âmbito da OMC (Organização Mundial do Comércio) também merece destaque. Como explicaGlitz (2002, online),

> Seu sistema de solução de controvérsias inicia-se com as consultas prévias, passando-se então ao estabelecimento de um painel arbitral (através de notificação ao Órgão de Solução de Controvérsias). Da decisão arbitral cabe recurso ao Órgão de Apelação. Caso não haja espontâneo cumprimento da decisão arbitral, possibilita-se a adoção de medidas compensatórias em relação à parte vencida. Este último mecanismo garante a efetividade das decisões arbitrais.

No Brasil, poucos órgãos arbitrais surgiram, destacando-se três. O Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, com sede em São Paulo, é composto por um corpo diretivo e por um corpo de árbitros, tendo seu regulamento adaptado à Lei de Arbitragem. Em Belo Horizonte, está situada a Comissão de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio do Brasil, fundada em outubro de 1985. O seu regulamento

disciplina a conciliação e a arbitragem, sendo filiada à Câmara de Comércio Internacional de Paris. Por último, temos o Centro Brasileiro de Arbitragem, fundado em 1967 pela Associação Comercial do Rio de Janeiro, "trata-se de sociedade civil sem fins lucrativos e que funciona como a seção nacional da Conferência Interamericana de Arbitragem Comercial" (CARMONA, 2009, p. 132).

A Corte Permanente de Arbitragem é uma organização internacional com sede em Haia, nos Países Baixos. Em 1899, na Primeira Conferência da Paz, a Corte foi instituída, o que a torna a mais antiga instituição global de resolução de litígios internacionais. Trata-se de uma instituição permanentemente disponível para ajudar tribunais arbitrais ou comissões temporárias, sendo vista como uma organização administrativa, mais do que uma Corte no sentido estrito da palavra. Segundo assevera Mazzuoli (2011, p. 1059), a Corte foi criada "com a finalidade de facilitar o recurso imediato à arbitragem de contendas internacionais".

> A criação da CPA, até hoje sediada no Palácio da Paz, na Haia, representou o primeiro esforço de institucionalização da solução de controvérsias por meios pacíficos. A CPA pode arbitrar e promover conciliações entre Estados e entre Estados e outras Partes, inclusive organizações intergovernamentais. Cada Estado Parte pode indicar até quatro especialistas em Direito Internacional como membros da CPA, compondo os Grupos Nacionais. Além de realizar arbitragens, estes especialistas podem participar dos processos de escolha de candidatos ao cargo de juiz na Corte Internacional de Justiça e de indicação de candidaturas ao Prêmio Nobel da Paz. (Organismos Internacionais, online)

A Corte Permanente de Arbitragem funciona com base nas regras estabelecidas pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. A Corte ocupa um lugar singular e de elevada credibilidade dentro do Direito Internacional Público e Privado, pois está "a serviço do ser humano, dos povos e do governo" (MUNIZ, 2009, p. 94). Embora a Corte atualmente encontre-se em desuso, sua criação serviu de modelo para as Cortes e Tribunais Arbitrais hoje existentes e atuantes na esfera internacional, comopor exemploa Corte Internacional de Justiça.

3. HOMOLOGAÇÃO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS NO BRASIL

Chega-se à solução do conflito por meio da sentença arbitral, onde o árbitro profere sua decisão, de acordo com o direito material escolhido pelas partes. Esta sentença de jurisdição privada, embora não sofra a influência estatal, possui a mesma força da sentença judicial.

Espera-se que a que a sentença arbitral seja espontaneamente cumprida, tendo em vista a presumida disposição e bom relacionamento dos litigantes e o princípio da boa-fé objetiva, sem que haja necessidade da intervenção judiciária. Contudo, quando não cumprida voluntariamente, a decisão arbitral poderá ser executada. Alguns ordenamentos jurídicos exigem a necessidade de homologação pelo Estado onde a decisão será invocada, para possibilitar a sua execução.

Dessa forma, os tribunais arbitrais, embora possam impor obrigações às partes, não apresentam poder de coação. Por conseguinte, as legislações sobre arbitragem têm conferido força executiva à decisão arbitral, permitindo que a parte interessada requeira ao Poder Judiciário o efetivo cumprimento da obrigação dela constante.No entanto, diferentemente das sentenças arbitrais nacionais, as decisões estrangeiras sempre necessitaram passar por um procedimento prévio de admissibilidade, para então serem executadas.

No Brasil, esta homologação é feita pelo Superior Tribunal de Justiça. Consequentemente, as decisões arbitrais internacionais são reconhecidas e podem ser executadas no Brasil. O reconhecimento visa atribuir à decisão arbitral valor equivalente ao de uma sentença estatal, por outro lado, a execução objetiva o adimplemento da decisão.

A homologação é destinada a reconhecer a sentença proveniente de Estado estrangeiro, permitindo que tenha eficácia em território brasileiro, encontrando embasamento no art. 483 do CPC. Ao homologar a sentença arbitral estrangeira, não se pode proceder à revisão do mérito da questão, deve-se respeitar a decisão proveniente do exterior, limitando-se a verificar seus aspectos formais, sua adequação á ordem pública e aos bons costumes do nosso aparato jurídico.

O art. 34, parágrafo único, da Lei 9307/96 determina o que se entende por sentença arbitral estrangeira: “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

Por ser estrangeira, para ser executada no território nacional deverá ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante a alteração conferida pela EC 45/2004 ao art. 105 da Constituição Federal: “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: [...]i) a homologação de sentenças estrangeiras e a

concessão de *exequatur* às cartas rogatórias". Anteriormente, tal competência era do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, há a possibilidade de homologação pelo STJ sem que seja necessária a prévia homologação no Estado de origem. Sintetizando, "inicialmente a sentença estrangeira é 'nacionalizada' pelo STJ e, depois, se não for cumprida, poderá ser executada no território nacional como qualquer sentença arbitral proferida no Brasil". (SCAVONE JUNIOR, 2010, p. 200)

A fim de fundamentar referida situação, a Convenção de Nova Iorque estabelece:

> Art. III. Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.

A homologação deve ser requerida pela parte interessada, obedecidos os requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil, instruindo a petição com os documentos necessários elencados no art. 37 da Lei de Arbitragem, requerendo ao Presidente do STJ a homologação da sentença arbitral. O valor da causa deve ser atribuído em conformidade com as regras dos arts. 258 a 260 do CPC. Ao ingressar no STJ, determina-se a citação do demandado para, querendo, contestar em 15 dias. Havendo contestação, o processo será distribuído pela Corte Especial e caberá ao relator proceder aos atos relativos ao andamento e instrução processuais. Na ausência de contestação, a homologação será feita pelo Presidente, cabendo recurso de agravo regimental da sua decisão. (SCAVONE JUNIOR, 2010, p. 202-204)

Ressalta-se que a defesa do demandado somente poderá versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos da Resolução 9/2005 do STJ, que regula a homologação por este egrégio tribunal. Dispõe referida Resolução:

> Art. 3º A homologação de sentença estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicaçõesconstantes da lei processual, e ser instruída com a certidão oucópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira e comoutros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos eautenticados.Art. 4º

> A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou por seuPresidente.
> [...]
> Art. 5º Constituem requisitos indispensáveis à homologação desentença estrangeira:
> I - haver sido proferida por autoridade competente;
> II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificadoa revelia;
> III - ter transitado em julgado; e
> IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada detradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.
> Art. 6º Não será homologada sentença estrangeira ou concedidoexequatur a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordempública.

A Lei de Arbitragem determina os casos em que a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira poderá ser negada, são eles:

> Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ouem virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Logo, a homologação de sentença arbitral estrangeira pode ser negada se o réu demonstrar a ausência dos requisitos formais exigidos na Resolução 9/2005 do STJ e do art. 37 da Lei de Arbitragem ou se existir algumas das hipóteses impeditivas presentes nos arts. 38

e 39 da Lei de Arbitragem. Nota-se que o controle judicial da homologação deverá ficar adstrito aos aspectos formais, não podendo se discutir o mérito da relação de direito material que constitui o objeto da sentença homologanda, isto é, verifica-se se estão presentes os elementos imprescindíveis para a concessão da homologação.

Depois de homologada, a sentença arbitral estrangeira tem força de título executivo judicial, conforme dicção do art. 475-N, IV e VI, do CPC e sua execução será feita por carta de sentença, obedecendo as regras de execução da sentença nacional de mesma natureza. O processamento da execução será de competência, em primeiro grau de jurisdição, dos juízes federais, segundo se extrai do art. 109, X, da Constituição Federal.

Por fim, faz-se mister pontuar a existência na doutrina de discussão a respeito da necessidade de homologação da sentença arbitral estrangeira após o Brasil ter aderido à Convenção de Nova Iorque. O artigo I desta Convenção estabelece que:

> 1. A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução.

Para os defensores da desnecessária homologação da sentença arbitral pelo Brasil prevalece o argumento de que, ao ratificar a Convenção de Nova Iorque, aboliu-se a necessidade do STJ realizar a homologação, tendo em vista que o art. III da mencionada Convenção impede que a decisão arbitral estrangeira sofra condições substancialmente mais onerosas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.

Não obstante, observando o art. I da Convenção de Nova Iorque e o fato dela estabelecer que as decisões estrangeiras devem passar por um prévio juízo de admissibilidade no país onde serão executados, de acordo com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, entendemos ser imprescindível a homologação, uma vez que sendo a homologação uma regra procedimental, sua necessidade e o seu reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça não pode ser considerado uma maior onerosidade, mas sim uma necessidade prevista em outros dispositivos do ordenamento jurídico interno e externo, apta a

representar maior segurança jurídica á sociedade e às partes interessadas, adotando o Brasil procedimentos seguidos e consagrados pela comunidade internacional.

CONCLUSÃO

O Direito Internacional acompanhou as mudanças ocorridas no mundo e na mentalidade dos indivíduos. Com isso, este é um assunto que tende potencialmente a ganhar ainda mais visibilidade e relevância diante de um mundo no qual tanto os Estados quanto os particulares vem estreitando suas relações, verificando-se as inúmeras vantagens da arbitragem e sua afirmação como um método de grande importância para a resolução de conflitos internacionais privados.

Verificou-se que a arbitragem como jurisdição privada antecedeu a jurisdição estatal, sendo que a solução de controvérsias, por meio da arbitragem, aconteceu de diversas formas e esteve presente na sociedade humana desde os primórdios. O Brasil sempre regulamentou tal instituto, seja por meio de dispositivos da legislação doméstica, seja aderindo a documentos jurídicos internacionais sobre o tema.

Entre as vantagens da arbitragem, citou-se a prevalência da autonomia da vontade das partes, celeridade, especialização dos árbitros nas questões que lhes são submetidas, menor custo, manutenção do sigilo,possibilidade das partes escolherem o direito material aplicável ao caso, melhor estruturação e eficácia.

Ao aprofundar os estudos na Lei 9307/96, constatou-se que ela introduziu modificações no delineamento jurídico do instituto, representando uma das mais importantes medidas legais adotadas nos últimos anos, de grande importância para o aprimoramento dos negócios internacionais, visto que os países desenvolvidos adotam a arbitragem há tempos. A Lei de Arbitragem tem como escopo a mudança de atitude dos brasileiros na maneira como resolvem seus litígios, pois estimula os indivíduos a não ficarem restritos à órbita do Judiciário estatal, extremamente saturado de processos, moroso e nem sempre eficaz.

Discorreu-se que a convenção de arbitragem poderá ser levada a efeito através da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, a distinção está no fato da cláusula compromissória tratar de submissão de conflito futuro à arbitragem, enquanto o compromisso arbitral visa submeter um conflito atual à arbitragem, no entanto, ambos os instrumentos tem como finalidade instituir o juízo arbitral.

Concomitantemente, se procedeu à análise dos ajustes ocasionados no Código de Processo Civil pela Lei de Arbitragem, sugerindo-se, após as devidas considerações, que o legislador proceda à alteração da redação do art. 301, §4º, do Código de Processo Civil, a fim

de substituir o termo “compromisso arbitral” por “convenção de arbitragem”, permitindo-se ao juiz estatal o conhecimento de ofício de todas as matérias enumeradas no referido artigo, desde que já esteja instituído o juízo arbitral antes do prazo para defesa do réu no processo judicial, objetivando-se evitar julgamentos conflitantes.

A arbitragem internacional possibilita não apenas aos Estados, mas também aos particulares sujeitarem suas demandas e conflitos a árbitros escolhidos de comum acordo pelas partes e, portanto, não sujeitos a uma estrutura judiciária nacional que poderia vir a ser parcial e morosa. O instituto da arbitragem pode ser o caminho que possibilitará ao Brasil uma melhor preparação para as exigências e desafios da globalização, principalmente no que se refere ao dinamismo das atividades comerciais.

Em relação aos órgãos e documentos jurídicos fomentadores da arbitragem mencionou-se a Convenção de Genebra, a Convenção de Nova Iorque, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Internacional, também conhecida como Convenção do Panamá, a UNCITRAL, importante comissão da ONU, instituída em 1966e criadora da Lei Uniforme para a Arbitragem Comercial Internacional, a Associação Americana de Arbitragem (EUA)aCâmara de Comercio Internacional (França) e a Corte Permanente de Arbitragem. No Brasil, poucos órgãos arbitrais surgiram, destacando-se três: o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, com sede em São Paulo, a Comissão de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio do Brasil, fundada em outubro de 1985, situada em Belo Horizonte, e o Centro Brasileiro de Arbitragem, fundado em 1967 pela Associação Comercial do Rio de Janeiro.

Como é cediço, a decisão arbitral poderá ser executada quando não cumprida voluntariamente. Alguns ordenamentos jurídicos exigem a necessidade de homologação pelo Estado onde a decisão será invocada, para possibilitar a sua execução.No Brasil, esta homologação é feita pelo Superior Tribunal de Justiça. Consequentemente, as decisões arbitrais internacionais são reconhecidas e podem ser executadas no Brasil.

A homologação é destinada a reconhecer a sentença proveniente de Estado estrangeiro, permitindo que tenha eficácia em território brasileiro, encontrando embasamento no art. 483 do CPC. Ao homologar a sentença arbitral estrangeira, não se pode proceder à revisão do mérito da questão, deve-se respeitar a decisão proveniente do exterior, limitando-se a verificar seus aspectos formais, sua adequação á ordem pública e aos bons costumes do nosso aparato jurídico.

A ratificação da Convenção de Nova Iorque foi de fundamental importância para a imagem projetada pelo Brasil no exterior, como um país que reconhece e executa as sentenças

arbitrais estrangeiras. Neste sentindo, defendeu-se ser legítima e imprescindível a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras pelo STJ, atentando-se para os preceitos e objetivos da referida Convenção e por ser uma necessidade prevista em outros dispositivos do ordenamento jurídico interno e externo, apta a representar maior segurança jurídica á sociedade e às partes interessadas, adotando o Brasil procedimentos seguidos e consagrados pela comunidade internacional.

Por conseguinte, pode-se dizer que, com a globalização da economia, a escolha de um mecanismo hábil e seguro de solução de conflitos faz-se cada vez mais necessária. Hoje, a arbitragem comercial internacional é o meio mais utilizado na solução de controvérsias no âmbito do comércio internacional. Portanto, percebe-se que, para as relações internacionais, a arbitragem é um instituto facilitador do desenvolvimento comercial harmônico, visto que permite decisões muito mais satisfatórias para as partes, decisões estas que são neutras em virtude da experiência de seus julgadores, bem como da ampla liberdade na escolha do direito material e dos procedimentos a serem utilizados durante o litígio.

Denota-se, deste modo, que a arbitragem é um importante instrumento para facilitar o desenvolvimento das práticas comerciais internacionais, como também de extrema relevância no âmbito doméstico, devendo ser cada vez mais difundida, aprimorada e ganhar adeptos, seja em âmbito interno ou internacional.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Arbitragem no comércio internacional e no Brasil.* In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). Direito do Comércio Internacional: aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Lei de Arbitragem - Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 14 maio 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005*. Diário da Justiça, Brasília, DF, 10 maio 2005. Seção 1 (republicação). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/dpj/cji/bitstream/26501/1436/1/Res_9_2005_republica%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 16 maio 2013.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Da arbitragem no Brasil e no mundo*. In: ARANA, Josycler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa (Coords.) Direito Internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos. 1 ed., 1reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. rev., atual. eampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CONVENÇÃO de Nova Iorque. 10 de junho de 1958. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 14 maio 2013.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *A arbitragem internacional como sistema de solução privada de controvérsias*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 2002 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3260>. Acesso em: 17 maio 2013.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da Arbitragem no Comércio Internacional*. São Paulo: Saraiva 1993.

MARTINS, José Celso. *Arbitragem, Mediação e Conflitos Coletivos de Trabalho*. São Paulo: Editora do Autor, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIARA, Cristiane Kruppa. *Arbitragem Privada Internacional: a arbitragem como sistema de solução de conflitos privados internacionais*. Disponível em: <http://www.uel.br/grupo-estudo/processoscivilizadores/portugues/sitesanais/anais9/artigos/comunicacao_oral/art6.pdf> Acesso em: 21 maio 2013.

MUNIZ, Antônio Walber Matias. *O Direito Internacional visto pelos tribunais internacionais: Corte Permanente de Arbitragem – CourtPermanentOfArbitration*. In: ARANA, Josycler; CACHAPUZ, Rozane da Rosa (Coords.) Direito Internacional: seus tribunais e meios de solução de conflitos. 1ed., 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVARE, Juliana Pullino. *Implicações Processuais da Convenção de Arbitragem*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9944>. Acesso em:14 maio 2013.

ORGANISMOS INTERNACIONAIS. Embaixada do Brasil em Haia. *Informações sobre organismos internacionais*. Disponível em: <http://www.brazilianembassy.nl/emb_22.htm>. Acesso em: 15 maio 2013.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. 4 ed. rev. atual. eampl. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010.

VIDIGAL, Erick. *A Lex Mercatoria como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil*.Revista de Informação Legislativa do Senado Federal. ano 47, n. 186 - Abril/junho, 2010. Disponível em <http://www.erickvidigal.com.br/artigos/juridicos/161-a-lex-mercatoria-como-fonte-do-direito-do-comercio-internacional-e-a-sua-aplicacao-no-brasil>. Acesso em: 17 maio 2013.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA SUSPENSÃO DE SENTENÇA POR DECISÃO MONOCRÁTICA DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL

Diogo Castor de MATTOS[2]
Renê Francisco HELLMAN[3]

RESUMO

Trata-se de trabalho científico desenvolvido com o objetivo de estudar as consequências da previsão de suspensão dos efeitos da sentença prevista nas Leis 7.347/85, 8.437/92, 9.494/97 e 12.015/09 em casos de decisões potencialmente lesivas à ordem pública e econômica. Tal instituto vem sendo utilizado atualmente não só pela Fazenda Pública, como também por pessoas jurídicas de direito privado concessionárias de serviços públicos para suspender o efeito de decisões contrárias a seus interesses até o trânsito em julgado do processo. Pretende-se, então, demonstrar que essa possibilidade é inconstitucional por violar os princípios mais basilares do processo civil, como o da motivação das decisões, da igualdade (paridade de armas) e do juiz natural.

PALAVRAS-CHAVE: Suspensão de sentença; Inconstitucionalidade; Princípios processuais civis.

ABSTRACT

This scientific study intends to analyze the consequences of the suspension of the sentence effects according to "Lei 7.347/1985", "Lei 8.437/1992", "Lei 9.494/1997" and "Lei 12.015/2009" regarding decisions that may potencially jeopardize public and economic order. This possibility has been used not only by the State, but as well by public-private enterprises to suspend the effect of decisions that are not of their interest. The goal of this study is to show that this possibility is unconstitutional because it violates the most fundamental principles of Legal Process, such as the reasoning of judicial decision, equality and natural judge.

[2] Procurador da República no Estado do Paraná. Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.
[3] Professor de Direito Processual Civil e Coordenador Geral da FATEB – Faculdade de Telêmaco Borba. Advogado. Mestrando em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

KEYWORDS: suspension of the sentence effects; unconstituionality; legal process principles.

INTRODUÇÃO

O instituto da suspensão de liminar ou sentença contrárias ao interesse público a pedido da pessoa jurídica de direito público interessada pelo Presidente do Tribunal recursal foi previsto inicialmente na Lei do Mandado de Segurança em 1964. Posteriormente, outros diplomas legais alargaram a sua utilização para qualquer liminar ou sentença desfavorável ao Poder Público. Mais recentemente, a jurisprudência entendeu pela legitimidade para realizar o pedido de concessão, inclusive, para pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública indireta e sociedades privadas delegatárias de serviços público.

O presente estudo tentará demonstrar o quanto essa previsão é lesiva para o processo civil, principalmente no que tange ao devido processo legal. Além disso, trata-se de instituto violador dos princípios e direitos mais basilares do ordenamento jurídico como o juiz natural, a paridade de armas, a adequada prestação da tutela jurisdicional, a duração razoável do processo e a efetividade da jurisdição.

Ao longo dos anos, a possibilidade de o Presidente do Tribunal *ad quem* suspender qualquer decisão, em tese, potencialmente lesiva à ordem pública, transformou-se no principal instrumento para reverter vereditos judiciais desfavoráveis ao Poder Público. Isso porque positivou a possibilidade de a Fazenda Pública fazer chegar aos tribunais superiores de forma célere em qualquer matéria de seu interesse, submetendo a questão a uma análise eminentemente política e não jurídica.

Mais que isso, com entendimento jurisprudencial que ampliou a possibilidade de utilização da suspensão pelas pessoas jurídicas de direito privado delegatárias dos serviços públicos, possibilitou também às grandes concessionárias detentoras do poder econômico a dominação das instâncias inferiores e a eternização dos conflitos.

O problema nodal da presente investigação recai justamente na discussão sobre a constitucionalidade da inovação legal. É legítima a intervenção imediata do Presidente do Tribunal ao qual cabe conhecer o recurso em qualquer matéria em que esteja envolvida a Fazenda Pública? Mais ainda, afigura-se constitucional a previsão de esta decisão vigorar até o final do processo mesmo sem adentrar no mérito? Do debate emergem discussões

interessantes acerca do papel dos tribunais superiores no direito brasileiro e principalmente na crítica à onipresença do Supremo Tribunal Federal que, ao invés de exercer sua função de Tribunal Constitucional, acaba se transformando numa instância revisora de qualquer tipo de ordem judicial.

A justificativa do tema reside no fato de que há poucos trabalhos na doutrina nacional analisando-o especificamente. Também recai na lesividade do instituto da suspensão de liminar no direito brasileiro, pois acaba simplesmente por negar a jurisdição por motivos eminentemente políticos e considerações subjetivas sobre possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas.

Para desenvolver o trabalho será utilizado o método indutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica, com vistas a investigar os institutos envolvidos no objeto de estudo e as suas implicações práticas, analisando-se as proposições legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais para que se possa verificar sobre a constitucionalidade da possibilidade de sustação, pelo Presidente do Tribunal *ad quem*, da decisão que, eventualmente, tenha contrariado o chamado interesse público. Também será aplicado o método analítico para correta delimitação dos conceitos.

Para tanto, de início será feita uma análise das previsões legais do instituto no decorrer da história brasileira, em seguida serão observados os delineamentos básicos e a interpretação jurisprudencial do instituto. Num terceiro momento analisar-se-ão os pressupostos para a concessão da medida à luz do princípio da motivação consubstanciado no artigo 93, IX, da Constituição Federal e, por fim, será feita uma observação do instituto confrontando-o com o princípio da igualdade e do juiz natural, também de natureza constitucional, investigando-se sobre a sua adequação às disposições da Carta Magna.

1. Previsões legais do instituto de suspensão de decisão

O instituto da suspensão da liminar ou da sentença pelo Presidente do Tribunal recursal foi previsto inicialmente na Lei 4.348/64, que disciplinava sobre o Mandado de Segurança e, em seu artigo 4º assim previa:

> quando a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente do Tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (vetado) suspender,

> em despacho fundamentado, a execução da liminar, e da sentença, dessa decisão caberá agravo.

Analisando o contexto histórico do Brasil na época, constata-se que a previsão da suspensão da liminar ou sentença de segurança contrária à "ordem pública" foi promulgada logo no início do Regime Militar, como um mecanismo de controle das decisões judiciais por razões não jurídicas, a fim de atender às conveniências do governo de exceção.

Posteriormente, com a criação da lei nº 7.347/85, essa possibilidade de suspensão foi estendida para ação civil pública, no art. 12, § 1º:

> § 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a partir de uma leitura sistemática das suas normas relacionadas ao princípios integrante do devido processo legal, poder-se-ia concluir que não houve recepção dessa possibilidade. Isso porque a Carta de 1988 erigiu o Estado Democrático de Direito e ressaltou a importância de diversas garantias judiciais, consubstanciadas princípio do devido processo legal.

Contudo, não foi o que ocorreu. Pouco tempo depois da promulgação da Constituição foi editada a Lei 8.038/90, que dispôs a respeito dos Tribunais Superiores e repetiu a possibilidade de suspensão de liminares exclusivamente em decisão de mandado de segurança tomadas pelos tribunais inferiores expressando que:

> Art. 25 - Salvo quando a causa tiver por fundamento matéria constitucional, compete ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça, a requerimento do Procurador-Geral da República ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender, em despacho fundamentado, a execução de liminar ou de decisão concessiva de mandado de

> segurança, proferida, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal.
>
> § 1º - O Presidente pode ouvir o impetrante, em cinco dias, e o Procurador-Geral quando não for o requerente, em igual prazo.
>
> § 2º - Do despacho que conceder a suspensão caberá agravo regimental.
>
> § 3º - A suspensão de segurança vigorará enquanto pender o recurso, ficando sem efeito, se a decisão concessiva for mantida pelo Superior Tribunal de Justiça ou transitar em julgado.

Assim, inicialmente, até o começo da década de 90, o instituto da suspensão de liminar ou de sentença pelo Presidente do Tribunal só tinha previsão para a ação de mandado de segurança e para a ação civil pública. Entretanto, na mesma época, com fundamento no direito à tutela jurisdicional efetiva e no poder geral de cautela do processo civil, começou a se expandir a chamada "cautelar satisfativa inominada", forma encontrada na práxis forense para fazer as vezes do que hoje se denomina de antecipação dos efeitos da tutela.

Dessa forma, passou a ser mais efetivo aos interessados o ajuizamento de ações ordinárias com pedido cautelar satisfativo contra o Poder Público, tendo em conta que não havia previsão legal para sustação de liminares e sentenças favoráveis ao cidadão neste procedimento da "cautelar satisfativa". Além disso, as ações comuns não esbarravam nas diversas restrições de liminares da antiga Lei do Mandado de Segurança, que vedava decisões sumárias para reenquadramento funcional de servidores, liberações de mercadorias, dentre outras coisas.

A partir do momento em que se popularizou a concessão das ditas "cautelares satisfativas", foi editada a Lei nº 8.437/92 com o objetivo de estender todas as inconstitucionais restrições da Lei do Mandado de Segurança para as demais modalidades de ação. Esse diploma legislativo, de manifesta inconstitucionalidade, inicialmente vedou a concessão de certas medidas liminares prevendo no seu art. 1º:

> Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

Além disso, a normativa estendeu também a infeliz possibilidade do instituto da "suspensão de liminar" para todas as ações contra a Fazenda Pública no seu art. 4º, que passou a expressar:

> Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Atente-se, todavia, que a inovação legislativa previu tão somente a possibilidade de sustação de liminares contra o Poder Público, diferentemente da antiga Lei do Mandado de Segurança, que previa tal possibilidade também para sentença proferidas em cognição exauriente. Ademais, acrescentou expressamente a legitimidade do Ministério Público para impugnar a medida processual analisada, a exemplo da lei 8.038/90, que conferiu legitimidade ao Procurador-Geral da República.

Dessa forma, após a Lei 8.437/92, legalmente seria cabível a suspensão de qualquer liminar e sentença proferidas em mandado de segurança e ação civil pública, ou então execução de medida liminar proferida em sede de cognição sumária em qualquer tipo de ação contra o poder público.

Ocorre que, pouco tempo depois, a Lei 8.952/94 positivou no direito brasileiro a tutela antecipada, alterando a redação do art. 273, do Código de Processo Civil, que passou a contar com o seguinte texto: "o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (…)."

A alteração na legislação possibilitou a concessão de decisões antecipatórias de tutela contrárias à Fazenda Pública. A previsão irrestrita da tutela antecipada não esbarrava nas limitações de concessão de liminares e também não era sujeita à possibilidade de suspensão da sentença pelo Presidente do Tribunal superior por ausência de previsão legal.

Entretanto, novamente, o Poder Legislativo sempre subserviente aos interesses do

Poder Executivo, editou a Lei 9.494/97 que, no seu artigo 1º, simplesmente, por remissão, conferiu à tutela antecipada do art. 273 do CPC todas as inconstitucionais limitações da Lei 8.437/92 e da Lei 4.348/64 dispondo que:

> Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Não satisfeita com a lamentável inclusão das limitações inconstitucionais à tutela antecipada, a Lei 9.494/97 ainda teve a infelicidade de alterar a Lei nº 7347/85, que dispõe sobre a Ação Civil Pública, para o fim de limitar os efeitos da decisão proferida nesta, positivando que a "sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator (...)".

A inconstitucionalidade do dispositivo é evidente. Naturalmente, o legislador ordinário não pode limitar os efeitos da jurisdição que se estendem por todo o território nacional. Ademais, a alteração ocorreu por medida provisória que não preencheu os requisitos de relevância e urgência e violou os princípios constitucionais da isonomia, razoabilidade e proporcionalidade (VENTURI, 2007, p. 430).

Em suma, legalmente, passou a ser possível a suspensão de liminares e sentenças em mandado de segurança e ação civil pública. Já para as demais modalidades de ação, com fulcro nas Leis 8.437/92 e 9.494/97, restou positivada a possibilidade tão somente da suspensão da execução de medidas liminares pelo Presidente do Tribunal recursal.

Finalmente, insta mencionar que a Medida Provisória n° 2.180-35, de 24.08.01, passou a "Suspensão da Suspensão", acrescentando os parágrafos ao art. 4º da Lei 8.437/92, nos seguintes termos:

> Art. 4º (...)
> § 4º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal Competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário.

> § 5º É cabível também o pedido de suspensão a que se refere o § 4º, quando negado provimento a agravo de instrumento interposto contra a liminar a que se refere este artigo.

Passou, então, a ser possível a renovação do pedido suspensivo ao Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e ao Presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Tal norma padece de inequívoca inconstitucionalidade, pois ampliou competências dos tribunais superiores sem nenhum respaldo constitucional. Ainda mais, a medida provisória padece de inconstitucionalidade formal, dada a ausência dos requisitos de relevância e urgência da matéria.

Dessa forma, com todas as adequações legislativas consistentes na possibilidade inconstitucional de o Presidente do Tribunal recursal suspender os efeitos de medida liminar ou sentença desfavorável à Fazenda Pública quando, em tese, estiver em risco conceitos abertos como ordem pública e ordem econômica, o Poder Público passou a deter a controle político de todas as modalidades de decisões judiciais.

Diante de tamanhas aberrações legislativas, havia esperanças de que o Poder Judiciário, principalmente pelo Tribunal Constitucional, atuasse exercendo o controle de constitucionalidade das leis contrárias aos princípios mais basilares do processo. Todavia, como a seguir será demonstrado, não foi o que ocorreu.

A jurisprudência dos tribunais superiores, especialmente do Supremo Tribunal Federal, não só ratificou a constitucionalidade de todas as leis benéficas aos interesses financeiros do Estado, como também ampliou ao máximo a sua utilização para casos em que não existia previsão legal. Cite-se como exemplo a extensão da legitimidade para o pedido às pessoas jurídicas de direito privado, como também a possibilidade de renovação sucessiva do pedido em caso de decisões denegatórias nos tribunais inferiores até o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

2. Delineamentos básicos e interpretação jurisprudencial do instituto

Inicialmente, segundo a doutrinária majoritária, a suspensão de sentença se trata de incidente processual, possuindo natureza jurídica de contracautela.

Nessa linha, já se manifestou o STJ:

> A suspensão da liminar, diferentemente do sistema recursal (que objetiva o acertamento da controvérsia), tem natureza jurídica de contracautela, cujo exercício depende da constatação da presença de risco de grave lesão à ordem, segurança, economia e saúde públicas. (…) (STJ – AGP 1.165-PR, Rel: Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO – *in* D.J. De 29.05.00).[4]

Pelas Leis 8.437/92 e 8.038/90 possuem legitimidade ativa para o pedido de contracautela tão somente as pessoas jurídicas de direito público e o Ministério Público. A Lei de Ação Civil Pública e a Lei do Mandado de Segurança não tratam expressamente do órgão ministerial como legitimado para propor o incidente processual. Mesmo assim, o entendimento majoritário defende a legitimidade do "parquet" para pleitear a suspensão de sentença mesmo nas ações civis públicas e mandados de segurança. Nessa toada, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam essa possibilidade, com base no art. 4º da Lei n° 8.437/92 (*apud* BUENO, 1999).

Essa legitimidade do órgão ministerial para requerer a medida processual em análise decorre de sua própria condição de defensor da ordem jurídica e o dever de zelar pela correta execução dos serviços de relevância pública.

De outra banda, mas ainda sobre a legitimidade, em que pese não existir previsão legal nesse sentido, a jurisprudência do STF entende pela possibilidade de a pessoa jurídica de direito privado concessionária de serviço público ou integrante da administração pública indireta propor o incidente processual para suspensão.

Nessa linha é o entendimento do ministro Gilmar Mendes, na Suspensão de Liminar n. 274:

> No tocante à legitimidade para a propositura do presente pedido de suspensão, sabe-se que as normas que regulam o instituto da suspensão de segurança, liminar e tutela antecipada atribuem legitimidade ativa apenas às pessoas jurídicas de direito público. Admite-se, porém, a propositura de incidentes de contracautela por pessoas jurídicas de direito privado, desde que exerçam função delegada do Poder Público e o pedido de suspensão se volte à defesa do interesse público.

---

[4] Na mesma linha: STF – AGRSS 846-DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence – in D.J. De 08.11.96.

> Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que as entidades da Administração indireta e concessionárias e permissionárias de serviço público possuem legitimidade processual ativa para o pedido de suspensão, nas hipóteses em que tiverem de suportar as conseqüências da decisão impugnada, com reflexos diretos na ordem, segurança, saúde ou economia públicas. Nesse sentido, destaco os seguintes julgados: SL 111/DF, Rel. Ellen Gracie, DJ 2.8.2006 e SS 1308, Rel. Celso de Mello, DJ 19.10.1998. (SL 274, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 22/12/2008, publicado em DJe-022 DIVULG 02/02/2009 PUBLIC 03/02/2009)
>
> Idêntico é o posicionamento do STJ:
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE LIMINAR. COELCE. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. LEGITIMIDADE DA CONCESSIONÁRIA PARA REQUERER SUSPENSÃO (LEIS 4.348/64, ART. 4º, CAPUT, E 8.437/92, ART. 4º, CAPUT). 1. As pessoas jurídicas de direito privado no exercício de atividade delegada do Poder Público, quando na defesa do interesse público e na proteção dos bens públicos tutelados (ordem, saúde, segurança e economia públicas), têm legitimidade para requerer a suspensão da execução de liminar ou de sentença. 2. Agravo Regimental não provido‖ (AgRg na SLS 37/CE, Rel. Min. Edson Vidigal, Corte Especial, j. 29/06/2005, DJ 19/09/2005).

Estender a legitimidade ativa para o pedido de suspensão a pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Indireta parece ser razoável e confortável pela interpretação da norma. Logicamente, a regra visa tutelar, em tese, o patrimônio público que pode ser afetado com decisões contrárias a estas entidades.

O que não parece crível e sustentável é estender a legitimação para pessoas jurídicas de direitos privado delegatárias de serviços públicos. Naturalmente, a condição de delegatária não fornece a tais sociedades benesses processuais de qualquer tipo. Acrescente-se ainda que essas empresas visam tão somente o lucro para o particular, não existindo fundamento constitucional ou legal para conferir essa vantagem processual que inequivocamente fere a isonomia e paridade de armas.

Mais contraditório é a jurisprudência permitir que a pretensão de suspensão seja ajuizada por uma concessionária de serviço público para suspender os efeitos de ação civil

pública ajuizada pelo próprio Ministério Público para salvaguardar a ordem jurídica e o patrimônio público. Ocorre, então, uma inversão de valores, tendo em conta que a sociedade empresarial que visa tão somente o próprio lucro tem a benesse de suspender a decisão contrária a seu interesse quando é acionada pelo órgão ministerial justamente por descumprir seus encargos.

Não suficiente, a norma não contempla uma interpretação tão ampliativa, devendo o julgador ficar adstrito aos limites da hermenêutica. Caso fosse da *ratio* da norma conferir legitimidade ativa para o pedido de suspensão às pessoas privadas concessionárias de serviços públicos, o teria feito expressamente. Em outros termos, não é dado ao intérprete simplesmente reescrever a norma legal conforme a sua vontade no sentido de que, onde se lê "pessoas jurídicas de direito público", seja lido "pessoas jurídicas de direito público e privado, desde que concessionárias do serviço público."

Sobre o tema, explica Lênio Streck:

> O fato de não existir um método que possa dar garantia à "correção" do processo interpretativo - denúncia presente, aliás, já em Kelsen, no oitavo capítulo de sua Teoria Pura do Direito - **não pode dar azo a que o intérprete possa interpretar um texto (relembremos: texto é um evento; textos equivalem a fatos) de acordo com a sua vontade, enfim, de acordo com a sua subjetividade, ignorando até mesmo conteúdo mínimo-estrutural do texto jurídico (portanto, mesmo entendido, neste caso, como enunciado linguístico"**. A vontade e o conhecimento do intérprete não permitem a atribuição arbitrária de sentidos, e, tampouco, uma atribuição de sentidos arbitrária (STRECK, 2011, p. 266). (grifo nosso).

Quanto à competência para apreciação, em que pese o legislador preveja expressamente que ela somente recai no Presidente do Tribunal recursal, assim entendida a Corte imediatamente superior ao magistrado que profere a decisão, a jurisprudência tem estendido a possibilidade de o pedido ser renovado para a instância superiores até o Presidente do STF, em caso de decisões denegatórias. Ou seja, caso o postulante tenha indeferida a medida de contracautela no Tribunal inferior poderá renovar o pedido para o Presidente do STJ. Se este também não conceder a suspensão, haverá ainda a garantia de pugnar idêntica pretensão para o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Tal permissão subverte complemente a lógica do razoável, pois permite a eternização dos pedidos. Aliás, diga-se de passagem, vai de encontro ao próprio entendimento

consolidado do STF na súmula 691, que expressa: “não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

Quanto ao recurso, por expressa previsão legal, cabe agravo regimental da decisão que concede a suspensão. Da decisão que indefere, nos termos das Súmulas 506/STF[5] e 217/STJ[6], prevalece atualmente o posicionamento de que não cabe agravo interno, sendo possível tão somente a renovação do pedido para o Presidente do Tribunal Superior.

Em sentido contrário o seguinte precedente:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ESTABILIDADE FINANCEIRA. SUJEIÇÃO AOS CRITÉRIOS GERAIS PARA REAJUSTAR OS VENCIMENTOS DO FUNCIONALISMO. SÚMULA 506/STF: CANCELAMENTO. 1. Estabilidade financeira. Sujeição aos critérios das revisões gerais dos vencimentos do funcionalismo: Entendimento pacificado nesta Corte. Suspensão do acórdão proferido em sentido contrário, por implicar potencial lesão ao erário estadual. 2. Improcedência da alegação de que não cabe agravo regimental contra a decisão que nega o pedido de suspensão de segurança. Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para admitir o referido recurso tanto da decisão que a concede quanto da que a indefere, cancelando-se, em conseqüência, a Súmula 506/STF. Agravo regimental a que se nega provimento. (SS 2222 AgR-ED-AgR, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2003, DJ 12-03-2004 PP-00037 EMENT VOL-02143-01 PP-00202).

Possivelmente, uma vez mantida a concessão da suspensão após a interposição de agravo, dificilmente será possível interposição de recurso especial e extraordinário contra o acórdão, seja pelo fato de que os critérios da decisão suspensiva são políticos e não jurídicos, seja pela vedação hipotética de análise de matéria fática em sede de recursos não ordinários

---

[5] Súmula 506 do STF: “O agravo a que se refere o art. 4º, da Lei n° 4.348, de 26 de junho de 1964, cabe, somente, do despacho do presidente do Supremo Tribunal Federal que defere a suspensão da liminar, em mandado de segurança; não do que a denega”.

[6] Súmula 217 do STJ: “Não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução da liminar, ou da sentença em mandado de segurança”.

para os tribunais superiores.

Quanto à duração dos efeitos da liminar, o art. 25, § 3º da Lei 8.038/90 determinou que a suspensão vigora até o trânsito em julgado. Em construção jurisprudencial, o STF consolidou o entendimento de que, mesmo em processos não apreciados pelo STF, a decisão liminar deve se prolongar até o trânsito em julgado do processo.

Esse posicionamento ficou assentado na Súmula 626 do STF, que expressa:

> A suspensão da liminar em mandado de segurança, salvo determinação em contrário da decisão que a deferir, vigorará até o trânsito em julgado da decisão definitiva de concessão da segurança ou, havendo recurso, até a sua manutenção pelo Supremo Tribunal Federal, desde que o objeto da liminar deferida coincida, total ou parcialmente, com o da impetração.

Novamente a construção jurisprudencial não pode ficar isenta de críticas. À revelia do legislador, estenderam-se os efeitos do instituto até o trânsito em julgado da decisão.

Naturalmente, não parece de boa técnica processual que uma decisão proferida em cognição sumária monocraticamente pelo Presidente do Tribunal em sede de juízo político se sobreponha aos futuros vereditos produzidos em cognição exauriente pelas instâncias inferiores com análise jurídica do mérito. Não suficiente, a extensão dos efeitos até o trânsito julgado em um sistema judicial notoriamente moroso no Brasil, propiciará um manifestado atentado à adequada prestação da tutela jurisdicional.

Dessa forma, restam delimitados os contornos jurisprudenciais sobre a interpretação dos dispositivos legais que tratam da suspensão da liminar ou sentença no ordenamento jurídico brasileiro. Passa-se, então, para a análise do instituto à luz da Constituição.

3. Pressupostos genéricos da medida e ofensa ao princípio da motivação

A partir da análise da legislação de referência, constata-se que os requisitos gerais para a concessão da suspensão de liminar ou sentença recaem na possibilidade de lesão: 1) à ordem pública; 2) à ordem econômica; 3) à saúde pública; 4) à segurança pública; 5) à economia pública.

Em primeira passagem, tem-se que se tratam de requisitos extremamente abertos e

fluidos, que proporcionam um alto grau de subjetividade do Presidente do Tribunal para a tomada da decisão suspensiva. Por esse fato, é evidente que prevalecerá a análise política acerca da potencialidade lesiva ao interesse público, alargando o espectro de discricionariedade do julgador na análise do caso.

Demais disso, importa destacar que no momento da suspensão dos efeitos da decisão, o Presidente do Tribunal sequer apreciará a fundo a questão de mérito discutida na lide, conforme já admitido pelo STF, a saber:

> (...) cabe ressaltar, por necessário, que, na análise do pedido de suspensão de segurança, não se examina, em princípio, o mérito da causa mandamental, por mais relevante que seja a matéria de direito constitucional nesta discutida, devendo a apreciação jurisdicional limitar-se aos aspectos concernentes à potencialidade lesiva do ato decisório impugnado sobre a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas (RTJ 125/904, Rel. Min. RAFAEL MAYER, RTJ 140/366, Rel. Min. SYDNEY SANCHES, RCL. 143/23, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA).

Essa abertura conceitual estabelecida a partir da fixação, na lei, de pressupostos amplos para a suspensão dos efeitos da decisão a partir de outra decisão monocrática e de análise perfunctória é de extremo risco para os padrões democráticos de um Estado que quer possuir um Poder Judiciário independente.

A independência do Poder Judiciário passa pela legitimação de suas decisões, que são decorrentes do respeito às normas democráticas, que, neste caso, derivam da necessidade de fundamentação adequada.

Sendo o Poder Judiciário preponderantemente uma esfera técnico-jurídica do Estado, pelo modelo adotado no Brasil, os seus membros são escolhidos dentre aqueles que se mostram mais bem preparados tecnicamente para o mister, o que se verifica a partir da realização de concursos públicos

Aqui, importante destacar, não se está a analisar a fundo se os concursos públicos, de fato, adotam os métodos mais adequados de seleção. O que se está estabelecendo é uma premissa de que o sistema aplicado, em tese, oportuniza a seleção dos melhores.

Formato diferente é adotado nos dois outros poderes estatais, em que há participação popular direta na escolha de representantes executivos e legislativos.

Com isso, tem-se que a democracia para o Judiciário não se dá pela escolha de seus agentes, mas sim pela necessidade de que as decisões sejam fundamentadas, de modo que haja não somente um controle endoprocessual, mas também exoprocessual.

Teresa Arruda Alvim Wambier (2007) muito oportunamente esclarece, nesse sentido, que o Estado de Direito tem por característica primordial o fato de que se justifica, que apresenta as razões pelas quais decidiu desta ou daquela forma. Essa exigência de decisão racional, segundo Eduardo Cambi (2011), torna desnecessário que o órgão judicial tenha que convencer as partes ou a sociedade de que decidiu corretamente, pois os argumentos, se racionais, justificarão a posição adotada.

A atribuição de poderes ao juiz para que tome decisões a partir de conceitos abertos é um fenômeno do pós-positivismo, mas, para que isso não signifique arbitrariedade judicial, há que se pensar na existência de fundamentação suficiente para justificar a escolha tomada na decisão.

E é aí que reside um dos mais graves problemas enfrentados pelo Direito Processual brasileiro na atualidade: a falta de apego ao caráter democrático da decisão.

Que o legislador estabeleça critérios abertos pode até ser entendido como um sinal dos tempos, representativo de uma admissão correta de que o texto da lei não tem o condão de abarcar todas as situações fáticas a que será aplicada quando da sua transformação em norma. Entretanto, jamais se poderá admitir que o juiz, ao aplicar os critérios abertos, o faça a partir de justificativas também abertas ou de opções políticas indefensáveis na seara jurídica.

Então, a fim de que a decisão judicial de suspensão dos efeitos da decisão do juízo *a quo* seja minimamente democrática, há que se exigir fundamentação suficiente para espancar qualquer tentativa de justificação genérica.

Nos dizeres de Cambi:

> ... combater o arbítrio judicial é evitar que os discursos jurídicos assentados na *intime conviction*, a qual se manifesta tanto nas decisões sem qualquer motivação como naquelas em que a motivação é fictícia.
>
> Importante também é destacar que o risco da *onipotência judicial* não fica afastado com o emprego do princípio do livre convencimento do juiz e do respeito aos princípios e as garantias constitucionais. Mesmo assim, é possível que o órgão judicial, ao justificar determinada visão dos fatos, empregue critérios vagos e

> indefinidos, empregando fórmulas puramente retóricas, destituídas de conteúdo, aludindo, por exemplo, a "verdade material", a "prova moral", a "certeza moral", ou a "íntima convicção". Tais expressões, como outras similares, dão margem ao subjetivismo e a manipulação semântica, por não assegurarem nenhuma racionalidade na valorização da prova, assim como implicam *falsa motivação* da decisão e, ainda, impedem o efetivo controle da atividade judicial por parte da sociedade, do jurisdicionado e da instância superior (CAMBI, 2011, p. 323/324).

Decisão judicial é para o caso e não para formar teses. E a legitimação da existência do Poder Judiciário como função indispensável para um Estado que se quer democrático e de direito passa, justamente, pela questão de que é necessário que se apresentem soluções para casos concretos, respeitando-se aquilo que Dworkin denominou de "princípio da integridade", ou seja, que o juiz decida coerentemente com o que seus antecessores históricos decidiram, de modo que se possam ler as decisões judiciais como um romance que se perpetua e é coeso (DWORKIN, 2006).

No que tange à permissão legal de suspensão dos efeitos da decisão por decisão monocrática do Presidente do Tribunal *ad quem*, verifica-se que é um fator de desprestígio da própria atividade jurisdicional.

É certo que o duplo grau de jurisdição é consagrado no Brasil como princípio básico do direito processual, entretanto, há que se pensar na recorribilidade como condicionada a determinados critérios.

A crítica centra-se na desproporção que existe na atribuição de poderes aos órgãos jurisdicionais. Em nome do interesse público, atribui-se ao Presidente do Tribunal *ad quem* a possibilidade de sustar os efeitos de uma decisão, sem, necessariamente, fazer uma análise aprofundada do mérito, desprestigiando a atividade do juízo *a quo* que, salvo nos casos de ter proferido decisão interlocutória, decidiu baseado em cognição exauriente.

O descompasso é evidente e não sobrevive a sequer uma indagação: por que razão o Presidente do Tribunal *ad quem* teria melhores condições de avaliar a existência de lesividade ao interesse público do que o juízo *a quo*?

Além disso, já não se pode, nessa quadra da história, conferir ao "interesse público" proteção desmesurada. A diferenciação admitida pelo direito em favor do erário público firmou-se durante muito tempo sobre o paradigma de que o patrimônio estatal, por pertencer a

todos e a ninguém em específico, deve ser protegido, pois é a partir dele que são desenvolvidas ações de promoção do bem comum.

Entretanto, atualmente, diante de um paquidérmico Estado mal administrado, o maior de todos os litigantes e, quiçá, o maior desobediente das normas jurídicas, não se pode mais admitir essa condescendência.

E isso não significa um retorno ao viés individualista, em que se pensava na proteção dos direitos fundamentais de primeira geração a partir de um Estado diminuído. Não, a evolução histórica já demonstrou que também isso não é adequado. O que se propõe é o abandono da ideia de Estado superprotegido, ampliando-se os meios de responsabilização, a fim de que o processo judicial não seja uma arma utilizada pelo Estado para propagar no tempo as ofensas aos direitos previstos no ordenamento.

Há que se encarar o processo judicial sob outro aspecto, de modo que ele seja um instrumento de efetivação dos direitos e isso não passa tão somente pela criação de novos institutos e, talvez, nem mesmo pela diminuição de garantias, já que, num primeiro momento, bastaria a alteração na cultura da litigiosidade estatal e a extirpação de mecanismos como o estudado neste artigo, que nada mais são do que acintes à ordem jurídica democrática, pois estabelecem fatores de diferenciação que não se amparam em nenhum postulado constitucional.

4. A inconstitucionalidade do instituto à luz dos princípios processuais constitucionais da igualdade e do juiz natural

Soa até mesmo repetitivo cada vez que se discorre a respeito da igualdade estabelecida no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal. Entretanto, não obstante seja lugar comum a invocação do princípio/direito fundamental, ainda há que se lutar continuamente pela sua aplicabilidade.

Decorrência direta da isonomia processual é o princípio da paridade das armas. Por ele, garantem-se aos litigantes as mesmas oportunidades processuais, desde que se encontrem em idêntica situação jurídica.

No caso, há violação ao princípio da paridade das armas porque a legislação, sem critério diferenciador razoável, confere exclusivamente a possibilidade de renovação de pedidos de contracautela em prol da Fazenda Pública. Vejamos.

Francisco Campos, antes mesmo da Constituição Federal de 1988, já ensinava que o

destinatário primeiro do princípio da igualdade é o legislador e, de consequência, o fruto do seu trabalho: a legislação. Para o referido autor, “por mais discricionários que possam ser os critérios da política legislativa, encontra no princípio da igualdade a primeira e mais fundamental de suas limitações” (CAMPOS, 1956, p. 30).

E essa é uma imposição mesmo do princípio: que o legislador infraconstitucional e até mesmo constitucional reformador atenha-se a esses limites fixados no princípio.

Celso Antônio Bandeira de Mello buscou investigar em curtas, mas precisas, linhas qual o conteúdo do princípio da igualdade e entendeu que, para que se possa estabelecer uma relação justificada de diferenciação:

> ... tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer: se guarda ou não harmonia com eles (MELLO, 2013, p. 21/22).

À luz desses critérios, então, passa-se à análise da questão posta em exame neste artigo.

Para que se fundamentasse a diferenciação estabelecida pela legislação e pela jurisprudência que a ela se seguiu, entendeu-se que o critério discriminatório reside no fato de que a Fazenda Pública, quando litigar em juízo, deve ser dotada de determinadas garantias a mais do que o cidadão comum, pois é a defensora do interesse público.

Fixado esse ponto, passa-se ao segundo critério na análise proposta por Bandeira de Mello: a justificativa racional para o tratamento específico. E aqui se nota que a justificativa reside já na própria exposição do critério de distinção, que é a proteção ao interesse público. Tem-se, frise-se, a justificativa. Entretanto, convém que se analise a sua racionalidade, a fim de que se possa dizer que foi ultrapassado o segundo critério proposto.

Parece estranho que o Estado-legislador desconfie do Estado-juiz. Diz-se isso porque é como se, para o legislador, o magistrado da instância inferior que decidirá contrariamente

aos interesses da Fazenda Pública, potencialmente o fará em franca ofensa ao interesse público. Não se pode olvidar que o poder estatal, sendo uno, assim deve ser considerado e causa espécie justamente que duas faces do mesmo poder não se deem crédito mutuamente.

Se a lei estabelece a possibilidade de o Presidente do Tribunal *ad quem*, em cognição sumária, sustar os efeitos de uma decisão do grau inferior, mesmo aquela que tenha sido proferida em cognição exauriente, tem-se a demonstração clara de que o legislador não acredita que o juiz da instância inferior vá julgar com vistas ao interesse público.

Demais disso, tem-se que diferenciar, no caso concreto, os conceitos de interesse público e de interesse da Fazenda Pública, pois nem sempre eles são idênticos. É utópico acreditar que eles estarão em sintonia em todos os momentos, assim como é errôneo acreditar que o Poder Judiciário não atentará para o respeito ao interesse público no momento de decidir e que o Presidente do Tribunal teria melhores condições de avaliar, monocraticamente e perfunctoriamente, eventual lesão ao interesse público na decisão da instância inferior.

Não há racionalidade na justificativa de se criar essa diferenciação, pois ela esbarra justamente nas questões mais básicas de conceito do próprio poder estatal. Como aceitar que o Legislativo duvide da atenção do Judiciário para com o interesse público? Indo mais além: de que modo se justifica o entendimento de que o Presidente do Tribunal tenha mais consciência do interesse público do que o juiz da instância inferior?

São questões para as quais não se encontram respostas suficientemente fundamentadas no critério de *discrímen* estabelecido.

Por fim, na análise dos pressupostos preconizados por Bandeira de Mello, há que se investigar se existe uma correlação lógica concreta entre a distinção e os valores previstos no ordenamento.

A resposta é não. Não há uma correlação lógica concreta, pois a Fazenda Pública não se enquadra em nenhum dos critérios de hipossuficiência que poderiam justificar uma atenção diferenciada por parte do Judiciário e do Legislador.

A Fazenda Pública é defendida em juízo por procuradores selecionados em concursos públicos, que têm por finalidade extrair, dentre os concorrentes, os mais bem preparados. Além disso, conta com uma estrutura própria, com uma arrecadação altíssima de tributos, o que a coloca em situação de extremo conforto para que possa litigar em juízo.

Isso quer dizer que não há no sistema fator concreto que possa justificar o tratamento diferenciado, até mesmo porque as demais distinções que se fazem em favor da Fazenda

Pública, principalmente no direito processual, são fundadas nesse mesmo critério de necessidade de proteção do interesse público a qualquer custo, sem que seja feito, na prática, um exercício de distinção entre o que é, de fato, interesse público e o que é interesse da Fazenda Pública, este que pode ser manipulável pela vontade política dos detentores do poder naquele momento.

E num Estado que se quer democrático e de direito não se pode compactuar com situações que tais, em que interesses privados reconhecidos judicialmente são desprezados em favor de um suposto interesse público, que mal se sustenta conceitualmente.

Cintra, Grinover e Dinamarco (2012), na clássica obra em que tratam sobre a Teoria Geral do Processo, discorrem acerca da legitimidade de normas que estabeleçam distinções entre as partes, de modo a possibilitar o reequilíbrio e a paridade de armas e destacam que a justificativa para tanto é a existência de circunstâncias que coloquem uma delas em situação de superioridade ou inferioridade em face da outra.

Ora, se o fator de diferenciação deve basear-se em circunstâncias de desigualdade, não se sustenta constitucionalmente a norma que estabelece distinção em favor da Fazenda Pública se ela não está em situação de inferioridade.

Não se justifica racionalmente a criação de uma distinção em favor de uma das partes se isso gera para a outra o que Marinoni (1999) denominou de “um desequilíbrio global”.

E mais, se o que se discute nos casos abarcados pela legislação aqui examinada é, em tese, o interesse público, não há razão de somente a Fazenda Pública ou a parte a ela assemelhada poder buscar a suspensão dos efeitos da decisão junto ao Presidente do Tribunal *ad quem*, sonegando-se este direito à parte contrária.

Fernando de Brito Alves (2013), a partir dos critérios estabelecidos por Celso Antônio Bandeira de Mello, conclui que há necessidade de a discriminação estar em consonância com outros interesses relevantes que sejam objeto de proteção constitucional, sob pena de se desnaturar em tirania, injustificável, portanto.

Assim, padece de inconstitucionalidade a legislação que estabelece essa diferenciação em favor da Fazenda Pública, uma vez que não há qualquer embasamento concreto suficiente para justificar que ela tenha um tratamento que a coloque em situação de vantagem com relação à outra parte.

De outra banda, é evidente a ofensa desta previsão legislativa ao princípio do juiz

natural, proclamado nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal, também uma garantia de tratamento isonômico entre as partes e que proíbe a criação de tribunais de exceção.

Para Alexandre de Moraes (2003), do princípio do juiz natural deve decorrer interpretação que o faça ter aplicação plena, coibindo-se a criação de qualquer juízo de exceção e exigindo-se "respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador".

O princípio em referência se estabelece em dois pontos fundamentais: 1) vedação de juízo de exceção; 2) fixação de critérios imparciais e pré-determinados para fixação do órgão julgador.

O estabelecimento da contracautela pelo Presidente do Tribunal afronta o princípio do juiz natural nos seus dois desdobramentos.

Em primeiro lugar, por atribuir por lei infraconstitucional um foro de julgamento excepcional, subtraindo dos magistrados competentes para o feito a possibilidade de fazer valer a sua decisão com vistas a beneficiar uma das partes, conferindo-lhe a possibilidade de um esperneio sem que haja justificativa principiológica suficiente.

É certo que o legislador ordinário possui a atribuição de fixar as normas definidoras de competência no processo, entretanto, ele deve estar sempre adstrito ao texto constitucional e qualquer diferenciação que queira ser criada deve ser interpretada à luz desse texto.

No caso em comento, não se tem a sobrevivência da diferença a partir das luzes lançadas pelos princípios da igualdade e do juiz natural, pois é evidente que o Presidente do Tribunal, na sua competência ordinária, jamais apreciaria aquela questão. Ademais, se houvesse insurgência recursal da Fazenda Pública contra a decisão que, em tese, possa ter contrariado o interesse público, esta seria analisada por uma das turmas ou câmaras definidas na legislação específica como competentes para este julgamento.

Em segundo lugar, há também afronta ao juiz natural pelo fato de que o Presidente do Tribunal se transforma em um magistrado já conhecido de antemão pelas partes mesmo antes do início do processo.

Cintra, Grinover e Dinamarco ressaltam, dentre os vieses a partir dos quais o princípio do juiz natural pode ser interpretado o fato de que "entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja" (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p.

52).

Isso quer dizer, então, que a Constituição Federal, ao fixar este princípio, expediu um comando ao legislador ordinário, proibindo-o de atribuir poderes discricionários aos órgãos jurisdicionais, de modo que as regras de fixação de competência sejam estabelecidas sem que se criem diferenciações injustificadas em favor de quem quer que seja.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo, é possível concluir, preliminarmente, que houve uma extensão jurisprudencial acerca das possibilidades de suspensão de sentença ou liminar pelo Presidente do Tribunal sem respaldo legal e constitucional. Isso decorre do entendimento que amplia a legitimação para requerimento da contracautela por pessoas jurídicas de direito privado concessionárias de serviço público e pela ampliação dos efeitos dessa decisão até o trânsito em julgado.

Da mesma forma, a previsão legal da possibilidade de suspensão de sentença ou liminar potencialmente lesiva ao interesse público vai de encontro ao princípio da igualdade, estabelecendo distinção em favor de uma das partes que não encontra respaldo em nenhum critério racional.

Do mesmo modo, o princípio do juiz natural foi solenemente ignorado na fixação dessa regra, atribuindo-se a um órgão uma competência que não lhe caberia pelas vias ordinárias.

Urge que se repense a presença de regalias à disposição da Fazenda Pública no processo, a fim de que haja concreto desestímulo à litigiosidade que é fomentada pelo Poder Público a partir de reiterados descumprimentos das normas que estabelecem direitos aos cidadãos. O Poder Público deve abandonar a pecha de desobediente da lei que ele próprio produz.

Não havendo, então, fundamento de desigualdade que justifique o tratamento diferenciado, há que se reputar inconstitucional a norma que estabelece a possibilidade de a Fazenda Pública – e, muito mais, as empresas a ela assemelhadas por interpretação jurisprudencial – buscar a suspensão da decisão que possa ser considerada como ofensiva ao interesse público.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo.** Tradução de Luís Afonso Heck. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**. Curitiba: Juruá, 2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Liminar em Mandado de Segurança**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional.** Vol. II. São Paulo: Freitas Bastos, 1956.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. **A Fazenda Pública em juízo.** 4.ª ed., Dialética: São Paulo, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas de Processo Civil**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Alexandre. **Princípio do juiz natural como garantia constitucional.** Aula magna proferida na abertura do II Curso de Pós-graduação 'Latu sensu' – Especialização em Direito Processual Penal da Escola Paulista da Magistratura, no dia 04 de agosto de 2003, no auditório da EPM. Disponível em: http://www.justica.sp.gov.br/Modulo.asp?Modulo=76.

Acessado em: 29/07/2013.

STRECK, Lênio, **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. – 4 ed- São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PROTAGONISMO JUDICIÁRIO E DEFENSORIA PÚBLICA: EFETIVANDO DIREITOS SOCIAIS

Flávia Elaine Soares FERREIRA[7]

RESUMO

O presente estudo pretendeu analisar a ampliação da atuação do Poder Judiciário nas demandas sociais, especialmente no que se refere à legitimação ativa da Defensoria Pública como órgão responsável por resguardar direitos fundamentais. Para tanto se estudou a mudança paradigmática de atuação do Judiciário, bem como de atuação da Defensoria como responsável por dar maior guarida aos direitos dos vulneráveis. Desse modo, foi necessária a análise da legislação infraconstitucional que visa garantir o efetivo acesso à justiça, por meio inclusive, da atuação da Defensoria Pública. Foi estudado o posicionamento do Supremo em relação à implantação da Defensoria e da afirmação de independência do mesma, ainda que com posicionamentos políticos contrários de alguns estados que alegavam prestar a assistência jurídica efetiva. Chegou-se à conclusão de que a efetividade do acesso à justiça só se dá com paridade de armas e, que, portanto, compete ao estado membro dar guarida à criação de um órgão responsável por possibilitar o acesso à Justiça de maneira integral. Portanto, no que tange à intervenção judicial em determinadas searas, antes resguardadas à omissão estatal, esta deve se dar, na medida em que seja essencial para tutelar direitos e garantias fundamentais, sendo, a Defensoria Pública, o órgão responsável pela efetivação da proteção constitucional destes direitos àqueles em determinadas situações podem ser considerados vulneráveis.

PALAVRAS CHAVE: Assistência jurídica, acesso à justiça, inclusão, poder judiciário, direitos sociais.

ABSTRAT

The present study aimed to analyze the expansion of judicial power in social demands, especially with regard to the active legitimacy of the Public Defender as a body responsible for safeguarding fundamental rights. Therefore we studied the paradigm shift of operation of the judiciary, as well as acting as the defender responsible for giving shelter to the most vulnerable rights. Thus, it was necessary to analyze the constitutional legislation which aims to ensure effective access to justice, including by means of the action of the Public Defender.

[7] Advogada, Orientadora de Prática Jurídica. Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Especialista em Direito Constitucional, flaviaesf@hotmail.com.

We studied the position of the Supreme in relation to implementation of the Ombudsman and the affirmation of the independence of the same, albeit with opposing political positions of some states who claim to provide effective legal assistance. Came to the conclusion that the effectiveness of access to justice only occurs with parity of weapons and that, therefore, the responsibility of the member state harboring the creation of a body responsible for granting access to justice in a holistic manner. Therefore, with regard to judicial intervention in certain crops, sheltered before the failure state, it should be given, as it is essential to protect fundamental rights and guarantees, and the Public Defender's Office, the body responsible for making the constitutional protection these rights to those in certain situations may be considered vulnerable.

KEY WORDS

Legal aid, access to justice, inclusion, judiciary, social rights.

INTRODUÇÃO

A Constituição cidadã além de ser um marco histórico, posto que veio de um período de redemocratização, pós ditadura militar, é responsável por assegurar um extenso rol de direitos e garantias individuais.

Ao elencar as funções essenciais à Justiça assegura a necessidade de a criação da Defensoria Pública como órgão essencial à consecução dos fins da República.

Existem muitos questionamentos atuais acerca da intervenção judicial na seara que antes era reservada ao Legislativo e ao Executivo. Uma vez que, o Judiciário, ainda que inerte por natureza, tem se manifestado mais próximo das mazelas sociais quando acionado.

Esta mudança de posicionamento é paulatina e se deu inclusive, em razão da adoção do sistema misto de controle de constitucionalidade. Desse modo, o posicionamento mais prudente, que até alguns anos era visto, foi modificado, inclusive na Corte Superior.

Esse reflexo, de um Judiciário, mais acessível e que, por isso, decide demandas que outrora ficavam a cargo dos demais poderes, hoje inertes, se dá pela evolução do próprio Estado de Direito.

Há décadas atrás se lutava pela conquista de direitos, igualdade, emprego, salário mínimo, direitos trabalhistas. Uma vez conquistado o reconhecimento destes direitos, chega a hora em que estes devem ser efetivos. Pois bem, a intervenção judicial em áreas outrora dominadas pelas demais funções estatais é fruto da necessidade de se efetivar os direitos fundamentais que foram assegurados pelo próprio texto constitucional.

Pode-se considerar que a Constituição Federal de 1988 é recente quando se analisa a evolução do Direito brasileiro. E talvez em razão desta desculpa a inércia do legislador infraconstitucional faz com que algumas normas ainda não tenham a efetividade que deveriam.

Nesta pesquisa não se tem como objetivo a discussão da efetividade das normas constitucionais, quanto à eficácia, posto que sob esta perspectiva haveria um distanciamento do enfoque dado a este breve estudo.

Há previsão constitucional da necessidade de criação e implementação da Defensoria Pública estadual em todos os estados-membro do país, contudo em flagrante inconstitucionalidade em razão da omissão estatal, ainda não existe Defensoria Pública instalada em todo o território nacional, capaz de atender aos necessitados.

Em muitos dos estados federados o serviço de prestação de assistência jurídica gratuita é prestado por advogados inscritos na ordem que, em convênio celebrado com órgão do Poder Executivo, recebem honorários por atos praticados, este tipo de convênio existe nos estados em que não há Defensoria Pública criada ou quando a estrutura desta é deficiente.

Esta inércia estatal pode ser justificada em razão de que para o estado não é conveniente a criação e aparelhamento de um órgão que, potencialmente, litigará contra o próprio estado, posto que este é responsável pelo descumprimento dos direitos sociais assegurados pela Constituição.

Neste trabalho procura-se demonstrar a importância da atuação judicial mais efetiva, como condição para a efetivação dos direitos sociais, e como a criação da Defensoria Pública como órgão independente capaz de amparar os excluídos é condição para que estes direitos sejam assegurados e efetivados, ainda que mediante implementação judicial.

1. PREVALÊNCIA DO JUDICIÁRIO

A atuação judicial mais efetiva se dá, inclusive, em razão do sistema de controle de constitucionalidade adotado pelo ordenamento brasileiro, e até mesmo em razão da evolução histórica do Estado de Direito. Se por um lado, no momento da luta pela conquista de direitos, coube ao Legislativo esta prevalência em detrimento das demais funções estatais, a realidade atual faz com que se sobressaia o Judiciário.

Segundo Montesquieu, com a Revolução Francesa foi inaugurado o chamado “período legislativo”, que pregava a “onipotência do legislador” em oposição às monarquias absolutas. A lei representava a democracia, o ideal iluminista da razão humana e a segurança

jurídica. Neste período os juízes eram considerados como boca da lei. (MONTESQUIEU, 2000).

Com a mudança do Estado para Estado Social no século XX, característica inovadora da Constituição mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, e do Estado Constitucional de Direito, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, o Judiciário passou a ocupar um espaço importante na justiça social com atuações mais intervencionistas.

O poder Judiciário deixa de ser mero reprodutor da lei e passa a ser garantidor da efetividade dos direitos assegurados pela lei, e, nas palavras de Streck (2011, p. 334) "escancarando as portas do mundo inautêntico do direito".

A interpretação do Judiciário seria então um meio de concretizar as normas, de trazê-las pela realidade fática que circunda o estado-juiz. Essa concretização, segundo Canotilho (2003, 1201) seria a construção de uma norma jurídica.

Essa necessidade de intervenção judicial quando existe omissão de outras funções do estado se dá em razão da crise de legitimidade do Parlamento que não mais pode ser considerado como representante do povo que o elegeu, uma vez, que na maioria dos casos acaba por representar interesses de particulares que contribuíram financeiramente para a campanha política. Nesse sentido diz-se que "o povo soberano não se reconhece mais no aparelho do Estado que o governa" (GOYARD-FABRE, 2003, p. 282).

A inércia das funções estatais tem diversos fundamentos, entre eles, o que o Legislativo mais teme é a necessidade de provação da conduta do parlamentar que precisa de votos para se manter no poder, motivo pelo qual, abordar temas polêmicos que o façam perder votos é medida que não se adota, prefere-se a inércia, enquanto o Executivo mais se utiliza da desculpa na escassez de recursos para implementar as políticas públicas que são consideradas essenciais.

1.1 Resguardando os direitos sociais

Após a efetivação dos direitos negativos, aqueles cuja a liberdade é a maior representação, o que significa que para o Estado garantir a efetividade destes basta a não intervenção na autonomia privada, resta ao Estado dar guarida aos direitos fundamentais sociais, tão consagrados na Constituição Cidadã.

Contudo, a efetivação destes direitos sociais caba por esbarrar na limitação orçamentária estatal, para implantar a maior quantidade destes e com maior alcance na população interessada, eis que surge aqui um conflito dos mais atuais na seara judicial, qual seja, a intervenção do Judiciário em demandas outrora reservadas ao Executivo e Legislativo.

Já se questiona se o Estado Social que cumpra com sua função de assegurar direitos sociais mínimos a todos é viável economicamente, vez que com a crise mundial deflagrada em 2008, muitos dos países que antes eram exemplo de justiça social, tiveram que recuar na efetivação destes direitos, caso contrário haveria uma falência de todo o Estado.

Dessa forma, já se argumenta a impossibilidade da vedação do retrocesso quanto aos direitos sociais, uma vez que não de trata de retrocesso jurídico, mas econômico, impossibilitado pelas circunstancias reais. Assim, já pode ser objeto de questionamento o tamanho do estado social que se pretende construir, posto que, em razão deste exacerbado protecionismo, haveria a possibilidade de se colocar em xeque até mesmo as prestações mínimas de um estado social.

Enquanto a Europa se preocupa em reduzir as prestações estatais conferidas aos seus cidadãos, no Brasil a preocupação ainda é com a efetivação destes direitos, no entanto, o problema que fica é, como efetivá-los de maneira a não colocar em risco o futuro do país e da estabilidade econômica tão almejada.

Há que se considerar que os padrões de desenvolvimento são bem diferenciados e que por isso não se pode comparar, se há diminuição da efetivação do direito à saúde, na Europa, é porque lá este direito é assegurado pelas condições fáticas, o que difere do Brasil, que engatinha rumo a tentar assegurar o que é mais salutar, direito a atendimento por um sistema de saúde eficiente, que está longe de ser construído.

Muito contestado é o posicionamento do Judiciário que adentra na seara da efetivação das políticas públicas. Observe-se que políticas públicas podem ser entendidas por uma situação que "designa a atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem marcada separação entre Estado e sociedade". (GRAU, 2008, p. 25)

A efetivação de políticas públicas tem estreita ligação com a ideia de democracia, posto que, as escolhas e as consequências destas são oriundas de procedimentos específicos para serem tomadas, além do mais, a fiscalização da implementação destas políticas compete ao destinatário destas: a população.

> [...] qual o grau de transparência ou de sigilo que se requer em cada caso, qual a previsibilidade de que se pode dispor, qual o impacto que se pode causar, qual o sentido da política, verificados seus beneficiários a curto, médio e longo prazo? Qual a responsabilidade do Estado na implementação da política pública? Responsabiliza-se por prejuízos causados a indivíduos singulares, ou não? Responsabiliza-se pelo insucesso, ou seja, pelo resultado da política, ou apenas pelos meios? Os membros

> dos poderes públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, podem ser politicamente responsabilizados pela não-implementação de políticas públicas? Podem ser responsabilizados politicamente ou civilmente pela distorção ou desvio das políticas públicas? (LOPES, 2005, p. 133)

Por outro lado, alguns doutrinadores conferem às políticas públicas um ideal mais amplo, que consistiria no procedimento e execução de serviços públicos, e, por isso, o Estado seria contemplado com diversas espécies de políticas públicas, classificadas de acordo com o serviço público que a política efetivará.

> As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. Em todas as áreas o Estado deve possuir políticas públicas de forma clara e precisa, na busca de melhor desempenho de suas atividades estatais. As principais políticas públicas são: política econômica, política educacional, política habitacional, política ambiental, política previdenciária, política de saúde e política de segurança pública. A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços públicos caracterizam a execução material da função.
>
> Na sua atuação, o Estado desempenha inúmeras atividades, prestando serviços públicos essenciais e não essenciais, de relevância pública ou não. Para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, as chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado. (SANTIN, 2004, p. 34-35)

Observe-se que as políticas públicas têm estreita ligação com a efetivação das promessas constitucionais, especialmente no que diz respeito aos direitos sociais. Tem o significado de escolhas políticas, posto que a implementação destas possibilita ao Estado alcançar os objetivos de prestação de serviços públicos, responsabilidade deste. Saliente-se

que pelo significado de prestação de serviços públicos, as políticas públicas não são consideradas em um só ato, mas em um processo, uma sequência de atos, que inicia nas escolhas e finaliza na efetivação das políticas.

No entanto, no meio deste ciclo de escolhas políticas, muitas destas deixam de ser realizadas e, quando muito, são realizadas de forma ineficaz, não atendendo à demanda ou o fim a que se destina, surge então o impasse entre as funções estatais, quer pela inércia e omissão, quer pela inefetividade, o que acaba originando a necessidade de intervenção judicial, a fim de que, o mínimo, o essencial, seja garantido via provimento jurisdicional.

É neste conflito de funções estatais que a Defensoria Pública surge como órgão essencial à Justiça, posto que nos locais onde esta está devidamente instalada cumpre a ela a função de socorrer os jurisdicionados e levar ao Judiciário as questões referentes à necessidade de disponibilidade de vagas em creche, atendimento médico e urbanização.

2. ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA: EFETIVANDO DIREITOS SOCIAIS

Há previsão constitucional de que o acesso à Justiça aos hipossuficientes de recursos financeiros deve se dar por meio de um órgão responsável pela prestação da assistência jurídica integral e gratuita àqueles que declararem insuficiência de recursos o que significa a redemocratização do acesso à Justiça que, por muito tempo, era vista como um privilégio e, até mesmo, atualmente, embora em menor grau, significa um privilégio para aquele que pode arcar com o ônus da demora do processo.

O acesso à justiça é direito fundamental que concretiza a cidadania, tendo em vista que o Estado atua como o instrumento da sociedade civil para possibilitar a efetivação dos direitos fundamentais (Gonçalves e Brega Filho, 2010).

Considerando a tripartição dos poderes divulgada por Montesquieu a função jurisdicional representa o próprio estado-juiz o responsável por aplicar o direito ao caso concreto.

Ao mencionar os obstáculos ao acesso à Justiça, CAPPELLETTI e GARTH fundamentam a insuficiência de recursos financeiros como objeto da primeira onde renovatória:

> Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar serviços jurídicos para os pobres [...] A consciência social que redespertou, especialmente no

> curso da década de 60, colocou a assistência judiciária no topo da agenda das reformas judiciárias. (1988, p. 31-33)

Não se pode impor àquele que não tem condições financeiras o ônus de lutar pelo seu direito a todo custo, pois é função do Estado garantir que pessoas vulneráveis tenham acesso à Justiça, até mesmo porque estas já estão em condição desfavorecida, impor a estas a contratação de um advogado às suas expensas seria o mesmo que prejudicá-la duas vezes, quando não significa o perdimento do próprio direito lesado.

Nesse sentido são as palavras de Neme e Moreira (2011, p. 23), quando se referem ao direito à tutela jurisdicional efetiva:

> Um grupo socialmente minoritário deve ter assegurado, em um Estado Democrático de Direito, a inclusão social com respeito para suas diferenças, como forma possível de abolição da discriminação. Essa luta não pode ser travada nas ruas, "no braço", mas através de mecanismos inerentes aos Poderes instituídos do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário).
>
> A violação de direitos fundamentais dos "excluídos" diariamente é objeto de denúncia perante o Ministério Público e o Poder Judiciário. Neste contexto, o prazo razoável do processo, como direito fundamental, mostra-se como importante remédio a contribuir para a inclusão social. Apenas para exemplificar, refletimos sobre dois exemplos: a) mulher: as dificuldades suportadas pela mulher em sociedade merecem profunda reflexão e abordagem nas suas mais variadas nuanças.
>
> Em sociedade, no tocante à identidade de gênero, não se garantiu plenamente à mulher o direito à igualdade de chances na concorrência por postos de trabalho, prestigio social, diplomas, poder político, sem dizer o número alarmante de casos de agressão física e moral em relação àquela. Há dúvida que a morosidade da justiça pode acarretar perecimento de direito da mulher? E isso não é causa de agravamento de exclusão social do supracitado grupo social? b) crianças: situação específica: adoção. Inúmeras crianças aguardam em "casa abrigo" o seu encaminhamento "à adoção". O sentimento geral é pela demora na tramitação de processo deste gênero.
>
> Há dúvida do dano à saúde psíquica da criança na demora de seu encaminhamento a uma família? E isso também não é causa de agravamento de exclusão social do supracitado grupo social?

> Poderíamos ainda, citar questões referentes aos idosos, portadores de deficiência física, dentre tantos outros excluídos, cuja morosidade da justiça (que possuem causas diversas) implica no agravamento da exclusão social. E essa exclusão social leva ao esgarçamento do tecido social, agravando o processo de discriminação social, gerando crise de legitimidade nas instituições, com agravamento da criminalidade, justamente porque o Estado acaba não sendo capaz de gerar oportunidades para todos, a promover solidariedade entre estranhos, já que o Estado Nacional está constantemente, em sua ordem interna, sendo desafiado por uma perceptível força explosiva do multiculturalismo.

A criação da Defensoria Pública pode garantir a consecução dos objetivos da República Federativa do Brasil[8], sem os quais a manutenção da desigualdade social e do estado de inconstitucionalidade para com os desprovidos de recursos se perpetuará.

Inicialmente, como forma de possibilitar a defesa dos interesses daqueles que não possuem suficiência de recursos há previsão da Lei da Justiça Gratuita, lei da década de 50 que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Referido diploma normativo prevê que aquele que declare não possuir recursos suficientes gozará de direito à prestação da justiça gratuita que prevê a isenção de custas judiciais[9]. Esta isenção é possível, ainda que a parte contrate advogado particular para representá-la.

Para concessão dos benefícios da Justiça gratuita impende verificar se o beneficiário não tem dinheiro para pagar pelo custeio de uma ação. (SILVA, 2006).

Embora, atualmente, nos casos de contratação de advogado particular, muitos magistrados têm exigido a comprovação da insuficiência de recursos para deferir o pedido de assistência judicial gratuita, não deve ser este o posicionamento mais adequado, posto que a própria lei menciona que a simples declaração é suficiente. Assim, a comprovação da ausência de recursos para a concessão da justiça gratuita deve ser exigida como exceção à regra de simples declaração, sob pena de se afrontar até mesmo o princípio da boa fé objetiva.

Ainda que a Constituição preveja que a justiça gratuita será concedida àquele que comprovar a insuficiência de recursos, esta não é a medida mais adequada, uma vez que, a

---

[8] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[9] O hipossuficiente pode fundamentar seu pedido nos dispositivos da Lei n° 1.060 de 05 de fevereiro de 1950 que estabelece normas para concessão de justiça gratuita aos necessitados, bem como o disposto no artigo 5°, inciso LXXIV, da Constituição Federal, o qual garante que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

produção de prova negativa é inviável. Deste modo, compete à parte adversa suscitar impugnação aos benefícios da justiça gratuita, documentando o porquê desta argumentação.

A Constituição Federal no capítulo que trata da advocacia pública menciona que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa dos necessitados, conforme dispõe o artigo 134.

No entanto, quase 25 anos após a promulgação da Constituição Cidadã não é o que se pode visualizar. Embora a legislação que cria a Defensoria[10] esteja produzindo efeitos em todos os Estados do país.

Não se pode dizer o mesmo da instalação da instituição, posto que no Estado de maior demanda jurisdicional a Defensoria só está instalada nos grandes centros urbanos, pois respeita a ordem de necessidade para instalação, dessa forma a defesa dos necessitados se dá com a atuação de defensores públicos concursados e de advogados dativos, por meio de convênio celebrado com a ordem dos advogados do Brasil.

Existiam ações judiciais que questionavam a expansão da atividade da Defensoria, que, por meio de Convênios com universidades que mantinham o Curso de Direito atuavam na representação dos interesses dos assistidos, em regra, com fiscalização mais assídua sobre os recursos empregados e teses institucionais defendidas.

Contudo, em 2012 o Supremo decidiu que a Defensoria Pública tem autonomia administrativa (conforme dispõe o artigo 134, § 2º, Constituição Federal) para realizar convênios com outras instituições, não havendo que se falar em exclusividade na manutenção do Convênio com a Ordem dos Advogados do Brasil, seção de São Paulo.

A discussão surgiu para saber se a previsão de convênio exclusivo – previsto no artigo 109 da Constituição de São Paulo e no artigo 234 da Lei Complementar 988/2006 – e imposto à Defensoria Pública do Estado de São Paulo agrediria ou não a autonomia funcional, administrativa e financeira prevista para as Defensorias Estaduais pelo artigo 134, parágrafo 2º, da Constituição Federal. A Constituição do Estado de São Paulo autoriza, no artigo 109, a designação de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para suprir a falta de defensores públicos, mediante a celebração de convênio entre o Estado e aquela instituição.

Nos estados em que não há Defensoria instalada, ou que por vezes a infraestrutura do órgão não é suficiente para atender a demanda da população carente, o serviço continua sendo

---

[10] Segundo a lei complementar 80/1994:
Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

prestado por advogados inscritos no convênio e por Faculdades de Direito, que prestam tal serviço como parte integrante do estágio supervisionado, seguindo as diretrizes da Resolução nº 9 de 2004 do Ministério da Educação.

Os Escritórios de Assistência Jurídica Gratuita ou Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito possuem, neste caso, duas finalidades que se complementam: a atuação prática seria um laboratório do Curso de Direito e a Assistência Jurídica, a função social do curso sendo aplicada desde a graduação (SILVA, 2006).

Contudo, ainda que com tais opções, não se pode dizer que o acesso à justiça, nestes casos, seja efetivo, uma vez que a prestação destes serviços se dá eminentemente na seara judicial, pois não há possibilidade de remuneração de advogados na via administrativa.

Eis aqui mais um empecilho para a efetivação do acesso à Justiça, posto que muitas questões poderiam ser resolvidas mediante intervenção administrativa e até mesmo conscientização acerca dos direitos dos assistidos, é o que acontece, por exemplo, no caso da Defensoria Pública de São Paulo que, na capital conta com o apoio de núcleos específicos, capazes de intermediar e divulgar efetivação de direitos dos vulneráveis (minorias).

Para Mattos, a criação da Defensoria Pública como órgão estatal "[...] é absolutamente necessária para a concretização deste direito fundamental e fomentador de todos os outros direitos, em especial no que se refere à prestação de serviços jurídicos extraprocessuais" (2011, p. 96, 97).

A criação de uma instituição independente e com aparato financeiro para desempenhar o seu mister é salutar para garantir o acesso à justiça efetivo, pois, na maioria das vezes, a parte vulnerável não tem condições de arcar com o ônus da demora na prestação do serviço judicial.

Contudo, embora tenha havido projeto de lei, de autoria da própria bancada do governo, que regulamentasse a autonomia financeira da Defensoria Pública, a Presidente da República o vetou sob o fundamento de que seria contrário ao interesse público.

Garantir a existência da instituição não significa garantir a efetividade de sua atuação, assim, interesses políticos ainda contribuem para a ineficácia de direitos fundamentais, vez que a Defensoria Pública, instituição que visa dar efetividade a estes direitos, ainda luta constantemente para efetivamente existir.

O Estado Constitucional de Direito só será efetivo quando as lesões a direito puderem ser efetivamente amparadas pelo Judiciário, de forma que a desigualdade social não seja obstáculo ao acesso efetivo à Justiça, de modo que exista paridade de armas entre litigantes.

3. AMPLIAÇÃO DA LEGITIMIDADE DA DEFENSORIA PÚBLICA

Após a inércia estatal na criação de Defensorias Públicas e na disponibilidade de aparato técnico e econômico para dar efetividade ao órgão se discute a ampliação das atividades da instituição.

É atribuição institucional da Defensoria Pública a atuação na prevenção de conflitos e mediação destes, como forma de se possibilitar um acesso à Justiça eficiente, no qual os interessados resolvam a lide e não apenas cumpram uma decisão judicial imposta.

A Defensoria Pública também deve ser responsável pela desjudicialização dos conflitos. Esta atuação se dá com o apoio de seu corpo técnico, daí a necessidade de dar guarida à instituição, de forma que se possibilite que esta atuação não seja apenas judicial, mas extrajudicial, através da mediação de conflitos, por exemplo.

Não cumpre com a determinação constitucional o estado-membro que cria a Defensoria, mas não a concede um aparato adequado para que esta realize a sua própria função institucional, que vai muito além da representação judicial daqueles que não possuem recursos financeiros suficientes para arcar com o ônus do processo.

Como consequência desta ampliação de competência da Defensoria Pública tem-se a alteração na legislação que regula a Ação Civil Pública, incluindo entre os legitimados para a sua propositura o Defensor Público.

Nas palavras de Didier Júnior e Zaneti Júnior (2012, p. 218):

> Para que a Defensoria Pública seja considerada como “legitimada adequada” para conduzir o processo coletivo, é preciso que seja demonstrado o nexo entre a demanda coletiva e o interesse de uma coletividade composta por pessoas “necessitadas”, conforme locução tradicional. Assim, por exemplo, não poderia a Defensoria Pública promover ação coletiva para a tutela de direitos de um grupo de consumidores de Play Station III ou de Mercedes Benz. Não é necessário, porém, que a coletividade seja composta exclusivamente por pessoas necessitadas. Se fosse assim, praticamente estaria excluída a legitimação ativa da Defensoria Pública quando o interesse protegido fosse comum a todas as pessoas, carentes ou não.

Quando verificada a legitimação da Defensoria Pública não se deve questionar se as pessoas as quais ela representa seriam ou não necessitadas, uma vez que a decisão pode beneficiar a todos.

No entanto, tal alteração legislativa tem sido objeto de contestação pelo Ministério Público, sob o argumento de que esta modalidade de tutela seria mais restrita e, que não competiria à Defensoria Pública atuar na representação dos interesses tutelados via Ação Civil Pública, uma vez que esta competência seria do Ministério Público.

Tal questionamento já foi objeto de Recurso Especial questionando a legitimidade da Defensoria Pública para atuar na representação de interesses transindividuais, tendo em vista que para esta tutela haveria o Ministério Público.

Ora, tratando-se de direitos transindividuais, garantir que outro órgão, também em representação à função do Estado, atue visando garantir a proteção destes direitos seria nada mais do que conceder eficácia ao mandamento constitucional, defender argumento contrário significaria a restrição da efetividade destes direitos, o que não corresponde aos objetivos da Constituição.

A exclusão da Defensoria Pública do rol dos entes legitimados para a propositura da ação civil pública, notadamente para a hipótese dos direitos difusos, segue o caminho inverso do ideal democrático-participativo e da ampliação do acesso à justiça, pois pretende concentrar, e não descentralizar, tal "poder" de intervenção judicial em questões atinentes a direitos difusos.

Observe-se que a simples possibilidade de beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes já indica a competência da Defensoria Pública para o ajuizamento da ação civil pública.

Existe ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público questionando a constitucionalidade da alteração legislativa que inseriu a Defensoria Pública no rol de legitimados para a propositura da ação civil pública, ADI 3.943.

Na relatoria da ADI está a Ministra Carmem Lúcia, sendo que nesta foi deferida a intervenção de diversos *amicus curiae*, entre eles a Associação Nacional dos Defensores Públicos, que tentam demonstrar a pertinência entre a atuação da Defensoria Pública e a tutela dos interesses coletivos, desde que, haja possibilidade de benefício de hipossuficientes.

Segundo entendimento da Professora ADA PELEGRINNI GRINOVER, em parecer ofertado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943, "seria até mesmo um contra-senso a existência de um órgão que só pudesse defender necessitados individualmente, deixando à margem a defesa de lesões coletivas, socialmente muito mais graves".

Como crítica ao posicionamento do Procurador Geral da República em parecer nos autos da ADI 3.943, Pereira e Fensterseifer (2010) argumentam que a legitimidade da

Defensoria Pública no ajuizamento de ações civis públicas atenderia às "verdadeiras questões de tutela coletiva", especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais dos necessitados.

Este posicionamento seria ainda mais enfático no que diz respeito ao público que a Defensoria deve atender, sendo que a legitimidade da Defensoria seria, em regra, ampla. Contudo, observe-se que é possível de antemão verificar quando o resultado da demanda pode beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.

Nas palavras de Pereira e Fensterseifer (2010, p. 7):

> Nesse sentido, o art. 4º, inciso VII da Lei Complementar 80/94, com redação dada pela Lei Complementar 132/09, traz um diretriz normativa para a questão, ao estabelecer a possibilidade de a Defensoria Pública promover a ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos "quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes". Da forma como foi redigido tal dispositivo, não resta dúvida de que, havendo a "mera possibilidade" de serem beneficiadas pessoas necessitadas – mesmo que não somente elas – com a propositura de ação civil pública, a Defensoria Pública estará plenamente apta e legitimada a fazê-lo.

Algumas alterações legislativas recentes demonstram a ampliação da competência da Defensoria, sobretudo, como órgão responsável pela promoção do efetivo acesso à justiça, é o caso, por exemplo, de alterações promovidas na Lei de Execução Penal[11] e do Código de Processo Penal[12] que contribuíram para reafirmar a essencialidade da instituição.

A primeira alteração incluiu a Defensoria Pública na lista de órgãos da execução penal tornando-a corresponsável pela execução da pena e da medida de segurança, enquanto que a segunda tornou obrigatório o envio, dentro de 24 horas, da cópia dos autos de prisão em flagrante para a Defensoria Pública quando o preso não indicar um advogado.

A ampliação na atuação da Defensoria Pública visa garantir o amparo ao cidadão que, desprovido de recursos financeiros não tem acesso ao Judiciário para amparar seus direitos lesados. Ainda mais, a instituição quando é fortalecida ganha respaldo estatal para ter a sua atuação ampliada e garantir o efetivo acesso à justiça, que pode ser possibilitado também na via administrativa.

---

[11] Lei nº 12.313/2010 – alterou a LEP
[12] Lei 12.403/2011

Enfim, a atividade da Defensoria Pública deve se dar sempre que a assistência de um advogado possa contribuir para a regularidade do ato, e se em caso de pessoa com capacidade financeira esse direito seria resguardado, porque, em razão da vulnerabilidade econômica este direito seria diminuído?

Essa previsão de ampliação na atuação da Defensoria Pública encontra respaldo no documento intitulado 100 regras de acesso à Justiça, que são regras de Brasília sobre acesso à Justiça das Pessoas em condição de vulnerabilidade.

O texto foi elaborado, com o apoio do Projecto Eurosocial Justiça, por um Grupo de Trabalho constituído na Conferência Judicial Ibero-americana, da qual também participaram a Associação Ibero-americana de Ministérios Públicos (AIAMP), a Associação Interamericana de Defensores Públicos (AIDEF), a Federação Ibero-americana de Ombudsman (FIO) e a União Ibero-americana de Colégios e Agrupamentos de Advogados (UIBA).

As Regras de Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade foram aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, que ocorreu em Brasília durante os dias 4 a 6 de Março de 2008.

Nesse sentido, segundo o documento acima descrito:

> Secção 2ª.- Assistência legal e defesa pública
>
> 1.- Promoção da assistência técnica jurídica à pessoa em condição de vulnerabilidade
>
> (28) Constata-se a relevância da assessoria técnico-jurídica para a efectividade dos direitos das pessoas em condição de vulnerabilidade:
>
> • No âmbito da assistência legal, ou seja, a consulta jurídica sobre todas as questões susceptíveis de afectar os direitos ou interesses legítimos da pessoa em condição de vulnerabilidade, inclusive quando ainda não se iniciou um processo judicial;
>
> • O âmbito da defesa, para defender direitos no processo perante todas as jurisdições e em todas as instâncias judiciais;
>
> • E em matéria de assistência letrada ao detido.
>
> (29) Destaca-se a conveniência de promover a política pública destinada a garantir a assistência técnico-jurídica da pessoa vulnerável para a defesa dos seus direitos em todas as ordens jurisdicionais: quer seja através da ampliação de funções do Defensor Público, não somente na ordem penal mas também noutras ordens jurisdicionais; quer seja através da criação de mecanismos de assistência letrada: consultorias jurídicas com a participação das universidades, casas de justiça, intervenção de colégios ou barras de advogados

A atuação da Defensoria Pública tende a aumentar na medida em que a Instituição passe a contar com o aparato financeiro necessário, pois, como instituição que visa dar guarida aos direitos humanos, direitos das minorias e dos hipossuficientes, se torna verdadeira guardiã do Estado Social de Direito, na implementação de políticas públicas que visem dar efetividade aos direitos outrora conquistados.

CONCLUSÃO

A redemocratização e a adoção pelo Brasil de uma Constituição analítica e, por vezes, prolixa são a origem do agigantamento do Judiciário, que, atualmente, pode ser percebido, até mesmo pelo cidadão comum.

Este acesso à Justiça como direito fundamental, que se coloca, verdadeiramente disponível ao cidadão é recente no país e, em algumas regiões está em vias de implementação (com a criação e aparelhamento da Defensoria Pública Estadual).

É fato que o Judiciário se tornou mais próximo da população, em razão de ser o local no qual as pessoas conseguem resguardar aquele direito mínimo que tanto lutam, seja á moradia, às vagas em creche ou á entrega de um medicamento negado pelo Sistema Único de Saúde.

O Judiciário está mais próximo da população e aquela cultura de que só quem tem dinheiro consegue litigar, pode ser alterada, em razão da efetividade do acesso á Justiça. Como característica, talvez, desta maior proximidade do povo, as sessões do Supremo passaram a ser transmitidas ao vivo, e questões polêmicas, que antes cingiam-se às conversas dos operadores do Direito, podem hoje ser ouvidas, na medida do conhecimento leigo, em muitos lugares. Bem ou mal, é uma aproximação que tende a mudar a cultura do país.

Toda esta mudança, sobretudo cultural, tem sido alvo de questionamentos acerca da intervenção judicial na seara que antes era reservada ao Legislativo e ao Executivo. Uma vez que, o Judiciário, ainda que inerte por natureza, tem se manifestado mais próximo das mazelas sociais quando acionado.

Enquanto no século passado a luta era pela conquista de direitos, igualdade, emprego, salário mínimo, direitos trabalhistas, chega a hora em que estes devem ser efetivos. Pois bem, a intervenção judicial em áreas outrora dominadas pelas demais funções estatais é fruto da necessidade de se efetivar os direitos fundamentais que foram assegurados pelo próprio texto constitucional.

Nesta pesquisa não se teve como objetivo a discussão da efetividade das normas constitucionais, quanto à eficácia, posto que sob esta perspectiva haveria um distanciamento do enfoque dado a este breve estudo.

Objetivou-se demonstrar que os direitos sociais necessitam de efetividade e que a instituição Defensoria Pública, pode ser um dos órgãos responsáveis por dar maior celeridade a esta efetivação, vez que compete a ela a tutela dos hipossuficientes.

Dessa forma, a evolução legislativa que se vê, com a intenção de ampliar a atuação da Defensoria Pública nada mais significa do que a preocupação do legislador infraconstitucional com a tutela dos direitos fundamentais. Assim, a tendência desta ampliação representa avanço na proteção destes direitos e deve ser considerada benéfica ao Estado de Direito e, não o contrário, como algumas instituições tendem a argumentar.

Assim a atuação judicial mais efetiva que vise dar amparo aos direitos sociais, ainda que supra a omissão das demais funções estatais é viável e necessária, ainda que não seja o ideal, é o que no momento existe à disposição.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

_____, **Lei Federal nº 1060,** de 05 de fevereiro de 1950.

_____, **Lei Complementar nº 80,** de 12 de janeiro de 1994.

_____, **Lei Federal nº** 12.313/2010.

_____, **Lei Federal** 12.403/2011.

_____, **Ministério da Educação e Cultura**. Resolução nº 09 de 29 de setembro de 2004.

_____, **Superior Tribunal de Justiça**. ADI 3.943. Disponível em www.stj.jus.br, acesso em 02.03.2013.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, André Luís Machado. **Veto a autonomia financeira da Defensoria surpreende.** Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-dez-31/andre-luis-veto-autonomia-financeira-defensoria-publica-surpreende, acesso em 04.03.2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. Processo Coletivo. Volume 4. 5ª edição. Editora Juspodivm, Salvador, 2012.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa; BREGA FILHO, Vladimir. **Descesso à justiça como fator de inclusão social.** In: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010, Fortaleza. **Anais eletrônicos**... Fortaleza: CONPEDI, 2010.
<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3055.pdf.>

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública formulado no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943 (STF).** Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/542_ADI3943_pareceradapellegrini.pdf. Acesso em 12.07.2013.

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

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado social de direito**. In: FARIA, José Eduardo (org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2005.

MATTOS, Fernando Pagani. **Acesso à Justiça: um princípio em efetivação. Curitiba**: Juruá, 2011.

MENDONÇA, Camila Ribeiro. **Defensores são contra mudanças na gestão do convênio.** Disponível em http://www.conjur.com.br/2011-dez-07/defensoria-proposta-oab-sp-assistencia-juridica, acesso em 05.03.2013.

NEME, Eliana Franco; MOREIRA, José Cláudia Domingues. **Acesso à Justiça como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais: possibilidades do sistema interamericano de proteção dos direitos do Homem.** Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica - UENP. Nº14 (janeiro/junho) – Jacarezinho, 2011.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PEREIRA, Felipe Pires; FENSTERSEIFER, Tiago. **A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública em defesa de direitos difusos: algumas reflexões**

ante o advento da Lei Complementar 132/09. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 4, 01 jul. 2010. Acesso em: 30 ago. 2011.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Luiz Marlo de Barros. **O acesso ilimitado à Justiça através do Estágio nas Faculdades de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OS PRECEDENTES VINCULANTES SÃO NORMAS?

Jaime Domingues BRITO

Tiago Domingues BRITO

RESUMO

A tentativa de se implantar precedentes vinculativos no Brasil vem desde longa data. Um dos momentos culminantes nessa implantação está atrelada ao advento da súmula vinculante. Mas, são esses precedentes vinculantes normas jurídicas? Esse trabalho exatamente tenta apresentar resposta a essa questão, mediante análise das discussões que surgiram ao se tentar implantar o sistema precedentalista no Brasil, bem como das características da súmula e seu efeito vinculante, como, por último, as bases para a jurisprudência vinculante.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes, Normas, Características, Jurisprudência

ABSTRACT

The attempt to establish binding precedent in Brazil has been long-standing. One of the highlights in this deployment is linked to the advent of stare decisis. But these precedents are binding legal rules? This work tries to present exact answer to this question through analysis of the discussions that arose when trying to deploy the system precedentalist in Brazil, as well as the characteristics of the scoresheet and its binding effect, as, finally, the basis for the case binding.

KEYWORDS: Foregoing, Standards, Specifications, Jurisprudence

INTRODUÇÃO

A ideia de se instituir precedentes com efeitos vinculantes no Brasil não é nova e, por outro lado, não se pode negar que a existência dos referidos precedentes vinculativos oferecem vantagens para o aprimoramento do sistema judiciário brasileiro. Desse modo, apesar das críticas que se voltam contra esse método ainda persistirem mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45, mostra-se possível, sim, a manutenção do sistema que envolve

os precedentes vinculantes. Mas são esses precedentes normas jurídicas? Esse trabalho exatamente tenta apresentar resposta a essa questão.

1. AS TENTATIVAS DE INSTITUIÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL

Em verdade, a tentativa de se adotar, no sistema judiciário brasileiro, o método relativo a precedentes que apresentem força vinculante, vem desde as denominadas "*fazañas y alvedrios",* transformados pelas Ordenações Manuelinas e pelas Ordenações Filipinas nos *assentos da Casa da Suplicação*[13]. O que tem sido buscado, portanto, é uma fórmula que assegure, de fato, uma resposta judiciária de boa qualidade, e ainda *(...) justa, jurídica, tempestiva e econômica), e preserve a independência funcional e a persuasão racional do julgador*, isso segundo Mancuso[14], para quem

> O encontro da solução idônea a resolver essa equação passa pela questão premonitória da desejável *isonomia da resposta judiciária*, que é o contraponto do Direito subjetivo público de todo jurisdicionado a que essa *dicção judiciária da lei* tenha certo grau de *previsibilidade* por modo que casos assemelhados recebam solução análoga.

Dessa maneira, pode-se dizer que o foco que se almeja com os precedentes vinculantes envolve isonomia, previsibilidade jurídica e segurança jurídica. E tanto se persegue a idéia de se ter precedentes vinculantes no Brasil que, no anteprojeto do atual Código de Processo Civil, do Prof. Alfredo Buzaid, pretendia-se consagrar a solução do antigo direito português, vale dizer, a dos assentos vinculativos.

---

[13] JANSEN, Rodrigo. A súmula vinculante como norma jurídica.*Revista dos Tribunais.* RT (838):42-74, agosto de 2005.

[14] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.* São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 178.

Barbosa Moreira[15], entretanto, ressalta que isso não se concretizou, porque a doutrina entendeu, à época, que a referida pretensão legislativa poderia provocar inconstitucionalidade, o que levou a se adotar, no Código de Processo Civil de 1973, a denominada uniformização da jurisprudência.

Registre-se ainda, em relação às tentativas de se estruturar os precedentes vinculantes, que a Constituição Federal de 1967, sob a égide do Ato Institucional nº 5/68, com a Emenda nº 7/77, na alínea *l*, do inciso I de seu artigo 119, estabeleceu que competiria ao Supremo Tribunal Federal *processar e julgar originariamente a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual.*[16]

Importante destacar que o Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal, por intermédio de seu artigo 187, ao regular os procedimentos do referido artigo 119 da revogada Constituição, dispôs o seguinte:

> Art. 187. A partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos.

Ainda na tentativa de se adotar precedentes obrigatórios no sistema brasileiro, com o advento da Constituição de 1988, ao que se seguiu as edições Emenda Constitucional nº 3/93 e da Lei nº 9.882/99, formaram-se o conjunto de ações de controle concentrado de constitucionalidade, cujas eficácias são *erga omnes* e dotados de efeito vinculante (ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade e de arguição de descumprimento de preceito fundamental; Cf. § 2º do art. 102 da CF e § 3º do art. 10 da Lei 9.882/99).

---

[15] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V.* 7. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 7.

[16] Eis a redação do referido dispositivo da Constituição anterior:
"Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:
I – processar e julgar originariamente:
(...)
l) "a representação do Procurador Geral da República, por inconstitucionalidade ou para interpretação da lei ou ato normativo federal ou estadual;"

Ademais, o Código de Processo Civil, a seu turno, vem sofrendo, como se sabe, inúmeras alterações, o que também tem acontecido na legislação trabalhista, pelo que é de se enumerar, dentre outras, as seguintes mudanças que indicam a busca pela implantação, no Brasil, do sistema de precedentes obrigatórios:

i) a Lei nº 9.139/95, que permitiu, com a redação emprestada ao art. 557 do CPC, que o relator negue seguimento a recurso contrário à súmula do respectivo tribunal ou do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunais Superiores;

ii) a Lei nº 9.756/98, que acrescentou o § 1º-A ao art. 557, do CPC, para permitir que o relator dê provimento a recurso quando a decisão recorrida se apresentar em confronto não só com a súmula como também em relação à jurisprudência dominante do Supremo ou de Tribunal Superior, com o que, par disso, também alargou os poderes do relator em negar seguimento a recursos contrários à súmula ou em confronto com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou do tribunal superior;

iii) ainda a Lei nº 9.756/98, que alterou o parágrafo único do art. 120, do CPC, atribuindo competência para o relator decidir conflito de competência quando já houver jurisprudência dominante sobre a questão levantada; e, ao acrescentar o parágrafo único ao art. 481, também do CPC, dispensou o pronunciamento do plenário ou órgão especial dos tribunais em incidentes de arguição de inconstitucionalidade em que a matéria já tiver sido decidida por referidos órgãos ou pelo Supremo Tribunal Federal;

iv) de igual forma, ainda a Lei nº 9.756/98, introduziu alterações nos arts. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, que passou a vigorar com a seguinte reda*ção:*

> Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:
>
> a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou a Súmula de Jurisprudência Uniforme dessa Corte;
>
> b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância

obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a;

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

iv) a Lei nº 12.232/2010, que alterando o anteriormente disposto pela nº 9.756/98, deu nova redação ao art. 544 do Código de Processo Civil e estabeleceu, nas alíneas *b* e *c* do inciso II do § 4º do mesmo art. 544, o seguinte:

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo nos próprios autos, no prazo de 10 (dez) dias.

(...) § 4º. No Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do agravo obedecerá ao disposto no respectivo regimento interno, podendo o relator:

I – (...)

II – conhecer do agravo para:

a) (...)

b) negar seguimento ao recurso manifestamente inadmissível, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal;

c) dar provimento ao recurso, se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante no tribunal.

Além disso, o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, ao criar a súmula vinculante, trouxe, por assim dizer, um novo momento da hermenêutica constitucional, que aponta, sem dúvida alguma, para uma direção comum, qual seja e segundo as palavras de Patrícia Perrone Campos Mello[17], a de atribuir *força vinculante e geral aos precedentes judiciais* e representa a aproximação do sistema jurídico brasileiro, de modelo de direito codificado-continental (*civil Law)*, ao sistema da *common Law*, sistema este que tem como

[17] MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo.Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1.

idéia central a vinculação de seus julgados como força a influenciar os julgamentos posteriores, desde que, como já demonstrado, a *ratio decidendi* do precedente vinculativo guarde semelhança com o novo caso a ser julgado.

Mas, a súmula vinculante, entretanto, sofre muita crítica: algumas coerentes: outras ideológicas e apaixonadas[18]. De fato, até mesmo após o advento da Emenda Constitucional nº 45, essas críticas ainda persistem, razão por que, em linhas seguintes, o foco do presente trabalho agora se voltará para:

i) as principais características das súmulas vinculantes;

ii) as bases de uma jurisprudência vinculante e para a questão relativa à natureza jurídica das atuais súmulas, quando então tentará responder se seriam elas ou não normas jurídicas.

2. CARACTERÍSTICAS DA SÚMULA E SEU EFEITO VINCULANTE

A súmula vinculante é um enunciado sintético, geral e abstrato; tem formato bastante parecido com as súmulas não vinculantes ou persuasivas e tenta expressar o conteúdo de reiteradas decisões proferidas a respeito da mesma matéria constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que deverão ser seguidos pelos demais órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública direta e indireta em todos os níveis.[19]

Resta óbvio que, no momento em que a súmula vinculante tenta, ela própria, ser a *ratio decidendi* do julgado ou dos julgados, isso faz com que se afaste das características do sistema da *Common* Law. Realmente, este último, com base na doutrina do *stare decisis*, é capaz de muito bem apartar a *ratio decidendi* da *obter dicta* e extrair, do próprio precedente, os fundamentos essenciais que irão fazer com que se aplique ou não esta mesma *ratio* ao caso que se tem mãos para julgamento.

[18] JANSEN, op. cit. p. 44.
[19] JANSEN, *op. cit*. p. 44-45.

Assim, já se vê a grande diferença que a súmula vinculante tem em relação ao sistema da *Common Law*; neste último é o precedente, ou melhor, a *ratio decidendi* dele que irá ter o efeito de vincular. Já no caso brasileiro isso está regulado no art. 103-A da Constituição Federal, *verbis*:

> Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.
>
> § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processo sobre questão idêntica.
>
> § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento da súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor ação direta de inconstitucionalidade.
>
> § Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

O efeito vinculante é a principal característica da súmula. Já havia referido efeito com a EC 3/93, que veio somar-se à conhecida eficácia *erga omnes*[20]. Mas, a propósito, há diferenças entre eficácia *erga omnes e* o efeito vinculante? Jansen, na obra aqui já citada,

[20] A expressão efeito vinculante apareceu, pela primeira vez, no texto constitucional, com a EC nº 3/93, com a criação da ação declaratória de constitucionalidade e aparecia como um *plus* à já conhecida eficácia *erga omnes*, típica da ação direta de inconstitucionalidade (Jansen, op.cit., p. 45).

alerta que não é fácil fazer a distinção entre os dois institutos e com base no escólio de Gilmar Mendes que, por sua vez, se alicerça no direito alemão, diz que há divergências sobre os limites objetivos do efeito vinculante. Eis o posicionamento de Gilmar Mendes[21], no momento em que enfrentava as inovações da ação declaratória de constitucionalidade em relação à ação direta de inconstitucionalidade:

> Além de conferir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados fundamentos ou motivos determinantes (*tragende Gründe*).

Gilmar Ferreira Mendes prossegue na análise e diz que a declaração de nulidade de uma lei não obsta a sua reedição, de modo que tanto a coisa julgada como a força da lei (eficácia *erga omnes)* não iriam evitar que o legislativo editasse novamente a lei.

Já o efeito vinculante, entretanto, que advém dos fundamentos determinantes da decisão (*tragende Gründe)* impedem a nova edição de lei com o mesmo teor. De modo que, a eficácia *erga omnes*, assim como se dá a exemplo na coisa julgada, estaria limitada à parte dispositiva da sentença, enquanto o efeito vinculante abrangeria também os seus motivos determinantes (*ratio decidendi).*[22]

Portanto, a distinção entre *eficácia "erga omnes"* (força de lei) do *efeito vinculante*, mesmo sendo institutos afins, não são idênticos e segundo Gilmar Ferreira Mendes, a orientação que tem prevalecido é a de que o primeiro se refere à parte dispositiva da decisão, ao passo que o segundo, cujo objetivo é conferir maior eficácia às decisões do Supremo

---

[21] MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação declaratória de constitucionalidade: inovação da Emenda Constitucional 3/93.* Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 44, p. 120-12; *Apud* JANSEN, *op. cit*. p. 46.
[22] JANSEN, *op.cit.* p. 46.

Tribunal Federal, assegura força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos* ou *motivos determinantes*.

No que se refere às *normas paralelas*, o efeito vinculante tem o condão de impedir a aplicação de uma lei do Estado B ou C se uma lei de conteúdo semelhante do Estado A for declarada inconstitucional. O mesmo já não ocorre com a eficácia *erga omnes*[23].

Aqui, entretanto, vai uma crítica que se mostra oportuna: no Brasil os precedentes não são respeitados. Até contra os que têm efeito vinculante não são obedecidos, sob os pretextos de que isso feriria o princípio do livre convencimento e engessaria o desenvolvimento do direito.

Nos Estados Unidos da América e na Inglaterra, contudo, os precedentes, por conta da teoria do *stare decisis* são sim, obedecidos. Esse descumprimento de decisões vinculantes, aqui, equivale ao descumprimento da própria Constituição, como de resto manifestou-se o Ministro Gilmar Mendes no RE 203.498[24]:

> Ora, se ao Supremo Tribunal Federal compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, é certo que a interpretação do texto constitucional por ele fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão. Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes. Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, provocaria, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, a fragilização da força normativa da Constituição.

A súmula vinculante, portanto, veio exatamente com o propósito de tentar fazer com que se obedeça às decisões proferidas pela Corte Alta.

A vinculação da súmula, a seu turno, se desdobra: em direta e indireta. A primeira é que toca e submete o Poder Judiciário e a Administração pública, o que permite, em caso de

---

[23] CAMARGO, Marcelo Novelino. *O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. (In www.jusnavegandi.com.br*;* consulta em 15.06.2013.)
[24] JANSEN, *op.cit. p.* 47.

desobediência, o manejo de reclamação perante o Supremo (CF, 103-A, § 3º). Já indireta envolve o Poder Legislativo, como os particulares e não dá lugar à reclamação, mas gera efeitos de norma geral e abstrata, aspecto que será objeto, inclusive, do tópico que será desenvolvido a seguir.

Obviamente que se mostra patente que a súmula vinculante teve inspiração no direito norte-americano e por que não no direito inglês. Nossas fontes do direito sabidamente são as diretas (lei e costumes) e indiretas (doutrina e jurisprudência). Nos países que adotam a *Common Law* as fontes envolvem a lei, os precedentes e os costumes. Contudo, existe afirmação segundo a qual a lei, nos países que adotam a *Common Law*, somente será assimilada quando tiverem sido interpretadas pelos tribunais. É a opinião de René David[25], que assim se expressa:

> O direito, quer para um jurista americano, quer para um jurista inglês, é concebido essencialmente sob a forma de um direito jurisprudencial: as regras formuladas pelo legislador, por mais numerosas que sejam, são consideradas com uma certa dificuldade pelo jurista que não vê nelas o tipo normal da regra de direito; estas regras só são verdadeiramente assimiladas ao sistema de direito americano quando tiverem sido interpretadas e aplicadas pelos tribunais ou quando se tornar possível, em lugar de referirem a elas, referirem-se às decisões judiciárias que as aplicaram. Quando não existe o precedente, o jurista americano dirá naturalmente: "There is no Law on the point (Não há direito sobre a questão), mesmo se existir, aparentemente, uma disposição de lei que a preveja.

Nos Estados Unidos, portanto, seguem-se os precedentes, que Charles D. Cole[26] assim define:

> The legal rule used by an appellate court in the forum in which the case has been decided, applied to the relevant facts which create the issue before the court for decision. Stare decisis is the policy which requires that the courts subordinate to the

[25] DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo.* 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, p. 367, 1998.
[26] COLE, Charles D. *Comparative Constitutional Law*: Brazil *and the United States*. Lake Mary: Vandeplas Publishing, 2008, p. 14.

> appellate court establishing the precedent follow that precedent and not ‘disturb a settled point’.[27]

Aliás, o próprio Charles D. Cole[28], em trabalho editado na Revistas dos Tribunais, assim se manifestou:

> A doutrina do *stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos simplesmente significa que uma vez que a Corte de última instância no sistema judiciário federal ou estadual decida um princípio de direito para o caso em julgamento, aplicando-o a casos futuros em que os fatos relevantes sejam substancialmente os mesmos, ainda que as partes não sejam as mesmas. Portanto, ‘precedente’ é a regra jurídica usada pela Corte de última instância no local em que o caso foi decidido, aplicados aos fatos relevantes que criaram a questão de mérito levada perante a Corte para decisão. *Stare decisis* é a política que exige que as Cortes subordinadas à Corte de última instância que estabelece o precedente sigam aquele precedente e ‘não mudem uma questão decidida.

Não se pode perder de vista, ademais, as palavras de Cross e Harris[29], que se assim se expressam sobre a chave do próprio processo, o que também destaca o valor do precedente:

> If the law consists of the decisions of the judges and those decisions are based on the judge's hunches, then the way in which the judges gets his hunches is the key to the judicial process. Whatever produces the judge's hunches makes the law.[30]

---

[27] A regra legal usado por um tribunal de apelação no fórum em que o caso foi decidido, aplicado aos fatos relevantes que criam a questão perante o tribunal para decisão. *Stare decisis* é a política que exige que os tribunais subordinados ao tribunal de apelação, que estabelece o precedente sigam esse precedente e não "perturbar um ponto adquirido (decidido)".(Tradução livre do autor deste trabalho).

[28] COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura juridical dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *Common Law*. *Revista dos Tribunais.* São Paulo: RT, (752): 11-21, junho de 1998.

[29] CROSS, Rupert. HARRIS, J. W. *Precedent in English Law.* 4. ed. Oxford: Claredon Press, 2004, p. 166.

[30] “Se a lei consiste nas decisões dos juízes e essas decisões são baseadas em intuições (pressentimentos) do juiz, então a maneira pela qual os juízes apresentam suas intuições é a chave para o processo judicial. O que quer que produz intuição do juiz faz a lei.(Tradução livre do autor deste trabalho).

Portanto, as decisões de cortes superiores vinculam às de jurisdição inferiores; os precedentes das primeiras se constituem em *binding authority,* estes sim, com efeito vinculante; mas podem também ter efeito tão apenas persuasivo (*persuasives authority)).*

Já as súmulas vinculantes, contudo, têm aspecto diverso, ao menos em parte, do sistema da *Common Law*, posto que sua *ratio decidendi* é o enunciado que é elaborado, enquanto lá no sistema inglês e americano, o próprio precedente, ou melhor, a sua *ratio decidendi* é que ensejará o efeito vinculante.

Veja-se o claro posicionamento de Jansen[31] a respeito:

> A súmula vinculante, como intuitivamente se percebe, encontra parte de sua inspiração na doutrina do *stare decisis*. Há, todavia, algumas diferenças fundamentais. A primeira, mais evidente, é a de que no *stare decisis* as decisões é que são vinculantes, não existindo a figura da súmula (que é, na verdade, um extrato da decisão), o que já revela diferenças práticas na aplicação. Uma segunda diferença é a origem do efeito vinculante. Na *common-law o stare decisis* faz parte da lógica do sistema, sendo um imperativo de segurança jurídica e de respeito aos órgãos jurisdicionais superiores. Aqui, o efeito vinculante nasce de uma imposição normativa operada por emenda constitucional. Lá, portanto, é produto da maneira como tradicionalmente se compreendia o sistema. Entre nós, a norma deseja impor essa consciência nos operadores do sistema.

Passemos ao tópico seguinte.

3. BASES PARA A JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE. AS ATUAIS SÚMULAS VINCULANTES SÃO OU NÃO NORMAS JURÍDICAS?

A base que sustenta a jurisprudência vinculante seria o fato de que ela traria estabilidade, previsibilidade, segurança jurídica e igualdade. São referidos elementos ou princípios compatíveis com o avanço do direito? Traduzir-se-ia a jurisprudência vinculante em otimização do acesso à justiça?

---

[31] JANSEN, *op.cit.* p. 51.

O autor deste trabalho tem consigo que é, sim, possível ter a jurisprudência vinculante. A própria doutrina ou teoria do *stare decisis* não contém, em sua essência, a impossibilidade de se manter, de maneira irrevogável, o precedente vinculante. Isso fica bastante claro quando são investigados os instrumentos dos quais se servem as Cortes inglesas e americanas, que ora deixam de aplicar o precedente (*distinguishing*) ou então até mesmo revogam-no (*overruling*).

Ademais, segundo Charles D. Cole, os precedentes não estão gravados em pedra. Além disso, se uma Corte inferior ou juiz de jurisdição inferior tiver de não seguir o precedente, poderá ele deixar isso claro em sua decisão, desde que exista fundamentação para tanto; poderá, por exemplo, seguir o precedente e fazer constar do *obiter dicta* que não concorda com o precedente vinculante. Por que não?

O que não pode ocorrer é a situação de o juiz não seguir o precedente por entender que pode assim decidir com base no princípio do livre convencimento, expressão que carece ser analisada com todo cuidado, porque não se pode confundir, de modo algum, decisão com escolha, posto que aquela, segundo Lenio Luiz Streck[32], "(...) se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa"* que, no caso de decisões jurídicas, seria aquele que a "(...)*comunidade política constrói como direito"* que pode ser evidentemente, a nosso ver, o próprio precedente.

Como já afirmado, a súmula vinculante é um enunciado, elaborado pelo Supremo Tribunal Federal. Seu teor exatamente advém de reiteradas decisões proferidas pelo Supremo

---

[32] Sobre o livre convencimento, apropriado se mostra as palavras de Lenio Luiz Streck, no momento em que enfrenta e distingue decisão de escolha. Escreve ele: "Essa resposta (decisão) não pode – sob pena de ferimento do 'princípio democrático'-depender da consciência do juiz, do livre convencimento, da busca da 'verdade real', para falar apenas nesses artifícios que escondem a subjetividade 'assujeitadora' do julgador (ou do intérprete em geral, uma vez que a problemática aqui discutida vale, a toda evidência igualmente para a doutrina). Para efeitos do que estou debatendo neste livro, é preciso deixar claro que existe uma diferença entre *Decisão e Escolha*. Quero dizer que e a decisão – no caso, a decisão jurídica– *não pode ser entendida como um ato em que o juiz, diante de várias possibilidades possíveis para a solução de um caso concreto, escolhe aquele que lhe parece mais adequada.* Com efeito, *decidir não é sinônimo de escolher*. Antes disso, há um contexto originário que impõe uma diferença quando nos colocamos diante desses dois fenômenos. A escolha, ou a eleição de algo, é uma ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso compromete algo maior que o simples ato presentificado em uma dada circunstância.
Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrariedade*. Portanto, quando um jurista diz que o 'juiz possui poder discricionário para resolver 'casos difíceis', o que quer afirmar é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor convier...!
Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a *comunidade política constrói como direito* (ressalte-se que, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, de um todo que se apresenta como a melhor interpretação –mais adequada– do direito). (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livrarai do Advogado Editora, 2012, p. 105-106).

a respeito de matéria constitucional e que geram as conseqüências previstas na Lei Maior, vale dizer, passa a ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, federal, estadual ou municipal. Trata-se, no dizer de Jansen[33], da vinculação direta, que também escreve que *a obediência à sumula vinculante é bastante semelhante à obediência devida às normas emanadas do Poder Legislativo*, de modo que seu cumprimento poderá ser exigido por intermédio de reclamação.

Assim, o objeto deste trabalho, formulado em forma de questionamento, envolve assunto delicado e complexo, que é exatamente o de se saber se a súmula vinculante é ou não norma jurídica.

Em trabalho que o autor desta tese publicou em parceria com Eduardo Cambi[34], a referida questão não foi convenientemente enfrentada, mas antes foi dito que sob nenhum ângulo se pode concluir que a súmula vinculante seja capaz de criar uma espécie de "monismo de poder", concentrando os poderes legislativos nas mãos dos juízes. Entretanto, no que tange à natureza da súmula vinculante, no mesmo artigo, foi escrito o seguinte:

> Não se pode negar, todavia, que a súmula vinculante, embora não seja lei, tenha força de lei, na medida em que se reveste de suas características essenciais, quais sejam é geral, abstrata, impessoal e obrigatória.

Veja-se, dessa maneira, que o posicionamento acima, segundo o qual a súmula teria força de lei, faz com que o assunto seja mais bem analisado, o que exige –para que possa bem responder à indagação deste tópico– que se façam as devidas revisitações em torno do conceito de norma jurídica.

E, para dar cumprimento a essa empreitada, o passo inicial será o de conceituar o próprio direito. Isso envolve, logicamente, a busca daquilo que constitui no real essencial do próprio direito, nunca se esquecendo que o conceito do direito está atrelado ao problema supracientífico ou, em outras palavras, constitui campo da ontologia jurídica que, a seu turno,

---

[33] JANSEN, *op.cit.*, p. 53.
[34] CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime D. Súmulas vinculantes. *Revista do Processo.* São Paulo: RePro (168): 143-160.

enfrenta dificuldades, posto que se mostra impossível se ter uma definição única, concisa e universal. [35]

Essa falta de consenso entre os autores é sentida o tempo todo. Por exemplo, ao se rever algumas dentre as várias definições de direito, segundo Silvio de Macedo[36] se constata que Santo Agostinho oferece uma perfeição de síntese ao afirmar: *Jus este tranquilitas ordinis*, mostrando, assim, que o direito é um fenômeno de ordem coexistencial; já Hobbes assim define o direito: *A socialidade é um princípio natural, princípio do direito, ditado pela razão natural*, enquanto Kant, centra sua atenção em relação à liberdade, dá a seguinte definição: "*O direito é o conjunto das condições sob as quais a liberdade de um se harmoniza com a liberdade de outrem mediante uma lei geral chamada Liberdade* (Metaphysik der Sitten, 34)".

Tércio Sampaio Ferraz Júnior[37] faz um escalonamento das definições, levando em conta a natureza do próprio direito e escreve, em síntese:

i) que na orientação positivista, representado por uma codificação altamente formal, tem-se a definição de Kelsen, para quem o direito é uma ordem coativa da conduta humana que se manifesta como um conjunto de normas escalonadas;

ii) para uma orientação historicista, válido se mostra a definição de Savigny, que o direito é um conceito orgânico de institutos que expressam relações vitais e concretas, elementos vivos em constante movimento, cuja historicidade se mostra na conexão espiritual de conexão;

iii) como orientação naturalista, citada é a teoria de Von Jhering, para quem o direito é o conjunto das condições existenciais da sociedade, coativamente asseguradas;

iv) para a orientação teológica, por sua vez, é invocada a posição de Cathrein, para quem o direito tem sua raiz na vontade racional divina, sendo o seu escopo o adimplemento dos desejos de Deus, que lhe dão também os seus limites;

v) para a orientação culturalista, Miguel Reale é citado, por afirmar que o direito é uma vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores

---

[35] Veja-se a propósito os dizeres de Del Vecchio a respeito: "La definizione Del diritto in genere è una indagine che trascende la competenza de ogni singola scienza giurica ed è invece Il primo compito della Filosofia Del Diritto" (Lezione de filosofia del diritto, 9. Ed. Milano, Giuffrè, 1953, p. 2); **in** DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, vol. 1: teoria geral do direito civil. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.
[36] MACEDO, Silvio de. Direito I. In Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 25, p. 59.
[37] FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Direito II. In Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 25, p. 62 e ss.

da convivência, tratando-se, pois, de um bem cultural, uma vez que nele há sempre uma exigência axiológica, atualizando-se na condicionalidade histórica, portanto uma projeção do espírito humano com inter - subjetividade objetiva;

vi) por último, para a orientação formalista, a posição citada é de Stammler, para quem o direito é uma forma do querer, com conceito teleológico que opta por fins e a eles subordina meios (forma de querer entrelaçante, autárquico e inviolável).

Bem se vê, portanto, que se mostra impossível ter-se acordo em torno da definição por intermédio de uma fórmula única. E isso se dá porque *o direito não é unívoco, e nem tampouco equívoco*[38], mas análogo, pois designa realidades conexas ou relacionadas entre si, razão pela qual ora tem o significado ou a designação de norma, ora a autorização ou permissão dada pela norma, de modo a fazer o que ela não proíbe, ora à qualidade de justo, expandindo-se os referidos conceitos[39].

Mas é de se voltar ao que se pretendia, no sentido de se questionar se a súmula vinculante[40] é ou não norma. Para isso, convém conceituar, também, o que seja norma, ciente, contudo, segundo o escólio de Maria Helena Diniz[41], de que

> (...) quem quiser orientar-se acerca do problema do *eitos* da norma jurídica encontrar-se-á (...) diante de uma imensidão caótica de orientações e pontos de vista diferentes, que lhe não será fácil dominar.

Assim, para fugir desse verdadeiro caos, necessário se mostra buscar a essência da norma jurídica. Como? Indo para seu conceito, no qual deverá, por sua vez, conter as notas essenciais que não podem faltar, fugindo, entretanto, das notas acidentais, contingentes ou variáveis[42], sempre observando, ademais, que a norma jurídica é algo dado, é um objeto que

---

[38] TELLES JUNIOR, Goffredo. *Tratado das conseqüências*, p. 329-331. In DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 1: teoria geral do direito civil. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 4.
[39] DINIZ, Maria Helena, *op. cit.* p. 5.
[40] Deu-se aqui, evidentemente, maior destaque à súmula vinculante, que pode ser considerada, segundo entende o autor deste trabalho, a espécie do gênero precedente vinculante.
[41] DINIZ, Maria Helena. *Norma jurídica.* In Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 54, p. 410 e ss.
[42] *Idem*, p. 411.

existe, é existencial e, portanto, é suscetível de *experiência* [43], de sorte que, conforme Lourival Vilanova[44],

> (...) partindo da experiência de um dado concreto no mundo jurídico é possível o pensamento intuitivo ascender a sua respectiva essencialidade, cuja representação lógica é o conceito. Essa possibilidade de atingir a essência, partindo-se da experiência do dado concreto, livre o pensamento de proceder à exaustiva experiência da multiplicidade dos fatos jurídicos.

De sorte que a determinação do conceito de norma jurídica exige que se vá para sua gênese, para a sua essência, que não se confunde com a própria norma jurídica[45]. Referida essência tem existência anterior à norma e é dela que se mostra possível extrair as suas notas básicas ou essenciais, analisando, também e ao mesmo tempo, os elementos que são apenas acidentais:

i) como a norma jurídica é um comando voltado para o comportamento humano, ela é prescritiva, de sorte que impõe um dever;

ii) a sanção, por sua vez, não é a característica de toda norma jurídica; não é a sanção que distingue a norma jurídica da norma moral e dos convencionalismos sociais; o desrespeito a esta última –a norma moral– também provoca sanção: interna, ou seja de consciência; ou externa, qual seja a reprovação da opinião publica;

iii) a coação, que nada mais do que a aplicação da sanção, também não é elemento essencial da norma jurídica. Em verdade, como poderia por si mesma pegar uma pessoa pelo braço e forçá-la a fazer isto ou aquilo? A norma não age, logo, não coage, segundo ensina Goffredo Telles Júnior[46];

---

[43] *Ibidem*, p. 412

[44] VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito de direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947, p. 123. *Apud* DINIZ, Maria Helena, *op. cit*. p. 412.

[45] "A essência da norma jurídica não se confunde com a norma jurídica. A sua essência pertence a uma outra cateriro de ojeto. É um objeto universal ou ideal, perfeitamente distinto do objeto individual que é real e não se reduzir a ele"(AZEVEDO, Juna Llambias de. Eidética y aporética del derecho, Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1940, p. 18; (**in** DINIZ, op. cit. p. 416).

[46] TELLES JÚNIOR, Goffredo. *O direito quântico*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1971, p. 265; *Apud* DINIZ, *op. cit*. p. 420.

iv) outra efetiva essência da norma jurídica, a seu turno, é o autorizamento, porque compete à norma autorizar ou não o uso da faculdade de reação do lesado, como, por exemplo, a norma jurídica que autoriza o credor a exigir o pagamento do que lhe é devido.

Portanto, com base em Maria Helena Diniz[47], que se apoia em Goffredo da Silva Telles Júnior, serão jurídicas todas as normas que forem imperativas e autorizantes, posto que essas notas são suas notas universais.

Assim, conceituado a norma jurídica como aquela que se reveste de imperativo autorizante, é possível se afirmar que a súmula vinculante possui referidas características?

Quer parecer que sim. A súmula vinculante é imperativa e autorizante, já que uma vez editada irá ela provocar tanto a vinculação direta como indireta. De fato, na primeira hipótese, a imperatividade da súmula vinculante irá impor e submeter o Poder Judiciário e a Administração Pública que sigam o seu conteúdo, sob pena de reclamação perante a Corte Alta; já a vinculação indireta subordina tanto o Poder Legislativo, como também os particulares que ficam ambos, submetidos à força imperativa e autorizante da súmula.

Desse posicionamento – a de que a súmula vinculante seria ou é norma jurídica– também partilha Jansen[48] que, mesmo buscando o conceito de norma jurídica de Kelsen[49] para alicerçar seu pensamento, assim escreve:

> O dever de obediência à súmula vinculante não destoa dos esquemas antes expostos. Ela contém um comando prescrevendo, proibindo ou facultando uma determinada conduta humana, tornada efetiva enquanto exigível perante o Poder Judiciário. Assim, a súmula vinculante é também norma jurídica. Será, todavia, à semelhança das leis, uma norma jurídica geral, eis que aplicável a todos indistintamente, e abstrata, enquanto endereçada a quaisquer hipóteses presentes e futuras.

---

[47] *Idem*, p. 424-5.
[48] JANSEN, *op. cit*. p. 54.
[49] Eis o conceito de norma jurídica de Kelsen: "Uma ordem é um sistema de normas cuja única de é constituída pelo facto de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é –como veremos– uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertencente a uma determina ordem jurídica, e pertencente a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem" *Apud* JANSEN, *op. cit*, p. 51.

Logicamente que soaria estranho caracterizar a súmula vinculante como norma jurídica, porque isso equivaleria a dar permissão para que o Poder Judiciário viesse a legislar. É de se tentar aparar mais essa aresta. Para isso, alicerça-se este trabalho nos escritos de Kelsen[50], para quem o precedente vinculante pode, sim, ser verdadeira norma jurídica. Veja o posicionamento de Kelsen:

> Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através da sua decisão, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o chamado precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos.

O próprio Kelsen[51], em quem ora se baseia a presente justificativa de que o Poder Judiciário pode criar normas vinculantes, dotadas, portanto, de efeitos gerais, acrescenta que a decisão terá referidas características quando: i) a norma individual por ela estabelecida não é predeterminada quanto ao seu conteúdo, por uma norma geral criada por intermédio do Poder Legislativo ou consuetudinária, ou ii) quando essa determinação não é unívoca e, por isso, permite diferentes possibilidades de interpretação.

As duas hipóteses acima, a primeira, logicamente, se refere à situação envolvendo as lacunas da lei; já a segunda se mostra ampla e tem evidente conexão com a primeira, em face do próprio conceito de direito. Realmente, sabidamente *o direito não é unívoco, e nem tampouco equívoco*[52], mas análogo, posto que designa realidades conexas ou relacionadas entre si, razão pela qual ora tem o significado ou a designação de norma, ora à autorização ou permissão dada pela norma, de modo a fazer o que ela não proíbe, ora à qualidade de justo, expandindo-se os referidos conceitos[53], de modo que a segunda hipótese enseja a conclusão de que o Tribunal pode sempre criar a norma, mesmo tendo o legislativo já editado lei abstrata para tentar regular as situações jurídicas concretas.

---

[50] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 277-8.
[51] *Idem*, *op. cit.* p. 278.
[52] TELLES JUNIOR, Goffredo. *Tratado das conseqüência*, p. 329-331. In DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, vol. 1: teoria geral do direito civil. 25. Ed. São Paul: Saraiva, 2008, p. 4.
[53] DINIZ, *op. cit.* p. 5.

Mostra-se necessário ser mais claro, contudo, a fim de se dizer que a norma sempre irá permitir várias interpretações, de sorte que a segunda hipótese prevista por Kelsen acaba por abocanhar a primeira, de modo que a possibilidade da situação em que se tem o *judge making law*, até mesmo no sistema brasileiro, se mostra sempre possível.

Veja-se o que esclarece Kelsen[54] a respeito dessas duas possibilidades acima analisadas:

> No primeiro caso, o tribunal cria, com a sua decisão dotada de força de precedente, Direito material novo; no segundo caso, a interpretação contida na decisão assume o caráter de uma norma geral. Em ambos os casos, o Tribunal que cria o precedente funciona como legislador, talqualmente o órgão a que a Constituição confere poder para legislar. A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada. Esta generalização, quer dizer, a formulação da norma geral, pode ser realizada pelo próprio tribunal que cria o precedente, mas também pode ser deixada aos outros tribunais, que se encontram vinculados pelo dito precedente. (...).

CONCLUSÃO

Portanto, para se pôr fecho a este trabalho, no caso do sistema brasileiro, com a edição da Emenda Constitucional nº 45, inexiste dúvida de que o Supremo Tribunal Federal[55] está, sim, legitimado a editar precedentes vinculantes, que terão, então, verdadeira característica de norma jurídica, vale dizer, autênticos imperativos autorizantes, segundo se viu em linhas atrás.

REFERÊNCIAS

CAMARGO, Marcelo Novelino. *O efeito vinculante nas decisões do Supremo Tribunal Federal.* Consulta em www.jusnavegandi.com.br

[54] KELSEN, *op. cit*. p. 278.

[55] Em verdade, não somente o Supremo Tribunal Federal tem esse poder. Os demais tribunais superiores também têm competência para exigir que seus precedentes sejam vinculantes. Isso decorre da própria estrutura processual em que os tribunais *ad quem* apresentam postura superior aos tribunais ou juízos *a quo.* Se assim não fosse, como poderia ser justificada a reforma, pelos primeiros, das decisões proferidas pelos últimos?

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. *Súmulas vinculantes.* Revista do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, (168): 143-160, fev. 2009.

CROSS, Sir Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law.* New York: Claredon Press, 2004.

COLE, Charles D. *Stare Decisis* na Cultura Jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *Common Law*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT (752): 11-12, junho de 1998.

_____.*Comparative Constitutional Law: Brazil and The United State*. Lake Mary: Vandeplas Publishing, 2008.

COLLIN, P. H. *Dictionary of law.* 3. ed. Londres: Peter Collin Publishing, 2000.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil. 25. ed.* São Paulo: Saraiva, 2008.

_____.*Norma jurídica*. **In** FRANÇA, Rubens Limongi (coord.) Enciclopédia Saraiva do Direito. Vol. 54. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____ . *A ciência jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

_____ . *Norma constitucional e seus efeitos.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito II.* **In** FRANCA, Rubens Limongi (coord.) Enciclopédia Saraiva do Direito. Vol. 25. São Paulo: Saraiva, 1977.

JANSEN, Rodrigo. *A súmula vinculante como norma jurídica*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: RT (838): 42-74, ago. 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. de MACHADO, João Baptista. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1962.

MACEDO, Silvio de. *Direito I.* **In** FRANCA, Rubens Limongi (coord.) Enciclopédia Saraiva do Direito. Vol. 25. São Paulo: Saraiva, 1977.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de* civil law *e de* common law *e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba: (49), 2009.

_____. *Precedentes obrigatórios.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____ . *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Gilmar. *Ação declaratória de constitucionalidade: inovação da Emenda Constitucional 3/93*. Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 44. **In** JANSEN, Rodrigo. *A súmula vinculante como norma jurídica*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: RT (838): 42-74, ago. 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

_____. *Súmulas no Direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2ª ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 94.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3. ed. Porto Alegre: Livrarai do Advogado Editora, 2012.

_____; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Tratado das conseqüências.* **In** DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Vol. I: Teoria geral do direito civil.* 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____ . *O direito quântico.* São Paulo: Editora Max Limonad, 1971. **In** DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil. 25. ed.* São Paulo: Saraiva, 2008.

VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito de direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1947. **In** DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil. 25. ed*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____ . *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.* São Paulo: Editora Max Limonad, 1997.

_____. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

O NEOCONSTITUCIONALISMO E OS MOMENTOS CONCILIATÓRIOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Luiza Dower de MELO[56]

Márcio Ricardo da Silva ZAGO[57]

RESUMO

As reformas do Código de Processo Civil brasileiro e os movimentos do neoconstitucionalismo demonstram a necessidade de se observar o processo sob uma nova ótica, levando-se em consideração os métodos alternativos de composição de conflitos. Este trabalho analisa o momento de transição do processo em decorrência do movimento do neoconstitucionalismo em todas as áreas do direito, inclusive sobre os métodos alternativos previstos pelo sistema jurídico brasileiro. A mediação e conciliação sempre estiveram presentes na vida humana, porém agora, mais que nunca, é chegada hora de sua valoração como meio indispensável para interesses conflitantes, como medida pré-processual e desenvolvimento adequado da ciência desse procedimento, bem como, eliminar paradigmas, principalmente de juízes e doutrinadores.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Neoprocessualismo. Momentos Conciliatórios no Processo Civil. Mediação. Conciliação.

1 INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil passou por várias reformas nos últimos anos e, com o destaque do neoconstitucionalismo sobre as áreas do direito brasileiro, evidente a necessidade da elaboração de um novo Código e da aplicação de métodos alternativos de composição dos conflitos.

---

[56] Discente do 7º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente.

[57] Advogado. Professor de Direito Civil e Processo Civil das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente/SP.

O Código de Processo Civil desempenha papel de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a única Lei infraconstitucional utilizada em todos os ramos do direito. O processo civil tem caráter residual, ou seja, poderá ser utilizado por qualquer outra matéria que não tenha prevista lei especial.

Por esses motivos, pequenas mudanças e inovações já não são mais suficientes, visto que ainda estamos contemplando um Código de 1973. O procedimento precisa ser reorganizado em sua filosofia e metodologia jurídica. Enfim, superar os paradigmas formais do direito sob a luz da Constituição (CAMBI, 2011).

Para alcançar estes objetivos, o trabalho analisará a nova filosofia neoconstitucionalista do processo, também, os momentos conciliatórios no Código de Processo Civil atual e ainda, algumas das medidas adotadas pelo Conselho Nacional de Justiça, sobre políticas publicas para resolução de conflitos.

A conciliação é, por exemplo, umas das alternativas de composição de conflitos que respeita os princípios da celeridade e segurança jurídica. Não se trata de uma experiência nova para a ciência do direito, porém, o pouco acrescentado no texto do Processo Civil nas últimas reformas, comprova a carência da política da conciliação no Brasil.

Desse modo, cabe analisar quais as maneiras que a conciliação e a mediação podem evoluir dentro do procedimento brasileiro, suplementando sua capacidade de compor conflitos em primeira instância.

Ademais, a busca pela efetividade do procedimento deve coincidir com as disposições Constitucionais da garantia do livre acesso à justiça e da razoável duração do processo, respectivamente incisos XXXV e LXXVIII do Art. 5, da Constituição Federal de 1988.

Ao contrário do prolongamento no tempo de lides que cabe transação, quando o judiciário atribuir à conciliação técnicas específicas, será possível experimentar a implantação da cultura da conciliação no Judiciário; diminuindo em grande parte o volume dos processos, para que os juízes aproveitem o tempo com demandas mais complexas.

Assim, é importante observar o atual momento do Direito e do Processo Civil no Brasil, analisando, principalmente, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO

O fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais no Brasil surgiu tardiamente, diferentemente do que aconteceu na Europa e nos Estados Unidos com o segundo pós-guerra, após a quebra dos Estados totalitários, quando surgiu o movimento do neoconstitucionalismo. A partir da Constituição de 1988 ocorreu um marco histórico no sistema jurídico brasileiro. Até 1988, os direitos fundamentais não possuíam aplicação efetiva no Brasil, e foi através da vigência da Constituição de 1988 que começou o movimento do neoconstitucionalismo em nosso país (ÁVILA, 2009).

Primeiramente, só pode-se tratar do neoconstitucionalismo por decorrência da existência de uma constituição, uma Lei Maior.

Não é fácil a tarefa de conceituar o termo “constituição”. A definição remete a conceitos de sentido sociológico, político e jurídico, entre outros.

Ao percussor do sentido jurídico, Hans Kelsen, por José Afonso da Silva (1992, p.41):

> [...] Constituição é, então, considerada *norma* pura, puro *dever-ser*, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.

Ainda, segundo Carl Schimitt, a Constituição seria um produto da decisão política do poder constituinte (LENZA, 2009, p.25).

E, para Ferdinand Lassale, idealizador do sentido sociológico, constituição é “a somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade.” (LENZA, 2009, p.25).

Em uma concepção mais moderna, define Luiz Alberto David Araujo (2009, p.3):

> Fixados esses parâmetros, podemos definir Constituição como a organização sistemática dos elementos constitutivos do Estado, através da qual se definem a forma e a estrutura deste, o sistema de governo, a divisão e o funcionamento dos poderes, o modelo econômico e os direitos, deveres e garantias fundamentais, sendo que qualquer outra matéria que for agregada a ela será considerada formalmente constitucional.

Perante os conceitos expostos acima e, desde 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, interpreta-se que uma constituição acarreta duas principais finalidades: a garantia dos direitos fundamentais e a separação e organização dos poderes do Estado (CAMBI, 2011).

Brevemente, o Estado brasileiro divide suas principais funções entre três poderes: o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

Além da função jurisdicional na aplicação das leis, ao Poder Judiciário é dada a importante tarefa na concretização dos valores e princípios constitucionais na sociedade através do processo.

Quando tratamos de processo civil, o Poder Judiciário hoje, ocasionada pelo movimento do neoconstitucionalismo, possui a tarefa de buscar a real efetivação dos preceitos constitucionais para o processo.

O neoconstitucionalismo reflete a exaltação dos valores constitucionais em todos os ramos do direito, a fim de reorganizar o pensamento contemporâneo do direito. Umas das conseqüências do neoconstitucionalismo no processo é a metodologia que pode ser adotada, chamada de neoprocessualismo. Ou seja, um modelo de processo calcado na interpretação constitucional dos atos processuais (DIDIER JR, 2010).

Em suma, o neoconstitucionalismo, para Luis Roberto Barroso (2005, p.01):

> Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu

> ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Acentua, portanto, Eduardo Cambi (2011, p. 22), “Com décadas de atraso, o direito brasileiro, nos últimos anos procura enfocar o tema da pós-modernidade a conjunção entre Constituição e processo”.

Devido a essa atmosfera de mudanças, dize a doutrina que estamos vivendo a quarta fase de evolução do processo, o neoprocessualismo.

2.1 Breve Evolução do Processo Civil Nacional até o Neoprocessualismo

Três fases do processo nacional anteriores ao neoconstitucionalismo, identificadas pela doutrina, devem ser observadas, respectivamente: sincretismo, processualismo e instrumentalismo. Na primeira fase, o processo e o próprio direito material ainda não eram vistos distintamente, eles se confundiam na prática forense pela ausência de autonomia da ciência processual. Esta fase perdurou até o século XIX (DIDIER JR, 2010).

Na fase do processualismo, através de seus percussores Liebman e Oskar Bulow, o processo começa a configurar suas bases, pressupostos e objeto como uma ciência (BUENO, 2011).

Para a terceira fase, após o desenvolvimento da ciência do processo, fica clara a distinção do direito material e o direito processual, existindo entre eles uma relação de interdependência. Ademais, o processo é o instrumento do Estado na pacificação dos conflitos, assim expõe Cândido Rangel Dinamarco (2007, p.25):

> A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sócias intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o

> mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.

Desde a década de 1990, pelos projetos de lei e reformas no judiciário, o direito processual civil caminha para a quarta fase da ciência do processo, o neoprocessualismo.

Compreendido como uma das conseqüências filosóficas do neoconstitucionalismo, o neoprocessualismo compreende os segmentos de ruptura dos antigos modelos de processo e que tem uma função didática, como destaca Fredie Didier Jr. (2010, p.28):

> O termo *Neoprocessualismo* tem uma interessante função didática, pois remete rapidamente ao *Neoconstitucionalismo*, que, não obstante a sua polissemia, traz a reboque todas as premissas metodológicas apontadas, além de toda produção doutrinaria a respeito do tema, já bastante difundida.

Destarte, o neoprocessualismo é o processo ético amparado a Constituição sob a luz do movimento do neoconstitucionalismo.

2.2 Principais Consequências do Neoprocessualismo

O presente trabalho destaca apenas algumas das principais consequências do neoprocessualismo, quais sejam: a superação do legalismo, a interpretação dogmática da constituição e o rompimento com o formalismo jurídico e processual (CAMBI, 2011).

Sobre a superação do legalismo, expõe Luiz Guilherme Marinoni (2006, p. 93):

> As constituições modernas, ao ocuparem o lugar dos Códigos, acabaram por superar a identificação plena do direito com a lei (legalismo). O princípio da supremacia da Lei não mais prevalece, pois a lei não é mais vista como produto perfeito e acabado,

> submetendo-se à Constituição e devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais.

A interpretação da Constituição sob uma nova perspectiva afirma-se pelo reconhecimento da força normativa da Constituição e suas premissas ideológicas. Um dos pontos mais interessantes do estudo refere-se à diferença entre regras e princípios.

Não era previsto que um juiz, tempos atrás, pudesse decidir com base apenas em um princípio. Antes, ele precisava apoiar-se a uma regra para basear sua decisão. Hoje, os princípios possuem força normativa. Não são mais meras declarações. Princípios apontam ao um estado ideal vinculante ao destinatário (DIDIER JR, 2010).

É possível ainda que as partes demandem apenas com a argumentação sobre um princípio, assim como, o juiz pode proferir sentença apoiado a um princípio, utilizando-se das máximas da proporcionalidade e da ponderação (ÁVILA, 2003).

Evidente que o juiz deve utilizar-se da proporcionalidade. Sobre esse ponto, cabe ressaltar o pensamento de Humberto Ávila (2003, p. 116):

> O princípio da proporcionalidade em sentido estrito ou “máxima do sopesamento” significa que é necessário ponderar os interesses em conflito, comparando-se a importância da realização do fim e a intensidade de proteção aos Direitos Fundamentais.

Ademais, o neoprocessualismo não pode estar condicionado ao rito, ao contrário, deve proporcionar um raciocínio aberto sobre o processo. O direito constitucional do acesso à justiça, por exemplo, demonstra esse rompimento com o formalismo jurídico e processual. Muito mais importante é o direito material do caso concreto, em detrimento as regras e burocracia dos procedimentos.

Para tanto, necessita que o neoprocessualismo seja um veículo para efetivação dos direito fundamentais sob um processo adequado, ágil e célere. Em plena era da valorização dos direito humanos e evidencia dos direitos fundamentais do indivíduo, não se pode tolerar que o direito material pereça nos corredores obscuros do procedimento.

Logicamente, a forma é necessária, ela garante segurança ao processo. Todavia, a crítica baseia-se na filiação irracional pela forma quando aplicada como barreira direta sobre obtenção de direito fundamental.

3 MOMENTOS CONCILIATÓRIOS NO PROCESSO CIVIL

A composição de conflitos por meios alternativos é tema difundido no mundo todo e tem a arbitragem, mediação e conciliação como principais mecanismos. São, porém, três institutos diferentes.

A arbitragem consiste na solução do conflito por meio de um arbitro escolhido pelas partes, em comum acordo, prevista no Brasil pela Lei 9.307/1996.

Outra forma é a mediação, onde o conflito é mediado por um terceiro imparcial que orienta as partes. A mediação e a conciliação são parecidas, ressalta Cândido Rangel Dinamarco (2007, p.34):

> A mediação assemelha-se à conciliação: os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalha o conflito, surgindo o acordo como mera conseqüência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo.

Em última análise, a conciliação representa a vontade das partes para a solução do conflito através de concessões mútuas.

A conciliação pode ser judicial ou realizada extrajudicialmente. A conciliação extrajudicial é assim denominada pela ausência do Estado na figura do juiz. Todavia, em caso de acordo, este poderá ser homologado judicialmente. A homologação do juiz proporciona ao acordo status de “título executivo judicial”, admitido pela Lei 11.232 de 2005 que acrescentou ao artigo 475-N, o inciso V do Código de Processo Civil. Já a conciliação judicial “chega em meio a um litígio já existente e devidamente instaurado perante o Estado-juiz.” (BUENO, 2011, p. 49).

Ou seja, a conciliação ocorre em uma das fases do processo estimulada pelo juiz. A previsão legal do artigo 125, IV do Código de Processo Civil, proporciona facultativamente ao juiz a atividade da conciliação. Nesse caso, se as partes chegarem a um acordo, a sentença homologada do juiz é título executivo judicial, vide artigo 475-N, inciso III do Código de Processo Civil, e haverá resolução do mérito pela previsão do inciso III, artigo 269 do Código de Processo Civil.

Ambas as espécies de conciliação são pertinentes na contribuição do processo. A mediação e a conciliação não são o fim para todos os males. Entretanto, vislumbram um procedimento seguro, firmado no princípio constitucional do acesso à justiça e que por conseqüência, contempla a celeridade. “Não se deve entender o acesso à justiça como ingresso em juízo, também justiça rápida e eficiente, com uma ordem jurídica justa.” (ROSAS, 1999, p.212).

Ressalta-se, a jurisdição do processo não será afetada em sua natureza. A mediação e a conciliação irão acrescentar, ou seja, abrir caminhos por via alternativa, filtrar os casos, explorar as técnicas específicas de mediação e romper com os paradigmas de que de que o conflito somente desaparecerá para as partes se a uma delas a alegação se der improcedente.

Nesse contexto, o artigo de Eduardo Silva da Silva e Cristiano de Andrade Iglesias (CARNEIRO; CALMON, 2009, p.658) apresenta alguns benefícios da mediação:

> Assim, a valorização da participação do magistrado de primeiro grau e a consequente diminuição dos recursos aos tribunais, a diminuição da litigiosidade, a valorização de um *formalismo valorativo*, a adequação do método ao conflito, bem como o implemento de maior diálogo e de participação das partes, são alguns dos aportes que podem decorrer da mediação em benefício das noções gerais do processo.

No Brasil ainda persiste o pensamento de que a disputa no judiciário é “melhor” do que negociar. Na verdade, mediação e conciliação são temas recentes em nosso país. A população desconhece os métodos, por isso tem medo de conversar sobre o conflito na presença de um terceiro – o mediador – e, muito mais, não sabem negociar. Precisa, ainda, ser eliminado o pensamento de que quem procura a conciliação ou a mediação estaria em vantagem.

Todo conflito possui um itinerário. No começo, via de regra, as partes conseguem conversar. Depois, muitas vezes, um simples desentendimento faz com elas desistam de solucionar o problema por elas mesmas. Quando isso acontece, o próprio objeto do conflito perde destaque. O que se quer é provar quem está certo e quem está errado, as partes só então querem ganhar. Este é um dos planos de fundo do litígio.

Com efeito, o magistrado João José Custódio da Silveira adverte:

> O primeiro enfoque a ser ressaltado diz com a possibilidade de extrair dos litigantes as verdadeiras razões do litígio, não raro ocultas pela superficialidade da petição inicial. Autor e réu expõem em juízo seus anseios e frustrações, legitimando inclusive o acertamento de controvérsias não abrangidas pelo processo, mas que, certamente, podem gerar outros. Além do mais, o simples fato de estar frente a frente numa conversa franca, dirigida com sensibilidade pelo juiz, tem revelado, na prática, que o mero desabafo amaina os espíritos e traduz a verdadeira tarefa do processo como instrumento pacificador de conflitos.

Portanto, consolidando pela conciliação a real vontade do processo. Proporcionando ainda, às partes, o incentivo a reflexão do conflito na presença do Poder Judiciário.

3.1 Importante Marco da Política Pública da Conciliação e Crítica em sua Implantação

Tratando de conflito, conciliação e mediação que sempre existiram na vida em sociedade, não diferente de outros países, apenas tardio, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 125, de 29 de dezembro de 2010, instituindo política pública de tratamento adequado de conflitos. A medida traz considerações importantes sobre os mecanismos que o Poder Judiciário utilizará no desenvolvimento dos recursos da mediação, conciliação, entre outros. Sobre tudo, indica um posicionamento do Poder Judiciário não mais oculto a esses mecanismos.

As considerações da Resolução n. 125 confirmam as bases constitucionais da conciliação e da mediação, sendo tais meios conseqüências do acesso à justiça, previsto no

art. 5°, XXXV, da Constituição Federal e necessários à organização dos serviços prestados nos processos judiciais.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça, no dia 31 de janeiro de 2013, emendou a Resolução n.125. A emenda determina no art. 7°, que os Tribunais criem "no prazo de 60 (sessenta) dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores". Entretanto, tal medida atribui a responsabilidade somente ao Poder Judiciário, o que poderia engessar os meios alternativos de composição de conflitos, e até mesmo levar a criação de uma nova instância.

Assim, não será possível atingir os objetivos finais da Resolução se o Poder Judiciário atrair sozinho essa responsabilidade.

Existe uma forte crítica aos magistrados com relação às tentativas de conciliação. Todavia, os grandes duelistas no processo são, na verdade, os advogados, que, na maioria dos casos, preferem não optar pela negociação por estarem mais interessados na disputa. Por isso faz-se necessário o aprofundamento do tema pelos bacharéis em direito. O possível resultado será menos frustrações nas tentativas de conciliação e mais proveito do tempo para os juízes (SILVEIRA, 2012).

4 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que o fortalecimento do movimento neoconstitucionalismo sob a ciência do processo civil, abrangendo inclusive os métodos alternativos de resolução de conflitos, ainda que, não representem o poder tradicional de controle estatal na busca da pacificação social, sem dúvida, são medidas baseadas na garantia do estado democrático de direito pela maior participação dos agentes em uma composição proporcional e segura dos litígios.

Evidente que a conciliação é medida adequada ao procedimento da jurisdição civil do processo. De modo que, esta não diverge da essencial função da intervenção do Estado nas relações pessoais, ou seja, a solução dos litígios.

A conciliação trata-se de um instrumento alternativo, diferente da atuação do poder jurisdicional dado ao Estado-juiz pela imposição de uma regra definida em lei.

Dessa forma, adoção de técnicas específicas de mediação e conciliação, sobre tudo da comunicação, precisa estar fixada na atividade jurisdicional, cabendo ao magistrado conduzir a negociação sem atrelar cunho decisório no debate das partes.

Por fim, observa-se que o maior contribuinte na trajetória da cultura conciliatória no Brasil está na figura do advogado, em consequente, se o Poder Judiciário estima por um processo que seja ao mesmo tempo célere e garantidor dos direitos fundamentais, deverá recorrer à conciliação em fase pré-processual, caso contrário, continuares debruçados ao grande volume de processos nas varas cíveis do país, indo de forma contrária aos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional / Luiz Alberto David Araujo, Vidal Serrano Nunes Júnior.** – 13.ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

ÁVILA, Humberto. **"NEOCONSTITUCIONALISMO": ENTRE A "CIÊNCIA DO DIRETO" E O "DIREITO DA CIÊNCIA". Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direto Público, n°. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 07 de maio de 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos.** São Paulo, Editora Malheiros Editores, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.** *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 03 maio 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código (1973). **Código de Processo Civil.** Brasília: Decreto-Lei, 1973.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n°. 125.** Brasília: Ato-normativo, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, 1.** – 5.ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** – 2.ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. (Coord). **Bases científicas para um renovado direito processual.** – 2.ª ed. – Salvador: Jus Podivm, 2009.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** – 12.ª ed. rev. e atual. e ampl. – Salvador: Jus Podivm, 2010. Vol. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral o processo.** – 23.ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2007.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** – 13.ª ed. rev. e atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça.** – Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2006.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil.** – 3.ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 9.ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVEIRA, João José Custódia da. **O juiz e a condução equilibrada do processo.** – São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção Theotonio Negrão).

BREVE ESTUDO COMPARADO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO

Mayara Karoline BERTUOL[58]
José Artur Teixeira GONÇALVES[59]

RESUMO

A organização dos Estados, nos atuais moldes, é fruto de transformações ocorridas nas sociedades no decorrer dos anos. Os institutos e poderes que compoem estes Estados também sofrem a influência destas modificações. O presente trabalho tem como escopo o estudo do poder Judiciário em dois Estados: o Brasil e os Estados Unidos. Apesar dos dois países adotarem a forma de Estado Federalista, há inúmeras diferenças entre o Poder Judiciário deles. A composição, a discricionariedade dos magistrados, a celeridade e a segurança jurídica dos processos em trâmite em cada um dos dois sistemas são pontos que se diferenciam devido à forma como o Poder Judiciário é idealizado.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário. Federação. Brasil. Estados Unidos.

ABSTRACT

The current types of organization of the states are the result of society's transformation occurred over the years. The institutes that are part of these states also are influenced by these changes. This paper has as an objective study the Judiciary in two states: Brazil and the United States. Although the two countries adopt the Federalist form, there are many differences between their Judiciary. The composition, the judges' discretionarity, the celerity and security of legal proceedings in progress in each of the two systems are points that differ because of the way the judiciary is idealized.

KEYWORDS: Judiciary Power. Federation. Brazil. United States.

[58]Discente do 10º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Artigo elaborado com base no capítulo 5 de nossa monografia de bacharelado em Direito: BERTUOL, Mayara Karoline. **Estudo comparado da forma de recrutamento dos magistrados do Brasil e dos Estados Unidos**. 2013. Monografia (Graduação em Direito). Presidente Prudente, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2013, 86 p. mayara.bertuol@yahoo.com

[59] Doutor em História (UNESP/Assis). Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Orientador do trabalho. joseartur@unitoledo.br

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo analisar a composição e o funcionamento do Poder Judiciário sob uma perspectiva jurídica e histórico-comparada, problematizando-se as semelhanças e diferenças do Judiciário no Brasil e nos Estados Unidos.

Partiu-se do pressuposto de que embora os dois Estados adotem a forma federativa, o que tenderia a produzir sistemas judiciários semelhantes, os sistemas jurídicos vigentes em cada um destes países seriam fatores decisivos para produzir particularidades sensíveis na organização do Poder Judiciário.

Para enfrentar o tema proposto, adotou-se como procedimentos de pesquisa o estudo bibliográfico e o estudo documental, sendo que a abordagem do problema foi guiada pelos métodos de procedimento histórico e comparativo. Com o primeiro, intentou-se deslindar as particularidades da formação dos sistemas em análise e, com o segundo, almejou-se a comparação das duas estruturas judiciárias.

O texto apresenta-se articulado em quatro partes principais: em primeiro, procurou-se situar o Judiciário em uma perspectiva da separação das funções ou poderes do Estado. Por meio de abordagem histórica, identifica-se a tripartição dos poderes vinculada ao racionalismo jurídico-filosófico francês, expressado pelo pensamento de Montesquieu, e sua raiz nos freios e contrapesos do constitucionalismo norte-americano; os dois tópicos seguintes do artigo tratam do Poder Judiciário, de seus componentes históricos e de suas características no Brasil e nos Estados Unidos. Para isso, foi preciso analisar algumas particularidades da formação das duas nações e do sistema judiciário em cada um dos países; por fim, procedeu-se um estudo comparativo da estrutura judiciária brasileira e norte-americana, levantando pontos de semelhança e de divergência.

Por ser o Direito uma ciência social aplicada, procurou-se, ao fim do estudo, analisar aspectos positivos e negativos dos sistemas judiciários comparados, em busca de contribuir para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário e de suas relações com a sociedade.

1 A DIVISÃO DOS PODERES DO ESTADO

Para estudar o Poder Judiciário, é necessário, a princípio, entender porque há a separação dos poderes dentro do Estado democrático. A ideia da divisão dos poderes é muito antiga, sendo que Aristóteles já se afligia com a concentração dos poderes para um único governante.

No entanto, é atribuído à Montesquieu o desenvolvimento deste pensamento nos moldes em que é usado nos dias de hoje. Em seu livro, Montesquieu trata dos três poderes da seguinte forma:

> Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.
> Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado (Livro décimo primeiro, Capítulo VI, s.d., s.p.).

Portanto, os poderes, também chamados de funções, são divididos em três: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

A função típica do Poder Legislativo é a criação, alteração e extinção das leis que regulam a sociedade, as organizações e o próprio Estado.

A maioria dos países que adotam o sistema da separação dos poderes usa o sistema do Poder Legislativo bicameral. Isto significa que este poder é dividido em dois grupos sendo que um controla as ações do outro, efetuando juntos a função legiferante e fiscalizadora dos demais poderes. Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, na obra "O Federalista", dizem que:

> In republican government, the legislative authority necessarily predominates. The remedy for this inconveniency is to divide the legislature into different branches; and to render them, by different modes of election and different principles of action, as little connected with each other as the nature of their common functions and their common dependence on the society will admit. It may even be necessary to guard against dangerous encroachments by still further precaution (2001, p.232)[60].

[60]"Em um governo republicano, a autoridade legislativa, necessariamente, predomina. O remédio para esta inconveniencia é dividir o legislativo em dois grupos diferentes; e torná-los, por diferentes métodos de eleição e diferentes princípios de ação, o menos conectado que sua natureza e função em comum podem admitir. Podem ser necessárias ainda outras precauções para previnir perigosas usurpações" (tradução nossa).

Portanto, conclui-se que a divisão do Poder Legislativo em duas unidades, apesar de não ser adotada por todos os países, é de suma importância para o controle interno do próprio poder. Sem esta divisão, e sendo o Poder Legislativo o mais predominante dentre os três visto que ele regula a ordem social, ele poderia exercer sua função ultrapassando os limites, usurpando da função legiferante.

O Poder Executivo, por sua vez, exerce como função típica a administração do governo, incluindo os bens e os interesses públicos. Esta administração deve encontrar alicerce nas leis, obedecendo-as. Como explica Pedro Salvetti Netto (1987, p. 289):

> Traduz a legislação, antes, a vontade, que cria e elabora os preceitos indicadores da ordem; a execução, por sua vez, manifesta a ação, que impulsiona e faz cumprir as deliberações normativas. Executa-se, genericamente, todo o ordenamento jurídico pela atividade administrativa e política, que constituem a "chefia de governo".

Além da administração do governo, o Poder Executivo é responsável por cumprir a chamada atividade política. Esta atividade se constitui das decisões que o governador deve tomar discricionariamente, baseando-se na conveniência e oportunidade. Na comparação entre ato administrativo e ato político feita por Pedro Salvetti Netto (1987, p. 292):

> Os atos administrativos, como os políticos, objetivam a realização eficaz de uma medida tendente, na primeira hipótese, a concretizar a normal gestão dos negócios ordinários do Estado, na segunda, a solucionar os assuntos extraordinários, em que se refletem os altos interesses nacionais. Entre estes, a declaração de guerra, decretação de estado de sítio e da intervenção federal, a celebração de paz.

Por fim, lembra o referido autor que este conteúdo discricionário deve sempre obediência aos princípios jurídicos e éticos (1987, p. 292).

Enfim, o último poder a ser analisado é o Judiciário. A este poder é conferido a função de julgar, controlar a função legislativa e os atos administrativos bem como resolver conflitos de interesse entre cidadãos, entre estes e o Estado ou outra entidade, seja esta privada ou pública:

> Na sistemática da "separação dos poderes", notamos caber ao Poder Judiciário, principalmente, a função de aplicar o direito aos casos concretos para dirimir

> conflitos de interesses intersubjetivos que perturbam e intranquilizam as relações sociais (NETTO, 1987, p. 293).

Com relação à divisão dos poderes, o papel mais importante do Judiciário é fiscalizar os atos do legislativo e do executivo. Entretanto, não se deve ampliar tanto este poder fiscalizador a ponto de levar o Judiciário a invadir a esfera de atuação dos outros poderes:

> É certo que a independência do Poder Judiciário – sobretudo com o sistema do contrôle constitucional da legislação e dos atos administrativos – representa um meio dos mais valiosos para a proteção da liberdade e dos direitos adquiridos. Entretanto, cumpre levar em conta que o papel do Judiciário é aplicar a lei, cabendo ao legislador traçar as normas e mesmo reformar a constituição como lhe apraz, segundo estamos vendo e cada momento (SOUSA, 1967, p. 109).

Sintetizadamente, Pedro Vieira Mota (1998, p. 204) resume a atuação dos três poderes da seguinte forma:

> Quem governa são o Legislativo e o Executivo. O Legislativo, fazendo as leis e impondo o seu cumprimento; o Executivo, participando da feitura delas (veto) e executando-as. Assim, são eles que traçam os rumos e conduzem o Estado. São eles os poderes essencialmente políticos.
> O Judiciário, ao contrário, não participa da feitura das leis e limita-se a aplicá-las, estritamente, a casos excepcionais. Só aos casos de conflitos, seja punindo criminosos ou julgando demandas.

Verifica-se, por fim, ser de suma importância que cada poder cumpra o seu papel dentro dos limites estabelecidos pela constituição federal. Ademais, cada um deles deve estar continuamente fiscalizando os demais poderes. A esta relação de interdependência dos poderes dá-se o nome de “freios e contrapesos”.

Essa doutrina retira a ideia da estaticidade dos poderes. Portanto, percebe-se que os poderes são independentes ao mesmo tempo em que são harmônicos entre si. Conforme explicação de José Pedro Galvão de Sousa (1967, p. 108):

> Mas a teoria da separação dos podêres, tal como foi aplicada pelo liberalismo, teve uma outra significação. Pretendeu-se estabelecer entre os podêres do Estado – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário – esferas dentro das quais cada um atuasse com independência, fiscalizando-se mùtuamente para a salvaguarda da liberdade dos cidadãos.

Conclui-se que o Estado democrático divide o seu poder em três diferentes esferas: Executivo, Legislativo e Judiciário. Cada um destes ramos do poder tem uma função típica, quais sejam, criar leis, executar as leis e julgar, respectivamente. Entretanto, é necessário que haja uma interdependência entre estes poderes, devendo um fiscalizar a atuação do outro, sem, contudo, usurpar a função do poder alheio de tal forma a descaracterizar seu próprio poder.

Na redação de Pedro Salvetti Netto (1987, p. 297), “E assim tem sido, porquanto somente deste modo pode o governo agir. A separação absoluta, na verdade, impediria a harmonia funcional e, dessarte, sua desconexão iria determinar a própria desintegração da atividade governamental”.

Nos próximos tópicos estudar-se-á a estrutura do Poder Judiciário nos Estados Unidos e no Brasil.

2 A ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Durante a época do Brasil colonial, não existia definidamente um Poder Judiciário. Aplicava-se na colônia brasileira um modelo importado da metrópole, o qual não teve uma boa adaptação devido à falta de estrutura física e a grande área territorial da colônia. Na explicação de José Reinaldo de Lima Lopes (2008, p. 242) sobre o sistema judicial durante o período colonial:

> Característico do regime das capitanias hereditárias é uma tripartição de poderes jurisdicionais. Essencialmente, há os juízes municipais (ordinários, das Câmaras) que ocupam a base do sistema; no topo, o rei conserva sua regalia maior, ou seja, a competência para ouvir apelações e agravos pelos seus tribunais próprios e superiores. Entre as duas justiças está uma espécie de justiça senhorial dos donatários e governadores: ora exclusiva (conforme a pessoa ou a matéria), ora servindo como instância de recurso à decisão municipal. A justiça dos capitães é exercida pelos ouvidores.

Com a implantação dos Governos-Gerais, após o fracasso dos sistemas das capitanias hereditárias, foi definido que o ouvidor-geral do governo seria a autoridade judicial máxima dentro da colônia. “O cargo de ouvidor, no Brasil, equivalia ao de corregedor na metrópole” (LOPES, 2008, p. 243).

Esta situação precária continuaria presente na vida colonial brasileira por muito tempo, iniciando sua modificação somente com o advento das ideias revolucionárias do século XIX:

> As reformas realizadas pelo Iluminismo [...] já indicaram mudanças como o fim dos privilégios estamentais, laicização, fim da influência das Igrejas, antifeudalismo, racionalização, centralização e ordem: reformas por cima, isto é, conduzidas pela autoridade ou pelos livre-pensadores filósofos. Tal processo, que desembocará no século XIX em reformas mais profundas, liga-se no século XVIII ao movimento pela codificação do direito e pela sua nacionalização, obedecida a razão natural moderna (LOPES, 2008, p. 247).

Com o advento da constituição brasileira de 1988, a estrutura do Poder Judiciário foi inserida nos artigos 92 a 126. Estes dispositivos tratam da organização judiciária no âmbito federal e estadual bem como das funções que cada órgão do Poder Judiciário deve exercer.

Inicia-se o estudo da estrutura do Poder Judiciário pelos Tribunias. Na composição brasileira há o Supremo Tribunal Federal (STF) que é o mais alto Tribunal do Estado brasileiro, tendo como papel a salvaguarda da constituição bem como receber e jugar recursos extraordinários.

Logo abaixo, estão o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Superior Tribunal Militar (STM). Nesta esquemática, todos os tribunais citados recebem recursos dos seus respectivos ramos, especializados em determinado assunto (trabalhista, eleitoral e militar), com exceção do STJ, que recebe recursos da chamada justiça comum, tanto federal como estadual.

A Justiça comum é residual. Isto significa que tudo o que não for matéria das Justiças Especializadas será tratado na Justiça comum.

Abaixo dos Tribunais Superiores estão os Tribunais Regionais. No âmbito das Justiças Especializadas existem os Tribunais Regionais do Trabalho que, em número, totalizam vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) espalhados por todo o

território nacional. Há ainda os Tribunais Regionais Eleitorais (TRE) e os Conselhos Militares de Justiça.

Na Justiça comum há a divisão em dois ramos: Justiça Estadual e Justiça Federal. Cada uma delas tem a função de processar e julgar matérias distintas. Cada Estado-membro da federação tem o seu prórpio Tribunal de Justiça Estadual (TJ) e há, ainda, os Tribunais Regionais Federais (TRF), sendo estes nove distribuídos pelo território brasileiro.

Por fim, as primeiras instâncias destes órgãos estão espalhadas por toda a federação, tendo cada uma a sua jurisdição em razão da matéria, em alguns casos, e do lugar. São estas as Varas Federais e as Varas Estaduais da Justiça comum, as Varas do Trabalho, os juízes Eleitorais e os Auditores Militares.

3 A ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO NOS ESTADOS UNIDOS

É certo que no período em que as treze colônias inglesas existiam, o modelo judiciário inglês foi trazido para a colônia. Conforme traz René David (1998, p. 359):

> [...] a common law inglesa é, em princípio, aplicável; os súditos ingleses levam-na com eles, quando se estabelecem em territórios que não estão submetidos a nações civilizadas. As colônias inglesas da América incluem-se nesta situação.

Após a independência americana em 1776, houve um grande crescimento do movimento a favor da codificação das normas, típico do sistema de direito romano-germânico (civil-law). Isto porque era necessário algo que unisse as colônias como um só ente, visto que, até então, a única coisa em comum entre elas era a metrópole colonizadora.

Ao final, o sistema da common-law saiu vitorioso, sendo o sistema usado pelos Estados Unidos até hoje. Entretanto, insta salientar que esta “disputa” dos dois sistemas fez com que a common-law americana se diferenciasse da common-law originariamente inglesa:

> Contudo, o conflito que, depois da Independência dos Estados Unidos, se produziu neste país e se prolongou durante mais meio século, entre o sistema romano-germânico e a common law, não foi estéril. Contribuiu poderosamente para dar a common law dos Estados Unidos caracteres particulares em confronto com a common law da Inglaterra. Os Estados Unidos continuaram a ser um país de common law no sentido de que lá se conservam, de uma forma geral, os conceitos, as formas de raciocínio e teoria das fontes do direito inglês. Contudo, na família da

> common law o direito dos Estados Unidos ocupa um lugar particular; mais do que qualquer outro direito, ele está marcado por características que lhe imprimem uma considerável originalidade; e estas características muitas vezes, aproximam-no dos direitos da família romano-germânica, pelos quais se deixou seduzir num determinado momento da sua história (DAVID, 1998, p. 362/363).

Atualmente, a estrutura vigente do Poder Judiciário dos Estados Unidos deve ser analisada em dois diferentes aspectos: a estrutura judiciária Federal e a estrutura judiciária dos Estados-membros da federação. Nas palavras de Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 82), "A organização judiciária nos EUA é regulada, claramente, em dois níveis, o federal e o estadual, conforme sistema político adotado no país: a federação".

Com relação à estrutura judiciária no âmbito federal, a Constituição Americana prevê somente a criação da Suprema Corte Americana. Para os demais órgãos, há somente uma menção de que o Poder Legislativo poderá estabelecer outros tribunais e órgãos judiciários federais por meio de lei posterior:

> A Suprema Corte Americana é o único corpo judicial que pode argüir uma legitimidade de título diretamente fundada na Constituição. Mas o art. 3º da Constituição deposita no Legislativo a competência para completar o restante quadro de tribunais federais (MAGALHÃES, 2000, p. 46).

Além da Suprema Corte Americana, a esfera Federal do Judiciário é composta pelo Tribunal de Apelação dos Estados Unidos (*United States Courts of Appeals*), que totalizam onze tribunais distribuídos pelos Estados Unidos, as Cortes Distritais dos Estados Unidos (*United States District Courts*), que somam noventa e quatro unidades espalhadas pelo território americano.

Além disso, ainda na esfera Federal existem as Cortes Especiais dos Estados Unidos (*Special United States Courts*), que se dividem em *U.S. Court of Federal Claims, Court of International Trade* e *U.S Tax Court*.

Já a estrutura estadual do Poder Judiciário, devido ao modelo de fereralismo adotado nos Estados Unidos da América, varia de Estado-membro para Estado-membro. Entretanto, é possível fazer uma generalização do modelo utilizado:

> Na Justiça Estadual americana, de um modo geral, salvo pequenas variações decorrentes da autonomia de cada Estado, em razão do federalismo, constitui-se, estruturalmente, de juízes de 1 grau, uma corte de apelação (revisora), que normalmente julga por turmas, e uma Suprema Corte, pequena, em média de 5 a 7 juízes, que se assentam, em regra, em plenário (en banc), para julgar os recursos que lhe chegam, podendo deles conhecer ou não, discricionariamente, a seu exclusivo juízo, só os aceitando quando envolverem elevada carga de interesse público, ou para harmonizar a jurisprudência divergente de Corte inferior (SILVEIRA, 1999, p. 147).

Percebe-se que na esfera estadual, o Poder Judiciário se divide, basicamente, nos juízes de primeiro grau, no Tribunal de Apelação (segundo grau) e uma Suprema Corte Estadual a qual só analisa casos que julgar necessário para a harmonização das decisões, visando à segurança jurídica.

4 COMPARAÇÃO ENTRE A ESTRUTURA JUDICIÁRIA DO BRASIL E DOS ESTADOS UNIDOS

É perceptível que as duas estruturas de Poder Judiciário tem amplas diferenças. Neste tópico, objetiva-se ostentar algumas destas distinções bem como as críticas feitas tanto à um modelo quanto ao outro.

O primeiro ponto a ser exposto é a (des)centralização do Poder Judiciário. Visivelmente, na estrutura judiciária dos Estados Unidos há uma desconcentração de poderes. Os Estados-membros da federação tem autonomia desvinculada do poder federal. Assim, é possível que as duas esferas judiciais tratem de assuntos iguais, pois, por muitas vezes, suas jurisdições são concorrentes:

> Em alguns casos, o Congresso estabeleceu a exclusividade de jurisdição dos tribunais federais. Dêsse modo, os casos relativos a leis criminais federais, alguns casos de direito naval ou comercial marítimo, processo de falência e questões referentes às leis de patentes e direitos autorais não podem ser julgados por tribunais estaduais. Na maioria dos casos, porém, a jurisdição dos tribunais federais e estaduais é concorrente, o que significa que o litigante pode demandar tanto no plano estadual como no federal. Os casos de jurisdição de diversidade e vários casos de jurisdição sôbre questões federais são exemplos de jurisdição concorrente. Assim, os direitos criados em plano estadual podem se fazer valer nos tribunais federais, assim como os

> direitos criados em plano federal podem ser levados a efeito nos tribunais estaduais [...] (FARNSWORTH, 1963, p. 51).

A constituição americana restringe poucas matérias especificadamente para a esfera federal, deixando o restante, que abrange a maior parte das matérias, para os Estados-membros, por força da Emenda Constitucional X: "Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem por ela negados aos Estados, são reservados aos Estados ou ao povo" (SOARES, 1999, p.84).

O oposto é percebido na estrutura judiciária brasileira. Inicialmente, a constituição do Brasil traz um rol de matérias a serem tratadas exclusivamente pelo Estado como, por exemplo, os artigos 102, 103-B, 105, 108, 109, 114, 124, todos da Constituição de 1988. Por fim, instrui a constituição no artigo 125, "*caput*" e parágrafo primeiro, que a Constituição Estadual deverá organizar a estrutura judiciária estadual, observando os princípios estabelecidos na Carta Magna.

Diante do exposto, percebe-se que o Poder Judiciário brasileiro concentra grande parte das competências na esfera federal, levando à centralização do Poder Judiciário, apesar das diversas Varas e Tribunais espalhados pelo terrirório nacional.

O segundo ponto a ser apreciado é o sistema recursal dos dois Estados. A crítica feita neste ponto é em direção ao sistema recursal brasileiro no âmbito estadual. Conforme desaprova Paulo Fernando Silveira (1999, p. 148):

> No Brasil, ao meu ver equivocadamente, não há essa Suprema Corte estadual, de modo que as decisões dos Tribunais de Justiça ou os de Alçada (onde houver), tomadas em turmas, não se harmonizam ao nível de Estado, causando perplexidades aos jurisdicionados, ocorrendo frequentemente que duas pessoas em situações idênticas, uma perde e outra ganha, dependendo da turma em que cai o processo. É pura loteria.

Desta forma, a observação feita é de que não havendo um Tribunal Superior Estadual, as decisões nesta esfera não se harmonizam, levando à grande quantidade de recursos aos Tribunais Superiores (STJ e STF, dependendo da matéria). Tal sistema faz com que os processos demorem mais para se findarem devido aos inúmeros possíveis recursos, um após o outro.

Sobre os recursos aos Tribunais Superiores (STJ e STF), há outra observação a ser feita. No Brasil só poderá chegar um recurso a estas instâncias se o processo já tiver passado por um recurso no Tribunal inferior (TJ do Estado-membro, TRF, TRT, dependendo o caso). Isto faz com que, como dito, os processos se tornem exacerbadamente demorados.

Além disso, tais Tribunais Superiores não tem discricionariedade de receber ou não o recurso. Deverão, portanto, analisar todos os recursos propostos, fazendo com que a máquina judiciária se torne ainda mais lenta por causa da grande quantidade de recursos que estes Tribunais devem julgar.

Já nos Estados Unidos, os recursos para estas instâncias superiores funcionam de forma distinta. Há o Tribunal de segunda instância para o qual o processo sempre poderá ser remetido para reanálise, devido ao princípio do "*due process of law*" (princípio do duplo grau de jurisdição), previsto na constituição americana.

Entretanto, o recurso para os Tribunais Superiores só poderá ser admitido caso se tratar de assunto de importância, normalmente em favor do sistema judiciário como um todo e não somente em favor da parte. Ademais, tais Tribunais tem discricionariedade para decidir o que é realmente significativo julgar:

> [...] Lá, em virtude da cláusula do devido processo legal, permite-se ao vencido toda sorte de recursos, inclusive diretamente para a Suprema Corte dos Estados Unidos. A diferença é que só tem direito de ser conhecido obrigatoriamente seu recurso ao nível de Corte de Apelação, que funciona como instância revisora das decisões tomadas em 1 grau, a fim de lhe corrigir eventuais erros. Os demais recursos só serão conhecidos se assim decidir a Corte para qual foram endereçados, dentro de seu exclusivo critério de discricionariedade, visando à interpretação construtiva do direito ou no interesse do sistema jurídico, ou seja, no interesse do Estado e não do indivíduo. Logo, a parte vencida só tem direito, estrito sensu, a uma apelação, que obrigatoriamente será conhecida, se atendidos os pressupostos legais. Algumas matérias, em virtude de sua importância, fatamente alcançarão as Supremas Cortes (estaduais e federais). Assim, por economia processual e destinando-se a pacificar logo o conflito, permite-se o encaminhamento de recursos diretamente à aquelas Cortes, que passam a funcionar como revisoras (SILVEIRA, 1999, p. 155).

Assim, entende-se que caso o recurso seja admitido pelo Tribunal Superior, este irá atuar como Corte revisora, fazendo a reanálise do caso bem como julgando no interesse da coletividade, visto que os julgados são precedentes para os casos futuros.

Por fim, analisar-se-á o apego dos magistrados às leis nos dois países. No Brasil, os magistrados, em geral, aplicam a lei na forma em que elas estão dispostas no ordenamento jurídico, fazendo pouca interpretação destas e somente analisando seu poder de justiça excepcionalmente:

> No Brasil – como o Juiz aplica a lei sem dar enfoque pessoal de justiça, tendo-a como depurada nesse aspecto pelo legislador, que teria apreciado todos os ângulos valorativos, políticos e sociais, que a norma encerra, sendo seu julgamento meramente técnico, com abstração do justo emergente do caso concreto [...] (SILVEIRA, 1999, p. 173).

Averigua-se que os magistrados brasileiros têm atuado de maneira passiva, aplicando a lei literalmente não observando se esta é justa ao caso concreto que lhe é apresentado. Nas palavras de Paulo Fernando Silveira (1999, p. 173):

> [...] Seu pronunciamento tem sido puramente técnico, sempre despido de aspecto político, valorizando a vontade do legislador, esquecendo-se de que o Judiciário é um Poder Político independente e como tal tem o dever de atuar como condição sine qua non de sua legitimidade e para preservar a existência e manutenção da democracia.

Muitas vezes isto ocorre devido ao engessamento do Poder Judiciário, visto que a estrutra brasileira impede que os magistrados julguem de acordo com a sua convicção puramente. Tal endurecimento dos órgãos julgadores acontece em razão da influência dos países em que o Judiciário não é um órgão político independente, sendo apenas um órgão aplicador da lei. Conforme pensamento de Montesquieu (Livro décimo primeiro, Capítulo VI, s.d., s.p.): “Mas os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.

Uma vez que o Poder Judiciário não cumpre o seu papel como poder independente, isto acarreta uma sobrecarga do Poder Legislativo que é frequentemente cobrado a editar novas leis, visto que a mudança legislativa é mais lenta do que a mudança dos costumes da sociedade.

Além disso, cria-se uma dependência do Judiciário em face do Poder Legislativo, pois aquele segue de forma praticamente absoluta as normas editadas pelo legislativo. Dito isso, assevera-se sobre a independência do Judiciário que:

> De todos os poderes constituídos, referia-se Ruy, "é o Judiciário o menos propenso a usurpar, não tendo influência alguma sobre a espada ou a bolsa pública, não podendo assim, tomar nenhuma deliberação ativa, e dependendo, até o final, do Governo, para a execução das próprias sentenças. Dele, pois, não é de temer que empreenda nada contra as liberdades constitucionais. Todas as cautelas, pelo contrário, deve adotar o povo, para que o Judiciário não seja suplantado pelos outros dois poderes, e, quando entre as duas opressões houvessem de optar, menos grave seria a dos Tribunais que a dos Governos ou a dos Congressos" (NETTO, 1987, p. 351).

De forma diversa ocorre com os magistrados norte-americanos. Estes, por sua vez, gozam de maior autonomia em seus julgamentos devido ao sistema de direito adotado pelo país, qual seja, a *common-law*. Isto porque neste sistema a maior fonte de direito são os precedentes judiciais, também chamados de jurisprudência, e não a lei codificada. Conforme explica René David (1998, p. 368):

> O direito, nos Estados Unidos como na Inglaterra, é concebido essencialmente como um direito jurisprudencial, fundado antes de tudo sobre os precedentes e sobre a razão. As leis e regulamentos são observados, segundo a tradição, como complementos ou corretivos de um corpo de direito que lhes preexiste, o sistema da common law.

Desta forma, constata-se que os magistrados dos Estados Unidos tomam suas decisões de forma mais desvinculada da lei, exercendo o papel político intrínseco do Poder Judiciário. Apesar desta maior liberdade de julgamento estes magistrados ainda estão vinculados aos precedentes judiciais. Estes podem ser divididos em duas espécies: os persuasórios e os obrigatórios. Como explica E. Allan Farnsworth (1963, p. 63/65):

> Têm autoridade persuasória as decisões dos tribunais de outras jurisdições e as decisões das Côrtes coordenadas da mesma jurisdição, por exemplo outros Tribunais de Apelação intermediários do mesmo Estado ou outros Tribunais de Apelação

> federais. O grau de persuasão de uma decisão pode depender do apoio que ela tenha em outras jurisdições: quando há conflito entre várias jurisdições sôbre um determinado ponto, é comum falar-se em regra da “maioria” ou “minoria”, seguindo-se a primeira, por sua maior aceitação. O grau de persuasão pode depender também da preeminência do Tribunal que exarou a decisão o do juiz que pronunciou o voto [...]
>
> A autoridade obrigatória, à qual se aplica a doutrina do precedente, é a das decisões do próprio Tribunal. Como não é de esperar que o Tribunal em instância inferior ignore uma decisão anterior do Tribunal superior na mesma jurisdição, com poder de revisão, o que interessa saber é até que ponto um Tribunal seguirá uma de suas próprias anteriores decisões. A questão é posta ao ser tomada uma decisão isolada, pois, embora o pêso da autoridade persuasória varie em número de decisões análogas, basta uma anterior decisão do Tribunal para constituir precedente.

Assim, assimila-se que as jurisprudências persuasórias tem caráter de mera diretriz nos casos em que o Tribunal julgador ainda não tiver um precedente naquele caso específico. Já as jurisprudências obrigatórias são de aplicação necessária. Isto porque o Tribunal ligeiramente inferior não poderia decidir um caso contra o entendimento de Tribunal Superior subsequente pois os jurisdicionados poderão reclamar àquele. O papel do Tribunal Superior é exatamente o de unificar o entendimento dos casos iguais, para que não haja divergência entre as decisões inferiores.

Neste sistema de aplicação do direito, mesmo devendo obediência aos precedentes obrigatórios, percebe-se que há uma maior discricionariedade dos magistrados em suas decisões. Isso faz com que estes exerçam de forma mais eficiente o papel político que o Poder Judiciário deve ter:

> Ao judiciário compete, sensível às necessidades do povo, dar efetividade e concretude à Carta Política, ajudando o país a, saindo da ignorância e da escuridão intelectual, caminhar em direção Estado Democrático de Direito, [...] O Poder Judiciário, como poder político e independente, tem a chave que abre o país para o progresso e a modernidade. Existe para confrontar os demais, através de sua missão constitucional de to check os outros ramos do governo, de modo a não permitir abusos e ilegalidades, ainda que veiculados por lei (SILVEIRA, 1999, p. 175/176).

Por fim, insta salientar que os precedentes, especialmente os obrigatórios, poderão ser modificados. Conforme preceitua René David (1998, p. 391): “o Supremo Tribunal dos Estados Unidos e os Supremos Tribunais dos diferentes Estados não estão vinculados à suas próprias decisões e podem desviar-se da sua jurisprudência”.

Portanto, conclui-se que a jurisprudência muda mais rapidamente do que a legislação escrita, acompanhando a mudança social com maior eficácia. Entretanto, este dinamismo jurisprudencial pode levar a uma insegurança jurídica, visto que os Tribunais Superiores podem modificar seu entendimento do julgamento de um caso para o outro.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar sucintamente qual é a composição e o funcionamento do Poder Judiciário do Brasil e dos Estados Unidos bem como demonstrar as semelhanças e diferenças entre estes e tentar traçar os pontos positivos e negativos de cada um.

A princípio, levou-se em consideração a semelhança dos países por estarem inseridos na forma Federativa de Estado. Entretanto, considerou-se também a influência que os sistemas de direito, a common-law e a civil-law, exercem na composição dos poderes do Estado, especialmente no Poder Judiciário.

Percebeu-se que apesar dos dois países adotarem o federalismo, este é traduzido de forma distinta por cada um. Enquanto nos Estados Unidos a autonomia dos estados-membros é grande, sendo inclusive uma das principais características do Estado norte-americano, no Brasil, há uma imensa simetria entre Estado e estados-membros, levando a um engessamento da autonomia dos estados federados.

Isso influência diretamente na composição do Poder Judiciário. No Brasil, todos os estados-membros têm uma composição idêntica e atuam da mesma forma. Já nos Estados Unidos cada estado-membro pode adotar a estrutura que achar mais eficaz para atender aos interesses da população.

Já o sistema de direito provoca distinções no sentido de que os Estados Unidos levam mais em consideração o trabalho de interpretação do magistrado do que a lei escrita na medida em que no Brasil há uma demasiada obediência irrestrita a lei escrita.

O essencial é haver um equilíbrio entre o respeito às leis codificadas e a discricionariedade do juiz, visto que se este tiver livre ação em todos os casos sem alguma base para se pautar, poderia ocorrer uma insegurança jurídica.

Conclui-se, portanto, que o modelo norte-americano do Poder Judiciário tem diversos pontos positivos, podendo ser usado de exemplo por outros países. A variedade de composições não deve ser visto como uma coisa ruim, que leve a desorganização. Isto porque estas diferenças regionalizadas fazem com que o Poder Judiciário seja mais eficiente em cada um dos lugares onde é utilizado, por levar em consideração os aspectos intrínsecos da sociedade daquele determinado local.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, 3ª ed.

FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos**. São Paulo: Editora Forense, 1963.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **The Federalist Papers**. Editora: The Pennsylvania State University, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História**. São Paulo: Editora Atlas, 2008, 3ª ed.

LUKACS, John. **Uma Nova República: História dos Estados unidos no Século XX**. Tradução: Vera Galante. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2006.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Pacto Federativo**. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2000.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **O Espírito das Leis**. Disponível em: http://pensamentosnomadas.files.wordpress.com/2012/04/montesquieu-o-espirito-das-leis.pdf, em 25/abr/2013.

MOTA, Pedro Vieira. **Montesquieu: o Espírito das Leis**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, 5ª ed.

NETTO, Pedro Salvetti. **Curso de Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Saraiva, 1987, 7ª ed.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos (Checks and Balances)**. São Paulo: Editora Del Rey, 1999.

SOARES, Guigo Fernando Silva. **Common Law – Introdução ao Direito dos EUA**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,1999.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Iniciação à Teoria do Estado**. São Paulo, 1967.

JURISDIÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL- MODELO ATUAL E AS IDÉIAS RENOVATÓRIAS

Sandra Regina MERLO[61]

RESUMO

O presente artigo tem como escopo elucidar, sem exaurir, o uso da jurisdição como meio de inclusão social, que comporta a modificação da sociedade quando devidamente empregada, concretizando os princípios constitucionais e promovendo a paz social.

ABSTRACT

This article is to clarify the scope, without exhausting, the use of the jurisdiction as a means of social inclusion, which involves the modification of society when properly employed, fulfilling the constitutional principles and promoting social peace.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil, Jurisdição, Inclusão Social

KEYWORDS: Civil Procedure, Jurisdiction, Social Inclusion

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 veio concretizar a supremacia dos direitos fundamentais, já há muito protegida por tratados e acordos internacionais, permitindo a evolução da sociedade, estagnada por 20 anos de ditadura militar. Trouxe a redemocratização à tona e vem ensinando aos brasileiros buscar a efetivação de tais garantias.

No rol das garantias constitucionais o legislador constituiu um ecletismo ímpar. Procurou abarcar da igualdade, expressa em vários momentos, promoção de um Estado sem preconceitos de raça, cor, sexo a situações includentes do mercado de trabalho da mulher, entre outros tantos dispositivos protetivos e garantistas.

Sem olvidar a possibilidade da concretização destas garantias, previu também entre os direitos fundamentais do art. 5º, no inciso XXXV, o princípio da inafastabilidade da

[61] Advogada. Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná- UENP. Pós-graduada pela Escola de Magistratura do Paraná- Núcleo Ponta Grossa- Graduada pela Universidade Estadual de Ponta Grossa-UEPG. Email: scmerlo@uol.com.br

jurisdição, princípio do livre acesso ao judiciário, ou também chamado de Direito de Ação. Desta forma, nas palavras de Dicken William Lemes Silva (2005, p.1) esta concepção deriva "um novo movimento de pensamento e encerra a ideia de que o princípio da proteção judiciária constitui-se em um direito humano e fundamental de acesso à ordem jurídica justa", permitindo assim a otimização desses direitos.

Porém a problemática vivenciada pela população não recai sobre a ausência de institutos apropriados a garantir seus direitos, mas na morosidade e inefetividade da prestação jurisdicional. Entretanto não há que se substituir a justiça morosa pela injustiça célere, nas palavras José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA apud MANCUSO, 2011, nota do autor):

> Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

São muitas as dificuldades enfrentadas pelo modelo atual de Judiciário, com carência de recursos humanos e materiais, bem como leis arcaicas, desconsiderando novas tendências e conjunturas, que ainda toleram inúmeros recursos, causando um abarrotamento processual. A incursão ao Judiciário pode e deve ser um fator de inclusão social.

Além da previsão da mudança de paradigmas, grande parte dos doutrinadores enxerga nos mecanismos extrajudiciais uma fórmula ideal para atual crise numérica, relegando ao Judiciário, tão somente, causas complexas, ou para casos que, por suas singularidades, efetivamente carecem de passagem judiciária.

1. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Retrocedendo ao início dos agrupamentos humanos, surge simultaneamente a necessidade da resolução dos conflitos nascido dessa convivência. A organização inicialmente referia-se às crenças religiosas, aos sacrifícios e também ao culto aos mortos, onde sacerdotes desempenhavam um grande poder no aparelhamento estatal, operando como legisladores e executores das leis, desprovidos de imparcialidade. Neste sentido

> "No que concerne aos costumes, há de se reconhecer como fonte mais importante e mais antiga do direito, manifestação que se comprova por ser expressão direta, cotidiana e habitual dos membros de dado grupo social. Novamente aqui, a religião aparece como fator determinante, na medida em que o receio e a ameaça permanente dos poderes sobrenaturais é que garante o rígido cumprimento dos costumes". (GILLISSEN apud WOLKER, 2008, p.6)

Séculos se sucedem e a fixação de parâmetros mínimos para convivência harmônica não mais é satisfatória. Abandona-se a autotutela e autocomposição, dando lugar ao Estado-juiz, único legitimado a partir de então para a pacificação dos conflitos entre as partes.

Certo ainda que o acesso ao Judiciário privilegiava as classes abastadas, sem vistas a um futuro includente dos setores da sociedade mais necessitados. Tal distinção demonstrava o débil e ineficiente ingresso à justiça confiado à população. A falta da igualdade como critério orientador para o exercício da função jurisdicional não comportava o acesso ao Judiciário a todos.

Revoluções, guerras e a mudança de paradigmas evoluíram a concepção do acesso a Judiciário. Entretanto, a mudança efetiva se deu com o reconhecimento de direitos fundamentais fazendo frente, inclusive, ao poder do Estado.

> O reconhecimento de alguns direitos como fundamentais, ou seja, como inerentes a condição humana, invioláveis até mesmo diante do poder estatal, seria imprescindível para que o acesso à justiça também fosse reconhecido como um mecanismo de inquestionável importância para a harmonização dos grupos e para a garantia da dignidade de cada cidadão. (ARAUJO, 2011, p.21)

Com a queda do Absolutismo, um novo modelo de governo ascende, limitando o poder do soberano em face de Constituição. A tripartição dos poderes idealizada por Montesquieu colaborou para a judicialização da jurisdição. De acordo com Antônio José Carvalho da Silva Filho, em seu artigo Primórdios da Jurisdição, "(...) *o objetivo de ceifar o poder absoluto na mão do monarca, era necessário pulverizar o poder estatal em diversas*

frentes, primando, no caso da jurisdição, pelo exercício por um órgão independente." Cita ainda o referido autor a realização da sonhada imparcialidade "(...) *com o fito de realizar a pacificação social de acordo com as normas criadas pelo próprio Estado*".

Apesar da previsibilidade de direitos fundamentais, bem como a criação de um Judiciário ter sido de grande valor para a segurança jurídica dos governados, obtendo-se julgamentos mais imparciais, outro óbice decorreu desta nova ordem: o acesso amplo pela população. A prestação jurisdicional ainda era uma quimera para grande maioria.

Por volta do século 19, a revolução trazida pelas classes operárias, desfavorecidas e relegadas à margem da sociedade, foi de toda ordem, essencial para a cobrança de uma postura mais ativa do Estado em relação os seus direitos. Porém, o estado de beligerância mundial até 1945 foi derradeiro para o atraso na efetivação dos mais essenciais direitos.

Com a preocupação com a sociedade como um todo surgem os direitos coletivos, tendo o Estado como salvaguarda e garantidor de sua implementação.

> (...) a partir do instante em que as ações e relacionamentos assumiram um caráter coletivo, em detrimento do caráter individual predominante, as sociedades modernas tiveram que deixar para trás a visão individualista dos direitos, e da própria noção de acesso à justiça, para reconhecerem os direitos e deveres sociais dos governos. (...) passa-se a falar, nesse momento, num acesso efetivo à justiça. (GONÇALVES, BREGA FILHO, 2010, p. 66).

Importante ressaltar a possibilidade da aplicação de institutos legais como legítima defesa ou estado de necessidade, direito de retenção, em situações onde não seja possível a presença do Estado-juiz, quando houver um direito ameaçado ou violado.

2. JURISDIÇÃO E O ACESSO A JUSTIÇA

Em voga na atualidade, a jurisdição e sua finalidade, qual seja o acesso à Justiça, tem sido alvo de debates acalorados. A causa está relacionada às garantias previstas em normas constitucionais e infraconstitucionais que deveriam assegurar à população, direitos fundamentais e que, muitas vezes não são concretizados**.**

Quanto ao conceito de jurisdição, a doutrina não é pacífica. Entre as concepções dadas ao termo, dentre as visões tradicionais, Chiovenda conceitua como:

> Função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. (CHIOVENDA apud CÂMARA, 2008, p. 66).

Ainda na fala de Fredie Didier Junior (2010, p.84) na jurisdição "um terceiro substitui a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado".

Entretanto, as expressões jurisdição e acesso à justiça, conforme Mancuso (2011, p.333) sustenta "(...) ao longo do tempo, e mesmo das modificações do contexto sociopolítico-econômico, acabaram perdendo boa parte de sua densidade e identidade conceitual".

A nova ordem jurídica com a construção de um Estado Democrático de Direito, consubstanciada pela Constituição Federal de 1988, subscreve o princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º transformando-o em garantia fundamental. Apesar da presciência da jurisdição ampla e igualitária, "a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes." Importância precípua é "de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa". (WATANABE, 1988, p.128).

A prestação jurisdicional efetiva ainda é vista como mera discussão doutrinária, causa de descontentamento generalizado pelos que dela necessitam. A possibilidade de postular uma pretensão perante o Poder Judiciário, em regra, não é sinônima de concreção da Justiça. Torna assim uma das problemáticas tratadas pelos atuais doutrinadores, o tempo demandado entre o início e o fim do processo.

Eduardo Cambi (2007, p.25) afirma que a "designação *acesso à justiça* não se limita apenas à mera *admissão ao processo* ou à possibilidade de ingresso em juízo". A efetividade deve ser a primazia da jurisdição factível e promotora da uma real inclusão social. Afirma ainda, o autor acima referido que os requistos para um acesso eficaz devem abranger:

> i) o ingresso em juízo; ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos).

Eficiência e duração razoável do processo são garantias constitucionais, porém o grande desafio deste século, conforme preleciona Yasa Araujo (2011, p.32) é "pela construção de um Estado (...) que garanta através de mecanismos eficientes, fazer da justiça (...) e que dela esperam apenas a garantia de uma vida digna".

Portanto, segurança jurídica cotejada pelo principio da legalidade, diante de abusos de direitos a população, não alcançar o aludido provimento jurisdicional, por motes financeiros, ou outro motivo, será causadora de injustiças e descrédito perante o Estado.

2.1. Morosidade processual: entraves e limitações

É no preâmbulo da Carta Magna que se vislumbrar, de forma evidente, a escolha do Brasil em compor-se como Estado Democrático de Direito. E assim o sendo, seu desempenho deve se nortear na satisfação dos interesses do povo, que necessita cingir o maior número de pessoas, visto que frente à Constituição, todas são destinatárias dos direitos ali alvitrados.

A discussão em torno do acesso à justiça surgiu em meados dos anos 1960, mas somente na década de 70 estudos relevantes consolidaram um plano, considerando a diversidade mundial das dificuldades e soluções do acesso à justiça.

Na fala de Gonçalves e Brega (2010, p.68) o Projeto Florença para acesso à Justiça nasceu "para estudar diversos assuntos, sob um enfoque multidisciplinar". Assim sendo, os autores relatam que, este estudo resultante no livro "Acesso à Justiça", "foi essencial para uma discussão esclarecedora relacionada ao conceito do acesso à justiça, analisando os obstáculos que impedem materialmente o alcance do acesso à justiça, sugerir soluções que importem a superação desses obstáculos, dentre inúmeras outras temáticas".

Os juristas Mauro Cappelletti e Bryant Garth foram grandes estudiosos do imperativo de um Judiciário prestacional, demonstrando entraves a serem transpostos e abalizando soluções para uma atividade jurisdicional célere e eficaz.

2.2- Os obstáculos do acesso à Justiça: custas judiciais, possibilidades das partes e problemas com interesses difusos.

Pelo levantamento de Cappelletti e Garth, a máquina judiciária traz altas despesas para a sociedade, que mantém um corpo de funcionários, bem como prédios e todos os recursos imprescindíveis a proporcionar a resolução dos litígios. Mais gastos são somados, visto que as partes devem arcar com o pagamento dos honorários, e quando da perda da ação, inclui-se os honorários sucumbenciais nesta conta.

Além dos pontos relacionados à questão financeira para adentrar o Poder Judiciário, o fator tempo desfavorece o litigante, aumentando exponencialmente, os custos e a inefetividade, novamente prejudicando os mais desfavorecidos. Neste mesmo sentido, ensina Barros:

> A depender da demora na solução do litígio, os custos são substancialmente aumentados diante do processo inflacionário e consequente aumento dos gastos, o que acaba por forçar os mais pobres a anuir com acordos em valores inferiores aos almejados como de direito. (BARROS, 2010, p.19).

Concebendo tais problemas pela ótica brasileira, majoram-se as chances de uma má prestação jurisdicional, por conta de um Estado contaminado pela corrupção em todas as esferas de poder.

Dentro deste estudo, Cappelletti ressalta que alguns litigantes têm uma grande quantidade de vantagens estratégicas, faz do segundo ponto, relacionado à possibilidade das partes, seja considerada questão principal que se reflete sobre a garantia do acesso efetivo.

Recursos financeiros dos litigantes, as capacidade, educação, meio e status social são alguns tópicos listados pelos autores acima nominados, como situações alguns mais favorecidos em detrimento dos menos informados e pobres. Dado interessante refere-se à desconfiança nos advogados, que agregados ao formalismo processual, linguajar diferenciado,

figuras intimidadoras como a do juiz, desestimulam a grande maioria, da população em buscar soluções judiciais.

Incluso ainda no segundo tópico de obstáculos, adiciona-se os litigantes habituais, que, em contrapartida aos litigantes eventuais, obtêm maiores vantagens, em virtude de mais experiência, organização e eficiência, alcançando mais facilmente, a possibilidade de mobilizar empresas a retirar vantagens de seus direitos.

Como última barreira elencada por Cappelletti e Garth, está a questão dos problemas arrolados pelos direitos dos interesses difusos, tais como direito ao meio ambiente saudável ou proteção ao consumidor. Para os autores, situações onde seria necessária a conexão entre os processos de vários litigantes interessados, ou ainda onde faltam às partes organização para demandar, deixando a desejar e tendo seus direitos não concretizados, são causas da falta de efetividade de pedidos relacionados aos direitos difusos. Os fatos das partes demandarem de forma individual, mesmo em causas onde os pedidos se interligam, fazem determinado interesse difuso acabe por não ser unificado e expresso em juízo. Conforme Cappelletti, "(...) pesquisas demonstraram o quanto é inadequado confiar apenas no Estado para a proteção dos interesses difusos".

2.3- As Ondas Renovatórias: Soluções às dificuldades de acesso à Justiça

A chamada primeira onda teve como foco a assistência judiciária aos necessitados, nos estudos de Cappelletti e Garth. A maioria dos procedimentos e processos requer a presença de advogados, em virtude do *jus postulandi*, salvo algumas exceções previstas em lei. Vejamos o que diz Barros (2010, p. 77):

> Por sua vez, o advogado é detentor do monopólio do *jus postulandi* no Brasil. Entretanto, a própria lei excepciona casos ligados a aspectos subjetivos, no âmbito do processo civil, em que o próprio interessado pode postular sem ter que constituir previamente um profissional habilitado.

Ou seja, a não prestação por parte do Estado em permitir a acessibilidade dos mais pobres seria uma afronta ao Estado Democrático. A constituição de advogados que prestam

serviços para população carente se deu pelos idos dos anos de 1919 a 1923, na Alemanha, que instituiu um sistema remunerado pelo Estado dos advogados que era extensivo a todos que pleiteassem. (CAPELLETTI e GARTH, 1988, p.32).

No Brasil, a primeira manifestação da prestação judiciária gratuita aos pobres remonta às Ordenações Filipinas, promulgadas 1603, pelo rei de Portugal e Espanha, Dom Filipe II, que trazia o bojo da Lei Imperial - Livro III, Título 84, §10 a seguinte descrição:

> "Em sendo o aggravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pague o aggravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma del Rey Don Diniz, ser-lha-á havido como que pagasse os novecentos reis, contanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o aggravo.

A expressão *assistência judiciária*, no entanto, surgiu pela primeira vez na Constituição de 1934. A seguir, diante do autoritarismo do regime, a CF de 37 não contemplou este instituto, voltando somente na Carta Magna de 1946.

Com a promulgação da Lei nº 1.060/50, o texto legislativo prevê a prestação gratuita das custas e despesas relativas ao processo onde figura como parte o beneficiário, garantindo o acesso à justiça aos necessitados, sempre que sua condição financeira não lhes permita suportar as custas do processo sem prejuízo de seu próprio sustento e de sua família.(GIANNAKOS, 2008, p.24).

No texto constitucional de 1988, houve a concretização da assistência jurídica integral e gratuita aos comprovadamente hipossuficientes, definindo como um direito fundamental do brasileiro.

A criação das Defensorias Públicas, em âmbito federal e estadual foi de fundamental importância para efetivação dos anseios constitucionais, com realização de uma verdadeira inclusão social.

A representação dos interesses difusos, como segunda onda renovatória, na proteção dos direitos coletivos ou de grupos foi de grande importância e vem causando transformações no processo civil, que anteriormente, não possibilitava o acesso concreto, onde o mesmo era tido como um assunto entre duas partes, solucionando interesses individuais.

No Brasil, novamente a Constituição Federal, atenta às mudanças sociais mundiais, reconhece os direitos difusos e coletivos e insere meios para sua tutela. Assim nos conta o professor e promotor Gianpaolo Poggio Smanio (2004, p. 32):

> Ao Ministério Público coube a titularidade ampla, uma vez que poderá tutelar, além dos interesses especificamente mencionados pela Constituição, como o meio ambiente e o patrimônio público e social, os demais interesses difusos e coletivos, conforme a fórmula genérica utilizada pelo mencionado art. 129 da CF. Aos cidadãos coube titularidade restrita, posto que a ação popular somente pode ter por objeto a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A terceira e última onda de reforma diz respeito a dar um novo enfoque de acesso à justiça, não tão somente em relação à advocacia judicial e extrajudicial, centrando a atenção em instituições e mecanismos, bem como procedimentos e pessoas para processar e precaver disputas nas sociedades contemporâneas. (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.67).

É necessário repensar o sobre o sistema judiciário com inúmeras reformas procedimentais e a própria estrutura do Poder Judiciário. Uma diversidade de demandas surgiu no decorrer dos tempos e é a imperativa a conformação do Processo Civil na busca da efetividade da jurisdição. Processos podem ter soluções rápidas e eficientes, porém certas causas podem exigir maiores deliberações. É imperioso um procedimento que admita as diferenças, sem contanto tolerar um afastamento de uma resposta hábil e equitativa, sem delongas.

Nas sábias palavras do professor Gelson Amaro de Souza (2007, p. 116), o quão tormentoso é a inefetividade da prestação jurisdicional:

> Nada mais constrangedor e até mesmo causador de sofrimento do que a indecisão criada por situações litigiosas, enquanto a lide não é resolvida. Traumática como se sabe, é a demora no provimento jurisdicional final. Também já se sabe que nos dias modernos, não basta que o juiz resolva a ação declarativa, necessário se faz que torne efetiva a prestação jurisdicional, o que se acostumou chamar de efetividade da tutela jurisdicional.

> A efetividade da tutela jurisdicional é um dos apanágios da proteção dos direitos humanos. Ressalta-se que o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, assegura que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça ao direito. A garantia é constitucional, mas o meio de efetivá-la é processual, através do direito de ação. Esse direito de ação somente pode ser exercido através do processo. Disso resulta a importância do processo civil, na defesa e proteção dos direitos humanos. Toda a defesa dos direitos humanos na órbita civil há de passar pelo crivo do direito processual civil.

3- INCLUSÃO SOCIAL E JURISDIÇÃO

O Brasil, por múltiplos motivos históricos, acumulou um sem número de disparidades sociais relacionados à repartição riquezas, terras, educação, entre outros. Incluir socialmente a população, atualmente, é possibilitar condições de serem congregadas à sociedade, consentindo seu desenvolvimento pleno e irrestrito. É oferecer mecanismos para a busca de uma qualidade de vida permitindo o real sentido a palavra cidadão Oportunizar a obtenção do conhecimento dando-lhe condições e oportunidades de adentrar no mercado de trabalho, em situação de igualdade àqueles que obtiveram melhores condições de vida.

Neste sentido, Rossana Teresa Curioni (2003, p. 422) traz o conceito de inclusão social na atualidade:

> A inclusão social se fundamenta em princípios éticos de reconhecer e respeitar o preceito de oportunidades iguais perante a diversidade humana, diversidade esta que exige peculiaridade de tratamentos, para não se transformar em desigualdade social.

Dentro do contexto da inclusão social, há que se ressaltar a importância papel do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. Porém é necessária uma grande mudança de paradigmas judiciais, sendo imprescindíveis alterações processuais, bem como estruturais para jurisdição inclusiva de fato.

Entretanto, de acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso (2011, p.345) compreende a função da justiça estatal como substitutiva e não de natureza primária, pode ocorrer efeito contrário do pretendido, não resolvendo o a crise numérica dos processos, onde a atividade judiciária acaba por e banalizar, oferecendo serviços de baixa qualidade, tornando-se lenta,

onerosa, imprevisível e “funcionarizada, donde a parca efetividade prática de muitos comandos judiciais, especialmente os condenatórios ou prestacionais”.

Nossa Carta Magna de 1988, precedente ao período ditatorial de mais de vinte anos, revelou-e intimamente ligada à redemocratização, com amparo igualitário a homens e mulheres e à redução ou eliminação das desigualdades, primordiais a causar a verdadeira inclusão social. Entretanto, atualmente o modelo jurisdicional acaba por ser pernicioso, quando preso a um processo e procedimentos repletos de um formalismo exacerbado, afrontando princípios constitucionais, como o devido processo legal e a razoabilidade da duração do processo.

Nas palavras de Candido Rangel Dinamarco (2000, p.318):

> É tempo de repúdio ao conceitualismo e ao conformismo. O processo civil de hoje é necessariamente um processo civil de resultados, porque sem bons resultados, e efetivos, o sistema processual não se legitima. A nova era que se anuncia inclui a visão atualizada da figura do juiz no processo, com deveres de participação e diálogo e com empenhada responsabilidade pelo modo como a sua atividade repercutirá na vida dos usuários do sistema.

3.1- Processo Civil e Mecanismos de Efetivação de Direitos

Aos diferentes meios empregados pelo Estado para ordenar a observância de direitos protegidos constitucionalmente ou via leis chama-se tutela jurídica. Nosso processo civil já sofreu alterações, em grande parte devido à nova ordem constitucional de 1988, mas sem a primazia de um acesso a uma justiça célere e efetiva. Urge assim, uma modernização dos métodos processuais, adequando-se, conforme diz Augusto (p.726) com o imperativo de um “outro olhar na perspectiva do processo enquanto instrumento de efetivação e proteção dos direitos materiais, especialmente os direitos fundamentais, individuais e sociais”.

Neste mesmo sentido, Eduardo Cambi (2007, p.29) ressalta que “Código de Processo Civil foi pensado para a tutela dos interesses individuais (*direitos subjetivos*), sobretudo os de caráter patrimonial”. Cambi verifica que “institutos como o da legitimidade *ad causam*, a prova, a sentença e a coisa julgada, porque moldados sob o paradigma do Estado Liberal Clássico”. Ou seja, estes mecanismos não conseguiram acompanhar a travessia do Estado Liberal para o do Bem Estar Social.

Apesar das previsões constitucionais e do esforço em tornar o processo ágil e efetivo, na prática tal situação não se concretiza. O Ministro Luiz Fux, atual ministro do STF, entende que essa incapacidade decorre da solenidade dos processos, dos ritos seguidos e em razão do volume de ações e recursos atualmente previstos no Código de Processo Civil de 1973, contribuindo para que seja absolutamente impossível cumprir uma duração razoável dos processos. (FUX apud MORAES e SANOMYA).

O direito à jurisdição abarca o direito ao acesso de instrumentos processuais adequados para a efetivação do direito material. (PAULA *apud* AUGUSTO, p.732).

Inúmeros doutrinadores sugerem um sem número de modificações e mecanismos para uma jurisdição inclusiva. Citar-se-á algumas situações, sem, no entanto, excluir as demais utilizadas.

3*.1.1- Tutelas cautelares, antecipadas e tutelas específicas (inibitória reitegratória e ressarcitória específica)*

Thiago Baldani Gomes de Filippo (2009, p. 43) traz às tutelas cautelares e antecipadas, como instrumentos de eficácia da jurisdição, pois protegem o direito material (tutela antecipada) prevista no art. 273 do CPC ou o amparo da efetividade do processo correspondente (tutela cautelar).

A tutela antecipada dá para a parte a possibilidade de ter mãos uma resposta célere, visto que grande maioria dos procedimentos dentro de um processo costuma ser vagaroso. Nas palavras do Prof. Gelson Amaro de Souza (2007, p.114):

> Na tutela antecipada, é o pedido que é atendido provisoriamente, desde o início, por decisão incidente. Isso atende melhor os desígnios dos direitos humanos, porque a parte interessada não precisa amargurar por longos anos a espera do provimento jurisdicional. Assim, poderá ter, desde logo e imediatamente tutela de seus direitos e garantir, no que diz respeito a isso, a possibilidade de viver com dignidade enquanto o processo tramita lentamente.

Entretanto, as tutelas antecipada e cautelar são capazes de ocasionar confusão em quais ocorrências um ou outra deve preponderar. Por conta desta circunstância, há o princípio da fungibilidade entre as tutelas, previsto no art. 273, § 7º, do CPC.

Já a tutela cautelar distingue da antecipada pela finalidade de impedir ou atenuar o risco de eficácia, dando prioridade à conservação de uma situação ate seu provimento final. Neste sentido, Luiz Rodrigues Wambier (2002, p.331) entende que "a medida tipicamente cautelar é aquela em se concede providência consistente em pressuposto para a viabilização da eficácia da ação principal ou do provimento final, e não da própria eficácia".

Há ainda as tutelas específicas, como a inibitória, reintegratória e ressarcitória específica.

3.1.2- Juizados Especiais

Consagrados pela Constituição de 1998, em seu art. 98, o Juizados foram regulamentados pela lei 9.099/95, sendo instituídos no âmbito da Justiça Estadual, Federal e do Distrito Federal. A ideia consistiu em aproximar dos cidadãos uma justiça dinâmica e diligente, dando a casos de menor complexidade uma resposta mais rápida, permitindo, inclusive, atuar sem a presença de um advogado.

Tendo como princípios a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e conciliação, comportam uma verdadeira inclusão social, resgatando a dignidade, visto que estes princípios conjugados garantem um acesso jurisdicional célere e menos oneroso.

3.1.3- Justiça Itinerante

Pessoas moradoras de cidades, bairros ou regiões longínquas, sem acesso a direitos básicos, a Justiça, é parte da população excluída, que não exerce sua cidadania. Pensando nesta parcela populacional surgiu em muitos Estados brasileiros a chamada Justiça Itinerante.

De acordo com Keila Rodrigues Batista (2010, p.101) essa modalidade de justiça tem sido exercida de várias formas, tais como ônibus e barcos, como no caso do Estado do Amapá. Em regra, o ônibus é forma mais utilizada, onde dividido em dois setores, um para ajuste das partes, outro para audiência.

Vejamos maiores detalhes nos dizeres de Keila Rodrigues Batista (2010, p.102):

> Nos atendimentos, as causas de até 20 salários mínimos são gratuitas, e mais ainda, o itinerante medeia os conflitos entre as partes, levando o acesso à Justiça às pessoas que não podem, por motivos geográficos e financeiros, ter uma resposta estatal. Na Justiça Itinerante, sua essência se baseia na celeridade, os cidadãos têm ensejo de apresentar seus casos e perpetrar suas reivindicações. Assim, a presteza é tão eficaz que no derradeiro dia os pedidos são dirigidos a uma secretaria, que ficará incumbida dos protocolos legais. Se não houver a probabilidade de conserto entre as partes, o magistrado intervém, elaborando a solução final para a demanda.

Um exemplo bem sucedido vem do Estado do Rio de Janeiro. De acordo com dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça deste Estado, os principais objetivos são:

- Levar o Poder Judiciário até o cidadão, expandindo a prestação jurisdicional em municípios em que ainda não constituída ou instalada a comarca, em comarcas com grande extensão territorial, distantes do fórum da comarca-sede (atuação supletiva), em comarcas de grande densidade demográfica (atuação complementar) e por fim, no município do Rio de Janeiro, nas comunidades pacificadas ou em vias de pacificação com as instalações das Unidades de Polícias Pacificadoras - UPPs (atuação complementar).

- Contribuir para a universalização e democratização do direito de acesso à Justiça, priorizando o atendimento às comunidades mais carentes.

- Buscar soluções conciliadas como fórmula de pacificação social eficiente.

- Promover a regulamentação documental dos cidadãos.

-Integrar os juízes às comunidades, promovendo uma mudança de relacionamento entre a sociedade civil e o Poder Judiciário.

- Modernizar a prestação jurisdicional, afastando os rituais formais ultrapassados e agilizando o processamento de determinadas ações.

- Expandir as ações afirmativas e de responsabilidade social que vêm sendo implementadas pelo Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro. (Fonte: Site TJ RJ- http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/projetosespeciais/justicaitinerante)

A prestação jurisdicional refere-se às áreas de Família, Infância e Juventude, Registro Civil e Especial Cível. Integram a equipe de cada Ônibus da Justiça Itinerante um Juiz de Direito, um Promotor de Justiça e um Defensor Público, além de serventuários da Justiça e pessoal de apoio: motorista, segurança e técnico de informática.

Em 2011, de acordo com as estatísticas, foram feitos 44. 858 atendimentos, revelando-se como verdadeiro acesso amplo à justiça, previsto constitucionalmente. (Fonte: TJ/RJ)

4- A NECESSÁRIA UTILIZAÇÃO DE MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL

Muitos doutrinadores reconhecem a incapacidade do Judiciário em atender, de forma adequada, a grande demanda surgida nos últimos anos. O fenômeno da explosão da litigiosidade tem números espantosos. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em seu relatório anual "Justiça em Números", somente na justiça estadual tramitaram em 2011, o total de cerca de 70 milhões de processos, 2,2% a mais que o ano anterior[62].

Acertadamente, pondera Candido Rangel Dinamarco (2000, p.837):

> Constitui tendência moderna o abandono do fetichismo da jurisdição, que por muito tempo fechou a mente dos processualistas e os impediu de conhecer e buscar aperfeiçoamento de outros meios e tutela às pessoas envolvidas em conflitos. Os meios alternativos para solução destes ocupam hoje lugar de muito destaque na preocupação dos processualistas, dos quais vêm recebendo especial ênfase a

[62] Desse volume processual, 73% (51,7 milhões) já se encontravam pendentes desde o término do ano anterior, o que demonstra que a maior dificuldade do Poder Judiciário nos estados está na liquidação de seu estoque, pois, de forma geral, a Justiça Estadual tem sido capaz de baixar os processos em quantitativo equivalente ao total ingressado. Grande parte da dificuldade de se proceder à baixa dos processos está na execução. Dos 70 milhões de processos em tramitação, 32 milhões (46%) estão na fase de execução. Destaca-se a execução fiscal, responsável por 24 milhões do volume processual. As execuções judiciais representam 4,7 milhões, sendo 1,3 milhão em penais (404 mil de penas não privativas de liberdade e 871 mil de penas privativas), e 3,5 milhões em execuções não penais. (Fonte: Justiça em Números-CNJ. Disponível em http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros)

> conciliação e a arbitragem. Não visam a dar efetividade ao direito material, ou à atuação da vontade concreta da lei e não são movidos pelo escopo jurídico que por muitas décadas se apontou como mola legitimadora do exercício da jurisdição pelo Estado. Mas tanto quanto esta tem o escopo pacificador que é o verdadeiro fator legitimante da jurisdição mesma no Estado moderno.

O atual Presidente do STF e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o ministro Joaquim Barbosa, em declaração feita na abertura da I Conferência Nacional de Conciliação e Mediação, em Brasília/DF, reiterou o entendimento relacionado as novas formas de alcance de justiça social, visualizando que “a conciliação e a mediação demonstram que o exercício da jurisdição não precisa ser necessariamente um jogo com vencedores e perdedores.” O ministro ainda entende que “as partes processuais como parceiras, e não como rivais, é um dos passos mais importantes para que o Judiciário se aprimore e vença os muitos desafios que ainda precisa superar"(Fonte: CNJ)

Humberto Theodoro Junior (1999, p. 08) concebe três modalidades principais de composição dos litígios: a) mediação, onde se empregam a intermediação de um agente que conduz negocialmente os litigantes a reduzirem suas divergências e encontrarem por eles mesmos, um ponto de entendimento; b) a sentença judicial prolatada pelo magistrado integrante dos organismos especializados da justiça estatal; e c) a arbitragem, que proporciona a sentença arbitral oriunda de um órgão particular, mas que, por convenção das partes, atua como imparcialidade e com observância de um procedimento equivalente ao da justiça oficial.

Fica cristalina a importância que os meios extrajudiciais possuem perante a crise de efetividade do Judiciário, que busca soluções que ocasionem às partes a paz social.

Dentro deste contexto, Rodolfo de Camargo Mancuso (2011, p.382) confirma este entendimento com reportagem trazida pelo jornal O Estado de São Paulo, de 01.11.2010, com o título “Avanços da Conciliação”, onde ficam corroborados os êxitos alcançados pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, que comporta a resolução de conflitos entre os próprios órgãos públicos. Menciona que, somente em 2009 houve 32 disputas no valor total de R$ 3 bilhões. As maiores abrangeram Petrobrás e a Agência Nacional do Petróleo. Já em 2010, casos importantes envolvendo a Polícia Rodoviária Federal e a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) foram solucionados. O STF, atento à efetividade do meio, passou a encaminhar para conciliação processos em tramitação que

envolve a inscrição dos Estados no Sistema Integrado de Administração Financeira (Siaf). A reportagem ainda ratifica que os processos decisórios da administração federal se tornaram mais céleres e racionais, sendo que a experiência promovida pela CCAF ajudou a aliviar os tribunais superiores. Mancuso ainda observa que não seria difícil imaginar se controvérsias desta dimensão fossem encaminhadas a Justiça estatal, visto o Judiciário em sua forma atual estar somente preparado para recepcionar conflitos tradicionais, não aptos a resolver situações de largo espectro como as apresentadas perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal.

Atento às mudanças de paradigmas, o projeto de lei da Câmara 8.046/2010, proposto para a confecção do novo Código de Processo Civil, prevê uma seção (seção V) exclusiva para abordando sobre conciliadores e dos mediadores judiciais, esmiuçando as possibilidades de atuação, dando à futura a lei, um novo olhar sobre a jurisdição, promovendo uma nova cultura, a cultura da pacificação social.

CONCLUSÃO

Por todas as especificidades que o tema demanda e pelas ideias aqui expostas, pode-se concluir pela precisão de uma grande insurreição nos ideais jurisdicionais para uma apropriada inclusão social através do processo. A legitimidade para tanto já ocorre, ausente, porém, meios de efetivação, visto não poder o Judiciário furtar-se de sua função primordial: a pacificação social.

O passo inicial foi dado pela Constituição Federal. De lá para cá, muito foi feito. Porém há um grande caminho a ser percorrido. Urge a fixação de um modelo renovado do Judiciário, aplicação de leis modernas com a prescrição de mecanismos de resolução de conflitos paraestatais, permitindo sim um amplo acesso ao judiciário, mas com causas que dele demandem.

Ao se passar da cultura da demanda litigiosa para a desjudicialização dos conflitos (com aplicação dos Juizados, Tabelionatos, Câmaras de Conciliação, Tribunais de Arbitragem, entre outros), poupa-se o Judiciário de demandas repetitivas e de menor complexidade, podendo proporcionar aos que dele dependam obrigatoriamente, um retorno judiciário de qualidade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Yasa Rochelle Santos de- Dissertação: **A Democratização do Acesso à Justiça e os Meios Alternativos de Resolução de Conflitos**. Universidade Federal Do Paraná - Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado Interinstitucional- Faculdade de Ciências Sociais de Cascavel. Defesa: Curitiba/ 2011.

AUGUSTO, Silvia Maria- - **Tutela Processual e Inclusão Social**- Disponível em <http://www.conpedi.org.br/anais/36/18_1148.pdf>. Acesso em 12-mai-2013.

BARROS, Janete Ricken Lopes De – Dissertação: O **Acesso à Justiça e o *Jus Postulandi,* Advogado: Imprescindível, Sim; Indispensável, Não**- Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP Mestrado em Direito Constitucional- Defesa: Brasília/ 2010.

BATISTA, Keila Rodrigues- **Acesso à Justiça- Instrumentos Viabilizadores**- São Paulo- Letras Jurídicas- 2010.

CAMBI, Eduardo- **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo** - Panóptica-Vitória, ano 01, n.6, 2007-p. 1-44. Disponível em < www.paoptica.org>. Acesso em 20-mai. 2013.

CHIOVENDA *Apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- CNJ- **Justiça em Números**-. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 20 jun.2013.

_____. Reportagem: **Ministro Joaquim Barbosa pede apoio à causa da conciliação para solucionar litígios.** Disponível em < http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/25296-ministro-joaquim-barbosa-pede-apoio-a-causa-da-conciliacao-para-solucionar-litigios> Acesso em 29 jun.2013.

CURIONI, Rossana Teresa. **Pessoas Portadoras de Deficiência: inclusão social no aspecto educacional. Uma realidade? Direito da Pessoa portadora de Deficiência: uma tarefa a ser completada.** Bauru: EDITE, 2003.

DIDIER Jr., Fredie- **Curso de direito Processual Civil. V.** 12 Ed. Salvador: Juspodivm,2010.

DINAMARCO, Candido Rangel- **Fundamentos do Processo Civil Moderno**, 3 ed. São Paulo Saraiva-2000. T.I e II.

DONASSOLO, Thiago- **Acesso e Decesso à Justiça Mediante Concessão de Assistência Judiciária Gratuita no Brasil**.

Disponível em

<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Thiago%20Donassolo%20%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em 20-mai.2013.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes De- **A Jurisdição como Fator de Inclusão Social**- Vox Forensis, Espírito Santo do Pinhal, v. 2, n.2, Abr./Jun. 2009.

GIANNAKOS, Ângelo Maraninchi. **Assistência Judiciária no Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GONÇALVES, Vinicíus José Corrêa; BREGA Filho, Vladimir- **Descesso à Justiça Como Fator de Inclusão Social.**

Disponível em

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3055.pdf>. Acesso em 15 jun. 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo- **Acesso a Justiça- Condicionantes Legítimas e Ilegítimas**- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais-2011.

MARINONI, Luiz Guilherme- **Tutela Inibitória e Tutela de Remoção do Ilícito**- <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(2)%20-%20formatado.pdf>. Acesso em 10 jun.2013.

MORAES, Mayna Marchiori de; SANOMYA, Renata Mayumi - **A Concreção Do Acesso à Ordem Jurídica Justa por Meio da Implementação da Mediação – Aplicabilidade na Seara Empresarial**-Revista de Estudos Jurídicos UNESP- V. 16, n.24- 2012.

SILVA FILHO, Antônio José Carvalho da. **Primórdios da Jurisdição**- <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PRIMORDIOS%20DA%20JURISDICAO%20Antonio%20Jose%20Carvalho%20da%20Silva%20Filho.pdf>. Acesso em 10 mai.2013.

SILVA, Dicken William Lemes- **O Direito de Acesso à Justiça no Contexto do Pós-Positivismo**- DIREITO PÚBLICO Nº 10– ESTUDOS, CONFERÊNCIAS E NOTAS- – Out-Nov-Dez/2005.

SMANIO, Gianpaolo Poggio - **A tutela constitucional dos interesses difusos**- Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em

<http://www.esmp.sp.gov.br/Biblioteca/Revista_Juridica/revista_6.pdf>. Acesso em 22 mai.2013.

SOUZA, Gelson Amaro de- **Direitos Humanos e Processo Civil** - Disponível em <http://www.panoptica.org/maio_junto2007/N.8_005_Souza.p.94-150.pdf > Acesso em 25 mai.2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO- **Justiça Itinerante**- Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/projetosespeciais/justicaitinerante> Acesso em 14 jun.2013.

WAMBIER, Luiz Rodrigues- **Curso Avançado de Processo Civil**, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento/ Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato Correia de Almeida, Eduardo Talamini: coordenação: Luiz Rodrigues Wambier- 5. Ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo- Editora Revista dos Tribunais,2002.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. In GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover (Coord.). et al. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WOLKMER, Antônio Carlos- **Fundamentos de História do Direito**- 3. ed. 2.tir. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SÚMULA VINCULANTE: UM EQUÍVOCO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Alencar Frederico MARGRAF

RESUMO

No intuito de efetivar o direito fundamental de um processo judicial célere, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, além de realizar uma modificação estrutural do sistema judiciário nacional acrescentou à Constituição Federal o instituto das Súmulas Vinculantes, até então jamais visto em outro ordenamento jurídico. No entanto, além de ignorar a hermenêutica, corrompe toda teoria das fontes e principalmente as diretrizes constitucionais. Percebe-se que a intenção dos legisladores foi buscar a forma norte americana do *stare decisis* e a força vinculativa das decisões da Suprema Corte, fato até então nunca verificado. Porém verificou-se a violação do princípio da separação dos poderes, do acesso ao judiciário, da independência do juiz. Pretende-se demonstrar a inconstitucionalidade das Súmulas Vinculantes, ao passo que a continuidade de sua utilização acarretará na petrificação do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula Vinculante, Hermenêutica, Inconstitucionalidade

RIASSUNTO

Al fine di dare attuazione al diritto fondamentale di un processo giudiziario rapido, emendamento costituzionale n ° 45 del 2004, oltre ad eseguire una modifica strutturale del sistema giudiziario nazionale aggiunto alla Costituzione di istituto precedenti vincolanti, finora mai visto in un'altra giurisdizione. Tuttavia, oltre a ignorare l'ermeneutica, corrompe tutta la teoria delle fonti e delle linee guida particolarmente costituzionali. Si è notato che l'intenzione del legislatore era quello di cercare la via del Nord America *stare decisis* e obbligatorietà delle decisioni della Corte Suprema, un fatto finora mai verificato. Ma vi era una violazione del principio di separazione dei poteri, l'accesso alla giustizia, indipendenza giudiziaria. Abbiamo intenzione di dimostrare l'incostituzionalità di precedenti vincolanti, mentre il loro uso continuato comporta la pietrificazione della magistratura.

PAROLE CHIAVE: Precedente Vincolante, Ermeneutica, Incostituzionale

INTRODUÇÃO

Desde 1891, com a promulgação da primeira constituição republicana no Brasil, até a Constituição de 1988 via-se uma prevalências das normas privadas (Código Civil) sobre as normas constitucionais, sendo esta de pouca importância para a sociedade devido ao fato de ser apresentada para a população apenas como uma carta política, e não como um documento garantidor de direitos.

Para se chegar ao conceito atual de "constituição" foram necessários muitos estudos e principalmente situações fáticas que acarretaram no fortalecimento da ideia da necessidade de uma norma superior. A ruptura da aliança entre Estado e Igreja, movimentos sociais em busca de melhorias (revolução francesa), guerra de libertação e independência (que culminou na criação da constituição americana) demonstram que grandes mudanças decorrem da insatisfação com o modelo vivido.

A Constituição de um Estado é elaborada especificamente no campo hipotético de um dado momento histórico tendo nesta norma fundamental a confirmação de sua superioridade hierárquica. Sendo ela a base das demais leis, qualquer ato realizado em descompasso com suas normas, desrespeitando a formação do Direito em graus, deverá ser corrigida, vez que, sendo ela derivada, não poderá, então, contrariar seu criador, representando, desta maneira, a principal garantia e o meio mais eficaz de preservação da Constituição.

No intuito de proteger a construção escalonada de diferentes camadas das produções normativas, foi desenvolvida a distinção entre poder constituinte e poder constituído, na qual a norma inferior é produzida segundo as determinações da norma superior, e, com a pretensão de efetivar as garantias fundamentais (até mesmo as não previstas no catálogo) os legisladores brasileiros passaram a buscar novos institutos jurídicos que pudessem suprir inúmeras carências, e uma delas foi a criação da Súmula Vinculante.

Através da aprovação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que dentre outras medidas para a reforma do sistema judiciário brasileiro, previu, ao acrescentar na Constituição Federal o artigo 103-A a possibilidade de ser editada súmula com efeito vinculante.

Destaca-se que o instituto jurídico positivado pela Lei 11.417 de 2006 se afasta e muito do que Victor Nunes Leal almejava, ou seja, em momento algum pleiteava-se a petrificação da jurisdição, mas tão somente o respeito às decisões da Suprema Corte sem que fosse eliminada a livre discussão e argumentação sobre a questão sumulada, até mesmo

porque se existisse outra forma de ser interpretada uma lei obrigatoriamente a súmula deveria ser reeditada.

Seu principal objetivo era impedir a diversidade de interpretação de um determinado dispositivo de lei e com isso pacificar sua aplicação, tendo como consequência logica a celeridade processual, vez que os magistrados de primeira instância poderiam resolver a lide com base na norma sumulada. Essa era a "panaceia nacional" na busca da efetivação das decisões judiciais e para a celeridade processual.

Atualmente consta a existência de 32 Súmulas Vinculantes, tratando de várias matérias causadoras de controversas em decisões de magistrados em instâncias inferiores ao STF bem como por aplicações distorcidas por agentes do Executivo.

Algumas delas (*v.g.* Súmulas Vinculantes n.º 5, 10 e 11) estão sendo apontadas como inconstitucionais, no entanto argumentam que a inconstitucionalidade está, tão somente, em seu conteúdo. O que não passa de um modo equivocado de se pensar, isto porque, a inconstitucionalidade está na própria Súmula Vinculante.

Para a elaboração da presente pesquisa foi utilizado o método dedutivo, consubstanciado por meio de pesquisa de livros, artigos científicos, revistas, sítios da internet e decisões jurisprudenciais sobre o tema ora discutido.

Com o procedimento funcionalista será apresentado, de modo singelo, que existe uma grande influência social nas funções estatais, partindo da necessidade de aceitar o novo paradigma constitucional; compreender as concepções sobre a Separação das funções do Estado, e finalizar com o reconhecimento da exigência da sociedade por um Judiciário mais participativo e Democrático nas decisões políticas.

1. NECESSIDADE DE UM PENSAMENTO CONSTITUCIONAL

Eduardo Cambi (2009) traz em sua obra a necessidade de compreender o novo paradigma proporcionado pelo Neoconstitucionalismo a fim de defender a supremacia das normas constitucionais sobre as demais. Porém, percebe-se que parte dos juristas brasileiros não entenderam a verdadeira essência do novo sistema, pois não utilizam a Constituição como fonte de conhecimento e de regras indisponíveis para a proteção de qualquer pessoa, apenas aplicando-a quando conveniente para seus interesses.

O presente tema foi escolhido em virtude da recente mudança de paradigma em relação à maneira de se aplicar/interpretar as lei no sistema jurídico brasileiro, passando de um positivismo jurídico para um pós-positivismo, ou para alguns como um Neoconstitucionalismo. Essa mudança tem como ideal o reconhecimento e a utilização de

conceitos jurídicos até então diversos e inconciliáveis, mas muito bem detalhados por Robert Alexy (1993, p. 82-83) ao se referir das normas-regras e dos princípios previstos na *lex suprema*, além dos também existentes fora do catálogo (SARLET, 2012, p.78-140), mas que, da mesma maneira devem ser respeitados e seguidos por todos.

Caso não exista um reconhecimento da superioridade hierárquica das normas constitucionais, assim como na necessidade de efetivar as disposições legais e garantir o respeito aos princípios fundamentais, ter-se-á então uma constitucionalização simbólica (NEVES, 1994, p. 11-13), que além de não concretizar suas diretrizes servirá apenas para representar a existência de uma Carta Politica despreocupada com os direitos fundamentais, e por essa razão, será, mais uma vez, considerada mera folha de papel (LASSALE, 1987, p.19) em face da não efetivação de suas normas.

Ricardo Luís Lorenzetti (1998, p. 45), ao tratar da importância das normas constitucionais nos dias atuais, equipara o Sistema Jurídico ao Sistema Solar, posicionando a Constituição Federal na região central do ordenamento pátrio, da mesma maneira que o Sol em seu sistema; já os códigos e as normas infraconstitucionais seriam os planetas e satélites; já os raios solares, que atingem os planetas seriam os princípios constitucionais (expressos ou não). Diante de tal explicação, fica fácil entender porque as normas constitucionais e os princípios são considerados por Alexy (2011, p. 90) como mandamentos de otimização, pois podem ser satisfeitos "em graus variados e pelo fato que a medida devida de sua satisfação não depende somente pelas possibilidades fáticas, mas também das jurídicas". Por isso, a CF, deve ser utilizada da forma mais ampla possível, isto é, como norte (SILVA, 2011, p. 46).

Através do artigo "*A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica*" do Lenio Streck (2013-C), chega-se a conclusão que os operadores do direito não aceitaram a ocorrência deste novo paradigma hermenêutico apontado por Jorge Miranda o qual, resumidamente, aponta as seguintes ocorrências: a) superação da teoria das fontes, em que a lei deixa de ser a única fonte do direito, aparecendo a Constituição como auto aplicativa; b) alteração da teoria da norma em face do aparecimento dos princípios, problemática que tem relação com a própria teoria das fontes; c) mudança no plano da interpretação.

Diante disso, verifica-se que não mais se interpreta para compreender e, sim, compreende-se para então interpretar, rompendo-se as perspectivas que colocavam o método como supremo momento de subjetividade e garantia da segurança positivista da interpretação.

Por essa razão é que o novo paradigma da interpretação do texto fundamenta-se na necessidade do operador do direito primeiramente conhecer o assunto a ser abordado e,

através de um estudo aprofundando e detalhado sobre a matéria passe a compreendê-la e interpretá-la. Para Martin Heidegeer (2005, p. 204/209) além da impossibilidade de fracionar o fenômeno da interpretação, deve ser destacado que sempre ao utilizar algum método específico acabará retornando na necessidade inicial de compreender a matéria analisada antes de interpretá-la.

Tal postura se faz necessária para evitar o rebaixamento do círculo hermenêutico à uma não ciência, pois nele está escondido a possibilidade do conhecimento originário, e este nada mais é do que uma "posição prévia, (uma) visão prévia e (uma) concepção prévia, por conceitos ingênuos e de chutes" (HEIDEGEER, 2005, p. 210), assim sendo, deve-se buscar a compreensão dos elementos essenciais sobre o fato abordado antes de tomar um posicionamento inicial, frágil e superficial.

Pelo fato de ser impossível o fracionamento da interpretação através de métodos, já que todos são aplicados conjuntamente para uma boa compreensão, ou seja, é necessário utilizar todas as informações sobre um determinado assunto antes de afirmar que possui uma opinião formada sobre ele. Por essa razão, antes de uma interpretação haverá sempre uma compreensão, e antes desta deverá existir uma busca por elementos que formem o intelecto do operador, para que, após fazer uso destes elementos, numa atividade única, chegar-se-á a uma conclusão, finalizando o circulo hermenêutico (HEIDEGEER, 2005).

Consequentemente ultrapassa-se a antiga visão de que a interpretação é fracionada em métodos (histórico, gramatical, sistemático...) tornando-se indispensável uma pré-compreensão para posterior interpretação. Interessante destacar a passagem do filósofo Hans-George Gadamer e sua Hermenêutica Filosófica, que ensina que antes de ser interpretado algum texto, deve-se primeiro ter um breve conhecimento sobre o assunto por ele tratado (1999, p. 330/360). Por essa razão, verifica-se que a sociedade brasileira não utiliza a Constituição Federal, pois não reconhecem e não compreendem a sua grandeza e importância.

Em virtude da evidente falta de domínio normativo dos operadores do direito (NEVES, 1994, p.84) e de uma evidente baixa constitucionalidade (STRECK, 2010 p. 158-173), é corriqueiro encontrar a aplicação de normas infraconstitucionais reconhecidamente inconstitucionais justamente por não terem sido declaradas como tal. O desconhecimento das normas constitucionais e a luta diária pelo monopólio da ultima palavra ficou escancarada em face da PEC 33/2011que pretende submeter ao Congresso Nacional a função de analisar a validade e efetividade das decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito de novas súmulas vinculantes.

A partir do segundo pós-guerra as Constituições passaram a ser criadas justamente para proteger as pessoas contra abusos e ofensas aos direitos e garantias fundamentais praticadas pelos detentores do poder dentro de um determinado Estado, no entanto ela não possui somente esta função. Karl Loewenstein (1979. p. 151-153) afirma que será somente por meio de regras e determinações expressas nas normas constitucionais que se alcançará a limitação do autoritarismo das funções do Estado.

Thomas Hobbes (1651, p.15 e 152) apresenta a ideia de um Leviatã fragmentado em diversas funções e estruturado em departamentos, sendo eles tratados como meros ligamentos artificiais, responsáveis por uma função específica, autônoma e independente dos demais, mas que deveriam ser reestabelecidas a unidade orgânica do Estado. Porém, isso somente foi possível mediante uma constituição rígida e programática.

A atual constituição brasileira disciplinou que o Supremo Tribunal Federal, por ser o órgão máximo do Judiciário, seria também o responsável por proferir a decisão final sobre as lides (ultima instância recursal), diante disso, a decisão por ele proferida deverá ser respeitada pelas demais instâncias. Mas não é isto que ocorre, pois não há no Brasil o reconhecimento dos precedentes judiciais aos moldes do *stare decisis* norte-americano (SCAFF; MAUÉS. 2005).

Pelo fato de inexistir no Brasil o instituto do “precedente judicial” criou-se as súmulas vinculante no intuito de diminuir o número de processos em trâmite no Supremo Tribunal, porém, esquecem os legisladores que a força do precedente reside na tradição jurídica e não será através da imposição legal que atingirá tal objetivo.

Percebe-se na atualidade que a sociedade brasileira não procura conhecer o assunto abordado pelo texto legal, e muito menos buscam aprofundar o conhecimento sobre o Sistema Jurídico como uno, por essa razão buscam nas “palavras” das autoridades o sentido da norma. O que vem ocorrendo no ordenamento jurídico brasileiro, por mais que seja inconcebível, é, de acordo com Lenio L. Streck (2013, p.21), a cópia, equivocada, da *jurisprudência dos valores* dos tribunais alemães.

Além de não possuir um Direito avançado quanto ao alemão, que evidentemente verifica ser um direito superior ao do Brasil, superioridade no sentido descrito por Léon Duguit (2009, p.31) no qual se refere sobre a aceitação das normas pela sociedade, bem como na efetivação dos direitos pelas entidades públicas. Por essa razão, não pode ser crível que a importação de pensamentos jurídicos de países com culturas diferentes sejam a solução para as mazelas de um país de modernidade tardia como é o Brasil (STRECK, 2003, p.21-32).

Correto está Luís Roberto Barroso (2005) ao dizer que os operadores do direito no Brasil preferem *jingles* ao invés de construírem uma sinfonia, pois aquela além de ausente de sabedoria faz com que qualquer pessoa possa decorá-la. Já a sinfonia leva anos para ser elaborada e necessita uso constante do conhecimento que é adquirido após anos de estudos e aprimoramentos.

O ceticismo constitucional vem sendo desmantelado aos poucos, mas resta ainda o receio de reconhecer a força normativa da Constituição. O uso desenfreado dos códigos e a espera constante pela edição de leis, que apenas tornarão expressos determinações já implícitas na CF, são sinais de um positivismo (ou pós-positivismo) extremamente forte e perigoso para todo sistema jurídico brasileiro.

Hermenêutica e conhecimento estão diretamente ligado à interpretação de uma norma, fato este que não é permitido quando se fala de Súmula Vinculante, tendo em vista que ela não pode ser questionada, mas tão somente aplicada da mesma maneira que a autoridade a editou.

Para Thomas Hobbes (1651, p.60/61) o fato das pessoas acreditarem em algo que foi afirmado pelo simples fato dela possuir autoridade e não com base em argumentos e situações fáticas é uma questão de fé, ou seja, "(...) a honra prestada no ato de crer é prestada apenas a esta pessoa". Se existir discordância com o que foi interpretado o único culpado será o interprete, pois bons ou maus são os que aplicam a lei, não ela (VENOSA, 2009, p. 134).

Infelizmente para muitos a hermenêutica não passa de uma matéria sem expressão na graduação do curso de Direito, bem como o Direito Constitucional, que somente em poucas instituições possuem mais de três semestres destinado ao estudo desta disciplina, sendo ponto de duras críticas realizadas por Lenio Streck (2013-A), chegando a afirmar que tal desrespeito e menosprezo é a causadora de toda moléstia do ensino jurídico o que reflete em todo sistema, a começar pelos professores que sucumbem à literatura descomplicada/facilitada.

2. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes está previsto no artigo 60, parágrafo quarto inciso IV da Constituição Federal e, por essa razão, é considerada uma cláusula pétrea, ou seja, somente poderá ser retirada da Carta Magna se ocorrer um novo Poder Constituinte Originário. Este princípio, como explica Pontes de Miranda (1947, p. 162), é de importância questionada pela doutrina para o bom funcionamento do Estado, ficando claro o motivo pelo qual seu rigorismo vem sendo mitigado ao longo dos anos, e paulatinamente vem sendo expirado como dogma científica (BONAVIDES, 2000, p. 187).

Percebe-se que inúmeros autores (Aristóteles em “Política”, John Locke em “Segundo Tratado de Direito Civil”, Thomas Hobbes em “Leviatã”, Montesquieu em “Do Espírito das Leis”) ao analisar o Estado no seu tempo encontraram diversas funções a serem desempenhadas e concluíram que as funções (legislativa, executiva e judiciária) não são as únicas, mas as principais atribuições da entidade estatal, contudo, a separação e total independência seria outro problema a ser resolvido (MIRANDA, 1947. p. 162).

A assertiva acima é facilmente compreendida na medida em que se verificam os meios de limitação de exercício do poder político familiares a teoria inglesa da *balance of powers* ou a americana do *cheks and balances*, além do que, percebe-se no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade das funções praticarem atos atípicos às suas atribuições originárias, *v.g*., o Judiciário legisla seu próprio regimento (art. 93 da CF); o Senado Federal (função legiferante) tem a competência de julgar o Presidente da República (art. 52, I CF); Presidente da República (função administrativa) legisla mediante Medida Provisória (art. 62 da CF). Mas será que tais atribuições não é sinal de necessidade de independência das funções?

Cambi (2009, p.186) ressalta que o desinteresse e o descrédito da população em relação ao Legislativo aumentam a cada noticia exposta pela mídia, *v.g*, o escândalo do mensalão e posterior condenação dos autores pelo STF e as atuações dos legisladores que buscam satisfazer interesses próprios e de seus partidos (ARGUMENTA, N. 17, p. 283-302) deixam evidente a crônica disfunção institucional que assola todo o país, desvirtuando sua principal função que a representação de todos, independentemente se votaram a favor ou não à sua representação.

Diante de tais apontamentos, conclui Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 1082) que o princípio da separação dos poderes deve ser considerado decadente e até mesmo ultrapassado, justificando a possibilidade de intervenção de uma das funções nas obrigações alheias. No entanto, será que o princípio em tela está realmente ultrapassado ou será que na verdade está havendo um desvirtuamento do seu verdadeiro sentido?

A incompatibilidade entre atuação do Judiciário e o principio da separação dos poderes está muito bem representada com a criação das Súmulas Vinculantes. Sendo ele institucionalizado com a E.C. 45/2004 e com a Lei 11.417/2006, legitima o Supremo Tribunal Federal, depois de reiteradas decisões em instâncias inferiores de maneiras divergentes, editar enunciado no qual tende a dirimir as constantes controvérsias.

Se a função da súmula vinculante fosse somente a de apresentar um enunciado com o melhor entendimento, ou a melhor maneira de interpretar determinado dispositivo, não

haveria irregularidade, pois permitiria a apresentação de novas interpretações. Kelsen (1941, p.133) já defendia a ideia de que não há apenas uma maneira de se interpretar a norma, podendo existir outras dentro da "moldura" e todas elas estariam, de certa forma, corretas. No entanto, a decisão do STF vincula as demais instâncias do judiciário bem como toda a administração pública e privada, impedindo que seja realizada qualquer forma de interpretação, restando apenas a subsunção do fato à súmula.

Criou-se, dessa forma, no sistema jurídico brasileiro, gize-se, o único que adota o presente instituto jurídico, um enunciado jurisprudencial mais imperativo que as leis infraconstitucionais e até mesmo que as próprias normas constitucionais, pois estas e aquelas não vinculam os operadores do direito, mas a súmula sim.

Diante disso, deve-se reconhecer que o exercício da função jurisdicional, na edição de um enunciado de súmula com efeito vinculante (que necessita da aprovação de 2/3 dos membros do STF, ou seja, 8 Ministros) se sobrepõem aos trabalhos do Congresso Nacional na edição de uma Emenda Constitucional (que necessita do assentimento de 2/3 do somatório dos 513 Deputados Federais que compõe a Câmara dos Deputados e dos 81 Senadores que compõem o Senado Federal para sua aprovação).

A irregularidade do instituto jurídico em debate é manifesta, não pelo fato de existir uma ofensa evidente ao principio da separação dos poderes, mas pelo fato que a Constituição permite que o Judiciário legisle apenas em relação à sua organização interna, mas não para toda coletividade, afinal de contas seus membros não são representantes diretos do povo.

Para Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 441-463) as modificações ocorridas no Brasil decorrem da velocidade da transformação social e da constante modificação do ordenamento jurídico brasileiro sem o estabelecimento de um padrão ou sistema próprio. A questão do reconhecimento do STF em efetivar os direitos fundamentais, sendo estes disciplinados conforme o momento histórico de uma coletividade (SARLET, 2012, p. 92) foi questão de tempo e da lógica jurídica, porém isso não lhe concede a função de editar leis ou algo com a mesma força.

Então se questiona: súmula é Lei? Não. Logicamente que não, pois além de não ser aprovada pelos representantes do povo, ela não respeita os procedimentos legais para edição de lei, e não passa de um enunciado elaborado pelo Judiciário.

No entanto é um enunciado de obediência obrigatória mais imperativa que a própria lei. Além de vinculante ela impede que juízes, advogados, promotores ou qualquer outro operador do direito critiquem ou interpretem de maneira diferente da qual foi apresentada pelo

Supremo Tribunal Federal, e aqui não se discute se a nova interpretação esta correta ou incorreta, apenas indigna-se pela impossibilidade de fazê-lo.

Lenio Streck traz em sua obra "*O que é isto – decido conforme minha consciência?*" (2013-B, p. 25) um trecho da fundamentação realizada pelo Ministro do STJ, Humberto Gomes de Barros, apresentado no Agravo Regimental em Embargos de Divergência no Recurso Especial 279.889 de Alagoas, que reflete exatamente o temor de parte da doutrina em conceder a liberalidade de editar súmulas vinculantes ao STF. Segundo o Ministro "não importa o que pensam os doutrinadores (...) Decido, porém, conforme minha consciência (...) esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele".

Na mesma obra Streck (p. 28) faz uma crítica em relação à tal pensamento, chegando a afirmar que o "direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é". Podendo então chegar à conclusão que a doutrina deve continuar doutrinando (STRECK, 2011-B), os juristas sem dúvida devem continuar apresentando suas críticas, e por fim, todos devem continuar interpretando.

3. O JUDICIÁRIO ESTÁ SENDO ATIVISTA?

No Brasil cresce a tendência de uma participação mais ativa do STF no cenário político, tanto por causa da desmoralização do Executivo, quanto pelas elaborações legislativas tendenciosas.

Quando o Judiciário é provocado a analisar casos que envolvem a política nacional, como ocorreu nas ações referentes a células-tronco, relações homoafetivas, fidelidade partidária e dos anencéfalos, não está ocorrendo um ativismo jurídico, mas apenas cumprindo com as determinações constitucionais na busca da efetivação dos direitos e garantias fundamentais (STRECK, 2013. p. 22).

Nos presentes casos dá-se para afirmar que ocorreu uma democratização das decisões tendo em vista a abordagem de temas como ciência, moral, política e religião, mas isso não significa dizer que o Judiciário tornou-se ativo.

Um verdadeiro ativismo do judiciário está muito bem representado com a positivação das Súmulas Vinculantes, momento em que o STF determina, de forma incondicional, a maneira que deve ser interpretada e aplicada determinada lei, cabendo aos magistrados de primeiras instâncias apenas subsumir o fato à súmula, sendo desnecessária, e porque não, impedidos de elaborarem qualquer fundamentação (STRECK, 2013, p.22), destruindo abruptamente a Teoria da Argumentação de Hans Kelsen e de Robert Alexy.

Com a existência de um enunciado de efeito vinculativo tem-se que o principio da motivação das decisões não necessitará ser obedecido, tendo em vista que a autonomia interpretativa está limitada, basta o juiz de primeiro grau citar a existência de uma súmula vinculante para providenciar o arquivamento do processo.

Diante disso, a criação brasileira dever ser considerada uma "camisa-de-força" (STRECK, 2011-A, p.4) que impede a livre atuação dos juízes de primeiro grau, primeiros receptores das mudanças sociais, podendo, num futuro próximo, verificar a petrificação da jurisprudência e o engessamento do Judiciário (VENOSA, 2009, p.133).

Através da definição do termo "súmula" percebe-se que não se trata de algo imperativo, mas tão somente um enunciado, que desde sua publicação já deveria ser observado pelos demais juízes ao tomarem uma decisão, além do que, estariam livres para realizar críticas e até mesmo contrariá-la se a decisão fosse fundamentada e capaz de justificar a necessidade de dar outro significado à norma (REALE, 2002, p. 88/91).

No mesmo sentido apresenta Bulloch e Raz, no pós-escrito de Herbert Lionel Adolphus Hart, ao informar que no sistema inglês busca-se uma norma de reconhecimento que é considerada uma norma *supreme*, deixando claro que, para alcançá-la são utilizados critérios complexos, ou seja, buscam-na através de conhecimentos da Constituição, da promulgação do Legislativo e de precedentes judiciais, tornando-se evidente a forma pelo qual o *common law* se subordina à lei positiva (2009, p. 130/131).

Na mesma obra fica destacado que a função legislativa do parlamento inglês mantem sua soberania, sendo assim, as normas consuetudinárias e as do *common law* podem ser alteradas, no entanto as normas supremas, enquanto reconhecidas como pressupostos judiciais poderão ainda ser utilizadas no decorrer do "jogo", pois elas não são um fim em si mesmo, mas parte de toda uma engrenagem.

No sistema inglês, e até mesmo o sistema norte-americano, a existência da "norma de reconhecimento" no primeiro e a força dos precedentes no segundo, não são criados através de lei, além do que, num contexto geral, é muito raro que sejam "expressamente formuladas como norma" tendo em vista que os tribunais *demonstram* a aplicabilidade de determinada norma. Gize-se, tanto no sistema norte-americano quanto no inglês tais regras são utilizadas "pelos juízes e jogadores para identificar as fases específicas que conduzem a à vitória do jogo" (HART, 2009, p.130/132).

Destaca-se, e também para finalizar a presente comparação, que no direito norte-americano a força do precedente não se faz de forma impositiva e limitativa de atuação dos juízes. Ocorre justamente pela tradição, pelo reconhecimento daquela decisão, considerando

que devido o momento histórico vivido foi a melhor tomada (REALE, 2002, p. 167), permanecendo ainda a possibilidade de interpretá-la de maneira diversa. Até mesmo porque, segundo Dworkin (2003, p. 3/54) o *stare decisis* possui como característica o reconhecimento das decisões da Corte Norte -Americana como as melhores e mais justas, mas reconhece que elas podem ser modificadas ao longo do tempo.

Em contrapartida, no Brasil foi criada a súmula vinculante que nas palavras de Lenio L. Streck (1998, p.220) “passaram a ter valor/eficácia superior às próprias leis” e por essa razão o Judiciário passou a ser uma fonte criadora de leis.

Os legisladores brasileiros buscam na legislação estrangeira a solução dos problemas jurídicos e institucionais internos, mas por incompatibilidade jurídica acabam causando transtornos que colocam em risco todo o Sistema Jurídico nacional.

Enfim, percebe-se que o STF está exercendo uma atividade que não lhe compete. Além de corromper toda a essência da individualização das funções basilares do Estado, não consegue impedir as atuações das instituições tendentes a “contrariar as disposições transparentes da constituição”(SILVA, 1998, p.77) que direcionam claramente a ideia simples e básica que ao Legislativo cabe a função legiferante, ao Executivo a execução das leis e ao Judiciário a função de julgar eventual conflito.

4. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA GARANTIA DE ACESSO AO JUDICIÁRIO

Desde que o Estado passou a ser responsável pela análise e soluções de conflitos mediante processo judicial, proibindo de vez a realização da autotutela dos direitos protegidos pelo ordenamento jurídico (BRANDÃO, 2001, p. 176), busca-se meios que facilitem às pessoas o acesso à Justiça, e com isso garantirem a proteção dos seus direitos.

O principio do livre acesso ao Judiciário está previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, porém, o acesso à justiça não deve ser considerado apenas um direito fundamental previsto na constituição, e, sim, conforme entendimento de Kazuo Watanabe (1988, p. 128) como o ponto central do processualismo moderno que almeja sempre a realização jurídica justa à toda coletividade e à todos que dela necessite.

Mauro Cappelletti (1998,p.13) fraciona em três ondas as principais mudanças ocorridas com a reforma proporcionada pela E.C. 45/2004 quais sejam: buscou-se a gratuidade da justiça aos pobres; uma justiça realmente efetiva e a defesa de interesses coletivos e difusos.

Ao mesmo passo que a doutrina busca efetivar o princípio do livre acesso ao Judiciário percebem-se situações que obstaculizam o avanço prático da liberdade de estar em juízo. Não há intenção de aprofundar nas diversas causas que limitam o progresso, porém se faz indispensável citar algumas: as três ondas de Mauro Cappelletti bem como as custas judiciais e possibilidade das partes (1998, p.19); a dificuldade de se entender as normas jurídicas o que evidencia uma opacidade do direito (CÁRCOVA , 1998), bem como o que Michael Foucault (1996, p. 53) relata sobre a falta de especificidade dos discursos jurídicos e a a morosidade da prestação jurisdicional.

A súmula vinculante foi considerada, como dito anteriormente, a panaceia para a maioria destes apontamentos. Como sua principal função era diminuir o número de demandas no Judiciário, a opção mais simples, porém inconstitucional, foi criar este instituto jurídico que, além de, em poucas palavras, apontar o entendimento do Supremo Tribunal Federal em determinada matéria, obrigou a todos (exceto a função Legislativa) que a respeitassem e cumprissem.

Então pergunta-se: a súmula vinculante ao taxar a maneira que deve ser interpretada uma lei, tornando-a una em todo território nacional, não é uma excelente invenção? A resposta, mais uma vez, é não.

Acreditar que o fato de tornar única a maneira de interpretar determinada lei trará segurança jurídica é a mesma que dizer que a súmula vinculante desafogará o Judiciário. Fato este que não ocorreu e que jamais ocorrerá.

Na medida em que as súmulas vinculantes forem sendo editadas, o Judiciário cravará um novo pilar em todo sistema. Este pilar, por sua vez, não culminará no fortalecimento do sistema, mas, em contrapartida, acarretará num enrijecimento interpretativo.

A cada momento que a livre apreciação e o principio da independência do juiz fica limitado à analise de súmulas vinculantes firma-se a compreensão de que o artigo 103-A da CF é materialmente inconstitucional (COSTA, 2002, p.175-202).

A consequência lógica do sistema jurídico brasileiro será pela desnecessária elaboração de leis, o diminuto estudos das normas, e diminuta utilização da massa cinzenta, pois todos passarão a ser meros aplicadores de súmulas.

Interpretar será desnecessário. O conhecimento será limitado. As ações judiciais poderão sequer ter início, e diante de tudo, as pessoas não terão oportunidade de impetrar uma ação em juízo na busca de proteção de seus direitos (previstos em leis e na própria Constituição Federal), pois é “da natureza pervertida da súmula proibir a própria interpretação” (RENAULT, 2005, p. 51).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto resta evidente que a Súmula Vinculante confronta com todo avanço dos estudos jurídicos realizados pela doutrina brasileira.

A dificuldade em solucionar as contradições legais do ordenamento brasileiro resulta da falta de uma cultura jurídica própria, decorrente da importação de institutos jurídicos incompatíveis como sistema brasileiro como: *commom law* inglês e *commom law* norte-americano, e *civil law* germânico.

Buscar a originalidade e a estruturação de um pensamento jurídico próprio seria o melhor caminho para o Sistema Jurídico brasileiro. Na medida em que cessariam a importação de ideias e os operadores do Direito no Brasil passariam a ser coerentes em seus raciocínios jurídicos.

A Súmula Vinculante é apenas uma das "criações" brasileiras com o intuito de formar uma cultura jurídica própria, no entanto, além de ofender diretamente a própria Constituição Federal, acarretará na extirpação da interpretação dos textos legais.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentals*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais: teoria e direito público*. Tradução Virgilio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2ª Ed. Malheiros. 2011.

ARGUMENTA: Revista do programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná. *O papel do supremo tribunal federal na reforma política sob o ponto de vista dos institutos da verticalização e da cláusula de barreira partidária*. – UENP. N. 17 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Processo Constitucional*. Revista da Faculdade Mineira de Direito. Belo Horizonte. V.2 n.º3/4.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* Publicado no site http://jus.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito em 11/2005 acessado no dia 13/02/2013 às 22:35.

BILLIER, Jean-Cassien. *Historia da filosófica do direito*./Jean-Cassien, Aglaé Maryioli; tradução de Maurício Andrade. Baruerí, SP: Manole, 2005. p.203.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*.10ª ed.rev. e atual. 9ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 2000

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações constitucionais: "novos" direitos e acesso a justiça*. 2.ed. revista e ampliada. Florianopolis: Habitus, 2001.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*.-5.ed.rev.e atual. De acordo com a Emenda Constitucional 64/2010.-São Paulo: Saraiva, 2010.

CALMON, Pedro. *Curso de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*/ Eduardo Cambi. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CAPPELLETTI, Mauto. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegra: Sérgio Antônio Fabris Editor.1998.

CÁRCOVA, Carlos Maria. *A opacidade do direito*. Traduzido por Edilson Alkimim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

COSTA, Sílvio Nazareno. *A inconstitucionalidade material da súmula vinculante*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 115, p. 175-202, jul./set. 2002. Disponível em http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/802, acessado no dia 01 de maio de 2013.

CRUZ, Gabriel Dias Marques da. *Incidente de inconstitucionalidade e a sumula vinculante n.º 10,avanço ou retrocesso?*. Publicado no site http://www.osconstitucionalistas.com.br/incidente-de-inconstitucionalidade-e-a-sumula-vinculante-n-10-avanco-ou-retrocesso, acessado no dia 01 de maio de 2013.

DUGUIT, Léon, 1859-1928. *Fundamentos do direito* / Léon Duguit; tradução Marcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção obra prima de cada autor; vol. 267).

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*/ Ronald Dworkin; tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003 (coleção justiça e direito).

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso. Aula inaugural no College de France pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Organizador: Pierre Fruchon; tradução Paulo César Duque Estrada. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

_____. *Verdad y método*. 8ª ed. Vol. I. Salamanca: Sigueme. 1999.

HART, H.L.A., 1907-1992. *O conceito de direito* / H.L.A. Hart; pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. Tradução de Antonio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo – parte II*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback, 13ª edição, São Paulo: Editora Vozes, 2005.

HOBBES, Thomas, 1588-1679. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*/ Thomas Hobbes; tradução Rosina D'Angina; Consultor jurídico Thélio de Magalhães. 2ªed. –São Paulo: Martin Vlaret, 2012. (Coleção obra prima de cada autor. Serie ouro;1).

KELSEN, Hans. *La teoria pura del derecho. Introduccion a la problemática cientifica del derecho*. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A. 1941.

_____. *Teoria pura do direito*/ Hans Kelsen: tradução João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição Política*. Tradução: Manoel Soares. Global Editora: São Paulo, 1987.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público e outros Problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, v. 2.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira Leite. *A inconstitucionalidade da sumula vinculante n.11*. Publicado no site http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4828/A-inconstitucionalidade-da-Sumula-Vinculante-no-11, acessado no dia 30 de abril de 2013

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.-2ed. rev. E atual.-São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol I. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni. 1947.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Academica, 1994.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *A inconstitucionalidade da sumula vinculante n.5*. Publicado no site http://www.ihj.org.br/pdfs/artigo0508.pdf, acessado no dia 29 de abril de 2013.

REALE, Miguel, 1910-. *Lições preliminares de direito*/ Miguel Reale. – 27.ed.ajustada ao novo código civil.-São Paulo: Saraiva, 2002.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm. *Reforma do Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n.45/2004* - Sergio Rabello Tamm Renault e Pierpaolo Bottini. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*/ Ingo Wolfganf Sarlet. 11.ed.rev.atual. Porto

Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCAFF, Fernando Fecury. MAUÉS, Antonio G. Moreira. *A trajetória brasileira em busca do efeito vinculante do controle de constitucionalidade*. In REFORMA DO JUDICIÁRIO: primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004/ coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier...(et al) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, José Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro: um problema e não uma solução*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conceito essencial, restrições e eficácia*. 2ªed.. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *A iatrogenia e o Direito: quando tudo vira grau zero*. Disponível no site http://www.conjur.com.br/2013-abr-25/senso-incomum-iatrogenia-direito-quando-tudo-vira-grau-zero Publicado e acessado no dia 25 de abril de 2013. (2013-A).

_____. *A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica*. Acessado no site http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf em 20 de abril de 2013 (2013-C).

_____. *Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?* Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acessado em 29 de abri de 2013.

_____. *Crise de paradigma: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*. Publicado no http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/10.pdf acessado no dia 24 de abril de 2013.(2011-B)

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*/Lenio Luiz Streck. 4.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *O fahrenheit sumular do Brasil: o controle panóptico da justiça*. Publicado no site http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/14.pdf. Acessado em 23 de abril de 2013. (2011-A)

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. (2013-B)

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed.rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2.ed.6ª.reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito GV.vol.4 São Paulo jul/dec.2008, acessado no site http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200005&script=sci_arttext e também no site http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005 no dia 12/02/2013 às 12:15 e 12:20 respectivamente.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

http://www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao , acessado no dia 23 de abril de 2013.

http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,comissao-aprova-proposta-que-submete-decisoes-do-stf-ao-congresso,1024977,0.htm . Acessado no dia 24 de abril de 2013.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

http://www.senado.gov.br/senadores/

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante

http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/layouts_conhecacamara_numero_deputados

O ATIVISMO JUDICIAL E SUA REPERCUSSÃO NA DOUTRINA JURÍDI

Ana Carolina Meneghel CALDERONI

Caio Marchioni da SILVA

RESUMO

Este artigo trata sobre o ativismo judicial, especialmente do Supremo Tribunal de Justiça (STF). Explica o conceito e como é visto por alguns autores. Parcela considerável da doutrina o rejeita por acreditar que fere os princípios de um estado democrático de direito, enquanto que grande parte o defende e acredita que o STF tem demonstrado muita competência. O artigo dispõe também sobre os argumentos positivos e negativos desta postura proativa que o Judiciário tem adotado. Mostra ainda, como sugerem renomados autores, outras formas como o Judiciário poderia atuar sem interferir em outros poderes.

PALAVRAS-CHAVE: ativismo judicial, ativismo, STF

ABSTRACT

This article discusses judicial activism, especially the Supreme Court (ST
concept and how it is seen by some authors. Considerable portion of the doctrine rejects believe violates the principles of a democratic state of law, while largely defends and believes that the Supreme Court has shown great competence. The article also provides arguments about the positives and negatives of this proactive stance that the judiciary has adopted. It also shows, as suggested by renowned authors, other forms such as the judiciary could act without interfering with other powers.

KEYWORDS: judicial activism, activist, Supreme Court

INTRODUÇÃO

É certo que, nos dias de hoje, o Poder Judiciário, em especial nosso maior órgão Judicial, o Supremo Tribunal Federal (STF), tem participado de forma mais intensa em questões relevantes para a sociedade, adotando, portanto, uma postura mais ativista. Isto tem sido

muito discutido nos dias atuais e gerado muita polêmica. Enquanto uma parte da doutrina é veementemente contra a prática ativista do Judiciário, outra parcela defende e acredita que o Judiciário deve manter tal postura, já que tem decidido de forma coerente.

São inúmeros os argumentos contrários e favoráveis. Em relação a esses, pode-se citar que o Judiciário é composto por pessoas de notável conhecimento jurídico e que têm demonstrado muita competência para decidir questões importantes. Entre aqueles, pode-se dizer que o Judiciário não tem a tarefa de criar o direito, como está fazendo, pois isso caberia ao Poder Legislativo. Muitos consideram que o ativismo judicial nada mais é que ir além dos limites estabelecidos pela Constituição Federal.

É válido lembrar também que surgiu o ativismo judicial, em nosso país, como uma forma de resolver a contenção legislativa. Grande parte dos legisladores, de certa forma, até preferem que o Judiciário tome certas decisões com a finalidade de evitarem o descontentamento da população. No entanto, alguns deputados e senadores não estão satisfeitos com a postura ativista que, em especial, o STF tem adotado, o que resultou na criação de um projeto de Emenda Constitucional 33 (PEC 33).

Esses assuntos serão aqui abordados de forma simples, citando posições favoráveis e contrárias ao ativismo. Aqui será tratado também sobre outras formas como o Judiciário poderia atuar. É importante afirmar que o Judiciário tem contentado a sociedade, adotando posturas que não contrariam os direitos e a dignidade humana. Julgou casos extremamente polêmicos, tais como o aborto e a homossexualidade e conseguiu ter êxito em suas decisões. Se é correto tal ativismo, caberá a cada um analisar de acordo com a postura que se adota, no entanto, não se pode negar que o Judiciário tem servido bem à causa.

2. CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL

Ativismo Judicial é uma expressão que teve origem nos Estados Unidos, foi usada para designar uma atuação da Suprema Corte. Nesse período, houve uma revolução a certas práticas políticas. O Judiciário passou a decidir de forma progressiva sobre direitos fundamentais, o que era feito sem qualquer decreto ou ato do Congresso Nacional. Com esta crescente independência da Corte, houve uma revolução conservadora, a qual fez com que a expressão “ativismo judicial” passasse a ter uma conotação negativa nos Estados Unidos por designar uma atividade imprópria do Judiciário. No entanto, a expressão “ativismo judicial” atualmente nos remete a uma idéia de uma participação mais intensa do Judiciário, o qual tem

decidido questões relevantes para a sociedade e intervindo mais nas esferas dos outros poderes.

Para Robert Dahl, ativismo judicial seria uma espécie de “regime de guardiões”, em que os indivíduos se consideram incapazes de se auto-governarem e, por este motivo, delegam essa responsabilidade para pessoas mais aptas a resolverem os conflitos.

O oposto de ativismo judicial seria a auto-contenção judicial, em que o Judiciário interfere o menos possível nas esferas dos outros poderes. Dessa forma, faz com que os outros poderes atuem de forma mais intensa.

Para Barroso, ativismo judicial não se confunde com Judicialização. Esta designa que questões relevantes para a sociedade estão sendo decididas pelo Judiciário e decorre, sobretudo, do desenho institucional adotado pelo país. É um fato. Ainda segundo Barroso, há três motivos principais que explicam a crescente Judicialização: o reconhecimento de um Judiciário forte e independente, a desilusão com a política majoritária e que até mesmo os políticos estão preferindo que questões polêmicas sejam decididas pelo Judiciário, com a finalidade de evitar seu próprio desgaste.

Não é apenas no Supremo Tribunal Federal que está ocorrendo o ativismo judicial atualmente no Brasil. Nas instâncias inferiores, as quais ficam mais perto do cidadão, estão utilizando de todos os recursos para fazer Justiça, mesmo que para isso precisem ir além da lei.

São inúmeros os exemplos de ativismo judicial nas instâncias inferiores, tais como: um juiz da cidade de Taperoão (PB), visando reduzir os índices de criminalidade e violência, estabeleceu uma lei de toque de recolher para menores de doze anos às 21 horas. Já em Conceição de Coité (BA), um juiz condenou um homem por furto, porém determinou que sua pena não era ir para a cadeia e sim arrumar um emprego, pois entendeu que o infrator era um esquecido pelo Estado e não possuía uma má índole. Há muitos exemplos também no STF.

Existem estudiosos a favor do ativismo, como a advogada Maria Berenice Dias. Ela defende que se fosse apenas para aplicar a letra da lei, não precisaria de um juiz. O juiz deve ir além e aplicar a Justiça mais próxima a realidade, mesmo que seja discriminado.

Há muitos doutrinadores também contrários ao ativismo, dizem que é uma disfunção da Justiça. Elival da Silva Ramos, procurador do estado de São Paulo, diz que ocorre o ativismo quando o juiz ultrapassa os limites dados pelo texto normativo para garantir algo que não está escrito em nenhum lugar. Diz também que se deve interpretar as normas de forma

criativa, mas não inventá-las. Conforme Elival, “o texto constitucional existe para ser interpretado. Se for feito de uma maneira evolutiva, dentro da norma, é bastante positivo. Mas, quando o juiz resolve transcender essa norma para sobrevalorizar princípios constitucionais, ele invade a sua competência e desprestigia o Poder Legislativo.”

Silva Ramos também, em sua Tese *Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional,* fala do ativismo praticado Supremo Tribunal Federal e não de outros órgãos judiciários. Mostra-se contra a esta postura ativista independente do resultado. Não procura julgar o mérito, se o STF está decidindo corretamente ou não. Diz apenas que isto não é correto porque prejudica muito o Legislativo. Este já se viu sufocado pelo Executivo com a edição de medidas provisórias, agora há o ativismo do Judiciário. Ele acredita que o Legislativo é inerte e atrasado por causa do ativismo.

Conforme *S*ilva Ramos ainda, os juízes podem dar sugestões de leis aos legisladores, mas não devem legislar. "Quando digo que sou contra o ativismo, não estou dizendo que a decisão dos julgadores não foi justa, inadequada, menos ou mais equânime, mas quero deixar claro que não cabe ao Judiciário suprir essas lacunas."

Essas definições e posicionamentos dos estudiosos nos levam a um certo questionamento: estaria mesmo o Judiciário mais apto a ter a última palavra e, por isso, deve manter uma postura ativista? Para responder, é necessário fazermos uma análise de argumentos favoráveis e contrários ao ativismo judicial.

3. PONTOS NEGATIVOS DO ATIVISMO JUDICIAL E A PEC 33

3.1 Pontos negativos ativismo judicial

Muitos acreditam que a corte, quando dá sua opinião, é totalmente imparcial e justa. No entanto, isto nem sempre é verdade. Sabe-se que, em muitos casos, a corte não é neutra como se supõe. São comuns as opiniões diferentes e a solução que é dada não soluciona o desacordo, é apenas uma interpretação possível.

A corte também sofre influências em suas decisões, uma vez que não raro os juízes julgam baseando em suas experiências pessoais ou decidem para agradar a opinião popular, em que é comum quando os casos são levados a mídia e causam temor e constrangimento na população. Estes fatos são muito prejudiciais, pois um local onde devia ser presidido pela razão, é tomado pela emoção.

Outro argumento contrário é a elitização do debate e, por conseqüência, a exclusão daqueles que não possuem conhecimentos jurídicos. Até mesmo os estudiosos de Direito podem sentir dificuldade para analisar e compreender as decisões da corte por terem uma linguagem muito técnica e extremamente pomposa. Muitos, dessa forma, ficam alheios aos acontecimentos. Não se pode negar que há certos institutos que visam solucionar este problema, tais como as audiências públicas e os *amicuscúriae*. No entanto, pode-se afirmar que isto também pode ser perigoso para a corte, pois esta pode dar uma decisão influenciada demasiadamente pelas opiniões populares, o que se distancia da racionalidade dos juízes.

Os juízes também não tomam as decisões originariamente estabelecidas pelo poder constituinte. Na verdade, tomam as suas próprias decisões. Isto não significa que sempre serão democráticas.

Dito de outro modo, não se pode dizer que a revisão judicial é democrática porque um poder constituinte democrático a aprovou. Ele pode aprovar toda sorte de regime, dos mais aos menos democráticos. O fato de o "criador" ser formalmente democrático não significa que a "criatura" também o será. (MENDES, p. 96)

A decisão da corte pode ser rejeitada por emenda ou se instaurar um novo Poder Constituinte, no entanto, estes são processos dificultosos e, além disso, o povo deveria ter a oportunidade de participar em todos os momentos, estabelecendo sua opinião constantemente e não em momentos de exceção.

Não se pode dizer também que a corte é infalível e não há a necessidade de se ter sempre uma última palavra. Isto pode ser até prejudicial, pois quando se tem uma última palavra, acomoda-se com a decisão do instituto que tem a responsabilidade de proferir a decisão final.

É válido lembrar também que a corte é composta de membros eleitos por outro poder, que precisa de aprovação popular. Percebe-se, desta forma, a distância que os membros da corte têm em relação a vontade do povo. Não são eleitos diretamente. E, é comum também, que muitos juízes são indicados somente para satisfazerem as vontades do Parlamento.

3.2 PEC 33:

O deputado Nazareno Fonteles propôs uma emenda constitucional que reduzia os poderes do Judiciário. Tal emenda gerou muita discussão e forte oposição dos juízes. A

maioria deles discordava veementemente desta PEC, disseram que esta tiraria o poder que a Constituição Federal tinha dado a eles.

O artigo primeiro da emenda discliplina que:

> O art. 97 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação: somente pelo voto de quatro quintos de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou do ato normativo do poder público.

Dessa forma, aumenta-se o quorum dos tribunais para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, uma vez que é exigido pela Constituição Federal apenas a maioria absoluta dos membros. Percebe-se que, como são onze ministros do STF, para julgar um caso como inconstitucional, basta do consentimento de seis membros. No entanto, com esta proposta de emenda, iria precisar de nove ministros para declarar a inconstitucionalidade.

O artigo segundo da emenda dispõe:

> O art. 103-A da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar com a seguinte redação: O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de quatro quintos de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, propor súmula que, após aprovação pelo Congresso Nacional, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 1º A súmula deverá guardar estrita identidade com as decisões precedentes, não podendo exceder às situações que deram ensejo à sua criação. §2º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 3º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. §4º O Congresso Nacional terá prazo de noventa dias, para deliberar, em sessão conjunta, por maioria absoluta,

> sobre o efeito vinculante da súmula, contados a partir do recebimento do processo, formado pelo enunciado e pelas decisões precedentes. §5º A não deliberação do Congresso Nacional sobre o efeito vinculante da súmula no prazo estabelecido no §4º implicará sua aprovação tácita. §6º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar súmula com efeito vinculante aprovada pelo Congresso Nacional caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Um assunto que tendo sido analisado e discutido e for reiterado diversas vezes, de cunho constitucional, no STF, poderá se tornar um projeto de súmula vinculante. Dos onze ministros que compõem o STF, é estabelecido na Constituição que oito têm que votar favoravelmente a súmula vinculante (ou seja, quorum de dois terços) Se ela for votada favoravelmente, tem que ser publicada no prazo de 10 dias após a aprovação e deve ser vinculada a todos os órgãos do judiciário e da administração pública, direta ou indiretamente pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios.

Nota-se que, com este artigo da PEC 33, além de aumentar o quorum para quatro quintos dos membros do STF para propor súmula vinculante, precisa-se também da aprovação do Congresso Nacional.

O terceiro artigo trata sobre:

> O art. 102 da Constituição Federal de 1988 passará a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: § 2º-A As decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que declarem a inconstitucionalidade material de emendas à Constituição Federal não produzem imediato efeito vinculante e eficácia contra todos, e serão encaminhadas à apreciação do Congresso Nacional que, manifestando-se contrariamente à decisão judicial, deverá submeter a controvérsia à consulta popular.§ 2º-B A manifestação do Congresso Nacional sobre a decisão judicial a que se refere o §2º-A deverá ocorrer em sessão conjunta, por três quintos de seus membros, no prazo de noventa dias, ao fim do qual, se não concluída a votação, prevalecerá a decisão do Supremo Tribunal Federal, com efeito vinculante e eficácia contra todos.§2º-C É vedada, em qualquer

hipótese, a suspensão da eficácia de Emenda à Constituição por medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal.

Percebe-se que, com este artigo, para o STF declarar a inconstitucionalidade material de emendas á Constituição, é necessário ter o consentimento do Congresso Nacional. Se este se manifestar contrariamente, deverá ser realizada uma consulta popular.

3.3 Considerações a respeito da PEC 33

A PEC 33 foi demasiadamente discutida. Muitos se mostraram contrários a ela. Várias pessoas tem a idéia de que o STF tem o monopólio da última palavra, que é o guardião da Constituição e o mais apto para resolver questões delicadas. Percebe-se também que a população deposita mais sua confiança nos ministros do STF do que nos membros que elegeu. Os legisladores afirmam que é notável a grande quantidade de casos em que o STF atua e alegam também que o nosso órgão judicial supremo tem decidido apenas por conta própria em um estado democrático de direito. Muitos afirmam que esta PEC não é tão absurda quanto dizem, pois com ela, o parlamento passaria a ter uma atuação maior e estimularia também o diálogo institucional, evitando, dessa maneira, que um órgão tenha poder maior que o outro e que a última palavra se concentre em uma única instituição.

4- PONTOS POSITIVOS DO ATIVISMO JUDICIAL:

Embora o ativismo judicial de caracterize por uma sobreposição do poder judiciário sobre os demais poderes, em um estado democrático de direito é extremamente importante, uma vez que a população deve ter seus direitos concretizados apesar das inúmeras omissões legislativas. Porém, o ideal é que essa situação não seja eterna, e que seja apenas uma solução paliativa, um remédio para a doença, crônica no nosso país, das omissões legislativas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, nosso poder judiciário foi bastante fortalecido, ainda mais com os ideais do neoconstitucionalismo e o surgimento das súmulas vinculantes, as quais, apenas a título de explicação, são decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional que vinculam os demais órgãos judiciários e a administração pública direta e indireta. Assim, o STF tem atuado em muitos casos onde as omissões dos demais poderes geram consequências danosas à população. Entre outros casos que podem ser citados está o caso do aborto de fetos anencefálicos, em que ficou decidido

pela Suprema Corte, em 12 de abril de 2011, que o aborto de fetos anencefálicos não constitui crime. Os votos dos ministros foram pautados da seguinte forma: diante de uma ponderação de valores (dignidade da gestante e direito à vida do nascituro), a dignidade da gestante deveria prevalecer, visto que, uma vez que nasce desprovido ou parcialmente desprovido de cérebro, o feto é incapaz de possuir vida, visto queque se apenas é constatada a morte quando ocorre a morte cerebral, é razoável o entendimento de que o início da vida só se dá com o início da atividade cerebral, não constituindo crime a interrupção terapêutica da gravidez.

Outro caso em que o Supremo agiu de maneira proativa foi quando estava em pauta a questão da fidelidade partidária, onde a Corte decidiu que o princípio da fidelidade partidária deve ser respeitado, sob pena de perda de mandato do parlamentar que desrespeitá-lo, tendo em vista a regra eleitoral vigente no Brasil da eleição proporcional, onde, em uma breve explicação, o número de votos total é computado e depois dividido pelo número de vagas disponíveis, formando o que se chama de quoeficiente eleitoral, e, por consequência, excluindo-se os candidatos do partido que não atingiu o citado quoeficiente. Assim, muitos parlamentares têm acesso ao cargo pelo que se denomina “voto de legenda”, onde, mesmo que possuam uma quantidade menor de votos do que de candidatos pertencentes a partidos que não atingiram o quoeficiente eleitoral, conseguem ingressar no parlamento devido à representatividade maior do partido ao qual eles estão filiados. Assim, o STF decidiu que não seria razoável que, após o ingresso no poder Legislativo, parlamentares simplesmente abandonassem o partido que contribuiu significativamente e até decisivamente por seus ingressos no poder, abandonando também a ideologia do partido que formou a base de suas candidaturas.

Uma situação onde a Suprema Corte também atuou em um vácuo legislativo foi no caso da demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol, onde, em maio de 2009, o STF decidiu, por 10 votos a 1, que a área da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, é de usufruto exclusivo dos indígenas, e foi confirmada a legalidade do decreto homologado em 2005 pelo presidente Luís Inácio Lula da Silva que prevê a demarcação contínua da área; contudo, foram impostas 19 restrições aos indígenas para o uso da área. Elas estão enumeradas a seguir:

1 – O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;

2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;
3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
4 – O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;
5 - O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;
6 – A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à Funai;
7 – O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;
8 – O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da Funai;
10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes;
11 – Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai;
12 – O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;
13 – A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de

energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;
14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto pela comunidade jurídica ou pelos silvícolas;
15 – É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;
16 - As terras de ocupação indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena isenção tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos taxas ou contribuições sobre uns e outros;
17 – É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (vencidos CB e CL)
18 – Os direitos dos índios relacionados as suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis.
19 – É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

Um caso emblemático que causou muita repercussão na imprensa foi a questão das pesquisas com células-tronco embrionárias, onde o STF decidiu que o art. 5º da Lei de Biossegurança era constitucional, e os votos dos ministros foram baseados principalmente em ideais constitucionalmente postos, como o direito à saúde, o direito à vida digna, bem como em princípios constitucionais, em especial o "[...] de uma sociedade fraterna [...]" e a manutenção, pela CF de 1988, de um estado laico e da noção de que a vida só tem seu início com a formação cerebral. Para seis ministros, a Lei de Biossegurança é totalmente constitucional e não merece reparo. Votaram nesse sentido os ministros: Carlos Ayres Britto, relator da matéria, Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Os ministros Cézar Peluso e Gilmar Mendes também concordaram que a lei é inconstitucional, mas defendiam a adoção de rigores excessivos para que houvesse esse tipo de pesquisa. Já os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau defenderam em seus votos que apenas seria possível esse tipo de estudo se os embriões não fossem mortos durante a pesquisa. Porém, a maioria da corte, representada por seis votos, decidiu pela constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, e a decisão é muito bem representada por um trecho do voto proferido pelo ministro, e então presidente do STF,

Joaquim Barbosa, que afirma que proibir esse tipo de pesquisa “significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e os benefícios que dele podem advir”.

Mais um exemplo de destaque da postura proativa da Suprema Corte foi a questão do nepotismo, que, através da Súmula Vinculante 13, se pronunciou da seguinte forma sobre o tema: A NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, INCLUSIVE, DA AUTORIDADE NOMEANTE OU DE SERVIDOR DA MESMA PESSOA JURÍDICA INVESTIDO EM CARGO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO, PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA OU, AINDA, DE FUNÇÃO GRATIFICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA EM QUALQUER DOS PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS, COMPREENDIDO O AJUSTE MEDIANTE DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS, VIOLA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Em suma, nos últimos anos é evidente o fortalecimento do Judiciário nas questões em que a população é diretamente impactada, o que é frutífero e benéfico para a sociedade consumidora dessas decisões, visto que esse tipo de postura contribui para a diminuição do chamado vácuo legislativo, dando à população uma resposta a alguns problemas diariamente enfrentados e que permanecem sob a indiferença dos demais poderes, garantindo, assim, a efetivação de direitos já previstos em 1988.

5- OUTRAS FORMAS POSSÍVEIS DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

5.1 Posição de Elival Silva Ramos

Silva Ramos defende que o STF não pode legislar, pois esta tarefa é do legislador, no entanto pode dar uma interpretação criativa ou evolutiva.

No entender de Ramos:

> O nome correto que se dá é interpretação evolutiva, que usa a interpretação sistemática e técnicas de interpretação para adequar a norma à realidade social. Isso é uma coisa que todo sistema faz. Quero apenas dizer que há limites para se fazer isso. Não se pode, diante de um texto legal que não comporta minimamente na sua letra

> uma determinada interpretação, usar um parâmetro mais claro a ponto em que se reescreva um novo texto para adequar a norma que se deseja aplicar. O ativismo que vem da mais alta corte do país é muito pernicioso. O nosso sistema, enquanto comportou um tribunal de cúpula corrigindo certos excessos ativistas, teve equilíbrio. O problema é quando o ativismo é patrocinado pelo próprio Supremo. Essa postura tem efeito devastador não só em termos do resultado concreto, mas pelo efeito de imitação e de acatamento das jurisprudências do STF.

5.2 Adeptos das teorias do diálogo:

Muitos doutrinadores que são contrários ao ativismo Judicial, mostram como o Judiciário poderia atuar de forma menos invasiva, de maneira também que este poder não tenha sempre a última palavra.

Conrado Hubner Mendes, em sua tese "Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação", diz que o Judiciário não deve querer sempre ter a última palavra porque esta, se não for um mito, é relativa. Não há nada que impeça uma instituição responder a decisão de outra. "A última palavra é, no máximo, 'provisória', e não há como escapar disso. Pensar em termos de diálogo não perde de vista a continuidade inexorável da política, a circularidade da separação de poderes. Trata-se de uma percepção da política no longo prazo."

Nas palavras de Mendes:

> Num exemplo concreto: o STF, conforme o desenho da constituição brasileira, tem a última palavra na interpretação da constituição; entretanto, mesmo depois da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, nada impede que o parlamento responda, reaja, desafie a posição do STF. É claro que tal resposta, na maioria das vezes, não ocorre no dia ou no mês seguintes, mas numa escala temporal mais espaçada, o que acaba diluindo e obscurecendo nossa percepção.

Ele defende que deva ocorrer um diálogo institucional, em que uma instituição deva dialogar com a outra com a finalidade de decidir de forma mais coerente e justa, acredita que nenhuma instituição irá errar por último, pois, no decorrer do tempo, novas decisões serão tomadas.

Interessante também é a postura de Alexander Bickel, criador da famosa expressão “dificuldade contra-majoritária”. Para Bickel, a corte tem a opção de não decidir sobre determinado caso. Dessa forma, a corte evita emitir sua opinião, pois não tem sempre a obrigação de decidir. No entanto, a corte deve ter sensibilidade para perceber quais são esses momentos de não-decisão. Isto é muito importante para a sociedade também, pois se a corte não decide imediatamente o caso, irá existir um tempo de espera e um certo amadurecimento da questão e também será estimulado um processo deliberativo.

Cass Sunstein prefere ver os momentos em que a corte decide, porém decide pouco. Para Sunstein a corte deve decidir e interferir o mínimo possível. Ele se preocupa com os riscos de uma decisão errada ou de uma decisão correta se esta gerar resultados contraproducentes. Uma qualidade desta pratica seria a redução do peso da decisão judicial, o que, certamente, tornaria os erros menos freqüentes.

Sunstein acredita que o juiz deve adotar uma postura maximalista apenas em determinados casos, tais como quando o juiz tenha amplo conhecimento sobre o assunto em questão e quando a solução possa reduzir a incerteza para casos futuros.Afirma também que o minimalismo deve ser praticado quando o juiz tiver incerteza sobre o assunto, quando a decisão poderá gerar dúvidas para litigantes futuros, entre outros.

Katyal adota também uma postura interessante. Acredita que os juízes podem atuar como conselheiros, no sentido de recomendarem uma determinada solução mas não de imporem sua opinião. Dessa forma, os juízes tomariam uma decisão estreita, mas adicionariam a ela um conselho amplo. E por meio deste aconselhamento, a corte criaria condições para que os poderes conversem entre si.

CONCLUSÃO

O presente trabalho mostrou, de forma ampla e didática, como é encarado o ativismo judicial pela doutrina jurídica, abordando as mais variadas vertentes de pensamento sobre esse tema. É evidente que essa postura proativa que o poder Judiciário vêm adotando não é o ideal em um país democrático, onde, utopicamente falando, a tripartição de poderes é equânime e cada poder exerce com competência as suas atribuições. Mas o fato é que isso está longe de acontecer na prática, e a população, diretamente consumidora dos atos dos três poderes, não pode, de forma alguma, ter seus direitos negligenciados simplesmente porque houve uma omissão legislativa, e é aí que se instala a importância dessa postura por parte de magistrados, desembargadores e ministros, os quais, embora não tenham sido eleitos pelo povo, se veem

obrigados a “tomar as rédeas” do processo legislativo para que a população como um todo ou as pessoas envolvidas no presente caso tenham a efetivação de seus direitos. Isso não converte esses membros em heróis, mas as circunstâncias pelas quais passa a nossa democracia os obriga a agir dessa forma.

Deve-se ter em mente sempre que esse tipo de postura só deve durar enquanto dure as omissões por parte dos outros dois poderes e que se deve buscar, após sanada essa situação, um equilíbrio entre os três poderes, para que possamos efetivamente viver em um país autenticamente democrático.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista Direito do Estado, Salvador, ano 4, n. 13,2009.

BRASIL, Constituição (1988). Emenda constitucional n. 33 de 2011. Altera a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; condiciona o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição <*In: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc33.htm*>

KATYAL, Neal Kumar. *Justices as Advicegivers*, Stanford Law Review, v. 50, 1997

MENDES, Conrado Hübner: *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

SILVA RAMOS, Elival da. *Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional*. São Paulo: Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, para inscrição em concurso público visando ao provimento de cargo de professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado, área de Direito Constitucional, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *Constitutional Agreements Without Constitutional Theories.* Ratio Juris v. 13, n. 1, 2000.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E NEOCONSTITUCIONALISMO

Ivo Uji[63]

RESUMO

A Hermenêutica Constitucional, reflexo do movimento Neoconstitucional, tema de interessante dos operadores do Direito, sobretudo, quanto ao Direito Constitucional, deve ser estudada e utilizada com responsabilidade para que não seja fundamento de um autoritarismo confundido com democracia, causando, desse modo, um retrocesso aos tão batalhados direitos alcançados pela sociedade. Trazer para o debate a utilização da Hermenêutica Constitucional com um foco assentado numa ponderada visão do Neoconstitucionalismo é o foco deste trabalho, mesmo que de forma singela. A ciência da Hermenêutica Jurídica ganha uma espécie de salutar importância, a Hermenêutica Constitucional, pois a Constituição deixa de coadjuvar nas decisões jurídicas, passando ao principal fundamento real de todo o ordenamento jurídico, tudo devido ao Neoconstitucionalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica, Constituição, Neoconstitucionalismo, Direito.

ABSTRASCT

The Constitutional Hermeneutics, reflecting the movement Neoconstitucional, interesting topic of legal operators, especially regarding constitutional law should be studied and used responsibly so that is not a plea authoritarianism confused with democracy, causing thereby a setback to as fought rights achieved by the company. Bring to debate the use of Constitutional Hermeneutics with a focus seated in a weighted view of neo is the focus of this work, even if it is simple. The science of Legal Hermeneutics gains a kind of salutary importance, the Constitutional Hermeneutics, since the Constitution leaves to assist in legal decisions, from the main real foundation of all law, all due to neoconstitutionalism.

KEYWORDS: Hermeneutics, Constitution, Neoconstitutionalism, Law.

INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional brasileiro vem ganhando especial destaque desde a redemocratização do Brasil, assim o diploma constitucional de máxima importância no

[63] Advogado, formado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)-PR, com Especialização *Lato Sensu* em Direito Processual Civil e Magistério Superior pela Universidade Anhanguera-UNIDERP.

ordenamento jurídico sai das mazelas da discricionariedade dos governantes e passa a ter uma vida autônoma, preponderante na efetivação dos direitos e garantias nele firmados.

Para se alcançar todo o potencial das normas constitucionais é imprescindível desprender-se da "letra fria" da lei e transformá-la em norma jurídica dotada de eficácia social, deixando de ser uma mera carta de intenções como se costumava acreditar[64]. Nesse cenário de interpretação nasceu, então, a Hermenêutica Constitucional, cuja ciência é a busca de ferramentas para a interpretação da Constituição, sendo espécie derivada da Hermenêutica Jurídica. A transformação toma formas mais acentuadas modernamente, com o movimento jurídico denominado de diversas formas como "Neoconstitucionalismo", "Neopositivismo"[65], "Pós-Positivismo" ou "Formalismo-Valorativo" [66].

Nessa nova abordagem, a Constituição atinge realmente o ápice do ordenamento jurídico, permeando, desse modo, todas as facetas ou ramos do Direito. Por esse motivo é necessária uma abordagem clara de como deverão ser entendidas e interpretadas as normas contidas no texto maior à luz da visão neoconstitucional e traçar as eventuais discrepâncias nesse novo prisma.

Com a evolução do Direito Constitucional, portanto, fica a cargo da Hermenêutica Constitucional essa árdua tarefa de decifrar as possíveis interpretações e refutar as impossíveis, além disso, é mister traçar algumas considerações críticas sobre o uso desmedido e tresloucado do neoconstitucionalismo como método de disfarçar o autoritarismo do exegeta aplicador do direito.

1. HERMENÊUTICA

Antes de iniciarmos efetivamente a discussão sobre a hermenêutica constitucional é imperioso apontar o sentido, o alcance e a diferença com a interpretação.

---

[64] Antes as Constituições eram consideradas como "meras cartas de intenções", cuja obrigatoriedade era dispensável.

[65] Para Eduardo Cambi e Luís Roberto Barroso o Neopositivismo é a consequência filosófica do Neoconstitucionalismo, conforme se apresenta na obra de CAMBI, Eduardo. "Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário". 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 79.

[66] O termo "Formalismo-Valorativo" é o que vem sendo cunhado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul para se referir a essa nova fase evolutiva do Direito.

Carlos Maximiliano *apud* Nagib Slaibi Filho (2011, p. 1)[67] ensina que hermenêutica "tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito".

A hermenêutica, portanto, pode ser considerada o método científico para a interpretação; enquanto a interpretação é um esforço humano para ajuizar uma intenção sobre o texto, no caso a norma jurídica. Nagib Slaibi Filho (2011, p. 1) preceitua essas distinções da seguinte maneira:

> Distingue-se a Hermenêutica da interpretação e da aplicação: Hermenêutica é a ciência que fornece a técnica para a interpretação; interpretação é o ato de apreensão jurídica, enquanto a aplicação da norma é fazê-la incidir no fato concreto nela subsumido (SLAIBI FILHO, 2011).

Dessarte, há uma racionalização quanto aos termos, sendo a hermenêutica uma ciência cuja finalidade é a de fornecer instrumentos apropriados para o ato de interpretar a norma jurídica; essa interpretação é um esforço humano de captação dos sentidos possíveis de serem atribuídos ao texto; culminando na aplicação normativa, obviamente quando possível, que pode ser pela subsunção.

2. MUDANÇAS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO

A Constituição surge no curso histórico como ferramenta de supressão dos abusos de poder dos déspotas, sendo, portanto importante instrumento de convívio social na evolução da pessoa humana. Ou como aponta Eduardo Cambi (2011, p. 24): "A Constituição é um *instrumento limitativo* do poder. Ao regular a organização e o modo de exercício do poder político, serve de *limite* e de *vínculo* da maioria".

Portanto, a Constituição é inerente à sociedade moderna. Evidente que aquela não é autoevolutiva ou automutável, dependendo da atuação do legislador para programar as mudanças sociais, cuja ocorrência é de dimensões e velocidades imensuráveis. Por exemplo, o surgimento da internet, ferramenta de utilidade ímpar na evolução social em sentido amplo, na qual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não alberga norma expressa

[67] SLAIBI FILHO, Nagib. Hermenêutica Constitucional, disponível em http://elerj.files.wordpress.com/2011/08/hermenc3aautica_constitucional.pdf, acessado em 28/06/2013.

sobre essa nova dimensão social. Todavia, com métodos de adequação das relações sociais com o espírito constitucional é possível compatibilizar as novas formas de relações que vierem a surgir, por meio da Hermenêutica Constitucional.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 29) aponta um exemplo histórico de proteção da dignidade humana e a evolução em torno do tema com a clássica passagem do "Arremesso de Anão". O fato ocorreu na França, onde algumas casas noturnas da região metropolitana de Paris disponibilizavam aos seus clientes o entretenimento de arremesso de anão (*lancer de nain*), o qual era jogado, lançado como um projétil, sendo tratado como uma reles coisa. A casa noturna foi interditada por ordem do executivo local; então o estabelecimento recorreu da decisão administrativa tendo como litisconsorte o próprio anão – curioso, desse modo, o próprio anão não achar degradante sua atividade, apoiando o estabelecimento na demanda. Ao final da crise social estabelecida foi assentado que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da ordem pública, proibindo a atividade. Contudo em outro ponto semelhante, também exemplificado por Barroso[68], nos Estados Unidos atividade análoga também foi fruto de crise social, mas naquela ocasião a atividade foi permitida, porquanto o anão se declarava, antes de exercer a atividade, uma pessoa solitária e depressiva, ao passo que quando começou a trabalhar como "projétil" realçou suas condições de vínculo social e a felicidade adentrou à sua vida.

No primeiro caso – regulamentação das atividades na internet - com a clara lacuna constitucional acerca de um tema novo, mas por meio da Hermenêutica Constitucional pôde-se chegar a uma solução de acordo com o caso concreto a ser resolvido, como o aparente conflito de direitos individuais – direito à imagem expostas indevidamente e direito à informação, por exemplo. No segundo – arremesso de anão - havia uma atividade degradante para a condição humana, cuja proibição foi decretada, em contrapartida, em situação equivalente em outro continente, o fato foi tratado de modo diametralmente oposto, acabando por ser permitida.

É possível vislumbrar algumas considerações acerca dos fatos expostos. A mudança social é o vetor principal para a hermenêutica constitucional, pois o exegeta deverá utilizar-se das ferramentas interpretativas para apaziguar os ânimos sociais, apresenta-se, desse modo, uma mutação na Constituição, que pode ser dirigida em uma alteração material e formal ou simplesmente material. Aquela pautada nas normas constitucionais obsoletas e sem qualquer

[68] Notícia fornecida por Luís Roberto Barroso, em 2010, no Programa do STF intitulado "Aula Magna", disponível em http://www.youtube.com/watch?v=sFV574ddeA4, acesso em 28/06/2013.

possibilidade de utilização na moderna conjuntura social – a partir da promulgação de Emenda à Constituição - esta na hermenêutica constitucional. Outra vertente, interessante, presente na fala de Humberto Ávila[69] ressaltando que nem tudo muda; a sociedade pode ter uma alteração acentuada em torno das tecnológicas, mas em essência os valores da pessoa humana são idênticos desde Aristóteles, quais sejam esses valores imutáveis: dignidade, respeito, confiança, entre outros. Ou seja, o que é mutável é o contexto social e não os valores sociais. Essa afirmativa serve de vetor para se encontrar a real função das normas constitucionais.

Outro ponto interessante, a ser rebatido pelo plano neoconstitucional, é que em países como o Brasil, pautados inicialmente na lei como fonte principal do direito, constatando-se pelo art. 4º do Decreto-Lei nº 4.657/42, rebatizado com o nome de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[70], exaltando que na omissão da *lei* o juiz decidirá com base na analogia, nos costumes ou nos princípios gerais de direito. Da dicção legal é clara a predileção como fonte primária e principal a lei e não a Constituição. Dessa maneira, estava-se a pensar que a Constituição deveria submissão à lei, havendo claro desvirtuamento do sistema jurídico idealizado por Kelsen. Como atestou Paulo Ferreira da Cunha (2009) na seguinte passagem:

> Há autores para quem a Hermenêutica Constitucional parece ser um caso plácido e nada especial de uma clássica (melhor: tradicional e tradicionalista) interpretação jurídica geral. A plena assunção de um tal postulado levaria, logicamente, à submissão da Constituição à lei ou a outros fenómenos jurídicos sub- ou infra-constitucionais. Porquanto, sendo a Constituição a sua interpretação, ao conceber-se a interpretação constitucional como algo de inespecífico – e, assim, subordinado a um paradigma interpretativo geral do direito (parado no tempo positivista-normativista e não porejado pela própria renovação hermenêutica exigida pelos novos constitucionalistas) – é a subordinação da Constituição ao direito infra-constitucional que se está a implicar. (2009, p.3)

[69] Notícia fornecida por Humberto Ávila, em 2011, no 11º Congresso Nacional do TRT da 15ª Região, disponível em http://www.youtube.com/watch?v=NkyMlsViq28, acessado em 29/06/2013.
[70] Lei nº 12.376/2010 foi a responsável pela renomeação da antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

Essa possibilidade de submissão da Constituição à lei é superada pela temática do neoconstitucionalismo, o qual trouxe a centralidade constitucional como um de seus preceitos.

Dessa forma, ficam assentadas essas premissas acerca da Hermenêutica Constitucional e as mudanças sociais. Aquela é o estudo científico de modos ou instrumentos para se chegar a uma interpretação possível acerca das normas constitucionais; essas são as diretrizes para se alinhar a interpretação do exegeta.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO

É necessário ao mesmo tentar orientar o sentido dessa expressão para uma vertente comum, direcionada à Hermenêutica Constitucional, porque essa é derivada do movimento neoconstitucional.

Miguel Carbonell *apud* Daniel Sarmento (2012, p. 3) ressalta que a expressão "neoconstitucionalismo" não é utilizada em debates constitucionais norte-americanos tampouco em alemães, sendo um conceito formulado principalmente pela Espanha e Itália e que reverberou pela doutrina brasileira, a partir da divulgação da obra "*Neoconstitucionalismo (s)*" do jurista mexicano.

Ressaltando Daniel Sarmento (2012, p. 3 e 4) que alguns autores considerados neoconstitucionalistas jamais se definiram como tal:

> Os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiano Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único neoconstitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o

> fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.

Portanto não existe um conceito fechado e seguro a respeito do tema, apenas vetores comuns na doutrina os quais podem ser qualificados como neoconstitucionais, dentro dos vários sentidos de neoconstitucionalismo, para sairmos da obtusa alusão do termo.

Paolo Comdanducci *apud* Humberto Ávila (2009, p. 1)[71] corrobora a citação de Sarmento, dizendo que não há apenas um conceito de "neoconstitucionalismo", havendo tamanha diversidade de autores, concepções, elementos e perspectivas sobre o assunto, fazendo-se inexequível uma teoria única. Há, contudo, supostas mudanças fundamentais trazidas pelo neoconstitucionalismo para o Direito Constitucional: princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei) (ÁVILA, 2009).

Dentro da perspectiva do presente trabalho é interessante analisar algumas dessas alterações, as quais afetam diretamente a Hermenêutica Constitucional.

4. PRINCÍPIOS E REGRAS

O primeiro ponto é a aplicação mais contumaz de princípios ao invés de regras. Antes, entretanto, de veicularmos debate sobre a predileção de um sobre o outro é interessante diferenciá-los.

O cerne dos princípios são os valores alcançados pelo intérprete e as diferentes maneiras de se propiciar resultados. Os valores não devem ser tratados com uma carga de subjetividade que leve a transformá-los em inutilidades, porquanto cada valor pode ser matizado pelo operador do Direito a seu próprio critério, mas é indispensável averiguar-se os valores comuns da sociedade e torná-los parâmetros obrigatórios de comportamento, como na passagem citada de Humberto Ávila. Assim a investigação dos princípios é fundamental, a

[71] Informação obtida no artigo "Neoconstitucionalismo": entra a "ciência do Direito" e o "Direito da Ciência".

qual depreende duas perspectivas: a primeira enaltece os valores protegidos por eles, contudo sem atentar ao comportamento pertinente à realização dos valores e quais os instrumentos metódicos essências a uma fundamentação controlável à sua aplicação, privilegiando-se a importância principiológica como alicerce ou pilar do ordenamento jurídico; a segunda privilegia o exame do aparato estrutural, principalmente para se encontrar um procedimento racional de fundamentação, o qual possibilite diagnosticar as condutas necessárias à realização dos valores protegidos, além de justificar e controlar a aplicação a partir da reconstrução racional dos enunciados doutrinários e das decisões judiciais (ÁVILA, 2013, p 70 e 71).[72] Esse segundo caminho é o mais adequado para se utilizar dentro da Hermenêutica Constitucional, pois esta preza a racionalidade no método instrumental, causando, consequentemente, a segurança no uso principiológico na efetivação do Direito.

Quanto às regras seriam aquelas que possuem uma formulação hipotética, a qual, *a priori*, seria uma determinação legislativa capaz de antever uma possibilidade e um resultado, pronto e acabado para o fato previsto. Essa visão não leva muito em consideração a possibilidade de um imbróglio fático na utilização desse tipo de norma, mas esse tema foge ao presente trabalho, logo não se enveredará nele.

Em sintética passagem, Humberto Ávila apresenta as pontuais diferenças entre os princípios e as regras:

> As regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto ao modo como prescrevem o comportamento*. Enquanto *as regras são normas imediatamente descritivas*, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, *os princípios são normas imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento. (2013, p. 78)

A mera expressão "norma" já denota, assim, uma atividade cognitiva, de interpretação, de criação, portanto de interesse para a Hermenêutica. Ela advém da

[72] Informação de Humberto Ávila na obra "Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos", 14 ed.

interpretação sistemática interpretativa dos textos, sendo assim, os dispositivos são objeto da interpretação e a norma o seu resultado, mas não há correlação vinculativa entre ambos (dispositivo/texto e norma). A norma é algo maior, pois não se prende sempre ao dispositivo, este pode também não trazer norma alguma. Nas palavras de Humberto Ávila (2013, p. 34): "Significa que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma – isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro".

Feita a análise propedêutica sobre essas espécies normativas é interessante prospectar a relevância para a Hermenêutica Constitucional. A Constituição Federal de 1988 é permeada dessas espécies normativas. Nesse prisma é importante lembrar que a Constituição Brasileira não é eminentemente principiológica como a americana, sobressaem as regras de seu texto. Assim os meios ou instrumentos de interpretação da Hermenêutica devem ser utilizados, sobretudo quanto aos princípios, mas não esquecidos quanto às regras. A fatia de princípios constitucionais deve ser priorizada apenas na falta de uma regra específica para o caso concreto, seja a regra constitucional ou não. Na ótica neoconstitucional exacerbada, alguns chegam a enobrecer a necessidade uníssona dos princípios, transcendendo às regras. *Data venia*, a impressão mais equilibrada sobre o tema deve ser aquela simbiótica entre as espécies normativas, para que não seja abandonada a segurança jurídica.[73]

Uma analogia simplista pode ser empregada para denotar a simbiose normativa; imagine a construção de um muro, ele não pode ser erguido simplesmente com tijolos ou blocos sem que exista a argamassa necessária, sob pena de perecimento do trabalho. As regras seriam os tijolos ou blocos, dão a segurança e tamanho necessários para se erguer o muro, mas dependem da argamassa, representando os princípios, e esta não conseguiria alcançar o resultado sem aquela.

Com isso é interessante não simplesmente abandonar a subsunção e utilizar a ponderação. Aquela primordialmente relacionada com as regras, cujo comportamento é determinado para se chegar a um resultado, enquanto esta é sujeita aos princípios, quando estes estiverem em rota de colisão. São as técnicas para uso do Direito, ferramentas importantes cada uma de seu modo, e não devem ser entendidas como exclusivas de cada espécie normativa.[74] A diferença substancial entre elas estaria na utilização concreta, isto é, a ponderação depende do caso concreto, enquanto a subsunção já teria um caráter pronto para

[73] A posição adotada é a mesma de Humberto Ávila e Daniel Sarmento nos artigos sobre o neoconstitucionalismo citados nas referências deste artigo.
[74] Barroso *apud* Pedro Lenza faz essa ressalva na obra "Direito Constitucional Esquematizado", 17 ed. São Paulo: Saraiva, p. 152.

ser usufruído sem a necessidade do caso concreto, mas na realidade o caso pode se mostrar mais complexo do que a simples perspectiva pensada pelo legislador.

5. PODER JUDICIÁRIO COMO PROTAGONISTA

O Poder Judiciário ganha grande respaldo na atuação neoconstitucional, pois é quem detém a função de interpretar a norma jurídica posta em discussão, em última análise. Sua atuação é determinada constitucionalmente, estabelecendo que o Poder Judiciário atuará quando houver lesão ou ameaça a direito, como mostra a redação do inciso XXXV, art. 5º da Constituição – "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*" –, existe então permissão constitucional para agir quando direitos não estiverem sendo atendidos, obviamente respeitando o princípio da inércia. Outro dispositivo que traz um dever de atuação do Judiciário é o art. 126 do CPC - "*O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*".

Desse modo o juiz tem o dever legal de buscar a solução das crises a ele apresentadas. O que o neoconstitucionalismo vem pregando é a extrema preponderância dos princípios para a resolução dos conflitos, demandando certamente mais energia do julgador para poder alcançar as determinações razoáveis contidas neles, contudo não é a melhor escolha simplesmente abandonar as regras e trabalhar somente com os princípios, como mencionado anteriormente.

O protagonismo do Judiciário é relevante quando as causas levadas a ele não puderem ser resolvidas por ser a norma constitucional insuficiente para o caso concreto, principalmente quando se estiver diante da atuação de alguma norma constitucional de eficácia limitada[75]. Pois bem, antevendo a inércia do legislador ordinário para essas normas o constituinte originário na Constituição de 1988 foi implementou um remédio constitucional denominado Mandado de Injunção, previsto no inciso LXXI, do art. 5º - "*conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania"* – servindo, outrossim, como base para uma

[75] A clássica classificação das normas constitucionais foi mais bem estruturada por José Afonso da Silva em sua obra "Aplicabilidade das normas constitucionais".

atuação do Judiciário no caso concreto onde houver omissão legislativa a respeito. Caso emblemático foi a aplicação da Lei Geral de Greve aos servidores públicos, segundo a notícia publicada em 25 de outubro de 2007, no site do STF:

> O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu hoje (25), por unanimidade, declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89). (...).
>
> A decisão foi tomada no julgamento dos Mandados de Injunção (MIs) 670, 708 e 712, ajuizados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep). Os sindicatos buscavam assegurar o direito de greve para seus filiados e reclamavam da omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar a matéria, conforme determina o artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal.[76]

É a mais clara atuação para efetivar um direito assegurado aos servidores públicos desde a promulgação da Constituição em 1988, o Judiciário diante de uma situação insustentável tenta balizar a utilização da norma constitucional limitada utilizando-se de uma lei infraconstitucional como parâmetro. *Data venia*, a decisão tomada pelo Supremo parece afrontar a lógica do ordenamento jurídico, porquanto a norma constitucional perder o seu valor diante da letargia legislativa, tornando mais importante, de certo modo, a legislação infraconstitucional. O texto do art. 37 diz que deverá haver uma lei específica para o exercício do direito de greve, mas é tomada a decisão de usar uma lei genérica, cuja finalidade não se encaixa na pretensão da greve do servidor público, o que não solucionou a crise, mas abriu novos debates para tentar encaixar a lei genética à greve do servidor público. A melhor decisão deveria oficiar ao Congresso Nacional para que produzir a lei específica, mas isso poderia também afrontar a Constituição.

[76] Notícia disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=75355, acesso em 12/07/2013.

Desse modo, é evidente ser indispensável a solução dos conflitos, mas não exacerbando falaciosamente um dos Poderes em detrimento dos outros. Antes de tudo, deve-se ser mantido o respeito ao princípio estrutural da repartição dos poderes, consagrado no art. 2º da Constituição Federal de 1988.

6. CONSTITUIÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO À LEI

Nesse ponto do programa neoconstitucional ocorre mais uma vez a elevação absoluta da Constituição em relação aos demais diplomas infraconstitucionais. Mais uma vez há o risco de submeter todo o sistema normativo sem critérios ao comando absoluto da Constituição, o que poderia causar a extinção de todos os ramos do Direito além do Direito Constitucional. Buscar a argumentação de ser a Constituição o fundamento máximo de validade para as demais normas jurídicas é racional, enquanto menosprezar todas as leis para a aplicação somente da Constituição é, *data venia*, apreciar uma espécie de autoritarismo desnecessário e retrógrado para os nossos tempos.

A Constituição sempre terá sua importância, mas acreditar ser ela autossuficiente para domar as relações sociais e resolver todas as crises da sociedade é utopia e, até mesmo, foco para desvirtuar-se o controle do bem comum e da paz social.

Deve-se ter a Constituição como instrumento social imprescindível, entretanto dentro da atuação prevista nela mesma, usando seus fundamentos e normas jurídicas por meio da Hermenêutica Constitucional, não ressaltando a qualidade do diploma legal sobre todos os outros existentes sem qualquer tipo de critério e lógica.

O ordenamento jurídico é um sistema arquitetado com lógica de utilização de todas as espécies normativas, sobre o qual recai a Hermenêutica Jurídica como ciência específica para não inverter a lógica aos prazeres do aplicador do Direito.

7. ELEMENTOS DE INTERPRETAÇÃO - SAVIGNY

Para a clássica interpretação do alemão Savigny há elementos que servem de base para se chegar ao sentido atribuído à norma jurídica, que também pode ser usada dentro da Hermenêutica Constitucional, logicamente dentro das peculiaridades do texto maior, ou seja, a supremacia das normas constitucionais em relação às demais normas infraconstitucionais.

Lenio Luis Streck *apud* Paulo Ferreira da Cunha (2009) traz interessante passagem a respeito do tema:

> (...) o pensamento jurídico dominante continua acreditando que o jurista primeiro conhece (*subtilias inteligendi*), depois interpreta (subtilitas explicandi), para só então aplicar (*subtilitas applicandi*); ou, de forma mais simplista, os juristas – inseridos nesse imaginário engendrado pela dogmática jurídica de cariz positivista-formalista – ainda acreditam que interpretar é desvendar o sentido unívoco da norma (*sic*), ou, que interpretar é descobrir o sentido e o alcance da norma, sendo tarefa precípua do intérprete procurar a significação correcta dos conceitos jurídicos (*sic*), ou que interpretar é buscar "o verdadeiro sentido da norma", ou ainda, que interpretar é retirar da norma tudo que nela ((se)) contém (*sic*) tudo baseado na firme crença de que os métodos de interpretação são "um caminho seguro para alcançar os correctos sentidos", e que os critérios usuais de interpretação constitucional equivalem aos métodos processos clássicos, destacando-se, dentre eles, o gramatical, o lógico, o teleológico objetivo, o sistemático eo histórico (*sic*); *finalmente, para a total desespero dos que, como eu, são adeptos da hermenêutica filosófica, credita-se ainda que é possível descobrir a vontade da norma (o que isto significa ninguém sabe explicar) e que o legislador possui um espírito (sic)!* (2009, p. 2 e 3) [77]

O autor atenta para a diferença quanto à interpretação da Constituição, pois é dotada de normas *sui generis*, com soberania sobre as demais leis do ordenamento jurídico, ressaltando alguma das formas de interpretação clássica ou de Savigny, as quais passam a ser elencadas sucintamente.

8. INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL OU LITERAL

É a forma mais primária de interpretar uma norma, levando-se em consideração o sentido das palavras, a semântica.

Há notória relevância semântica das palavras empregadas pelo legislador na elaboração dos textos normativos, todavia ele é um ser humano passível de equívocos no uso

[77] Texto de acordo com o original.

das palavras, portanto a simples subsunção acaba trazendo teratológicas apreciações do sentido da lei ou pela própria polissemia das palavras empregadas. Dessarte, há inúmeras vezes a necessidade de adequar o sentido do texto produzido à realidade social, às intenções preponderantes na época de sua aplicação.

Exemplo exposto sobre o perigo do uso literal do texto está assentado nas palavras do Ministro Luiz Gallotti do STF:

> De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Clélia, na Chartreuse de Parme, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso.[78]

Desse modo fixar-se-á o entendimento de que é necessária a utilização de todas as formas de interpretação e conjugá-las com a nova sistemática neoconstitucional, trazendo uma evolução mais acertada à visão social do momento.

9. INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA

Essa linha de interpretação busca a genealogia da lei, ou seja, a vontade do legislador quando a criou. Existe uma remissão à descoberta da situação, da posição, da relação jurídica no momento da promulgação da lei (CUNHA, 2009).

O interessante desse método de interpretação é a razão pela qual foi criada a lei, demonstrando a sociedade da época. Sendo assim, é uma referência interessante de como eram os costumes sociais em relação à lei. Exemplos interessantes podem ser encontrados na tipificação de crimes já extintos no Código Penal, como o crime de "Posse sexual mediante fraude" - Art. 215 – "*Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude*" – o crime empregava a expressão "mulher honesta". Provavelmente na época o aplicador da lei tinha um conceito socialmente aceito da expressão, o que acabou, nos tempos modernos, por ser abandonado, devido à dificuldade e vagueza da expressão ou quiçá ao legislador entender que não se deve mais proteger as mulheres nas práticas sexuais quando forem enganadas, ou ainda

[78] Texto de Luís Roberto Barroso no artigo "Constituição, Comunicação Social e as Novas Plataformas Tecnológicas", disponível em http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf, acesso em 01/07/2013.

por não haver mais a necessidade de proteção por ter a mulher saído dessa situação de hipossuficiência. Para Hungria *apud* Marcus Vinícius Amorim de Oliveira (2007), mulher honesta é "não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes" (in Comentários ao Código Penal, v.8, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.139).[79]

Com isso a interpretação histórica é uma referência no mínimo interessante a respeito da utilização legislativa, mas não deve ser utilizada isoladamente.

10. INTERPRETAÇÃO LÓGICA

São máximas fruto da concatenação e estruturação do pensamento, relacionando logicamente as partes da norma jurídica (CUNHA. 2009, p. 12). Uma demonstração dessa interpretação pode ser vista na subsunção – feita por um processo de silogismo, premissa maior (norma jurídica) e premissa menor (caso concreto) – cuja fonte está numa regra legal; na realidade fática ocorrendo um ato previsto na lei o seu resultado já estará previsto.

Estabelecendo um contraponto a esse tipo de interpretação, e exigindo o caso concreto para se aplicar efetivamente a lei, estão as chamadas *cláusulas gerais*. Fredie Didier Jr. (2011) as conceitua da seguinte maneira:

> *Cláusula geral* é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura normativa.

São normas que não se enquadram no conceito de regras, nem tampouco no de princípios, como já conceituados neste artigo, mas podem determinar algum deles. Exemplo evidente de cláusula geral é a cláusula geral da boa-fé objetiva – presente implicitamente na Constituição Federal e expressamente no Código Civil nos arts. 113, 187 e 422. Ela prevê a conduta de forma a demonstrar a boa-fé, diferente da boa-fé subjetiva que está no subconsciente do indivíduo que pratica a ação, muito difícil de se comprovar.

---

[79] Conceito retirado do artigo de Marcus Vinícius Amorim de Oliveira. "O conceito de mulher honesta e a honestidade do sistema punitivo", disponível em http://jus.com.br/revista/texto/9672/o-conceito-de-mulher-honesta-e-a-honestidade-do-sistema-punitivo, acesso em 15/07/2013

Segundo Judith Martins-Costa (1998, p. 6) o sistema de cláusulas gerais são como janelas, para a mobilidade da vida, pontes, que ligam a outros corpos normativos, e avenidas, as quais veiculam dialeticamente aos princípios e às regras constitucionais.

Logo a interpretação lógica no caso de cláusulas gerais terá que buscar amparo no caso concreto para se medir a sistemática adequada para o caso, não se cingindo apenas a estrutura normativa.

CONCLUSÃO

Dessa singela apresentação sobre temas tão complexos e relevantes na órbita do Direito Constitucional procurou-se com a máxima objetividade tratar de assuntos da atualidade no Direito Constitucional brasileiro.

A Hermenêutica Constitucional é uma ciência que tenta ampar os operadores do Direito em uma direção mais segura, sempre tendo em vista a necessidade de coadunar o ordenamento jurídico com a Constituição Federal, não se esquecendo sempre das necessidades sociais constantes, como a moralidade, a justiça, a segurança, a boa-fé, entre outros valores da humanidade conquistados ou desejados, o bem comum.

Do outro lado temos o movimento novo no Direito Constitucional, mais difundido como Neoconstitucionalismo, tentando trazer a Constituição como ferramenta constante nas medidas judiciais e, porque não, sociais. Apesar dos exageros parece estar despontando uma sequência mais racional nessa nova visão do Direito, pois não é um movimento que se restringe ao Direito Constitucional, mas ao Direito como ciência, devido a subordinação dos ramos do Direito ao contexto constitucional. Inúmeras ferramentas estão aflorando nessa nova visão do Direito Constitucional, ajudando na evolução para a aplicação mais acertada do Direito às necessidades sociais. Apesar de os contrapontos críticos e as virtudes exageradas, aponta no horizonte social essa fase de afirmação - já mais evidente no Direito Processual Civil, como indica o Projeto do CPC - diferente do movimento do constitucionalismo, cuja relevância se fixou no tempo, mas com importância equivalente por ultrapassar as fronteiras já alcançadas. Agora a esperança é de novamente aprofundarmos nas indispensáveis e consagrados valores do ser humano.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. ***"Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência do Direito" e o "Direito da Ciência"***. Disponível em http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf, acessado em 07/05/2013.

_____. Notícia fornecida em 2011 no 11º Congresso Nacional do TRT da 15ª Região, disponível em http://www.youtube.com/watch?v=NkyMlsViq28, acessado em 29/06/2013.

BARROSO, L. R.. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional. Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mineografado, dezembro de 2010. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf, acessado em 01/07/2013.

_____. **Constituição, Comunicação Social e as Novas Plataformas Tecnológicas**, disponível em http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-12-NOVEMBRO-2007-LUIS%20ROBERTO%20BARROSO.pdf, acesso em 01/07/2013.

_____. Notícia fornecida em 2010 no Programa do STF intitulado "Aula Magna", disponível em http://www.youtube.com/watch?v=sFV574ddeA4, acesso em 28/06/2013.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CUNHA, P. F. da. **Hermenêutica Constitucional entre Savigny e o Neoconstitucionalismo**. Disponível em http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1054&context=pfc, acessado em 28/06/2013.

DIDIER JR., F.. **Cláusulas gerais processuais**, disponível em http://www.frediedidier.com.br/pdf/clausulas-gerais-processuais.pdf, acesso em 11/05/2013.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**, 17 ed. São Paulo: Saraiva.

MARTINS-COSTA, J. **O Direito Privado como um "sistema em construção" – As cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro**. Disponível em http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/martins1.htm, acesso em 15/07/2013.

OLIVEIRA, M. V. A. de. **O conceito de mulher honesta e a honestidade do sistema punitivo**, disponível em http://jus.com.br/revista/texto/9672/o-conceito-de-mulher-honesta-e-a-honestidade-do-sistema-punitivo, acesso em 15/07/2013.

SARMENTO, D. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades**. Disponível em http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf, acessado em 10/05/2013.

SLAIBI FILHO, N. **Hermenêutica Constitucional**, disponível em http://elerj.files.wordpress.com/2011/08/hermenc3aautica_constitucional.pdf, acessado em 28/06/2013.

CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO GLOBAL: A NOVA INTERPRETAÇÃO DO DOGMA DA SOBERANIA NO CONTEXTO DA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL

Mário Lúcio Garcez CALIL[80]

Jamile Gonçalves CALISSI[81]

RESUMO

A soberania nacional é um dos principais paradigmas do direito moderno, que remonta a séculos. Ocorre que esse paradigma vem sendo gradativamente modificado e tende a ser relativizado, influenciado pelo modelo comunitário internacional e pelo fenômeno da globalização. A partir desses fenômenos, o direito deve se adaptar a esse novo quadro de um "constitucionalismo global", especialmente no que se refere à flexibilização da soberania, com base na integração internacional, na formação de blocos econômicos. Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho estudar a "flexibilização" da soberania estatal no contexto da integração comunitárias internacional, o que será feito por intermédio de pesquisa bibliográfica nos referenciais teóricos aplicáveis, aplicando-se, na escrita, o método dedutivo. O estudo se justifica, tendo em conta o atual quadro da globalização econômica, que veda o isolamento dos Estados nacionais, assim como o fato de que se faz necessário trabalhar o fenômeno da soberania no contexto da integração supranacional. Concluiu-se, ao final, que o fenômeno da relativização da soberania é algo necessário e juridicamente possível, desde que se dê no contexto de um procedimento voluntário e democrático, seguidas as fases da integração internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Soberania Nacional. Constitucionalismo Global. Globalização. Integração Internacional.

ABSTRACT

[80] Doutorando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino.
[81] Doutoranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino

National sovereignty is one of the main paradigms of modern law, going back centuries. It happens that this paradigm has been gradually modified and tends to be relativized, influenced by the international community model and the phenomenon of globalization. From these phenomena, the law must adapt to this new framework a "global constitutionalism", especially with regard to the relaxation of sovereignty, based on international integration, the formation of economic blocs. Accordingly, the aim of this work was to study the "flexibility" of state sovereignty in the context of integrating international community, which will be done through literature in the theoretical apply, applying, in writing, the deductive method. The study is justified, taking into account the current context of economic globalization, which prohibits the isolation of national states, as well as the fact that it is necessary to work the phenomenon of sovereignty in the context of supranational integration. It was concluded in the end that the phenomenon of relativization of sovereignty is a necessary and legally possible, since it will be seen in the context of a voluntary and democratic procedure followed the phases of international integration.

KEYWORDS: National Sovereignty. Global Constitutionalism. Globalization. International Integration.

INTRODUÇÃO

Um dos principais paradigmas do direito moderno que, aliás, remonta a séculos, é a chamada “soberania nacional”, que representa a supremacia do Estado-nação na ordem interna e a sua absoluta independência em suas relações internacionais. Durante vários séculos, referido paradigma foi considerado absoluto.

Até Hans Kelsen, com a tese de ilusão da soberania, o fenômeno passou por variações conceituais e apresenta na atualidade uma tendência ao fenecimento de sua gênese, passando por transformações que poderão culminar em alterações e redefinições da própria sociedade.

Essa questão é resultado direto do pensamento internacional contemporâneo, que tenta compreender o Estado de um modo diferente da formatação original, influenciado, primeiramente, pelo surgimento do modelo comunitário de organização social, com origem em um processo integracional, sobretudo econômico, eclodindo nas questões jurídicas.

Insere-se o assunto na seara da democracia, que hoje se utiliza de um discurso político interno e internacional para justificar-se e pressupõe repensar o princípio da autodeterminação para adequar a legitimação da autoridade e da soberania política por meio de suportes sociais e políticos em outros níveis, supranacionais e subnacionais.

Além disso, o direito das gentes e os direitos humanos, já observados com os olhos do movimento internacional que pressiona os Estados-nações, deverão fornecer um enquadramento razoável para o chamado "constitucionalismo global", como forma de validação das constituições nacionais perante o direito internacional.

Nesse diapasão, o objetivo do presente trabalho é estudar a "flexibilização" da soberania estatal no contexto da integração comunitárias internacional, o que será feito por intermédio de pesquisa bibliográfica nos referenciais teóricos aplicáveis, aplicando-se, na escrita, o método dedutivo.

Este trabalho se justifica, tendo em vista o atual contexto de globalização, a impedir o isolamento econômico e, consequentemente, jurídico dos Estados nacionais, bem como a necessidade de se estudar o fenômeno da soberania no presente quadro de integração internacional.

1. O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO

A soberania é uma racionalização jurídica do poder e, junto ao povo, território e governo é um elemento fundamental do conceito de Estado. Sua definição clássica aborda dois aspectos: internamente, é o poder de auto-organização do Estado e externamente, a independência e igualdade frente aos outros Estados nacionais.[82]

No âmbito dessa racionalização jurídica do poder, o Estado moderno soberano constituiu-se instrumento de legitimação da força coercitiva ao transformar o poder de fato em poder de direito, por intermédio de festejados teóricos como Maquiavel, passando por Jean Bodin, Thomas Hobbes, John Lock e Jean Jacques Rosseau.

Esse entendimento de que a soberania aborda dois aspectos, o interno e o externo, remonta a Hugo Grocio quando da sua concepção de direito natural. Antes, porém, teólogos

[82] LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Ciência Política, Estado e Direito Público*. Uma introdução ao Direito Público da Contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 74.

espanhóis do século XVI (Francisco de Vitória, Gabriel Vasquez de Menchaca, Balthazar de Ayala e Francisco Suarez) já antecipavam a reflexão do tema[83].

Desde os primórdios, as palavras "ordem" e "organização" são importantes. Se hoje é possível que parte do mundo seja composta de sociedades desenvolvidas regidas por conjuntos de normas próprias, é porque os ancestrais se preocuparam com sobredita ordem e, em uma clara manifestação de refinada sabedoria, perceberam o poder que dela emana.[84]

Diferentemente do mundo bipolar vivido até o final da década de 80, onde o planeta era dividido ideologicamente entre os capitalistas, tendo como força motora os Estados Unidos, e os socialistas, representados pela então União Soviética, muitos países implementaram a convivência "cooperativa", o que culminou na formação de blocos onde a ideologia cedeu espaço para outras questões, principalmente práticas e econômicas.

O aspecto da quebra de ideologias, no entanto, não pode ser justificado unicamente por questões político-ideológicas, pois vem acompanhado de toda uma cadeia de desenvolvimentos que o mundo experimentou, quer seja economicamente, quer seja culturalmente, quer seja juridicamente, e este último como consequência imediata dos outros.

O fenômeno da globalização, recente para os leigos, mas antigo para os mais observadores, é de reconhecida importância como agente modificador do mundo e gerador da chamada cooperação transnacional. E, sendo a globalização redefinidora de conceitos, será também causa direta das modificações jurídicas contemporâneas.

Embora a mudança de ideologia ocorrida no final do ano de 1989 possa parecer a única ensejadora dos atuais conceitos, a globalização é o pano de fundo dessa transição e, para muitos, a propulsora de todos os acontecimentos das últimas décadas, somada à redefinição dos direitos fundamentais iniciada após o fenecimento da sociedade no pós-guerra.

A globalização é conceituada básica e unitariamente como um "[...] fenômeno cultural de convergência de pensamento em escala mundial".[85] Esse conceito, no entanto, não

---

[83] FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno.* São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5.

[84] Defendia, Montesquieu, a existência da Leis Naturais, invariáveis e anteriores à todas as leis, quer às ligadas ao sentimento, quer às ligadas ao conhecimento (positivadas), pois decorrem unicamente da constituição de nosso ser. É a lei considerada basicamente no homem antes da sociedade (homem em estado natural). São quatro as Leis Naturais de Montesquieu: a que leva à ideia de um criador e, por temor, portanto, ninguém procuraria atacar; a que determinava a busca por alimentos; outra que demostrava a necessidade natural de existência mútua de homem e mulher; e por fim a do desejo de viverem em sociedade. (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *Do Espírito das Leis*. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 37).

[85] MENDES, Márcio Costa. O Direito Globalitário: o novo céu que nos protege? *Jornal Síntese*. n 11, Janeiro, 1998, p. 09.

é suficiente para designar as reais consequências do fenômeno. A globalização tem três aspectos enfáticos: aspecto material, aspecto espaço-temporal e aspecto cognitivo.[86]

Do aspecto material, resulta a identificação, por exemplo, dos fluxos de comércio, capital e pessoas em todo o globo. Esses fluxos são facilitados por diferentes tipos de infra-estrutura, tais como, física (transportes ou sistemas bancários) ou simbólica (inglês usado como língua franca). Tudo isso gerando uma interligação mundial.

O aspecto cognitivo diz respeito à conscientização popular do modo como acontecimentos distantes podem afetar destinos locais (e vice-versa), bem como as percepções públicas da redução do tempo e do espaço geográfico. O aspecto espaço-temporal diz respeito à mudança na escala da organização social que liga comunidades distantes e amplia o alcance das relações de poder nas grandes regiões e continentes do mundo.

Desse conjunto de conceituações, podemos extrair alguns pontos gerados pelo fenômeno: ação à distância, compressão espaço-temporal, interdependência acelerada, mundo em processo de encolhimento, integração global, reordenação das relações de poder inter-regionais, consciência da situação global e intensificação da interligação inter-regional.[87]

Embora tida como fenômeno recente, tem raízes históricas antigas de difícil determinação. Ainda assim, teorias existem para tentar explicar o início de tudo, explicando o surgimento da globalização no pós-guerra, quando todos os países atingidos pelos conflitos tiveram que se reorganizar economicamente para vencer a grande recessão que estava por vir.

Em um segundo momento, com os mercados ainda sob intervenção estatal, as crises do petróleo nos anos de 1973 e 1979 provocaram uma quebra estrutural do sistema financeiro que alterou profundamente todo o comércio internacional e o modelo econômico do pós-guerra, que já não foi mais suficiente para frear a recessão.

Com a recessão, ocorreu a revolução tecnológica, como forma de redução dos impactos que a crise pudesse causar. É o momento em que as grandes empresas e corporações, escondidas nos escombros de cada Estado interventor, entraram em cena, passando a redimensionar a questão da soberania estatal.

O mundo começou a ficar mais próximo, em parte pela velocidade e eficiência do processamento de novas informações. Esta hegemonia de conceitos deu início ao chamado

[86] HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e Contras da Globalização.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 11-17.
[87] HELD; MCGREW, id. ibid. p. 17.

"*pensamento único*", onde o domínio cultural norte-americano passou a imperar enfaticamente.[88]

Ocorre que são muitos os fatores que, no Século XX, desencadearam a globalização e justificaram o desenvolvimento e o domínio das grandes corporações transnacionais, especialmente no que se refere à criação de organismos internacionais. Nesse sentido a exposição das seguintes ideias:

> Nosso Século XX, junto às relações internacionais, apresenta marcas de profundo relevo e preocupantes indagações. Entre tantas, com destaque às Guerras Mundiais, o cenário bipolar da Guerra Fria, o surgimento dos diversificados organismos internacionais e organismos não-governamentais, a crise do petróleo, a queda do Muro de Berlim, o colapso do socialismo e a divisão da União Soviética, o avanço sem limites do capitalismo, o enfraquecimento do Estado-nação soberano, a revolução tecnológica, o desenvolvimento de uma rede de comunicação instantânea atingindo todo planeta. Enfim, uma transformação radical, onde a reprodução ampliada do capital em escala global, a maximização da produtividade e de seu lucro, a nova divisão internacional do trabalho e a total mudança nos fluxos comerciais internos e externos, os quais passaram a operar em nível mundial e a exigir uma nova dinâmica de regulação financeira, originaram, na arena das corporações transnacionais, uma acirrada disputa do controle dos principais mercados do mundo.[89]

A nova ordem mundial não parou de se redefinir e readaptar. O final da década de 1990 culminou no terceiro momento da globalização. Disso decorreu a nova interdependência

---

[88] A respeito observa MENDES, id. ibid: "A chamada estratégia do "pensamento único" incluiria a homogeneização comportamental da sociedade à moda americana, ou como dizem alguns, a americanização do mundo. Decerto, o incremento da tecnologia da comunicação privilegia a assimilação de determinados hábitos de convívio e de consumo. Estes fluxos constantes que assaltam as casas por todo o mundo, trazendo sonhos globais de consumo e de comportamento, não devem, no entanto, serem encarados, como querem alguns, como a "ocidentalização" do mundo, "americanização" da sociedade, "coca-colonização" ou "mcdonalización"da cultura: é uma grande depreciação da cultura ocidental reduzi-la a produtos manufaturados, fast-foods ou bebidas refrigerantes. A essência da cultura ocidental, lembra Huntington, "is the Magna Carta, not the Magna Mac", bem como é fato que um russo não pensará como um americano por beber coca-cola, como também comer sushi não faz um americano pensar como um japonês."

[89] OLIVEIRA, Odete Maria. Integração: um desafio à globalização. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*. 1998, v. 1, p. 129.

que hoje se define por meio da regionalização mundial. Essa intensificação se deu, principalmente, pela da transição do modelo fordista de economia para o modelo toyotista.

O modelo fordista é caracterizado pela produção feita em grande escala, utilizando-se de mão-de-obra pouco qualificada e caracterizando-se pela produção vertical e horizontal, com interdependência das empresas oligopólicas. Essa situação, no entanto, se modificou no pós-guerra.

Com o investimento dos japoneses na qualificação da mão-de-obra e nas pequenas e médias empresas subcontratistas, a produção especializou-se, desenvolvendo o fenômeno da entrega imediata do produto (*just in time*), impulsionando as tendências à internacionalização produtiva e, encaixando-se perfeitamente o novo modelo toyotista ao mundo globalizado.[90]

Nesse diapasão, é conveniente a referência ao fato de que o termo "globalização" tem sua origem em "globo", do latim *globu*, e passou a designar um novo fenômeno que consiste na maior integração entre os mercados produtores e consumidores de diversos países.[91]

Surgiu no começo dos anos 1980, nas escolas americanas de administração de empresas. Hoje é utilizado para expressar as tendências presentes na economia internacional a partir da década de 1970, envolvendo as políticas dos Estados nacionais e dos organismos supranacionais como as estratégias de lucros articuladas por empresas transnacionais.[92]

Como as exportações se tornaram indispensáveis ao crescimento comercial, e a manutenção desse mesmo mercado gerou uma guerra global entre os oligopólios transnacionais, os países que se dividiam entre as duas ideologias do capitalismo e socialismo, passaram a integrar-se em blocos econômicos.

Esse fenômeno foi intensificado nas décadas de 80 e 90, com a União Europeia, o NAFTA, os *Tigres Asiáticos*, o MERCOSUL: "[...] direcionando-se, num segundo momento, no ingresso do mercado mundial minado pela concorrência e desafios das corporações transnacionais, sob as articulações e mecanismos do fenômeno da globalização".[93]

O direito deve estar em movimento para procurar adequar-se à ordem social vigente. Se antes os povos mais desenvolvidos se jogavam ao mar em direção ao desconhecido, é certo

[90] MARX, Vanessa. Investimento direto estrangeiro na Argentina e no Brasil. *Estudos da Integração*. v. 13, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Ediçoes Técnicas, 1997, p. 14.
[91] OLIVEIRA, loc. cit.
[92] Existem estudos que remetem a origem do movimento à época clássica romana.
[93] OLIVEIRA, id. ibid.

que hoje os interesses são outros, e nada mais lógico também os conceitos se modificarem para atenderem a esses novos interesses.

Desse o modo, o direito, no estágio atual, vem sofrendo modificações constantes e radicais, bem como vem incorporando novos conceitos, voltando-se a acompanhar a velocidade dos acontecimentos que a chamada "globalização", entre outros fatores, empregou no mundo.

2. O DIREITO COMUNITÁRIO NA RELATIVIZAÇÃO DA SOBERANIA NACIONAL

Nessa linha de pensamento, o direito em geral tem observado um fenômeno de proporções imensas, o chamado fenômeno da "*flexibilização da soberania nacional*" que, ao contrário do que se pode pensar, não é um conjunto de acontecimentos que visam, em prol da coletividade mundial, agredir inconsequentemente a soberania de cada Estado.

Ao contrário, os objetivos são outros, mas para que façam parte do dia-a-dia, é preciso que haja essa flexibilização da soberania dos países participantes e, após essa adaptação, os Estados signatários de tais objetivos possam adequar-se aos interesses que se apresentam e fazem funcionar esses novos conceitos, incluindo-se na história do século XXI.

É o limiar não apenas de novas maneiras de se observar a atualidade, mas também de novas formas de agir em sociedade. A partir de agora, uma sociedade "global", não mais simplesmente "tribal". Trata-se de compreender a atualidade sob a ótica de um novo direito, chamado "comunitário".

Embora seja novo, é um ramo autônomo, pois tem objeto (antes normas supranacionais, hoje normas transnacionais), institutos (reenvio prejudicial, recursos de anulação dos atos jurídicos emanados dos órgãos comunitários, processo por descumprimento dos tratados por parte dos Estados-membros, etc.).

Tem métodos (instrumentos gnoseológicos e hermenêuticos especiais, sem prescindir daqueles do Direito Interno e do Direito Internacional, privilegiando a interpretação

teleológica ou finalista) e princípios informativos (princípio da paz, da unidade, da igualdade, da liberdade, da solidariedade, da segurança, do respeito aos direitos fundamentais etc.).[94]

A questão do direito comunitário é antiga, e o mundo há muito vem se organizando nesse sentido. O grande impulso para a exteriorização real desses conceitos, por meio dos Blocos Econômicos, no entanto, só ocorreu após o término oficial do comunismo, quando os conceitos ideológicos começaram a mudar.

Se antes a única preocupação era a guerra entre Estados Unidos e União Soviética, após a queda do muro de Berlim essa preocupação praticamente desapareceu, cedendo espaço para novas questões. Manifestar vontade de formar blocos regionalizados e posterior cooperação entre países não diz respeito somente às questões econômicas.

O processo de integração exige compreensão multidisciplinar. Estão agregados conceitos de economia, finanças, direito comercial, direito internacional público e privado, tudo isso culminando com um possível direito comunitário[95], e a partir disso, a soberania passa a ter uma nova conotação.

Os tratados internacionais, que constituem e formalizam a cooperação entre países, visando a adoção do direito comunitário, regem-se por princípios próprios, que os direcionam e que são base para esse novo sistema, e se encontram além dos chamados Princípios Gerais de Direito.

O Direito Comunitário tem dois conjuntos de princípios: 1) solidariedade, liberdade, igualdade e unidade jurídica; 2) autonomia da ordem jurídica comunitária, cooperação entre o Direito Comunitário e o Interno, aplicabilidade direta do Direito Comunitário, supremacia do Direito Comunitário sobre o Direito Interno que lhe é contrário.[96]

A essência do direito comunitário é a liberdade para se impor diante dos países participantes, promovendo uma redefinição no conceito de soberania e, por vezes,

---

[94] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Direito Comunitário e Soberania: algumas reflexões. In: _____. (Org.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional:* o papel do Juiz no Processo de Integração Regional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 184-185.

[95] SANTOS, Nildo Nery. Direito Comunitário: 45 anos. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. (Org.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional.* O papel do Juiz no Processo de Integração Regional, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 96.

[96] SABBATO, Luiz Roberto. O Direito Comunitário. Noções Introdutórias, Conceituação, Definição e Fontes: Direito Originário, Direito Derivado, Direito Complementar e Jurisprudência. Conclusões a respeito da Realidade Jurídica Globalizada, sob a égide deste novo Ramo do Direito. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. (Org.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional.* O papel do Juiz no processo de Integração Regional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 160.

relativizando-a. Nos momentos em que o Direito Interno se choca o Direito Comunitário, este deverá prevalecer sobre aquele, posto que faz parte de sua atuação o efeito impositivo.

A soberania é composta de seis atributos clássicos: dar leis a todos e a cada um em particular; declarar a guerra e negociar a paz; nomear os principais magistrados e funcionários; decidir em última instância e conceder a graça aos condenados; cunhar moedas e estabelecer pesos e medidas; gravar os súditos com impostos e contribuições.[97]

No limiar da ideia de comunidade, a soberania passa a ser a protagonista, porque parece inevitável nessa nova arquitetura jurídico-social a "flexibilização" dos poderes soberanos de cada Estado, caracterizando uma real adaptação para os novos padrões. E "flexibilização" não significa "extinção" do conceito.

Ao contrário, os aspectos primordiais da soberania continuam a existir, dentro de uma nova perspectiva, onde cada país revê sua atuação internacional, procurando adaptar-se à nova estrutura, participando como membro soberano sob a égide de "outra" soberania, comum a todos os signatários. Esta é a intenção de um novo conceito.

No entanto, a aplicação não se apresenta tão simples. Atualmente, as Constituições Nacionais ainda são superiores à vontade comunitária, mas a tendência é a de que as vontades individuais de cada Estado-membro adaptem-se à vontade geral, havendo uma flexibilização de cada soberania e, se for o caso, permitindo que se faça a revisão constitucional.[98]

Ou seja, "[...] os Estados-membros comprometeram-se a revisar suas Constituições sempre que esse procedimento fosse indispensável ao ingresso do Direito comunitário como Direito interno".[99] Na União Européia, os países membros ainda lutam com a questão da soberania, mas a tendência é que comece a haver a referida revisão constitucional.

Essa flexibilização conjunta tende a gerar uma soberania única pertencente à comunidade, permitindo que a nova formação adquira, com o tempo, personalidade jurídica própria, ganhando, assim, o primordial status de supranacionalidade, este entendido como poder que pertence a um organismo colocado acima do governo de cada nação.

No entanto, apesar de todos os esforços demandados em nome dos avanços apresentados, há, ainda, os que defendam que o Direito comunitário não é direito

[97] LEWANDOWSKI, op. cit. p. 181, a partir de Jean Bodin.
[98] BASTOS; TAVARES, op. cit. p. 36.
[99] BASTOS e TAVARES, Id. ibid. p. 36.

supranacional, pois não possui a característica fundamental a qualquer Estado, qual seja a "auto-organização".[100]

Seria uma justificativa para o fato de muitas constituições nacionais possuírem supremacia em relação ao Direito Comunitário. O Direito Comunitário prima pela supremacia diante de seus membros. Aliás, a supranacionalidade, independente de realmente existir ou não, é imprescindível para a existência e efetiva aplicação de tal direito.

3. "SUPRANACIONALIDADE" E INTEGRAÇÃO ECONÔMICA

A supranacionalidade pode ser entendida de duas maneiras[101]: 1) formação de decisões do bloco de modo superior à vontade das partes, que pode ser por decisão da maioria, qualificada ou simples, ponderada ou não; 2) consideração da norma comunitária como superior ao direito interno, observando o direito a ser aplicado em cada Estado Parte.

Enquanto a globalização pode assim ser entendida como "[...] um processo de disputa ao controle dos principais mercados consumidores do mundo, uma guerra comercial das corporações transnacionais"[102], a integração, conceito necessário ao entendimento amplo do Direito Comunitário, não comporta a mesma conceituação.

Os processos, de integração e de globalização não se confundem[103], os dois fenômenos incidem em conjunto, de maneira interdependente, já que a globalização criou um estado de comportamento político e econômico no mundo que ensejou a necessidade de aproximação entre países e a necessidade de aceitação da integração entre eles.

Diante do que acaba de ser exposto, faz-se plenamente possível afirmar o seguinte: [...] é fato que o fenômeno da globalização da economia e o crescente surgimento e formação de blocos regionais têm praticamente imposto aos demais países a união com seus limítrofes".[104]

---

[100] BASTOS; TAVARES, Id. ibid. p. 37.
[101] BAHIA, Paulo José Casali. A Supranacionalidade no Mercosul. In: BASTOS, Celso Ribeiro; FINDELSTEIN, Cláudio. (Org.). *Mercosul:* lições do período de transitoriedade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 193.
[102] MARX, Vanessa. Investimento direto estrangeiro na Argentina e no Brasil. *Estudos da Integração*, vol. 13, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, p. 14.
[103] BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. *As Tendências do Direito Público. No limiar de um novo milênio*, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 31.
[104] BASTOS, Carlos. O Processo de Integração do Mercosul e a questão da Hierarquia Constitucional dos Tratados. *Estudos da Integração*, vol. 12º, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, p. 8.

Os fenômenos agem diferentemente, porém. Enquanto a globalização se apresenta de maneira selvagem, invadindo violentamente os espaços ainda não ocupados, a integração se dá de maneira bem mais lenta, já que depende de tratados e respectivos acordos entre aqueles que se mostram interessados ou necessitados de participarem da nova tendência.

A globalização, por sua vez, se instala de maneira rápida e eficiente, impondo novas regras, na maioria das vezes, relativas às questões econômicas, assim como o processo de integração, mas tão mais abrangente e feroz que, por vezes, impõe normas e padrões de comportamento relativos às outras áreas.

Diferentemente da integração, em princípio, a globalização impõe modificações significativas nos padrões culturais vigentes, pois a ela interessa o domínio total, enquanto que, no processo de integração, o dinheiro e as possibilidades de lucro são os interesses primários, moldados pelas questões políticas de primeira ordem.

As demais questões, tais como a cultura e os costumes locais, permanecem, de certa forma, intocadas, já que o processo de adaptação é longo. A integração, que tem como aspecto mais relevante a harmonização do direito[105], faz parte do chamado Direito Comunitário, confundindo-se com a globalização por compartilhar o momento histórico.

A confusão se resolve com o entendimento de que ambos os fenômenos interagem e se completam nas novas questões que o mundo atual comporta ou vem comportando nos últimos e decisivos anos de seu desenvolvimento político, econômico, cultural, etc. Na integração, há dois tipos de mercados participantes:

> Mercado nacional é o espaço econômico, correspondente ao território de um Estado, em que se realizam as atividades produtivas caracterizadas pelo intercâmbio de bens ou serviços e pela produção industrial. [...] Mercado comum é o espaço econômico, com aquelas mesmas características, que se estende pelos territórios de dois ou mais estados constituído por tratado ou acordo internacional.[106]

Vale afirmar que é de sua essência que os mercados nacionais se unam em torno de um mercado comum propondo o livre comércio entre os países signatários do acordo e,

[105] Harmonização do direito aqui entendida como a eliminação das diferenças legislativas que possam obstaculizar o desenvolvimento do processo integrativo.
[106] FARIA, Werter. Disciplina da Concorrência e Controle das Concentrações de Empresas no Mercosul. *Estudos da Integração*. v. 5, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993, p. 08.

paralelamente a isso, desenvolva esse novo mercado, uma proteção externa contra os demais países ou blocos.

A integração, enquanto eliminação de barreiras alfandegárias, incidência de impostos de importação, ou qualquer tipo de discriminação voltada à entrada de produtos extra-bloco, tem como primeiro passo a organização interna do espaço comum por meio do livre comércio e defesa dos interesses do bloco perante a economia mundial.

O fenômeno é explicado por intermédio de algumas teorias não apenas relacionadas ao termo integração, mas a toda evolução econômica que o mundo sofreu ao longo das últimas décadas. Primeiramente, destacam-se duas teorias: a Teoria Clássica e a Teoria Neoclássica.

Segundo a Teoria Clássica, Teoria da Divisão Internacional do Trabalho, ou Teoria dos Custos Absolutos, um país produz aquilo que ele tem mais facilidade para produzir e, posteriormente, exporta esse produto. Quando consegue exportar seu excedente, há uma ampliação do mercado.

Por produzir apenas o que lhe é fácil, o país tem que comprar aquilo que não produz, mas necessita. Adquire o que outros países produzem a um custo menor. Essa prática facilita somente aos países ricos que, por sua condição privilegiada, têm custos de produção menores em qualquer setor, não precisando importar produtos de países menos privilegiados.

Para tentar corrigir essa situação, surgiu a Teoria Neoclássica, ou Teoria do não-intervencionismo estatal, que "[...] supõe a complementação dos mercados de forma espontânea, usando as leis de mercado como mecanismo de integração, fundadas nos princípios do livre comércio."[107] Há, ainda, uma teoria mais recente.

A Teoria Estruturalista baseia-se em cinco vertentes: proteção das nações mais fracas; proximidade geográfica dos países membros; homogeneidade das estruturas voltadas ao desenvolvimento comum; busca de controle sobre as diferenças regionais; não domínio dos interesses privados; aplicação da supranacionalidade e dos sistemas de maiorias.[108]

A integração não atingiria somente os mercados e os intercâmbios, mas toda a economia. Seu objetivo é a fusão das economias. As teorias clássica e neoclássica consideram

[107] MARX, Id. ibid,, p. 38.
[108] MARX, Id. ibid., p.46.

a integração como estática, enquanto que, na teoria estruturalista o processo é progressivo, gerando solidariedade entre os membros e criando dois efeitos: estático e dinâmico.

> O efeito estático deriva da designação de recursos que se produz como conseqüência da abertura. É o resultado de uma designação mais eficiente de recursos produtivos num mercado amplo, que não impõe restrições ao movimento de bens. [...] O efeito dinâmico refere-se à taxa de crescimento a longo prazo da economia através do maior crescimento da produtividade ou aumento na taxa de formação de capital. Esse efeito tem caráter permanente."[109]

Assim, muitas são as formas de tentar explicar o fenômeno inevitável, porém, o que importa, fundamentalmente, é que os modelos de integração sempre se basearão na vontade dos Estados em obter, através de sua adoção, vantagens econômicas que se definirão, basicamente, em: aumento geral da produção, aumento da produtividade e estímulo à eficiência, por meio do aumento da concorrência interna.

Talvez a melhor teoria para explicar todo o processo seja a do Comércio Internacional que considera quatro as situações clássicas de integração econômica, representada pelas quatro primeiras etapas do processo como um todo, mais a última etapa, união econômica e monetária.

O processo de integração visa, ao final, atingir a efetiva aplicação do chamado Direito Comunitário, ou seja, a formação de uma área onde os países participantes flexibilizem suas soberanias em prol de uma soberania comum, fenômeno denominado de supranacionalidade.

Esse fenômeno irá instalar-se, figurativamente, como "poeira" sobre os países signatários do tratado que ensejou tal condição, depositando sobre eles o intuito da cooperação para a manutenção de um espaço constituído de regras únicas e regido por instituições, princípios e objetivos comuns.

O caminho até esse estágio, todavia, é longo e deveras trabalhoso. É constituído por diversas fases, que devem ser alcançadas gradualmente, à medida que a região vai se

[109] MARX, Id. ibid., p. 50.

preparando para a adoção do novo modo de pensar a economia mundial. São essas fases que se passa a estudar.

4. FASES DA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA INTERNACIONAL

São identificáveis, basicamente, cinco fases primordiais para se atingir uma área de efetiva cooperação e total aplicação das regras comunitárias. São elas: zonas de tarifas preferenciais; zona de livre comércio; união aduaneira; mercado comum; e união econômica ou monetária.

Ao tornarem-se signatários de um acordo que visa o processo de Integração, os países, que nesta fase estão em número pequeno, se comprometem, primeiramente, a reduzirem parcialmente as tarifas alfandegárias entre as nações participantes, com o objetivo de que os países participantes se igualem com vistas a prepararem-se para a fase seguinte.

Nesses termos, a referida fase poder ser considerada como o "embrião" de todo o processo de integração econômica, pois aqui se começa a desenvolver a mentalidade dos países signatários, ajustando-os para enfrentar todo o processo de redução e futuro aniquilamento das tarifas alfandegárias.

O estágio de zona de livre comércio é uma continuação direta do primeiro. Se no primeiro estágio, contudo, o propósito era apenas a redução parcial das tarifas alfandegárias como modo de preparar os países signatários para a futura abolição dessas tarifas, esse momento deverá ocorrer no estágio presente, até mesmo como consequência natural daquele.

Se na primeira etapa a redução tarifária era parcial, aqui a redução é total, porém, nem sempre para todos os produtos. O que acontece é a eliminação total para certo número de produtos. Com o tempo, essa eliminação vai gradualmente se ampliando e atingindo um número maior de produtos, até atingir todo o comércio entre as nações participantes.

A zona de livre comércio tem conceito amplo que varia conforme o enfoque. Sob o prisma jurídico, a zona de livre comércio é exatamente essa associação já referida entre dois ou mais países com o intuito de constituição de um mercado comum (com livre circulação de produtos, capitais e pessoas).

O enfoque econômico é outro. Entende-se por zona de livre comércio no sentido econômico, áreas separadas do território nacional, dentro das quais os bens provenientes do

exterior podem ser comprados sem restrições de cota e sem o pagamento de tarifas e impostos.

Podem ser áreas de pequeno porte (como um *freeshop*), ou de grandes extensões (como o território de Hong Kong). Divide-se em: zonas de processamento e exportação e zona franca. Na primeira, basicamente, a finalidade é eminentemente industrial. Na segunda, além da área industrial, existe a área de prestação de serviços e comercial.[110]

Não se fala ainda em uma relação do bloco com os demais países não participantes, que só será possível quando as tarifas alfandegárias forem completamente anuladas, configurando o estágio seguinte, o da *união aduaneira*, na qual as tarifas alfandegárias que já se encontram anuladas entre os países signatários, passam a valer também para outros.

Nesse ponto já foi atingida a alíquota zero para todos os produtos do comércio dentro da área. Após, é necessária a harmonização de políticas fiscal, monetária e cambial entre os países membros, visando a proteção interna ("protecionismo comunitário"), por meio de medidas conjuntas ("barreiras alfandegárias"), diante dos países que não pertencem ao bloco.

Essa terceira fase pode, simplificadamente, ser entendida como o momento em que o bloco uniformiza as políticas de comércio exterior de cada Estado-participante, terminando por padronizar as alíquotas para a importação e exportação dos produtos. A integração como um todo é mais profunda e exige certa atenção. Essa união alfandegária corresponde ao

> [...] complexo das trocas de mercadoria, comportando parâmetros à proibição, no interior do território comunitário, de impostos alfandegários à exportação e à importação, e de quaisquer taxas de efeito equivalente, e também à adoção de uma tarifa alfandegária comum nas relações entre Estados-membros e terceiros países.[111]

Na verdade, a união alfandegária é um acordo que visa a igualdade interna e a proteção externa.[112] Assim, os países que lá no início se uniram em torno do processo de

---

[110] LINDNER, Eduardo. ZPEs Brasileiras: a necessidade de mudanças no contexto do Mercosul. *Estudos da Integração*. v. 4, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993, p.14.

[111] FORTE, Umberto. *União Européia:* Comunidade Econômica Européia (Direito das Comunidades Européias e harmonização fiscal). São Paulo: Malheiros, 1994, cap. XV, p. 124.

[112] "Em particular, a união alfandegária implica: a) a instituição de uma tarifa alfandegária comum (TCD) aplicável nos limites do território alfandegário comum; b) a elaboração e aplicação de uma legislação alfandegária comum; c) a proibição, no comércio entre os Estados-membros da união alfandegária, dos impostos alfandegários e das taxas de efeito equivalente e de quaisquer regulamentações restritivas." FORTE, Id. ibid., p.

integração sem considerar, pelo menos a princípio, suas diferenças, aqui se encontram em igualdade. E essa igualdade foi sendo adquirida ao longo do processo.

Dessa forma, os países signatários foram se uniformizando em torno de uma mesma proposta e preparando-se para o estágio seguinte, o chamado mercado comum, verdadeiro avanço, não só econômico, bem como social e até cultural, no mencionado processo de integração.

A quarta etapa corresponde à formação do mercado comum propriamente dito, sendo o momento mais longo e complexo da integração. "Nessa etapa, os países envolvidos com o processo de integração adotam compromissos internacionais que possibilitam o livre trânsito de mercadorias, capitais, bens, pessoas e serviços entre os respectivos territórios nacionais."[113]

Esse estágio compreende a soma da união aduaneira e da livre mobilidade dos fatores de produção. Além do livre comércio dentro do mercado comum com tarifas alfandegárias unificadas, atinge-se a livre locomoção de bens de capital, recursos financeiros e mão-de-obra, unificando-se os sistemas tributário, previdenciário, trabalhista será inevitável.

> [...] o mercado comum adiciona às exigências dos modelos anteriores a supressão de barreiras à livre circulação de pessoas, serviços, mercadorias e capitais entre os Estados-membros, com como exige grau mínimo de coordenação e harmonização de políticas econômicas comuns, em setores vitais da economia integrada.[114]

Dessa forma, é possível constatar que o mercado comum é composto não só de uma união aduaneira já efetivada, mas também, da livre circulação de mercadorias, livre circulação de pessoas, livre prestação de serviços e livre circulação de capitais. A livre circulação de mercadorias tem como pressuposto o trânsito comunitário.

Este, por sua vez, "tende a eliminar cada documento alfandegário para a circulação das mercadorias entre os Estados-membros." Na persecução de tal objetivo, o sistema em

---

125.
[113] FORTE, Id. ibid., p. 48.
[114] CASELLA, Paulo Borba. Instituições do Mercosul. *Estudos da Integração*. v. 14, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, p. 11.

questão foi articulado segundo modalidades que contemplam dois diversos processos: trânsito comunitário externo e interno.[115]

O trânsito comunitário externo aplica-se às mercadorias não originárias dos Estados-signatários, e sobre as mercadorias provenientes de terceiros países que não tenham participação na área. Já o trânsito comunitário diz respeito à mercadorias provenientes dos países-membros ou daqueles não membros mas que possuem acesso livre à área.

A livre circulação de pessoas diz respeito à quebra das barreiras técnicas e fiscais. O "cidadão comunitário" deve ter livre acesso e circulação dentro da área, bem como o direito de residir dentro do território dos Estados-membros e lá exercer atividade profissional, criando-se, assim, uma "cidadania comum".

Na União Européia, as maiores realizações no campo de estabelecimento ocorreram nos setores da agricultura, indústria e artesanato, comércio, empresa de serviços, bancos e seguros.[116] A prestação de serviços, contudo, nem sempre ocorre livremente. E também na União Europeia encontram-se exemplos de limitação desse direito.

Na União Europeia não há liberdade de estabelecimento nas atividades relativas a cargos públicos e outras, por exemplo, de ordem, segurança e saúde pública. Na livre circulação de capitais, o objetivo é a liberação das operações financeiras, com a consequente liberdade para as modalidades de operações bancárias, conduzindo a um "mercado único",

> [...] podendo-se chegar a uma união econômica onde, além da supressão de barreiras, sejam institucionalizadas a unidade e a organicidade do mercado abrangido por esse território, podendo alcançar os patamares de união monetária, ou mesmo de grau maior ou menor de união política.[117]

Na união econômica ou monetária, a última etapa no processo integracionista tem como característica a unificação das políticas monetária, fiscal e cambial entre os países-membros, a inevitável a criação de uma moeda única e a existência de uma autoridade supranacional. A "flexibilização da soberania" deixa, assim, de ser mera ficção.

---

[115] FORTE, op. cit., p. 126.
[116] FORTE, Id. ibid., p. 130.
[117] CASELLA, loc. cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da impressão de que a globalização, apesar de aparentemente recente, é muito mais antigo. Hoje, no entanto, é um agente redefinidor da cooperação internacional e de seus conceitos, atuando como causa direta de várias modificações ocorridas no direito contemporâneo.

Mais do que o fim da "guerra fria", a globalização impulsionou essa transição, propulsionando vários acontecimentos nas últimas décadas, fenômeno impulsionado pela atual redefinição dos direitos fundamentais. Isso porque o direito deve estar "vivo", adaptando-se aos novos fenômenos, modificando seus próprios conceitos.

A partir disso, vem ocorrendo um fenômeno mundial que tem sido conhecido como "*flexibilização da soberania nacional*", que não é um conjunto de acontecimentos que se voltam à coletividade mundial, até por que as várias constituições nacionais possuem, em regra, supremacia em relação ao Direito Comunitário.

Ocorre que a supranacionalidade, independente de realmente existir ou não, é imprescindível para a efetiva aplicação desse direito. Nesse contexto, integração e globalização não se confundem, apesar de incidirem em conjunto, tendo em vista que aquela resultou na necessidade de integração entre países.

O objetivo geral da integração é a fusão das economias, por intermédio das mais diversas teorias: clássica, neoclássica e estruturalista, criando, em síntese, dois efeitos: estático e dinâmico. Trata-se, no entanto, de um caminho longo e trabalhoso, constituído por sucessivas fases, alcançadas com a adoção de um novo modelo de pensamento econômico.

As fases são, basicamente, cinco: zonas de tarifas preferenciais; zona de livre comércio; união aduaneira; mercado comum; e união econômica ou monetária. Na derradeira etapa, unificam-se as políticas monetária, fiscal e cambial, cria-se uma moeda única e uma autoridade supranacional. Aqui, a "flexibilização da soberania" deixa de ser mera ficção.

Nesse diapasão, demonstra-se que a relativização das soberanias nacionais, desde que ocorra dentro de um processo voluntário e democrático de integração econômica que cumpra todas as fazes, a partir das negociações iniciais até a formação completa do "bloco de integração", com a criação e a obediência a uma autoridade internacional.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Paulo José Casali. A Supranacionalidade no Mercosul. In: BASTOS, Celso Ribeiro; FINDELSTEIN, Cláudio. (Org.). *Mercosul:* lições do período de transitoriedade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____; _____. (Org.). *Mercosul:* lições do período de transitoriedade. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998.

_____; TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público:* no limiar de um novo milênio.1. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Carlos. O Processo de Integração do Mercosul e a questão da Hierarquia Constitucional dos Tratados. *Estudos da Integração*. v. 12, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.

CASELLA, Paulo Borba. Instituições do Mercosul. *Estudos da Integração*. v. 14, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.

FARIA, Werter. Disciplina da Concorrência e Controle das Concentrações de Empresas no Mercosul. *Estudos da Integração*. v. 5, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno.* São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FORTE, Umberto. *União Europeia:* Comunidade Econômica Europeia (Direito das Comunidades Européias e harmonização fiscal). São Paulo: Malheiros, 1994.

HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e Contras da Globalização.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. (Org.) *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional:* o papel do Juiz no Processo de Integração Regional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

_____. Direito comunitário e soberania: algumas reflexões. In: _____. (Org.) *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional:* o papel do Juiz no Processo de Integração Regional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LINDNER, Eduardo. ZPEs Brasileiras: a necessidade de mudanças no contexto do Mercosul. *Estudos da Integração*. v. 4, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Ciência Política, Estado e Direito Público:* uma introdução ao Direito Público da Contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2011.

MARX, Vanessa. Investimento direto estrangeiro na Argentina e no Brasil. *Estudos da Integração*. v. 13, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997.

MENDES, Márcio Costa. O Direito Globalitário: o novo céu que nos protege? *Jornal Síntese*. n. 11, Janeiro, 1998.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *Do Espírito das Leis*. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

OLIVEIRA, Odete Maria. Integração: um desafio à globalização. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, v.1., 1998.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SABBATO, Luiz Roberto. O Direito Comunitário. Noções Introdutórias, Conceituação, Definição e Fontes: Direito Originário, Direito Derivado, Direito Complementar e Jurisprudência. Conclusões a respeito da Realidade Jurídica Globalizada, sob a égide deste novo Ramo do Direito. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. (Org.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional:* o papel do Juiz no processo de Integração Regional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

SANTOS, Nildo Nery. Direito Comunitário: 45 anos. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. (Org.). *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional:* o papel do Juiz no Processo de Integração Regional, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

CAMINHOS PARA UMA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: O MÉTODO MATERIALISTA CULTURAL

José Mauro GARBOZA JUNIOR[118]

RESUMO

O presente estudo procurou recolher alguns caminhos para uma nova hermenêutica constitucional a partir do método materialista cultural proposto por Raymond Williams no campo das Humanidades. Para o feito desse trabalho, procurou-se reunir fragmentos que dizem respeito ao tema de Direito Constitucional, outros sobre a Sociologia (entende-se por Economia Política, Sociologia do Direito, Marxismo), e sobre o autor supracitado. Basicamente o tema será dividido em três partes: num primeiro momento, buscou-se reunir citações de figuras importantes para o Direito no que diz respeito ao que será tratado como "Hermenêutica Hegemônica Clássica Tradicional Constitucional", ou seja, o conjunto de características *em comum* em todos os locais que se aparecem como o discurso majoritário dando ênfase quanto ao método sistemático ou sistêmico. Para isso, contou-se com a contribuição de Hans Kelsen, George W. F. Hegel e a Escola História do Direito, todos comentados pela visão crítica de Karl Marx sobre a maneira de ver o *jurídico*; a segunda parte abarca toda a teoria marxista chegando à nova teoria da cultura na pessoa de Williams tentando expor os significados das categorias *cultura* e *trabalho* dentro de complexos ideológicos reconhecidos como *sociedade* e *direito*; e, por fim, a síntese das ideias tradicionais e emergentes com o intuito de adicionar à interpretação uma nova visão que não se encontra apenas no direito ou na '"teoria pura".

RESUMEN

El presente estúdio trata de recoger alguns formas de una nueva hermenéutica constitucional del método materialista cultural propuesto por Raymond Williams en el campo de las humanidades. Para el hecho de este trabajo, tratamos de juntar los fragmentos que se relacionam con el tema de Derecho Constitucional, a otros acerca de Sociología (quer decir Economia Politica, Sociologia del Derecho, el marxismo), y el autor anteriormente citado.

[118] Graduando em Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP; Graduando em Licenciatura em Ciências Sociais pela Universidade Metropolitana de Santos – UNIMES.

Basicamente, el tema está dividido en tres partes: en la primera, tratamos de reunir citaciones de importantes figuras del derecho con respecto a lo que va a ser tratado como “hermenéutica hegemónica tradicional clásica constitucional”, es decir, el conjunto de características comunes en todos los lugares que aparecen como discurso haciendo hincapié en cómo el método sistemático. Fue asistido con la contribuición de Hans Kelsen, George W. F. Hegel y la Escuela Histórica del Derecho, comentados por la visión crítica de Karl Marx sobre la manera de ver el derecho. La segunda parte abarca toda la teoría marxista hasta la nueva teoría de la cultura tratando de exponer el significado de las categorías *cultura* y *trabajo* dentro de complejos ideológicos reconocidos como *derecho* y *sociedad*, y, finalmente, la síntesis de las ideas tradicionales y emergentes, con la intención de añadir a la interpretación de una nueva visión que no es solamente Derecho o “teoría pura”.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica. Materialismo Cultural. Raymond Williams. Teoria Crítica.

PALABRAS-CLAVE: Hermenéutica. Materialismo Cultural. Raymond Williams. Teoría Critica.

> ***Art.1º*** *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*
>
> ***Parágrafo único****. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*
>
> *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*

INTRODUÇÃO

Para início de exposição, o excerto acima nos infere a ideia central do trabalho: a interpretação aberta. Para isso, é necessário entender que a *hermenêutica* propriamente dita não está presente no trabalho, uma vez que o público-alvo são as pessoas em sua individualização, ou seja, a mensagem se dirigirá a um modo de ver o Direito, uma visão de mundo (*Weltanschauung*) do Direito, que está aberta para todos em comum. Sendo assim, faz mais sentido falar-se em *interpretação popular, visão de direito individual.*

Vale frisar que o momento histórico atual possibilita essa perspectiva na medida em as relações da sociedade estão cada vez mais interligadas num todo que exige a supervalorização do indivíduo fragilizando proporcionalmente as Instituições, sejam as macroinstituicões (Direito, Sociedade, Pensamento Lógico) ou microinstituições (Direito Positivo, Universidade, Condições de vida). Para ilustração de exemplo, pode-se citar o impacto profundo do principiologismo no campo jurídico: os princípios, quando se chocam com as bases jurídicas, retiram suas forças em prol de um cidadão ou uma coletividade de cidadãos apenas para efetivar condições melhores visando à dignidade da pessoa humana.

Se o momento é diferente, quer dizer que nem sempre foi assim. O Direito Constitucional se consolidou nos séculos XVIII e XIX sob fortes alicerces, sua estrutura estava tão forte que o positivismo foi radical e qualquer evento fora das suas circunscrições eram devidamente resolvidos com a força. É nesse período em que nota-se a presença de grandes legitimadores desse novo sistema: George Wilheim Friedrich Hegel e a Escola História do Direito nas figuras de Gustav von Hugo e Friedrich Carl von Savigny; um pouco mais além, percebe-se Hans Kelsen como o grande idealizador dos precursores do direito positivo no século XX, autor este que usa dos instrumentos lógicos formais para autonomizar o Direito fazendo-lhe Ciência Jurídica[119].

Mesmo com essa forte resistência, Hans Kelsen já abria espaço para a discussão acerca da *interpretação popular*, dizendo que

> existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica. (KELSEN, 1984, p. 463)

Ao analisar essa citação, pode-se destacar um ponto importante que será comentado no decorrer da leitura: apesar de o autor legitimar a interpretação privada, ela não deve ser de um modo aleatório, deve ela respeitar os métodos da ciência jurídica, como se houvesse uma

[119] Ao emancipar o Direito transformando-o em Ciência Jurídica, houve a necessidade de restringir o campo de investigação fazendo que tal ciência gravite em torno de um objeto apenas: a *norma* jurídica. Num primeiro momento, houve um alargamento na questão da rapidez da ciência, avançou-se muito, mas, exauriu toda e qualquer possibilidade de mesclar o Direito com pinceladas propedêuticas, ou seja, sem o auxílio das matérias humanas (filosofia, sociologia, antropologia, etc.).

única interpretação correta, interpretação *verdadeira*. Portanto, a autonomia dedicada ao setor privado é exclusivamente assistida e relativamente imposta de maneira horizontal da ciência kelseniana à individualidade das pessoas.

Essas inúmeras incongruências entre o discurso tradicional e a realidade jurídico-sócio-histórica serão debatidas (Marx vs. Kelsen, Hegel e Escola Histórica) na primeira parte do projeto.

Em seguida, na segunda parte, o olhar se volta ao início e fundamentação da *Teoria Marxista do Trabalho*, quais são os pressupostos e quais a mediações possíveis com a doutrina jurídica dentro de uma interpretação popular da Constituição. Tentar-se-á dialogar essa teoria com a *Teoria Materialista da Cultura* buscando encontrar pontos de ligações e aproximações para esclarecer a proposta de Williams para esta última.

Em algum momento, a história dos homens escapa da história da natureza diferenciando-os profundamente; as noções de tempo para o conjunto humano e o que é externo a ele se separam irreconciliavelmente. Para isso, é necessário um mediador entre esses mundos: na teoria marxista é o *trabalho*, e na teoria cultural é a *cultura*.

Também vale destacar a negação da lógica formal que, em essência, não retrata a realidade de maneira orgânica devendo ser adotada a lógica dialética, somente esta é possível expandir os critérios e aprimorar qualquer visualização da sociedade.

Para finalizar, a tentativa de síntese do *materialismo cultural* do Direito pode ser exposta apenas como um início; nada está definitivamente acabado, o presente trabalho necessita de várias correções e carga teórica que serão conquistadas apenas com o revisionismo. Identificar a Constituição como um espaço de significações e lutas sociais que estão em permanente tensão para acumular algum capital simbólico já é, como visão de mundo, um grande passo para perceber como os processos jurídicos estão para além do jurídico e urgentemente devem ser socorridos pela interdisciplinaridade.

1. A HERMENÊUTICA HEGEMÔNICA CLÁSSICA TRADICIONAL

1.1. Primeiras Linhas

O Direito, como toda e qualquer matéria humana, não é um *dado* da natureza na medida em que ele é apenas e tão somente o resultado de um esforço intelectual daquele que o

cria, ou seja, do homem[120]. A visão tradicional o vê como uma "técnica de solução de conflitos e instrumento de pacificação social" a partir das "normas de organização e conduta" que "tendem a desenvolver-se, ainda que de forma tácita e precária" (BARROSO, 2009, p. 229).

Sob essa perspectiva há a fundamental relação entre o Direito e o Estado na medida em que um é o espaço para possibilitar a existência do outro e o outro existe para legitimar aquele que o subsidia. Fazendo um rápido resumo sobre essa relação, Barroso (2009, p. 229) expõe dessa maneira:

> O Estado moderno surge no século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e fundado no direito divino dos reis. [...] Na passagem do Estado absolutista para o Estado liberal, o Direito incorpora o jusnaturalismo racionalista dos séculos XVII e XVIII, matéria-prima das revoluções francesa e americana. Começa a era das codificações, inaugurada pelo Código Napoleônico, de 1804, que espelha a pretensão racionalista da época. O Direito moderno, em suas categorias principais, consolida-se no século XIX, já arrebatado pela onda positivista, com *status* e ambição de ciência.

Assim, comprova-se a materialidade dos modos de se produzir relações jurídicas com as diferentes formas de Estados (modos de produção), o que reforça a tese da força criadora dos homens para regular seus próprios modos de vida. Pode-se tirar ainda a *pretensão racionalista*, cerne da Hermenêutica Clássica Sistêmica; a ênfase ao racionalismo causa a necessidade metodológica de criar conceitos anteriormente inexistentes no mundo capazes de generalizar e encadear uma lógica formal científica, a isso se nomeia *Idealismo*. Como exemplo, Michel Temer defende que na

> boa interpretação constitucional é preciso verificar, no interior do sistema, quais as normas que foram protegidas pelo legislador constituinte ao ponto de convertê-las em *princípios* regentes desse sistema de valoração [...] alcançada, exegeticamente,

[120] Para introdução ao *materialismo cultural*, vale dizer que o "homem" é considerado por ser o conjunto dos processos históricos e culturais que o fazem ser como tal. A sociedade é mais que a soma das singularidades, ela é a soma em conjunto com as diversas relações constantes.

> essa valoração é que teremos os *princípios*. [...] De modo que é preciso, para tal, conhecer cada sistema normativo. (TEMER, 2002, p. 22)

À primeira vista, não há nada incomum. Mas, pela via sociológica, a visão sistemática enfatiza o conjunto normativo de determinado ordenamento jurídico e o tem como a premissa maior; em seguida, reduz o fato a uma peça, premissa menor de grau de importância reduzido, que deverá ser encaixada na moldura positiva para, assim, conquistar algum juízo (talvez um *princípio*). O mesmo autor irá propor uma interpretação de uma norma constitucional que "levará em conta todo o sistema, tal como positivado, *dando-se ênfase*, porém, *para os princípios que foram valorizados* pelo constituinte" (TEMER, 2002, p. 23).

Logo, do conjunto de Interpretação Sistemático haverá imediatamente três axiomas básicos: 1) a ordem jurídica deve ser dotada de *unidade* e *harmonia*; 2) a Constituição é a responsável pela ordem e, além disso, fornece os valores e fins que promovem o ordenamento; 3) a não tolerância de antinomias cujos conflitos entre as normas são resolvidos pelos critérios *hierárquico*, *cronológico* e de *especialização*.

Como resultado dos tópicos, já anunciada por Kelsen (1984, p. 467) de modo animador, pode-se concluir que na Teoria Tradicional a lei, quando aplicada ao caso concreto, "poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correcta (ajustada) e que a 'justeza' (correcção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei". Adiante, será mostrada a atuação dos três personagens como exemplos do que poderia ser entendido como a modalidade Tradicional.

1.2. Escola Histórica, Hegel e Kelsen

George Wilheim Friedrich Hegel (1770-1831) foi o precursor do *idealismo alemão*. Sua contribuição para o Direito está em principalmente duas obras, *Fenomenologia do Espírito* e *Princípios da Filosofia do Direito*. Em sua doutrina, o autor faz um apanhado histórico desde tempos remotos até a modernidade defendendo a linearidade da história como promovedora do bem-estar humano, ou seja, as condições de vida humana aumentam proporcionalmente com o avanço do tempo histórico fazendo que o *hoje* seja melhor e mais desenvolvido que o *ontem*.

Nesse aspecto, o papel do Direito é fundamental na medida em que ele seria a instituição que resolve os conflitos de maneira mais especializada. Para isso ocorrer, os cidadãos devem concentrar as suas forças na figura do Estado, sendo este a *Razão* humana alienada salvadora da própria humanidade, a *Verdade* reveladora de todos. Aí estão as críticas feitas por Marx,

> Na aplicação desse direito puro e idealizado, pontifica o Estado como árbitro imparcial [...] O juiz – *la bouche qui prononce les paroles de la loi* – é um revelador de verdades abrigadas no comando geral e abstrato da lei. Refém da separação dos Poderes, não lhe cabe qualquer papel criativo. Em síntese simplificadora, estas algumas das principais característica do Direito na perspectiva clássica: a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo. (MARX, 2013, p. 230)

O excesso de formalismo e a idealização do Estado como mentor social são as principais raízes atuais no que diz respeito à hermenêutica tradicional do Direito. Criar normas e voltar-se para elas sem um aprofundamento radical nos fatos e relações sociais ainda se encontra nas doutrinas mundiais como a melhor forma de resolver os problemas.

Na Escola Histórica[121] há outra perspectiva, mas tais posições se diferenciam muito pouco de Hegel devido ao poder existente no Estado. Para ela, o Direito é formado por um conjunto de relações historicamente necessárias criadas pelas ações sociais de determinado povo em determinado Estado inserindo a noção de cultura; é o *Espírito do Povo* (*Volksgeist*), a visão de uma cultura, de uma nação.

Possibilita-se formar um espaço aberto para interpretar as normas no momento em que o campo de pesquisa se alarga e as respostas saem de um completo idealismo para um modo parcialmente ideal, além de que se leva em consideração a *cultura* de uma nação que identificará as formas jurídicas com o modo de se expressar do Estado. Mas, mesmo com essa

[121] Entende-se por Escola Histórica do Direito, neste trabalho, o período dos juristas que representaram: Gustav Hugo (1764-1844) e Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Portanto, compreende-se entre 1760-1860.

inovação, pensar num governo manifestado por *uma* cultura pode levar à discriminação e a não inserção das minorias nesse plano[122].

Já no início do século XX, a figura do positivismo de Hans Kelsen ganha destaque. A Ciência do Direito deve ser vista apenas por ela mesma desconsiderando os suportes que a moldam, ou seja, o conjunto jurídico-normativo transcende as barreiras materiais (reais) e se debruçam formando um complexo ideológico legitimado (direito positivo) pelo Poder de quem o produz (legisladores constituintes, reformadores, e "jurisprudenciadores"). Portanto, para o positivismo, a interpretação é

> uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. [...] deve responder-se à questão de saber qual o conteúdo que se há-de dar à norma individual de uma sentença judicial ou de uma resolução administrativa, norma essa a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto. (KELSEN, 1984, p. 463)

A proposta da Teoria Pura da Norma faz que a visão de mundo do Direito seja distorcida na medida em não se encontra os fundamentos de algum ordenamento convertendo sua preocupação com o Direito Positivo legitimado *a priori*.

1.3. Apontamentos da teoria crítica

De alguma forma o pensamento crítico se contrapõe à Tradição. Ao perceber o Direito diante dos olhos, o "intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não a encontre na lei. A teoria crítica resiste, também, à ideia de completude, de autossuficiência e de *pureza*, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasto os outros conhecimentos teóricos".

---

[122] *Vide* MARX, Karl. Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule (O Manifesto Filosófico da Escola Histórica do Direito) (Abril - Agosto de 1842), in: *Karl Marx & Friedrich Engels Werke* (Obras de Marx e Engels), Vol. 1, Berlim : Dietz Verlag, 1973, pp. 78 e ss. O presente escrito de *Marx*, traduzido agora, muito possivelmente, pela primeira vez, para um idioma neo-latino, foi redigido entre abril e início de agosto de 1842 e publicado, originariamente, na "Gazeta Renana"**,** Nr. 221, em 9 de agosto de 1842. Cumpre observar que o presente texto de *Marx* foi, à época de sua primeira publicação, inteiramente censurado na parte intitulada *"Sobre o Capítulo do Casamento".]* [EDITORA DA ESCOLA DE AGITADORES E INSTRUTORES – "UNIVERSIDADE COMUNISTA REVOLUCIONÁRIA J. M. SVERDLOV" – PARA A FORMAÇÃO, ORGANIZAÇÃO E DIREÇÃO MARXISTA-REVOLUCIONÁRIA DO PROLETARIADO E SEUS ALIADOS OPRIMIDOS – MOSCOU – SÃO PAULO – MUNIQUE – PARIS]. Disponível em: http://www.scientific-socialism.de/KMFEDireitoCAP5Port.htm. Acesso em: 17 jul. 2013.

Ao romper com tal *pureza*, essa proposta defende a visão jurídica laica, pois

> O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito). A interdisciplinaridade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a linguística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico. (BARROSO, 2009, p. 231)

Os estudos de Raymond Williams caminham para esse formato. A partir dos processos de significações e valores por determinados agrupamentos que se juntam por alguma semelhança de identidade, o conteúdo jurídico começa a se formar numa perspectiva de luta de classes dialética entre o *popular* (comum) e o *tradicional* (elite). No capítulo seguinte, as palavras-chave desse discurso serão discriminadas com a finalidade de sintetizar o *materialismo cultural* na terceira parte.

2. DIALÉTICA, CULTURA E MATERIALISMO

2.1. O Trabalho e a natureza

Para entender o materialismo cultural, necessariamente, tem-se que visualizar a categoria dialética do *trabalho* caminhando para construir tal materialismo. A dialética se distingue da lógica formal[123], é um modo orgânico de relacionar objetos partindo não do silogismo tradicional, mas da distinção das premissas emergindo algo novo, que não se observa rapidamente nas expressões tradicionais.

Com o curso da história, várias foram as propostas desse encadeamento. Aqui será enfatizadas apenas as visões de Hegel, Marx e Williams; partindo daí, Leandro Konder (1987, p. 8) começa a traçar a dialética numa concepção moderna significando-a como “o modo de

[123] De maneira geral, independentemente das intenções dos filósofos, a concepção metafisica prevaleceu, ao longo da história, porque correspondia, nas sociedades divididas em classes, aos interesses das classes dominantes, sempre preocupadas em organizar duradouramente o que já está funcionando, sempre interessadas em “amarrar” bem tanto os valores e conceitos como as instituições existentes, para impedir que os homens cedam à tentação de querer mudar o regime social vigente. (KONDER, 1987, p. 9)

pensarmos as contradições da realidade, o modo de compreendermos a realidade como essencialmente contraditória e em permanente transformação".

Sob as perspectivas dos autores citados, todos concordam, com ressalvas, que o *trabalho* é a primeira categoria social fundante dialeticamente aplicada. Nas palavras de Konder (1987, p. 24), "foi como trabalho que o ser humano 'desgrudou' um pouco da natureza e pôde, pela primeira vez, contrapor-se como *sujeito* ao mundo dos objetos naturais. Se não fosse o trabalho, não existiria a relação sujeito-objeto"; nesse momento, o poder humano de intervir na realidade é que torna os sujeitos humanos.

A partir disso, pode-se conceituar o trabalho como *o intercâmbio humano orgânico com a natureza com a finalidade de criar novos meios de subsistência e adicionar ao gênero humano modos de vida mais desenvolvidos*. Sendo assim, para os autores,

> o *trabalho* é a mola que impulsiona o desenvolvimento humano; é no *trabalho* que o homem se produz a si mesmo; o *trabalho* é o núcleo a partir do qual podem ser compreendidas as formas complicadas da atividade criadora do sujeito humano. No *trabalho* se acha tanto a resistência do objeto (que nunca pode ser ignorada) como o poder do sujeito, a capacidade que o sujeito tem de encaminhar, com habilidade e persistência, uma superação dessa resistência. (KONDER, 1987, p. 23-24)

O *trabalho* proporciona perceber o mundo e, ainda, perceber-se diferente do mundo. Para a questão da interpretação, só com o trabalho é possível criar novas visões de mundo a partir do encadeamento de atividades produtivas, ou seja, no caso do Direito, somente quando se vive produzindo e reproduzindo (relacionando-se) é que a possibilidade de uma reflexão é aberta e a atividade interpretativa pode ser em ultima análise realizada.

2.2. Cultura como categoria social fundante

A origem etimológica do vocábulo *cultura*, na Antiguidade, e sua evidencia certas polissemias da palavra. A ideia de *habitar* marca a característica da cultura pelo fato de ela ser o resultado de certas práticas num determinado LUGAR e num determinado tempo; nos significados de *adorar* e *cultivar*, a TRADIÇÃO se faz presente nos momentos em que são

reproduzidos exteriores ao indivíduo (*culto/ caráter* social) ou interiores a ele (*cultivar-se/ caráter* individual). Essas acepções foram preponderantes no século XVI, marco do início da era moderna. (CEVASCO, 2003, p. 9)

A partir do século XVIII, na Europa com o movimento Das Luzes, a palavra civilização se adere à cultura, sendo "usada como substantivo abstrato", ou seja, como "um processo geral de processo intelectual e espiritual" do desenvolvimento humano como um todo (*Volksgeist*). Esse conceito é muito bem visto nos estudos de Hegel (1770-1831), a ideia de um progressivo avanço da humanidade sempre para o melhor e mais adequado ideal de vida humano. (CEVASCO, 2003, p.9-10).[124]

Começa a ser opor à palavra cultura a contradição entre uma "prática boa" (das elites, da nação, dos ricos e dos justos) e "prática ruim" (dos pobres, dos oprimidos, das minorias). Raymond Williams enfatiza muito a relação entre a Revolução Industrial e suas consequências de acumulação e desigualdade de capital, como explica Elisa Cevasco (2003, p. 10):

> Durante o romantismo, em especial na Inglaterra e na Alemanha, passou a ser usada em oposição e seu antigo sinônimo, civilização, como uma maneira de enfatizar a cultura das nações e do folclore e, logo, o domínio dos valores humanos em oposição ao caráter mecânico da "civilização", que começava a se estruturar com a Revolução Industrial. Trata-se de uma virada semântica notável, que dá notícia de uma intensa transformação social.

Se durante o século XVIII começou as contradições entre as ideias de civilização e não-civilização, no século XIX isso se intensificou (período esse do *Imperialismo Cultural*, uma potência econômica, abastecida por completa os seus produtos, necessitam de aumentar o seu capital expandindo o mercado de consumo. Fazendo isso, a imposição da cultura do 'maior para o menor' é a única solução, naquele momento, cabível) (CEVASCO, 2003, p.

[124] Ideia presente, a título de exemplo, no *Preâmbulo* da *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil."

10). A distinção de classes promovida pela cultura começa a se intensificar chegando a tais barbáries como as Grandes Guerras Mundiais, regimes totalitários e desrespeito total aos direitos humanos.

A cultura seria, portanto, um modo de vida resultado de múltiplos processos de significação de valores e ações que estão constantemente sendo reavaliados. É nesse sentido que a palavra cultura se aproxima do conceito de trabalho. Enquanto esse último é a mediação entre o humano e natureza, na cultura tem-se um método mais alargado sendo o intercâmbio entre o homem e a natureza (processos de valoração) e entre os homens entre eles próprios.

Nessas trocas, há a disputa de lugar na sociedade que, essencialmente, seria a *luta de classes*. O método materialista cultural tenta mostrar, de alguma forma, como seria essa lógica.

2.3. Origens do Materialismo Cultural

Deparando-se com esse cenário, Raymond Williams começa seus apontamentos acerca de um conceito que possa ser, ao mesmo tempo, objeto e método de uma ciência autônoma. Pela biografia desse autor, infere-se a tomada de uma posição materialista devido a uma tentativa de integralizar o debate político em todas as discussões sobre cultura. Para lidar com as novas complexidades é preciso um novo vocabulário e uma nova maneira de trabalhar. Em sua obra clássica *Cultura e Sociedade*, a proposta é uma tentativa de procurar dentro de uma vasta literatura os conceitos históricos concluindo a mudança ontológica dos termos no tempo. Como nos aponta Cevasco,

> O foco do interesse nas mudanças semânticas é que elas encapsulam e informam reações às intensas mudanças sociais. As nuanças de significado desses termos são vistas como um registro e uma reação às modificações sociais causadas pela Revolução Industrial e pela implantação de uma ordem capitalista hegemônica na Inglaterra a partir do século XVIII. (CEVASCO, 2003, p. 14)

Trata-se aqui de incorporar ao método de estudo da cultura o *materialismo histórico*, ou seja, as mudanças de significado são percebidas a partir de mudanças nas estruturas sociais (relações de produção) historicamente.

Os estudos culturais surgiram num determinado ambiente sócio-histórico que nos remete ao materialismo (estudo das condições materiais de produção), é importante perceber que o discurso dessa doutrina não é, de forma alguma, neutro. E, pode-se dizer, uma espécie de contradoutrina da cultura, uma resposta dos intelectuais para esclarecer alguns conceitos para expressar o "preconceito" ou a "discriminação" (*cultura popular/ fenômenos da vida cotidiana*). Além de reler a "alta cultura" de uma forma não mais unilateral (*a alta cultura não é somente dos opressores*).

Para isso, Williams se apropriou da noção antropológica de cultura (modo de vida) para descrever a sociedade em sua devida complexidade. As várias maneiras de se viver se encontram numa constante tensão provocada pelas identidades necessariamente diferentes e "é nesse sentido, por exemplo, que as grandes instituições nas quais se tenta colocar em prática ideias coletivas de desenvolvimento social – como os sindicatos, os partidos políticos e os movimentos cooperativos – são consideradas, como vimos, uma realização da criatividade" (WILLIAMS apud CEVASCO, 2003, p.110).

A experiência concreta do vivido necessita de um estudo materialmente histórico para informas as práticas de identidades inseridas num grupo social; outro ponto, como os elementos significantes de cultura se consolidam e formalizam para explicar o item anterior e apreender a realidade tal qual ela é; e, um estudo das infraestruturas sociais que determinam esses produtos abrindo espaço para que a *luta*, *a tensão* entre as praticas de vida que se inter-relacionam naquele lugar. Esses princípios são tirados do teórico marxista Antônio Gramsci que ampliou o caráter de Marx de produção transcendendo a questão eminentemente econômica. Os Movimentos Sociais (1970-80) como os feministas e os negros, contaram muito com esse apoio teórico para legitimar a luta e garantir os direitos (CEVASCO, 2003, p. 74).

Por fim, o objetivo do materialismo cultural é definir a unidade qualitativa do processo sócio-histórico contemporâneo e especificar como o político e o econômico podem e dever ser vistos nesse processo. Na perspectiva interpretativa do Direito, perceber a produção e reprodução das normas está ligada diretamente com as forças de intercâmbio entre grupos e natureza; pensar o *jurídico* como tensão contínua entre classes é a saída para se analisar o

concreto e, de certo modo, entender situações obscuras que não se resolvem tão facilmente. A passagem a seguir sintetiza o método materialista cultural:

> Ao pensar a cultura como força produtiva, o materialismo cultural coloca-a no mundo real, como uma consciência tão prática quanto a linguagem em que é veiculada e interpretada. Na nossa era do capitalismo tardio, em que cultura e economia estão claramente interligadas, trata-se de uma descrição muito mais adequada da produção cultural, que está, de forma cada vez mais evidente, assentada em meios materiais de produção e reprodução [...] (CEVASCO, 2003, p. 114)

Seguindo Karl Marx, é necessariamente descobrir radicalmente a causa de processos históricos de produção e reprodução superestruturais (Direito, Moral, Política) a partir dos meios de produção infraestruturais, ou seja, a maneira como determinados grupos vivem e se relacionam (cultura).

3. UM NOVO CAMINHO: INTERPRETAÇÃO MATERIALISTA CULTURAL

A teoria crítica, segundo Luís Roberto Barroso (2009, p. 231), é "um conjunto de movimentos e de ideias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas", também "funda-se na constatação de que o Direito não lida com fenômenos que se ordenam independentemente da atuação do sujeito, seja ele o legislador, o juiz ou o jurista".

O primeiro ponto importante a ser discutido no materialismo cultural é o caráter ideológico do Direito colocando-o em julgamento os seus adjetivos políticos, legitimadores, racionais dando ênfase ao que está radicalmente por trás do superficial (CEVASCO, 2003, p. 114). Ponto que será desconsiderado totalmente numa visão kelseniana.

Para analisar os fatos e normas sob o *materialismo cultural*, Maria Elisa Cevasco nos dá algumas pistas:

> Em termos teóricos é necessário se contrapor às visões idealistas da cultura que insistem em pensa-la como domínio separado da vida concreta. No campo

> materialista, a questão é ver como a cultura, mais do que um mero efeito da superestrutura, é um elemento fundamental na organização da sociedade e, portanto, um campo importante na luta para modificar essa organização. Em outras palavras, a questão é pensar uma teoria materialista da cultura que leve em conta seu papel social e contribua para a construção de uma alternativa de sociedade mais justa e igualitária. Nesse esforço, Williams se apoia na tradição marxista de crítica cultural que se expandiria com a codificação do materialismo cultural. (CEVASCO, 2003, p. 111)

É importante observar a preocupação da autora em enfatizar o caráter materialista em contraposição ao idealista (*cultura separado da vida concreta*). Para o *materialismo cultural*, a cultura é o elemento fundamental na organização social, ou seja, a maneira como se arranja e rearranja o modo de viver faz que a sociedade se torne diferente numa relação em que estão contidas cultura-sociedade-natureza. Prosseguindo ainda,

> Essa posição impede que se perceba que cultura, longe de ser marginal ou subsidiária, é constitutiva do processo social, é um modo de produção de significados e valores mais básico para o funcionamento da sociedade do que a noção de uma esfera separada [...] A interpretação das atividades econômica, da base, e cultural, da superestrutura [...] está no centro da produção econômica do capitalismo tardio. (CEVASCO, 2003, p. 112)

Os processos criativos jurídicos devem ser vistos como uma contínua tensão entre partes, luta social assim como um cabo de força que ora tende para um lado, ora tendo para o outro; pensando nisso, os grupos que “brigam” são sempre distintos. Nos tempos presentes, há um grande destaque para essa luta jurídica: os direitos sociais, os direitos das minorias e os direitos alternativos.

Essa interpretação (*Weltanschauung*) permite entender a pluralidade do Direito e ir de encontro com a Tradição Conservadora que tenta impor apenas *um* Direito, o Direito dos dominantes que por muito tempo assolava o *povo de baixo*, e que necessita mudar urgentemente.

Raymond Williams dá muita força às palavras e diz que elas são instrumentos de opressão pesados na luta social. As mudanças de alguns vocábulos se devem pelo fato de houver pequenas revoluções que abriram o conceito e esvaziaram-no ou acrescentaram-lhe algo. Apesar de o autor não ser propriamente um jurista, a sua contribuição é necessária e, atualmente falando, não está fora da realidade de qualquer parte do mundo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho tivemos a oportunidade de mostrar, com certa cautela, os debates materialistas (*marxistas*) envolvendo a Cultura e o Direito numa visão global de mundo que se estende a Hermenêutica, a Jurisdição Constitucional e outros demais ramos.

Como investigadores da cultura, buscou-se recolher a Escola Histórica do Direito dando ênfase à maneira de perceber uma Constituição (constituição essa que seria o retrato da vontade do povo, espírito do povo ou *volksgeist*); Hegel dando poder ao Estado que necessariamente seria a imagem alienada do *povo* numa razão institucionalizada; Marx, investigando a luta de classe e afirmando o Estado como uma instituição criada para oprimir; e, por último, Williams, no seu grande projeto de entender a luta de classe como luta cultural diversificando a dinâmica social colocando destaque nos meios de produção e numa mudança de significado de conceitos tidos como tradicionais.

No segundo momento, as conceituações de *trabalho*, *cultura*, e tantas outras categorias nos ajudaram a construir o pensamento próximo do que pode ser entendido como *materialismo cultural*. A possibilidade de o homem fazer sua própria história (sempre em pré-condições determinadas historicamente) faz com que a mudança parta somente dele como gênero e não apenas como classe.

O Direito não deve ser ditado pelos de cima. A importância da análise sócio-historica-cultural para a interpretação de fatos e normas

> Trata-se de retratar uma pressão sufocante que todas as esferas sociais exercem umas sobre as outras, uma irritação geral, passiva, uma estreiteza que tanto reconhece como ignora a si mesma, situada nos limites de um sistema de governo que vive da

> conservação de todas as indigências, não sendo ele mesmo mais do que a *indigência no governo*. (MARX, 2013, p. 153)

A Constituição deve servir como ápice dessa tensão sendo sempre organicamente alterada para que as expectativas sejam correspondidas ao máximo. Mudar a maneira de ver uma Constituição é o primeiro passo para uma mudança de paradigma hermenêutico tradicional.

Para deixar *em aberto*, terminamos essa pequena exposição com uma citação de Raymond Williams, um excerto que resume sua principal preocupação, uma preocupação que é a nossa e que ficará para a reflexão:

> Os problemas evidentes de nossa civilização estão perto demais e são sérios demais para que alguém suponha que uma ênfase é uma solução. Em qualquer problema precisamos uma investigação e uma negociação insistentes e detalhadas. No entanto, estamos cada vez mais começando a compreender que nosso vocabulário, a linguagem que utilizamos para investigar e para negociar nossas ações, não é nenhum fator secundário, e sim um elemento prático e radical por si só. (WILLIAMS, 2001, p. 361)

Entender o Direito nesses termos ajuda o gênero humano a se emancipar e a revolução humanista poderá estar ainda mais próxima.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BORNHEIM, Gerd. *Dialética*: teoria, práxis. Porto Alegre: Globo, 1977.

CEVASCO, Maria Elisa. *Dez Lições sobre Estudos Culturais*. São Paulo: Boitempo, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. trad. Dr. João Baptista Machado. 6ª ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1984.

MARX, Karl. *Crítica da filosofia do direito de Hegel*, 1843. Tradução de Rubens Enderle e Leonardo de Deus; [supervisão e notas Marcelo Backes]; prefácio à terceira edição Alysson Leandro Mascaro]. – 3. ed. – São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. *O Manifesto filosófico da Escola Histórica do Direito*. Texto extraído de Gazeta Renana, 9 ago. 1842. Tradução de Pádua Fernandes. *Prisma Jurídic*o, São Paulo, v. 6, p. 265-273, 2007.

_____. *Para a Crítica da Economia Política – Prefácio*. In: MARX & ENGELS. Obras Escolhidas, Tomo I. trad. José Barata-Moura. Lisboa: Edições Progresso, 1982.

KONDER, Leandro. *O que é Dialética*. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MICHEL, Temer. *Elementos de Direito Constitucional*. 18ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

WILLIAMS, Raymond. *Cultura e Sociedade*: de Coleridge a Orwell. trad. Vera Joscelyne. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

_____. *Palabras clave*. Un vocabulario de la cultura y la sociedad - 1ª ed. 1ª reimp. – Buenos Aires: Nueva Visión, 2003.

_____. *Marxismo y literatura*. trad. Pablo di Masso 2ª ed. Barcelona: Ediciones Península, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Síntese de uma história das ideias jurídicas*: da antiguidade à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

DIREITO À ISONOMIA DAS DECISÕES JUDICIAIS: SERIA ESTE MAIS UM DIREITO FUNDAMENTAL?

Letícia de Matos SCHRODER[125]

Suelyn TOSAWA[126]

RESUMO

O presente trabalho analisa a natureza do direito à isonomia das decisões judiciais, em especial seu caráter de direito fundamental. De acordo com o ordenamento jurídico, este princípio é bastante atuante na manutenção da celeridade processual, da segurança jurídica e estabilidade, bem como da ordem jurídica justa e do acesso à justiça. Com isso, há uma tutela jurisdicional voltada a decidir conforme precedentes para que sejam respeitados os diversos princípios processuais e constitucionais. A preocupação do legislador em manter uma uniformidade das decisões leva em conta o respeito ao princípio da isonomia, de modo que os indivíduos tenham uma resposta mais eficaz do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Tutela Jurisdicional. Isonomia. Decisões Judiciais.

ABSTRACT: This article analyzes the nature of the right to equality of judgments, in particular his character as a fundamental right. According to the law, this principle is very active in maintaining the speedy trial, legal certainty and stability, as well as legal and fair access to justice. With this, there is a judicial review aimed to decide as precedents to ensure compliance with various procedural and constitutional principles. The legislator's concern to maintain uniformity of decisions takes into account respect for the principle of equality, so that individuals have a more effective judiciary.

KEY-WORDS: Fundamental Rights. Jurisdictional Tutelage. Equality. Judgements.

1. INTRODUÇÃO

[125] Mestranda em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Professora das Faculdades Integradas de Itararé. Advogada.

[126] Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2012). Pós graduanda em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC).

A discussão acerca da classificação do princípio da isonomia das decisões como um direito fundamental é recente. No entanto, a prática já vem demonstrando que ela é peça indispensável na efetividade do processo e na garantia da segurança jurídica e do acesso à justiça, merecendo fazer parte dos direitos fundamentais.

Por isso, a análise que se faz é a de que o princípio fundamental da isonomia nas decisões já está implantado no ordenamento jurídico. É necessário apenas que haja seu reconhecimento. Os mecanismos que o efetivam já estão atuando de forma bastante eficaz, assegurando os direitos dos indivíduos de forma equânime e justa.

Para tanto, na primeira parte deste trabalho objetivar-se-á demonstrar a base legal que sustenta o princípio da isonomia ou da igualdade na Constituição Federal, bem como nas normas infraconstitucionais. O objetivo é exprimir sua relevância diante do ordenamento jurídico, ressaltando sua atuação para que haja estabilidade, segurança jurídica e acesso à justiça.

Já na segunda parte procurar-se-á tratar da aplicação da isonomia nas decisões judiciais, pois ela garante uma celeridade e evita que o Judiciário mantenha um padrão, que serve para preservar uma decisão justa e sem controvérsia. Ilustra-se indicando a uniformidade das jurisprudências como um exemplo da atuação da isonomia das decisões de forma condizente com os preceitos constitucionais.

A escolha do tema se deu pela observância das atuais discussões no que concerne ao princípio da isonomia das decisões judiciais como mecanismos asseguradores da celeridade e da efetividade do processo. Isso o coloca como um direito fundamental, pois é peça chave na garantia do acesso à justiça.

A pesquisa é resultado de um trabalho desenvolvido no Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Estadual do Norte do Paraná, tendo como fonte de pesquisa doutrinas, jurisprudências, notícias, legislação e notícias atuais veiculadas por meios eletrônicos.

2. DIREITO FUNDAMENTAL A ISONOMIA E A TUTELA JURISDICIONAL

Os direitos fundamentais são marcados pela fundamentabilidade, uma vez que tem como base o princípio maior da dignidade da pessoa humana. Estes possuem aplicabilidade imediata conforme consta no art. 5º, § 1º da CF. A isonomia ou igualdade é o invólucro da democracia, sendo um direito fundamental previsto no art. 5º caput e inciso I da Carta Magna, que dispõe:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Alexandre de Moraes (2010, p. 37), por sua vez, destaca a igualdade como uma configuração da eficácia transcendente dentro do ordenamento jurídico, uma vez que qualquer desigualdade que confronte a norma constitucional deve ser entendida como não recepcionada. A Constituição Federal exige compatibilidade com seus valores, visto que é norma suprema.

Importante também ressaltar a igualdade formal e a material:

> [...] *a regra da igualdade não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desigualam.* Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. *Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.* Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem". (BARBOSA *apud* SILVA, 2004, p. 210, grifo nosso)

Então, há uma desigualdade advinda da distinção arbitrária ou não razoável da norma com relação a lei, dando tratamento específico a pessoas distintas. Para que essa diferenciação não pareça discriminatória, é imprescindível que haja uma explicação objetiva e razoável conforme juízos de valores e critérios aceitos pela coletividade. A proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida deve estar em conformidade com os diretos e garantias protegidos pela Constituição (MORAES, 2010, p. 37).

Para Canotilho (2000, p. 51):

> Um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o *princípio da igualdade.* O enunciado semântico do art. 13 – o princípio da igualdade

> – condensa hoje uma grande riqueza de conteúdo cujos traços mais importantes são os seguintes: *1.1 Igualdade na aplicação do direito* – A afirmação – 'todos os cidadãos são iguais perante a lei' – significava, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschutz: 'as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas'. *A igualdade na aplicação do direito* continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, [...], ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais.

O princípio da igualdade tem destaque no direito processual civil, pois embasa, mesmo que de forma implícita, todo o sistema processual e jurídico. Sem ele, não seria possível efetivar direitos nem garantir a justiça social. Os países regidos pelo sistema de *civil law* tem a incidência da igualdade apenas com relação ao tratamento das partes. A preocupação do legislador está apenas no que concerne à paridade de armas. Além disso, o Código de Processo Civil em seu artigo 125, I CPC[127], transmite, por meio da intervenção jurisdicional a ideia de respeito a igualdade no procedimento, de tal sorte que:

> A regra de que a lei deve tratar todos de forma igual (art. 5º, *caput* e inciso I, da CF) aplica-se também ao processo, devendo tanto a legislação como o juiz no caso concreto garantir às partes uma '*paridade de armas'* (art. 125, I, CPC), como forma de manter equilibrada a disputa judicial entre elas. A isonomia no tratamento processual das partes é forma, inclusive, do juiz demonstrar a sua imparcialidade, porque demonstra que não há favorecimento em favor de qualquer uma delas. O prazo para as contrarrazões nos recursos é sempre igual ao prazo dos recursos; ambas as partes têm direito a todos os meios de provas e serão intimadas para participar da audiência na qual poderão igualmente participar, etc. (NEVES, 2012, p. 72)

A preocupação do legislador enfatiza a questão da paridade de armas, que proporciona as mesmas armas às partes na luta. Frisa-se o tratamento processual idêntico, para que se enfrentem em condições iguais (DIDIER, 2013, V-1, p. 69).

Chiovenda (2000, p. 67, grifo nosso) esclarece que:

---

[127] Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

> A vontade da lei tende a realizar-se no domínio dos fatos até as extremas conseqüências praticamente e juridicamente possíveis. Por conseguinte, *o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir*.

Com isso, esse princípio pode ser observado de acordo com a visão do legislador, que não pode desrespeitá-lo, sob pena de tornar a lei inconstitucional. Ou seja, ele não pode editar leis que tratem situações iguais de modo desigual e vice-versa. Assim como há uma regra de interpretação para o juiz, que deve apurar seu entendimento sem apontar distinções irrelevantes. Esta aplicação da lei pelo juiz sem diferir entre situações idênticas é conhecida como a igualdade jurisdicional ou perante o juiz (SILVA, 2013, p. 220).

Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 360, grifos do autor) aduz que:

> É certo que o juízo do bem e do mal das condutas humanas é feito em primeiro lugar pelo legislador e depositado no texto da lei, mas também ninguém desconhece que esta, uma vez posta, se destaca das intenções de quem a elaborou e passa a ter o seu próprio 'espírito'; a *mens legis* corresponde, assim, ao juízo axiológico que razoavelmente se pode considerar como instalado no texto legal. Ao juiz cabe esse trabalho de descoberta. Mesmo não sendo legislador ou a ele equiparado, mesmo negando-se que o juiz seja substancialmente criador de direitos e obrigações (repúdio à teoria unitária do ordenamento jurídico), mesmo desconsiderando-se a influência que emana do 'direito jurisprudencial' (*Richterrecht*), ainda assim sempre é preciso reconhecer que o momento de decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo. Como a todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contêm no momento presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências da justiça.

Assim sendo, o princípio da igualdade atua em duas realidades diferentes. A primeira seria no cuidado na edição das leis, atos normativos e medidas provisórias, que devem corresponder a tratamentos idênticos das pessoas que se encontram na mesma situação. Cabe

ao legislador e ao executivo atentar contra qualquer tratamento abusivo nesse sentido. Já a segunda, indica a responsabilidade da autoridade pública em sua interpretação, que deve condizer com a aplicação da lei e dos atos normativos de modo igualitário. Não havendo qualquer apontamento com relação às diferenças em razão de classe social, raça, ideologia filosófica ou política, sexo, religião (MORAES, 2010, p. 37).

Daniel Amorim Assumpção Neves (2012, p. 72) ressalta que o objetivo primordial da isonomia é efetivar o acesso à justiça, dando as partes uma atuação no processo de um mesmo patamar dentro das limitações cabíveis. Isso explica as prerrogativas dadas em juízo para alguns indivíduos no intuito de equilibrar a disputa processual, de acordo com a natureza do direito discutido em juízo ou pela sua qualidade.

Assim, assevera-se que:

> Por isso é que o processo nos Estados ocidentais de hoje, marcados pelo cunho social e legalista, há de oferecer também em si mesmo a garantia da legalidade processual (seria estranho o juiz, órgão estatal, agir com arbítrio no exercício da sua função de controlador da legalidade) e ser dotado de meios aptos a promover a igualdade e garantir a liberdade. A maneira como diante da escala axiológica da sociedade contemporânea são interpretadas as garantias constitucionais de igualdade substancial entre as pessoas (e entre as partes), da inafastabilidade do controle jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório, do devido processo legal – todos eles endereçados à efetividade do processo em sua função de instrumento a serviço da ordem constitucional e legal -, conduz à existência de um processo acessível a todos e a todas as suas causas (por mais humildes que sejam aqueles e menor expressão econômica tenham estas), ágil e simplificado, aberto à participação efetiva dos sujeitos interessados e contando com a atenta vigilância do juiz sobre a instrução e sua interferência até o ponto em que não atinja a própria liberdade dos litigantes. [...] (DINAMARCO, 2003, p. 36)

Por outro lado, essa análise sofre influência da adequação do *civil law* a institutos do *common law*. Estes surgem como problemas, já que afrontam à Constituição no que atine a segurança e estabilidade. A insuficiência da lei e liberdade do magistrado dá poderes para que este crie o direito.

Tanto o sistema de *common law* como o de *civil law* tem como objetivo a igualdade. Neste último, as normas de condutas não se encontram exclusivamente na letra de lei. Ela está

sujeita a interpretação pela doutrina e pelos tribunais. Por isso, não é aceito que o juiz tenha liberdade ilimitada nas decisões com base apenas em suas próprias convicções. Caso contrário, haveria diversas pautas incompatíveis de conduta para os jurisdicionados. Não faz sentido que o caso concreto dependa do juiz, tribunal, Câmara ou Turma ao qual foi distribuído (WAMBIER, 2010, p. 6-7). Logo,

> O Direito brasileiro, como seu povo, é miscigenado. E isso não é necessariamente ruim. Não há preconceitos jurídicos no Brasil: busca-se inspiração nos mais variados modelos estrangeiros, indistintamente. Um exemplo disso é o sistema de tutela de direitos coletivos: não nos consta que haja em um país de tradição romano-germânica um sistema tão bem desenvolvido e que, depois de quarenta anos, tenha mostrado bons resultados concretos. A experiência jurídica brasileira pode ser única; é um paradigma que precisa ser observado e mais bem estudado. (DIDIER, 2013, p. 43)

Dessa maneira, é importante destacar que há um paradoxo entre a dispersão da jurisprudência e os sistemas de *civil law*, uma vez que este foi concebido no intuito de conter abusos. Um ato racional feito para gerar segurança através de sua previsibilidade, respeitando a igualdade (WAMBIER, 2010, p. 7). Por conseguinte,

> [...] não se nega a influência dos precedentes, mesmo em regimes jurídicos de *civil law*. Influência é menos que poder, atua por persuasão e não se positiva como da nossa realidade brasileira, contêm enunciados precisos e buscam estratificar a orientação dos tribunais, porém mesmo assim não vinculam os próprios tribunais que solenemente as proclamam, nem os seus juízes, nem outros tribunais: são constantes os questionamentos ou atenuações a várias delas [...] Menos próximas ao ponto de vinculação, estão ainda as proposições obtidas em incidentes de uniformização da jurisprudência: constituem exercício do poder somente para o caso concreto (em que a *quaestio juris* fica julgada por essa via) e, para o futuro, atuam por via da mera influência. (DINAMARCO, 2003, p. 49, grifos do autor)

O objetivo de quem busca a tutela é a decisão judicial. A igualdade diante das decisões judiciais é conferida para que prevaleçam deliberações justas e racionais. Entende-se por racional, aquela tomada com base no sistema como um todo, atentando para o desejo da coletividade. Para isso, respeitam-se os princípios e garantias, tendo um processo justo.

3. DA ISONOMIA DAS DECISÕES

As tendências do ordenamento jurídico brasileiro são pautadas na estabilidade e na segurança jurídica conforme se observa nos seguintes exemplos: intensificação do uso da jurisprudência, os recursos representativos de controvérsia (STJ e STF), poderes ao relator e os mecanismos de uniformização e de estabilidade da jurisprudência.

A mesma situação fática dá ensejo à pluralidade de demandas repetitivas na esfera jurisdicional, podendo ser amenizadas para evitar o abalo da segurança jurídica por intermédio da uniformidade das decisões com fundamento no princípio da igualdade. Isso já vem ocorrendo com o instituto de uniformização da jurisprudência previsto no CPC. É importante frisar a permissão de um uso legítimo dos precedentes judiciais.

A ampliação da tutela tem a intenção de albergar decisões que atinjam os direitos reconhecidos de forma mais eficaz e útil possível. O sistema prima em seu discurso pela superposição da utilidade e da efetividade das decisões. Por isso, produz decisões semelhantes para as mesmas situações que existiriam se a lei não fosse descumprida, evitando as demandas repetitivas (DINAMARCO, 2003, p. 365).

Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 371-372) destaca ainda que:

> [...] Outro aspecto, esse ainda pouco versado, é o da ampliação objetiva dos julgados, de modo a colher feixes de situações jurídicas do mesmo sujeito e oferecer, numa única decisão, solução abrangente para todas elas. É o que se dá em causas tributárias, com pretensões fiscais que se repetem de modo sempre igual, relativamente a fatos geradores homogêneos, com a tendência dos tribunais a examiná-las uma a uma. Constitui imposição dos tempos e das modernas tendências metodológicas do direito processual a admissão de demandas bem amplas, capazes de pacificar para o presente e para o futuro e de evitar as incertezas de julgados conflitantes em torno de uma tese jurídica só.

A igualdade da aplicação da lei depende de sua interpretação judicial. O texto legal dá diversas possibilidades de aplicações possíveis, pois exprime várias normas. O problema é que o legislador atento a isso passou a utilizar cláusulas gerais no lugar de previsões casuísticas. O tratamento de particularidades não previstas quando da elaboração passam a ser permitidas, dando maior subjetividade ao juiz.

As cláusulas gerais transferem a segurança jurídica para a decisão, que se torna a verdadeira norma jurídica do caso concreto, considerada lei em sua completude. As expectativas que recaíam na lei se transferem para a decisão judicial. Por este motivo a decisão passa a ser responsável pela previsibilidade do direito e, por isso, deve contar com estabilidade. Se não houver uniformidade abre-se margem para a criação de várias normas jurídicas para a regulação de casos idênticos.

A uniformização das decisões já está inserida na atual conjuntura jurídica. As reiteradas demandas repetitivas exigem que o ordenamento jurídico se organize para apresentar decisões compatíveis com o princípio da igualdade e que consigam manter o nível de estabilidade e segurança jurídica. Nesse sentido, pode-se notar, por exemplo, a previsão legal do incidente da uniformização da jurisprudência prevista no art. 476 e ss do CPC.

Luiz Guilherme Marinoni (2005, p. 591-592) aduz que a uniformização da jurisprudência se dá como um incidente processual em qualquer julgamento que tenha sido proferido pelo tribunal (recurso ou ação originária). A divergência sobre a interpretação do direito pode ser interna (entre os próprios membros do colegiado que julgam o caso concreto) ou externa (a variação de entendimento ocorre com outro órgão do próprio tribunal). Essa última exige uma verificação da orientação esboçada no julgamento do caso concreto e outra apontada por outro órgão do tribunal sobre a mesma questão jurídica. A discussão deve girar em torno de tema atual, não sendo invocado para discutir tese já superada ou defendidas por juízes que não mais compõem o tribunal; e deve ser efetiva.

A decisão que for tomada por maioria absoluta de votos será objeto de súmula, originando o precedente para a uniformização de jurisprudência do tribunal conforme assevera o art. 479 do CPC. Já se a decisão for tomada por maioria simples dos membros, ela terá poder de jurisprudência dominante do tribunal para os efeitos de julgamento monocrático do relator, de acordo com os arts. 544 e 557 do CPC (MARINONI, 2005, p. 592).

A necessidade de uniformização e estabilidade da jurisprudência levou o novo Código de Processo Civil oportunizar o mesmo padrão de decisão aos litigantes, como forma de assegurá-los uma aplicação do direito de maneira isonômica, ajudando na percepção de um tratamento efetivamente justo. Como resultado, o legislador atento a tais necessidades reafirmou através de uma previsão legal de proteção ao direito a isonomia das decisões no projeto do Novo Código de Processo Civil no art. 882, que dispõe:

> Art. 882. Os tribunais, em princípio, velarão pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência:

> I – sempre que possível, na forma e segundo as condições fixadas no regimento interno, deverão editar enunciados correspondentes à súmula da jurisprudência dominante;
>
> II – os órgãos fracionários seguirão a orientação do plenário, do órgão especial ou dos órgãos fracionários superiores aos quais estiverem vinculados, nesta ordem;
>
> III – a jurisprudência pacificada de qualquer tribunal deve orientar as decisões de todos os órgãos a ele vinculados;
>
> IV – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os *princípios da legalidade e da isonomia*;
>
> V – na hipótese de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.
>
> § 1º A mudança de entendimento sedimentado observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando o imperativo de estabilidade das relações jurídicas.
>
> § 2º Os regimentos internos preverão formas de revisão da jurisprudência em procedimento autônomo, franqueando-se inclusive a realização de audiências públicas e a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a elucidação da matéria.

A uniformização da jurisprudência tem o papel de fazer com que a decisão do tribunal expresse a forma como a questão de direito deve ser interpretada e sua atuação como precedente a ser considerado. Sendo assim, apesar de sua decisão não ser vinculante para todos os órgãos jurisdicionais, transmite o entendimento da corte a respeito da questão específica (MARINONI, 2005, p. 593).

Ipso facto, segue-se a crítica de Teresa Arruda Alvim Wambier (2010, p. 7):

> Temos convicção de que o desrespeito a precedentes compromete o Estado de Direito, na medida em que as coisas passam a ocorrer como se houvesse várias ‘leis’ regendo a mesma conduta: um clima de instabilidade e ausência de previsibilidade.
>
> O que se pretende aqui frisar é que é indesejável a discordância entre os tribunais sobre como decidir a mesma questão, assim como é inconveniente que os tribunais,

> surpreendentemente, mudem de posição. Uniformizar é necessário sempre, inclusive quando se trata de decisões baseadas nesses parâmetros flexíveis [...]. Isto porque nestes casos a desuniformidade da jurisprudência é inevitável e 'esperada', pois os parâmetros são mesmo mais inseguros.
>
> Tais parâmetros, mais flexíveis e menos seguros têm a potencialidade de gerar decisões diferentes umas das outras para casos idênticos. Isso torna o sistema flácido e sem coesão, efeito esse neutralizado pela uniformidade da jurisprudência.

Um país de dimensões continentais e com um Judiciário não centralizado dá vazão a dispersão dos precedentes. Os sistemas não federativos organizam seus tribunais de modo mais simples, facilitando o respeito aos precedentes. Sua estrutura complexa dificulta a garantia de uniformidade e certeza. Esse problema assombra a América Latina, deixando suas instituições frágeis diante de uma realidade onde o nível de pobreza atinge um patamar indesejável. Consequência disso se apresenta na desorganização jurisprudencial, desuniformizando as decisões (WAMBIER, 2010, p. 8).

Diante desse quadro, é importante frisar que a uniformidade da interpretação dos tribunais deve se dar num mesmo momento histórico. Isso evita o surgimento de inúmeras regras de conduta. A sociedade precisa ter segurança nas decisões do STF e do STJ e em suas súmulas. A jurisprudência deve ser pautada com base na Corte e não na visão pessoal de seus ministros. Por isso, *"esta liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais, sob pena de afrontar o princípio da isonomia."* (WAMBIER, 2010, p. 9)

> O intérprete/autoridade pública não poderá aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos de forma a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Ressalta-se que, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função jurisdicional de dizer o direito ao caso concreto, deverá utilizar os mecanismos constitucionais no sentido de dar uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas. Nesse sentido a intenção do legislador constituinte ao prever o recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (*uniformização na interpretação da Constituição Federal)* e o recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (*uniformização na interpretação da legislação federal*). Além disso, sempre em respeito ao princípio da igualdade, a

> legislação processual deverá estabelecer mecanismos de uniformização de jurisprudência a todos os Tribunais. (MORAES, 2010, p. 37-38, grifos do autor)

A lei ordinária indiretamente serve a Constituição, quando o processo tem seus preceitos sendo efetivados, sendo que essa medida irradia preceitos e princípios constitucionais (DINAMARCO, 2003, p. 33).

Luís Roberto Barroso (2013, p. 36) corrobora com a ideia de uma nova interpretação constitucional para atender a coletividade agora complexa e plural. Insiste em agregar às formulas clássicas uma interpretação que atente para as necessidades ainda não supridas. Dentro desse ínterim, apontam-se questões como o da normatividade dos princípios, a ponderação e argumentação jurídica, assim como as colisões de normas constitucionais. Altera-se o papel da norma, que apresenta o início da solução por meio de um conceito indeterminado ou de um princípio.

Por isso,

> Em todas estas disposições, e em muitas outras que se poderiam citar, manifesta-se uma inspiração que corretamente se pode chamar de ‘social’, se com esta palavra se quer entender a antítese daquela concepção, estritamente individualista, que reduzia o processo a uma encarniçada competição de egoísmos. Visa-se assim, mesmo não negando que a mola mestra do processo civil continua sendo o interesse individual, a atenuar as excessivas asperezas dos debates, as discussões enfadonhas, as chicanas, a inveja sórdida e estéril. Parece, se não nos enganamos, que circula no novo processo um fecundo desejo de colaboração e de solidariedade humana. (CALAMANDREI, 2003, p. 347-348)

Em segundo plano, têm-se os fatos, que se inserem na normatividade. Isso se dá, pois só há possibilidade de construir soluções constitucionalmente adequadas se observados os elementos dos quais são compostos os casos concretos. Por fim, o intérprete tem a responsabilidade de encontrar a solução mais apropriada ao caso em questão, tornando-se co-participante no processo de criação do Direito (BARROSO, 2013, p. 36-37).

Alguns entendem que a compreensão da lei a partir da Constituição aumentaria o risco de subjetivismos. Competem aos juízes a discricionariedade de negar as leis democraticamente elaboradas por meio de controle de constitucionalidade e a questão da legitimação. Os elementos motivadores do controle judicial seriam o discurso e a motivação.

O controle difuso de constitucionalidade é mencionado devido a necessidade de eficácia vinculante. Assim,

> Em todo o campo coberto pela *jurisdição constitucional das liberdades*, vê-se, pois, a obcecada preocupação em dar efetividade às garantias que a Constituição oferece, para que não fiquem em mera promessa. Isso é substancialmente assim também nos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos da Administração, onde se trata de impedir que prevaleçam se e tanto, que toda a *jurisdição constitucional* se caracteriza como conjunto de remédios processuais oferecidos pela Constituição, para a prevalência dos valores que ela própria abriga. Eis então, de modo visível, a relação de instrumentalidade desses remédios para com a Constituição. É lícito concluir, ainda, que todo o *direito processual constitucional* constitui uma postura instrumentalista -, seja nessa instituição de remédios destinados ao zelo pela ordem constitucional, seja na oferta de garantias aos princípios do processo, para que ele possa cumprir adequadamente a sua função e conduzir a resultados jurídico-substanciais desejados pela própria Constituição e pela lei ordinária (tutela constitucional do processo). (DINAMARCO, 2003, p. 32, grifos do autor)

O legislador conseguiu notar a real necessidade de haver isonomia das decisões, evitando que haja divergências jurisprudenciais, que atrapalhem a ordem e a credibilidade dos tribunais. Prática diferente disso não seria saudável para o ordenamento jurídico, conferindo instabilidade e insegurança a coletividade.

Vale dizer que o discurso jurídico não deve temer um empobrecimento dos padrões decisórios muito menos a ausência de argumentação e contraditório, pelo simples fato da uniformização. Esta tem em seu bojo uma interpretação que deve ser panorâmica e idônea do que está sendo discutido. O objetivo é de uniformizar de acordo com o princípio da igualdade e não de se omitir, prevenindo um debate.

4. O PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA ISONOMIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

A cultura de respeito aos precedentes está aflorando no Brasil. Isso faz com que seja importante sedimentar certos mecanismos assecuratórios de uniformização das decisões.

Importante ressaltar que a mudança na jurisprudência ocorre conforme o tempo, de acordo com a realidade social do momento.

Piero Calamandrei (1995, p. 249) chama atenção para a discricionariedade do juiz:

> Não é certo que o juiz, por ter julgado determinado caso de um modo, seja induzido a julgar do mesmo modo um caso semelhante que lhe é apresentado algum tempo depois. Ao contrário, pode suceder que, se a primeira decisão lhe foi recriminada por ter se excedido em certa direção, ele seja levado, da segunda vez, a exceder-se sem querer no sentido oposto.

Por isso, não é plausível falar em engessamento das decisões, visto que não será uma limitação na liberdade do entendimento dos tribunais. Aliás, muito pelo contrário. A preocupação está em manter o acesso à justiça, que é o objetivo principal de todos os princípios processuais constitucionais. A efetividade do processo visa garantir o direito do indivíduo de postular em juízo. A Constituição tem por obrigação assegurar tal direito. Assim sendo,

> Nem a garantia do contraditório tem valor próprio, todavia, apesar de tão intimamente ligada à idéia do processo, a ponto de hoje dizer-se que é parte essencial deste. Ela e mais as garantias do ingresso em juízo, do devido processo legal, do juiz natural, da igualdade entre as partes – todas elas somadas visam a um único fim, que é a síntese de todas e dos propósitos integrados no direito processual constitucional: o acesso à justiça. Uma vez que o processo tem por escopo magno a pacificação com justiça é indispensável que todo ele se estruture e seja praticado segundo essas regras voltadas a fazer dele um canal de condução à ordem jurídica justa. (DINAMARCO, 2003, p. 375)

Na verdade o que se pretende é a aplicação do princípio da igualdade diante de um contexto jurídico favorável a tal procedimento, uma vez que os precedentes dão azo a atuação dos tribunais de modo que o acesso a justiça funcione para todos. A atenção está voltada na manutenção da estabilidade e da segurança jurídica.

O âmago da questão seria:

> Admitirem-se decisões diferentes concomitantes, ou, ainda, as tais grandes viradas, é negar o Estado de Direito, é estimular a propositura de ações e o ato de recorrer. A quem interessa esta situação?
> É necessário que a população possa confiar nas decisões do STF, em suas súmulas, ainda que não vinculantes. O mesmo se diga quanto às decisões do STJ. Deve haver uma jurisprudência firme das Cortes, e não pessoal, de cada um dos seus Ministros [...]
> Mas esta liberdade é do Judiciário e não do juiz. Fixada a regra, não pode ser desrespeitada, devendo ser aplicada a todos os casos iguais, sob pena de afrontar o princípio da isonomia. (WAMBIER, 2010, p. 9)

A importância de considerar o princípio da isonomia das decisões judiciais como um princípio fundamental já vem chamando atenção dos juristas. Sua imprescindibilidade transcende qualquer limitação legal, já que a isonomia consegue atingir o ordenamento jurídico de forma bastante ampla. Ela assegura um dos pilares da democracia, combatendo desigualdades e exclusões.

Então, a previsão da igualdade ou da isonomia tanto na Constituição Federal, quanto na lei infraconstitucional, destaca a importância de tal princípio em todo o ordenamento jurídico. Imprescindível notá-lo como um direito fundamental implícito em outros como a garantia do acesso a justiça, o princípio do devido processo legal e a segurança jurídica. Sua interpretação deve ser feita de forma extensiva, sopesando seu destaque na atual conjuntura jurídica.

> Todas as invocações de que até agora falamos se resumem, ao final das contas, em um retorno do processo à simplicidade e à natureza. Reduzidos ao mínimo os inconvenientes do formalismo, cuida-se de pôr em contato direto – de modo que possam rápida e lealmente se entender – as pessoas que fazem parte do drama judiciário: o juiz e os jurisdicionados, o magistrado e os defensores. (CALAMANDREI, 2003, p. 348)

Há vários mecanismos no ordenamento jurídico que tutelam, mesmo que indiretamente o princípio da isonomia. Ele é protegido desde o momento em que o art. 5º da CF aponta alguns direitos fundamentais como a isonomia, a inafastabilidade da jurisdição, o devido processo legal, o acesso a justiça, a instrumentalidade do processo; até sua

participação na questão das súmulas vinculantes, da repercussão geral, da uniformização da jurisprudência. É fácil detectar a presença do princípio da igualdade em todo o ordenamento jurídico, pois é fundamental que seja assegurada a isonomia.

Compete então destacar que:

> A afirmação e plena consciência da necessidade de extrair dos provimentos jurisdicionais e do próprio sistema todo proveito que deles seja lícito esperar têm a sua valia na medida em que sejam capazes de conduzir a uma postura mental favorável a essa idéia instrumentalista em situações inúmeras e imprevisíveis, coloca-se para o intérprete o dilema entre duas soluções, uma delas mais acanhada e limitativa da utilidade do processo e outra capaz de favorecer a sua efetividade. E pairam no ar muitos preconceitos irracionais que opõem resistência à plenitude da consecução dos objetivos eleitos. É dever do juiz e do cientista do processo, nesse quadro, romper com eles e dispor-se a pensar como mandam os tempos, conscientizando-se dos objetivos de todo o sistema e, para que possam ser efetivamente alcançados, usar intensamente o instrumento processual. (DINAMARCO, 2003, p. 370-371)

Logo, já existem mecanismos para assegurar o princípio da igualdade das decisões judiciais e sua aplicação no ordenamento jurídico, sendo apenas uma questão de tempo até que este seja elevado ao patamar de direito fundamental. É uma transição que já ocorre com a uniformização das decisões judiciais e a preocupação com a segurança jurídica e estabilidade. Não há motivos para que não se dê a devida importância e valoração ao princípio apontado. Sua aplicação já ocorre de forma efetiva e se faz imprescindível para preservar o efetivo acesso a justiça, tido, segundo o prof. Kazuo Watanabe (2011), como acesso à ordem jurídica justa.

O Brasil é um país que tem uma Constituição Cidadã, que prima por questões sociais dignas. A isonomia das decisões judiciais vem somar em tantos pontos cruciais da aplicação do Direito conforme os preceitos da nossa Carta Magna, que seria incoerente qualquer entendimento contrário. Acreditar que o princípio da isonomia das decisões se enquadra como fundamental está de acordo com uma ordem jurídica justa. Este se encarrega de demonstrar em variadas situações que essa premissa é verdadeira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso legítimo dos precedentes judiciais se dá por intermédio da observância da isonomia. Por isso, é importante considerá-la um direito fundamental, pois só assim será valorada de acordo com aquilo que representa na atual conjuntura jurídica. Não se pode ignorar tal situação com tantos acontecimentos insistindo em demonstrar o contrário. Essa mudança já se iniciou e perdura, uma vez que é questão de tempo até se tornar universal.

O princípio da isonomia tem previsão constitucional e infraconstitucional, sendo considerado um direito fundamental pela nossa Carta Magna. Já para o Direito Processual Civil, respeitados os preceitos do modelo da *civil law*, a preocupação maior se dá com a aplicação de tal princípio na legislação para que as partes consigam se enfrentar utilizando paridade de armas. Por outro lado, observam-se as decisões judiciais, que devem antever qualquer desigualdade e sopesá-la antes de qualquer entendimento.

As decisões judiciais efetivam o princípio da igualdade, garantindo o acesso a justiça, a estabilidade e a segurança jurídica. Mas não é só isso. A celeridade e a instrumentalidade do processo também são características que se fazem notar, uma vez que sua imprescindibilidade na atual conjuntura jurídica se faz latente. Evita-se que haja um abarrotamento do Judiciário, acelerando o andamento processual com medidas efetivas de combate a morosidade.

Por isso, é importante frisar que a jurisprudência deve respeitar certa igualdade nos casos em que as condições permitirem, já que a ideia de equilibrar a relação jurisdicional e acelerá-la são posições importantes dentro do atual ordenamento jurídico. Por isso, a uniformidade da jurisprudência trazida pelo Código de Processo Civil é bastante aceita e aplicada.

O princípio da isonomia das decisões judiciais já vem sido tratado como fundamental, na medida em que sua aplicação é imprescindível para garantir inúmeras condições dignas e efetivas de atuação no processo. O ordenamento apresenta diversos mecanismos que asseguram essa participação, sendo que tal princípio está incutido em todos esses procedimentos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro:** contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. Traduzido por Douglas Dias Ferreira. 2 ed. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

CANOTILHO, j. j. Gomes. **Direito constitucional**. 4. Ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2000.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 1 v. 15 ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes: Estudos do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR.** 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23° ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A Uniformidade e a Estabilidade da Jurisprudência e o Estado de Direito *Civil Law* e *Common Law*.** Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100510170148.pdf>. Acesso em 30/04/2013.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**. In: Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AUTODETERMINAÇÃO DA INFORMAÇÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO: NOVOS LIMITES PARA O DIREITO À INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Sérgio Tibiriçá do AMARAL[128]

Aline Aparecida Novais Silva LIMA[129]

RESUMO

A pesquisa teve como objetivo demonstrar que embora a liberdade de expressão e o direito de informação são um dos pilares para construção da democracia, pois formam a opinião pública e servem para a fiscalização dos "poderes", por outro lado, isso não quer dizer que sejam direitos absolutos. Isso porque não há no sistema constitucional brasileiro, direitos e garantias com caráter absoluto. O acesso a internet em especial, viabilizou a democratização da informação, permitindo ao cidadão que tem acesso ao "mundo virtual" preenchimento de lacunas sociais, como a ausência de informação, liberdade de expressão, transparência dos governos, entre outros, exercendo assim, seu direito à cidadania. Por outro lado, à medida que as informações veiculadas na internet se perpetuam e são guardadas para todo sempre, fatos podem ser trazidos à tona a qualquer momento, de forma fácil e a qualquer pessoa que tenha interesse em realizar determinada pesquisa sobre um fato ou pessoa. Desta forma surge na sociedade a necessidade do legislador estabelecer novos limites à informação, uma autodeterminação sobre a informação que garanta o direito ao esquecimento, em especial, as que são digitalizadas e disponibilizadas no "mundo virtual" uma vez que não pode a liberdade de expressão aliada aos novos meios de comunicação ferir outros direitos fundamentais como a intimidade, dignidade e imagem do cidadão.

[128] Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar, Mestre e Doutor em Sistema Constitucional de Garantias pela ITE-Bauru. Professor do Programa de Pós-Graduação da ITE-Bauru. Docente Titular das disciplinas das disciplinas de Teoria do Estado e Direito Internacional Público e Coordenador do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Coordenador do Grupo de Pesquisa da Toledo Presidente Prudente "Estado e Sociedade". E-mail: sergio@unitoledo.br.

[129] Discente do 4º ano do curso de Direito Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Bolsista no Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica PIBIC/CNPQ/Toledo.E-mail: aline_novais@hotmail.com.

PALAVRAS-CHAVE: Internet. Direito à informação. Liberdade de Expressão. Direito ao Esquecimento.

ABSTRACT: The research aims to demonstrate that although freedom of expression and right of information is a cornerstone for building democracy, considering that they form public opinion and serve for monitoring the "powers", on the other hand, this does not mean that they are absolute rights. This is because there is not in the Brazilian constitutional system rights and guarantees with absoluteness. The internet access in particular enabled the democratization of information, allowing those citizens with access to the "virtual world" filling social gaps, such as lack of information, freedom of expression, government transparency, among others, exercising this way, the right to citizenship. On the other hand, as the information conveyed on internet are perpetuated and are kept forever, facts can be brought up at any time, in an easy way and to anyone interested in conducting a search on a particular event or person. Thus arises in the society the need of the lawmaker to establish new limits to information, in particular those that are scanned and made available on the "virtual world" since that expression freedom coupled with new media can not injure other fundamental rights such as privacy, dignity and citizen image.

KEYWORDS: Internet. Right to information. Freedom of Expression. Right to Oblivion.

INTRODUÇÃO

Na presente pesquisa foram utilizados os métodos dedutivo e comparativo.

O conflito entre liberdade de expressão/direito à informação e direitos da personalidade ganha a tônica da modernidade, analisado pela invocação de um novo direito: o direito ao esquecimento, desafiando o julgador a solucioná-lo a partir de nova realidade social, onde jornais e revistas digitalizam suas publicações e estas ficam guardadas em bancos de dados disponíveis na internet a qualquer pessoa de forma fácil e rápida para todo sempre. Assim, a tese do direito ao esquecimento por meio de um direito a autodeterminação da informação começa ganhar força na doutrina brasileira e estrangeira, tendo em vista as diversas violações ocorridas diariamente pelos meios de comunicação, aos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos eles, por sua vez, resultantes da proteção constitucional

conferida à dignidade da pessoa humana, uma vez que ninguém é obrigado a conviver para sempre com o passado.

Decerto que o acelerado desenvolvimento tecnológico e uso da internet modificaram a dinâmica social e proporcionou diversos benefícios à sociedade. O acesso a internet em especial, viabiliza a democratização da informação, permite ao cidadão que tem acesso ao "mundo virtual" preencher lacunas sociais, como a ausência de informação, liberdade de expressão, transparência dos governos, entre outros, exercendo assim, seu direito à cidadania. Por outro lado, à medida que as informações veiculadas na internet não têm um prazo de validade, fatos podem ser trazidos à tona a qualquer momento, de forma fácil e a qualquer pessoa que tenha interesse em realizar determinada pesquisa sobre um fato ou pessoa. Isso é possível devido ao progresso tecnológico e a globalização que mudaram intensamente a forma como os dados são coletados, acessados e usados.

Uma pessoa que, por exemplo, tenha cometido um crime, e após ter cumprido a pena imposta, estaria justificada perante a sociedade? Tais informações poderiam ser apagadas dos arquivos digitais após o cumprimento integral da pena? Ou ainda, como ficaria a intimidade e privacidade de uma pessoa que teve suas informações divulgadas sem o devido consentimento?

Por exemplo, no caso, do homicídio do empresário brasileiro Marcos Kitano Matsunaga, que ocorreu em 19 de maio de 2012, cometido por sua esposa, Elize Araújo Kitano Matsunaga. Será que a assassina confessa teria o direito de retirar dados, como os que revelam que durante um breve período foi "garota de programa"?

Há casos na Espanha, como o vídeo envolvendo a vereadora e professora de inglês da prefeitura de Los Yébenes (Região de Toledo). Olvido Hormigos Carpio, casada com um carpinteiro e mãe de dois filhos adolescentes, produziu um vídeo que vazou nas redes sociais no qual aparece em momentos de sua intimidade.

Nos Estados Unidos da América do Norte o caso envolvendo a professora secundária de 25 anos, Stacy Snyder, abriu a discussão na Suprema Corte dos EUA sobre o direito a autodeterminação. Stacy disponibilizou em sua página na rede social Myspace uma foto fantasiada de pirata, segurando um copo de bebida. Ela intitulou sua foto como "*Drunken Pirata*" "Pirata Bêbada". O conhecimento da foto pela escola onde trabalhava resultou em advertência por falta de profissionalismo e impedimento de receber seu diploma de graduação da Universidade onde estudava sob alegação de que a estava promovendo a bebida alcoólica e dando mau exemplo aos seus alunos. Stacy acionou judicialmente a

Universidade, sob a alegação que a decisão contrariava o direito à liberdade de expressão protegida pela Primeira Emenda da Constituição dos EUA. No entanto, a Suprema Corte Federal dos EUA rejeitou seu pedido dizendo que, sua autodenominação "Pirata Bêbada" não estaria protegida pelo direito de livre expressão tendo em vista que Stacy como educadora torna-se pessoa pública.[130]

Nos fatos exemplificados, a partir do momento em que se tornaram registros digitais de fácil acesso a quem se interesse, certamente impactaram diretamente a forma como os envolvidos se admitem e são valorados pela sua comunidade e em todo mundo. Pois à medida que esses fatos permaneçam disponíveis eternamente, àqueles que foram expostos na rede sempre estarão submetidos à pena perpétua pelo ocorrido. Por isso a necessidade de se discutir novas delimitações para o direito a informação e liberdade de expressão na internet como medida capaz de resgatar o direito natural ao esquecimento, pois esquecer é a possibilidade de uma segunda chance por erros passados, é garantia fundamental do ser humano.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1 Direito a Autodeterminação da Informação

Na América Latina, o direito a autodeterminação foi constitucionalizado pela Colômbia[131] e Brasil, por meio do artigo 5, LXXII, que prevê o habeas data. Na América do Norte, as discussões começaram com o caso Stacy Snyder.

Na Europa, em 1980, a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico produziu as denominadas "Guidelins on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data", que serviram de ponto de partida para futuras regulações da matéria, em Portugal inclusive.

Portugal foi o primeiro país europeu que constitucionalizou no artigo 35 da sua "Lei Maior" de 1976, o direito dos cidadãos a controlar as informações sobre eles. A regulamentação ocorreu em 1991, quando a autodeterminação deixou de ser uma norma programática.

---

[130] Disponível em:< http:ciberdominiopublico.blogspot.com.br/2010/07/memoria-na-era-digital-e-o-fim-do.html>. Acesso em 01 de março de 2013.

[131] LA CALLE RESTREPO, José Miguel de. *Autodeterminación informativa y Habeas Data em Colômbia – Análisis de La Ley 1266 de 2008,* p.64.

Nasce o direito à retificação de dados pessoais informatizados (CRP, art.35º-1), como um direito especial da personalidade. Protege as pessoas dos perigos que pode causar o uso da informática para sua privacidade. O texto original de 1976 referia-se a dados mecanográficos, embora tenha sofrido algumas revisões constitucionais[132].

Para Canotilho e Moreira, o dispositivo do artigo 35 da Constituição de Portugal consagra um conjunto de direitos fundamentais que pretende impedir que cada um de nós passe a ser encarado como um "simples objeto da informação"[133].

Pèrez Luño assinala que autores espanhóis como Truyol e Serra e Ramón e Villanueva, encontram as raízes da intimidade em Santo Agostinho, "o primeiro ocidental cuja intimidade conhecemos propriamente"[134].

Outros documentos constitucionais europeus também identificaram um direito à privacidade no mesmo sentido.

A Constituição da Espanha de 27 de dezembro de 1978 consagrou o direito à privacidade no artigo 18. n. 1, fazendo referência ao uso de informática no n.4. O segundo país europeu a reconhecer constitucionalmente a necessidade de tutelar o cidadão frente aos riscos da informática foi a Espanha, que também demorou catorze anos para elaborar uma lei que proporcionou os mecanismos necessários para alcançar uma tutela efetiva[135].

Outro estudo revela que existem legislações constitucionais e infra-constitucionais sobre o habeas data por toda Europa[136].

A primeira norma aprovada no Continente americano sobre o tema da privacidade e possível afetação pelos computadores foi a legislação dos Estados Unidos da América do Norte de 31 de dezembro de 1974, Privacy Act, em cuja exposição de motivos se lê: "O Congresso estima que a privacidade do indivíduo é afetada diretamente pela capitação, conversação, uso, difusão de informação pessoal por entes e órgãos federais[...] o crescente uso dos bancos de dados e uma tecnologia complexa de informação, embora seja essencial para o eficiente funcionamento da administração pública, aumenta grandemente a

---

[132] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 214 e ss. O texto foi alterado nas revisões constitucionais de 1982, de 1989 e de 1997. Os autores abordam o direito à auto-determinação informativa.
[133] CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 216.
[134] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 321.
[135] MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa*, p. 20.
[136] DALLA VIA, Alberto R. E; IZASCUM BASTERRA, Marcela. *Habes data y otras garantias constitucionales*,

possibilidade de violação da privacidade individual, que pode ser derivada de qualquer captação, conservação, uso ou difusão da informação pessoal"[137].

Antes, em 1970 foi aprovada a Fair Credit Reporting Act, que continha previsões sobre os dados relativos à solvência patrimonial e o crédito, com a idéia de regular o uso da informação essencial para o funcionamento da economia e o sistema bancário, porém com a utilização proporcional e protetora da privacidade[138].

Também regula o tratamento de dados financeiros a Rege to Financial Privacy Act de 1978, que delimita os direitos dos clientes a respeito das informações bancárias e os termos que podem ser reveladas às agências federais, tendo como regra geral o consentimento.

A Financial Modernization Services Act de 1999[139] estabelece as políticas de informação pessoal do usuário.

Em 2000, o Departamento de Comércio dos EUA publicou o denominado Safe Artur Privacy Principais, traduzido como Princípios do Porto Seguro(Safe Harbor)[140]

O documento reconhece os princípios a que devem submeter-se as entidades norte-americanas para conseguir o visto de aprovação da União Européia, com o objetivo de assegurar uma política de proteção de dados que promova a privacidade num nível semelhante ao europeu, cumprindo e estabelecendo regras para entrega ou troca de dados pessoais entre EUA e União Européia.

Como revela De La Calle Restrepo[141], os princípios somente são obrigatórios para as empresas que voluntariamente aceitam o Acordo.

Por adesão aos princípios da Safe Harbor, os organismo e entidades se obrigam a cumprir vários princípios, a saber:

> "- Notice (notificação e informação): dever de notificar as pessoas, antes do recolhimento de dados que lhe dizem respeito.

---

[137] MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a La autodeterminación informativa*, p. 125.
[138] MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Ricard. *Estudios de protección de datos. Uma aproximación crítica a La autodeterminación informativa*,
[139] Denominada de Billey Act-Gramm-Leach
[140]Disponível em:
< http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000D0520:EN:HTML> Acesso em 20 de fevereiro de 2013.
[141] DE LA CALLE RESTREPO, José Miguel. *Autodeterminación informativa y habeas data em Colombia*, p. 43-44.

- Opt out choice (direito de opção): em caso de notificação a terceiros ou usos incompatíveis com o objeto inicial do recolhimento, as pessoas tem o direito de exigir a retirada da informação a seu respeito.

- Opt in choice (direito de opção de entrada): para informação especial ou sensível, relativa a origem racial, étnica, opção política, convicção religiosa ou outra informação que possa ser utilizada para discriminar, as pessoas tem o direito a não ser incluídas em bases de dados, salvo se optarem voluntariamente a figurar no banco de dados.

- Security (segurança): conforme o qual um operador de informação deve adotar medidas mínimas seguridade para proteger a informação de vazamento ou de uso indevido.

-Integrity (integridade): o tratamento da informação deve responder a um fim compatível e integral para o qual foi destinado.

-Acess(acesso): deve ser assegurado o conhecimento das informações constantes nos bancos de dados.

- Enforcement (coercitividade): outorga a possibilidade dos cidadãos de entrar com recursos ou mecanismos para verificar a responsabilidade do operador de dados".

A Constituição do Brasil criou a ação do habeas data, em 1988, assegurando o conhecimento de informações relativas às pessoas que constem em registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, incluindo a retificação.

A Constituição do Paraguai de 1992 estabelece no artigo 135: "Toda pessoa poderá acessar a informação sobre ela mesma e sobre seus bens que constem em registros oficiais ou de caráter público, assim como conhecer o uso que se faça dos mesmos e suas finalidades{...]".

A Constituição da República Argentina de 1994 estabeleceu um ação de amparo para: "Conhecer os dados a ele referidos, assim com sua finalidade, contidos em registros públicos e privados e em caso de serem falsos ou discriminatórios, exigir sua supressão, retificação, atualização e confidencialidade.

Depois do IV Congresso Ibero americano de Informática e Direito, realizado em Bariloche em 1994, a Argentina decidiu fazer uma legislação específica em matéria de tutela

do direito a auto-determinação informativa, considerando os direitos de acesso, controle, retificação, atualização e cancelamento de dados pessoais[142].

A Lei 25326 estabelece os critérios sob os quais podem ser utilizadas as informações, entre os quais o consentimento e outras questões.

O artigo 31 as Constituição da Guatemala diz: "Toda pessoa tem o direito de conhecer o que dele constem em arquivos, fichas ou qualquer outra forma de registros estatais, e as finalidades a que se dedicam. São proibidos os arquivos de filiação política, exceto os próprios das autoridades eleitorais e dos partidos"[143].

1.1.1Os Espanhóis, o Direito a Autodeterminação Informativa

A Espanha foi um dos primeiros países europeus a colocar na Constituição normas para a proteção dos cidadãos, ou seja, trouxe uma plena liberdade de expressão e os direitos de informação. Mas, tratou de também constitucionalizar os limites, entre os quais os direitos da personalidade, que são igualmente importantes e de mesmo nível[144]. Além de assegurar o direito à intimidade e à imagem, o artigo 18 estabeleceu que a legislação infra-constitucional estabeleceria os limites ao uso da informática no artigo 18.4.

O direito de autodeterminação informativa existia desde os anos 80, mas ganhou importância com a informatização e, principalmente, depois da Internet, como um direito independente na rede a partir de 2.000, com a sentença 272/2000, que deu um caráter de autonomia ligada à dignidade do ser humano. Todavia, houve outros, a partir de um julgamento de 1993.

Na sentença 254 de julho de 1993, o Tribunal Constitucional afirmou que a norma constante na "Lei Maior" consagra um direito fundamental autônomo que constitui uma nova garantia constitucional como uma maneira de trazer uma resposta a uma nova força de ameaça concreta a dignidade e aos direitos da personalidade[145].

---

[142] HASSEMER, Winfried; SÁNCHEZ, Alfredo Chirino. *El derecho a La auodeterminación informativa y los retos del procesamento automatizado de datos personales*, p.134.
[143] DE LA CALLE RESTREPO, José Miguel. *Autodeterminación informativa y habeas data em Colombia*, p. 45.
[144] SANJURJO REBOLLO, Beatriz. *Manual de Derecho de La información – Uma perspectiva legal para um mundo cada dia más mediático*, p.78.
[145] DE LA CALLE RESTREPO, José Miguel. *Autodeterminación informativa y habeas data em Colombia – Análises de La Ley 1266 de 2008*, p.31 O autor cita dois doutrinadores argentinos Alberto R. Dalla Via e Marcela Izascum Basterra, *Habeas dta y otras garantias constitucionales*, p. 62.

A liberdade de expressão foi constitucionalizada tendo como objeto as ideias, opiniões e pensamentos, sem nenhum tipo de censura[146].

Esse direito à liberdade de expressão abrange a difusão de ideias e opiniões amparadas na comunicação e difusão, havendo ou não contato entre o emissor e receptor.

Os bens jurídicos protegidos são todos os pensamentos que as pessoas têm e querem expressar.

E o aporte ou meio que se exerce essa liberdade não importa[147], alcançando também a Internet. O artigo 20 da Constituição da Espanha estabelece:

> "1. Se reconhecem e protegem os direitos:
> a)A expressar e difundir livremente os pensamentos idéias e opiniões mediante a palavra, por escrito ou qualquer outro meio de reprodução.
> b)A produção e criação literária, artística, científica e técnica.
> c)A liberdade de cátedra. A comunicar ou receber livremente informação veraz por qualquer meio de difusão.
> d)A lei regulamentará o direito a cláusula de consciência e ao segredo profissional no exercício destas liberdades.
> 2. O exercício destes direitos não podem ser restringidos mediante a nenhum tipo de censura prévia.
> (...)
> 4. Estas liberdades tem seu limite no respeito aos direitos reconhecidos neste Título, nos preceitos das leis que os desenvolvem e, especialmente, no direito à honra, a intimidade, a própria imagem e a proteção da juventude e da infância.
> 5. Somente poderá ocorrer o seqüestro de publicações, gravações e outros meios de informação em virtude de ordem judicial".

Na interpretação dos dispositivos, a jurisprudência espanhola recebeu influência de alguns critérios da Suprema Corte Americana no tocante ao artigo 20.1 que estabelece a liberdade de informação, como "direito de comunicar ou receber livremente informação verdadeira por qualquer meio de difusão"[148].

---

[146] O Tribunal Constitucional define como censura: "qualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de uma obra del espíritu, especialmente, al hacerlas depender del previo examen oficial de su contenido". STC 52/1983.
[147] SANJURJO REBOLO, Beatriz. *Manual de Derecho de La Información*, p. 66.
[148] URIOSTE BRAGA, Fernando. *Liberdade de expresión y derechos humanos*, p.67.

Num julgamento sobre a liberdade de expressão realizado em 1988[149], o Tribunal Constitucional Espanhol considerou-a como um valor preponderante. Mas, ressaltou que somente pode ser exercida quando em compatibilização com outros valores entre os quais a formação da opinião pública.

Numa outra sentença 6/88 de 21 de janeiro de 1988, a Corte afirma que:

> "É certo que em casos reais que a vida oferecer não é sempre fácil separar a expressão do pensamento, ideias e opiniões, da estrita comunicação informativa, pois a expressão do pensamento necessita a miúde apoiar-se na narração dos fatos, e ao contrário, a comunicação dos fatos ou de notícias não se da nunca num estado quimicamente puro e compreende, quase sempre, algum elemento valorativo ou dito de outro modo uma interpretação dos fatos pelo narrador".

Por outro lado, a jurisprudência e a doutrina foram construindo uma proteção à autodeterminação dentro de um sistema geral diante da informática. A primeira questão reside em saber quando, mas também como deve ser feita a proteção[150].

Alguns autores chamam de técnicas de proteção de dados, integrada por um conjunto de direitos subjetivos, deveres, procedimentos, instituições e regras objetivas[151].A pessoa que se beneficia tem uma situação de controlar a circulação e o conhecimento da sua identidade e circunstâncias dos seus direitos da personalidade.

Ainda que o artigo 18,4 remeta somente a lei, a outros preceitos ligados aos direitos da personalidade que se fazem presentes.

Nas análises do direito a autodeterminação informativa alcança identificação dos seus titulares, bem como os bancos de dados. O sujeito ativo é o titular do direito, qualquer pessoa física, independente de idade ou condição. O fator determinante é a personalidade.

O sujeito passivo é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize sistemas informáticos para armazenamento de dados pessoais, jornais inclusive.

O conteúdo típico do direito a autodeterminação informativa podem ser todas as informações pessoais ou mesmo sensíveis que possam ser recolhidas de forma lícita ou ilícita. No último caso, as pessoas têm o direito de saber, da existência desses bancos de dados formados a partir das redes sociais, Facebook , MySpace ,Twitter entre outras.

---

[149]MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa,* p.174 e ss.SENTENÇA 107/88.
[150] PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos humanos em la sociedad tecnológica,* p. 185. O autor estuda as iniciativas de proteção espanholas.
[151] MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa,* p.174

Há um direito de acesso ao conteúdo das informações pessoais. Essa faculdade implica na possibilidade de conhecer a origem ou procedência daqueles conteúdos.

Dentro do que foi visto na legislação espanhola e na jurisprudência, há ainda os direitos de retificação, complementação de dados e direito de cancelamento.

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

Segundo a doutrina, a sociedade moderna vive um "superinformacionismo" que nada mais é do uma verdadeira massa de informações sobre tudo e sobre todos, queiram ou não estar naqueles conjuntos de dados ou informações.

Assim, diante das condições da moderna tecnologia da informação é inegável o conflito aparente entre a liberdade de expressão e de informação materializados na rede de computadores e a privacidade, intimidade e honra, pois ambos direitos são garantidos pela Constituição Federal. Vejamos:

> Art. 5º IV, V, IX, X e XIV e artigo. 220 da Constituição Federal de 1988:
>
> IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
>
> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
>
> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
>
> § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Apesar de a Constituição deixar muito ampla a proteção ao direito de expressar-se, informar e ser informado, o importante é se perceber que há um limite à expressão e à informação. O limite é a tutela da dignidade da pessoa humana e a lei. Neste contexto, o direito ao esquecimento ganha força na doutrina jurídica brasileira após a recente aprovação do Enunciado n. 531 na VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho de Justiça Federal/STJ cujo teor ora se transcrevem:

> ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.
> Artigo: 11 do Código Civil
>
> Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados[152].(Grifo nosso)

O enunciado é uma orientação doutrinária que define a interpretação da norma. Neste caso, conforme o entendimento do enunciado, no artigo 11 do Código Civil o direito de ser esquecido está implícito entre um dos direitos da personalidade, sendo intransmissíveis e irrenunciáveis, assim como o direito inerente à pessoa à sua dignidade, honra, imagem, nome e a intimidade, previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

A questão defendida é que ninguém é obrigado a conviver para sempre com erros pretéritos. Desta forma, quem pretende judicialmente apagar informações negativas sobre seu passado já pode evocar o direito ao esquecimento como garantia de tutela à dignidade humana, como ocorreu recentemente em dois recursos especiais julgados pela 4ª Turma do

[152]Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf.> Acesso em 20 de julho de 2013.

Superior Tribunal de Justiça. As decisões, unânimes, marcaram a primeira vez que uma Corte Superior discute o tema no Brasil.

O recurso especial, que teve como relator o Ministro Luis Felipe Salomão foi proposto por Jurandir Gomes de França que ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda. Jurandir foi indiciado como coautor/partícipe da sequência de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, na cidade do Rio de Janeiro, conhecidos como "Chacina da Candelária", mas que, a final, submetido a júri, foi absolvido por negativa de autoria pela unanimidade. Porém, em junho de 2006, foi ao ar no programa Linha Direta,contra a vontade expressa do autor, o episódio, que declinou seu nome, tendo sido o autor apontado como um dos envolvidos na chacina, mas que fora absolvido.

Veja a transcrição do relato do autor do recurso:

> [...] levou-se a público situação que já havia superado, reacendendo na comunidade onde reside a imagem de chacinador e o ódio social, ferindo, assim, seu direito à paz, anonimato e privacidade pessoal, com prejuízos diretos também a seus familiares. Alega que essa situação lhe prejudicou sobremaneira em sua vida profissional, não tendo mais conseguido emprego, além de ter sido obrigado a desfazer-se de todos os seus bens e abandonar a comunidade para não ser morto por "justiceiros" e traficantes e também para proteger a segurança de seus familiares.[153]

O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, sopesando, de um lado, o interesse público da notícia, e, de outro, o "direito ao anonimato e ao esquecimento" do autor, entendeu por bem mitigar o segundo, julgando improcedente o pedido indenizatório.

No entanto, em grau de apelação, a sentença foi reformada, por maioria, nos termos da seguinte ementa:

> Apelação. Autor que, acusado de envolvimento na Chacina da Candelária, vem a ser absolvido pelo Tribunal do Júri por unanimidade. Posterior veiculação do episódio, contra sua vontade expressa, no programa Linha Direta, que declinou seu nome verdadeiro e reacendeu na comunidade em que vivia o autor o interesse e a

[153] Recurso Especial Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Pág. 01 Disponível em < http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf > Acesso em 20 de julho de 2013.

desconfiança de todos. Conflito de valores constitucionais. Direito de Informar e Direito de Ser Esquecido, derivado da dignidade da pessoa humana, prevista no art.1º, III, da Constituição Federal.

I - O dever de informar, consagrado no art. 220 da Carta de 1988, faz-se no interesse do cidadão e do país, em particular para a formação da identidade cultural deste último.

II - Constituindo os episódios históricos patrimônio de um povo, reconhece-se à imprensa o direito/dever de recontá-los indefinidamente, bem como rediscuti-los, em diálogo com a sociedade civil.

III - Do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, e do direito que tem todo cidadão de alcançar a felicidade, restringe-se a informação, contudo, no que toca àqueles que, antes anônimos, foram absolvidos em processos criminais e retornaram ao esquecimento.

IV - Por isto, se o autor, antes réu, viu-se envolvido em caráter meramente lateral e acessório, em processo do qual foi absolvido, e se após este voltou ao anonimato, e ainda sendo possível contar a estória da Chacina da CandeIária sem a menção de seu nome, constitui abuso do direito de informar e violação da imagem do cidadão a edição de programa jornalístico contra a

vontade expressamente manifestada de quem deseja prosseguir no esquecimento.

V - Precedentes dos tribunais estrangeiros. Recurso ao qual se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de R$ 50.000,00 a título de indenização (fls. 195-196).[154]

Em sua fundamentação, o ministro Salomão manteve o acórdão sob a justificativa de que apesar de a Chacina da Candelária se tratar de fato histórico, que simbolizou a precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e adolescentes no Brasil, certamente a fatídica história seria contada de forma fidedigna sem a necessidade da exposição do nome e imagem do autor em rede nacional. Para o ministro, o ocorrido configura uma segunda ofensa à sua dignidade, pois fora reforçada sua imagem de indiciado e não de inocentado.

[154] Recurso Especial Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Pág. 02 Disponível em < http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj.pdf > Acesso em 20 de julho de 2013.

Outro recurso que julgado recentemente foi uma ação de indenização por danos morais proposta pelos irmãos de Aida Curi em face da TV Globo Ltda, que também evocou o direito ao esquecimento. Neste caso, Aida foi vítima de homicídio no ano de 1958 no bairro de Copacabana no Rio de Janeiro. Aida tinha dezoito anos e foi brutalmente abusada sexualmente por três homens. Para encobrir o crime os agressores atiraram a jovem do terraço no décimo segundo andar do prédio tentando simular um suicídio. Aida faleceu em função da queda. Este crime foi nacionalmente conhecido por força do noticiário da época. Para os irmãos da vítima, autores da ação, a transmissão feita pelo programa "Linha Direita Justiça" do homicídio de sua irmã após quase sessenta anos reabriu antigas feridas dos autores, além de alegar que a emissora explorou a tragédia familiar, pleiteando danos materiais e à imagem, consistentes na exploração comercial da falecida com objetivo econômico de audiência e publicidade. Em seu voto, o ministro relator Luis Felipe Salomão, reconheceu o direito ao esquecimento dos familiares da vítima, mas destacou que em crimes como o ocorrido, de repercussão nacional, a vítima frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime se for ocultada a pessoa do ofendido.

Acerca do direito ao esquecimento, concluiu o ministro relator do recurso:

> No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um "direito ao esquecimento", na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. [155]

O recurso foi negado, sob a argumentação de que o acolhimento ao direito ao esquecimento neste caso seria desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança. No caso em exame, as instâncias ordinárias também reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa, afastando assim, o dano moral.

---

[155] Recurso Especial Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0) pág. 39 Disponível em:< http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf > Acesso em 20 de julho de 2013.

Na verdade, como reconheceu a sentença:

> [...] a ré ateve-se à reprodução dos fatos ocorridos na época, enaltecendo, inclusive, a imagem da vítima (irmã dos autores), ao ressaltar seu comportamento recatado, sua ingenuidade, e religiosidade, chegando a compará-la a Maria Gorete: "...uma camponesa italiana que resistiu à fúria de um tarado sexual pois não queria perder a pureza. Maria Gorete foi santificada pela Igreja Católica (fl. 864, com grifo no original).[156]

Nota-se que a grande dificuldade da discussão do direito ao esquecimento é que não se pode falar em regras, ou em tese. São sempre debates principiológicos e casuísticos.

Nos casos exemplificados, a informação foi veiculada por meios televisivos. Entretanto, o direito ao esquecimento tem maior preponderância quando aplicado à internet, tendo em vista que na rede nada se esquece e tudo se perpetua, além do alcance incalculável das informações veiculadas por este *ciberespaço*.

O tema é de relevância supranacional, e os limites e possibilidades do tratamento e preservação dos dados pessoais estão na pauta dos mais atuais debates internacionais.

Em recente palestra proferida na Universidade de Nova York, o alto executivo, ex-CEO do Google Eric Schimidt, afirmou q*ue "a internet precisa de um botão de delete"*[157], tendo em vista que informações sobre o passado de uma pessoa podem ressurgir a um clique, causando prejuízos pessoais e profissionais.

Desta forma, o direito a autodeterminação da informação, é uma condição funcional e elementar para uma comunidade democrática livre. O livre desenvolvimento da personalidade garante ao individuo a proteção contra armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados.

Como bem observa Paulo José da Costa Júnior, dissertando acerca do direito de ser deixado em paz ou o direito de estar só (*the right to be let alone*):

---

[156]Recurso Especial Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0) pág. 41 Disponível em:< http://s.conjur.com.br/dl/direito-esquecimento-acordao-stj-aida.pdf > Acesso em 20 de julho de 2013.

[157]Disponível em :< http://reputacaodigital.com.br/google-schmidt-dia-que-internet-precisa-de-um-botao-delete/> Acesso em 20 de julho de 2013.

> Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privatividade, contemplação e interiorização vêm sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas (COSTA JÚNIOR,
>
> Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 16-17).

E no que se refere às informações veiculadas na internet à medida que as informações são eternizadas na rede sem nenhuma regulamentação ou limitação, em muitos casos se tornam grave ameaça aos direitos fundamentais como dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, explica Artemi Rallo, ex-diretor da Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) [158]:

> "O problema não é a enxurrada de informação sobre uma pessoa que a Internet pode abrigar, e sim que essa informação seja imperecível. Não se trata de suprimir uma notícia do mundo real ou virtual. O direito ao esquecimento se refere ao efeito multiplicador do Google e das máquinas de busca. Pode-se apagar a informação pessoal de um meio digital ou dados que aparecem no BOE, como multas, sanções ou indultos. Essa informação, à diferença do que ocorre no papel, adquire uma expansão global e temporalmente eterna. É bastante razoável que algo que aconteceu há 30 anos não esteja nos índices de uma máquina de buscas"

Conhecer o destino, a forma de armazenamento, os meios de publicação e a finalidade garantem ao interessado o direito de autodeterminar-se, escolhendo entre compartilhar ou não a sua esfera privada.

[158] GÓMEZ, G. R.. O direito ao esquecimento na internet. **El Pais.** Luis Nassif Online. Tradução: Luiz Roberto Mendes Gonçalves.Disponível em:< http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/o-direito-ao-esquecimento-na-internet>.Acesso em 15 de agosto de 2012.

2.1 As Informações Armazenadas e os Riscos na Rede

Se a Internet possibilita que as pessoas exerçam livremente suas informações, histórias e experiências, o site vencedor do Webby Awards de 2006[159] na categoria "Comunidades" se propôs a tornar o acesso ainda mais rápido e fácil. A cada dia são criados novos bancos de dados e outros são atualizados.

O Cumbria Digital Lives[160], que faz parte das seções comunitárias do portal da BBC tem duas funções: capacitar às pessoas comuns a registrar a memória de suas família e comunidade e ainda, arquivar e divulgar todo o material.

O site cria um banco de dados, que pode ter fotos impressas, pinturas e outros objetos. Podem figurar textos e entrevistas que registram fatos e histórias. Além de estarem disponíveis pela Internet, as equipes da British Broadcasting Corporatin que produzem programas de rádio, TV e outras mídias também pode aproveitar os mini-documentários dos usuários para divulgar a iniciativa[161].

O material recolhido tanto na Web como nos cursos da BBC ficam armazenados nas diferentes seções do site dedicadas a tipos diferentes de mídia e conteúdos.o Vídeo Nation oferece entrevistas e documentários caseiros, enquanto que o Telling Lives reúne histórias pessoais.

O Photo Essays compila álbuns de fotos junto com textos, o Inside Lives recolhe histórias de pessoas locais. O Diverse Lives junta relatos sobre a diversidade cultural da região. Trata-se de um banco de dados completo.

Alguns dos principais jornais impressos do Brasil mantêm arquivos digitais, como Folha de S. Paulo e o Estado de São Paulo. O que se discute nas redações é se existe uma autodeterminação informativa dentro dos veículos de comunicação de massa que estão hospedados na Internet.

---

[159] Disponível em: <www.webbyawards.com/>. Acesso em 10 janeiro de 2010. Prêmios oferecidos pela Internacional Academy of Digital Arts, que envolve sites, publicidade interativa, mídia, cinema e comunidades, entre outros.

[160] Disponível em: <www.bbc.co.uk/cumbria/digital_lives>. Acesso em 20 de junho de 2010.

[161] SPYER, Juliano. *Conectado – O que a Internet fez com você e o que você pode fazer com ela*, p. 185. O autor explica que a Cumbria fica no extremo norte da Inglaterra e junto com o porjeto online, há um ônibus que circula pela região promovendo cursos e oferecendo apoio de profissionais para digitalizar fotos, pinturas e outros objetos.

No dia 5 de novembro de 2008, depois de confirmada sua vitória no Colégio Eleitoral, o presidente eleito dos Estados Unidos Barack Obama colocou em seu Twitter[162]: "Nós acabamos de fazer história. Tudo isso aconteceu porque vocês dedicaram seu tempo, talento e paixão. Tudo isso aconteceu por causa de vocês. Obrigado".

As palavras, além dos fatos, fizeram história, pois a Biblioteca do Congresso[163] fez uma parceria com o Twitter e passou a arquivar todas as mensagens enviadas a partir de março de 2006, quando o serviço foi colocado à disposição dos usuários. Portanto, existe um banco de dados de todos "twites", que está nas coleções digitais, junto com outros materiais digitalizados[164].

Assim, as pessoas de uma maneira fácil, rápida e barata podem encontrar entrevistas, opiniões e reportagens feitas ao longo de anos. Esta possibilidade de acessar ao passado outorga ao cidadão um poder formidável de acompanhar o trabalho e a vida pessoal dos candidatos aos cargos públicos e dos políticos. Mas, se existe essa possibilidade de uma memória que seria útil na democracia, a capacidade de armazenamento eletrônico alcança todas as demais pessoas.

Antes de trazer a discussão sobre a possibilidade de uma busca no passado, importante discorrer sobre os chamados buscadores, presentes no Twitter inclusive, que permitem encontrar às informações pretendidas.

Os instrumentos de busca podem proporcionar ao usuário da rede o acesso não apenas aos sites que lhe interessam, mas também aos assuntos.

Como ressalta Ascensão, os sítios vêm ao encontro do navegante, que é aquele que busca na Internet, enquanto que navegador é o instrumento que lhe faculta essa busca[165]. Mediante programas de computador adequados, o navegador receber do internauta ou navegante as indicações ou informações que precisa e perscruta na Internet, o que corresponde a esses conteúdos.

É uma maneira pela qual o navegante ou internauta, mesmo não conhecendo o assunto, pode acessar uma informação sobre ela colocada ou postada em qualquer site.

---

[162] Disponível em: <Twitter.com/BarackObama>. 22 de junho de 2010.
[163] Disponível em: <www.loc.gov>. Acesso em 23 de maio de 2010..
[164] Disponível em: <Tinyurl.com/2knoku>. Acesso em 21 de maio de 2010.
[165] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet <in> Estudos Sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação,* p. 208.

Os números em nível mundial firmam que o Google[166] é responsável por 90 por cento de todas as buscas, vindo a seguir o Yahoo, com 5,6 por cento, vindo depois a Microsoft, com 2,7 por cento. No site da StatCounter, há outros sites de busca que podem ser usados para acessar informações sobre as pessoas divulgadas tempos antes, cada qual com suas peculiaridades[167].

Apesar desse domínio, há diversas alternativas de sites de busca, alguns focados na pesquisa científica como o Scirus e outros oferecendo serviços diferentes, como o Wolframalpha, criado pelo físico britânico Stephen Wolfran, que ao invés de indicar os chamados "links", pretende reunir informações sobre qualquer expressão que for digitada na pesquisa.

O dicionário Oxford de inglês que era impresso há mais de 126 anos pela Oxford University Press não será mais publicado em papel, pois a coleção de 20 livros e muito cara(USD 1,165) e que não contem as atualizações da versão digital, que pode ser acessada por um buscador ou ainda ser substituída por outros instrumentos constantes na rede. O dicionário é um tipo específico de buscador para significados de termos ou expressões.

Com tantos instrumentos de busca disponíveis, qualquer informação ocorrida há 20 anos pode ser encontrada, se estiver na Internet. No entanto, as respostas dadas, sites ou sitos colocados à disposição, não possuem um caráter meramente estático, como aparentam, pois

---

[166] Revista Época. Disponível em: <www.epoca.com.br>, Ed.Acesso em 22 de julho de 2009.

[167] Entre eles: **Hunch** Disponível em: <www.hunch.com>: Inglês - O internauta precisa responder uma série de questionamentos, pois a finalidade é dar uma resposta mais próxima da consulta, de acordo com seu perfil; Wolframalpha Disponível em: <www.wolframalpha.com> Acesso em 21 de junho de 2010: Inglês – Criado por Stephen Wolfram, a chamada 'calculadora universal' não indica links para outros sites, mas tem próprio banco de dados, com 10 trilhões de resultados, com respostas mais precisa; **Scirus** Disponível em: < <www.scirus.com> Acesso em 21 de junho de 2010: Inglês – Oferece mais de 458 milhões de resultados confiáveis, com agilidade, a universitários, cientistas e pesquisadores, além de empresas que investigam se uma patente foi registrada; Mamma Disponível em: <htt://mamma.com>: Inglês – Pretende ser a 'mãe dos mecanismo de busca", pois concentra os resultados oferecidos por outros, como o Google, o Bink e o Ask.O resultado é completo, mas não separa os links patrocinados dos comuns e reúne um banco de empregos e guias de compras e viagens; **Twitter Search** Disponível em: <HTTP://search.twitter.com> Acesso em 21 de junho de 2010: Inglês – As respostas são encontradas em tempo real, ao contrário dos tradicionais que demoram um tempo até indexar as páginas. É possível saber o que as pessoas estão falando sobre qualquer assunto; **Mahalo** Disponível em: <www.mahalo.com> Acesso em 22 de junho de 2010 – Inglês: o buscado deixa de lado os algoritmos e aposta em especialistas humanos para responder aos internautas. Há editores especializados em várias áreas, que são avaliados e pagos pelas avaliações que recebem; **Aardvark** Disponível em: <HTTP://vark.com> Acesso em 23 de junho de 2010 – Inglês – As consultas são realizadas por serviços de mensagem instantânea ou e-mail. Você faz uma questão, e ele pergunta para alguém de sua rede de relacionamentos, como contatos do GTalk, e-mails ou amigos em sites sociais, como Facebook; **Akinator** Disponível em: <**HTTP://pt.akinator.com**> Acesso em 24 de junho de 2010 - Inglês e Português: Mais que um site, trata-se de um divertido jogo de adivinhação. Ele cerca o internauta com perguntas mais genéricas e costuma dar resultados certos; **Youtube** Disponível em: <www.youtube.com.br) Acesso em 21 de junho de 2010 – Inglês e Português: É o segundo no mercado de buscas. Além de pesquisar clipes de músicas, cenas engraçadas e trechos de filmes, traz um Manuel de instruções, com vídeos de 'como fazer alguma coisa'; **Bing** Disponível em: <www.bin.com> Acesso em 21 de junho de 2010 – Inglês e Português: Serviço recente da Microsoft, que oferece uma série de ferramentas mais avançadas para pesquisas, compras e turismo. Os serviços de compra e turismo só tem versão e inglês.

podem proporcionar respostas que se adaptam ao perfil do usuário, usando alguns dados constantes no perfil do internauta[168].

São os *"cookies"*, ou seja, um conjunto de informações de que habitualmente o internauta não se dá conta, que estão armazenadas no seu próprio domínio e permitem mobilizar os dados essenciais de indagações anteriores. Além disso, o navegador pode estar estruturado de tal modo que conduza o navegante para alguns sites e evite outros.

Os instrumentos de busca referenciam a meta-informação disponível sobre os vários servidores. Nas buscas a que procede, o navegador detecta os termos ou expressões referentes à matéria pedida pelo internauta que se encontra em diversos sites ou sítios. Desta forma é atraído pelas palavras ou pelo número de vezes que a palavra é utilizada, escolhendo um site, um local ou ainda os de maior utilização por se presumir serem os mais diretamente relevantes.

O jornal Folha de S. Paulo não altera os arquivos digitais, porque os considera cópia do que foi impresso. Segundo Suzana Singer, Ombudsman, se houve um erro no passado, o periódico mantém a notícia original, mas faz uma nota corretiva[169].

Esse direito de autodeterminação que envolve a retificação ou retirada de conteúdo que viole direitos precisa ser mais bem discutido em nível doutrinário, embora o problema não seja apenas no Brasil, que tem instrumentos para juridicamente promover as alterações.

Na Europa, já existem discussões se os dispositivos previstos antes da Internet são suficientes para promover correções, alterações e retirada de conteúdos. A legislação vigente na Espanha (LO 1/1984) está escrita com uma vagueza para incluir as informações difundidas por meio de computadores[170].

Assim, se atribui a "toda pessoa, natural ou jurídica", o "direito a retificar a informação difundida" por "qualquer meio de comunicação social" (artigo 1)[171].

---

[168] ASCENSÃO, José de Oliveira. Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet <in> Estudos Sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação, p. 209. "Na progessão, o navegador pode memorizar as informações recolhidas para utilizações futuras. E pode armazená-las onde menos seria de esperar – na própria memória do terminal indagante, de maneira a estarem disposínveis em cada nova utilização".

[169] SINGER, Suzana. Em algum lugar do passado – Injustiça eternizadas em arquivos digitais de jornais são o principal dilema ético em encontro anual de ombudsmans <in> Folha de S. Paulo, A8, 16 de maio de 2010.

[170] MIGUEL, Carlos Ruiz. *La libertad política em La democracia electrónicamente influída <in> Libertad em Internet – La red y lãs libertades de expresión e información*, p. 55.

[171] DELPECH, Horacio Fernández. *Internet: su problemática jurídica*, p. 220. O autor os direitos dos titulares de dados.

Já existem casos nos quais houve a extensão desse direito aos meios trazidos pela Internet, mas Carlo Miguel Ruiz[172] defende que a lei deveria trazer especificamente que a aplicação desse direito se estende a qualquer novo instrumento.

Mas, há outro problema. Quando a pessoa não quer a retificação ou réplica, mas pretende um direito ao esquecimento.

O dilema ético que mais provocou debate no encontro anual da Organização de Ombudsman de Imprensa, em 2010, foi o de como lidar com as "injustiças" eternizadas nos arquivos digitais.

Houve uma reunião realizada com a participação de 31 ombudsmen de 16 países, em Oxford, na Inglaterra. Nenhum dos jornais que participaram no encontro tem, em seus códigos de conduta ou manuais de redação, dispositivos de como responder àqueles que exigem que seus nomes sejam retirados ou apagados da internet. Há exemplos sérios, que precisam ser vistos dentro dos direitos fundamentais ou humanos.

Um garoto de 12 anos escreveu a um jornal inglês, no mês de abril de 2010, solicitando que seja apagada ou censura uma notícia que o citava como vítima de "bullying", um tipo de humilhação entre crianças e adolescentes realizada em ambiente escolar. O depoimento, dado seis anos antes, era da própria mãe do menino, que procurou o jornal na esperança de que as autoridades escolares tomassem providências e que as ofensas cessassem.

Graças às ferramentas de busca, como o Google, os colegas do garoto, agora em outro colégio, descobriram a história e começaram a fazer novas gozações e provocações. O pesadelo se repetia. A reportagem foi correta, mas a criança não foi ouvida. Foi à própria mãe que tomou a decisão de dar publicidade ao caso.

Com base no texto constitucional surge uma legislação infra-constitucional tratando do acesso aos dados de terceiros, da maneira como devem ser tratados os dados sensíveis.

Um direito do cidadão brasileiro e do estrangeiro de acesso pessoal aos dados pelo respectivo titular e de um direito à sua atualização e retificação, bem como um princípio da finalidade no tratamento de dados, inclusive seguindo diretrizes estabelecidas em doutrina européia[173] e jurisprudência portuguesa[174].

---

[172] MIGUEL, Carlos Ruiz. *La libertad política em La democracia electrónicamente influída <in> Libertad em Internet – La red y lãs libeertades de expresión e información,* p. 56.

[173] CASTRO, Catarina Sarmento e. Nesse sentido, uma apresentação em Congresso. O direito à autodeterminação informativa e os desafios gerados pelo direito à liberdade à segurança no pós 11 de Setembro

Sem uma comissão como a portuguesa e sem legislação de Internet específica, ainda assim será possível ao indivíduo que conste no banco de dados da Folha de S. Paulo conhecer o tratamento dos dados pessoais, bem como acessar seus dados. Depois disso, mesmo sendo um documento histórico, tem o direito de corrigi-los, atualizá-los ou eliminá-los. Poderia fornecer esclarecimentos sobre a situação da época.

Na interpretação sistemática e principio lógico da Constituição do Brasil, o direito de informação necessariamente abrange o direito de conhecer e corrigir os dados pessoais visto ser estes constantes em bancos de dados, por meio do remédio denominado habeas data, sendo necessário buscar antes a forma administrativa.

Apesar deste direito se traduzir num dever do Estado brasileiro legislar[175], este mesmo direito atribui ao cidadão um poder de corrigir os conteúdos, obedecidos alguns critérios.

CONCLUSÕES

O conflito aparente entre a liberdade de expressão e o direito a informação face aos direitos de personalidade ganha relevância na sociedade moderna, chamada pela doutrina de sociedade do "superinformacionismo" que nada mais é do que uma "enxurrada" de informações que estamos submetidos sobre tudo e todos, proporcionada especialmente pelo desenvolvimento tecnológico da informação. Ao ponto que essas informações e o uso da liberdade de expressão em casos concretos violem direitos fundamentais ligados a dignidade da pessoa, faz-se necessário reavaliar uma limitação para esses direitos por meio do direito da autodeterminação da informação, que é o direito do sujeito mesmo sob as condições da moderna tecnologia de processamento de informação, que ao indivíduo está garantida a liberdade de decisão sobre ações a serem procedidas ou omitidas, pois quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas em certas áreas de seu meio social, pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação sobre sua vida. Também ganha força na doutrina brasileira e estrangeira o direito ao esquecimento, tendo em vista as diversas violações

---

<in> VIII Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional, Sevilha, Dezembro 2003, disponível em <HTTP://www.us.es/cidc/Ponencias/fundamentales/CatarinaCastro.pdf.>

[174] Acórdão n. 182/89, publicado no DR I-A n. 131, de 7 de Junho de 1997, p.2803-2817, fazendo referência a esse direito fundamental. Analises destes e de outros Acórdãos importantes estão em:<HTTP//WWW.us.es/cidc/Poencias/fundamentales/CatarinaCastro.pdf.>

[175] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, p. 373. O autor fala sobre as normas impositivas de legislação, o que se aplica no Brasil, pois as normas embora não tenham eficácia plena, são uma imposição constitucional e quando não acatadas, constituem uma inconstitucionalidade por omissão.

ocorridas diariamente pelos meios de comunicação, aos direitos à honra, à privacidade e à intimidade, todos eles, por sua vez, resultantes da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana, uma vez que ninguém é obrigado a conviver para sempre com o passado.

Há necessidade de estabelecer limites para o armazenamento das informações e mecanismos capazes de possibilitar que qualquer pessoa possa apagar dados relativos à sua intimidade e privacidade. A alteração legislativa sobre o tema determinando um prazo para que informações fiquem disponíveis na rede e mecanismos que os interessados pudessem utilizar para informações que violem direitos fundamentais e que não seja de interesse público sem a necessidade de socorrer ao judiciário como ocorre atualmente seria capaz de garantir um mínimo de dignidade às pessoas que tiveram seus dados ou informações disponibilizados no mundo virtual.

REFERÊNCIAS

ABOSO, Gustavo Eduardo; ZAPATA, María Florencia. **Cibercriminalidad y derecho penal**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de f, 2006.

Agencia Española de Protección de Datos. Disponível em: <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/index-ides-idphp.php> Acesso em

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **O Closed Caption**, a Legenda Animada, como Direito Fundamental de Informação de Terceira Geração. Bauru: Dissertação (Mestrado) – Instituição Toledo de Ensino, 2003.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal uma perspectiva jurídico-criminal.** Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 13 ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet <in> Estudos Sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação,*

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus aspectos processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASTRO, Catarina Sarmento e. **Direito da informática, privacidade e dados pessoais.** Coimbra: Almedina, 2005.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 16-17).

DALLA VIA, Alberto R; IZASCUM BASTERRA, Marcela. **Habes data y otras garantias constitucionales.** Buenos Aires: Némesis, 1999.

DE LA CALLE RESTREPO, José Miguel. **Autodeterminación informativa y Habeas Data em Colombia** – Análisis de La Ley 1266 de 2008, Bogotá: Editorial Temis, 2009.

DELPECH, Horacio Fernández. **Internet: su problemática jurídica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

DESANTES GUANTER, José Maria. **La información como derecho**. Madrid: Editora Nacional, 1974.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel; PIZZOLO, Calogero. **Derecho a la información** –Reforma constitucional y libertad de expresión. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1996.

GARRAIAGA DOMÍNGUEZ, Ana **Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales.** Madrid: Dykinson, 2004.

GÓMEZ, G. R.. O direito ao esquecimento na internet. **El Pais.** Luis Nassif Online. Tradução: Luiz Roberto Mendes Gonçalves.Disponível em:< http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/o-direito-ao-esquecimento-na-internet>.Acesso em 15 de agosto de 2012.

HASSEMER, Winfried; SÁNCHEZ, Alfredo Chirino. **El derecho a La audeterminación informativa y los retos del procesamiente automatizado de datos personales**, 1 ed Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1997.

HERRERO-TEJEDOR, Fernando. **Honor, intimidad y propria imagem.** 1 ed. Madrid: Colex, 1990.

LA CALLE RESTREPO, José Miguel de. **Autodeterminación informativa y Habeas Data em Colombia** – Análisis de La Ley 1266 de 2008, Bogotá: Editorial Temis, 2009.

MIRANDA Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. Tomos I e IV. Coimbra: Coimbra, 1996.

MOLES PLAZA, Rámon J. *Derecho y control em Internet, - La regularid de Internet,*

MIGUEL, Carlos Ruiz. *La libertad política em La democracia electrónicamente influída <in> Libertad em Internet – La red y lãs libeertades de expresión e información,*

MURILLO, Pablo Lucas. **El derecho a la autodeterminación informativa**. Madri: Tecnos, 1990.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedade tecnológica** <in> Informatica e diritto, Vol. 1, VIII anno, 1992.

_____. **Libertad informática y Derecho a la autodeterminación informativa in Congreso Sobre Derecho Informático**. Zaragosa: Facultad de Zaragoza, 1989.

SANJURJO REBOLLO, Beatriz. **Manual de Derecho de La Información**. Madrid: DYKINSON, 2009.

SPYER, Juliano. *Conectado – O que a Internet fez com você e o que você pode fazer com ela*

URIOSTE BRAGA, Fernando. *Liberdade de expresión y derechos humanos,*

VELANDIA CANOSA, Eduado Andrés. **Teoría Constitucional de Proceo** – Derecho Processal Constitucional, Bogotá DC: Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2009.

ZACCARIA, Roberto. **Diritto dell'informazione e della comunicazione.** Padova: CEDAM, 1998.

_____. **Materiali per un corso sulla libertà di informazione e di comunicazione**. Padova: CEDAM, 1996.

ABORDAGEM JURÍDICA DA LIBERDADE DE PESQUISA: REFLEXÕES A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Tania Letícia Wouters ANEZ[176]

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é investigar qual seria o papel do direito ao ponderar o princípio da Dignidade humana diante da liberdade de pesquisa fruto da grande evolução biotecnológica. O desafio consiste em saber: como deve ser a aplicação do direito diante das novas questões envolvendo biotecnologias. Para tal mister será analisada a regulamentação legal feita pela lei de biossegurança nacional nas pesquisas com células-tronco e organismos geneticamente modificados buscando definir qual tem sido o papel do direito diante dessa novas realidades e questionar qual deveria ser o papel do direito face os avanços da biotecnologia. A reflexão a respeito desses desafios possibilita minorar a insegurança jurídica que o avanço da ciência impõe ao ordenamento jurídico. Sem esquecer o questionamento a respeito de até que ponto a liberdade de pesquisa poderia gerar agressão ao princípio da dignidade humana, e como conciliar essa realidade com os princípios da ordem econômica vigente que promovem a pesquisa científica como forma de contribuir para o desenvolvimento nacional. É correto deixar que as opções de políticas públicas envolvendo liberdade de pesquisa ao guardião da Constituição? revela-se uma consequência – como tem sido feito nos últimos anos – da prática jurídica atual ou uma necessidade diante da temática em questão.

RESUMEN

El objetivo de este estudio es investigar cuál sería el papel de la ley en la consideración del principio de la dignidad humana frente a la libertad de investigación fruto de los grandes desarrollos biotecnológicos. La meta está en saber cómo debe ser la ley en asuntos relacionados con las nuevas biotecnologías. Para esta tarea se analizará la regulación legal hecha por la ley nacional de bioseguridad en la investigación de células madre y los organismos modificados genéticamente tratando de definir cuál ha sido el papel del derecho

[176]Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Graduada em Direito pela UNIVEM. Especialista em Direito Público pela UCDB. Advogada.

frente a esta nueva realidad y preguntar cuál debe ser el papel de la ley en frente de los avances de la biotecnología. Al reflexionar sobre estos problemas permite reducir la incertidumbre jurídica que el avance de la ciencia coloca que el sistema legal. Sin olvidar la pregunta sobre el grado en que la libertad de investigación podría conducir a la agresión del principio de la dignidad humana, y cómo conciliar esta realidad con los principios del orden económico actual para promover una investigación científica que contribuya al desarrollo nacional. ¿Es correcto dejar que las opciones de política pública relacionados con la libertad de la investigación para el guardián de la Constitución? revela una consecuencia - como se ha hecho en los últimos años - de la práctica jurídica actual o una necesidad en el tema en cuestión.

PALAVRAS-CHAVE: Biotecnologia. Liberdade de pesquisa. Políticas públicas. Interpretação constitucional.

PALABRAS-CLAVE: Biotecnología. La libertad de investigación. Las políticas públicas. Interpretación de la Constitución.

INTRODUÇÃO

Quando se pensa em liberdade de pesquisa científica, biotecnologias, ou qualquer incipiente experiência científica que afete diretamente o ser humano e seu meio ambiente surge a ideia de princípio da dignidade humana e seus desdobramentos. Talvez seja uma decorrência lógica da ignorância a respeito dos exatos riscos que as pesquisas científicas podem produzir na saúde do homem e no meio ambiente, ou talvez se trate da mania de colocar dignidade humana em todos os assuntos apenas como parte de um discurso retórico sem muitas vezes refletir a respeito de seu verdadeiro significado.

No ordenamento jurídico nacional tem-se a Lei n. 11.105/2005 conhecida como Lei da Biossegurança Nacional que surgiu para regulamentar as pesquisas científicas ligadas às áreas da biotecnologia e bioética envolvendo entre outros a utilização de organismos geneticamente modificados na agricultura e o desenvolvimento de pesquisas com células-tronco embrionárias, objetivou estimular o avanço científico em observância ao compromisso do Poder constituinte originário com o avanço da ciência e desenvolvimento científico e

tecnológico do país (artigo 218 da CF), além do estabelecer mecanismos de segurança e fiscalização nas pesquisas.

Contudo, resta o questionar se a legislação é capaz de dar conta e acompanhar os avanços da ciência, de maneira segura e sem fragilizar o sistema. Sabe-se que quando o assunto é biotecnologias o que está em discussão não é simplesmente a regulamentação dos transgênicos ou das células-troncos que já foi feito – bem ou mal - pela Lei de Biossegurança Nacional. Na realidade, questiona-se qual é o melhor procedimento para o tratamento da liberdade de pesquisa que ainda está por vir, e a resposta fica condicionada a uma pergunta: quem sabe o que esta por vir? Como a ciência jurídica pode responder adequadamente a uma pergunta que ainda não pode ser formulada é sem sombra de dúvidas um desafio.

Diante de uma aparente tensão de interesses envolvendo a liberdade de pesquisa e o Princípio constitucional da Dignidade humana - artigo 1º, inciso III e o artigo 218 ambos da Constituição Federal Brasileira de 1988 - a ponderação deverá ser equacionada de modo a melhor servir aos interesses que movem aquela determinada sociedade, ao final o papel do direito é atender às demandas sociais trazendo pacificação.

Neste ponto, cabe indagar: o direito tem legitimidade para coibir o desenvolvimento científico e gerar normas com eficácia social? Porém, a limitação da liberdade de pesquisa no Brasil tem que levar em conta certas peculiaridades, pois quando alguém se encontrar em risco de vida e no Brasil não for permitido determinado tratamento, por acaso não iria procurar esse tratamento no exterior se tivesse condições financeiras para isso? Nesse sentido, existem fronteiras para os avanços da ciência? Talvez as principais limitações sejam de ordem econômica e bioética.

Observa-se que nesse panorama as possibilidades são infinitas, a técnica faz parte da vida diária e torna as pessoas cada dia mais dependentes dela, de modo que não parece razoável privar as pessoas dos recursos oferecidos pela biotecnologia. Contudo, quando esses recursos afetam diretamente os processos da vida as manipulações biológicas não conseguem justificar tudo, pois a equação quanto vale uma vida para salvar outra vida nunca será aceitável, daí a necessidade do direito impor limites vez que nunca será tolerável que tudo seja permitido.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS DOS DIREITOS HUMANOS CORRELACIONADOS À BIOTECNOLOGIA E BIOÉTICA.

Os direitos vão surgindo na medida em que são reconhecidos como direitos propriamente ditos. Inicialmente na idade Moderna, vê-se o surgimento dos chamados direitos de primeira geração ou primeira dimensão, de cunho individual, que presumem a igualdade formal entre todos, considerados abstratamente dentro do âmbito da ordem jurídica. A noção formal de igualdade, por sua vez, terminou gerando extrema desigualdade social e acarretou, especialmente a partir do final do século XIX e começo do século XX, o surgimento de fortes movimentos sociais, impulsionados pela eclosão das lutas operárias, cujos reflexos se traduziram no surgimento da segunda geração dos direitos humanos com a incorporação dos direitos sociais nas Constituições.

Com a evolução do Estado e a evolução das tecnologias, Monica Leal (2003, p. 247) fala no surgimento de uma nova dimensão de direitos assentada num aspecto que diz respeito à humanidade como um todo, e não ao indivíduo isoladamente considerado. É neste contexto que estão inseridos os direitos referentes à manipulação genética e analisando as perspectivas teóricas dos direitos bioéticos enquanto direitos universais apresenta interessante paralelo entre as gerações dos direitos humanos:

> Percebe-se neste percurso, a chamada transposição dos chamados direitos de primeira geração (direitos de liberdade), circunscritos às liberdades negativas como oposição à atuação estatal, para os de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos), vinculados à positividade da ação estatal e preocupados com a questão da igualdade, aparecem como pretensão a uma atuação corretiva por parte dos Estados e, posteriormente, os de terceira geração, que se afastam consideravelmente dos anteriores por incorporarem um conteúdo de universalidade não como projeção, mas como compactuação, comunhão, como direitos de solidariedade.

Para Bobbio (1992, p. 6) os direitos não nascem todos de uma vez, eles nascem na medida em que as características da sociedade impulsionam a necessidade de seu surgimento. Portanto, tem seu nascedouro quando podem ou devem nascer. Assim, a revolução biotecnológica experimentada no final do século passado e seus avanços trouxeram à tona questões relacionadas à Bioética e o Biodireito, tendo aqui o nascedouro de uma nova dimensão de direitos.

Nesta perspectiva, cuida-se não só da limitação do conhecimento humano e científico, mas da sua repercussão em termos práticos quando se fala na revolução

biotecnológica introduzida na agricultura pelos os Organismos Geneticamente Modificados ou no caso da manipulação da vida por meio de células-tronco, bem como outras temáticas que certamente irão surgir nas próximas décadas.

Discute-se toda vez que se esta diante desses “temas novos” decorrentes da biotecnologia que por mais que o homem seja beneficiado com as conquistas frutos da pesquisa científica na área da biotecnologia, ele não deixa de ser um meio, um instrumento dentro de todo esse processo, ao final é justamente ele quem realiza o teste final. Tal situação, em princípio contraria o maior Princípio sobre o qual se assentam os direitos humanos, que é a Dignidade da pessoa humana como fim último e imperativo de todas as ações.

Algumas atividades características de nosso tempo despertam viva preocupação para o futuro da humanidade, especialmente aquelas ligadas à saúde do homem, como é o caso das pesquisas biológicas. Embora, por exemplo, a criação de organismos geneticamente modificados vise uma melhora na qualidade dos alimentos e a pesquisa com células tronco possibilite o tratamento de inúmeras doenças, não é factível ou de qualquer modo aceitável que sua aceitação ocorra de forma pacífica, especialmente quando se lida com a ausência de informação. É justamente este um dos problemas enfrentados no dia a dia pelo cidadão, o jurista e o legislador na hora de lidar com as questões envolvendo a revolução biotecnológica.

É certo que inúmeras atividades representam riscos. Entretanto, se partirmos da afirmação que toda pesquisa científica se desenvolve visando à melhoria das condições sociais e humanas e a própria Constituição Federal no seu artigo 218 prevê que compete ao Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico e a pesquisa em nosso país, não será lícito ou aceitável eliminar-se pura e simplesmente todas as atividades que gerem riscos. A questão é apreender a conviver com os chamados riscos permitidos ou toleráveis.

A afirmação acima não significa dizer que o Direito deva impor limites rígidos ao desenvolvimento das pesquisar cientificas, impedindo o avanço, mas sim que ele deve impedir que o próprio homem “avance” de forma tal que ponha em risco a vida humana. A essência do ser humano, a sua dignidade, em todo e qualquer momento, deve ser preservada. Para tanto, como a teoria jurídica pode contribuir para a construção e instrumentalização de respostas aos novos desafios da ciência é e será ainda fruto de inúmeros questionamentos.

2. CONCEITO DE BIOTECNOLOGIA E PRINCÍPIOS

O vocábulo biotecnologia é composto pelas palavras gregas *bios* (que significa vida), *techno* (que designa tecnologia) e *logos* (que corresponde a estudo). Dessa forma, poder-se-ia definir a biotecnologia, de maneira literal, como o estudo das técnicas voltadas à vida. De maneira um pouco mais técnica, a biotecnologia pode ser definida como a tecnologia que pressupõe o uso de organismos vivos, ou suas partes, com a finalidade de resolver problemas ou proporcionar o desenvolvimento de produtos novos e úteis.

De acordo com o art. 2º da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 1994, biotecnologia "significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica".

Nesse contexto a bioética é compreendida pelo filósofo Fermin Roland Scharamm como algo que (2003, p.74):

> [...] tem a ver com a proteção da qualidade da vida humana e, considerando que a saúde é uma condição essencial dessa qualidade, pode-se também afirmar que bioética se ocupa, de maneira geral, com a proteção da saúde dos indivíduos e populações humanas.

Assim, em eventual tensão envolvendo a liberdade de pesquisa científica e a Dignidade da pessoa humana a ponderação de princípios revela-se uma saída adequada, em especial naqueles casos em que inexiste norma jurídica previamente editada pelo legislador.

Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 57) a esse respeito também chama atenção quanto a aplicabilidade e a dinâmica existente entre princípios e regras:

> Regras e princípios funcionam diferentemente. As regras são normalmente aplicadas de forma peremptória, num tudo-ou-nada. Dados os fatos, as regras devem ser aplicadas de forma implacável, consideradas as exceções por elas próprias estabelecidas. Já os princípios devem contar com as razões *a priori*, ou *prima face*, que indicam ao Juiz a direção a ser tomada, mas não exigem uma única conclusão. Diferentemente das regras não são razões determinantes, pois podem haver outros princípios que apontem em direção oposta.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2006, p. 66) a despeito de princípio ensinam que: “os princípios são regras-mestras dentro do sistema positivo. Devem ser identificados dentro da Constituição de cada Estado as estruturas básicas, os fundamentos e os alicerces desse sistema”. Logo, por tratar-se de estruturas básicas dentro do ordenamento jurídico toda legislação editada para regulamentar ou limitar a liberdade de pesquisa deve estar concatenada com os princípios constitucionais envolvidos, pois eles que guardam os valores tidos como fundamentais pela Constituição.

Ainda, no dizer de Carlos Ari Sundfeld citado por Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2006, p.66):

> Os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. Tomando como exemplo de sistema certa guarnição militar composta de soldados, suboficiais e oficiais, com facilidade descobrimos a idéia geral que explica seu funcionamento: os subordinados devem cumprir as determinações dos superiores. Sem captar essa idéia, é totalmente impossível entender o que se passa dentro da guarnição, a maneira como funciona.

Percebe-se que essa característica do pós-positivismo jurídico que reconhece a força normativa dos princípios encontra-se concatenada com a busca de respostas jurídicas às novas demandas que tem seu nascedouro nas revolucionárias pesquisas científicas da atualidade. Com isto, não se quer dizer que os princípios de per si tragam a solução às incertezas que a pesquisa científica gera no núcleo central da sociedade e do direito, pois certamente a regulamentação por meio de regras específicas torna-se uma necessidade.

Assim, os princípios jurídicos são aplicados para resolução dos problemas que os avanços da biotecnologia trazem para a ciência jurídica servindo de vetor de interpretação quando as regras não permitirem ou não trouxerem uma solução pronta. Por isso, diante do grau de generalidade eles são os alicerces para o estudo e a aplicação das regras, e inexistindo regras eles constituem o norte necessário para o juiz solucionar os conflitos.

O processo hermenêutico não pode ser deixado de lado, em especial quando se trata de ponderar princípios constitucionais em face do regramento jurídico da nova dimensão de direitos que surgem com a Revolução Biotecnologia, que exigem a interpretação como um fenômeno constante e sempre renovado.

A respeito da necessidade do intérprete constitucional ser objetivo diante das interferências políticas Jorge Miranda (2003, p.450) diz:

> Exatamente porque a interpretação constitucional vive em paredes-meias com a política é que a máxima objectividade possível deve ter-se como um escopo fundamental, muito mais propiciada pela utilização de instrumentos jurídicos clássicos – os quais não têm de se confundir, insista-se, com pressupostos positivistas – do que pela formulação de argumentos para problemas específicos.

Ainda a respeito das interferências políticas Jorge Miranda (2003, p. 451) continua:

> A interpretação constitucional tem de ter em conta condicionalismos e fins políticos inelutáveis e irredutíveis, mas não pode visar outra coisa que não sejam os preceitos e princípios jurídicos que lhes correspondem. Tem de olhar para a realidade constitucional. Mas tem de a saber tomar como sujeita ao influxo da norma e não como mera realidade de facto. Tem de racionalizar sem formalizar. Tem de estar atenta aos valores sem dissolver a lei constitucional no subjetivismo ou na emoção política. Tem de se fazer mediante a circulação da norma – realidade constitucional – valor.

Antes de se enfrentar casos concretos envolvendo as chamadas regras de colisão, deve-se fazer uma afirmação inicial: os princípios se correlacionam e se interagem. De acordo com o caso concreto, o intérprete dará privilégio a um em detrimento de outro, caso ocorra eventual colisão, dentro de um juízo de ponderação.

Oscar Vilhena Vieira (2006, p. 57) explica a respeito da colisão entre regras e princípios: “Na hipótese de conflitos entre regras, apenas uma delas deve ser aplicada. Já, em

relação aos princípios, os conflitos devem ser resolvidos por intermédio da ponderação a respeito da sua importância num caso específico".

Nesse prisma, indagar-se: até que ponto a liberdade de pesquisa deve prevalecer sobre o direito à informação e a Dignidade humana? A resposta como foi exposto passa pela valoração entre os princípios e a aplicação da lei de colisão, concluindo-se pelo princípio de maior peso. Neste sentido Sarlet (2002, p.88) soluciona de forma brilhante eventual conflito quando afirma:

> É justamente para efeitos da indispensável hierarquização que se faz presente no processo hermenêutico, que a dignidade da pessoa humana tem sido reiteradamente considerada como o princípio (e valor) de maior hierarquia da nossa e de todas as ordens jurídicas que a reconhecem [...]. Assim, no âmbito desta função hermenêutica do Princípio da dignidade da pessoa humana, poder-se-á afirmar a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e dos direitos fundamentais, mas acima de tudo -–aqui também afinado o pensamento de Juarez Freitas – de uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado " in dubio pro libertate", tenha sempre presente o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida

Logo, a melhor interpretação para o caso concreto passa necessariamente pela discussão quanto a importância do desenvolvimento científico do país, a melhoria da qualidade de vida da população e a pesquisa científica como forma de inclusão social.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM APARENTE CONFLITO: POSIÇÃO DO STF

Nos artigos 218 e 219 da Constituição da República Federativa do Brasil, o constituinte originário trouxe os parâmetros gerais para a regulamentação da Ciência e Tecnologia no Brasil revelando a preocupação com desenvolvimento científico e tecnológico do país, e com o incentivo à pesquisa.

Essas diretrizes devem ser realizadas sob o manto dos fundamentos da República, tal como preceitua o artigo 1º da Constituição Federal, logo a soberania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa não podem ser esquecidos, pois ao final toda pesquisa científica deve ter em vista o bem público e o progresso da humanidade, contribuindo para a construção de uma sociedade justa e solidária.

O estudo da ponderação de princípios deve ser analisado em consonância com a concepção de Estado e de realidade social. Sem dúvida, o desenvolvimento da ciência é necessário e importante para garantir a própria efetivação da vida digna, sendo incontáveis as pesquisas científicas que tem contribuído para esse fim.

Por outro lado, a preocupação que paira a respeito dos temas novos da biotecnologia é justamente a regulamentação e fiscalização do Estado visando que o ser humano não seja envolvido no afã científico no meio dos experimentos sem saber as reais conseqüências que isto pode produzir.

Contudo, uma característica do pós-modernismo é que a sociedade vem mudando a uma velocidade profundamente maior do que os textos legais. Logo, mais do que o texto legal estar atualizado e em consonância com a realidade social faz-se necessária que a sua interpretação o esteja. Essa é uma característica do perfil dos juristas no século XXI que por meio da hermenêutica incorporaram essa necessidade do texto constitucional e sua interpretação com tal realidade social.

O auxílio da legislação internacional e a análise dos princípios são uma necessidade quando o tema em questão envolve searas jurídicas novas, como é o caso do biodireito. E esse tipo de abordagem talvez seja uma característica que marque uma nova hermenêutica destinada à resolução dos conflitos de interesses oriundos da revolução biotecnológica, pois os paradigmas da pós-modernidade exigem do jurista uma visão multidisciplinar da ciência jurídica.

Outro ponto que merece destaque é que no mundo contemporâneo as questões ligadas à biotecnologia adquirem caráter transnacional diante da interdependência entre os países, e a compreensão de que para a natureza não há limites territoriais entre os países, devendo o planeta deve ser considerado como um todo. Daí a preocupação para que na analise da liberdade de pesquisa envolvendo biotecnologias os questionamentos jurídicos não fiquem restritos ao âmbito nacional.

Seja em âmbito interno ou externo o princípio da Precaução é o marco norteador tanto quando se fala em biodireito como quando se fala em direito ambiental. Trata-se do princípio mais recente em matéria ambiental e o mais inovador em termos de alcance. Embora confundido por alguns doutrinadores com o princípio da prevenção, difere deste por possuir uma faceta mais profunda. Enquanto o princípio da prevenção visa evitar perigo, o princípio da precaução irá proteger contra o simples risco do evento danoso (RODRIGUES, 2004).

Assim, a aplicação do princípio da precaução terá lugar toda vez que houver incerteza quanto aos efeitos. Sua aplicação é a cautela por parte do Estado e de toda a sociedade com relação à utilização dos produtos obtidos pelo avanço da biotecnologia antes que o mundo científico tenha se manifestado sobre as conseqüências de sua utilização. Foi com base neste Princípio que o plantio de transgênicos inicialmente foi proibido no Brasil e surgiu uma forte pressão pública contrária à utilização das células-tronco.

Em âmbito interno a proteção ambiental tem raízes constitucionais, pois a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225 consagra o Princípio da Precaução e também teve o cuidado de cogitar que a ciência iria desenvolver-se e manipular o conteúdo genético, prevendo que essa manipulação devia ser fiscalizada pela potencialidade de risco ao meio ambiente.

A biossegurança pode ser entendida à luz do princípio da precaução como o conjunto de atos voltados à prevenção, o controle, a diminuição e/ou a eliminação dos riscos à saúde humana e ao meio ambiente em decorrência do emprego e/ou desenvolvimento de modernas tecnologias. Tal princípio anda de mãos dadas com o princípio da Eficiência, incluído em sede constitucional pela emenda constitucional nº 19. Afinal é mais eficiente, barato e simples prevenir que reparar os danos causados (SÉGUIN, 2002, p. 93).

Atualmente o princípio da precaução vem sendo utilizado relacionando o risco em vez das causas, e sendo o conhecimento científico sempre incompleto o princípio da precaução pode ser visto como a certeza da incerteza. Tal princípio serviu de base legal para o Procurador Geral da Republica, ajuizar perante o Supremo Tribunal Federal, uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 3017), pedindo a suspensão da Medida Provisória nº 131.

Naquela época, não foi possível ao STF apresentar seu posicionamento quanto às questões ligadas à Biotecnologia, pois o julgamento da ADI 3017 restou prejudicado pela perda do objeto. À época a Ação Direta de Inconstitucionalidade possuía como objeto a Medida Provisória nº 131, de 25 de setembro de 2003, a qual estabeleceu normas para o plantio e a comercialização da safra de 2004 de soja geneticamente modificada. Porém, em

15.12.2003 foi editada a Lei nº 10.814 que, com algumas alterações, substituiu a Medida Provisória impugnada. O Procurador-Geral da República não apresentou pedido de aditamento, mas ajuizou em 09.01.2004 a ADI nº 3.109, pela qual impugnou o diploma legal fruto da conversão da MP em exame. Logo, o STF considerou inviável o prosseguimento da referida ADI 3017.

A existência da possibilidade de efeitos reflexos é o que mais preocupa quando se fala em biotecnologia e manipulação genética e alguns fatos ocorridos no passado aumentam o receio da população quanto à engenharia genética. A esse respeito:

> Os Estados Unidos, em 1989, foram surpreendidos por uma epidemia misteriosa da síndrome de eosinofilia-mialgia, caracterizada por dor muscular e pelo aumento de um tipo de glóbulo branco no sangue. A FDA descobriu uma associação estatística da síndrome com um complemento alimentar, o triptofano L. A investigação revelou que 95% dos casos poderiam seguramente ser atribuídos ao triptofano, produzido com o emprego de bactérias geneticamente modificadas. Elas haviam sido alteradas para funcionar como micro-usina de triptofano, ou seja, para que seus genes comandassem a síntese de enormes quantidades da substância, utilizada na complementação alimentar e no tratamento de insônia, ansiedade, depressão e tensão pré-mestrual. As bactérias manipuladas estavam também produzindo quantidades crescentes de uma toxina capaz de provocar a síndrome. Outro caso que ajudou a marcar negativamente a imagem dos transgênicos envolveu o Brasil, embora indiretamente, e um produto que não chegou ao mercado. Trata-se de um experimento realizado com a soja. Visando melhorar o teor nutritivo dos grãos, os técnicos introduziram um gene de castanha do Pará para que a soja passasse a produzir uma proteína muito rica no aminoácido metionina e assim obter uma variedade mais eficiente para a alimentação do gado. Como havia um histórico de reações alérgicas à castanha do Pará em alguns poucos seres humanos, decidiu-se testar as amostras de soja, obtendo-se um resultado positivo, vale dizer, a soja modificada mostrou-se também capaz de desencadear a reação alérgica, tal como a castanha do Pará (OLIVEIRA, 1995, P. 53).

Não se pode esquecer o dever governamental disposto no artigo 4º, inciso II, do CDC, que determina a necessidade da ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, mediante a presença do Estado no mercado de consumo fiscalizando a garantia dos produtos e serviços com patrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho, especialmente quando se está diante de produtos advindos da revolução biotecnológica.

Assim, embora a primeira Lei de biossegurança de 1995 não permitisse o plantio de transgênicos, o governo da época por meio das Medidas Provisórias 113, 131 e 223 liberou por três vezes consecutivas a soja transgênica após as fortes pressões do capital econômico interno e, diante da dependência das exportações, essa situação se repetia a cada safra.

Se o escopo da lei é refletir os anseios da sociedade, como definir a legislação de biossegurança de 1995 que vedava os organismos geneticamente modificados (transgênicos) acompanhadas das medidas provisórias que os liberavam a cada safra? Embora o poder Executivo tenha como praxe manter o tradicionalismo platônico arraigado na vida política e jurídica do país, sendo a utilização de forma abusiva do instituto das medidas provisórias uma constante, é fácil visualizar a causa e o porquê deste instituto tornar-se tão frequente naquele período. É só lembrar que a soja se destacava como um dos principais produtos de exportação do Brasil e contribuía fortemente para a melhoria da balança comercial do país, daí tem-se uma idéia da pressão exercida em termos econômicos para a liberação dos transgênicos.

Dentro dessa perspectiva, na estratégia macropolítica e econômica há pouca sensibilidade com os riscos e consequências ambientais, e é justamente neste ponto que se pode localizar eventual falha da nova legislação que deixou de fazer menção no seu texto aos princípios da precaução, sustentabilidade e indenização em matéria ambiental (ANDRIOLI, 2005).

A respeito da posição do STF frente a biossegurança, somente com o questionamento do artigo 5º e parágrafos da Lei 11.105/2005, por meio da ADI 3510-0, sob o fundamento de que as pesquisas e utilização das células-troncos ofenderiam os artigos 1º, inciso III e 5º, caput, da CF/88, é que foi possível ao Supremo Tribunal Federal manifestar-se quanto ao mérito das discussões envolvendo pesquisas cientificas oriundas da Revolução biotecnológica tendo dado a palavra final em 28.05.2010 com a publicação no Diário Oficial do Acórdão que autorizou as pesquisas com células-tronco, e julgou improcedente a ADI ajuizada pelo Procurador Geral da República.

Diante da relevância do estudo da posição adotada pelo guardião da Constituição e sua importância para tema aqui analisado merece transcrição a ementa do julgamento da ADI 3510-0 que diz:

> CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. (...) PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR (STF ADI nº 3510-0 DF. Rel. Min. Carlos Brito, DJ 28.05.2010).

Após uma apresentação do assunto, no item II, o STF passa a tratar especificamente da utilização de pesquisas para fins terapêuticos e resta patente que a leitura feita pelo guardião da Constituição foi de que a opção feita pelo legislador atendeu justamente a Dignidade humana. Senão, veja-se:

> II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei n° 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapreço pelo embrião "in vitro", porém a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do

> constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza [...] III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (STF ADI nº 3510-0 DF. Rel. Min. Carlos Brito, DJ 28.05.2010).

O julgamento da ADI 3510-0 pelo STF chamou atenção para o fato de que só há vida digna com direito à saúde, portanto as pesquisas científicas na seara da biotecnologia que objetivem a efetivação do direito à saúde incorporam a exigência de justiça e valores éticos

que a ciência e o direito devem buscar, e conferem um suporte axiológico à Lei de Biossegurança Nacional que permite concluir pela sua constitucionalidade, tal como fez o STF.

Neste ponto do julgado, o Supremo Tribunal Federal consagra a liberdade de pesquisa científica como direito fundamental da pessoal humana e a Lei de biossegurança como sua expressão, tal como expõe a ementa.

> VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia). (STF ADI nº 3510-0 DF. Rel. Min. Carlos Brito, DJ 28.05.2010).

O julgamento da ADI 3510-0 pelo STF deixou transparecer uma postura progressista que sem dúvida irá refletir nos próximos julgamentos envolvendo situações relativas à liberdade de pesquisa, servindo de estímulo à propulsão do desenvolvimento biotecnológico do país. Observa-se que a opção feita pelo legislador pátrio não significou desprezo à vida, porém a mais firme disposição de conciliar o respeito à vida digna com o auxílio da ciência. Quando por meio de pesquisas científicas é possível encurtar caminhos que levam à superação do sofrimento alheio o que se busca é justamente reforçar o princípio da Dignidade humana,

afinal um dos objetivos da República é construir uma sociedade livre, justa e solidária onde a fraternidade seja mais do que um valor implícito, mas algo explícito.

Toda descoberta científica traz à tona reflexões éticas e de segurança, principalmente quando existe a possibilidade de gerar conseqüências na saúde humana e no habitat natural. Mas a reflexão sobre a engenharia genética pressupõe uma certeza de que o desenvolvimento da ciência e das tecnologias deve estar sempre a serviço do bem estar social e que as ações de vigilância, a cargo dos órgãos públicos (federais, estaduais e municipais) que detêm tais atribuições, sejam bem desempenhadas sem o que a sociedade ficará desprotegida (SÉGUIN, 2002, p.145).

Nas últimas décadas vem se construindo um novo paradigma científico nas ciências sociais, onde os recursos naturais são compreendidos como finitos e sujeitos a sérias degradações, o que contribuiu à demarcação de limites (GUIVANT, 1998, p. 99).

Destarte, os limites impostos à ação humana por motivos de precaução são de grande importância na avaliação dos aspectos negativos e positivos das biotecnologias.

4. O PROTOCOLO DE CARTAGENA SOBRE A SEGURIDADE DA BIOTECNOLOGIA

As inovações técnicas de manipulação da vida em nível genético despertaram reflexos e inquietudes de caráter ético, cultural, político, econômico, ambiental, social e jurídico. O direito internacional não poderia ficar atrás e respondeu às inquietudes a respeito dos possíveis riscos ambientais - incluída a saúde humana – oriundos das técnicas de biotecnologia moderna relacionadas com a manipulação genética vegetal, regulamentando a utilização, manipulação e movimento fronteiriço dos organismos vivos modificados ou se preferir os organismos geneticamente modificados por meio do Protocolo de Cartagena sobre segurança de biotecnologia.

O Protocolo de Cartagena foi firmado em Montreal dentro da Convenção da Diversidade Biológica, em 28 de Janeiro do ano 2000, e entrou em vigor em 11 de setembro de 2003, e representou avanço significativo na tentativa de se fixar normas-padrões de biossegurança no âmbito internacional. Ele proporciona um enfoque completo para a conservação da biodiversidade, a utilização de adequada dos recursos naturais e a participação justa e equitativa dos benefícios da biotecnologia.

A entrada em vigor o Protocolo serviu de referência legislativa internacional básica para a proteção da diversidade biológica e da saúde humana em relação a eventuais danos que possam advir da liberação no meio de OGM ou da ingestão de produtos ou alimentos transgênicos. Talvez os protocolos internacionais tornem-se algo frequente para o tratamento legal dos resultados das biotecnologias do futuro.

Sob o aspecto jurídico, o princípio da precaução é usado como base nas decisões sobre importação de sementes ou produtos transgênicos (OGM´s), objetivando a proteção igualitária de todos os países importadores de OGM´s contra possíveis acusações de discriminação comercial. Na prática, o Protocolo se desvincula de qualquer tentativa de condicionar a sua vigência a regras da Organização Mundial do Comércio - OMC, ressalvando o direito de cada parte-signatária estabelecer normas mais rígidas ou critérios próprios para a aceitação e liberação de sementes, grãos ou produtos geneticamente modificados.

O Protocolo reconhece que os países podem recusar a remessa de produtos transgênicos por entender que sua introdução possa ter impactos sócio-econômicos indesejáveis, além de potenciais riscos ambientais, que deverão ser avaliados através de Estudos de Impacto Ambiental, a exemplo do que determina a Constituição Brasileira.

Observa-se que em todo momento a preocupação volta-se à dignidade da pessoa humana por tratar-se de princípio fundamental presente na quase totalidade das legislações do mundo, toda norma constitucional e infraconstitucional lhe deve observância, pois estamos diante de princípio basilar, fundamental em toda ordem jurídica que se diz democrática e que priva pelo respeito aos direitos humanos.

À luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reduzido – e a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa (SARLET, 2002, p. 45).

É neste contexto que tanto a Lei de Biossegurança como o Protocolo de Cartagena merecem elogios, pois trouxeram estabilidade às relações jurídicas decorrentes da revolução biotecnológica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando a base estrutural das sociedades, chega-se à conclusão que os princípios correlacionados à biossegurança não devem se limitar a um único país. Assim como ocorre com as questões ambientais onde a maioria de seus princípios encontra sua fonte em tratados e conferências internacionais a preocupação deve ser global. É preocupação de todos preservar o bem estar às populações e do meio ambiente sem coibir por completo a liberdade de pesquisa.

Portanto, revela-se necessário um fortalecimento da solidariedade e da cooperação internacional buscando construir uma regulamentação jurídica que tenha por objetivo impedir todas as formas de abuso científico, incluída a omissão. No campo da pesquisa genética tal desafio se apresenta mais concreto, ganhando força ao aplicá-lo à discussão referente aos limites das pesquisas com células-tronco. Sendo a convergência dos padrões éticos da ciência e do direito possível mediante a elaboração de um corpo normativo justo e responsável, isto é, que esteja em consonância com o dever de promover o desenvolvimento da ciência, sem incorrer em praticas contrarias à Dignidade Humana.

A forma como a liberdade de pesquisas científicas foi regulamentada pela Lei de Biossegurança longe de representar ofensa ao Princípio da Dignidade humana representa uma celebração solidária à vida daqueles que se acham à margem de usufruir uma vida com Dignidade, seja por falta de alimentos, seja por inúmeras doenças que os afligem. Sabe-se que o direito à saúde é corolário do direito fundamental à vida digna, portanto as pesquisas científicas realizadas com responsabilidade e dentro dos parâmetros legais podem atingir esse objetivo.

Outra peculiaridade das pesquisas biotecnológicas consiste no estreitamento das fronteiras internacionais para que cada vez haja maior intercâmbio de informações entre os Estados a respeito das “novas” descobertas. Sob esse prisma, aparentemente o positivismo jurídico mostra-se incompleto na solução dos novos conflitos, pois a cada dia a concepção do mundo e consequentemente do universo jurídico vem sendo alterada pelos novos padrões de conduta social, pela velocidade das informações e pela corrida tecnológica que muitas vezes consegue ser mais rápida que a imaginação do homem, o que se intensifica pela existência de fronteiras meramente formais entre os Estados, fenômeno oriundo da globalização.

Portanto, quando se fala em biossegurança caminha-se por solo arenoso e a nova visão da realidade está baseada na consciência do estado de interação e interdependência essencial de todos os fenômenos físicos, biológicos, psicológicos, culturais e jurídicos. Essa visão transcende as atuais fronteiras nacionais e conceituais às quais o profissional da área

jurídica está acostumado. Não existe como foi exposto uma estrutura regulamentar estabelecida no âmbito interno e externo para lidar com os avanços da ciência. Não se está afirmando que não haja uma regulamentação, a regulamentação existe e parte dela foi apresentada durante o desenvolvimento da pesquisa. Contudo, o que se quer dizer é que não há uma unidade jurídica em termos de biossegurança que acomode a formulação do novo paradigma oriundo da revolução biotecnológica, e não existe uma resposta jurídica acabada para delinear os limites da liberdade de pesquisa, continua-se na busca de respostas.

Para finalizar, indispensável registrar que o equilíbrio entre a liberdade de pesquisa e a Dignidade humana só pode ser encontrado por meio da harmonização entre o desenvolvimento científico e os direitos sociais. No atual panorama mundial, onde desigualdade e exclusão alcançam patamares inimagináveis o (pseudo) desenvolvimento científico não contribuiu para reverter esse quadro. Pelo contrário, piorou-o. O que se espera é que o avanço das biotecnologias guiado por um novo antropocentrismo - aqui interpretado como supervalorização da Dignidade humana - seja o centro das preocupações quando se pensa em liberdade de pesquisa, contribuindo para que a colheita de séculos de individualismo e da mercantilização dos homens não intensifique as desigualdades, mas leve à conscientização a respeito dos rumos da humanidade e do respeito pelo outro, em especial quando esse outro sequer sabe dos direitos que possui.

REFERÊNCIAS

ANEZ, T.. ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS: UMA ABORADAGEM À LUZ DO DIREITO NACIONAL E INTERNACIONAL. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, América do Norte, 43, jan. 2007. Disponível em: http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/7056/5032. Acesso em: 23 Jul. 2013.

ARAÚJO, Luis Alberto David. (coord). **A tutela das águas e algumas implicações nos direitos fundamentais.** Bauru: ITE, 2002.

ARAÚJO, Luis Alberto David, Vidal Serrano Nunes Junior. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** 1.ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** 10. ed Brasília: Editora da UNB, 1999.

BREGA, Vladimir F. **DIREITOS FUNAMENTAIS na Constituição de 1988** Conteúdo Jurídico das Expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAPRA, Frijof. **O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente.** Tradução: Alvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1997.

COSTA, M.. TRANSPLANTE DE CELULAS TRONCO EMBRIONÁRIAS. **Revista Argumenta: Programa de Mestrado em Ciência Jurídica - UENP**. 14, jan/jun. 2011. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/193. Acesso em: 23 Jul. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FOLADORI, Guillermo; MANOEL, Marise (Trad). **Limites do desenvolvimento sustentável.** São Paulo: Editora Unicamp, 2001.

GUIVANT, Julia Silvia. **A agricultura sustentável na perspectiva das ciências sociais.** In: VIOLA, Eduardo J. et al. Meio ambiente desenvolvimento e cidadania: desafio para as ciências sociais. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana. A caminho da eugenia liberal?**. Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KELCH, Rita. **Responsabilidade civil na clonagem humana.** HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord). Ensaio sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade. Porto Alegre, ano 2007, ago. 2007.

JUNIOR, Nelson Nery. Rotulagem dos alimentos geneticamente modificados. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 795, p. 41, jan. 2002.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. Perspectivas teóricas dos direitos bioéticos enquanto direitos universais. **Revista Ajuris: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul.** Dez. 2003, ano XXX, nº 92. Porto Alegre: Ajuris.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Eugenia e bioética: os limites da ciência em face da dignidade humana. **Revista Forense.** São Paulo, ano100. v. 376, p. 59, nov-dez. 2004.

LEIS, Héctor Ricardo. **Ambientalismo: um projeto realista utópico para a política mundial.** In: VIOLA, Eduardo J. et al. Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania: desafio para as ciências sociais. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1998.

LOPES, Ana Maria D´Avila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 2001.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo Judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais.** São Paulo: Letras jurídicas, 2011.

MASTRODI, Josue. **Direitos sociais fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORAIS, Roberta Jardim de. **Segurança e rotulagem de alimentos geneticamente modificados – seragem: uma abordagem do direito econômico.** 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KÄSSAMAYER, Karin. **Engenharia genética: uma abordagem jurídico penal.** Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 94, v. 831, p. 483, jan. 2005.

OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia genética.** O sétimo dia da criação. São Paulo: Moderna, 1995, p. 66.

PAULA, Alexandre Sherion de. Ciência e tecnologia nas constituições brasileiras: breve comparativo com as constituições estrangeiras. **Revista de Direito Constitucional e Internacional: cadernos de direito constitucional e ciência política**. São Paulo, RT ano 12, n. 48, jul – set. 2004.

PEREIRA. Lygia da Veiga. **Células tronco: revelações a caminho**. Pesquisa Médica. 7. Jul/Set 2008. Disponível em: http://www.torrent.com.br/jornal/pdf/pesquisa_medica7.pdf. Acesso em: 28.jan.2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e globalização.** In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.) Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Melissa Cachoni; ARANTES, Olívia Márcia Nagy. **Direito ambiental e biotecnologia:uma abordagem sobre os transgênicos sociais.** Curitiba: Juruá, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na CF/88.** 2. ed. Porto Alegre: 2002.

SCHRAMM, Fermin Roland. **A bioética da proteção da saúde pública.** In: Fortes, Paulo Antônio de Carvalho; Zoboli, Elma Lourdes Campos Pavone (orgs.). Bioética e Saúde Pública. São Paulo: Centro Universitário São Camilo/Loyola, 2003.

SÉGUIN, Elida. **O direito ambiental: nossa casa planetária**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0 DF. Relator Min. Carlos Brito, DJ 28.05.2010. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2299631, acesso em 08 de jan de 2011.

TAUK, Sâmia Maria (org). **Analise ambiental: uma visão multidisciplinar.** 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros, 2006.

INJUSTIÇA EXTREMA E DIREITO VÁLIDO:

o controle da juridicidade pela moral

Tiago Clemente SOUZA[177]

Lafayette POZZOLI[178]

RESUMO

Esse trabalho possui o objetivo de demonstrar o atual paradigma jurídico, a partir de uma possível (re)aproximação entre direito e moral, apresentando os debates do interior dos Julgamentos de Nüremberg e as construções jurídicas decorrentes do eterno debate entre *jusnaturalismo* (possivelmente representado pela Fórmula de Radbruch) e o *positivismo jurídico*. Neste sentido, faremos inicialmente uma breve apresentação do que se compreende por Ciência do Direito em Hans Kelsen e o conceito de regras primárias e secundárias em Herbert Hart, realizando a separação entre a delimitação do Direito e a sua interpretação nas teses positivistas ora apresentadas. Em um segundo momento, apresentando uma chave não-positivista de perspectiva alexyana, faremos uma análise do filme "O Julgamento de Nuremberg" que narra o julgamento dos magistrados do *Terceiro Reich* e os desdobramentos teóricos daí decorrentes, tais como a existência de um Direito Suprapositivo, a possibilidade de controle de enunciados normativos absolutamente injustos pela Moral e assim o próprio questionamento da validade do Direito posto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito e Moral. Valor. Princípios. Positivismo Jurídico. Fórmula de RadBruch.

[177] Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Univem, bolsista Capes. Pesquisador do Centro Universitário Eurípides de Marília-Univem nas áreas de Teoria da Argumentação, Ética do Discurso, Teoria do Estado e Teoria do Direito. Membro dos Grupos de Pesquisa Constitucionalização do Direito Processual no Univem. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/Univem em 2011. Advogado. email: tiagoclemente@univem.edu.br

[178] Professor. Advogado. Pesquisador. Chefe de Gabinete na PUC/SP. Coordenador do Mestrado em Direito no UNIVEM. Possui graduação (1986), Mestrado (1994) e Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Pós-Doutorado pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Professor Titular no UNIVEM e Professor Assistente Doutor na PUC/SP. Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO (UNIVEM) e da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI. Sócio fundador da AJUCASP. Avaliador para cursos de direito INEP/MEC. Foi Professor Assistente no Curso de TGD, ministrado pelo Professor André Franco Montoro - Pós-Graduação PUC/SP. Foi membro do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. lafayette@lafayette.pro.br.

RESUMEN

Este trabajo tiene el objetivo de mostrar el paradigma jurídico vigente, de una posible conexión (re) entre derecho y moral, con discusiones sobre el interior de los juicios de Nuremberg y disposiciones legales derivados del eterno debate entre la ley natural (posiblemente representado por la fórmula de Radbruch) y el positivismo jurídico. En este sentido, inicialmente una breve presentación de lo que se entiende por Ciencia del Derecho de Hans Kelsen y el concepto de normas primarias y secundarias Herbert Hart, la realización de la separación entre la definición de la ley y su interpretación en la tesis positivista aquí contenidas. En una segunda fase, la presentación de una llave no positivista perspectiva alexyana, vamos a hacer un análisis del "Juicio de Nuremberg", película que narra los jueces del Tercer Reich y los desarrollos teóricos derivados, tales como la existencia de una ley Suprapositivo la posibilidad de control de las declaraciones normativas absolutamente injustas de Moral y así mismo en duda la validez de la oficina de abogados.

PALABRAS-CLAVE: Derecho y la moral. Valor. Principios. Positivismo Jurídico. Radbruch fórmula.

INTRODUÇÃO

O limite entre validade jurídica e direito injusto sempre esteve no teor das discussões quanto aos embates entre juspositivista e jusnaturalistas. A grande questão surge quando nos deparamos com enunciados normativos cujo conteúdo afronta imensamente toda a gama histórica de conquistas no ramo dos direitos humanos, nos colando a refletir sobre o limite da validade formal do direito diante do conteúdo injusto das normas jurídicas.

Neste sentido o presente artigo tem por objetivo, inicialmente, apresentar o conteúdo científico objetivo dos estudos desenvolvidos por Hans Kelsen e H. Hart, para que possamos compreender a extensão do positivismo normativista de referidos autores e a comunicação entre Direito e Moral.

Posteriormente, iremos nos ater à crítica ao positivismo jurídico com a construções não-positivistas de Robert Alexy apresentando o debate no interior das discussões oriundas dos julgamentos dos juristas do *Terceiro Reich*, e a utilização da fórmula de Radbruch pelos Estados vencedores nos julgamentos.

Finalmente apresentaremos as considerações de Robert Alexy sobre os fatos e seus desdobramentos jurídicos, em que poderemos observar a preocupação do filósofo de Kiel sobre a moralização do Direito, ou seja, a captura do mundo jurídico pela moral de forma exacerbada e irracional, o que culminará numa instabilidade do sistema jurídico.

1. CIÊNCIA JURÍDICA E A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DE HANS KELSEN E HERBERT L. A. HART

Hoje muito se fala em uma possível e necessária superação da aplicação fria da lei pelo hermeneuta julgador, como moderníssima, contemporânea e modal construção teórica jurídica nomeia-se o chamado pós-positivismo, neoconstitucionalismo e neoprocessualismo como verdadeiras construções salvadoras de uma dinâmica tecnocrata-silogística, afinal Hans Kelsen com seu reducionismo jurídico legal legitimou e permitiu todas as catástrofes ocorridas contra a humanidade pelo movimento nazifascista durante a segunda grande guerra (*reductio ad Hitlerum)*. Bobbio já fazia tal constatação, principalmente pelos defensores do jusnaturalismo:

> Comecemos pelos promotores do Direito Natural. Eles dizem: a Teoria Pura do Direito, como expressão última e consequente do positivismo jurídico, exclui que haja outro Direito fora do Direito Positivo; por isso é obrigada a aceitar como Direito qualquer aberração moral ou religiosa (e quantos foram os exemplos que a história recente nos colocou diante dos olhos com dramática evidência!) que agrade a um déspota ou a uma classe de homens políticos sem escrúpulos de se impor nas formas do direito constituído. O erro capital da Teoria Pura do Direito, segundo eles, estaria no fato que, impondo ao jurista comportar-se como um frio intérprete da norma positiva, qualquer que seja o valor ético da norma, transforma-o em um colaborador de qualquer regime, por objeto e repugnante que seja, num aceitador ou pelo menos num impassível indagador do fato consumado[179].

No entender de Andytias Soares:

[179] BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder.** São Paulo/Editora Unesp. Trad. Nilson Moulin. 2007. p. 25.

> Com a derrocada da Alemanha, surgiu a necessidade urgente de se encontrar um bode expiatório, uma justificativa para o injustificável e uma explicação fácil de se entender e de se aceitar para o horror nazifascista. Encontraram-se todas essas três realidades no positivismo jurídico, conforme a visão desfigurada que lhe impingia – e até impinge – o renascido jusnaturalismo. A maior prova da culpa inconteste do juspositivismo foi o fato de os réus em Nuremberg terem justificado as suas ações com base na lei positiva: "Persegui, torturei e matei porque assim ordenava a lei. E a lei é a lei". *Gesetz ist Gesetz:* Eis a filosofia do positivismo jurídico, bradavam, impávidos, os jusnaturalistas. Sem a consideração de valores superiores que devem guiar o direito, este corre o risco de se transformar em uma ordem de opressão na qual a norma jurídica, por ser jurídica, possui um valor intrínseco, devendo ser obedecida incondicionalmente. Essa seria então a verdadeira herança do positivismo jurídico, que desprezando a evolução de valores jusnaturalistas como a igualdade e a liberdade, teria imposto regimes políticos como a igualdade e a liberdade, teria imposto regimes políticos opressivos ou, pelo menos, justificado e legitimado as experiências autoritárias da primeira metade do século passado[180].

Mas, até que ponto podemos afirmar que a Teoria Pura do Direito legitimou que determinadas escolhas políticas fossem institucionalizadas, como fora as nazifascistas, o que culminou no atual paradigma do direito que renega o positivismo jurídico, e toda aquela a pretensão de pureza de uma construção jurídica?

1.2 Ciência Jurídica de Hans Kelsen: justiça, validade, eficácia do Direito e o conceito de sistema dinâmico na Teoria Pura do Direito

Conforme nos alerta Noberto Bobbio a Teoria Pura do Direito apresentou-se como levante a duas trincheiras, contra o Direito Natural e contra a Sociologia. Contra o Direito Natural conduzia-se em nome da *objetividade* da ciência, cuja tarefa era meramente descritiva da realidade, e não avaliativa, diferente do jusnaturalismo que de tempos em tempos, conduzido pelos movimentos políticos-ideológicos, inclinava o direito em conformidade com certos ideias de justiça (doutrinas conversadoras ou revolucionárias que alcançavam o

[180] MATOS, Andityas Soares de Moura. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético.** In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, já./jun. 2009, p. 16.

poder)[181]. Afirma Bobbio que: "[...] Agindo contra a objetividade da Teoria Pura do Direito (e sem objetividade não há ciência), o Direito Natural exprime valores *subjetivos* ou até irracionais, os quais, por isso mesmo, são irredutíveis a análises científicas"[182].

Em relação ao afastamento da ciência jurídica da Sociologia buscou-se determinar que a Sociologia pertence à esfera do ser, que analisará fenômenos sociais, enquanto o direito pertence ao mundo do dever-ser, já que busca estabelecer uma estrutura de qualificação da realidade social mediante o estabelecimento de normas jurídicas. Assim, enquanto o objeto de estudo da Sociologia é o fenômeno social, o direito, como ciência particular, não aborda como objeto de estudo os fenômenos das relações humanas, mas as normas que qualificam aqueles[183].

Neste sentido a Teoria Pura do Direito terá inicialmente duas pretensões: a) ser ciência, portanto, possuir objeto delimitado que possa ser racionalmente controlável e analisado, sem se submeter às intempéries das ideologias humanas; e b) ser a ciência própria do objeto específico a que se dirige, o direito[184].

Assim, para impedir a confusão entre a existência do direito, com a justiça do direito, será necessário analisar a norma (ou seu conjunto – ordenamento jurídico) a partir de três critérios que não se confundem: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz[185].

Estabelecer a análise da justiça da norma exigirá necessariamente que se verifique seu o conteúdo, obsevando se há ou não congruência com os valores últimos ou finais de determinado ordenamento jurídico. Para Bobbio:

> [...] O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o

[181] BOBBIO, Norberto. **Direito e ...** Op. Cit. p. 23.
[182] Ibid.
[183] Ibid., p. 24.
[184] Ibid.
[185] BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica.** São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariana Bueno Sudatti. 2008. p. 46.

que é real e o que é ideal. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema *deontológico* do direito[186].

A análise da norma voltada à sua validade está relacionada à sua existência ou não, independentemente, portanto, do juízo de valor quanto ao seu conteúdo. Assim, trata-se de um juízo de fato, de verificar se a norma apresentada é existente, consequentemente se é regra jurídica. Segundo Bobbio:

> [...] Enquanto para julgar a justiça de uma norma, é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar investigações do tipo empírico-racional, que se realizam quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um evento. Em particular, para decidir se uma norma é válida (isto é, como regra jurídica pertencente a um determinado sistema), é necessário com frequência realizar três operações: 1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou *tinha poder legítimo para emanar normas jurídicas*, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema; 2) averiguar se não foi *ab-rogada*, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer *que ainda o seja*, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; 3) averiguar se não é *incompatível* com outras normas do sistema (o que também se chama *ab-rogação implícita)*, particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em um Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras). O problema da validade jurídica pressupõe que se tenha respondido à pergunta: o que se entende por direito? Trata-se, querendo adotar uma terminologia familiar entre os jusfilósofos, do problema *ontológico* do direito[187].

[186] Ibid.
[187] Ibid. p. 47.

O terceiro elemento analítico de uma norma é o problema da *eficácia,* que diz respeito ao fato de ela ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida. "[...] Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida"[188]. A questão da eficácia da norma está relacionada ao caráter histórico-sociológico, para o comportamento da sociedade diante do estabelecimento de uma norma jurídica, para Bobbio trata-se de um problema *fenomenológico* do direito[189].

Esses três critérios de avaliação normativa são independentes e não se confundem, sendo a confusão realizada entre esses três elementos que conduzirão às críticas infundadas à Teoria Pura do Direito[190]. Teorias que promovem a fusão destes elementos conduzem um "reducionismo", que "[...] leva à eliminação ou, pelo menos, ao ofuscamento de um dos três elementos constitutivos da experiência jurídica e, portanto, a mutilam"[191]. Segundo Norberto Bobbio há uma teoria que *reduz a validade à justiça,* afirmando que uma norma só é válida se é justa, sendo o exemplo mais ilustre desta redução a doutrina do direito natural[192].

Uma segunda reduz a justiça à validade, quando afirma que uma norma justa somente pelo fato de ser válida, isto é, faz depender a justiça da validade, que pode ser vista numa construção legalista, formalista, no sentido mais restrito e limitado do positivismo jurídico[193].

E finalmente há aquela que *reduz a validade à eficácia,* "quando tende a afirmar que o direito real não é aquele que se encontra, por assim dizer, enunciado em uma Constituição, ou em um Código, ou em um corpo de leis, mas é aquele que os homens efetivamente aplicam nas suas relações cotidianas: esta teoria faz depender, em última análise, a validade da eficácia. O exemplo histórico mais radical é dado pelas correntes consideradas realistas da jurisprudência americana e pelas suas antecipações no continente"[194].

Referidas argumentações guardam estrita relação com a ideia de sistema apresentado por Kelsen, que distingue entre os tipos de sistemas existentes o estático e o dinâmico.

---

[188] Ibid.
[189] Ibid. p. 48.
[190] O que se pretende argumentar não é que não caiba crítica à Teoria Pura do Direito, mas tão somente evitar que as críticas sejam feitas a partir da confusão teórica dos critérios de avaliação acima mencionados.
[191] BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma** ... Op. Cit., p. 54.
[192] Ibid.
[193] Ibid.
[194] Ibid.

Estático é aquele no qual as normas estão relacionadas como as proposições de um sistema dedutivo:

> [...] ou seja, pelo fato de que derivam uma das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico. [...] Pode-se dizer, em outras palavras, que num sistema desse gênero as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu *conteúdo*[195].

Já a segunda concepção de sistema, denominado *estático*, é aquele no qual as normas derivam de outras através de sucessivas delegações de poder, portanto, a comunicação normativa decorre da autoridade que as positivou e não de seus conteúdos. "Pode-se dizer que a relação entre as várias normas é, nesse tipo de ordenamento normativo, não material, mas *formal"*[196]. Segundo Bobbio:

> A distinção entre os dois tipos de relação entre normas, a material (estático) e a formal (dinâmico), é contestável na experiência diária, quando, encontrando-nos na situação de ter que justificar uma ordem (e a justificação é feia inserindo-se num sistema), abrimos dois caminhos, ou seja, o de justificá-la deduzindo-a de uma ordem de abrangência mais geral ou de atribuí-la a uma autoridade indiscutível. Por exemplo, um pai ordena ao filho que faça a lição, e o filho pergunta: "Por quê?" Se o pai responde: "Porque deves aprender", a justificação tende à construção de um sistema dinâmico. Digamos que o filho, não satisfeito, peça outra justificação. No primeiro caso perguntará: "Por que devo aprender?" A construção do sistema estático levará a uma resposta deste tipo: "Porque precisas ser aprovado". No segundo caso perguntará: Por que devo obedecer a meu pai?" A construção do sistema dinâmico levará a uma resposta deste tipo: "Porque teu pai foi autorizado a mandar pela lei do Estado". Observem-se, no exemplo, os dois diferentes tipos de relação para passar de

[195] BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Brasília/Editora Universidade de Brasília. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1999. p. 72.
[196] Ibid.

> uma norma a outra: no primeiro caso, através do conteúdo da prescrição, no segundo caso, através da autoridade que a colocou[197].

Kelsen sustenta que os ordenamentos jurídicos são sistemas do tipo dinâmico, já que o estabelecimento de enunciados normativos decorrem da delegação de poderes, já os sistemas estáticos (conexões normativas determinadas pelo conteúdo) seriam ordenamentos morais. Assim: "O ordenamento jurídico é um ordenamento no qual o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente do conteúdo [...][198]"

Do critério de avaliação da norma quanto a sua "validade", portanto, de existência (critério formal), está estritamente relacionado ao sistema dinâmico, já que a existência normativa dependerá de um sistema de delegações de poderes que positivarão enunciados normativos. Neste sentido, para uma construção científica formal, que seja passível de estabelecimento de premissas objetivas e lógicas, o critério de validade formal no interior de um sistema dinâmico será aquele que atribuirá pureza à construção de Kelsen, sob pena de, uma vez estabelecida as premissas no *conteúdo* das normas jurídicas, promover-se uma moralização do direito, cujas escolhas morais/ideológicas/políticas irão determinar a sua natureza.

O segundo Gustav Radbruch ao estabelecer o critério da justiça como condição da existência da norma jurídica promoveu essa moralização do direito, que conforme Andytias Soares, Radbruch:

> [...] conclamou os juristas a considerarem o componente ético do direito – a justiça – como o seu traço fundamental, devendo todo o positivismo jurídico ser negado exatamente em razão de sua vacuidade axiológica. A posição assumida por Radbruch foi particularmente influente não apenas em razão da importância pessoal de sua figura na ciência jurídica alemã, mas sim porque antes da segunda guerra o autor apresentava – em texto de 1932 – ideias de natureza nitidamente juspositivista, sustentando que a ordem e a segurança das normas jurídico-positivas justificariam a obrigatoriedade de qualquer direito, "[...] mesmo se injusto e mal adaptado a um

[197] Ibid. p. 73.
[198] Ibid.

> fim". A justiça ostentaria então um valor meramente secundário. Com o fim da guerra, o jusfilósofo mudou de opinião, passando a acreditar que o jurista deveria recusar validade às leis injustas, cabendo-lhe denunciá-las como simulacros de direito. Da mesma forma, o povo não estaria obrigado a cumprir leis iníquas. Na verdade, Radbruch admitia que a segurança jurídica juspositivista e a noção de justiça entram constantemente em conflito, devendo este ser resolvido em nome da primeira, a não ser que a contradição alcançasse um nível de insuportabilidade tal que o "direito injusto" devesse ser preterido em nome da justiça. Isso ocorreria, sustenta Radbruch, quando a lei positiva desrespeitasse de forma flagrante o conceito de igualdade – núcleo da justiça-, devendo ser, portanto, desconsiderada, dado que o ordenamento jurídico só existe enquanto tal para realizar a justiça. A partir do texto de Radbruch formou-se um espécie de argumento geral contra o positivismo jurídico chamado de *reductio ad Hitlerum* [...][199]

A grande preocupação da Ciência Jurídica desenvolvida por Hans Kelsen foi buscar estabelecer uma distinção bastante objetiva entre o que deveria ser direito, partindo de critérios formais de validade, e tudo aquilo que não se confundiria com a matéria jurídica, excluindo, portanto, os elementos éticos. A questão de um conjunto normativo constituir direito não passaria por uma análise ético-valorativa, mas tão somente formal de validade, neste sentido justificava-se uma das frases mais polêmicas de Kelsen de que o direito poderia ter qualquer conteúdo.

O fato de ser ou não ser direito não passaria por uma análise de conteúdo normativo, em que se observaria a massa ética do enunciado normativo, mas tão somente o procedimento formal de sua elaboração, o que permitiria abarcar qualquer conteúdo, justo e injusto, já que este elemento axiológico não faz parte da condição de validade do jurídico.

> Kelsen afirmou de modo bastante claro que o direito pode ter qualquer conteúdo. Ainda que seja óbvio que "poder ter" não significa "dever ser", a consequência lógica dessa proposição, para qualquer teoria verdadeiramente juspositivista, é que juízos como "O ordenamento sócio-normativo nazista é direito" ou "O direito soviético era tão jurídico como o norte-americano" são não apenas perfeitamente

[199] MATOS, Andityas Soares de Moura. **Estado de ...** Op. Cit. p. 16.

> válidas, mas também necessárias. Aprofundando ainda mais: "O direito do inimigo é tão jurídico quanto o meu, o que significa que não poderei vencê-lo com a velha e boa tática do rechaço e da denúncia ética, devendo, antes, utilizar uma perigosa opção: discutir racionalmente com o rival, em pé de igualdade". São proposições como essas três que horrorizam os jusnaturalista e jusmoralistas de todos os tempos[200].

Neste sentido o fato de se reconhecer o fenômeno como jurídico será mera atividade declarativa de uma dinâmica formal, sem que se apresente uma análise valorativa, isso porque são campos de verificação distintos. O campo da existência/validade do direito não se confunde com o campo da valoração do jurídico, portanto, não se nega a existência de valores inseridos no direito, mas tão somente realiza-se a devida segregação dos seus espaços de atuação.

> No entanto, afirmar que certo conjunto normativo apresenta natureza jurídica não significa aprová-lo ou recomendá-lo. A proposição "X é direito" envolve um juízo de fato, e não um juízo de valor. Da mesma maneira, quando se diz que o Império Romano assentava a sua estrutura econômica na forma de produção escravagista não significa que se está aprovando ou justificando a escravidão. Curiosamente, tal raciocínio não é aplicado com frequência às proposições "X é direito" e "X não é direito". Tal porque seus predicados não são entendidos como fatos, mas como valores. Para os jusnaturalistas, o juízo de fato "X é direito" se transforma, de modo totalmente arbitrário, em juízo de valor, já que emprestam ao termo "direito" uma função valorativa. Para tanto, confundem direito e valor, realidade e ideal, teoria e ideologia. É exatamente isso o que fazem também todas as teorias hoje chamadas de jusmoralistas; e é o que o positivismo jurídico pretende evitar a todo custo. As teorias juspositivistas dignas desse nome entendem o direto como um fenômeno factual, empírico e profundamente não-metafísico, desligado da esfera do sacral desde que atingiu a sua maturidade".[201]

---

[200] Ibid. p. 20
[201] Ibid.

Reconhecer que determinado conjunto normativo é justo ou injusto (portanto, já superado a questão da sua existência) culminará no prolação de um juízo de valor ideológico, no sentido de expressar os valores que determinada sociedade elegeu como tal. Kelsen buscou justamente extirpar tais efeitos da sua construção científica, já que para o autor as questões ideológicas não são passíveis de um controle racional, sendo que representará as preferências político-ideológicas de determinado grupo, que não será passível de um controle objetivo/formal. Para Andityas "Os jusnaturalista entendem que o 'mau direito' não deve ser descrito enquanto direito, posição altamente subjetiva que esconde uma intenção ideológica conservadora: se o direito – enquanto descrito como 'verdadeiro direito' – é sempre justo, não há motivos para desobedecê-lo"[202].

Encerrada a fase científica, que promove a separação entre o conteúdo puro do direito, cuja constatação é meramente formal, inicia-se a construção política, que não rechaça a comunicação entre direito e moral. O conteúdo político-ideológico apresenta-se quando das construções do conteúdo normativo, no procedimento legislativo (que não se confundem com a condição de existência do direito), bem como no preenchimento do quadro-normativo pelo hermeneuta julgador, sendo certo que "[...] o direito é capaz de interações axiológicas extremamente complexas, mas não é, ele mesmo, um valor, e sim um fato ou um conjunto de fatos. O 'fato direito' pode ser avaliado segundo operação intelectual, da qual a razão não participa mais sozinha, como no puro ato de conhecimento. Quando se trata de um juízo de valor, a razão vem acompanhada pela vontade, que quase sempre se apresenta como ideologia. Então já não se fala mais da realidade, mas de como deveria ser a realidade. Termina a missão do cientista e se inicia a do político [...][203]"

Surgem, assim, as construções teóricas discursivas que buscam racionalizar a interpretação axiológica do texto normativo no caso concreto, principalmente após a inserção de elementos valorativos no texto constitucional. Feitas estas primeiras considerações quanto ao conteúdo científico do direito para Kelsen, passaremos a abordar o teoria de identificação do Direito de H. L. A. Hart.

1.3 Normas primárias e secundárias em H. L. A. Hart: por uma identificação do Direito para além da Moral

[202] Ibid. p. 21.
[203] Ibid.

Apresentando uma crítica ao modelo simples do direito concebido como ordens coercivas do soberano baseadas em ameaças, proposta por Austin como "comandos"[204], Hart representa hipoteticamente referida relação pela existência de uma população que vive num território em que reina um monarca absoluto (Rex), que durante um período de tempo muito longo controla o seu povo "[...] através de ordens gerais baseadas em ameaças, as quais lhes exigem a prática de diversos actos [...]"[205].

A conexão entre as ordens proferidas por Rex e o acatamento pela população poderá basear-se, inicialmente, como um hábito de obediência dos súditos em relação às ordens de Rex (cada um, em uma relação direta com Rex, externaliza atos pessoas de obediência).

A instabilidade jurídica surge quando Rex morre, deixando seu filho, Rex II, que passa a emitir ordens gerais. Como bem salienta Hart "[...] O mero facto de existência de um hábito geral de obediência a Rex I, em vida deste, nem sequer torna por si só provável que Rex II virá a ser habitualmente obedecido"[206], uma vez que não há qualquer hábito firmado de obediência a Rex II.

Sem que houvesse uma prática reiterada de obediência das ordens emanadas de Rex II que atribuísse caráter de habitualidade na obediência não há que se falar neste momento inicial de soberania de Rex II[207], até "[...] que este estádio seja atingido, haverá um interregno em que não será criado nenhum direito".

Mencionado interregno de "lacuna jurídica"[208] poderá ser solucionado mediante uma elaboração por Rex I de uma regra que atribua sucessão, por exemplo, ao filho mais velho, atribuindo a Rex II o título de sucessor. Há assim, uma transição do mundo de fato (relação de ordens e obediências), para um mundo de regras de uma segunda espécie, que segundo Hart "nesse mundo não havia regras e, portanto, não existiam direitos subjectivos nem títulos e, por isso, a *fortiori*, nenhum direito ou título à sucessão: havia apenas os factos de que Rex I dava ordens e as suas ordens eram habitualmente obedecidas"[209].

---

[204] HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2ª ed. Lisboa/ Fundação Calouste Gulbenkian. 1994. p. 21.
[205] Ibid. p. 61.
[206] Ibid. p 62.
[207] Vale ressaltar que a concepção de soberania, habitualidade, obrigação, ordens, comandos são devidamente delimitados na obra "O conceito de direito", principalmente nos capítulos I, II, III e V a que remetemos para uma melhor compreensão.
[208] Aqui não se pretende afirmar que não existe Direito vigente que regulamenta as relações sociais (o que inclusive poderá ser sustentado na obra de Hart, quando este disserta sobre a legitimidade ou validade do Direito produzido por alguém que não mais compõe a sociedade), mas tão somente neste lapso temporal de esterilidade legislativa, diante da ausência da sua fonte (morte de Rex I).
[209] HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit., p. 63.

Essa regra em que Rex I atribui o poder para legislar à Rex II (denominado por Hart como poder público), bem como regras voltadas à constituir ou alterar relações jurídicas (poderes privados) não se baseiam em ameaças, mas tão somente na atribuição de poderes para o exercício de uma função pública (legislar ou julgar) ou a enumeração de formas para o reconhecimento de relações jurídicas (legislação que regulamente a transmissão de bens imóveis, casamento entre outras relações jurídicas).

Estas regras diferem daquelas que atribuem obrigações entre os sujeitos que compõe a relação jurídica. Neste sentido Hart apresenta uma classificação dicotômica das regras, segregando-as entre aquelas que são consideradas do tipo básico ou primário, que "[...] aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não [...]"[210] e outras, classificadas como secundárias ou parasitárias em relação às primeiras "[...] porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõe deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados [...]"[211].

Serão estas regras parasitárias, para utilizar a expressão cunhada por Hart, que reconhecerão as regras básicas (primárias) que irão atribuir direitos e deveres aos homens, sendo que é esta situação (relação entre regra secundária que reconhece o jurídico) que fundamenta o sistema jurídico. Essa regra de reconhecimento poderá adotar várias formas, conforme explica Hart:

> Onde quer que uma tal regra de reconhecimento seja aceite, tanto os cidadãos particulares como as autoridades dispões de critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação. Os critérios deste modo disponíveis podem, como vimos, tomar uma ou mais formas diversas: estas incluem a referência a um texto dotado de autoridade; ao acto legislativo; à prática consuetudinária; às declarações gerais de pessoas determinadas ou a decisões judiciais passadas, proferidas em casos concretos. Num sistema muito simples, como o de Rex I, descrito no Capítulo IV, em que apenas o que ele estatui é direito e não são impostas quais quer limitações jurídicas ao seu poder legislativo, por qualquer regra consuetudinária ou documento constitucional, o único critério para identificar o

[210] Ibid.p. 91.
[211] Ibid.

> direito será uma simples referência ao facto da promulgação por Rex I. A existência desta forma simples da regra de reconhecimento manifestar-se-á na prática geral, por parte dos funcionários ou dos particulares, de identificar as regras por este critério. Num moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de <<fontes>> de direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar o direito são múltiplos e comummente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, estabelece-se uma solução para conflitos possíveis, através da ordenação destes critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativas. É assim que no nosso sistema a <<*commom law*>> está subordinada à lei parlamentar.[212]

Da dualidade apresentada percebe-se que a relação existente entre as regras somente dão conta de levar em consideração questões estritamente formais, ou seja, se determinada regra, que não possui elemento deôntico pautado na ameaça, reconhecerá ou não outras regras que atribuem direitos e deveres aos homens. Não se fala aqui em reconhecer a qualidade da regra a partir da análise do seu conteúdo, mas tão somente na dicotomia existente entre regras que reconhecem o jurídico e regras que atribuem direitos e deveres.

Assim, a afirmação de que uma regra jurídica é válida é uma afirmação interna[213], reconhecendo que a regra satisfaz os testes que permitem identificar o que deve ser considerado como direito no sistema, seja pela afirmação de um julgador ao decidir um processo, seja em uma decisão administrativa pelo agente público, ou pelo cidadão quando realiza atividade que deve observar determinada formalidade legal (ex. casamento, transmissão de bens imóveis etc.). Em todos estes casos haverá uma regra paradigma de reconhecimento que servirá como elemento jurídico de identificação do Direito. Para Hart:

> A regra de reconhecimento, que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada, é, num sentido importante que tentaremos clarificar, uma regra *última*: e onde, como é usual, há vários critérios ordenados segundo a subordinação e a primazia relativa, um deles é *supremo*. Estas ideias do

[212] Ibid., p. 112.
[213] Para analisar a distinção entre pontos de vista interno (análise consciente e crítica do sistema, a partir do olhar do participante) e externo (análise descritiva) ver HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit., p. 99-101.

> carácter último da regra de reconhecimento e da supremacia de um dos seus critérios merecem alguma atenção [...][214]

Enquanto a análise de validade de uma regra primária dependerá da disposição da regra parasitária para reconhecê-la como válida, a validade da própria regra de reconhecimento gera questionamentos. Conforme nos alerta Hart, alguns autores afirmam que enquanto a validade jurídica das regras básicas pode ser demonstrada por referência àquela, a sua própria validade não pode ser demonstrada, devendo ser assumida como uma "hipótese", o que desde já é descartado por Hart[215]. Para analisar a questão de validade da regra de reconhecimento Hart se socorre das construções formuladas entorno da concepção de "ponto de vista interno" e "ponto de vista externo" formulado em sua obra às páginas 91/101[216], em que os homens (sejam na esfera pública ou privada) aceitam a regra de reconhecimento do sistema (pressupõe sua validade), e isso se dará quando este afirma com seriedade a validade de certa regra de direito dada (identificando o Direito válido), empregando-a no funcionamento geral do sistema jurídico[217].

A regra de reconhecimento não poderá se submeter à análise de validade que se submete a regra básica, já que esta pressupõe aquela, mas deverá se observada como aceita e

---

[214] HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit., p. 117.
[215] Ibid., p. 119.
[216] Para distinguir *regras* de *hábitos* Hart elabora o que passou a chamar de "ponto de vista interno" e "ponto de vista externo" que desenvolveu com maior profundidade nas páginas 99-101 da obra já citada. Porém, diante do conteúdo introdutório, vale transcrever a seguinte passagem: "O terceiro aspecto que distingue as regras sociais dos hábitos está implícito no que se disse já, mas é de tal importância e tão frequentemente ignorado ou falseado na ciência jurídica que o iremos desenvolver aqui. Consiste naquilo que, ao longo deste livro, chamaremos o *aspecto interno* das regras. Quando um hábito é geral num grupo social, esta generalidade constitui simplesmente um facto relativo ao comportamento observável na maior parte do grupo. Para que haja um tal hábito, não se exige que nenhum dos membros do grupo pense, de qualquer modo, no comportamento geral e saiba sequer que o comportamento em questão é geral; ainda menos se exige que se esforcem por ensiná-lo ou que tencionem mantê-lo. Basta que cada um, por seu lado, se comporte da forma que os outros também se comportam efectivamente. Pelo contrário, para que uma regra social exista, alguns membros, pelo menos, devem ser no comportamento em questão um padrão geral a ser observado pelo grupo como um todo. Uma regra social tem um aspecto <<intero>> para além do aspecto externo que partilha com hábito social e que consiste no comportamento regular e uniforme que qualquer observador pode registrar. Este aspecto interno das regras pode ser ilustrado de forma simples a partir das regras de qualquer jogo. Os jogadores de xadrez não têm apenas hábitos semelhantes de movimentar a rainha da forma idêntica que um observador externo, ignorante em obsoluto da atitude deles em relação aos movimentos, pode registrar. Para além disso, têm uma atitude crítica reflexiva em relação a este tipo de comportamento: encaram-no como um padrão para todos quantos pratiquem o jogo. Cada um deles não se limita apenas a movimentar a rainha dum certo modo, mas <<tem opinião formada>> acerca da correcção de todos os que movimentam a rainha dessa maneira. Essa opinião manifesta-se na crítica e nas exigências de conformidade feitas aos outros, quando ocorre ou ameaça haver desvio, e no reconhecimento da legitimidade de tal crítica e de tais exigências quando recebidas de outros. Na expressão de tais críticas, exigências e reconhecimentos utiliza-se uma série ampla de linguagem <<normativa>>. <<Eu (tu) não devia(s) ter movido a rainha dessa maneira>>, <<eu (tu) tenho (tens) de fazer isso>>, <<isso está bem>>, <<isso está mal>>" *in* HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit., p. 65-66.
[217] Ibid., p. 119/120.

apropriada para tal utilização. E, para rebater aqueles que defendem a impossibilidade de demonstração da validade da regra de reconhecimento, Hart afirma que "[...] Expressar este simples facto dizendo de forma pouco clara que a sua validade é <<suposta, mas não pode ser demonstrada>>, é como dizer que supomos, mas não podemos demonstrar, que a barra de metro-padrão em Paris, que é o teste último da correcção de toda a medida métrica, é ela própria correcta"[218].

Feitas estas primeiras considerações passaremos a analisar a relação entre Direito e Moral na obra de Hart, devendo ficar consignado que as construções hartianas que envolvam a "textura aberta do direito" que culminará na atuação discricionária do interprete serão debatidas no item 1.5 deste capítulo.

Hart dedica parte da sua obra a analisar a relação entre Justiça e Moral e Direito e Moral[219] em que afirma que aqueles que defendem que a relação entre Direito e Moral é *necessária* até compreenderão que houve um avanço com a distinção entre regras primárias e secundárias, que retiram o caráter de ordens baseadas em ameaças, mas só isso não bastaria.

Salienta Hart que na pretensão de que entre direito e moral há uma conexão necessária tem muitas variantes, uma vez que "[...] Há muitas interpretações possíveis dos termos-chave <<necessário>> e <<moral>> e estas nem sempre têm sido distinguidas e consideradas separadamente, tanto pelos defensores como pelos críticos [...]". Segue o autor:

> [...] A mais clara, talvez, porque é a forma de expressão mais extrema deste ponto de vista, é a que está associada à tradição tomista do Direito Natural. Ela contém uma afirmação dupla: em primeiro lugar, que há certos princípios de verdadeira moral ou justiça, passíveis de descoberta pela razão humana sem o auxílio da revelação, ainda que tenham uma origem divina; em segundo lugar, que as leis elaboradas pelos homens que contrariam estes princípios não são direito válido. <<Lex ininusta non est lex>>. Outras variantes deste ponto de vista geral adoptam uma diferente visão, tanto do estatuto dos princípios da moral, como das consequências do conflito entre direito e moral [...].[220]

---

[218] Ibid., p. 120.
[219] Ver capítulos VIII e IX de HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit.
[220] HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit. p. 170-171.

Porém, para Hart, por haver distinção entre regras morais e regras jurídicas, em algumas hipóteses até poderá haver coincidência em exigirem ou proibirem o mesmo comportamento (isso que não é essencial ao estatuto de todas as regras jurídicas), uma vez que "[...] Uma regra jurídica pode ser considerada pelas pessoas em geral como não tendo importância suficiente para ser mantida; pode até haver concordância geral em como deveria ser revogada: porém, permanece como regra jurídica até ser revogada [...]"[221].

Percebe-se que, embora, haja identidade quanto à concepção de *regra* entre aquelas jurídicas e morais, não há que se falar, ao menos no positivismo hartiano, que haja uma possibilidade de ingerência na qualidade jurídica da regra mediante um enunciado moral. Assim, embora uma regra jurídica seja extremamente injusta permanecerá jurídica até ser revogada.

Em seu pós-escrito, publicado mais de 32 anos após o lançamento da obra "O conceito de Direito", Hart apresenta sua contradita às críticas apresentadas por Ronald Dworkin[222] afirmando inicialmente que "[...] embora haja muitas conexões contingentes diferentes entre o direito e a moral, não há conexões conceptuais necessárias entre o conteúdo do direito e o da moral, e daí que possam ter validade, enquanto regras ou princípios jurídicos, disposições moralmente iníquas [...]"[223].

Essa segregação ocorre porque o Direito se socorre do ponto coercivo para restringir ou ampliar liberdades, conferir ou retirar poderes, enquanto que a moral se desenvolve em outro campo, instalado nas interações intersubjetivas que não exigem necessariamente um elementos coercivo intrínseco a ela. Para se utilizar de exemplo apresentado por Hart, um homem que vai à Igreja e retira o chapéu para assistir o rito religioso não está necessariamente submetido a realizar tal ato pela força coativa de uma regra jurídica primária que lhe atribui tal dever, mas tão somente nos hábitos de uma determinada comunidade. O descumprimento de referida regra social, que poderá contem algum conteúdo moral, não lhe trará consequências na esfera jurídica (poderá sofrer represália da comunidade religiosa, mas não do sistema jurídico).

---

[221] Ibid. p. 190.
[222] Segundo Hart, Dworkin tem rejeitado a ideia de que seja possível falar em regras moralmente iníquas válidas, tendo em vista que deve haver, pelo monos, fundamentos morais indiciários para as afirmações de existência de direitos e deveres jurídicos. "[...] Por isso, ele encara a ideia de que <<os direitos jurídicos devem ser entendidos como [uma] espécie de direitos morais>> como um elemento <<crucial>> na sua teoria jurídica e diz que a doutrina positivista aposta pertence <<ao mundo concreto do essencialismo jurídico>>, no qual só nos é dado conhecer, de forma pré-analítica, que pode haver direitos e deveres jurídicos sem qualquer fundamento ou eficácia morais" *in* HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit. p. 331.
[223] HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit. p. 331.

Por tais razões Hart afirma que:

> [...] Assim, quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e os deveres requerem atenção como pontos focais nas actuações do direito, que se revestem de importância fundamental para os seres humanos, e isto independentemente dos méritos morais do direito. Por isso, é falso que as afirmações de direitos e deveres jurídicos só possam fazer sentido no mundo real se houver algum fundamento moral para sustentar a afirmação da sua existência.[224]

Neste sentido a identificação do Direito, nos mesmos termos que as construções desenvolvidas por Hans Kelsen, pode ser identificado por fontes que não estão ligadas à moral (para Hart a identificação do direito ocorre mediante a Regra de Reconhecimento e para Kelsen mediante a Norma Hipotética Fundamental), diferentemente de Dworkin que afirma que para se determinar o que é Direito é fundamental realizar um juízo moral, já que "as porposições de direito são verdadeiras apenas se, juntamente com outras premissas, decorrem daquele conjunto de princípios, os quais melhor se ajustam a todo o direito estabelecido, identificado por referência às fontes sociais do direito, e lhe conferem a melhor justificação moral"[225].

Percebe-se, portanto, que tanto em Kelsen quanto em Hart a preocupação é necessariamente realizar a devida distinção entre Direito e Moral justamente para poder se determinar o conteúdo científico e objetivo do primeiro, o que levará necessariamente à impossibilidade de um controle do Direito pela Moral, sendo certo que somente o Direito poderá realizar os devidos reajustes do sistema normativo mediante instrumentos estritamente jurídicos e não morais.

1.4 as regras de textura aberta e a interpretação discricionária em Hart

O Direito poderá se expressar mediante instrumentos diferentes (leis, atos normativos, jurisprudência, precedentes, sumulas entre outros), porém sempre buscará

[224] Ibid. p. 332.
[225] Ibid., p. 332.

identificar categorias de pessoas, categorias de atos, coisas e circunstâncias, realizando classificações gerais, para, assim, regulamentar os comportamentos sociais[226].

Os padrões de conduta (categorias de condutas), dirigidos a determinada classe de pessoas, para serem executados em determinadas circunstâncias, poderão ser externalizados mediante diversas formas, no teor daqueles instrumentos. Quando os padrões se basearem em exemplos da coisa apropriada a se fazer poderá deixar em aberto uma série de possibilidades, gerando dúvidas sobre aquilo que se deve efetivamente realizar.

Hart, apresentando o exemplo do pai que ensina ao filho que existe uma regra social de que ao ingressar na igreja é necessário retirar o chapéu, afirma que referida regra poderá ser externalizada de diversas formas, entre elas o pai poderá verbalizar uma sentença: "Todos os homens e os rapazes devem tirar o chapéu ao entrar numa igreja", bem como poderá, descobrindo a cabeça quando entra na igreja dizer: "Olha, eis a forma correta de nos comportarmos nestas ocasiões"[227].

Porém, questões ficam em aberto: "Até que ponto deve a actuação ser imitada? Tem importância se for usada a mão esquerda, em vez da direito, para tirar o chapéu? Que se faça lentamente ou com rapidez? Que o chapéu seja posto debaixo da cadeira? Que não seja colocado de novo na cabeça dentro da igreja?"[228]. Quanto às indeterminações das expressões do Direito, Hart afirma que haverá a possibilidade de encontrarmos tanto casos de fácil determinação e aplicação, bem como casos difíceis:

> [...] Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis (<<Se existir algo qualificável como um veículo, um automóvel é-o certamente>>) mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não (<<A expressão <<veículos>> usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?>>). Estes últimos são situações de facto, continuamente lançadas pela natureza ou pela invenção humana, que possuem apenas alguns dos aspectos dos casos simples, mas a que lhes faltam outros [...] Os casos simples, em que os termos gerais parecem não necessitar de interpretação e em que o reconhecimento dos casos de aplicação parece não ser problemático ou ser <<automático>> são apenas os casos familiares que estão

[226] Ibid., p. 137.
[227] Ibid.
[228] Ibid. p. 138.

> constantemente a surgir em contextos similares, em que há acordo geral nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios.[229]

Assim, os meios de comunicação que darão forma à expressão do Direito trarão em seu teor uma penumbra de dúvidas, que impedirão determinar de imediato à extensão do enunciado normativo que regulamentará os comportamentos sociais. Ocorre, todavia, que independentemente da facilidade da sua aplicação (decorrente da familiaridade e da constância da sua aplicação, o que fecha a atividade interpretativa) ou da faculdade de se determinar sua extensão quando no caso concreto, alguém haverá de resolver a abertura normativa, realizando, nos termos da proposta desenvolvida por Hart, a escolha entre as alternativas abertas[230].

Neste contexto a raciocínio silogístico (premissa maior: enunciado normativo; premissa menor: caso concreto, que culminará na subsunção dos fatos particulares em enunciados gerais) já não será mais possível, diante da indeterminação dos enunciados. Presente a indeterminação, surgirão alternativas abertas para a aplicação das regras gerais, o que desaguará no poder discricionário daquele que é chamado a decidir, sendo que "[...] O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional [...]"[231].

Essas indeterminações dos enunciados normativos (sejam quais forem as formas de comunicação: precedentes, leis, súmulas etc) que determinarão uma interpretação e aplicação de escolhas discricionárias decorrem do que Hart atribuía à regra de *textura aberta*, sendo isto, fruto do uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questão de fato[232]. Alerta Hart que não devemos almejar, mesmo em um campo ideal, a utilização de regras que sejam extremamente detalhadas de forma a permitir a questão de referido enunciado ser aplicado ou não a determinados casos fosse antecipadamente resolvido e nunca envolvesse escolhas entre alternativas abertas, já que vivemos uma

[229] Ibid. p. 139.
[230] Ibid, p. 140.
[231] Ibid.
[232] Ibid. p. 141.

sociedade de homens e não de deuses, sendo a falibilidade inerente a nossa natureza ("nossa relativa ignorância de facto; e a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade") [233].

Falar em antecipação das possibilidades de aplicação dos enunciados normativos, fulminando, assim, as possibilidades de escolhas dentro do jurídico, seria, no entender de Hart, "[...] conseguir uma medida de certeza ou previsibilidade à custas de considerar, de forma cega e preconceituosa, o que deve fazer-se numa série de casos futuros, sobre cuja composição nos encontramos em estado de ignorância [...]"[234]

Hart apresenta o formalismo ou conceptualismo como construções que possuem essa intenção de antecipar o fenômeno de escolhas no Direito:

> [...] O vício conhecido na teoria jurídica como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude para com as regras formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude para com as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha, uma vez editada a regra geral. Um modo de conseguir isto consiste em fixar o significado da regra, de tal forma que os seus termos gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em causa a sua aplicação. Para conseguir isso, podemos ligar-nos a certos aspectos presentes no caso simples e insistir que são ao mesmo tempo necessários e suficientes para trazer algo que os retém dentro do âmbito da regra, sejam quais forem os outros aspectos que possa ter ou que lhe possam faltar e sejam quais forem as consequências sociais derivadas da aplicação da regra dessa maneira [...].[235]

A grande questão, e que inevitavelmente gerará críticas como aquelas desenvolvidas por Lênio Streck em sua obra "O que é isso – decido conforme minha consciência?", diz respeito ao poder discricionário que supostamente surgiria àquele que fosse chamado a resolver a questão que tivesse diante de si uma regra de "textura aberta", que indicasse alternativas abertas.

Segundo Hart, ao apresentar regras cujo conteúdo são indeterminados (ou seja, que não há antecipação das hipóteses de incidência, nem das suas consequências jurídicas) "[...]

---

[233] Ibid.
[234] Ibid. p. 142.
[235] Ibid.

não há possibilidade de tratar a questão suscitada pelos vários casos, como se houvesse uma única resposta correcta a descobrir, distinta de uma resposta que seja um compromisso razoável entre muitos interesses conflituantes"[236].

Para Hart, com esta imprecisão jurídica:

> [...] deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade [...].[237]

Diante das críticas formuladas por Dworkin[238], Hart, em seu pós-escrito, volta a afirmar a ideia de discricionariedade:

> O conflito directo mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitada pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu *poder discricionário* e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos

[236] Ibid., p. 145-146.
[237] Ibid. p. 149.
[238] Para Dworkin "com fundamento em que se trata de uma concepção enganadora,não só do direito, como também do raciocínio judicial. Ele pretende, com efeito, que o que é incompleto não é o direito, mas antes a imagem dele aceite pelo positivismo, e que a circunstância, de insto assim ser emergirá da sua própria concepção <<interpretativa>> do direito, enquanto inclui, além do direito estabelecido *explícito*, identificado por referência às suas fontes sociais, princípios jurídicos *implícitos*, que são aqueles princípios que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantém coerência, e também conferem a melhor justificação moral dele. Neste ponto de vista interpretativo, o direito nunca é incompleto ou indeterminado, e, por isso, o juiz nunca tem oportunidade de sair do direito e de exercer um poder de criação do direito, para proferir uma decisão" *in* HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit. p. 335-336.

> juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.[239]

Para defender sua tese Hart afirma que referida atuação discricionária, em que se determinam escolhas, o julgador exerce função meramente *intersticial*, exigida diante da falibilidade do texto normativo de indicar uma resposta correta para o caso concreto, não podendo o julgador promover reformas de larga escala ou novos códigos, substituindo a função do legislador.

Além disso, não poderá a função discricionária transformar-se em arbitrária, "[...] isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores [...]"[240].

Com essas considerações buscou-se apresentar os principais aspectos das construções desenvolvidas por Hart para identificar o conteúdo do Direito, bem como a atuação do julgador quando diante dos casos, denominados por Hart, como mais difíceis, onde os enunciados normativos não puderam antecipar a solução do caso concreto de forma abstrata. Feitas estas constatações quanto ao conteúdo normativo sistemático do Direito no interior das construções positivistas de Kelsen e Hart passaremos a analisar a questão do conflito existente entre Direito válido e enunciados normativos que promovem uma injustiça extrema, para podermos indicar alguma resposta possível à questão: qual o limite da validade formal do Direito?

2. A CRÍTICA AO POSITIVISMO JURÍDICO NORMATIVISTA E A EXISTÊNCIA DE UM DIREITO SUPRALEGAL: O TRIBUNAL DE NÜREMBERG E O JUSMORALISMO TOTAL

Não obstante, diante da agressão promovida aos direitos fundamentais no século XX, inicia-se uma preocupação da humanidade, assombrada pela barbárie promovida em nome da legalidade, cujo o objetivo é revisitar de forma crítica os pilares da Teoria do Direito,

[239] HART, Herbert L. A. **O conceito ...** Op. Cit., p. 335.
[240] Ibid., p. 336.

pretensão esta que vai desde a alteração das técnicas legislativas, ampliação das fontes dos direitos e mudança de postura dos julgadores, sempre com a pretensão de concretização dos direitos fundamentais e a proteção da humanidade[241].

Este novo panorama jurídico representa o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo, que promove um conjunto amplo de transformações ocorridas no âmbito do Estado de Direito, tais como a formação do Estado constitucional de direito; a centralidade dos direitos fundamentais, diante do assim chamado pós-positivismo, com a reaproximação entre Direito e moral; o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional[242].

Consciente da impossibilidade de exaurir todas as soluções possíveis frente uma hipótese de incidência fática, o legislador passou a adotar como enunciados normativos cláusulas gerais e elementos indeterminados ampliando a proteção dos direitos genericamente positivados. Para tanto passou a reclamar uma atuação incisiva do magistrado, substituindo sua função tecnocrata de verificação das hipóteses legais e a aplicação das consequências jurídicas previstas, por uma função criativa, de análise crítica e racional dos comandos normativos positivados em valores e princípios, desaguando na concretização dos direitos fundamentais diante da apreciação do caso concreto.

Diante desta constatação observa-se que ao mesmo tempo em que surge ao magistrado essa função criativa lhe restará o ônus da fundamentação racional, calcada na norma constitucional que contém princípios e valores, que necessariamente nortearão a decisão como requisito de legitimidade. Tratando-se de cláusulas gerais e de elementos indeterminados que estabelecem um conteúdo *prima facie* dos direitos fundamentais, será a análise interpretativa transversal da lei diante do caso concreto que dará o contorno aos direitos colidentes.

Assim, a partir da reviravolta hermenêutico-linguística-pragmática[243], o que determinou uma guinada na Filosofia e na Filosofia do Direito do pressuposto metodológico

---

[241] Neste sentido, é de se notar o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a inserção do dever de observância do princípio da dignidade da pessoa humana em diversas constituições do ocidente.

[242] **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acessado em 15 de fevereiro de 2012, p. 04.

[243] Segundo Duarte "A *reviravolta hemenêutico-linguístico-pragmática* foi uma revolução hermenêutico-filosófica operada na Filosofia, com repercussões em toda a Teoria do Conhecimento. Ela possibilitou a transição

do “eu penso” para “eu argumento”, esse ônus argumentativo do juiz/interprete, que dará os contornos dos direitos humanos, deverá ser guiado por uma ética do discurso, adquirindo uma racionalidade, que segundo Karl-Otto Apel:

> [...] prefiro de fato falar hoje em “ética do discurso” – e isso por dois motivos principais: por uma lado, esse título refere-se a uma forma particular de comunicação – o discurso argumentativo – como meio de fundamentação concreta de normas, e por outro lado, refere-se à circunstância de que o discurso argumentativo – e não qualquer forma de comunicação no mundo vivo – conte também o *a priori da fundamentação racional* do princípio da ética.[244]

No interior dessas construções discursivas, para fundamentação das normas jurídicas, vislumbra-se a distinção entre enunciado normativo, norma (princípio e regra) e valor. O enunciado normativo representa a fonte positivada dos direitos, que possivelmente prevê uma hipótese de incidência fática e uma consequência jurídica.

No caso das cláusulas gerais o enunciado normativo não terá a hipótese de incidência e/ou a consequência jurídica exaustivamente prevista, logo a função do magistrado, para cuja delimitação do direito irá extrair princípios e regras (que não estarão necessariamente prescritos no enunciado) será de determinar no caso concreto quais as hipóteses de incidência e as consequências jurídicas, sempre alinhado com iluminuras da ética e da moral ao proferir sua decisão racionalmente fundamentada. O ato eticamente vinculado do magistrado não resulta em estabelecer a consequência jurídica *x* diante de hipótese de incidência fática *y*, mas sim em um proceder (ato de decidir) racional, devidamente fundamentado.

É pontualmente na análise interpretativa dos princípios, no caso concreto, que chegaremos à construção das normas de direitos fundamentais, concretizando seus correspondentes direitos subjetivos. Referidas normas de direitos fundamentais são

---

do paradigma da *Filosofia da consciência* para o da *Filosofia da linguagem*, representando uma guinada na busca pela intelecção de novas condições de *possibilidade e validade* para o conhecimento”. (DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira Duarte. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação: Em Busca da Legitimidade dos Discursos Jurisdicionais**. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2012. p. 8).

[244] APEL, Karl-Otto. **Ética do discurso como ética da responsabilidade.** Cadernos de tradução n. 3 do departamento de Filosofia da USP. Tradução de Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. 1998. p. 08.

denominadas por Robert Alexy como normas de direitos fundamentais atribuídas e decorrem justamente do sopesamento dos princípios. É o que observamos na seguinte passagem:

> [...] como resultado de todo sopesamento que seja correspondente do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser submetido. Nesse sentido, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas tivessem a estrutura de princípios – o que, como ainda será demonstrado, não ocorre -, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais como a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras[245].

Os enunciados normativos que refletem princípios não apresentam imediatamente a solução ao caso que se aprecia (há um caso a ser analisado, sendo possível a aplicação de normas distintas previstas em cláusulas gerais). Para solução destes casos serão necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente (enunciado normativo). Logo, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional[246].

Diante deste novo contexto teórico em que se inserem os agentes do direito, parece claro que o hermeneuta tem agora função criativa e delimitativa das normas de direitos fundamentais. A grande questão que surge diz respeito a possibilidade de fundamentação racional de juízos práticos ou morais. Robert Alexy faz a seguinte constatação:

> Desde há muito tempo a discussão acerca dessa questão é prejudicada por uma contraposição infrutífera de duas posições básicas, que reaparecem com freqüência sob novas versões; de um lado ficam as posições subjetivistas, relativistas, decisionistas e/ou racionalista. Não há razões, no entanto, para uma postura baseada no tudo-ou-nada. A recente discussão no campo da Ética, influenciada, no plano metodológico, pela moderna Lógica, pela filosofia da linguagem e por teorias da

[245] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102.
[246] Idem, ibidem, p. 548.

> argumentação, da decisão e da ciência e, no plano substancial, fortemente orientada por idéias kantianas, demonstrou que, embora não sejam possíveis teorias morais *substanciais* que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais *procedimentais*, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática. Uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental é a teoria do discurso prático racional[247].

Do apresentado permite-se concluir que Alexy não traz solução unívoca para a dialética estabelecida entre enunciado e caso concreto, estabelecendo um resultado pronto a ser extraído das normas de direitos fundamentais. Traz critérios éticos de procedimento, do *decidir* racionalmente, vinculando a atuação do magistrado a um proceder ético, sistematicamente teorizada e regulamentada. Sendo o procedimento discursivo compatível com resultados os mais variados será necessário associar a teoria da moral (procedimento discursivo) com a teoria do direito, no âmbito de um modelo procedimental em quatro níveis: o discurso prático geral; o processo legislativo; o discurso jurídico; e o processo judicial[248].

Percebe-se, com estas construções, que não há coincidência entre a identificação do Direito a partir das teorias positivistas normativistas de Hans Kelsen e Hart, para os quais a questão da validade do Direito se restringe à uma questão formal, de identificação ou por uma norma hipotética fundamental (Kelsen) ou por uma regra de reconhecimento (Hart), ao passo que, para Alexy a pretensão de correção (pretensão moral) é intrínseca ao próprio Direito, sendo que somente, quando da identificação da norma derivada, pode-se falar em Direito válido (ou mesmo, existente) quando se identifica este pretensão de correção.

Alexy, ao comentar a decisão do Tribunal Supremo Federal da Alemanha unificada que julgou caso dos atiradores do muro de Berlin, chamado caso Maurschützen, afirma inclusive que Direito extremamente injusto não é Direito, socorrendo-se da fórmula de Radbrach. Segundo Alexy:

> En cuanto a le primeira cuestíon, se trata de determinar si la justificación otorgada entonces por el derecho positivo puede ser eliminada mediante un dereccho supra-positivo. Esto es lo que Tribunal Supremo Federal afirma recurriendo a la Fórmula

[247] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 549.
[248] Idem, Ibidem, p. 549/550.

> de Radbruch, la cual el próprio tribunal había ya esgrimido en su jurisprudencia sobre el derecho injusto del nacional-socialismo, y cuya aplicacíon a las muertes en la frontera interor alemana sostiene con ahínco, enfrentando así – por lo demás, com pleno acierto – abundantes voces críticas de la doctrina. La Fórmula de radbruch es expresión de un concepto no positivista del derecho. Según este concepto, ló qe sea derecho viene determinado no solo por la positividad válida y formalmente establecida y por la eficácia social, sino también por su contenido [de justicia material]. Lo que tiene de especial la Fórmula de Radbruch es que postula uma conexión necesaria entre derecho y moral, pero sin pretender un solapamiento total entre ambos. Así, por razones de seguridad jurídica, el derecho positivisado y eficaz no deja de ser derecho aunque tenga contenidos desproporcionados o injustos. La Fórmula introduce únicamente un limite excepcional en el [concepto de] derecho. Según Ella, el derecho positivo solo pierde su validez (*Geltung*) cuando, como dice Radbruch "la contradicción de la ley positiva con la justicia alcanza uma medida de tal modo insoportable, que la ley, em tanto que <<derecho injusto>> (‘*unrichtiges Recht’*), há de ceder ante la justicia"[249].

Realizada essas considerações quanto à crítica ao positivismo normativista, passaremos à análise do julgamento de Nüremberg, filme que retrata o julgamento de juristas do Terceiro Reich que demonstra o eterno debate entre jusnaturalismo e juspositivismo.

2.1 "O Julgamento de Nüremberg" e Desdobramentos Teóricos

As discussões teóricas desenvolvidas ao redor do eterno conflito entre Direito Positivo e Direito Natural podem ser observadas desde obras clássicas, como *Antígona* de Sófocles (escrita por volta de 442 a.C.) e conflitos mais atuais, como o ora em questão (2ª Guerra Mundial).

O momento que antecedeu a Segunda Grande Guerra foi marcado pela necessidade científica de se retirar da análise jurídica as questões políticas, morais e subjetivas. O Direito iria se resumir à norma, sendo que para se constatar sua validade jurídica bastava a análise da validade formal do enunciado normativo (processo legislativo), as questões políticas, de

[249] Idem, ibidem, p. 204-205.

escolhas, as subjetividades eram lançadas às outras disciplinas que não o Direito, foram estas as constatações com o desenvolvimento do primeiro capítulo.

Assim, extraindo-se as concepções axiológicas do Direito para a verificação de sua validade jurídica bastava o respeito ao processo legislativo, sem a necessária abordagem voltada ao campo da Justiça. Resguardou ao direito somente a concepção deontológica (dever ser), retirando-lhe a concepção axiológica (bom/ruim).

A partir dessas construções jurídicas de validade formal do Direito, bastava a escolha política (que não teria um caráter jurídico formal) para ser institucionalizado, fazendo qualquer escolha política (inclusive àquelas nazistas e fascistas) tornar-se juridicamente válida, desde que observado o procedimentalismo formal de validade.

É necessário relembrar, conforme já constatado no primeiro capítulo, que afirmar que X Estado é jurídico não implica em absoluto em afirmar que referido Estado é bom ou mau, e para se socorrer da construção hartiana, trata-se de mera descrição do fenômeno jurídico a partir do *ponto de vista externo*, em que somente se atribui a qualidade de jurídico a partir da identificação do Direito pela norma hipotética fundamental ou pela regra de reconhecimento.

Neste sentido, o Estado Nazista, a partir de uma construção jurídico formal apresentou-se como um Estado de Direito, cujo conteúdo apresenta grande densidade de injustiça. Esta verificação, entretanto, não pertence à construção legalista do Estado. Há que distinguir a escolha política (seja ela de um Estado Democrático, cujos direitos humanos e fundamentais devem ser sempre otimizados, seja num Estado Totalitário, cujos direitos humanos e fundamentais sejam legalmente suprimidos – portanto, observado o procedimentalismo formal de legalidade) da escolha jurídica (ou melhor, do procedimentalismo formal de validade jurídica da norma, para o qual pouco importará o conteúdo da lei, bastará que seja observado o procedimento legislativo de sua construção).

Assim, a grande celeuma que se apresentou no filme "O Julgamento de Nüremberg"**,** que narra o julgamento dos magistrados do *Terceiro Reich*, foi de justamente estabelecer qual o Direito a ser aplicado aos membros do Estado Nazista? Deveria se reconhecer a legalidade dos atos praticados, tendo em vista que todos os procedimentos de descontaminação da chamada "raça" ariana estavam devidamente previstos em lei? Ou deveria se aplicar o Direito Natural? Que se estabelece a partir da essência humana, que reclama de qualquer ente vivo que detém a racionalidade um comportamento que não afronte a dignidade da pessoa humana, a vida e demais direitos intrínsecos aos seres humanos.

No filme *O julgamento de Nüremberg* o advogado de defesa do Ministro da Justiça *(de 1929 a 1935)*do *Terceiro Reich,* Min. Ernest Janning, baseou inicialmente sua defesa na Separação dos Poderes, com a devida segregação de Funções. Dizia que ao Legislativo cabia a elaboração das Leis, ao Judiciário (Poder a que pertenciam os acusados) tão somente o cumprimento da lei alemã.

Já a Acusação, representada por um militar norte-americano, baseou todas as suas alegações no fato de que embora tenham de cumprir o Direito Posto (normas positivadas), deverão sempre dar preferência aos costumes da moral (ordem moral), no homem de caráter.

Neste sentido, mostra-se claro o conflito existente entre o cumprimento de uma lei (independentemente do conteúdo que esta possua) e seu descumprimento, tendo em vista a existência de normas morais supralegais, que vinculam todo e qualquer ser humano, seja ele militar, juiz, ou qualquer outro indivíduo que não ocupe qualquer função pública.

A partir das grandes atrocidades cometidas contra a humanidade na Segunda Guerra Mundial os sistemas jurídicos passaram a reaproximar a Moral ao Direito, atribuindo ao Direito as subjetividades valorativas do homem. A análise jurídica baseada tão somente na tecnocracia, neutralidade e mera legalidade não seria mais suficiente para satisfazer a pretensão mundial de impedir a ocorrência de novas barbáries contra os seres humanos.

Diante disso, concomitantemente à positivação de elementos axiológicos novas técnicas legislativas passaram a ser adotadas, inclusive no nosso ordenamento jurídico. Para impedir o reducionismo dos direitos fundamentais, estabelecendo-se previamente e de forma estanque as hipóteses de incidências e as consequências jurídicas, o texto normativo passou a tão somente prever o elemento axiológico mediante elementos indeterminados, no interior de cláusulas abertas.

Assim, a delimitação de referidas normas no caso concreto, estabelecendo-se em quais hipóteses incidiriam e em quais as consequências jurídicas pelo seu cumprimento ou não, serão determinados pela argumentação racional do interprete julgador. Observa-se, portanto, que a neutralidade e objetividade almejada pelo positivismo clássico, representado pela Exegese Francesa (juiz boca da lei), já não é mais possível, já que o próprio enunciado normativo exige uma atuação proativa e criativa do julgador.

A grande questão será estabelecer uma forma racional, mediante um critério ético transcendental, que possua uma pretensão de universalização, para homogeneizar e controlar a

discricionariedade do hermeneuta julgador, garantindo-se a concretização dos valores constitucionais e a segurança jurídica, bem como para se determinar efetivamente o que compõe o Direito extremamente injusto?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de se promover a proteção dos direitos humanos, a irradiação dos valores constitucionalmente previstos em todo o ordenamento jurídico[250], a consequente extirpação de todo movimento de retrocesso e reducionismo dos direitos fundamentais (cláusula de proibição de retrocesso que vincula inclusive o Poder Constituinte, visto até pouco tempo como o detentor da absoluta liberdade) apresenta-se como o brado dos constitucionalistas e estudiosos do direito contemporâneo.

Certo é que o direito dos homens, posto mediante um processo legislativo (legítimo ou não), sempre apresentou embate direto com as concepções jusnaturalistas[251], cuja fundamentação de legitimidade está centrada na essência humana, doutrina filosófico-jurídica que sustenta a existência de normas de direito natural anteriores ao ordenamento jurídico histórico-temporal ou positivo.

---

[250] Inclusive com preocupação de se abordar os mais diversos ramos do direito a partir de um viés constitucional, chegando a construções como a Constitucionalização do Direito Processual, tem sido esta uma das preocupações dos estudiosos do direito. O CoDiP – grupo de pesquisa Constitucionalização do Direito Processual do UNIVEM, vislumbrando essa necessária e, hoje, natural comunicação entre Direito Constitucional e Direito Processual vem desenvolvendo estudos nestes sentido, abandonando a tradicional cultura jurídica dogmática/tecnocrata avalorativa.

[251] **Giusnaturalismo**: dottrina filosófico-giuridica Che sostenne l'esistenza di norme di diretto naturali anteriori a agni norma giuridica positiva. Nacque com Ugo Grzio (*De jure belli ac pacis,* 1965) nel Seicento e continuò nel Settecento fino a Rousseau (*Contratto socieale,* 1762), Kant (*Metadicia dei stumi,* 1974), Fichte (*Fondamenti del diritto naturale,* 1796). La sua importanza storica consiste nella lacicizzanione dell'idea di Stato, nell'aver dato fondamento umano al potere di chi governa, nell'aver vincolato l'attività del legislatore ad alcuni principi univesali, al di fuori dei quali non esiste legge ma solo arbítrio. La douttrina presuppone l'esistenza di uno stato di natura come condiozione originaria dell'uomo, anteiore a uma convivenza organizzata de leggi positive. Lo stato di natura è, nel contempo, Il sostrato comune di tutte le società e la condizione naturale dell'uomo, anteiore a ogni artifício. Tranne Che per Hobber (Che considero ló stato di natura come uno stato di guerra prpetua derivante dal diitto di tutti su tutto) e per Rousseau (Che vide nello stato di natura uma condizione puramente animale), per i gusnaturalisti ló stato di natura riconosce alcuni diritti originari e incoercibili (vita, liberta, porprietà), ma in Esso non esiste uma forza a tutela di questi diritti. Diventa così necessário instituire um potere capace di garantire la civile convivenza, istituendo norme e pene per le trasgressioni. Questo potere nasce atraverso um patto, mediante Il quale gli uomini rinunciano alla liberta anarchica dello stato naturale e si limitano reciprocamente, in vista della tutela dei diritti di ciascuno. Sulla natura del patto i giusnaturaslsisti divergono: per Hobbes Esso há luogo tra individui, e Il sovrano è svincolato da qualsiasi patto perché è Il solo detentore della forza. Per Locke e Pufendrf, Il patto vincola Il sovrano e i sudditi, limitando Il potere del primo; per Rousseau, com Il contratto Il popolo stesso si fa sovrano, e Il potere gli appartiene. CAIANIELLO, Silvia; SIRTORI, Vittorio. **DIZIONARIO DEI TERMINI FILOSOFICI**. Antonio Vallardi Editore/Milano. 1999. p.115.

Mesmo em *Antígona*, obra do dramaturgo helênico *Sófocles*, escrita quatro séculos antes do nascimento de Cristo, já se observava profunda discussão quanto ao embate prático entre direito natural e direito positivo[252]. Discussões estas que permitiram construções teóricas que fundamentaram a desconstrução de todo o ordenamento jurídico nazifascista, o que culminou na condenação dos membros do partido nacional-socialista.

Percebe-se, portanto, que houve uma grande preocupação dos juristas em realizar uma (re)aproximação do direito à moral, realizando o devido controle do direito positivo a partir de um paradigma suprapositivo (construções teóricas de Gustav Radbruch externalizada na fórmula de Radbruch). Sendo, inclusive, esta a posição do Tribunal Supremo Federal da Alemanha ao apreciar o caso Mauerschüten.

A grande preocupação que se apresenta diz respeito, portanto, a ausência de critérios racionais quando da (re)aproximação do direito e a moral, já que conforme salientado por Alexy, há uma tensão pela moralização do direito (posição de Radbruch, para qual o direito está inserido na moral, servindo este como braço armado daquele), cujas construções jurídicas ficam à deriva das deduções morais.

A moral deverá se apresentar quando da elaboração das normas jurídicos, impedindo assim que estas sejam carregadas de elementos injustos, imorais, que promovam a mitigação dos direitos humanos. Quando da aplicação do direito existente a partir de elementos morais não positivados, mesmo que represente uma grave injustiça, haverá uma grande instabilidade do sistema jurídico posto.

Porém, todo estabelecimento de uma razão de Estado será pautado em construções ideológicas que buscam inverter a realidade dos fatos, que insere os subalternos numa zona cinzenta que ofusca a realidade fática, retirando-lhes a consciência dos atos praticados em seu favor, principalmente aqueles que cumpriam ordem diretamente (sentinelas do muro de Berlim e juízes nazistas).

Quem sabe o maior imoralidade não se estabeleceria ao atribuir toda as escolhas políticas/jurídicas injustas de um Estado a meros instrumentos de toda a maquinaria institucional?

---

[252] RAMIRO, Caio Henrique Lopes; SOUZA, Tiago Clemente. **Sobre Hermenêutica, Direito e Literatura:** Itinerários filosóficos, políticos e jurídicos de Antígona. Artigo apresentado no II Simpósio Internacional de Crítica ao Direito da UENP, a ser publicado nos anais do evento.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

_____. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto alegre: Editora dos Advogados, 2011.

_____. **DERECHO INJUSTO, RETROATIVIDAD Y PRINCIPIO DA LEGALIDADE PENAL.** La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre lós homicídios cometidos por lós centinelas del Muro de Bérlin. Disponível em mail.ecdl2006.org/servlet/.../Doxa23_09.pdf. Acessado em 17 de set. 2012.

APEL, Karl-Otto. **Ética do discurso como ética da responsabilidade.** Cadernos de tradução n. 3 do departamento de Filosofia da USP. Tradução de Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. 2009.

BARROSO, Luís Roberto, **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acessado em 15 de fevereiro de 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Direito e Poder.** São Paulo/Editora Unesp. Trad. Nilson Moulin. 2007.

_____.Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília/Editora Universidade de Brasília. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1999.

_____.**Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariana Bueno Sudatti. 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. São Paulo: Renovar. 2005

CAIANIELLO, Silvia; SIRTORI, Vittorio. **DIZIONARIO DEI TERMINI FILOSOFICI**. Antonio Vallardi Editore/Milano. 1999.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira Duarte. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação: Em Busca da Legitimidade dos Discursos Jurisdicionais**. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2012.

DURÃO. Aylton Barbieri. **O paradoxo da legitimidade a partir da legalidade segundo Habermas**. Ethic@. Florianópolis. v. 7. n.2, Dez. 2008.

GUBERT, Roberta Magalhães. **Mauerschützen (o caso dos atiradores do muto) e a pretensão de correção do direito na teoria de Robert Alexy**: aportes hermenêuticos ao

debate acerca da relação entre direito e moral. Disponível em bdtd.unisinos.br/tde_busca/processaArquivo.php?codArquivo=345. Acesso em 17 de set. 2012.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2ª ed. Lisboa/ Fundação Calouste Gulbenkian. 1994. p. 21.

MATOS, Andityas Soares de Moura. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva:** Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético**.** In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, já./jun. 2009, p. 16.

NEUMANN. Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969.

PADILHA, Norma Sueli Padilha. **Colisão de direitos metaindividuais e a decisão judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; SOUZA, Tiago Clemente. **Sobre Hermenêutica, Direito e Literatura:** Itinerários filosóficos, políticos e jurídicos de Antígona. Artigo apresentado no II Simpósio de Análise Crítica do Direito – Uenp-2012, a ser publicado nos anais do evento.

SÓFOCLES. **A Antígona**. Transcrição de Guilherme de Almeida. Petrópolis: Vozes. 1965.

SOUZA, Tiago Clemente. Epistemologia do processo de conhecimento. In: **REGRAD UNIVEM.** Disponível em: http://revista.univem.edu.br/index.php/REGRAD/article/viewFile/261/284. Acesso em: 17 de ago. de 2012.

STRECK. Lênio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica. Bauru/SP: Edite, v.40, n. 45, jan/jun 2006.

FATORES EXÓGENOS INFLUENCIADORES DA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS: UMA BREVE ANÁLISE CRÍTICA DOS ASPECTOS SOCIAIS NAS OCORRÊNCIAS DE ATOS INFRACIONAIS PRATICADOS POR ADOLESCENTES

Amanda Camila Ferreira de ABREU[253]

Gilberto Notário LIGERO[254]

RESUMO: O presente artigo analisa a importância da aplicação da Criminologia ao estudo da prática de atos infracionais pelos adolescentes. Especialmente procura enfocar os fatores sociais ou exógenos capazes de influenciar os adolescentes na prática de tais atos, sejam violentos ou não. Busca também fazer uma crítica em torno de tais fatores.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia. Fatores exógenos. Adolescentes. ECA.

RESUMEN: En este trabajo se analiza la importancia de la aplicación del estudio de Criminología en la práctica de actos ilegales por parte de los adolescentes. Especialmente en busca de centrarse en los factores sociales, o exógenos, que influyen en los adolescentes en la práctica de tales actos, ya sea violenta o no. También trata de la crítica en torno a estos factores.

PALABRAS- CLAVE: Criminología. Factores exógenos. Adolescentes. ECA.

INTRODUÇÃO

Constatamos nos últimos anos, a crescente participação, cada vez mais notória, de adolescentes em atos infracionais, e vários destes atos, impulsionados por fatores sociais.

[253] Discente do 4º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. e-mail amandacamilaaa@hotmail.com

[254] Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com ênfase em Direito Processual Civil. Possui graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (1995) e mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2004), com defesa da dissertação na área de Direito Processual Civil. Professor da Associação Educacional Toledo, nas cadeiras de Direito Processual Civil e Direito Civil. Advogado com experiência na área de Direito Civil, Empresarial, Administrativo e Direito Processual Civil. Membro do Corpo Editorial das Revistas Intertemas e Intertemas Social; e-mail: gilberto_ligero@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

Os atos infracionais praticados pelos adolescentes são os mais diversos possíveis, passando de pequenos furtos até crimes bárbaros, como latrocínios, com o emprego de uma violência tamanha, que choca qualquer pessoa.

Essa faixa etária da população tem participado com frequência da atividade criminosa de quadrilhas, bandos e do crime organizado, ora como protagonistas, ora como coadjuvantes, mas a participação é intensa e preocupante.

Essa participação é motivada por várias questões: pela ociosidade vivida pelos adolescentes; a possibilidade de obter uma renda muito superior ao que se poderia obter no mercado formal de trabalho; a possibilidade de reconhecimento entre as demais pessoas de seu grupo; a obtenção de poder; a continuidade da prática criminosa dentro do próprio ambiente familiar, iniciada pelos pais e irmãos, entre outros motivos.

Não há dúvidas no sentido de que constatamos uma situação bastante preocupante, tanto é verdade que, mais uma vez, foi reacendido o debate sobre a necessidade de se reduzir a menoridade penal, de maneira que os menores infratores sejam penalizados como verdadeiros criminosos.

Diante desse quadro e considerando que as perguntas, em uma pesquisa científica, são mais importantes que as próprias respostas, tal como preconizou o filósofo alemão Karl Jaspers, perguntamos:

a) Rebaixar a menoridade penal é uma medida que contribuirá efetivamente para evitar a participação dos adolescentes nas práticas delitivas?

b) Os fatores sociais, portanto, exógenos, influenciam os adolescentes a se enveredarem nas práticas dos atos infracionais?

c) A Criminologia pode ser aplicada ao estudo dos “delinquentes juvenis” e das causas que conduzem à da participação dos adolescentes nos atos infracionais?

Essas são algumas questões motivadoras deste trabalho, contudo, poderão surgir outras no seu desenvolvimento.

É certo que não é de hoje que várias medidas veem sendo tomadas em relação a este fato, como as contemporâneas reformulações das legislações.

No Brasil, podemos citar a Constituição Federal de 1988 e pela promulgação, em 1990, do Estatuto da Criança do Adolescente.

Com a CF/88 e com o ECA, principalmente, foi mudado o foco das preocupações em relação às politicas sociais direcionadas aos ‘’menores’’, e neste sentido destacamos a lição de Afonso Armando Konzen (2007, p.25):

> Além de afirmar a condição de criança e adolescentes como sujeito de direitos, reconhecendo-lhes dignidade igual a todos os membros da família humana; de afirmar a condição de que criança e adolescentes tem direito a cuidados adicionais, porque em situação especial de pessoas em desenvolvimento; e de que crianças e adolescentes tem direito a liberdade, valor de referencia e pressuposto para um estado de dignidade (liberdade de ir e vir, liberdade de opinião, de expressão, de pensamentos, de consciência e de crença e liberdade de associação).

Sem dúvidas, percebemos que a criança e o adolescente passaram a ser vistos de outra forma pela Carta Magna e pela legislação esparsa, constituída pelo microssistema do Estatuto, ou seja, passaram a ser vistos como verdadeiras pessoas, com uma dignidade própria.

Dessa forma, a perspectiva deste trabalho visa uma breve análise crítica aos elementos que circundam a constante ocorrência dos atos infracionais cometidos pelos adolescentes, um fator que não deve ser analisado isoladamente, uma vez que e necessário entender o contexto social, cultural, político e econômico em que está inserido o adolescente, e como esses fatores influenciarão suas características psicológicas.

Percebemos, ademais, que a delinquência dos adolescentes se encontra mais ligada a problemas sociais do que legais.

Necessário então, tentar contextualizar a problemática sobre a origem do desequilíbrio instalado, verificar as causas e buscar alternativas de solução, analisando possíveis meios para minimizar a crise atual.

Utiliza-se para o desenvolvimento deste trabalho, o método dedutivo, partindo do viés da criminologia de um modo geral a chegar à delinquência dos adolescentes.

1 ASPECTOS GERAIS DA CRIMINOLOGIA

Para que possamos tecer um melhor entendimento em face dos fatores influenciadores de tal criminalidade, façamos um breve estudo da ciência sob a qual esses jovens infratores são analisados.

A criminologia é uma ciência social independente, contudo recebe uma forte influência da sociologia, portanto, é interdependente, assim, sua orientação recebe fortes luzes sociais.

Sendo uma ciência particular e estando ligada à sociologia e sob sua égide, trata particularmente da criminalidade.

1.1 Definição de criminologia

Sob a forma de conceito, podemos invocar o significado etimológico do vocábulo criminologia, a saber, originário do latim *crimino* (crime) e do grego *logos* (tratado ou estudo).

Para uma explicação mais precisa, mais completa, citamos Edwin H. Sutherland *apud* Newton Fernandes e Valter Fernandes (2002, p. 26): ‘’Criminologia e um conjunto de conhecimentos que estudam o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinquente e sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo’’.

Ainda, num viés mais detalhado Antonio Garcia-Pablos De Molina e Luiz Flávio Gomes *apud* Sérgio Salomão Shecaria dizem que, (2008, p.42):

> [...] Cre-se que a criminologia reúne uma informação valida e confiável sobre o problema criminal, que se baseia em um método empírico de analise e observação da realidade. [...] Como ciência do “ser”, e não uma ciência “exata”, que traduz pretensões e certezas inabaláveis. Não e considerada uma ciência “dura”, como são aquelas que possuem conclusões que as aproximas das universais. Como qualquer

ciência “humana” apresenta um conhecimento parcial, fragmentado, provisório, fluido, adaptável a realidade e compatível com evoluções históricas e sociais.

Os conceitos acima mencionados refletem a importância que tal ciência tem para a sociedade, contudo, por estar também intimamente ligada ao Direito, especialmente ao Direito Penal, devemos considerar sua interação com preceitos constitucionais fundamentais.

É cediço que o advento da Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço político, buscando a consolidação dos ideais democráticos no Brasil, logo após um longo período de exceção.

Além dessa concretização da democracia entre nós, a Constituição de 1988 inovou ao constitucionalizar todo o Direito Brasileiro. Podemos observar tal fenômeno não só no Direito Penal, bem como no Direito Civil, Tributário e outros.

O modo escolhido pelo constituinte para colocar em prática citado fenômeno foi o de estabelecer princípios, que tomaram conta do texto constitucional, e nós verificamos tal tendência logo de pronto, tanto que o Art. 1º, no inciso III, traz a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Tal fundamento foi erigido à categoria de princípio[255], que é lembrado sempre, de forma mais aguda, quando nós tratamos de questões envolvendo direitos fundamentais.

A pessoa humana deve ser o centro das atenções de um Estado Democrático de Direito, é isso que o constituinte teve a intenção de dizer.

Assim, todas as leis que forem criadas e aquelas que já foram, devem atender a esse ideal; todas as políticas públicas a serem exercidas devem atender às mínimas exigências da dignidade e as decisões judiciais devem também fazer valer tal princípio.

Por toda essa influência, temos que ligar a criminologia aos princípios constitucionais, até porque se trata de uma ciência que trabalha com pessoas, ou seja, a pessoa do criminoso, que não pode ser esquecido e marginalizado, tão somente porque “machuca”, com seus crimes, a sociedade. Não podemos esquecer que os criminosos são pessoas e também têm a sua dignidade.

[255] Lembramos que os princípios, no Direito, representam um mandado de otimização. Eles contêm uma “ordem” para todos aqueles que lidam com este fundamental mecanismo de controle social. Esta ordem é a de que os fins do Direito sempre sejam alcançados. Por exemplo, o legislador tem que criar leis que atendam aos interesses sociais, ou seja, leis razoáveis que façam valer o princípio do devido processo legal substancial e demais princípios, tal como o da dignidade da pessoa humana já citado nesse texto.

Com essas considerações, entendemos por bem, para não fugirmos aos estreitos limites desse trabalho, ancorarmos a criminologia à Constituição Federal por meio de uma definição diferenciada.

A criminologia nesse modo de ver é uma ciência que contém regras e princípios e métodos próprios, voltados ao estudo e entendimento: da pessoa envolvida com o crime e com outros atos que se enquadrem como atividade delituosa; das causas que conduzem à prática de tais atos; dos modos capazes de restabelecer as pessoas, ressocializando-as, de maneira que a dignidade seja alcançada e preservada.

1.2 Objeto de estudo da criminologia

Entende-se por objeto da criminologia: delito, delinquente, vitima e controle social.

Para a criminologia o delito é encarado de forma diferente do direito penal, sendo visto, no entanto, como um fenômeno comunitário e como um problema social.

Para a criminologia, o delito é encarado de forma diferente do Direito Penal, que entende que o mesmo é uma ação ou omissão típica, ilícita e culpável, visando o crime de forma centrada no comportamento do individuo, e encarado como um fenômeno comunitário, como um problema social. Podemos observar tal diferença segundo o conceito de Sérgio Salomão Shecaira (2008, p. 48/51):

> Encarando como um problema social e tendo como referencia os atos humanos pre-penais, alguns critérios sao necessários para que se reconheçam nesses fatos condições para serem compreendidos coletivamente como crime. O primeiro ponto e que tal fato tenha uma *incidência massiva na população*. Nao ha que atribuir condição de crime a fato isolado, [...] Segundo elemento, a concorrer com os demais, e que haja *incidência efetiva* do fato praticado, [...] Terceiro elemento constitutivo do conceito criminológico de crime e que haja *persistência espaço-temporal* do fato que se quer imputar como delituoso, [...] Por derradeiro, o quarto elemento a exigir-se para a configuração de um fato como delituoso e que se tenha um *inequívoco consenso* a respeito de sua etiologia e de quais técnicas de intervenção seriam mais eficazes para o seu combate.

Vale à pena citar Jason Albergaria (1999, p. 27) que traz uma importante opinião sobre o assunto, nos seguintes termos:

> Realmente, a Criminologia não reduz o seu objeto ao fenômeno criminal, delimitado pela norma pena, porque compreende também muitos casos de patologia social. Desde Ferri, considera-se que o objeto da criminologia não trata o crime como abstração jurídica, mas como ação humana, como fato natural e social. A norma jurídica, porém, tipifica uma realidade humana e social, a qual, como fenômeno social é anterior à lei. [...] Por isso, tentou-se desvincular o objeto da Criminologia dos limites da norma jurídica, o que deu causa às várias elaborações de uma definição sociológica do crime, a partir da definição do delito natural de Garofalo. Para Garofalo, o delito natural seria uma ofensa ao senso moral da humanidade, isto é, aos sentimentos altruístas fundamentais de piedade e probidade.

Neste caso, considerando o tema do presente artigo, iremos dar o enfoque maior ao controle social, devido à influência que os fatores sociais exercem sobre os adolescentes infratores.

Neste contexto destaca Garcia-Pablos de Molina A.(2008, p.66):

> Ao denunciar a extrema relevância do controle social na gênese da criminalidade (que não “selecionaria” o crime, mas antes o “produziria”) e sua atuação discriminatória, sugere um drástico deslocamento do objeto da investigação cientifica: dos fatores criminogeneos (conforme a terminologia das teorias etiológicas convencionais) ao controle social, do delito mesmo, isto e, das variáveis independentes a variável dependente, superando o enfoque etiológico.

Em que pesem as citações doutrinárias acima colocadas terem uma aplicação mais apropriada para o crime propriamente dito, não temos dúvidas que se aplicam também às práticas infracionais.

Vejamos o posicionamento de Luiz Carlos Osório (1989, p.10), que defende a ideia de que a adolescência é uma etapa distintiva do homem, sendo marcada por diversas mudanças físicas, psicológicas e comportamentais, que é influenciada por fatores sociais e culturais e pode ser definida como:

> [...] uma etapa evolutiva peculiar ao seu humano. Nela culmina todo o processo maturativo biopsicossocial do individuo(...) nao podemos compreender a adolescência estudando separadamente os aspectos biológicos, psicológicos, sociais e culturais. Eles sao indissociáveis e e juntamente um conjunto de suas características que confere unidade ao fenômeno da adolescência.

Encerrando o tópico com a citação acima, vemos a relevância do enfoque dado ao controle social e dos fatores sociais, dentro dos objetos de estudo da criminologia.

1.3 Fatores endógenos e exógenos das práticas delituosas

Principalmente a partir do século XX, criminólogos começaram a estudar uma série de fatores criminogênicos que, combinados em situações e proporções especificas, poderiam explicar as condutas delituosas, não como fatores determinantes do crime, mas sim tendencioso ao mesmo.

No caso dos adolescentes, esses fatores são muitas vezes complexos e variados, como os chamados fatores intrínsecos – biológicos, genéticos, psicológicos e emocionais, e os fatores extrínsecos – os amigos, a escola, a família, a televisão, a comunidade em que vivem e os grupos sociais, todos esses participando ativamente na formação do caráter e amadurecimento do adolescente.

A prática de delitos está diretamente relacionada a fatores psicológicos e sociais, segundo Maria de Lurdes Trassi Teixeira (1994, p. 15):

> [...] - a perda da uma experiência particularmente boa que o adolescente viveu no início de vida e não conseguiu manter enquanto “memoria consciente”. O roubo muitas vezes, revela a busca desse algo bom (na ou a relação com a mãe) que perdeu:
> -a ausência ou depreciação da função paterna (não necessariamente figura do sexo masculino), que estabelece o controle externo, a lei funciona como “inibidora” dos impulsos, no caso a destrutividade, que será – no processo de constituição de subjetividade – internalizada, “dispensando” autoridade externa. Portanto, a ausência de uma ambiente estável e seguro na infância pode estar associada a destrutividade (algo que nos constitui a todos) que e realizada pelo adolescente – das coisas, do outro e de si próprio;
> - o adolescente repete com ato infracional – principalmente aqueles atos associados ao não controle de destrutividade – uma situação de violência física, psicológica (um trauma) que viveu como vitima. Ela atua (age) aquilo que não elaborou (compreendeu). E, enquanto não elaborar, ira repetir.

Diante a tamanha exposição a esse campo de batalhas formado pelos interesses econômicos, opressão social, uso de drogas (muitas vezes ligados a necessidade natural do jovem de estar experimentando seus limites sociais e comportamentais, como forma de “assimilar” o mundo), realizações afetivas, entre outras coisas, associado à força muscular e agilidade cerebral e um máximo de atividades, acaba por gerar assim o período propicio a atividade delituosa.

Ainda, para estudarmos as práticas delituosas, entre elas os atos infracionais, a criminologia se vale da análise do criminoso, do crime e da criminalidade, parafraseando, neste ponto, Jason Albergaria (1999, p. 51).

Os fatores endógenos das práticas delitivas e infracionais estão intimamente relacionados ao homem, ou seja, ao ser humano agente de tais atos. Tais fatores dizem respeito ao modo como a genética, a biotipologia e a psicologia enxergam o criminoso.

Quais são os fatores internos da criminalidade? Podemos entender que esses fatores são, por exemplo: constituição física do ser humano, doenças mentais que acometem os infratores, a variação hormonal, entre outros.

Por outro lado, os fatores sociais são tão importantes quanto os primeiros. Tais fatores são aqueles que estão fora da pessoa do infrator, ou seja, podem ser definidos como os elementos sociais que influenciam o surgimento do criminoso e da prática delituosa.

Como exemplo de fatores sociais que podem desencadear a criminalidade, podemos citar a desestruturação familiar, segregação social, sensação de impunidade, desemprego, tráfico de drogas, ausência de educação, ausência de políticas públicas para as crianças e adolescentes, entre outros.

Não duvidamos que os fatores sociais sejam aqueles que mais influenciam a prática do crime, em sentido estrito, ou no sentido do direito penal, mas também na prática dos atos infracionais.

Tanto os adultos, se considerarmos os maiores de 18 (dezoito) que podem responder por crimes, quanto os adolescentes que podem responder por atos infracionais, sofrem a influência do meio social e de tudo o que ali ocorre.

2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

Atualmente os crimes envolvendo adolescentes menores de dezoito anos, são regulamentados pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), os quais são chamados de penalmente inimputáveis pelo Código Penal Brasileiro.

O ECA promoveu garantias constitucionais esquecidas em leis anteriores, causando assim uma evolução as referidas leis, mostrando que as crianças são titulares de direitos humanos como quaisquer pessoas.

Tal como destaca Luciano Alves Rossato; Paulo Eduardo Lepore e Rogério Sanches Cunha (2011, p.51): “ Em razão de pessoa em desenvolvimento, fazem jus a um tratamento diferenciado, sendo correto afirmar então que sao possuidoras de mais direitos que os próprios adultos”.

Com base no ECA é que são aplicadas as medidas aos adolescentes que que praticam atos infracionais, medidas que vão desde medidas de proteção até as medidas sócio – educativas, advertências, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço a comunidade,

liberdade assistida, semiliberdade e internação, essas duas ultimas aplicáveis a praticas de atos infracionais passíveis de segregação.

2.1 Definição de atos infracionais

O termo ato infracional foi criado na elaboração do ECA. Dizendo assim, o adolescente não é autor de um crime ou contravenção penal, mas sim autor de um ato infracional. Tal definição está no Art. 103 do ECA: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

Cabe a autoria de atos infracionais apenas a adolescentes de 12 a 18 anos – e os jovens de 18 a 21 anos nos casos expressos em lei (art. 2° do ECA).

Sendo assim os atos infracionais praticados pelos devidos jovens cujas idades foram citadas acima, são equiparados a crimes tipificados no Código Penal, nas Leis de Contravenções Penais e em Leis extravagantes.

3 APLICABILIDADE DA CRIMINOLOGIA NO ENTENDIMENTO DA PRÁTICA DE ATOS INFRACIONAIS

Considerando que a definição de crime para a criminologia é diferente da definição utilizada pelo direito penal, pois leva em consideração o *senso moral* da humanidade, os atos infracionais podem ser estudados por tal ciência.

Na verdade, a delinquência juvenil há algum tempo é objeto de estudo da criminologia, basta para tanto citarmos Jason Albergaria (1999, p. 205):

> Pinatel, no estudo da delinquência juvenil, enfatiza a política de prevenção social, acentuando a necessidade de um programa cientificamente elaborado e administrativamente coordenado. Distingue as experiências de prevenção social da delinquência juvenil em duas formas: terapêutica de massa e terapêutica de grupo. Como exemplo de terapêutica de massa o *Chicago Area Project;* de terapêutica de grupo, os clubes de prevenção na França

Os métodos e os princípios da criminologia são, portanto, aplicáveis ao estudo e ao entendimento dos atos infracionais, violentos ou não, praticados pelos adolescentes.

Consideramos no início deste trabalho que a criminologia também sofre uma influência do princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente na sua base conceitual.

O adolescente é um homem, obviamente em sentido amplo, que está em formação física e psíquica e que precisa receber uma proteção ampla, pois também tem uma dignidade a ser preservada.

Então, se considerarmos que o adolescente é um possível agente infrator, capaz de praticar atos infracionais violentos ou não, nada mais correto pensarmos que devemos envidar todos os esforços para entendermos tal modalidade delituosa.

A criminologia, nesse aspecto, exerce papel fundamental, pois é uma ciência multifacetária por excelência, sofrendo uma forte influência de várias outras ciências, especialmente da sociologia.

É na sociologia que estudamos: os fatos sociais, que ditam o modo de vida das pessoas; a cosmovisão que impera nas mais diversas sociais (cosmovisão ocidental e cosmovisão oriental); os fatos sociais que influenciam na criação do Direito; entre outros.

A criminologia, portanto, também deve voltar seus “olhos” para a prática dos atos infracionais, de maneira que os mesmo sejam entendidos e, principalmente, que sejam evitados, tendo em vista a sua intensa e alta propagação na sociedade brasileira.

Ao pensarmos desse modo, podemos dizer que a criminologia passa a realizar um papel muito importante para a sociedade, qual seja o de colocar os adolescentes no centro da sua atenção e, isso significa colaborar diretamente com a preservação da dignidade da pessoa humana desses indivíduos, pois a partir dos estudos e das verificações criminológicas é possível entendê-los melhor, evitando que os mesmos se voltem para os atos infracionais, e que tais práticas se tornem um estilo de vida.

3.1 Os fatores exógenos na formação do adolescente infrator

Como vimos no item 2.3, várias são as causas sociais que podem influenciar no surgimento do criminoso e da criminalidade.

O adolescente infrator está sujeito a vários desses fatores sociais e não seria correto pensarmos que o simples fato do adolescente estar passando por um desenvolvimento físico e psíquico que ele está propenso à prática de infrações.

O meio social e seus fatores, acima exemplificados, contribuem diretamente para que o adolescente seja iniciado na vida dos atos infracionais, violentos ou não.

É certo que por uma questão biológica, os adolescentes, que ainda estão formando sua personalidade, estão muito mais suscetíveis a sofrer a influência do meio.

Entre os principais fatores sociais que podem conduzir o adolescente à prática infracional, podemos citar:

a) Desestruturação familiar. Os alicerces bem fundados de uma família são essenciais para a preservação das pessoas que dela fazem parte e de todos aqueles que estão seu redor.

O adolescente, que desde tenra idade, convive com valores familiares sólidos dificilmente se enredará para a prática de atos infracionais. Tais sujeitos estarão expostos a uma realidade diferente, calcada em princípios que foram, em tese, suficientes para preencher os espaços que a desestruturação poderia deixar.

Os vazios deixados pela ausência de uma convivência familiar sólida são facilmente preenchidos pelo crime, uma vez que o adolescente se rende à família do “crime”, que lhe dá “conforto” e a “felicidade” que não encontra no meio ambiente familiar.

b) Ausência de educação. Este fator está em parte ligado com o anterior, pois o adolescente que não é educado no meio familiar, apresenta uma tendência a se desviar para a prática infracional, uma vez que não consegue enxergar as diferenças entre o certo e o errado, ou seja, tem uma moral “fraca”, especialmente porque na família a educação é basicamente ética.

Mas a ausência da educação escolar também pode conduzir o adolescente às práticas infracionais, porque participando das atividades escolares, seja em sala de aula ou não, não haverá tempo para que o mesmo se deixe levar pelo “mundo do crime”.

A ociosidade é fator letal para o adolescente, que terá seu espaço preenchido pelas práticas criminosas, quando na verdade deveria estar na escola, buscando conhecimentos e se formando como pessoa.

c) Ausência de políticas públicas para os adolescentes. O Estado tem sua parcela de culpa no surgimento do adolescente infrator, quando não coloca em prática políticas públicas, eficientes e capazes de "blindar" tais sujeitos contra os atos infracionais.

Podemos afirmar categoricamente que o Estado não coloca em prática políticas públicas que seriam essenciais para tirar os adolescentes das ruas e da ociosidade.

Como exemplo destas políticas públicas, que poderiam tornar o adolescente um cidadão informado e formado, podemos citar a criação de escolas de ensino da ética, com a utilização de estudos de casos práticos e emprego da tecnologia, tão próxima desses jovens; a efetiva inclusão dos adolescentes nas práticas esportivas, formando atletas e pessoas vencedoras seria outra excelente política a ser implementada.

Contudo, o que se tem visto nos últimos 10 (dez) anos, no Brasil, é a implementação das famosas "bolsas", com distribuição de dinheiro para as famílias carentes, sem uma educação para a boa utilização de tal renda e sem critérios muito bem definidos.

d) Afirmação social e econômica. Recentemente o jovem Daniel Pellegrine, conhecido como MC Daleste, representante do "funk da ostentação" foi morto enquanto realizava um dos seus shows no interior do Estado de São Paulo.

O que tal fato tem a ver com o presente estudo? O "funk da ostentação" é um tipo de música que prega a valorização dos bens materiais em detrimento dos valores morais.

As letras das músicas são compostas por refrãos que conduzem, principalmente os jovens adolescentes, a idealizar um mundo de riqueza, que não está ao seu alcance.

Não queremos aqui dizer que o "funk" é necessariamente uma causa que conduz o adolescente ao mundo dos atos infracionais, contudo, é importante refletir sobre o modo como o adolescente vê o mundo ao seu redor.

O jovem adolescente está buscando afirmação como pessoa e se ele encontra uma sociedade consumista e de ostentação de valores materiais, podemos afirmar que ele fará tudo para viver essa realidade, mesmo que seja necessário praticar crimes para usufruir dos bens tão queridos.

Poderíamos citar outros fatores sociais influenciadores da formação da criminalidade juvenil, contudo, nos estreitos limites desse trabalho, deixamos o espaço aberto para novas pesquisas e debates.

CONCLUSÃO

Ao final desse breve estudo, podemos, como conclusões, responder aos problemas expostos na introdução, justamente na ordem inversa na qual foram apresentadas.

A Criminologia pode ser aplicada ao estudo dos “delinquentes juvenis” e das causas que conduzem à da participação dos adolescentes nos atos infracionais?

A resposta é positiva. A Criminologia é uma ciência fundamental para a sociedade e contribui para o entendimento do criminoso, do crime e da criminalidade.

Não há, conforme pudemos comprovar, nenhuma incompatibilidade na aplicação dos conceitos, princípios e métodos da Criminologia ao estudo dos atos infracionais.

Na verdade, concluímos que tal ciência, na verdade, desempenha papel relevante para a valorização da pessoa infratora, pois procura estudar os fatores que levam à criminalidade juvenil.

Os fatores sociais, portanto, exógenos, influenciam os adolescentes a se enveredarem nas práticas dos atos infracionais?

Concluímos que a prática de atos infracionais ocorre normalmente em razão desses fatores sociais.

Há necessidade de implementação de políticas públicas capazes de impulsionar os adolescentes a uma educação de qualidade, tirando-lhes da ociosidade.

Ainda, temos que defender uma valorização dos laços familiares, com a busca pela reestruturação das famílias, onde, então, os adolescentes poderão encontrar um meio ambiente saudável para o seu desenvolvimento físico e psíquico.

Rebaixar a menoridade penal é uma medida que contribuirá efetivamente para evitar a participação dos adolescentes nas práticas delitivas?

Diante do que expôs até agora, como pudemos analisar, o rebaixamento da menoridade penal não é a medida adequada para evitar que os adolescentes pratiquem os atos infracionais.

Na verdade, a diminuição da menoridade penal seria apenas uma medida paliativa, que não combateria, efetivamente, as causas que levam os adolescentes à prática de atos infracionais violentos ou não.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, Jason. Noções de criminologia. Belo Horizonte : Mandamentos, 1999.

FERNANDES, Newton e FERNANDES, Valter. Criminologia integrada. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

GARCIA-Pablos de Molina A.; GOMES, Luiz Flávio. Criminologia. 6ª ed. Rev.,atual.,e ampl. São Paulo: RT, 2008.

KONZEN, Afonso Armando. Justiça Restaurativa e Ato Infracional, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OSÓRIO, Luiz Carlos. Adolescente Hoje. Porto Alegre: Artes Médicas, 1989.

ROSSATO, Luciano Alvez; LEPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. 2a ed. São Paulo: RT, 2011.

SHECAIRA, Sergio Salomão. Criminologia. 2a ed. Rev.,atual.,e ampl. São Paulo, 2008.

TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. Liberdade Assistida: Uma polêmica em aberto. Série Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: Instituto de Estudos Especiais da PUC/SP, 1994.

A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL E A ATUAL SITUAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS.

Amanda Juncal PRUDENTE

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo traçar um panorama geral do sistema prisional brasileiro, aprofundando-se na problemática vivenciada atualmente pelos presos sob a ótica dos Direitos Fundamentais, mostrando os pontos falhos de tal Instituição, a quebra do dever de garantia dos direitos constitucionalmente previstos pelo Poder Público, bem como o desvio de seu objetivo original, qual seja, a socialização dos encarcerados. Para isso, se recorre a uma análise histórica da evolução da pena de prisão e dos sistemas carcerários, levando-se em conta, especialmente, sua evolução no Brasil e à interpretação sociológica dos fatos que determinaram a atual situação do sistema de punição exercido pelo Estado, analisando, concomitantemente, a possível existência de uma crise da pena privativa de liberdade quando verificado o não cumprimento das funções da pena no estado democrático de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema prisional; Direitos Fundamentais; omissão; Poder Público.

ABSTRACT

The present work aims to trace a general view of the Brazilian prison system, going deeper on the problematic lived nowadays by the prisoners beneath the view of the Fundamental Rights, showing the scant points of such Institution, the break of the duty in insuring the rights constitutionality provided by the Public Authorities, as well the deviation of its original goal, that is, the socialization of the incarcerated. For this, we fall back on to an historic analysis of evolution of the imprisonment and of the prison systems, taking into account, especially, its evolution in Brazil and the social interpretation of the facts that determined the current situation of the punishment system exercised by the State, analyzing, concomitantly, the possible existence of a crisis of the custodial sentence when verified the non-compliance of the functions of the penalty on the democratic state of law.

KEY WORDS: Prison System; Fundamental Rights; Omission; Public Authorities.

INTRODUÇÃO

A história da vida na prisão é uma verdadeira narrativa de um complexo desarranjo social. A mera situação de um ser humano estar privado de sua liberdade individual, do convívio com seus semelhantes e da atuação dentro da sociedade reflete a conduta omissiva do Estado, de promover em prol dos seus cidadãos, as condições básicas de sobrevivência e dignidade. Talvez este seja o ponto chave do sistema prisional: o Estado se apresenta inoperante quanto à administração de sua estrutura, o que gera, evidentemente, a ruptura do tecido social.

A distribuição desigual de recursos e oportunidades entre os membros de uma sociedade promove uma frustração individual e problemas sociais profundos, dando ensejo ao surgimento de processos complexos tal como a instauração do crime, como um meio paralelo ao Estado de Direito, que deveria estimular o desenvolvimento equilibrado da sociedade e não o faz.

Sob a ótica da evolução histórica, a criminalidade foi encarada inicialmente como anomalia, como um fenômeno incomum na vida social; daí a instauração de punições exemplares, como o suplício ou a morte em praça pública, caracterizados por Foucault. Hoje, o Estado não pode mais ignorar o crime ou tratá-lo como anomalia dentro da sociedade, devendo solucionar a atual crise vivenciada nos presídios brasileiros pela origem do problema, qual seja, garantir um maior equilíbrio e acesso igualitário de oportunidades.

1 DA PENA DE PRISÃO – ANÁLISE HISTÓRICA

De uma forma simplista, pena é uma consequência imposta pelo Estado ao cidadão que violar determinada regra previamente estabelecida na esfera criminal. Contudo, embora o Estado tenha o direito/ dever de punir, o chamado *jus puniendi*, não é mais permitido que o faça livremente. Faz-se mister que a pena aplicada esteja em consonância com princípios constitucionalmente previstos, bem como aqueles firmados em tratados e convenções internacionais. Como exemplo, citamos o artigo 5º que, em seus inciso XLVII, proíbe penas de morte, ressalvadas algumas exceções, penas de banimento, de caráter perpetuo, de trabalho forçado ou cruéis.

Desde a Antiguidade até meados do século XVIII as penas tinham caráter aflitivo, cruel, que atingia diretamente a integridade física do indivíduo infrator. O período Iluminista surgiu como marco inicial que configurou uma mudança de pensamento na forma de cominar penas, o que se verifica na obra de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, um dos principais filósofos da chamada Escola Clássica (1764, pg. 14,15). Nesse período se buscou abolir dos ordenamentos jurídicos os suplícios e os castigos corporais, como descritos em Vigiar e Punir, de Foucault (1999, pg. 8-11). Assim, a pena deixava de se caracterizar como vingança e perdia seu caráter religioso, e o corpo deixava de ser objeto imediato de castigo, abrindo espaço à pena de prisão, que prevalece até hoje.

Ainda nessa Escola, a pena passou a ser aplicada de modo proporcional ao dano causado pela infração e à necessidade de sua imposição, respeitando-se ainda o princípio da personalidade. Contudo, não obstante toda a evolução alcançada, na Escola Clássica, predominou a teoria absoluta da pena, segundo a qual a sanção encontra fundamento em si mesma, isto é, a pena caracterizava-se simplesmente como um mal necessário para preservar a tranquilidade pública ou reafirmar o direito, contra aqueles que optaram por violar as normas penais livremente.

Seguindo a evolução histórica, no final do século XIX, nasce a Escola Positiva, que se utilizava do método naturalístico do Direito Penal, afastando as indagações de cunho filosófico. Essa corrente passou a levar em consideração a pessoa do criminoso, acarretando o surgimento da criminologia, bem como a vinculação do direito penal à outras áreas de conhecimento, como a psicologia e a sociologia.

A Escola Positiva contestou o sistema retributivo tradicional e não falava em culpa por parte do criminoso, pois este, segundo doutrinadores como Aníbal Bruno, não possuía o livre-arbítrio. Desse modo, a pena não se fundamenta como castigo ou como meio de restabelecer a ordem social violada pelo crime, mas como um meio de defesa social, em duração condicionada à ausência de periculosidade do infrator.

Adiante, o Correcionalismo surgiu com o objetivo de corrigir a injusta e perversa vontade do criminoso. Assim, para alcançar tal finalidade, a sanção deveria ser guiada pelo estudo de outras ciências que tratavam do comportamento humano, como a antropologia e a psicologia, aferindo um tratamento individualizado e racionalizado ao criminoso.

Posteriormente surgiram as teorias socializadoras, que tinham por finalidade, como o próprio nome já diz, a reintegração social do infrator. Essa teoria enxerga o delito como uma

carência nos processos de socialização e, por isso, a intervenção punitiva tem como principal objetivo integrar o infrator no meio social. Nota-se sua aplicação na Lei de Execução Penal brasileira, que visa “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (Artigo 1º), garantindo, dentre outros direitos, assistência educacional ao preso.

Portanto, hoje, nota-se que a humanidade caminha no sentido de preservar a dignidade da pessoa humana, buscando afastar dos ordenamentos jurídicos os tratamentos degradantes e cruéis. Segundo Oswaldo Henrique Duek Marques, nota-se que, no Brasil, a legislação penal está em consonância ao movimento moderno de defesa social, no que diz respeito a busca de penas alternativas, observada na Reforma Penal de 1984 e na Lei dos Juizados Especiais Criminais e ao estabelecer meios eficazes de prevenção da criminalidade. (2008, pg. 134, 135).

2 SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Conforme visto no capitulo anterior, a pena privativa de liberdade caracterizou-se como um grande avanço na história das penas. Partindo para a evolução do sistema carcerário de fato, sua implementação iniciou-se com o crescimento das cidades e da população, e o consequente aumento da criminalidade, que passou a exigir sua organização, de forma a legitimar o poder do Estado. Tal fato é percebido em vários momentos da história, até se chegar a Idade Moderna, onde foi amplamente difundido o uso da pena de prisão, pois, diante de tanta delinquência, a pena de morte e outros suplícios deixavam de ser tão eficazes.

Na metade do século XVI inicia-se um movimento no sentido de desenvolver as penas privativas de liberdade, na criação e construção de prisões organizadas para a correção dos condenados. O objetivo dessas instituições era a reforma dos criminosos por meio do trabalho e da disciplina, tendo como objetivo a prevenção geral. Assim, o corpo deixa de ser alvo de repressão penal, cedendo lugar ao controle e domínio da alma através da disciplina e correção. Note-se, portanto, que três sistemas mereceram maior destaque.

2.1 Sistema Pensilvânico

O primeiro deles, conhecido como “Sistema de Filadélfia”, caracteriza-se pela condição do sentenciado permanecer em isolamento constante, permitindo-se apenas a leitura da Bíblia como forma de estímulo ao arrependimento. Também chamado de Pensilvânico ou Celular, esse sistema sofreu influências de respeitáveis cidadãos da Filadélfia, dentre eles, Benjamin Franklin, que tinham como objetivo reformar as prisões, especialmente no que se referia ao isolamento do preso. Proibia qualquer tipo de trabalho, para que todo o tempo do preso fosse empregado em serviços religiosos, acreditando-se que esta seria a forma mais eficaz de domínio sobre ele.

O sistema filadélfico não se encontra desvinculado das experiências promovidas na Europa a partir do século XVI, se utilizando também das ideias de Beccaria, Howard e Bentham, bem como os conceitos religiosos aplicados pelo direito canônico. Esse sistema reduzia consideravelmente as despesas com vigilância e, assim, sob o ponto de vista ideológico, possuía uma estrutura ideal que satisfazia as necessidades de qualquer instituição que requeria a presença de pessoas sob uma vigilância única.

Contudo, esse sistema penitenciário não possuía como finalidade a melhoria dos estabelecimentos e a consequente socialização do apenado, mas se caracterizava como instrumento de dominação e de imposição da ideologia de uma classe dominante. Dessa maneira, tem como principal crítica o fato de ser extremamente severo e impedir a ressocialização do condenado, já que a segregação individual impedia a possibilidade de se introduzir uma organização do tipo industrial nas prisões. Von Hentig define os efeitos do isolamento dizendo que: “depois da dureza dos trabalhos forçados declarou-se, sem horror, como um novo procedimento coativo a forçosa ociosidade”. (1967, pg. 24). Assim, tortura se refina e desaparece aos olhos do mundo, mas continua sendo uma punição insuportável, embora ninguém toque no condenado.

2.2 Sistema auburniano

Outro sistema penitenciário, denominado “Sistema de Aurburn”, surgiu em 1818, nos Estados Unidos, frente às crescentes críticas que surgiram em face do sistema celular. Alguns autores, como Melossi e Pavarini, defendem que esse sistema surgiu por motivações predominantemente econômicas, guardando intima relação com o desenvolvimento da oferta de mão de obra no país pelos imigrantes. Tem por fundamento a associação de elementos do sistema de trabalho e a concepção de prisão ideal com normas rígidas de conduta. Prega que

com o estabelecimento de rotinas e de uma disciplina rígida, se conhece tudo sobre determinada realidade social; não há meio de esconder da vigilância dos oficiais responsáveis o controle da massa carcerária. Assim, o trabalho coletivo era permitido, com confinamento solitário durante a noite, contudo realizado sob o regime do silencio, conhecido como *silent system*, o que constituiu a principal falha desse modelo prisional.

O sistema auburniano, na visão de Bitencourt, não possuía uma orientação definida para a reforma do delinquente. Assim, predominavam a preocupação com a obediência do recluso, a manutenção da segurança nos presídios e a finalidade utilitária consistente na exploração da mão de obra carcerária. (2011, pg. 71). Da mesma forma entende Foucault, que trata o sistema auburn não como instrumento de reforma e correção do delinquente, mas como meio eficaz para a imposição e manutenção do poder. (1999, pg. 266, 267).

Como visto, um dos alicerces desse modelo é o trabalho. Contudo, os operários consideravam que, ensinando um oficio ou técnica de trabalho aos presos, poder-se-ia incorporá-los às fábricas, e isso desvalorizaria aquele ofício. Tal situação fática, de preconceito, ainda se mantém viva hodiernamente, e é chamada de "estigma carcerário". Essa estigmatização é um dos principais fatores que impedem a reintegração do condenado ao meio social. Assim, nos dizeres de Bitencourt,

> "a tentativa de humanizar a pena, assim como o propósito de converter o sistema penitenciário em instrumento reabilitador, sempre encontrou duas grandes dificuldades: de um lado, o cidadão comum mantém uma atitude vingativa e punitiva a respeito da pena [...], e as autoridades públicas, por pragmatismo e oportunismo [...] não se atrevem a contradizer esse sentimento vingativo". (2011, pg. 75).

Uma das maiores críticas feitas a esse sistema foi com relação ao rigoroso regime disciplinar aplicado. A disciplina era tida como prioridade e a sua importância se deve ao estilo de vida militar adotado pelo *silent system*. Contudo, vemos que hoje a dureza dos métodos aplicados não garantem nem a ordem, nem a recuperação do apenado. A disciplina serve apenas como meio para se chegar a valores mais importantes, mas não é um valor em si próprio.

2.3 Sistema progressivo

O apogeu da pena privativa de liberdade coincide com o abandono dos regimes celular e auburniano e a adoção do regime progressivo. Este se caracteriza, fundamentalmente, na combinação de regimes, onde se parte da aplicação do mais severo ao mais ameno. Em outras palavras, significa dizer que o apenado cumpriria sua pena em três estágios, sendo que na primeira ele seria mantido em total isolamento, assim como no sistema pensilvânico; em seguida, poderia trabalhar com outros presos sob o regime do silêncio, nas chamadas *public work-houses* e, por fim, teria direito à liberdade condicional. Desenvolveu-se na Inglaterra no século XIX e é comparado com o atual sistema brasileiro.

A base desse modelo está na distribuição do tempo de duração da condenação em períodos ou fases, aumentando-se em cada uma delas, os privilégios garantidos ao encarcerado de acordo com a sua boa conduta. Sua maior importância se dá pelo fato de possibilitar a reintegração do preso à sociedade, convicção essa firmemente defendida por Montesinos, um dos idealizadores do sistema progressivo. Com isso, a finalidade desse sistema possui uma dupla vertente, sendo que a primeira objetiva estimular a boa conduta e a segunda pretende, em razão da boa disposição anímica do condenado, reformar sua moral e prepará-lo para a vida em sociedade. Não acreditavam, portanto, que as prisões serviam apenas para mortificar o delinquente. Contudo, embora esse pensamento pareça o mais aceitável, ainda hoje, em vários setores sociais, encontra-se enraizada a visão de que prisão é o local que deve firmar o sofrimento e mortificação do condenado.

A crise do modelo progressivo ocasionou uma profunda transformação dos sistemas carcerários, que se realizou através de dois posicionamentos: de um lado a individualização penitenciária e, de outro, a pretensão de que o regime carcerário permita uma vida em comum mais humana, estimulando, por exemplo, o regime aberto. Alguns autores defendem que essa crise tenha se aprofundado nas últimas décadas, especialmente por três razões: a redução das penas de prisão, o aumento da expectativa de vida da população em geral e o crescimento do sentimento de defesa dos direitos humanos.

A diminuição do tempo das penas é um fator contribuinte para a falência desse sistema pois, penas com período de duração pequeno não garantem ao apenado o tempo necessário para sua recuperação, o que aumenta as chances de reincidência. Já com relação à expectativa de vida, nota-se que com o seu aumento, o tempo que possui o delinquente para praticar suas atividades criminosas também aumenta. Consubstanciando esses dois primeiros

fatores, fica nítido o crescimento no número de delitos. E, por fim, claro é que nas últimas décadas, especialmente após as 2ª Grande Guerra, a população tem se mostrado mais sensível com relação aos sentimentos humanos e apoiado cada vez mais a criação de normas que aumentem as garantias concedidas ao homem e à preservação de sua dignidade. Com isso, a problemática prisional ressurge como o foco de varias questões na tentativa de minimizar as consequências negativas que enfrentam, hoje, os encarcerados. A exemplo dessa mudança de mentalidade, podemos citar a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (Paris, 1948) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (São José, 1969).

3 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Como bem assinala Yasmin Maria Rodrigues da Costa, o direito, em especial o direito penal, foi instrumento não da soberania, mas de dominação. Levando em contas as técnicas usadas pelo poder como forma de exibição, mostrando os lucros econômicos e as utilidades políticas, pode-se entender como o sistema prisional consolidou-se e foi posto em funcionamento. (2005, pg. 62).

Ao longo da história do nosso país é nítido que a burguesia nunca se importou com o fenômeno da delinquência ou com a reintegração social dos delinquentes, justamente porque esse segmento não trazia importância econômica. Interessou-se, entretanto, pelos meios de controle e punição dos infratores. A autora supra defende que esse entendimento serve de auxilio à elucidação dos fatores que produziram a estratificação social no Brasil, onde até os dias de hoje vige uma desigualdade social de difícil superação e um sistema prisional cruel e seletivo. (2005, pg. 62).

A situação não natural de subjugação de um homem por outro, criada por mecanismos legais, somente funcionaria por meio de um sistema extremamente repressivo. Dessa maneira, as instituições penais públicas cumpriram exemplarmente seu papel e, assim, em 1905, concretizou-se a idealização de uma cadeia pública no Brasil e a inauguração da Penitenciária Central, em 1909. A instituição surgiu tendo como base o Regime de Auburn, com o “encarceramento celular durante a noite e o trabalho em comum durante o dia, sob regime rigoroso de silêncio”. A adoção deste regime configura um novo momento para o sistema prisional, com a utilização de técnicas de padronização. Mas as condições gerais mudaram em muitos aspectos, principalmente no tocante à conservação. Desde o século XVIII, nota-se a falta de condições e sérios problemas sanitários, além dos problemas de

segurança frequentes, por não oferecer condições adequadas de encarceramento e mesmo condições de ocupação.

Entende-se que hoje o sistema penal engloba desde a ocorrência de um delito até a imposição e execução de uma pena. Esse sistema tem por finalidade, ao menos teoricamente, garantir a justiça social, punindo igualmente indivíduos que violarem suas normas de conduta. Desse modo, firma-se como defensor da dignidade humana, limitando a intervenção do Estado à proteção de bens considerados importantes e necessários à sociedade. Contudo, a realidade se mostra em completo contraste com o ideal que fora almejado. De fato, o sistema penal dirige-se especialmente aos integrantes de determinados grupos sociais, leia-se, os que possuem menos recursos. Para Aniyar de Castro, o delinquente estereotipado advém geralmente do proletariado, ou seja, é aquele que cresce em condições econômicas e afetivas precárias, que fazem com que ele se torne um adulto agressivo e incapaz de se incorporar ao sistema de produção. (1983, pg. 126). A completa frustração desse sistema com relação à prevenção do crime expõe seu caráter essencialmente repressivo, comprovando seu viés estigmatizante.

Já com relação à finalidade de socialização do apenado que busca o sistema penitenciário, sem duvida é nítido que os efeitos da chamada "criminalização primária", oriundos da lei penal, e o simples contato com a realidade do sistema repressivo traz graves consequências ao individuo em razão do processo de estigmatização provocado pela prisão.

Tal como foi perfeitamente pontuado por Yasmin Maria Rodrigues da Costa, ao analisar os argumentos justificadores das falhas de cada setor penal, como a polícia, juízes e toda a organização carcerária, nota-se que esses setores se ignoram mutuamente, e imputam a causa de suas falhas aos outros segmentos. Ainda não se estabeleceu um plano que harmonize esse completo desarranjo, solidificando a ideia de que o poder de criminalização está intrinsecamente ligado à estratificação social (2005, pg. 96).

Além disso, vemos nos dias atuais, segundo Vera Malaguti, que "a disseminação do medo e da sensação de insegurança diante de um Estado corrupto e ineficiente vai despolitizando as massas urbanas brasileiras, transformando-as em multidões desesperançadas que desejam uma demonstração de força" (1998, pg. 44). Nesse contexto, o poder público, perversamente, dá lugar à lógica da exclusão e, assim, campanhas a favor da pena de morte e da redução da maioridade penal, por exemplo, erroneamente, vão tomando proporções nacionais.

Ainda nesse âmbito, vemos então que, muitas vezes, o legislador utiliza a criminalização como aparente solução, dando à sociedade a pseudossensação de se ter resolvido o problema. Como ensina Yasmin Rodrigues da Costa, "não se discute os fatores que conduziram ao desvio, nem os que o potencializaram. Discute-se, tão somente, as formas de repressão e eliminação. Não se deseja conhecer as causas, muito menos estudar e efetivar programas que as neutralizem. Tal poderia custar um alto preço, sob todos os sentidos, às classes dominantes. Sob esta ótica genocida, ao capital será mais vantajoso o emprego de verbas públicas na multiplicação de penitenciárias, na compra de armamentos e de todo o aparato bélico necessário ao vicioso círculo de alimentação do sistema" (2005, pg. 108).

Com isso, concluímos que o atual sistema prisional brasileiro encontra-se estabelecido sob os moldes que prezam pela padronização, da mesma forma como se deu em seu surgimento, com a instituição de organizações que deveriam proporcionar ao indivíduo o atendimento de suas necessidades básicas. Não é novidade que, diferentemente do que se idealizou a princípio, a atual situação das instituições carcerárias se desvirtua drasticamente do plano teórico, na qual a padronização funciona enquanto método sistemático de controle, assumindo o papel decisório na vida do interno. Mas, dada a conjuntura que se apresenta, caracterizada por omissões, desvios e corrupções que resultam no evidente sucateamento do sistema, tratando-se das relações que se estabelecem entre os presos, que acabam por formar uma ordem social bastante complexa, tal padronização não se aplica.

Apesar da disposição legal contida no artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, em que se assegura "aos presos o respeito à integridade física e moral", o que se vê, na realidade, é uma situação de precariedade, condições subumanas, medo e insegurança que sofrem os detentos, resultado da omissão Estatal no cumprimento de suas obrigações legais.

Como já dizia Oswaldo Duek Marques, além da coabitação forçada com um imenso número de detentos, a falta de verdadeiras relações humanas, tal como com familiares, e a privação sexual exigem do encarcerado uma grande carga emocional, nem sempre suportada por este. Tudo isso coloca o preso em uma situação de fragilidade, aumentado sua agressividade e impossibilitando seu posterior retorno ao meio social. (2008, pg. 156). Contribui, ainda, para esse cenário caótico, a insuficiência ou mesmo inexistência de trabalho, o despreparo dos funcionários penitenciários, a superpopulação carcerária e a convivência promíscua entre os detentos, agravada pela transmissão de inúmeras doenças contagiosas, o que transforma a prisão em um meio de isolamento odioso e cruel.

Não se pode esquecer também a grande importância que exerce a arquitetura das prisões, que deve objetivar a segurança contra a fuga dos detentos e seu contato com o mundo externo, fatores estes que desencadeiam a criminalidade e a formação de milícias dentro dos estabelecimentos penais. Para o autor supra, “deve haver um planejamento no sentido de minimizar os efeitos do confinamento, para preservar a dignidade, a saúde e a personalidade do preso”. (2008, pg. 155).

A seguir, trataremos de alguns dos principais problemas vivenciados nas prisões brasileiras na atualidade e a contradição com o que está legalmente previsto.

3.1 A superlotação carcerária

A problemática da superlotação dos centos de detenção, talvez seja, hodiernamente, onde se encontra a situação mais crítica no que diz respeito ao sistema carcerário. As prisões mostram-se abarrotadas, não propiciando ao preso um mínimo de dignidade e humanidade.

Com o grande aumento populacional e o consequente crescimento da criminalidade, a cadeia acabou se tornando um espaço de punição, exclusão e materialização da criminalização da pobreza. Tal como no mundo todo, ela é formada por jovens, pobres, homens com baixo nível de escolaridade. Pesquisas feitas sobre o sistema prisional indicam que mais da metade dos presos tem entre 18 e 29 anos, 95% são pobres, 92% são do sexo masculino e mais da metade tem apenas o primeiro grau completo, havendo quantidade considerável de analfabetos (INFOPEN, online). Devido à pobreza, esta população possui pouca influência política, o que faz com que as chances de obter apoio para colocar fim aos abusos se torne cada vez menores.

Nos estabelecimentos mais lotados, os presos dormem amarrados às grades das celas ou pendurados em rede. O problema é que o numero de detentos que ocupam cada cela chega a ser de cinco vezes mais a capacidade. Uma pesquisa realizada no antigo complexo penitenciário do Carandiru, mostrava que a Casa de Detenção mantinha 6.508 detentos em sete pavilhões, sendo que sua capacidade era para 500 pessoas. Graças a total falta de responsabilidade por parte dos governantes, em 1992, explodiu uma grande rebelião, que terminou na morte de 111 detentos.

Assim, as rebeliões, tão frequentemente noticiadas pela mídia, refletem, de forma manifesta, a caótica realidade e falência do sistema penitenciário brasileiro, que tem

transformado os centros de detenção em verdadeiros depósitos de pessoas, e distanciado cada vez mais do ideal de devolver à sociedade um cidadão ressocializado.

3.2 Saúde e higiene

Outra situação preocupante e digna de atenção, diz respeito à flagrante omissão do Estado quanto ao fornecimento de assistência médica e higiene adequados ao detento, contrariando o disposto nos artigos 12 e 14, da Lei de Execução Penal, os quais estabelecem que o preso terá assistência material, em se tratando de higiene e acesso a atendimento médico, farmacêutico e odontológico. De fato, a realidade destoa, e muito, das medidas protetivas previstas pelo legislador. As condições higiênicas são precárias e deficientes, além de inexistir acompanhamento médico na grande maioria dos estabelecimentos prisionais. Os serviços penitenciários são geralmente idealizados para atendimento da classe masculina, não havendo um planejamento de atendimento específico para as mulheres, fazendo com que estas sejam cada vez mais vitimadas e excluídas no meio social. Segundo um relatório elaborado pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, muitos presos se queixam de doenças gástricas, urológicas, dermatites, pneumonias e ulcerações, mas não são atendidos adequadamente.

Muitos sofrem com o frio, pelo fato de que, graças ao estabelecimento precário em que ficam alojados, se molham em dias de chuva e não tem como trocar de roupa. Como um meio paralelo às garantias que o Estado deveria proporcionar, vê-se em alguns casos de familiares de detentos que subornam os funcionários dos estabelecimentos penais para que estes lhes providenciem roupas em troca de dinheiro. Em um quadro desses, aqueles desprovidos de qualquer condição econômica favorável, passa frio, adoece e morre.

3.3 Alimentação

Com relação à alimentação, que também é um direito do preso, apesar de muitas vezes não faltar, vincula-se a critérios desiguais de fornecimento. Como exemplo, tem-se que no mesmo relatório apresentado pela Comissão de Diretos Humanos, muitos presos denunciavam policiais corruptos, por fornecerem alimentação diferenciada para os detentos com maior poder aquisitivo.

Nos estabelecimentos em que a cozinha ainda está em atividade, pois na maioria o serviço é terceirizado, estas se apresentam, como as demais partes dos presídios, sucateadas, sujas e sem manutenção, sem as mínimas condições de higiene, onde até as áreas destinadas ao estoque de mantimentos fazem parte do descaso e da falta de higiene, servindo de moradia de ratos e insetos.

3.4 Trabalho

A fim de buscar a tão sonhada socialização do apenado, grande parte dos doutrinadores ora estudados acreditam que é dever do Estado oferecer ao condenado todas as condições para o seu desenvolvimento individual, inclusive educação e orientação ao trabalho, em razão dos direitos constitucionais sociais.

Assim, no que se refere à questão do trabalho, a LEP prevê que todos os presos condenados devem trabalhar, estando essa atividade atrelada a uma finalidade educativa e produtiva (artigo 28), permitindo-se ao preso remir parte do tempo da execução da pena (artigo 126). Atentando-se para o fato de que as obrigações legais são recíprocas: os detentos têm o direito de trabalhar e as autoridades carcerárias devem fornecer oportunidades de trabalho. Ressalta-se que, na prática, que o reduzido número de detentos empregados é resultado da escassez de oportunidades, e não de falta de interesse da parte dos detentos. Como prova de tal convencimento, o artigo 126 supra garante como incentivo ao trabalho a redução de sentenças. De acordo com esse dispositivo, para cada três dias trabalhados, um dia deve ser debitado da sentença do detento. Ansiosos para sair da prisão o mais rápido possível, os detentos em sua maioria, quando não na totalidade, estão dispostos a trabalhar.

Como medidas urgentes e necessárias para a reversão do quadro caótico apresentado, faz-se necessário a modernização da arquitetura penitenciária, ampla assistência jurídica, melhoria de assistência médica, psicológica e social, ampliação de projetos visando o trabalho do preso, e acompanhamento na sua reintegração à vida social. Segundos os ensinamentos propostos por Mario Ottoboni, o delinquente é condenado e preso por imposição da sociedade, ao passo que recuperá-lo é um imperativo de ordem moral, do qual ninguém deve se escusar. (2001, pg. 289). A sociedade somente se sentirá protegida quando o preso for recuperado e efetivamente reintegrado ao seu meio.

4 POLÍTICAS CRIMINAIS ALTERNATIVAS

Tal como já visto em capítulos anteriores, é indiscutível o fato de que o incremento do aparato repressivo, como a compra de armamentos e a construção desenfreada de penitenciárias, tem servido de instrumento de manutenção da hierarquização entre as diversas classes sociais. Em virtude disso, vários críticos e estudiosos começaram a se atentar para a possibilidade de desenvolvimento de Políticas Criminais Alternativas, que teriam como finalidade, como o próprio nome já diz, oferecer soluções alternativas e comunitárias às situações de conflito, buscando-se atingir uma justiça penal humana e eficiente.

É visível, hodiernamente, a disfuncionalidade existente entre a capacidade do Sistema Penal e a carga de serviço que lhe é atribuída. A inflação da criminalização é um peso não mais suportável pela estrutura administrativa do Estado, o que traz consequências insustentáveis ao sistema penitenciário, como sua massificação e desumanização. Nesse contexto, Zaffaroni expõe a realidade do sistema penal da seguinte maneira:

> "A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais não são característica conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais". (1991, pg. 15).

A reforma deve partir do reconhecimento dos mecanismos seletivos do sistema, das suas funções reais e da consciência da desigualdade, a fim de atender aos interesses de todos e não mais apenas das altas camadas da sociedade. Deve haver uma integração entre o cárcere e a sociedade, com a introdução de programas sociais e educacionais que perdurem durante e após a fase de cumprimento da pena. Nesse contexto, a LEP prevê, em seus artigos 22 e 25, a assistência social ao preso e ao egresso, com a finalidade de orientá-los na sua reinserção ao meio social.

Um programa que ganha cada vez mais espaço no Brasil e no mundo, denominado método APAC, apresenta como finalidade a recuperação do preso através da valorização

humana, com o apoio da comunidade, reduzindo não apenas os custos do Estado na manutenção dos presídios, mas também os índices de reincidência, que gira em torno dos 7%, enquanto que o sistema atual nos proporciona 90% da mesma. A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC – entidade jurídica, sem fins lucrativos, dispensa a figura do carcereiro, pois a responsabilidade pela segurança e demais funções no presídio ficam a cargos de voluntários, que se orientam por uma escala de emenda, dividida em três estágios (fechado, semi-aberto e aberto). Baseia-se em alguns pontos básicos, tais como, a individualização do tratamento tal como recomenda a LEP, a garantia de assistência material, psicológica, médica, odontológica, jurídica e educacional e a aplicação dos regimes progressivos nas dependências da mesma unidade, o que facilita a permanência do condenado junto aos familiares ao longo do cumprimento de toda a pena, assim como sua reintegração.

Como bem acentua Damásio de Jesus, existe hoje no Brasil a falsa crença de que somente se reduz a criminalidade com a definição de novos tipos penais, o agravamento das penas e a supressão das garantias do réu. (2000, pg. 10). Desse modo, a sanção punitiva acaba por ser aplicada em delitos de grande e de pequeno poder ofensivo, mitigando a aplicação de penas alternativas e fazendo com que encontremos sob o mesmo regime prisional, muitas vezes sem separação celular, detentos de alta periculosidade e outros que poderiam estar cumprindo sua pena por meio de medidas não detentivas. Isso faz com que o quadro caótico em que se encontra o sistema carcerário do nosso país piore, aumentando os índices de criminalidade, transformando as prisões em verdadeiras fábricas de delinquentes e cristalizando na sociedade o sentimento de impunidade e medo. Já dizia Evandro Lins, sobre as cadeias, que ela perverte, corrompe, deforma, alvita, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime [...], devemos conservá-la para os casos em que ela é indispensável. (1912, capítulo 5, “a prisão é mostruosa”, pg. 222).

Dessa maneira, é necessário que a pena privativa de liberdade seja imposta apenas quando se tratar de crimes graves e de presos residuais, deixando a punição dos outros tipos penais a cargo das medidas alternativas ou apenas restritivas de direito, como a prestação de serviços á comunidade, multa e a limitação de finais de semana, o que diminuiria a superpopulação carcerária e, como visto, todos os problemas dela decorrente, como as rebeliões e as condições higiênicas precárias, bem como os problemas relacionados aos elevados índices de reincidência. Como afirma Damásio de Jesus, essa, há tempos, já é a posição adotada pelas Nações Unidas, que se concretizou no IX Congresso da ONU sobre

Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado no Cairo. (2000, pg. 13). E o mesmo continua, “com isso, desafoga-se a Justiça e o sistema penitenciário, podendo aquela tratar com mais cuidado dos delitos mais graves. Dessa forma, restaura-se o valor preventivo da Justiça Penal e da sanção penal”. (ob. cit., pg.13).

Vemos que as vantagens das penas alternativas são inúmeras. Primeiro porque diminuem o custo do sistema penitenciário, evitam o encarceramento desnecessário do delinquente em infrações de menor potencial ofensivo, afastando-o do convívio com criminosos realmente perigosos. Além disso, reduzem os índices de reincidência e garantem àqueles que realmente merecerem pena privativa de liberdade, um tratamento que não fira seus direitos como ser humano.

Assim, a redução da criminalidade e dos problemas carcerários somente ocorrerá com a implantação de um movimento que quebre esse círculo vicioso, que inclua medidas sociais, econômicas e legais. Além disso, a instituição de um programa preventivo de reincidência criminal, a formação profissional dos funcionários penitenciários e a informação da população a respeito de questões criminais são pontos essenciais, que também devem estar inclusos no rol de mudanças.

Uma posição mais extremista defende a ideia de que o mundo capitalista em que vivemos, que se pauta no egoísmo e nas relações por interesse, que exclui e maltrata os indivíduos mais débeis, seria o grande causador da falência no modelo prisional que busca a socialização do preso. Contudo, de acordo com Oswaldo Duek, “não se pode atribuir com exclusividade a condições meramente materiais – decorrentes da precariedade de oportunidades para as camadas mais desfavorecidas da população – as causas da criminalidade”. (2008, pg. 160).

A missão de ressocializar o condenado deve prevalecer independente do modelo de sociedade em que está inserida. O individuo socializado é aquele que busca meios construtivos para seu desenvolvimento, consciente de atuar em prol da sociedade em que viva, seja ela justa ou injusta.

CONCLUSÕES

Apesar de inegáveis aperfeiçoamentos, a legislação penal continua inadequada às exigências aclamadas pela sociedade, no Brasil. A pressão dos índices de criminalidade e suas

novas espécies, a constância da medida repressiva como única resposta ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, são fatores que exigem o aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime.

A ausência de conselhos da comunidade, o pouco uso das penas alternativas e o grande déficit de recursos para o sistema penitenciário inviabilizam não apenas a correta aplicação da Lei de Execução Penal, que, só para constar, é digna de respeito e admiração, mas também a garantia de Justiça do país.

Considerando a realidade dos presídios brasileiros, caracterizada pela superlotação e a falta de condições que propiciem dignidade para o ser humano, observa-se que o sistema prisional brasileiro está muito distante do ideal previsto pela Lei de Execuções Penais e princípios constitucionais, nas quais a padronização funciona apenas enquanto método sistemático de controle. As prisões que, a princípio, teriam por objetivo corrigir, ressocializar e possibilitar a inclusão do preso na sociedade, afasta-se, cada vez mais, do ideal previsto pelo legislador, assemelhando-se, pois, a uma fábrica de delinquentes, geradora de insegurança na sociedade e exclusão social. O significado da vida carcerária não se resume aos muros e grades, deve-se considerar a penitenciária como uma verdadeira sociedade dentro de uma sociedade.

Ao que parece, o desejo inquieto por mudanças permanece aceso apenas nos projetos idealizados por doutrinadores, pesquisadores e filósofos, restando às escuras aos olhos de quem efetivamente detém o poder de mudanças, o Estado. Enquanto se aguarda uma conduta ativa por parte do Poder Público, no sentido de implementar as políticas públicas voltadas ao escorreito cumprimento das diretrizes estabelecidas na Lei de Execuções Penais, a celeuma criada em torno do assunto, deverá permanecer acesa, sem qualquer possibilidade de exaurimento ou eventual banalização do tema, sob pena de cair no esquecimento do Poder Público, tornando sua conduta ainda mais morosa do que já se evidencia.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas.* Ed. eletrônica de Ridendo Castigat Mores, 1764.

BRASIL. *Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen – do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério Da Justiça*. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: jul. 2013.

CIDH. *Relatório nº 129/10. Petição 4327-02; Relatório nº 41/08. Petição 478-07; Relatório nº 36/07. Petição 1113-06*. Washington. Disponível em <http://www.cidh.oas.org/casos.port.htm>. Acesso em: jul. 2012.

DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira. *O Significado Ideológico do Sistema Punitivo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DE CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir, História da Violência nas Prisões.* Petrópolis: Vozes, 1999.

HENTIG, Hans Von. *La Pena;* traducción castellana y notas por José María Rodríguez Devesa. v.1. Madrid: Espasa-Calpe, 1967.

JESUS, Damásio E., *Penas Alternativas.* São Paulo: Saraiva, 2000.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz, *Finalidades da Pena*. Barueri: Manole, 2004.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena.* 1ª ed. WMF Martins Fontes, 2008.

OTTOBONI, Mário. *Ninguém é irrecuperável.* 2º ed. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

_____. *Vamos matar o criminoso?.* 2º ed. São Paulo: Paulinias, 2001.

SILVA, Evandro Lins, *O Salão dos Passos Perdidos.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1912. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/40918848/Evandro-Lins-e-Silva-Salao-dos-passos-perdidos>. Acesso em: Julho de 2013.

THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária.* Rio de Janeiro. Forense,1980.

A NEGLIGÊNCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO AOS CRIMINOSOS SERIAIS PSICOPATAS

Arion Rodrigues de PAULA[256]

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar o assassino serial psicopata e a negligência com que o Estado pune tais infratores. A presente pesquisa analisou a personalidade dos criminosos nominados assassinos em série, fazendo luz aos assassinos seriais psicopatas (coadunando tanto a personalidade do infrator, em conformidade com o artigo 59 do Código Penal, bem como o ato delitivo serial). Auxiliando o magistrado na aplicação de sua competência, evocando o artigo 26 do diploma penal buscou, de forma breve, analisar o enquadramento penal do presente caso delitivo. Em relação ao preenchimento da lacuna da isenção do rotulacionismo, buscou-se, em abordagem específica do "labeling approach", analisar a estrutura da punição por meio da personalidade do autor, bem como seus perigos para o ordenamento jurídico; em contrapartida nominou a consequência dos assassinos seriais psicopatas em face da vitimologia. Levantou, de forma reiterada, o estado presente em que se encontra o sistema punitivo brasileiro atual e sua negligência em relação ao tratamento dos criminosos supracitados. Delineou-se, assim, a presente pesquisa, com fulcro na pretensão para o futuro, pautado sobre os pilares da realidade punitiva atual.

PALAVRAS–CHAVE: Assassinos seriais psicopatas; saber científico forense; negligência do Estado.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar los psicópatas asesinos en serie y el descuido con el Estado castiga a estos delincuentes. Esta investigación ha analizado la personalidad de los delincuentes nombrados asesinos en serie, causando que la luz de psicópatas asesinos en serie (coadunando tanto la personalidad del delincuente, de conformidad con el artículo 59 de la

[256] Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Pesquisador da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico. arionrpaula@gmail.com. Instituição de fomento à pesquisa: UENP e Fundação Araucária.

Código penal, así como el acto criminal en serie). Asistir en la aplicación de la jurisdicción magistrado, citando el artículo 26 de la ley criminal buscado analizar brevemente el marco de estos delincuentes de casos criminales. Respecto del cumplimiento de la brecha del etiqueta exención, se buscó en el "enfoque de etiquetado" enfoque específico para analizar la estructura de la pena a través de la personalidad del autor, así como sus peligros para el sistema legal y, a cambio, una consecuencia ha nombrado de psicópatas asesinos en serie en la cara de la victimología. Criado, por lo que repitió el estado actual en que se encuentra el actual sistema punitivo brasileño y su negligencia en relación con el tratamiento de los delincuentes más arriba. Fue descrito así esta investigación, con la intención de punto de apoyo para el futuro, sobre la base de los pilares de la realidad actual punitivo.

PALABRAS CLAVE: psicópatas asesinos en serie, el conocimiento científico forense; negligencia del Estado.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa uma das principais incógnitas do sistema punitivo brasileiro atual: os chamados criminosos seriais psicopatas. Tais criminosos não possuem enquadramento penal para punição apropriada no atual sistema jurídico brasileiro, vez que o perfil psicológico de tais personalidades foi somente delineado pelas últimas pesquisas do saber científico forense, assim como o motivo e caracterização de seus crimes.

A ausência de enquadramento penal punitivo apropriado para tais criminosos gera insegurança para o meio social, assim como é fruto de enormes injustiças no sistema penal, o ônus por esta atual situação em que se encontram os vitimados per tal sistema é o próprio ente estatal. A negligência do Estado em punir de forma competente tais criminosos, bem como de legislar de forma específica tais situações, cria uma lacuna na justiça brasileira, que poderá ser saneada apenas com o estudo aprofundado do problema, com foco na previsão do futuro, pautada pelos pilares da realidade social.

O primeiro capítulo levantará dados de grande pesquisa científica sobre a personalidade do agente do ato ilícito: dos criminosos seriais psicopatas, dividindo-o em dois subcapítulos: os psicopatas (responsável pelo estudo do agente, grande parte responsável por análises psicológicas mais profundas, o mecanismo cerebral do agente); seriais (o modo de crime, o número de vítimas e o modus operandi). Buscou, assim, denotar a punição do

criminoso e sua personalidade, aliada ao ato delitivo, explicando as consequências e causas de sua conduta.

O segundo capítulo versará sobre o direito penal de fato e sua aplicação ao criminoso serial psicopata, as suas consequências jurídico-penais, a atual alternativa do Ministério Público perante a ausência de legislação específica para o enquadramento penal e a alternativa que se mostra mais plausível para a aplicação da medida mais adequada para o tratamento e punição desses criminosos.

O terceiro capítulo evidenciará, especificamente, a atual negligência do Estado, de forma breve relatará a atual situação do sistema carcerário brasileiro, a consequência dos atos praticados pelos criminosos seriais psicopatas face das vítimas, que muitas vezes perecem de justiça, e a preocupação do labeling approach, o chamado "rotulacionismo" e seus perigos para o ordenamento jurídico.

A presente pesquisa tem o escopo de fundamentar a negligência do Estado na punição dos criminosos seriais psicopatas, bem como elucidar as últimas pesquisas do saber científico forense sobre tal personalidade criminosa específica. Busca, assim, a pretensão de levantamento do problema para a fomentação de discussão e solução para o futuro, pautado sobre a atual realidade punitiva brasileira.

1 DOS AUTORES DO ATO ILÍCITO

1.1 Personalidade do agente do ato ilícito

A primeira constatação que se deve fazer na questão de avaliação da personalidade do agente do ato ilícito é sobre o conceito de "personalidade". Personalidade é "1. Caráter ou qualidade do que é pessoal. 2. O que determina a individualidade duma pessoa moral; o que a distingue de outra"[257] . Por assim dizer, a personalidade faz ligação ao que é individual, de cada ser. O estudo da personalidade, de tal modo, está inserido no conhecimento da pessoa, o ser, o comportamento do indivíduo no meio social, bem como sua formação, faz-se jus ao conhecimento do saber científico forense, evidenciado e supracitado nos capítulos anteriores.

O Direito Penal Brasileiro classifica, utiliza-se do conhecimento da personalidade do autor, bem como o conhecimento do crime cometido, o ato. Para o indivíduo ser punido é necessário que o esse pratique o ato, o ilícito, não apenas isso, mas que tenha a conduta, o agir. Devem ser incriminados fatos, mas na punição o juiz considera as condições pessoais do agente (art. 59 Código Penal).

---

[257] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio:** o minidicionário da língua portuguesa. Curitiba: Ed. Positivo, 2008. p. 626.

Desqualifica, assim, os pressupostos do Direito Penal do Autor: que é marcado pela proteção de pessoas que não tenham praticado nenhuma conduta (utilizado no código nazista), bem como do Direito Penal do Fato: caracterizado pela punição de fatos causados pelo homem; porém utiliza postulados comuns de ambos.

Delineiam-se, assim, as discussões acerca da capacidade de imputabilidade ou não dos criminosos, bem como a proibição de qualquer punição ante a personalidade do autor, que não esteja aliado ao crime praticado.

Como é de interesse e necessidade ter conhecimento não apenas do crime praticado, mas também do criminoso que o praticou se faz necessário diferenciar cada autor do ato ilícito, de forma a fortalecer o postulado racional do punir, desformalizar a punição desmedida:

> A partir do momento em que só se punirá o crime no nível do interesse que o suscitou, a partir do momento em que o verdadeiro alvo da ação punitiva, em que o exercício do poder de punir terá como objeto a mecânica do interesse próprio do criminoso; em outras palavras, a partir do momento em que se punirá não mais o crime, mas o criminoso, vocês hão de convir que o postulado de racionalidade fica de certo modo fortalecido. (...) A racionalidade do ato que é efetivamente punido.[258]

Dessa forma tratarão os capítulos posteriores acerca das personalidades delitivas: os criminosos psicopatas e, principalmente, sobre os criminosos seriais, para que, por via científica, desconstrua a visão midiática confusa e se efetive a busca pela punição plausível aos criminosos seriais psicopatas, autores do ato ilícito específicos deste trabalho.

1.2 Dos criminosos psicopatas

São considerados como o enigma do sistema punitivo, uma vez que as mais avançadas ciências do comportamento humano ainda não definiram ao certo o funcionamento cerebral dos mesmos, porém as últimas pesquisas do saber científico forense, as jurisprudências dos tribunais e as consequências sociais que repercutem já evidenciam claramente as características e a personalidades dos criminosos psicopatas.

A nominação de tais indivíduos é uma questão ainda debatida pelas autoridades, autores, clínicos e pesquisadores que estudam a personalidade desses, portanto não chegaram

[258] FOUCAULT, Michel. **Os anormais**: Curso no Collège de France (1974-1975). 2ª tiragem. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 98.

a um consenso definitivo. Assim sendo recebem várias nominações, tais como: sociopatas, personalidades psicopáticas, personalidades dissociais, portadores de transtornos de personalidade, personalidades antissociais, enfim, psicopatas. Tais terminologias são utilizadas para definirem um perfil transgressor, com pequenas diferenciações entre a intensidade das características que definem tal personalidade.

A palavra psicopata, do grego *psyche* (mente) e *pathos* (doença) literalmente significa doença da mente, porém tais indivíduos não se enquadram na visão tradicional de doença mental ou perturbação da saúde, conforme atesta Ana Beatriz Barbosa Silva, pós-graduada em psiquiatria:

> Esses indivíduos não são considerados loucos, nem apresentam qualquer tipo de desorientação. Também não sofrem de delírios ou alucinações (como a esquizofrenia) e tampouco apresentam intenso sofrimento mental (como a depressão ou o pânico, por exemplo). Ao contrário, seus atos criminosos não provém de mentes adoecidas, mas sim de um raciocínio frio e calculista.[259]

Trata-se de uma personalidade muito conhecida, mas ao mesmo tempo ignorado pela sociedade como um todo. Quando criminosos cometem seus atos com requintes de crueldade, sem nenhum senso de compaixão, misericórdia ou arrependimento. Não se trata, apenas, de delinquentes sociais – produtos da sociedade corrompida, do abandono, ou de maus-tratos -, mas sim de pessoas que não assimilam emoções, que possuem impressionante falta de consciência nas relações interpessoais estabelecidas nos diversos ambientes do convívio humano, que são incapazes de nutrir qualquer empatia pelo próximo.

São marcantes as numerosas características que fogem da compreensão do comportamento humano, para tanto é necessário compreender e identificar tais infratores. Tais características foram mais bem detalhadas pela Associação de Psiquiatria Americana, coadunando-se com as atitudes comportamentais destes indivíduos:

Critérios de Diagnósticos para 301.7 Desordem de Personalidade Antissocial

[259]SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas** – o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008. p. 37.

A. É um padrão de desrespeito e violação dos direitos dos outros, que ocorre desde os 15 anos de idade, é indicado pelo menos por três (ou mais) dos seguintes critérios:

(1) incapacidade de adequar-se às normas sociais conforme comportamentos ilícitos, indicado por repetidos atos que constituem motivos de detenção.

(2) propensão para enganar, que é indicada por repetidas mentiras, usar falsos nomes ou enganar os outros para obter vantagens pessoais ou por prazer.

(3) impulsividade ou fracasso em fazer planos para o futuro.

(4) irritabilidade e agressividade, indicadas por repetidas lutas corporais ou agressões.

(5) desrespeito irresponsável pela segurança própria ou dos outros.

(6) irresponsabilidade consistente, indicada por repetidos fracassos em manter um comportamento laboral consistente ou de honrar obrigações financeiras.

(7) falta de remorso, indicada por indiferença ou racionalização por ter matado, maltratado ou roubado alguém.

B. O indivíduo tem no mínimo 18 anos de idade.

C. Evidencias de Transtorno de Conduta (vejaa p. 98) com início mesmo antes dos 15 anos de idade.

D. A ocorrência do comportamento anti-social não se dá exclusivamente durante o curso de Esquizofrenia ou Episódio Maníaco.(Tradução nossa)[260]

[260]AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders DSM-IV-TR.** 4ª Ed. Washington: American Psychiatric Association, 2000. p. 706.
Tradução nossa:
(**Diagnostic criteria for 301.7 Antisocial Personality Disorder**
A. There is a pervasive pattern of disregard for and violation of the rights of others occurring since age 15 years, as indicated by three (or more) of the following:
(1) failure to conform to social norms with respect to lawful behaviors as indicated by repeatedly performing acts that are grounds for arrest
(2) deceitfulness, as indicated by repeated lying, use of aliases, or conning others for personal profit or pleasure
(3) impulsivity or failure to plan ahead
(4) irritability and aggressiveness. as indicated by repeated physical fights or assaults
(5) reckless disregard for safety of self or others
(6) consistent irresponsibility, as indicated by repeated failure to sustain consistent work behavior or honor financial obligations
(7) lack of remorse, as indicated by being indifferent to or rationalizing having hurt, mistreated, or stolen from another
B. The individual is at least age 18 years.
C. There is evidence of Conduct Disorder (see p. 98) with onset before age 15 years.
D. The occurrence of antisocial behavior is not exclusively during the course of Schizophrenia or a Manic Episode).

Segundo o médico forense Veloso de França este é o capítulo mais interessante e mais desafiador a psiquiatria Médico-Legal, pois não são, essencialmente, personalidades doentes ou patológicas, mas possuem atributos que desafiam a característica humana:

> As características mais acentuadas nas personalidades psicopáticas são: pobreza de reações afetivas, loquacidade e encanto superficial, ausência de delírios, boa inteligência, inconstância, egocentrismo, insinceridade, falta de vergonha e de remorso, conduta social inadequada, carência de ponderação, egocentrismo, falta de previsão, inclinação à conduta chocante, ausência de gratidão, raramente tendem ao suicídio, vida sexual pobre, estilo de vida parasitário e não persistem num plano de vida. São capazes de imitar alguns dos sentimentos humanos, mas lhes faltam as emoções.[261]

O fato faltarem de emoções ou sentimentos nos psicopatas, o que é evidenciado pela ausência de empatia (sentimento em que nos colocamos no lugar no próximo), coaduna-se o fato do perfeito estado do senso racional de tais indivíduos, o que é corroborado pela ciência moderna.

Conforme estudos do neuropsiquiatra Ricardo de Oliveira-Souza e o neurorradiologista Jorge Moll que tem como objetivo identificar como o cérebro dos psicopatas se comportam em diversas situações, principalmente as emocionais. Utilizando da ressonância magnética funcional (RMf), ativaram as áreas cerebrais normalmente relacionadas a julgamentos morais em tarefa de verificação de sentenças.[262]

> Os resultados desse estudo demonstraram que, diferentemente das pessoas comuns, os psicopatas apresentam atividade cerebral reduzida nas estruturas relacionadas às emoções em geral. Em contrapartida, revelaram aumento de atividade nas regiões

[261] FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina legal**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012. p. 499-500.
[262] MOLL, Jorge; ESLINGER, Paul J.; OLIVEIRA-SOUZA, Ricardo de. **Frontopolarand anterior temporal córtex activation in a moral judgmenttask** (Ativação do córtex frontal polar e temporal anterior em uma tarefa de julgamento moral). Arquivo Neuro-Psiquiatria, São Paulo, v. 59, n. 3B,sept. 2001. Disponívelem:<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0004-82X2001000500001&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 jan. 2013.

> responsáveis pela cognição (capacidade de racionalizar). Assim, pôde-se concluir que os psicopatas são muito mais racionais do que emocionais.[263]

O que definirá, portanto, o grau de psicopatia, numa abordagem mais científica, será a intensidade com que certas partes do cérebro são ativadas, no caso da psicopatia grave, por exemplo, as estruturas relacionadas com as emoções são pouco ou nada ativadas.

A característica que o torna tão perigoso, porém, é a capacidade de imitar os sentimentos humanos mais comuns: chora quando preciso, agrada as pessoas que estão ao seu redor para alcançar seus objetivos de forma inescrupulosa, estes são verdadeiros atores, e o pior: não enxergam nada de anormal no jeito que se portam ou pensam sobre.

"Michael Stone, professor de psiquiatria da universidade de Columbia. De 2006 a 2008, Stone gravou a série 'O índice da maldade' no canal Discovery Chanel, desenvolveu uma 'Escala de gradação da maldade' que ranqueia o índice do nível 1 ao 22" (tradução nossa)[264], baseado no nível de maldade, instrumento de investigação que criou para ajudar a ciência a entender, classificar e prevenir esse tipo de comportamento. A escala varia entre o nível 1: "Pessoas normais que matam apenas em legítima defesa" , até o nível 22: "Psicopatas assassinos e torturadores em série". Coaduna com suas reflexões da capacidade dissimulada dos psicopatas de mentir quando diz que:

> Há certas coisas na lista de proibições na sociedade que são tão graves que as pessoas que cometem estes atos tendem a mentir, elas são capazes de tudo para se protegerem do inevitável e não deixar que os outros saibam que elas cometeram esses atos totalmente inaceitáveis e repugnantes. A capacidade deles de fugirem da verdade é impressionante, a capacidade de mentir destes criminosos é uma característica única, e a utilizam como ninguém.[265]

---

[263] SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas** – o psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008. p. 79.

[264] BIGTHINK. **Perfil de Michael Stone**. Apresenta aulas virtuais de diversas áreas do conhecimento. Disponível em: <http://bigthink.com/users/michaelstone>. Acesso em: 29 de Out. 2012. Traduçãonossa. (Michael Stone is professor of clinical psychiatry at the Columbia College of Physicians and Surgeons. From 2006 to 2008, Stone hosted the series "Most Evil" on the Discovery Channel, for which he developed a "Gradations of Evil Scale" to rank homicides from 1 to 22 based on their level of evil.)

[265] STONE, Michael. **The most evil**: Ep. Criminal Minds. Discovery Chanel: Investigation Discovery. 2008. 60min.

Tal característica tão única dos psicopatas os diferenciam ainda mais das outras personalidades delitivas ou criminosas, uma vez que esta capacidade inata para a mentira leva a crer que dissimulam verdades perante um julgamento ou interrogatório, inventam, sem escrúpulos, qualquer irrealidade para que assumam o papel de vítimas perante um júri e obtenham vantagens dessas manobras.

É possível, também, compreender suas características a partir de um tríplice quesito constitutivo tipificado por este padrão: biológico, psicológico e social. Para punir tais indivíduos é necessário entender cada um com suas estruturas próprias, seus institutos possíveis e estabelecer a competência de cada autoridade, que lidará com a formação de tais indivíduos:

> A-) Biológicas: como fatores genéticos e hereditários, lesões no sistema nervoso central (principalmente os traumatismos no cérebro).
> B-) Psicológicos: as doenças mentais que interferem na capacidade de julgamento do indivíduo, como nos casos em que a pessoa apresenta quadro de delírio de perseguição, isto é, acredita que a vítima o está perseguindo e que precisa eliminá-la, ou um delírio que é um enviado de Deus e que precisa eliminar grupos de pessoas que praticam o pecado, por exemplo, prostitutas ou homossexuais; privações de vivência de amor e maus-tratos ao longo da infância, entre outros.
> C-) Sociais: desigualdade social, preconceito, racismo, violência doméstica, abuso sexual etc.[266]

Percebe-se, assim, que o transtorno de personalidade é um fenômeno extremamente complexo. A causa Biológica (A) releva o pensamento de que é necessário repensar as estratégias do punir, para esta competência intervêm os médicos forenses, os psiquiatras, a medicina legal, o saber científico do corpo humano em si. A causa Psicológica (B) é de interesse dos psicólogos, psicanalistas; a causa Social (C) dos juristas e sociólogos.

Estas são, porém, causas de um mesmo fator, de um mesmo ser, não estão desvinculadas uma das outras, independentes, mas se correlacionam entre si. Para tanto compreende a importância da interdisciplinaridade entre essas ciências, para que a nova forma de punir se torne mais efetiva, mais complexa e mais eficiente.

---

[266] CASOY, Ilana. **Serial Killers**: Made in Brazil. São Paulo: ARX, 2004. p. 25-26.

1.3 Dos criminosos seriais

A classificação desses autores criminosos são várias, porém não há de se desclassificar ou se confundir com as denominações que se delineiam no campo acadêmico, científico ou, principalmente o midiático. Assassinos em série são aqueles sujeitos que praticam uma série de homicídios, prática esta que ocorre com determinado intervalo de tempo entre o cometimento de um crime e outro. Não se trata de uma personalidade, mas sim da forma como é praticado o crime, revelando, assim, as particularidades do autor do ilícito.

Os assassinos em série não devem ser confundidos com os assassinos psicopatas, que são causas diferentes de um mesmo fato (o crime praticado), mas que podem apresentar as duas causas do mesmo fator – o caso do agente ilícito tratado neste trabalho: os criminosos seriais psicopatas, que possuem a personalidade dissocial e cometem o assassino em série.

O assassino em série, conforme atesta Ilana Casoy:

> São indivíduos que cometem uma série de homicídios com um intervalo entre eles, durante meses ou anos, até que seja preso ou morto. As vítimas têm o mesmo perfil (prostitutas, mochileiros, crianças, idosos) e mesma faixa etária, sexo, raça etc. As vítimas são escolhidas ao acaso dentro deste perfil e mortas sem razão aparente; ela é objeto da fantasia do serial killer.[267]

1.4 Criminosos assassinos seriais e transtornos mentais

Não é fulcro deste trabalho tratar destes em específico e em aprofundado, mas para via científica de questionamentos acerca da confusão sobre as classificações foi incluído os assassinos seriais e transtornos mentais, evidenciando a imputabilidade penal destes.

Nesta personalidade se assemelha a incógnita biológica-penal, a inimputabilidade, sendo que, realmente os diferenciam, podendo se estabelecer uma causa biológica-médica definida (traumatismo craniano, câncer cerebral, derrame - "AVC" Acidente Vascular Cerebral, causas exemplificativas).

Duas delineações pré-definidas alcançam a visibilidade clara: os assassinos em série, com personalidade criminosa desviante (killerismo) (1), bem como o processo orgânico articulado (2). Causas comuns, assim, do mesmo fato atípico.

---

[267] CASOY, Ilana. **Serial Killer**. Disponível em: <http://serialkiller.com.br/>. Acesso em: 26 de maio. 2013.

Em 1966, nos Estados Unidos, Austin-Texas, um estudante de engenharia perfeitamente adaptado, ótimo filho, ótimo amigo etc. procurou um psiquiatra da Universidade suspeitando que algo acontecia de errado em sua mente, apesar do psiquiatra buscar no passado do paciente informações sobre sua vida, nada encontrou de anormal. O rapaz, então, subiu na torre do relógio da Universidade e de lá matou 17 pessoas e feriu gravemente outras 46.

> Um psiquiatra de formação neurológica examinou o cérebro do estudante, foi encontrado um enorme glioblastoma multiforme, tumor maligno, que englobava toda a região amigdaliana, que é um local do cérebro que controla a agressividade.[268]

Caso este ato criminoso fosse praticado no território brasileiro, sob as sanções atuais do sistema jurídico penal nacional e levado ao tribunal do júri, a probabilidade de ser condenado seria muito grande, uma vez que tendo perfeito entendimento sobre o caráter criminoso de matar pessoas, porém de forma superficial, aparente, após estudos aprofundados sobre o cérebro do rapaz foi constatado a anomalia biológica do seu funcionamento cerebral.

Mostra-se, portanto, tal importância no laudo psiquiátrico, médico, psicológico daquele que será punido pelo poder estatal, bem como a atual negligência com que os criminosos psicopatas são punidos.

O serial killer, neste caso, estabelece uma relação jurídico-penal extremamente ligado à esfera científica. A questão que irá se delinear será o limite do livre-arbítrio, a doença causadora da personalidade criminosa, bem como a principal causa dos transtornos psicóticos. Recorre-se, assim à Medicina Legal, expondo os sintomas patológicos e as características da personalidade, conforme ressalta Genival Veloso de França:

> O estar no mundo oligofrênico tem como sinais patognomônicos o déficit da inteligência (déficit do QI), a dificuldade de adaptar-se às novas situações de emitirconceitos e abstrair-se.
>
> Os retardamentos mentais são insuficiências congênitas do desenvolvimento da inteligência.

---

[268] CAIXETA, Marcelo, COSTA, Fernando Cesar Oliveira. **Psiquiatria Forense**. São Paulo: Livraria Médica Paulista (LMP), 2009. p. 9.

> O estar no mundo esquizofrênico abrange uma modificação profunda e durável da personalidade por um processo de desagregação mental que implica a perda do contato vital com a realidade (Minkowiski ou autismo)
> Os rasgos mais evidentes deste tipo de enfermidade são as ideias delirantes, ilógicas e sem considerar a realidade, as alucinações e os transtornos das associações do afeto com o negativismo.[269]

Correspondendo às características enumeradas pelo FBI os tais criminosos enquadram-se no segundo grupo. Os transtornos mentais tendem a alterar a capacidade de organização, previsão e esquematização do crime. São, portanto, os classificados "desorganizados", não planejam com certa rigidez o ato ilícito, evidenciam suas intenções na cena do crime, normalmente tornam-se fiéis às previsões dos papiloscopistas. Tornam-se, portanto, mais fáceis de serem presos, porém, também (correspondendo à "mão de via dupla") mais propensos ao crime serial, se não descobertos ou encaminhados para tratamento.

1.5 Criminosos assassinos em massa

Fazendo jus ao exposto acima é conivente citar que tais assassinos em massa se referem ao crime praticado, e não sua personalidade.

O número de vítimas de tais criminosos se assemelha aos assassinos em série, porém se diferenciam quando elucidado o ato cometido e o momento do crime (assassinato múltiplo; crime continuado); diferenciam-se o assassinato em série do assassinato em massa vez que o primeiro é cometido em determinado intervalo de tempo; já o segundo de forma única, no mesmo ato e local.

Conforme Ilana Casoy:

> Matador em Massa: Mata quatro ou mais vítimas em um só local, num só evento. Em geral, sua explosão de violência é dirigida para o grupo que supostamente o oprimiu, ameaçou ou rejeitou.[270]

Para evidenciar tal crime faz jus trazer ao conhecimento o caso cometido nos Estados Unidos, em que, na estréia de um filme de grande bilheteria, um assassino em massa invadiu um cinema e assassinou 12 (doze) pessoas:

---

[269] FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012. p. 505.

[270] CASOY, Ilana. **Serial Killer**. Disponível em: <http://serialkiller.com.br/>. Acesso em: 26 de maio. 2013.

> Um atirador abriu fogo durante a estreia do filme Batman, o Cavaleiro das Trevas Ressurge, na madrugada desta sexta-feira no estado americano do Colorado, matando ao menos 12 pessoas e ferindo 50. A vítima mais nova do ataque tinha 3 meses de idade.(...)
>
> O incidente em Denver foi o maior ataque a tiros nos EUA desde 2007, quando o estudante Seung-Hui Cho matou 32 pessoas no campus da faculdade de Virginia Tech, antes de se matar.[271]

2. DA PUNIBILIDADE DOS CRIMINOSOS ASSASSINOS SERIAIS PSICOPATAS

2.1 Teorias do crime

Leva-se em conta, neste ponto, o posicionamento jurídico do presente trabalho, abordando a teoria que será adotada: a teoria tripartida.

Considerando que a teoria tripartida compreende a caracterização do crime como sendo o fato típico (a conduta ou comportamento humano voluntário, psiquicamente dirigido à um fim), aliado à ilicitude, bem como à culpabilidade (o potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa).

Por este ângulo ressalta-se que o Direito Penal Brasileiro afasta a Teoria do Direito Penal do Autor (punindo o criminoso pelo que ele apresenta ou, até mesmo, aparenta ser, e não apenas pelo ato cometido). A atual abordagem jurídica eleva o ponto em que o Direito Penal Brasileiro também afasta a prerrogativa de levar apenas em consideração o Direito Penal do Fato (em palavras breves seria o fato ilícito cometido e o agente punido). Assemelha-se, assim, ao posicionamento mais equilibrado na sanção penal: o direito penal do fato, levando em consideração seu autor (incriminados fatos, mas na punição o juiz considera as condições pessoais do agente), como abordado pelo artigo 59 do Código Penal:

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime,

[271] BBC BRASIL. **Atirador mata 12 e fere dezenas em estreia de 'Batman' em Denver, nos EUA**. São Paulo: 20 de jul. 2012. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias /2012/07/120720_atirador_batman.shtml>. Acesso em: 13 maio. 2013.

> bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...)[272]

Está presente, no artigo supracitado, uma das principais negligências jurídicas do Estado: a avaliação, pelo juiz, e possível desconsideração do laudo pericial, bem como a grande distância de pressuposto avaliativo moral entre o juiz e o acusado, sendo que apenas esse não possui qualidades e competência suficientemente necessárias para avaliar todos os pressupostos, o fator motivante, que levaram ao ato ilícito deste. Existe aqui a premissa de que o magistrado seria onisciente e onipresente, consagrada negligência do Estado em estabelecer tais parâmetros de avaliação e dosagem da pena.

2.2 Inimputabilidade

Para fazer jus à aplicação penal prático ao criminoso serial psicopata faz-se necessária adequação dos conceitos de inimputabilidade, imputabilidade e semi-imputabildade.

A respeito da inimputabilidade deve-se estabelecer e reproduzir o artigo 26 combinado com o artigo 27 do Código Penal:

> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
> Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.[273]

Por razão do artigo 27 tratar exclusivamente de questão biológica não cabe maiores análises sobre o assunto por não ser o escopo deste. Será, neste trabalho, focado o artigo 26, de maior complexidade, vez que leva em consideração o fator biopsicológico. Exclui-se, neste fator, a culpabilidade do agente, dividido conforme NUCCI, por:

---

[272] BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 de julho. 2013.
[273] BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 03 de julho. 2013.

> (...) dois grupos, as que dizem respeito ao agente e as que concernem ao fato, Em seguida, podemos subdividi-las em legais e supralegais.
> I – Quanto ao agente do fato: a-) existência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; b-) existência de embriaguez decorrente de vício; c-) menoridade
> II – Quanto ao fato: (...)[274]

Deve, assim, o criminoso ter sido influenciado; cabendo análise de doença mental por laudo psiquiátrico e autoridades competentes do saber científico forense.

2.3 Imputabilidade

O sujeito, o acusado e, constatado por provas, autor do ato ilícito não é isento de culpabilidade, condições necessárias para o esclarecimento de tal fator são a maturidade e a sanidade mental.

Segundo NUCCI:

> É o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento (...)
> Faz demanda dois elementos: 1°) higidez biopsíquica (saúde mental e capacidade de apreciar a criminalidade do fato); 2°) maturidade (desenvolvimento físico-mental que permite ao ser humano estabelecer relações sociais bem adaptadas (...)[275]

Apresentados tais condições o autor será, então, responsável e sofrerá as consequências cabíveis pela lei penal.

2.4 Semi-imputabilidade

A semi-imputabilidade, comumente chamada de imputabilidade diminuída ou, especificamente levando em consideração uma das espécies do crime (a culpabilidade), culpabilidade diminuída é o crime cometido pelo agente que, em certas circunstâncias, possui

[274] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Parte Especial. 6ª Ed. 23ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009. p. 287.
[275] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Parte Especial. 6ª Ed. 23ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009. p. 289.

diminuída capacidade de censura, não entende completamente o ato ilícito cometido. Adentrando na doutrina do jurista BITENCOURT, nas suas próprias palavra, especificamente em relação aos criminosos psicopatas:

> Situam-se nessa faixa intermediária os chamados fronteiriços, que apresentam situações atenuadas ou residuais de psicoses, de oligofrenias e, particularmente, grande parte das chamadas **personalidades psicopáticas** [grifo nosso] ou mesmo transtornos mentais transitórios. Esses estados afetam a saúde mental do indivíduo sem, contudo, excluí-la.[276]

Vincula-se, assim, à punibilidade do criminoso psicopata a semi-imputabilidade, a chamada gradação, vide seu caráter transitório na capacidade de se entender e se autodeterminar como indivíduo.

2.5 Enquadramento penal e a atual alternativa do Ministério Público

Atualmente o criminoso serial psicopata é enquadrado penalmente como imputável, sendo punido sob o mesmo teto dos criminosos que cometeram atos menos lesivos do que os tais agentes do ilícito.

Face à aproximação do término da pena restritiva de liberdade dos criminosos psicopatas, o Ministério Público, buscando último subsídio de proteção social, tem se amparado na esfera Cível, solicitando a intervenção desses criminosos, vez que não se mostram aptos para o convívio social.

A intervenção é realizada mediante medida de segurança, tal atitude deveria ser realizada desde a aplicação da pena pelo juiz.

O juiz, porém, pautado no laudo e na atual realidade do sistema carcerário, punitivo e dos tratamentos manicomiais fornecidos pelo Estado e até mesmo pela opinião e repressão pública considera o assassino psicopata serial como imputável, aplicando-lhe a pena restritiva de liberdade.

A medida de segurança, instituta supramencionada, aliada ao enquadramento dos mencionados criminosos ao fator semi-imputabilidade, comentada pelo título anterior, caracteriza-se, atualmente, como a melhor alternativa penal cabível na punibilidade do assassino serial psicopata.

À luz da lei penal considera-se o artigo 96 sob exame na aplicação penal de tais

[276] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 418.

criminosos:

> Art. 96. As medidas de segurança são:
> I - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico **ou, à falta, em outro estabelecimento adequado** [grifo nosso];
> II - sujeição a tratamento ambulatorial.
> Parágrafo único - Extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que tenha sido imposta.[277]

O inciso I busca elucidar a falta de estrutura do tratamento necessário a tais indivíduos: o hospital de custódia (em que indivíduos que possuem doenças mentais graves são encaminhados) ou o tratamento ambulatorial (busca-se verdadeira cura a tais doenças mentais); não são suficientes para sanar o problema da alocação dos assassinos seriais psicopatas. O estabelecimento adequado que se busca é a casa de custódia, específicas para tais indivíduos, visto a alta periculosidade dos mesmos.

Em entrevista realizada no dia 07 de março de 2013, na comarca de Joaquim Távora (no Fórum, sito a Praça XV de Novembro, nº. 226), com o Promotor, representante do Ministério Público do Paraná, Dr. Fabrício Muniz Sabage, que buscou elucidar tais posicionamentos: "(1) Que o criminoso serial psicopata não possui, nos dias de hoje, enquadramento penal devidamente necessário no Direito Brasileiro; (2) Que a atual alternativa do Ministério Público consiste na intervenção cível do criminoso serial psicopata e consequente aplicação da medida de segurança, após o cumprimento da pena restritiva de liberdade".

Tais itens supracitados denotam a real negligência do Estado em relação aos criminosos de que trata esta pesquisa, bem como com a população brasileira como um todo, em especial com as vítimas do atual sistema punitivo.

2.6 Crime continuado

No direito brasileiro a maioria doutrinária conceitua o crime continuado relevando a citação do artigo 71 do Código Penal em vigor:

> Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou

[277] BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 de julho. 2013.

> mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.[278]

Conceito doutrinário:

> Integração de diversas infrações penais que atentem contra a mesma objetividade jurídica, havendo nas ações ou omissões similaridade da forma de execução e regularidade temporal e espacial.[279]

A questão do supracitado artigo reside no fato de que o crime continuado abrangeria o suposto ato delitivo cometido pelos serial killers, os assassinatos em série?

A posição doutrinária e jurisprudencial atual tem o seguinte posicionamento: de que a pena não deverá ser diminuída utilizando-se do artigo 71.

Vejamos o posicionamento da Professora de Direito Penal, Criminologia e Prática Processual Penal da UCPel e UFPel. Coordenadora do Curso de Direito da UCPel e Advogada Criminalista Ana Cláudia Lucas:

> Têm-se compreendido doutrinariamente, que os criminosos habituais, ou seja, aqueles que se dedicam a prática de comportamentos criminosos de forma reiterada, frequente e repetitiva não podem ser beneficiados com o reconhecimento do crime continuado. Por isso, evidenciada a criminalidade chamada de habitual – que exige, inclusive, punição mais rigorosa dada a maior reprovabilidade da conduta do agente – culpabilidade – a pena não deverá ser diminuída conforme prevê o artigo 71 do Código Penal Brasileiro que prevê o instituto do crime continuado.[280]

---

[278] BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 de julho. 2013.

[279] CAMARA, Luiz Antônio. **Estrutura e fundamentos do crime continuado**. 2001. 366f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2001. p. 43.

[280] CLÁUDIA LUCAS, Ana. **Crime continuado em Homicídio Possibilidade?** Disponível em: < http://profeanaclaudialucas.blogspot.com.br/2010/08/lendo-proposta-do-senador-romeu-> tuma.html. Acesso em: 08 de julho de 2013.

Posição relativa à súmula n°. 605, editada pelo próprio STF que institui: “NÃO SE ADMITE CONTINUIDADE DELITIVA NOS CRIMES CONTRA A VIDA.”[281], encontra-se, hoje, revogada pois foi editada anteriormente a reforma do Código Penal, porém necessário se faz sua citação visto posicionamentos e conflitos jurisprudenciais.

A consideração que se faz é a afastabilidade e não aplicação do artigo 71, uma vez que a conduta se tornou habitual, o homicídio foi realizada de forma reiterada, utiliza-se, assim, o concurso material. Ressaltando o disposto no parágrafo único do supracitado artigo:

> Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.[282]

Pode-se, assim, entender que se utiliza do concurso material dos crimes, soma-se até que o resultado não ultrapasse 30 (trinta) anos, conforme artigo 75 do Código Penal, quando se tratar de penas restritivas de liberdade.

3. DA NEGLIGÊNCIA DO ESTADO

3.1 Uma breve análise do sistema prisional brasileiro atual

Pretende esta parte abordar, de forma residual e breve, a atual situação em que se encontra o sistema prisional brasileiro, não sendo apropriado para a punição dos criminosos seriais psicopatas ou por pessoas que cometeram outros crimes.

A atual crise no sistema prisional brasileiro é decorrente de inúmeros problemas em sua estrutura desde a sua ineficácia em assegurar a assistência jurídica da população carcerária, à falta de vagas nas prisões até a despreocupação com a dignidade do preso.

---

[281] STF. **Súmulas N° 601 a 700**. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em: 04 de julho. 2013.

[282] BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 de julho. 2013.

Dados consolidados do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) mostram que em dezembro de 2010 a população do sistema penitenciário brasileiro era de 496.251 presos para 298.275 vagas desse sistema. Um ano depois, em dezembro de 2011, esses dados mostram que a população penitenciária é de 514.582 presos para 306.497 vagas.[283] O número de vagas não cresce no mesmo ritmo da população penitenciária, que, de qualquer maneira, precisa ser realocada, gerando caos dentro das penitenciárias - que muitas vezes acomodam inúmeras vezes mais o número de presos permitido por cela. Aí já nasce grande parte dos problemas referentes à dignidade do preso, uma vez que as celas superlotadas não têm as mínimas condições de higiene e de comodidade e contribuem para o desenvolvimento de violência moral, sexual e física. A dificuldade em garantir ao preso um espaço físico mínimo já demonstra as inúmeras falhas do nosso sistema carcerário.

O caminho último de tal cenário caótico recorre desde os primórdios das prisões brasileiras, que não respeitavam a dignidade humana e não visão à reinserção do preso na sociedade. Um exemplo é a Constituição de 1824, na qual era estabelecido que as prisões deveriam ser seguras, limpas, bem arejadas, havendo casa para a separação dos réus, conforme circunstâncias e natureza dos seus crimes.

Desde o começo do século XIX, entretanto, a situação das penitenciárias brasileiras era de precariedade, superlotação e não separação dos presos - resultado do descaso dos órgãos públicos com a administração penitenciária. Esse descaso é grande responsável por transformar a prisão no que ela é hoje: simples aparelho burocrático do Estado. Afinal, sabe-se que ela nunca cumpriu sua função em orientar o preso visando a sua recuperação.

Excluir parcelas da sociedade e dar a elas tratamento subumano não gera resultados positivos - não diminui a criminalidade ou a taxa de reincidência -, e essas parcelas voltarão mais tarde à sociedade, ao convívio com o corpo social, manifestando toda a ineficácia e falência sistema penitenciário.

O senso comum, de prevenir novos delitos e proteger a sociedade de novos crimes para o bem-estar e a segurança do corpo social, é a finalidade das prisões. Isso, porém, vem se mostrando incompatível com a necessidade de controle do crime e as propostas de ressocialização do apenado.

Muito pelo contrário, o que vemos é o apenado sendo sustentado pelo Estado a altos custos, enquanto vive numa verdadeira "escola da criminalidade" – onde são preparados para praticar crimes mais graves, para sobreviverem no sistema prisional fazem amizades com outros detentos, são incluídos nas grandes facções criminosas, no crime organizado.

[283] DEPEN - Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp>. Acesso em: 09 de jul. 2013.

O sistema carcerário, assim, tem se mostrado apenas como um instrumento de incompetência para reabilitação do condenado ao meio social, o que partindo de uma perspectiva foucaultiana, constitui elemento utópico de punição competente, exclui as visões dos problemas sociais, mas não exclui a periculosidade do criminoso, muito menos sua futura ressocialização.

Tal situação evidencia a negligência estatal em punir os criminosos de modo geral, mas especificamente, quando denotado os criminosos seriais psicopatas, a problemática torna-se mais complexa, exclui soluções a curto prazo, visto a atual situação caótica; mas observa, sim, soluções para o futuro, visto a necessidade da efetividade da justiça.

3.2 A inversão das responsabilidades: em face da vitimologia

Na medida em que vão se delineando novos crimes no cenário midiático brasileiro, a maioria de caráter bárbaro e de grande impacto na população, grande parte praticados por psicopatas, a justiça tende a cair em descrédito para com a sociedade brasileira.

Tal descrédito não provém apenas das sanções ineficazes aplicadas a tais indivíduos infratores, os psicopatas; mas à inversão das responsabilidades, em que o judiciário muitas vezes penaliza o indivíduo, buscando a sua ressocialização, mas deixa à mercê as vítimas de tais crimes, que levam consigo sequelas do episódio vivenciado.

A visão adotada pelo Sistema punitivo brasileiro é uma visão retrógrada e, muitas das vezes, utópica. Tal utopia é evidenciada quando o psicopata que já fez várias vítimas é posto em liberdade (munido de laudo médico insuficiente para avaliar o real estado do indivíduo e, consequentemente, errôneo), num período curto de tempo voltará a reincidir e a cometer crimes até mesmo mais brutais do que antes.

O Estado busca, assim, negligenciando todos os avisos do saber científico forense, de alguma forma visualizar o criminoso psicopata como um ser de caráter bom, corrompido pelo meio e ressocializável, o que se apresenta como um objetivo utópico. Tal ponto de vista como consequência a impunidade, que como já evidenciado por Freud é um panorama ingénuo e perigoso para a sociedade como um todo:

> O quê de realidade por trás disso, que as pessoas gostam de negar, é que o ser humano não é uma criatura branda, ávida de amor, que no máximo pode se defender, quando atacado, mas sim que ele deve incluir, entre seus dotes instintuais, também um forte quinhão de agressividade. Em consequência disso, para ele o próximo não

> constitui apenas um possível colaborador e objeto sexual, mas também uma tentação para satisfazer a tendência à agressão, para explorar seu trabalho sem recompensá-lo, para dele se utilizar sexualmente contra a sua vontade, para usurpar seu patrimônio, para humilhá-lo, para infligir lhe dor, para tortura-lo e mata-lo. *Homo homini lúpus* [O homem é o lobo do homem]; quem, depois de tudo o que aprendeu com a vida e a história, tem coragem de discutir essa frase? Via de regra, essa cruel agressividade aguarda uma provocação, ou se coloca a serviço de um propósito diferente, que poderia ser atingido por meios mais suaves. Em circunstâncias favoráveis, quando as forças psíquicas que normalmente a inibem estão ausentes, ela se expressa também de modo espontâneo, e revela o ser humano como uma besta selvagem que não poupa os de sua própria espécie. Quem chamar à lembrança os horrores da migração dos povos, das invasões dos hunos, dos mongóis de Gêngis Khan e Tamerlão, da conquista de Jerusalém pelos piedosos cruzados, e ainda as atrocidades da recente Guerra Mundial, terá de se curvar humildemente à verdade dessa concepção.[284]

A posição adotada neste cenário leva a crer que o Estado só não age com negligência em relação aos psicopatas, mas também com as vítimas desses; que, neste diapasão, são uma das consequências diretas das ineficazes penas aplicadas aos infratores desta personalidade.

A negligência do Estado acomete principalmente as vítimas desses criminosos, que ao se depararem com tantos casos de impunidade não se tornam apenas vítimas de tais infratores como também do próprio Estado e do sistema Judiciário.

As escassas normas que existem no nosso sistema legal em favor da vítima são desrespeitadas, vide o artigo 245 da Constituição Federal:

> Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o poder público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.[285]

[284]FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011. p.57.
[285]BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasilde 1988** – Texto atualizado. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=10240tipoDocumento=CON>. Acesso em: 30 de dez. 2012.

A Constituição, neste conforme, pretende que o próprio Estado ampare a vítima e seus familiares, porém com a justificativa de ser uma norma de eficácia limitada, mais especificamente, programática, é evidenciado um objetivo, porém não atendido pelo Estado. Mais do que ser vítima de um criminoso a vítima, portanto, é vitimada também pelo Estado, que negligencia seus direitos e põe em liberdade um psicopata de alta periculosidade na sociedade, que voltará a reincidir, vide ser utópico as formas de ressocialização de tais indivíduos.

A Jurisprudência, como se pode perceber, é favorável ao réu; as vítimas ficam à mercê, sem respaldo constitucional ou a quem recorrer, enquanto os direitos constitucionais do acusado permanecem inalterados: para eles existem a assistência judiciária gratuita, os direitos humanos, as cortes internacionais. Tais direitos não só precisam existir como existem de fato, porém não há como concordar com o descaso para com aqueles que foram acometidos de injustiça e sofreram os crimes daqueles que o Estado tanto protege.

É inegável que as vítimas ou seus íntimos (as vítimas indiretas), quando não perdem suas vidas, ficam marcadas, sentem dores morais e disfunções psicológicas irreparáveis, são, assim, tomados pelo sentimento de impunidade pela ausência e negligência do Estado e o sistema Judiciário para com o sistema legal.

3.3 Do labeling approach, “rotulacionismo”

Em último capítulo deste trabalho se evidenciará que o mesmo busca a solução equânime para os atos ilícitos dos criminosos seriais psicopatas, afastando preconceitos de qualquer natureza sobre criminoso nato, mas dando relevância aos dados científicos de que o gene também influencia na constituição de tais pessoas. Procura, assim, não “rotular” tais criminosos, mas buscar soluções eficientes à criminalidade aqui citada.

A preocupação de se classificar tipos penais, a delimitação do delito, ao invés do comportamento criminoso (como pretende este trabalho), leva à reação social (labeling approach).

> Trata-se de não pensar mais a lei penal como fato natural, mas como “uma realidade social que não se coloca como pré-constituída à experiência cognoscitiva e prática,

> mas é construída dentro desta experiência, mediante os processos de interação que a caracterizam[286]

A premissa do direito penal brasileiro é a desnecessidade de explicar crimes que tenham uma solução diversa das duas já apresentadas como triviais:

(1) A situação social do criminoso: pobreza e desigualdades sociais são fatores que levam à prática de crimes pelo agente que é vítima desses problemas – tal evidencia, mais que intuitiva, é óbvia (pessoas com piores situações socioeconômicas tendem a cometerem crimes).

(2) A concepção científica do criminoso que possui distúrbios mentais (deixando claro que não se trata dos criminosos seriais psicopatas, mas sim do grupo específico que possuem doenças mentais ou fatores genéticos evidentes): tal concepção é pautado nos experimentos científicos e, também, intuitiva, leva-se ao cruzamento de dados da ciência com a origem do criminoso, bem como seus atos, coincidindo com tal resultado, um resultado pautado pela ciência, ou seja, seguro.

Mas a situação é mais complexa do supra enumerado, exige maior situação analítica, existem situações que fogem de tais estereótipos, o "rotulacionismo", tais situações, por exemplo, são: os crimes de "colarinho branco" e os assassinatos praticados pelos criminosos seriais psicopatas.

A necessidade de rotular, porém, cria vários estereótipos e preconceitos, busca adotar um padrão delitivo. No caso em questão seria a busca pela causa do "criminoso nato":

> Rafael Garófalo, primeiro a adotar o nome Criminologia, observou que tanto Lombroso quanto Ferri evitaram definir o que, se existisse um criminoso nato, deveria necessariamente haver um delito que sempre fosse considerado como tal, em qualquer lugar ou época. Se fosse comprovada a existência desse "delito natural", a teoria do criminoso nato estaria justificada; desse modo, encaminhou para esse fim seus estudos[287]

---

[286] JUNIOR, Natália Pacheco. **Crime? Depende do autor** – uma análise do labeling approach ou "rotulacionismo". 2007. 15f. Artigo – Compedi, 2007. p. 7.

[287] BARBOSA JÚNIOR, Avelino Alves. **Criminologia**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 19.

Tais buscas resultam em punições desmedidas, afligem as diversas causas que repercutem em vários atos delitivos, o criminoso serial psicopata, como já vimos, é um comportamento resultante de várias causas, muitas ainda não identificadas pelo saber científico forense, mas que não deve ser considerada um "rotulacionismo", ou ser, até mesmo, banalizada como vem acontecendo nos veículos midiáticos.

As formulações teóricas levantadas, a defesa social, do "labeling approach", levanta os seus defeitos. A procura pela personificação do criminoso, a necessidade de rotular "criminosos em potencial" (como o criminoso nato, por exemplo), extirpe a neutralidade penal e aduzem desigualdades punitivas, preconceitos, abarrotando cada vez mais depositários humanos sem a busca efetiva da causa do problema da criminalidade.

CONCLUSÃO

O tema discutido no presente trabalho traz relevantes consequências para o atual ordenamento jurídico e punitivo brasileiro: conivente com as últimas descobertas do saber científico forense relevou o ponto que os criminosos seriais psicopatas se encontrariam no âmbito não apenas da punição, mas também de tratamento, mediante aplicação do conceito de semi-imputabilidade do artigo 26 do Código Penal.

Denota-se, também, que não existe, no atual sistema punitivo brasileiro, em razão do caos em que se encontra o sistema carcerário, como já visto e evidenciado, locais de tratamento adequados para a aplicação da medida de segurança aos criminosos seriais psicopatas. Em entrevista realizada ao Ministério Público, constatou-se, também, que as alternativas de punição utilizadas atualmente nestes casos são provisórias e não adequadas, vez que a maioria desses criminosos são encaminhados ao sistema das penas restritivas de liberdade, em cadeias.

Em constatação final foi evidenciado a explicação dos perigos do labeling approach, o chamado "rotulacionismo", de que quando o Estado utiliza a punição apenas mediante o autor e não apenas ao fato geraria punições antecipadas e preconceitos desmedidos, fundados no direito penal do autor, o que não é o escopo da presente pesquisa.

O tema abordado constituiu de levantamentos do saber científico forense e do direito penal, em contraste com a atual realidade do sistema punitivo brasileiro, bem como a evidente

negligência do Estado na punição dos criminosos seriais psicopatas. Buscando, dessa maneira, a fomentação de discussões e consequentes soluções para a problemática jurídica abordada: a adequada punição e tratamento desses indivíduos para a necessária proteção social garantidora de justiça.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders DSM-IV-TR**. 4ª Ed. Washington: American Psychiatric Association, 2000.

ANTÔNIO SAVINO FILHO, Cármine. **Evolução do Direito Penal**: Comentários. Ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico. 2009.

BARBOSA JÚNIOR, Avelino Alves. **Criminologia**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

BILBAO, Aline Cecília Ximenes de Andrade. **A imputabilidade penal dos assassinos em série**. 85f. Trabalho de Conclusão de Curso em Direito. Universidade Estadual do Norte do Paraná - Centro de Ciências Sociais Aplicadas – *Campus* de Jacarezinho, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 15ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - **Código Penal**.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. - **Código de Processo Penal**.

BREGA FILHO, V. **Direitos Fundamentais na constituição de 1988**. 1ª. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAIXETA, Marcelo, COSTA, Fernando Cesar Oliveira. **Psiquiatria Forense**. São Paulo: Livraria Médica Paulista (LMP), 2009.

CAMARA, Luiz Antônio. **Estrutura e fundamentos do crime continuado**. 2001. 366f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curitiba, 2001.

CASOY, Ilana. **Serial Killers**: Made in Brazil. São Paulo: ARX, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: O Direito Romano e o Direito Civil brasileiro no novo Código Civil. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

DE MOLINA, Antonio García-Pablos, GOMES, Luiz Flávio, Marcelo. **Criminologia**. 5ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribinais, 2007.

DEPEN - Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. **Formulário Categoria e Indicadores Preenchidos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp>. Acesso em:

27 de out. 2012.

FOUCAULT, Michel. **Eu, Pierre Rivière,** que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão. 9ª reimpressão. Tradução de Denize Lezan de Almeida. São Paulo: Graal, 2010.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da clínica**. 6º Ed. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Os anormais**: Curso no Collège de France (1974-1975). 2ª tiragem. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 38ª Ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

FRANÇA, Genival Veloso. **Medicina legal**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2011.

GIACOIA, Gilberto; HAMMERSCHMIDT, D. **La cárcel en España, Portugal y Brasil**. 1. ed. Curitiba-PR: Juruá Editorial, 2012.

INNES, Brian. Pesquisa criminalística – Aspectos psicológicos. INNES, Brian. **Perfil de uma mente criminosa**: como o perfil psicológico ajuda a resolver crimes da vida real. 1ª Ed. brasileira. Tradução Exacta. São Paulo: Escala, 2009.

JESUS, Dámasio de. **Direito Penal**: V.1 Parte Geral. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

JUNIOR, Natália Pacheco. **Crime? Depende do autor** – uma análise do labeling approach ou "rotulacionismo". 2007. 15f. Artigo – Compedi, 2007. p. 7.

NORONHA, Magalhães E., Direito Penal: Introdução e Parte Geral. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1971.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral: Parte Especial. 6ª Ed. 23ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

RAMOS, Maria Augusta. **Justiça**. Brasil: Limite Produções, Selfmade Filmes e NPS, 2004. 107min. DVD.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas** – O psicopata mora ao lado. Rio de Janeiro: Fontanar, 2008.

STONE, Michael. **The most evil**: Ep. Criminal Minds. Discovery Chanel: Investigation Discovery. 2008. 60min.

TRÁFICO DE DROGAS, CRIMINALIDADE DE PROVISÃO E CRIMINALIDADE CONSEQUENTE: A política de drogas no Brasil como mola propulsora da violência

Caio Marcelo Cordeiro ANTONIETTO*

RESUMO

O presente estudo aborda a relação existente entre a política criminal de drogas brasileira, fruto da política internacional antidrogas proposta pelos Estados Unidos e a violência oriunda do comércio ilícito de entorpecentes. No primeiro tópico é exposto o desenvolvimento histórico da política internacional de repressão às drogas e sua correlação com o desenvolvimento da política criminal brasileira no tema. No segundo tópico aborda-se duas formas de criminalidade ligadas as drogas, a criminalidade de provisão, praticada pelo usuário e a criminalidade consequente, praticada pelo traficante. Por fim, se estabelece um confronto com a política repressiva de combate às drogas e seus efeitos em diversos âmbitos, como no sistema de justiça criminal, no mercado ilícito de drogas e nos aspectos sociais que envolvem esta realidade a fim de analisar a viabilidade social e jurídica da atual política de drogas brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Política Criminal de Drogas, Violência, Criminalidade de Provisão, Criminalidade Consequente.

RESUMEN

El presente estudio trabaja la relacione existente entre la política criminal de drogas in Brasil, oriunda de la política internacional antidrogas imposta por los Estados Unidos y la violencia fruto de lo comercio ilegal de entorpecentes. En lo primero tópico es expuesto lo desenvolvimiento histórico de la política internacional de represión a las drogas y su correlación con lo desenvolvimiento de la política criminal brasileña sobe el tema. En el segundo tópico se aborda dos formas de criminalidad conectadas las drogas, la criminalidad de provisión, practicada por el usuario y la criminalidad consecuente, practicada por el traficante. Por fin, se establece un enfrentamiento con la política represiva de combate a las drogas y sus efectos en diversos ámbitos, como en el sistema de justicia criminal, en lo

*O autor é Advogado, Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Especialista em Direito Penal e Criminologia pela UFPR-ICPC, Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra-IBCCRIM.

mercado ilegal de las drogas y en los aspectos sociales que envuelven esta realidad a fin de analizar la viabilidad social y jurídica de la actual política de drogas brasileña.

PALABRAS CLAVES: Política Criminal de Drogas, Violencia, Criminalidad de Provisión, Criminalidad Consecuente

INTRODUÇÃO

A problemática da violência que prepondera nos discursos midiáticos, políticos e mesmo jurídicos não pode ser analisada modernamente numa vertente criminológica sem associá-la a questão da criminalização das drogas. O tráfico de drogas faz parte da realidade social brasileira, sobre esta bandeira se atribuem as razões da violência urbana atrelando-se os crimes violentos ao consumo de entorpecentes, assim é importante estudar se há esta ligação e quais seriam os mecanismos desta relação drogas e violência.

O tema proposto para pesquisa e elaboração do presente estudo é a relação entre política criminal de drogas no Brasil, crimes decorrentes do comércio ilegal de drogas e violência. Será a política criminal de drogas adotada no Brasil adequada para a erradicação ou diminuição da violência atrelada ao tráfico de drogas?

A problemática apresentada é justificada na medida em que esta política pública em torno das drogas é hodiernamente aplicada como único meio eficaz para diminuir os problemas sociais causados pelas drogas, sem que se discuta sua origem, seus reais objetivos ou sua eficiência social. É necessário que se faça um estudo teórico crítico sobre a política criminal de drogas para que se possa traçar de forma científica sua viabilidade como resposta ao problema, seja em matéria de saúde pública ou em matéria de violência acessória ao tráfico, sobre o qual se centralizará o foco deste estudo.

Para tanto, por meio de pesquisa bibliográfica em obras nacionais e internacionais especializados no tema de política de drogas bem como por meio de colheita de dados estatísticos de órgãos oficiais, o tema será trabalhado em de três tópicos divididos em dois descritivos, o primeiro expondo a evolução da política de drogas no Brasil e o segundo as formas de criminalidade decorrentes do tráfico, criminalidade de provisão e criminalidade consequente. Por fim, no terceiro tópico, será realizada uma análise crítica da política criminal de drogas brasileira e da criminalidade acessória ao tráfico, sobrepondo os objetivos

justificantes da política criminal de drogas a seus efeitos sociais reais com o intuito de concluir por sua dignidade penal, ou por sua ausência.

1. POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

A política pública de drogas merece especial atenção dentro da política criminal devido a sua característica central de ser um fenômeno eminentemente internacional. Mesmo num mundo marcado pela velocidade da informação, globalização e mitigação da relevância das fronteiras nacionais, ainda se deve falar em soberania nacional em matéria de política criminal. Inúmeras condutas tipificadas na legislação brasileira são objeto de interesses internos, contudo, a política de drogas brasileira é absolutamente decorrente e dependente das polícias públicas internacionais, mormente comandadas pelos Estados Unidos da América e instituídas inicialmente pela "Convenção de Haia" de 1912 na qual se determinará a ilicitude da produção e comércio de determinadas substâncias, especialmente, ópio, cocaína e seus derivados, ganhando força com o aumento da influência econômica e militar americana nas décadas seguintes.

Até a década de 50 o discurso de combate às drogas possuía pouca importância pois não havia representatividade econômica na comercialização ilegal e os problemas sociais decorrentes do uso não possuíam a relevância que passaram a assumir nas décadas seguintes. No Brasil, o Código Penal de 1940 trazia em seu artigo 281 o crime de tráfico de drogas tratando da matéria de forma codificada na esteira dos demais crimes ali previstos.

A partir do final dos anos 50 a realidade política das drogas sofreu profundas mudanças tanto em seu discurso médico e social como repressivo criminal. No ano de 1961, na cidade de Nova Iorque, a ONU (Organização das Nações Unidas) edita a Convenção Única sobre Entorpecentes, consolidado o que se denomina de modelo médico-sanitário, cuja característica é diferenciar o usuário do traficante de drogas. De um lado se tem o usuário, doente, vítima, de outro se tem o traficante, criminoso, vilão.[288] Este modelo é motivado pelo aumento do consumo de drogas nos Estados Unidos, quando o consumo supera os limites dos guetos habitados por negros e latinos para fazer presença nos lares de classe média e alta, ou seja, o consumo de drogas passa a ser encarado como um problema social que afeta as famílias norte-americanas. Nasce o discurso de defesa social dos lares e das famílias de bem

[288] CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010, p. 15.

atacados pelos traficantes oriundos das minorias étnicas e marginalizadas[289]. Esta realidade é apontada por Rosa Del Olmo:

> O problema da droga se apresenta como "uma luta entre o bem e o mal", continuando com o *estereótipo moral*, com o qual a droga adquire perfis de "demônio"; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos "vampiros" que estavam atacando tantos "filhos de boa família". Os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados "corruptores", daí o fato de o *discurso jurídico* enfatizar na época o *estereótipo criminoso*, para determinar responsabilidades; sobretudo o escalão terminal, o pequeno distribuidor, seria visto como o incitador ao consumo, o chamado *Pusher* ou revendedor de rua. Este indivíduo geralmente provinha dos guetos, razão pela qual era fácil qualificá-lo de "delinqüente". O consumidor, em troca, como era de condição social distinta, seria qualificado de "doente" graças à difusão do *estereótipo da dependência, de acordo com o discurso médico* que apresentava o já bem consolidado *modelo médico-sanitário.*[290]

De outro lado, a Convenção de 1961 dispôs sobre o inter-relacionamento de agências internacionais e sistemas repressivos, surge o processo de transnacionalização do combate às drogas, iniciando um processo de repressão ao tráfico de drogas que tenderá somente a se aprofundar ao longo dos anos.

O discurso médico-sanitário foi recepcionado no Brasil não só por meio do Decreto n. 54.216/64 que aprovou a Convenção Única no ordenamento legal pátrio como por meio da Lei n. 5.726/71, Lei Anti-Tóxicos, que concretizou a descodificação da matéria criminal de drogas e diferencia o tratamento entre usuário e traficante.

A década de 70 é marcada por dois fatores muito importantes no estudo da política de drogas, ambos oriundos dos Estados Unidos da América. Primeiro o avanço da cocaína, segundo o discurso do traficante de drogas como o inimigo internacional a ser combatido. Com o fim da Guerra do Vietnã e o expressivo aumento do consumo de cocaína dentro das

---

[289]Importante destacar a lição de Alessandro Baratta ao expor a realidade dos mecanismos de funcionamento do sistema penal: "o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas." (BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*, trad. Juarez Cirino dos Santos, 3ª. Ed, Rio de Janeiro, Revan: Instituto Carioca da Criminologia, 2002, p. 165)

[290] DEL OLMO, Rosa. *A Face Oculta da Droga*, trad. Teresa Ottoni, Rio de Janeiro, Editora Revan, 1990, p. 34.

fronteiras norte-americanas o governo americano fomenta na sociedade ocidental o discurso do medo, a ideia de que o tráfico internacional de drogas é o inimigo externo a assombrar a segurança nacional dos países. Neste contexto foi celebrado pela ONU o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas em Viena no ano de 1971. O governo Nixon enrijece e exporta sua política antidrogas, inicia-se o tratamento bélico contra o tráfico de drogas que será trabalhado de forma internacional[291].

O discurso do inimigo externo e da segurança nacional foi muito bem recepcionado nos países sul-americanos que enfrentavam, em sua maioria, regimes totalitários e antidemocráticos, como era o caso do Brasil sob a ditadura militar. Foi editada na legislação brasileira a Lei n. 6.368/76, a qual aprofundou a veia repressiva da política criminal de drogas brasileira, consolidando o modelo bélico de repressão às drogas[292]. Foi nesta época que se propagaram nos meios políticos e sociais o discurso do medo que iria concretizar e legitimar o tratamento bélico-repressivo-totalitarista de combate às drogas que se vive até os dias atuais. Definitivamente o problema das drogas passou a ser matéria do sistema de justiça criminal, aumentando-se as penas criminais e os aparelhos de criminalização secundária a fim de combater o mal que representaria o tráfico de drogas. Rosa Del Olmo explica que: "Na América Latina, é no inicio dos anos setenta que começa "o pânico" em torno das drogas, especialmente por meio do *discurso dos meios de comunicação*. Em muitas ocasiões se misturavam de maneira incoerente os diversos estereótipos da droga, surgidos numa sociedade totalmente distinta, como a norte-americana."[293].

O tratamento bélico internacional contra o tráfico de drogas sofreria ainda maior incremento na década seguinte quando com a denominada "Guerra as Drogas" e a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes, e de Substâncias Psicotrópicas de 1988.

O presidente Reagan, eleito em 1981 incorporou como plano de governo o combate às drogas. No início da década de 80 os Estados Unidos da América "declaram" "Guerra às

---

[291] Como referencia exemplificativa pode-se destacar o seguinte trecho do artigo 21 da Convenção de Viena: "Tendo devidamente em consideração os seus regimes constitucional, jurídico e administrativo, as Partes:

a) Comprometem-se a assegurar no plano nacional a coordenação da acção preventiva e repressiva contra o tráfico ilícito; para este fim poderão utilmente designar um serviço apropriado encarregue desta coordenação;

b) Comprometem-se a assistir-se mutuamente na luta contra o tráfico ilícito das substâncias psicotrópicas, e em particular a transmitir imediatamente às outras Partes directamente interessadas, pela via diplomática ou através das autoridades competentes que hajam designado para esse efeito, cópias de qualquer relatório que tenham dirigido ao Secretário-Geral, nos termos do artigo 16, em consequência da descoberta de um caso de tráfico ilícito ou de uma apreensão;

c) Cooperarão estreitamente entre elas e com as organizações internacionais competentes de que são membros para travarem uma luta coordenada contra o tráfico ilícito;"

[292] Op. cit. p. 20.

[293] Op. cit. p. 46.

Drogas". A política do governo Reagan, implantada com a participação ativa do vice-presidente George Bush teve como escopo atacar o inimigo internacional, o traficante de drogas, em diversas frentes como o confisco das drogas no território americano, a cooperação dos países produtores na eliminação dos traficantes e o ataque ao poderio econômico dos traficantes, especialmente na luta aos sistemas de "lavagem de dinheiro". Nesta época se iniciou o combate contra o tráfico por meio de uma luta econômica, mas ainda como política secundária. O projeto norte-americano continuou sendo eminentemente bélico, a pretendida erradicação do tráfico de drogas seria conseguida por meio da força.

Assim, o que se percebe é que a "Guerra contra as drogas" se desenvolveria fora das fronteiras norte-americanas, faz parte deste discurso a divisão entre países consumidores e países produtores de drogas, cujos resultados se mostraram catastróficos ao longo da história, conforme apontado por Nilo Batista: "Receber acriticamente um discurso que transita entre a histeria e a cegueira, a começar pela dualidade *país-vítima* importador (Estados Unidos) e *países-agressores* exportadores ou facilitadores (Colômbia, Bolívia e, ouro sobre azul, Panamá, Cuba ou Nicarágua), e constituir sobre tal discurso uma política criminal, é enredar-se num indecifrável e contraditório novelo."[294]

Esta política de guerra às drogas encontrou terreno fértil em solo brasileiro, tendo sido incorporada, inclusive, no texto constitucional de 1988, introduzindo-se no artigo 5º, que dispõe sobre garantias e direitos individuais, o projeto de criminalização e combate ao tráfico de drogas, estabelecendo o artigo 5, inciso XLIII que o tráfico ilícito de entorpecentes é crime inafiançável, insuscetível de graça ou anistia. Projetou-se ainda a futura legislação dos crimes hediondos.

Nesta realidade que se firmou a Convenção de Viena contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes, e de Substâncias Psicotrópicas, na data de 20 de dezembro de 1988. Citada convenção, promulgada no direito brasileiro por meio do Decreto 154/91, fortaleceu ainda mais o tratamento bélico e repressivo contra o tráfico de drogas estimulando na política criminal brasileira o surgimento de uma série de medidas mitigadoras de direitos e garantias tais como a Lei dos crimes hediondos, a Lei do crime organizado, da lavagem de dinheiro, dentre outras, ou seja, as chamadas medidas penais de urgência.

A atual lei de tóxicos brasileira, Lei n. 11.434 de 23 de agosto de 2006, enrijeceu este quadro repressivo da política de drogas brasileira na medida em que estabeleceu penas mínimas mais elevadas para o crime de tráfico de drogas (reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos), bem como estabeleceu critérios subjetivos e imprecisos para diferenciação entre

[294] BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos: Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje,* Rio de Janeiro, Revan, 1990, p. 59.

usuários e traficantes, dando a margem a interpretações carregadas de subjetivismos e idiossincrasias295. Como resultado da nova lei penal de tóxicos brasileira se observa um representativo aumento da massa carcerária e ampliação do aparelho repressivo, acarretando em custos sociais e econômicos ao Estado.

O cenário atual das políticas de drogas se encontra dividido em duas frentes, o posicionamento bélico-repressivo norte-americano e a política de diminuição da demanda capitaneada pela maioria dos países europeus, conforme explica Salo de Carvalho: "as discussões sobre estratégias futuras restaram polarizadas entre a defesa de modelos redutores, compartilhada pela maioria dos países da Europa e da América Latina e as posições belicistas lideradas pelos Estados Unidos, com apoio do Japão, Vaticano, Rússia, Itália e Colômbia."[296]. Pode se afirmar que 100% dos países, mesmo os poucos não signatários das convenções destacadas, adotam políticas proibicionistas, sejam "proibição punitiva das drogas" modelo americano ou "proibição tolerante das drogas" modelo holandês com canábis[297].

2. CRIMINALIDADE DE PROVISÃO E CRIMINALIDADE CONSEQUENTE

Efeito direto do tráfico ilícito de entorpecentes é o incremento da violência por meio do que se denomina de criminalidade de provisão e de criminalidade consequente.

A criminalidade de provisão é aquela representada por ilícitos praticados pelo usuário para a aquisição de drogas destinadas a consumo pessoal. É fato notório e objeto do discurso dos empresários morais, especialmente em épocas de campanha eleitoral, que o consumo de drogas incrementa o cometimento de uma série de outros tipos penais, principalmente envolvendo violência, mas a que se deve esta lógica?

A resposta é encontrada quando se analisa o tráfico de drogas sob sua perspectiva econômica. O crime de tráfico de drogas tem finalidade eminentemente financeira, os objetivos buscados nesta espécie de atividade ilícita são exatamente os mesmos buscados numa atividade econômica lícita, pelo que se pode falar que o tráfico de drogas é uma

---

[295] A lei de tóxicos estabelece critérios para caracterização da posse de drogas para uso pessoal em seu artigo 28, §2º: "Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente."

[296] Op. cit. P. 57.

[297] HARRY G. LAVINE. *Prohibición Global de las Drogas. Las variedades y usos se la prohibición de las drogas em los siglos XX y XXI*, in Globalización y drogas Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos. In: ARANA, Xabier; HUSAK, Douglas e SCHEERER, Sebastian. *Globalización y drogas, políticas sobre drogas, derechos humanos y reduccion de riesgos*. Madrid: Dykinson, 2003;

atividade econômica ilícita, ou seja, o que lhe diferencia de outras atividades econômicas é o fato de ser tipificada como crime. No mercado ilegal das drogas, criminalizado, e, por consequência lógica, não regulamentado, impera a política econômica liberal clássica guiada pela livre iniciativa e livre concorrência onde as atividades são governadas pela mão invisível do mercado. A política de preços das drogas é ditada da mesma forma que de qualquer outra mercadoria numa economia de livre mercado, ou seja, por demanda, procura, riscos da atividade empresarial, custos de produção e lucro. Desta forma, quanto maiores os custos da produção ilegal, da logística ilegal, do comércio ilegal e do branqueamento do capital ilícito, somados, ainda, ao elevado risco da atividade econômica ilegal, maiores serão os preços. Ao existir consumidores de drogas dispostos ou obrigados a pagar os altos preços fixados o mercado ilícito de drogas se mantém, Desta feita, quanto maior a repressão bélica, quanto maiores as forças policiais antidrogas, quanto mais se mitigar garantias processuais e quanto mais elevadas e rígidas as penas previstas em lei, maiores serão os custos, os riscos, a taxa de retorno e por consequência os preços cobrados[298].

Desta forma, a criminalidade de provisão é impulsionada pelo alto custo das drogas e a impossibilidade dos usuários manterem o consumo por meio lícitos, sendo induzidos a prática de crimes, principalmente crimes violentos, mal elaborados e de grande repercussão sobre o ambiente social. Neste sentido aponta o professor alemão Albrecht ao analisar a realidade alemã:

> Consumo de drogas e comércio de drogas na ilegalidade têm por consequência altos preços do produto e falta de controle do produto. Os altos preços por drogas ilegais obrigam à criminalidade de provisão (especialmente, furto de carro, roubo a residência e assalto de rua), à venda do próprio corpo (prostituição) e à participação no pequeno tráfico, porque a aquisição de drogas com o trabalho legal é quase

[298] Tome-se a realidade e a ciência econômica e pense-se, por exemplo, no papel exercido pela criminalização, enquanto variável artificial de efeito transcendente na estrutura do mercado. Esta variável, introduzida na estrutura do mercado, implica na adição aos custos normais da produção de custos potenciais concernentes a perdas provocáveis por eventuais apreensões, resultantes de ações repressivas, bem como da contabilização de despesas com a segurança exigida pela ilegalidade do empreendimento. Estes custos, que, naturalmente, repercutem sobre o preço final do produto, aliando-se à estrutura oligopolizada em que, em regra, se desenvolve a produção mais significativa – a redução de concorrência já se fazendo pelo natural afastamento daqueles que não se dispõem a enfrentar a ilegalidade-, provocam uma elevação artificial dos preços, que acaba por, paradoxalemente, funcionar como incentivo à produção e ao comércio das mercadorias tornadas ilícitas, a partir dos maiores lucros assim gerados." (KARAN, Maria Lúcia. *Revisando a sociologia das drogas, in* Verso e Reverso do Controle Penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva, coord. Vera Regina Pereira de Andrade, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002, p. 142)

> impossível de financiar. A necessidade diária para financiamento de uma dependência de drogas pesadas fica entre 50 e 125 Euros por dia.[299]

A visão deste problema da criminalidade de provisão à luz da realidade brasileira é ainda mais grave. Se na Alemanha se fala na impossibilidade de manutenção da dependência por meios lícitos, o que se poderá dizer numa sociedade marcada pela desigualdade social como a brasileira, onde a violência da criminalidade de provisão é impulsionada pelo vício do *Crack* e pela disseminação de dependentes nas classes mais pobres da população.

A sociedade brasileira é marcada por sua extrema desigualdade social, quando se analisa esta desigualdade sob a ótica do consumo de drogas pode se perceber que a parcela mais pobre sofre ainda mais as consequências da dependência na medida em que possuem menos informação, menos condições de recorrer a auxílio profissional terapeutico e menos condições de adquirir as substâncias para manter seu vício. Desta forma, a criminalidade de provisão se manifesta principalmente nestas camadas sociais, induzindo as pessoas a criminalidade violenta (roubos, pequeno tráfico, prostituição), o que faz aumentar os problemas sociais de estereotipagem e de fragilidade perante o sistema de justiça criminal, fomentando os preconceitos e a insegurança pública[300].

De outro lado, o mesmo mecanismo de mercado que leva ao alto preço das drogas sustenta o que se denomina criminalidade consequente.

Enquanto a criminalidade de provisão é aquela típica do usuário para manter sua dependência, a criminalidade consequente é aquela atribuída ao traficante para manutenção do seu negócio, ou seja, é representada pelas práticas ilícitas necessárias para exercício e manutenção do comércio ilegal de drogas. Se a característica principal da criminalidade de provisão é a má elaboração e a falta de complexidade dos crimes cometidos, por outro lado a criminalidade consequente é marcada pelo cometimento de crimes elaborados, complexos, por vezes não violentos, mas de danosidade social ainda mais relevante, mesmo porque, os

---

[299] ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma Fundamentação para o Direito Penal*, tradução Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso, Curitiba-ICPC, Rio de Janeiro Lúmen Júris, 2010, p. 509.

[300] "A conta, evidentemente, será paga pelo dependente, que, por sua vez, vai financiar sua dosagem diária às custas da população. No roubo de veículos, na invasão de residências e no assalto de rua contra pessoas mais débeis, todos nós recebemos nossa cota do Direito penal das drogas, enquanto a segurança pública se apresenta aos olhos da população efetivamente ameaçada. É precisamente aqui, e não nos apartamentos nem nos quartos dos fundos, onde as escutas ambientais são autorizadas, que a confiança da população na polícia e no sistema penal atualmente se esvai." (HASSEMER, Wilfried. *Direito Penal, Fundamentos, Estrutura, Política*, Porto Alegre, Sergio Fabril Editor, 2008, p. 329)

autores deste tipo de criminalidade, muitas vezes, encontram-se em extratos sociais elevados e contam com o auxílio de pessoas de grande capacidade intelectual e operacional.

Quando se pensa na prática de crimes para o exercício do tráfico de drogas logo vem a mente a figura do traficante dos morros e das favelas, imortalizado pelo personagem "Zé Pequeno" do filme "Cidade de Deus", homem jovem, de origem pobre, pouco instruído e violento, que pratica homicídios, adquire armas ilícitas, ameaça as pessoas de sua comunidade e corrompe o soldado da polícia militar, combatido pelas pacificações e instalações de UPP's UPS's[301] e programas afins. Não há dúvidas de que efetivamente esta é uma das vertentes da criminalidade consequente, que sob este prisma impulsiona a violência e gera enormes transtornos sociais.

Todavia, fogem do imaginário popular e das ações de governo figuras cuja atuação representa prejuízos ainda maiores para a sociedade, quais sejam, a do grande traficante e do financiador do tráfico. Os traficantes de drogas, ao contrário do que se imagina, não se restringem aos "Zé Pequenos", muitos figuram na sociedade como grandes empresários, vivem nas áreas mais valorizadas e seguras das cidades, viajam pelo mundo tratando de seus negócios e frequentam centros comerciais e restaurantes de alto padrão, convivendo com as pessoas de classe alta e média alta, justamente aqueles que se sentem mais ameaçadas pela violência da criminalidade de provisão. Nestas figuras pode se observar a prática de crimes que embora não violentos geram danos sociais ainda mais graves. Não há como se falar em tráfico de drogas sem a prática de tipos penais como corrupção de agentes alfandegários, corrupção de funcionários do alto escalão do funcionalismo público e das polícias, comércio internacional de armas e lavagem de capitais, dentre outros, estabelecendo relações financeiras indecifráveis entre negócios lícitos e ilícitos.

Sem discutir o mérito da existência ou não de criminalidade organizada, certo que o exercício do comércio ilegal de drogas, delito transnacional por essência, exige estruturas ilícitas complexas, as quais envolvem a prestação de serviços de profissionais especializados tais como contadores e advogados, a participação de agentes públicos com elevado grau de poder, a utilização do sistema financeiro e seus operadores, além de recorrer à violência em larga escala, na medida em que estas pessoas não podem se valer do direito de ação para resolver seus litígios.

[301] Unidades de Polícia Pacificadoras do Governo do Rio de Janeiro e Unidades Paraná Seguro do Governo do Paraná.

De outro lado, os órgãos de persecução criminal encontram inúmeras dificuldades para combater este tipo de criminalidade, especialmente em decorrência de suas limitações estruturais e ideológicas, pois as instituições que compõe a estrutura de criminalização secundária foram desenvolvidas para a persecução da chamada criminalidade comum. Os órgãos policiais e de Justiça não possuem aptidão para atuar com eficiência em crimes de alta complexidade praticados por pessoas com poder econômico, político e social eis que seu trabalho é voltado para a criminalização de condutas penais mal elaboradas, desestruturadas e cometidas por pessoas socialmente vulneráveis, o que se fundamenta no funcionamento seletivo do sistema de justiça penal.

Por tais razões, se faz necessária uma análise comparativa entre as consequências da política criminal de drogas aplicada no ordenamento brasileiro e a violência causada pela criminalidade de provisão e a criminalidade consequente.

3. POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS E VIOLÊNCIA

Diante da exposição teórica feita acima no que se refere a evolução da política criminal de drogas no Brasil, sempre atrelada a política internacional guiada pelos Estados Unidos, e da realidade da violência decorrente da criminalidade de provisão e da criminalidade consequente acessórias ao comércio ilegal de entorpecentes, é necessário fazer uma análise das consequências da política de drogas brasileira para que se possa refetir se o proibicionismo bélico é a via adequada para diminuição ou erradicação da violência gerada pelo comércio ilegal de drogas.

De plano, deve ser destacado que ao longo da história da humanidade o homem sempre consumiu substâncias entorpecentes, assim como sempre violou regras de convivência, pelo que pensar na viabilidade do projeto norte-americano de um mundo livre das drogas é cientificamente impossível, cabível unicamente no âmbito da retórica política e da utilização do direito penal como símbolo[302].

[302] Neste sentido destacamos o posicionamento de Albrecht: “Assim como não é representável um mundo sem comportamentos desviantes, sem conflitos sociais e sem criminalidade, igualmente não é representável um mundo sem drogas. A necessidade de drogas e a satisfação desta necessidade não são problemas recentes; isto vale também para as conseqüências do abuso de drogas. Drogas existiram, ao contrário, em todos os tempos e em todas as sociedades, ainda que em diferentes manifestações e em extensões distintas. A reinvidicação por um mundo livre de drogas e pela superação da dependência de drogas é ilusória.” (Op. cit. p. 511)

Diversos são os efeitos da política bélico-repressiva antidrogas imposta pelos Estados Unidos, em sua absoluta maioria negativos. Conforme ensina Baratta esses efeitos prejudiciais, "custos sociais da criminalização das drogas", podem ser constatados em cinco aspectos: "1) los consumidores, 2) su ámbito social, 3) el sistema de justicia penal, y 4) los sistemas alternativos de control de la drogadicción, en particular el sistema terapéutico asistencial y el sistema educativo. Se podría añadir, por las razones sistemáticas que se indicarán, un quinto punto, concerniente a los efectos sobre el mercado de la droga."[303]

Os efeitos negativos para o sistema de justiça criminal podem ser demonstrados na medida em que se cria um projeto de criminalização primário absolutamente impossível de ser cumpridos pelas agências estatais da criminalização secundária. O volume de trabalho deixado para polícia e Poder Judiciário pela criminalização do comércio de drogas dificulta, senão impossibilita, que estas instituições trabalhem com grau mínimo de eficiência na persecução criminal. As agências da criminalização secundária não só deixam de combater o tráfico, devido a sua enorme proporção e a falta de estrutura daquelas, como se ocupando desta missão inalcançável não conseguem realizar a persecução de outros tipos penais, muitos dos quais socialmente mais gravosos (crimes ambientais, contra ordem econômica, etc.).

Nesta linha, criou-se absoluto caos no sistema prisional brasileiro que seguindo o modelo norte-americano instituiu uma política de encarceramento em massa. Segundo informações colhidas junto aos órgãos oficiais de execução penal brasileiros, no mês de dezembro de 2005 o Brasil contava com 32.880 (trinta e dois mil, oitocentos e oitenta) pessoas presas por crimes da lei de tóxicos, seis anos mais tarde, dezembro de 2011, impulsionada pelo aumento de rigor com a nova lei de tóxicos de 2006 este número subiu para 125.744 (cento e vinte e cinco mil, setecentos e quarenta e quatro) pessoas presas pelos mesmos crimes[304].

Os efeitos para o mercado da droga já foram destacados acima, quando se expôs a lógica liberal de mercado que impera no comércio de substâncias proibidas com alta demanda, acarretando na elevação dos preços e potencialização dos lucros. Os números deste mercado ilegal variam em suas expectativas, contudo estima-se a existência de mais de 200

[303] BARATTA, Alessandro. *Introdución a la criminología de la droga,*, in BARATTA, Alessandro, *Criminologia y Sistema Penal (compilacion in memorian)*, editorial B de F, Buenos Aires, 2004, p. 123.
[304] Dados obtidos junto ao sítio eletrônico do Ministério da Justiça, http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm, consultado em 27/08/2012.

milhões de usuários de drogas no mundo, o que acarretaria em um volume financeiro de $400.000.000.000,00 (quatrocentos bilhões de dólares) movimentados no tráfico de drogas[305].

Estes efeitos, por sua vez se refletem no que Baratta denominada de âmbito social, no qual pode-se destacar a estereotipagem dos usuários, a marginalização da população jovem excluída do mercado de trabalho que encontrará nas redes de tráfico terreno fértil para sua inclusão no mercado de consumo imposto pelo fenômeno da globalização[306], e o aumento da violência representada nas formas de criminalidade de provisão e criminalidade consequente do tráfico de drogas acima descritas.

É necessário aprofundar a análise da relação existente entre a violência e as drogas. Num olhar mais rápido e superficial se pensa nesta relação da seguinte forma: o uso de drogas impulsiona a violência na medida em que o sujeito drogado tende a cometer crimes, logo vem a mente a figura do rapaz psicologicamente alterado praticando um roubo. Contudo, a relação que se observa da realidade descrita, especialmente do crime de provisão, é outra, a violência é motivada pela necessidade de aquisição de drogas, ou seja, o sujeito não pratica violência **porque** consumiu drogas, mas pratica **para** consumir drogas. Disso se extrai que o combate bélico ao tráfico se sustenta em premissas falsas, pois ao intensificar a repressão para evitar a violência ligada ao uso de drogas se está, na verdade, impulsionando esta violência.

O Estado parte da ideia de que há violência ligada às drogas pois as pessoas utilizam drogas e cometem crimes violentos, quando na verdade o que se pode perceber é que a lógica é inversa. As pessoas cometem crimes violentos pois o custos de aquisição de drogas sob um comércio submisso a forte repressão é muito mais elevado. A política de drogas bélica repressiva funciona como impulsionadora da violência, pois estipula um alto custo aos comerciantes ilegais e uma alta restabilidade decorrente dos riscos, elevando o preço dos

---

[305] It is estimated that there are in excess of 200 million drug users in the world and in 1995 the word´s illegal narcotics trade was calculates at $400 billion. This total is equivalent to 8 per cent of the word´s trade – that is more than motor vehicles, iron and steel and about the same as the gas and oil industry. In 1999, a Congressional hearing was told that up to $48 billion per year in profits were generated by illegal drug sales, which was laundered. (LILLEY, Peter. *Dirty Dealing, the untold truth about global money laundering, internacional crime and terrorism*, Londres, Kogan Page, 2006, p. 32)

[306] Necessário destacar a obra de Vera Malaguti Batista na qual foi objeto de estudo o tráfico de drogas e seus reflexos sobre a juventude do Rio de Janeiro: "Num contexto de aprofundamento de uma economia recessiva e de enfraquecimento das políticas sociais básicas, um contingente cada vez maior de jovens vai sendo recrutado a cumprir sua triste sina, seu papel trágico na nova divisão internacional do trabalho. A cocaína – a droga neoliberal, símbolo de êxito e de *status* entre seus consumidores (*yuppies high-tech*, jovens empresários, executivos de bolsas de valores) – tem como contrapartida a destruição da juventude pobre nas favelas, lançadas pelas leis do mercado à criminalização e ao círculo viciado da violência urbana." (BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis, Droga e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia – Revan, 2003, p. 101)

entorpecentes e promovendo a criminalidade de provisão. Pode-se concluir que a política criminal de drogas é mola propulsora da violência e não possui dignidade penal[307].

Os tipos penais de drogas, especialmente o de tráfico do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 se enquadram no que Roxin denomina de tuteladores de bens jurídicos aparentemente coletivos. Não se pode identificar na proteção a saúde pública um bem indivisível entre toda uma população, mas sim um agrupamento de bens individuais, ou seja, somando-se a saúde de cada pessoa da coletividade poderia se falar em saúde pública, de forma que os tipos penais de tráfico nada mais representam do que a pretensão de proteger de uma forma geral a saúde de cada indivíduo[308]. Neste prisma, a criminalização do comércio de drogas representaria a intenção de evitar que as pessoas as consumissem e causassem mal a suas respectivas saúdes, o que se mostrou inviável por meio do direito penal e que não se sustenta à luz do princípio do direito penal como última razão do Estado[309]. Ainda, como aponta Luís Greco são tipos penais de perigo abstrato que preveem penalidades em abstratos superiores a dos tipos penais de resultado, no caso a lesão corporal, violando os princípios da proporcionalidade das penas e da lesividade.

Assim, a política criminal de drogas falha em todos seus aspectos, seja na proteção da saúde dos indivíduos representadas na saúde pública, seja na diminuição da violência em torno do comércio ilegal das drogas, eis que tal violência é gerada e fomentada pela própria criminalização. Não se pode reconhecer dignidade penal aos tipos penais de tráfico de drogas e à política repressiva proibicionista, já que apenas aumentam o problema social para o qual

---

[307] "Como é sabido, a ideia de necessidade aqui convocada exprime-se não apenas na exigência de que não exista na política social um outro meio menos oneroso de assegurar a tutela do bem jurídico em causa, como ainda na exigência de que a intervenção penal seja *idónea* a realizar essa mesma tutela. Uma intervenção penal que não seja minimamente eficaz não tem um valor mais do que simbólico e arrisca-se a ser factor da prática de muito mais violações do que as que procura evitar." (BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de Capitais: O Sistema Comunitário de Prevenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002 p. 74)

[308] "Argumenta-se em especial que os referidos bens jurídicos só são aparentemente coletivos, uma vez que eles não passam da soma de vários bens jurídicos individuais. A soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente, porém, para construir um bem jurídico coletivo, porque este é caracterizado para elementar da não-distributividade, isto é, ele é indivisível entre diversas pessoas. Assim, cada qual tem a sua vida, a sua propriedade, independente das dos demais, mas o meio ambiente, ou a probidade da Administração Pública são gozados por todos em sua totalidade, não havendo uma parte do meio ambiente ou da probidade da Administração Pública que assista exclusivamente a A ou B. Já o bem jurídico saúde pública, por exemplo, nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem coletivo." (GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e os crimes de perigo abstrato*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 49, São Paulo, RT, p. 90, 2004, p. 115)

[309] Destacamos o posicionamento de Albrecht: "A tentativa de proteger pessoas de autolesão com os instrumentos do Direito Penal demonstrou-se como contraproducente. O Direito Penal e a persecução penal agravam os problemas que afirmam combater. Impelem os dependentes para a miséria social e desintegração, para a decadência psíquica e física, para a estigmatização e carreiras criminais. A criminalização produz o mercado negro, com extremas margens de lucro no comércio ilegal, com a criminalidade de aquisição e com os perigos para o corpo e a vida dos dependentes." (Op. cit., p. 524)

foram desenvolvidos para erradicar, devendo o Estado recorrer a alternativas menos agressivas, contraproducentes e socialmente menos gravosas para controlar os problemas sociais que envolvem o consumo de substâncias entorpecentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que se pôde observar na pesquisa realizada para elaboração do presente trabalho, a política pública de criminalização de drogas é produto da ideologia norte-americana e ganhou força com a expansão do poderio militar e econômico dos Estados Unidos ao longo do século passado, sendo desenvolvida no âmbito da ONU e aderida por todos os países do mundo, em maior ou menor rigor proibicionista. Com o Brasil não é diferente, a política criminal brasileira segue a norte-americana e implanta no ordenamento penal brasileiro um modelo bélico repressivo por meio do qual o comércio de drogas é considerado ilícito e reprimido pelo uso da força estatal e aplicação de altas penas prisionais.

A violência e o tráfico de drogas encontram ligação em duas formas de criminalidade decorrentes deste comércio ilícito, a criminalidade de provisão e a criminalidade consequente. A criminalidade de provisão é aquela oriunda da prática de crimes, muitos com uso de violência contra pessoa, para subsidiar a aquisição de drogas para consumo pessoal. Estes crimes são caracterizados por serem cometidos de forma tosca, sem elaboração e por pessoas em estado de fragilidade social, o que resulta em estereotipagem da figura do usuário criminoso e propagação do discurso do medo entorno das drogas. De outro lado, a criminalidade consequente é aquela representada pelos crimes cometidos para o exercício do tráfico de drogas, que vão desde os crimes violentos praticados pela manutenção dos pontos de comércio ilegal, tráfico internacional de armas, corrupção de agentes públicos até os crimes econômicos como lavagem de dinheiro. Neste tipo de criminalidade, especialmente naquela ligada ao tráfico internacional e financiamento do tráfico se observa um elevado grau de complexidade das atividades ilícitas e poder econômico das pessoas envolvidas, o que dificulta a persecução criminal, especialmente porque o sistema de justiça criminal é moldado para a repressão da criminalidade dita comum.

Ao analisar os efeitos sociais da política criminal de drogas implementada no Brasil pode se concluir que a mesma não possui dignidade penal. Sob a pretensão de garantir a saúde dos cidadãos por meio do controle penal das drogas se cria um ambiente propício para prática

do tráfico e disseminação da violência. A proibição e o combate bélico às drogas fomenta o mercado ilegal ao elevar o preço das drogas e os lucros obtidos neste mercado ilegal, dificulta meios alternativos de diminuição dos riscos, gera prejuízos ao aparelho de Justiça criminal, resulta em um encarceramento em massa e no consequente aumento da violência.

Desta forma, a política criminal bélica repressiva de drogas é contraproducente e socialmente danosa, acarretando no aumento dos problemas sociais que deveria erradicar, especialmente quando aplicadas em países marcados pela desigualdade social como o Brasil. Diante da ausência de dignidade penal do modelo brasileiro, se faz necessário o desenvolvimento de políticas públicas, penais ou sociais alternativas em matéria de drogas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: Uma Fundamentação para o Direito Penal*, tradução Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso, Curitiba-ICPC, Rio de Janeiro Lúmen Júris, 2010;

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*, trad. Juarez Cirino dos Santos, 3ª. Ed, Rio de Janeiro, Revan: Instituto Carioca da Criminologia, 2002;

BARATTA, Alessandro. *Introdución a la criminología de la droga,*, in BARATTA, Alessandro, *Criminologia y Sistema Penal (compilacion in memorian)*, editorial B de F, Buenos Aires, 2004;

BATISTA, Nilo. *Punidos e Mal Pagos: Violência, Justiça, Segurança Pública e Direitos Humanos no Brasil de Hoje*, Rio de Janeiro, Revan, 1990;

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis Ganhos Fáceis, Droga e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia – Revan, 2003,

BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de Capitais: O Sistema Comunitário de Prevenção*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002;

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2010;

DEL OLMO, Rosa. *A Face Oculta da Droga*, trad. Teresa Ottoni, Rio de Janeiro, Editora Revan, 1990;

GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e os crimes de perigo abstrato*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 49, São Paulo, RT, p. 90, 2004;

HARRY G. LAVINE, Prohibición Global de las Drogas. Las variedades y usos se la prohibición de las drogas em los siglos XX y XXI, In: ARANA, Xabier; HUSAK, Douglas e SCHEERER, Sebastian. *Globalización y drogas, políticas sobre drogas, derechos humanos y reduccion de riesgos.* Madrid: Dykinson, 2003;

HASSEMER, Wilfried. *Direito Penal, Fundamentos, Estrutura, Política*, Porto Alegre, Sergio Fabril Editor, 2008;

KARAN, Maria Lúcia. *Revisando a sociologia das drogas, in* Verso e Reverso do Controle Penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva, coord. Vera Regina Pereira de Andrade, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2002;

LILLEY, Peter. *Dirty Dealing, the untold truth about global money laundering, internacional crime and terrorism*, Londres, Kogan Page, 2006;

SISTEMA PENAL E REPRODUÇÃO DA REALIDADE SOCIAL

Fernanda de Matos Lima MADRID[310]
Maurício Gonçalves SALIBA[311]

RESUMO

A função exercida pelo sistema penal, e, primordialmente, pela pena privativa de liberdade na sociedade é tema que merece discussão. O presente artigo fará uma análise do sistema penal como fonte geradora da reprodução da realidade social existente, ou seja, a manutenção do *status quo*. Demonstrará que o cárcere é apenas um pequeno pedaço que constitui o sistema penal burguês, sendo parte de um conjunto de filtros sucessivos a qual são submetidas às classes subalternas da sociedade. Também almeja ensejar reflexões sobre a exclusão social e sua relação com o sistema penal. Verifica-se que o cárcere é reprodutor de desigualdades sociais, tratando-se de um instrumento de exclusão social, ao contrario dos seus fins oficialmente declarados e que está a serviço de uma classe dominante.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema penal. Reprodução da realidade social. Exclusão social.

ABSTRACT

The function performed by the criminal justice system, and, primarily, by deprivation of freedom in society is a subject that deserves discussion. This article will review the penal system as a source of reproduction of existing social reality, ie, maintaining the status quo. Demonstrate that the jail is just a small piece that is the bourgeois penal system, being part of a set of successive filters which are subject to the lower classes of society. It also aims to give rise to reflections on social exclusion and its relationship with the criminal justice system. It is found that the jail is player social inequalities, in the case of an instrument of social exclusion, unlike the officially declared his purpose and that is the service of a ruling class.

---

[310] A autora é graduada em Direito pelas Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente, possui Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. É aluna do Mestrado na Universidade Estadual do Norte do Paraná, bolsista da Fundação Araucária e professora de Direito Penal das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente.

[311] Graduado em história, mestre e doutor em Educação pela UNESP/Marília, professor de sociologia e política de IES, e professor e assessor de pesquisa do Programa de Mestrado da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI-UENP .

KEYWORDS: Penal system. Reproduction of social reality. Social exclusion.

INTRODUÇÃO

A função exercida pelo sistema penal na sociedade é objeto de inúmeras discussões doutrinarias, por esta razão a discussão do tema é fundamental para compreendermos os reais efeitos que dele advém para o seio social.

O trabalho procurou demonstrar que o sistema penal caracteriza-se como fonte geradora da reprodução da realidade social existente, ou seja, a manutenção do *status quo*. Defende-se que o cárcere é parte de um conjunto de filtros sucessivos a qual são submetidas às classes menos favorecidas da sociedade. Assim, se mostrou necessário tecermos reflexões sobre a exclusão social e sua relação com o sistema penal.

Não se pode olvidar que o cárcere é reprodutor de desigualdades sociais, tratando-se de um instrumento de exclusão social, ao contrario dos seus fins oficialmente declarados e que está a serviço dos interesses de uma classe dominante.

O objetivo principal deste trabalho é discutir a função exercida pelo sistema penal, primordialmente da pena privativa de liberdade, em nossa realidade social, analisando-o como ferramenta de manutenção da estrutura social.

Adotou-se como técnica de pesquisa a pesquisa indireta documental (analise de legislação) bem como a pesquisa indireta bibliográfica (valendo-se de doutrinas, revistas jurídicas, artigos científicos e demais publicações científicas).

O trabalho está dividido da seguinte forma: sistema penal e reprodução da realidade social, cárcere e exclusão social e, por fim, conclusões.

2 SISTEMA PENAL E REPRODUÇÃO DA REALIDADE SOCIAL

Quando nos deparamos com o binômio desigualdade social e direito penal, chegamos a triste conclusão de que “não só as normas do direito penal se formam e se aplicam seletivamente, refletindo as relações de desigualdade existentes, mas o direito penal exerce, também, uma função ativa, de reprodução e de produção, com respeito às relações de desigualdades.” (BARATTA, Alessandro, 2002, p. 166)

Em um primeiro momento, a prisão é fundamental para a manutenção da estrutura social. A sanção penal, com todo seu efeito rotulador, atinge indivíduos de estratos sociais mais baixos e age no sentido de impedir ascensão social de “seus escolhidos”.

Em um segundo momento, a pena exerce a função simbólica de punir comportamentos não aceitos por toda a sociedade, entretanto, esta punição tem como função encobrir um número muito maior de condutas ilegais praticadas pelas classes mais abastadas, imunes ao processo de seleção do direito penal.

Ainda mais importante é a função desenvolvida pelo cárcere, que reproduz não apenas situações de desigualdades, mas também seus próprios "clientes". A respeito desta função Alessandro Baratta (2002, p. 166) leciona:

> Isto parece claro se se considera a relação capitalista de desigualdade, também e sobretudo como relação de subordinação, ligada estruturalmente à separação entre propriedade e força de trabalho e dos meios de produção e, por outro lado, à *disciplina*, ao controle total do individuo, requerido pelo regime de trabalho da fabrica e, mais em geral, pela estrutura de poder de em uma sociedade que assumiu o modelo de fabrica.

A relação histórica existente entre cárcere e fabrica é fundamental para se entender a função das instituições carcerárias. O sistema carcerário foi introduzido para transformar uma massa de pessoas que deixaram o campo e, por consequência, seus próprios meios de produção, mas que não se adaptaram a disciplina das fabricas em sujeitos disciplinados, ou seja, em bons proletários. Logo, se identifica uma função de natureza econômica no sistema prisional, sendo as penitenciárias fabricas de proletários e um modelo de uma "sociedade ideal".

Dario Melossi e Massino Pavarini (2010, p. 211), com precisão comentam sobre esta realidade:

> Porém, o cárcere perseguiu com sucesso, pelo menos na sua origem histórica, uma finalidade – se quisermos, "atípica" – da produção (leia-se, transformação em outra coisa de maior utilidade): a transformação do criminoso em proletário. O objeto desta produção não foram tanto as mercadorias quanto os homens. Daí a dimensão real da "invenção penitenciária": o cárcere como maquina capaz de transformar - depois de atenta observação do fenômeno desviante (leia-se, o cárcere como lugar privilegiado da observação criminal) – o criminoso violento, agitado, impulsivo (sujeito real) em detido (sujeito ideal), em sujeito disciplinado, em sujeito mecânico. Em síntese, uma

função não apenas ideológica, mas também atipicamente econômica. Em outras palavras, a produção de sujeitos para uma sociedade industrial, isto é, a produção de *proletários* a partir de presos forçados a aprender a disciplina da fabrica.

O cárcere tinha o objetivo de reafirmar a ordem burguesa, ou seja, manutenção da desigualdade entre aqueles que detinham o poder de produção (proprietários) e o proletariado (não proprietários). Deveria educar proletários indisciplinados a serem não proprietários não ameaçadores da propriedade, deveriam se resignar com seu *status* social.

Os autores continuam (2010, p. 216):

> Com efeito, a organização interna do cárcere, a comunidade "silenciosa" e "laboriosa" que o habita, o tempo inexoravelmente repartido entre trabalho e oração, o isolamento absoluto de cada preso-trabalhador, a impossibilidade de qualquer forma de associação entre os operários-internos, a disciplina do trabalho como disciplina "total", tudo isso torna os termos paradigmáticos daquilo que "deveria ser" a sociedade livre. "O interior" surge como modelo ideal daquilo que deveria ser "o exterior".

Claro que em uma fase mais avançada, este elemento não é mais suficiente para representar a relação entre a sociedade e o cárcere, mas tem grande importância histórica.

O cárcere é apenas um pequeno pedaço que constitui o sistema penal burguês, faz parte de um conjunto de filtros sucessivos, sendo apenas o ápice de um processo de seleção que começa muito antes do cárcere, como por exemplo, a escola, institutos de controle de desvio de menores, de assistência social, organização cultural do tempo livre, dentre outros.

Neste contexto, podemos destacar as técnicas previstas no Estatuto da criança e do adolescente aplicadas aos adolescentes infratores. A respeito destas técnicas constata-se que sob o escopo de educar, caracterizam um verdadeiro instrumento de controle, de observação deste adolescente bem como de sua família, com o intuito de garantir que esses indivíduos se adaptem as normas sociais e sejam uteis a ordem social vigente.

Mauricio Gonçalves Saliba (2006, p. 122), analisando de maneira critica a proposta educativa do Estatuto da Criança e do adolescente, afirma que:

> Em todos os relatórios analisados ficou evidenciado que o acompanhamento efetuado pela medida socioeducativa de Liberdade Assistida apenas examinou durante um longo tempo a vida do adolescente e de sua família. Utiliza-se esse exame para testar o comportamento do adolescente infrator quando novamente colocado nos aparelhos disciplinares (escola, trabalho, família etc) e para verificar a sua adesão às normas de comportamento social, a fim de transformá-lo no adulto dócil e útil a ordem social.

Logo, dentro do processo de seleção a que um indivíduo das classes subalternas é exposto durante toda sua vida, o cárcere é apenas o final deste filtros sucessivos, ele representa a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.

Antes de ser a defesa de uma sociedade que se diz "honesta" as condutas praticadas por aqueles definidos como criminosos, a prisão é meio fundamental para a criação de uma população criminosa e recruta seus "clientes" nas camadas mais débeis do seio social.

Mesmo frente a estas considerações: "legitimado pela ideologia da defesa social, o direito penal contemporâneo continua a autodefinir-se como direito penal do tratamento. A legislação mais recente atribui ao tratamento a finalidade de reeducar ou reinserir o delinquente na sociedade" (BARATTA, Alessandro, 2002, p. 168).

Não se pode negar que o sistema penal tem como verdadeiro escopo impor a cada indivíduo um modelo de comportamento conforme seu *status* social, deste modo trata-se de um processo de socialização institucionalizada, assim como o sistema escolar, que exerce a mesma função de seleção e marginalização que a justiça penal.

Sobre esta constatação Alessandro Baratta (2002, p. 175) leciona:

> A homogeneidade do sistema escolar e do sistema penal corresponde ao fato de que realizam, essencialmente, a mesma função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando, em particular, eficazes contra-estímulos à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado, ou colocando diretamente em ação processos marginalizadores.

Quando falamos da criminalização primária, ou seja, da criação das normas de direito penal *in abstrato,* os valores que são abarcados pelo Direito Penal são aqueles de uma classe burguesa que dá ênfase à proteção ao patrimônio privado em detrimento de bens que

deveriam ser de interesse de todas as esferas da sociedade, alcançando condutas típicas das classes mais baixas e marginalizadas dos extratos sociais.

Dai se afirmar que as redes do Direito Penal são finas para as condutas típicas das classes sociais mais marginalizadas e largas quando se fala de condutas praticadas pela classe dominante, que em regra, são os denominados “crimes de colarinho branco”[312].

Nessa lógica, ensina Alessandro Nepomoceno (2004, p. 43):

> o poder de repressão foca em uma espécie de criminalidade, deixando-a visível aos olhos de todos, por outro lado não reprime a maioria das condutas criminalizadas em lei, especialmente as perpetradas por camadas sociais imunes à repressão do sistema. Logo, pessoas pertencentes a determinados nichos societários que possuem algum tipo de poder não vão ser 'escolhidas' para sofrerem a repressão do sistema pelo cometimento de condutas consideradas socialmente negativas pela lei penal.

Ryanna Pala Veras (2010, p. 157) sobre os crimes de colarinho branco dispõe:

> A criminologia crítica foi a primeira teoria macrossociológica a ocupar-se especificamente dos crimes do colarinho branco. Primeiro, porque constituem crimes de real lesividade social; segundo, porque são delitos cometidos por membros das classes dominantes, cuja impunidade confirma as premissas teóricas desenvolvidas pela criminologia critica.

O custo dos crimes de colarinho branco são muito maiores se somados todos os crimes contra o patrimônio praticados em nosso pais. Ryanna Pala Veras (2010, p. 158) apud Lola Aniyar de Castro (1983, p. 83) classifica estes custos em três categorias:

> Podemos classificar estes custos em três categorias: o custo individual: aí estão incluídos os gastos a serem feitos para a restituição da saúde, quando esta é lesada (tanto para a aquisição de remédios, como para o pagamento do médico e compra de alimentos); o dano econômico: o dano causado às condições de vida, os gastos a

[312] No Brasil esse termo configura o ato delituoso cometido por uma pessoa de elevada respeitabilidade e posição sócio-econômicos e, muitas vezes, representa um abuso de confiança.

> serem feitos para as reparações (no caso de artigos adquiridos em más condições) etc. O custo social: que se produziria com os delitos como evasão de impostos, a ruína de pequenos comerciantes, a elevação do custo de vida etc. E, por ultimo, o custo moral, que é muito importante, porque os grandes empresários, que são os que cometem estes delitos, são geralmente líderes da comunidade, espelho e exemplo do povo, grandes defensores de um equipamento social para a preservação da delinquência juvenil e geral, ou exercem outras atividades similares.

Verifica-se que, em regra, a persecução penal não alcança estes delitos, mas a pergunta que se faz é: se são tão lesivos a toda a coletividade porque escapa a tutela do direito penal?

Para se obter esta resposta nos valemos dos postulados da criminologia critica. A explicação é simples, o direito penal não é igual para todos e não protege os bens jurídicos mais importantes para a sociedade e sim aqueles que interessam a classe dominante, fatia social esta que não tem interesse em criminalizar condutas por ela praticadas.

Marilda Tregues de Souza Sabbatine (2009, p. 77) reforça este entendimento:

> É um resultado quase que matemático, pois o monopólio da violência regido pelo Estado atua em defesa das classes privilegiada, assim, o resultado é por óbvio desfavorável à minoria desprovida. Se a tranqüilidade é oferecida pelo Estado, e existem aqueles que desrespeitam esta ordem, é justo que as eles seja aplicada a lei; e aplicar a lei é proteger os excludentes, assim, a pena entra em ação, em se tratando de sistema punitivo no Brasil, tem-se a prisão como eliminação do desrespeito à tranqüilidade.

Assim, os crimes de colarinho branco não são objeto do direito penal, visto que são praticados por uma parcela da sociedade que possui o poder tanto econômico quanto político, portanto, pessoas que dominam o discurso oficial do sistema penal bem como mecanismos de criação do senso comum.

O direito penal tem como sua função não declarada a manutenção da estrutura social desigual existente no mundo capitalista. Como é de interesse para o sistema burguês acabar com qualquer oposição ao *status quo* vigente (quem é rico continua rico e quem é pobre continua pobre), a prisão mantém essa massa dos marginalizados sob vigilância constante, de forma que não ameacem os detentores do poder. “O sistema penal e a prisão são a forma mais

econômica de vigiar e controlar essas pessoas, porque expõem pouco a figura do poder que as controla" (VERAS, Ryanna Pala, 2010, p. 159).

Alessandro Nepomoceno (2004, p. 43) conclui:

> Assim, o sistema penal moderno quando é analisado em seu real funcionamento, pois possui promessas não cumpridas (alto desempenho no combate à criminalidade) e cumpre o que não foi dito ("queima óleo", isto é, reproduz o *status quo* através da penalização, pois só alguns 'eleitos' serão punidos).

Importante frisar que o sistema penal reforça outros sistemas (como escolas, quartéis, manicômios, hospitais) que exercem funções semelhantes: o recrutamento, aprisionamento, sequestro e estigmatização.

Eugenio Raúl Zaffaroni (2001, p. 22 e 23) afirma que o real poder do sistema penal não é o poder opressor, ou seja, algo negativo, sendo seu exercício mais importante positivo, configurador, posto que a repressão punitiva é apenas um limite ao exercício do poder. Assevera que os órgãos do sistema penal são responsáveis por um controle social "militarizado e verticalizado" exercido sobre a maior parte da população, que vai além da mera repressão, por ser configurador da vida em sociedade.

E continua o autor (2001, p. 23):

> Este poder configurador não se limita às funções que, discricionariamente (...) exercem os órgãos executores do sistema penal e que pertencem exclusivamente aos mesmos, mas esses órgão também atuam como órgão de execução, recrutamento e reforço de outras agências ou instâncias institucionais configuradoras, cujo poder é explicado por discursos diferentes, embora com recursos análogos ao aprisionamento, sequestro, estigmatização.

O verdadeiro poder do Direito Penal não se mostra no momento em que as agências penais detém, processam ou condenam alguém, é muito menor quando se compara ao poder de controle sobre toda conduta social por meio da interiorização pelas pessoas desta vigilância disciplinar exercida por este ramo do direito. Nas palavras de Zaffaroni (2001, p. 24): "A vigilância disciplinar, verticalizante e militarizada da sociedade opera de forma camuflada, impedindo que seja percebida a nível consciente, em toda a sua magnitude".

Por sua vez, os processos de criminalização secundária exacerbam a seletividade do direito penal.

3 CÁRCERE E EXCLUSÃO SOCIAL

André Campos et al (2003, p. 27) define a exclusão como “um todo que se constitui a partir de um amplo processo histórico determinado que acompanha, em maior ou menor grau, a evolução da humanidade”.

O direito a propriedade bem como a divisão do trabalho clareou não apenas a desigualdade política entre poderosos e fracos, como também difundiu a progressão de um sistema de diferença entre os homens, que passou a se revelar não mais de maneira natural, mas por razões políticas, econômicas, sociais e culturais. (CAMPOS et al, 2003, p. 28)

Assim, a exclusão social pode ser identificada à situação de “não ter”. Não ter renda suficiente, não ter terra, não ter trabalho, etc. Mas não é somente isto, este processo é mais amplo e complexo, indo além. “Trata-se, na realidade, dos constrangimentos do *ter*, o que torna o fenômeno da exclusão social uma temática do *ser* muito mais do que simplesmente *ter.*” (CAMPOS et al, 2003, p. 29)

Portanto, a exclusão social possui características de cunho político e econômico, fazendo com que um grupo social seja algo “porque tem” e que outros não sejam “porque não tem”.

André Campos et al (2003, p. 33) sintetiza:

> exclusão social manifesta-se crescentemente como um fenômeno transdisciplinar que diz respeito tanto ao não acesso de bens e serviços básicos como à existência de segmentos sociais sobrantes de estratégias restritas de desenvolvimento sócio-econômico, passando pela exclusão dos direitos humanos, da seguridade e segurança pública, da terra, do trabalho e da renda suficiente.

Jock Young (2002, p. 11) afirma que a exclusão, em nosso mundo moderno ocorre em três níveis: “Exclusão econômica dos mercados de trabalho, exclusão social entre pessoas na sociedade civil, e nas atividades excludentes sempre crescentes do sistema de justiça criminal e da segurança privada”.

A exclusão social é dividida pela doutrina em “velha” e “nova” exclusão. A “velha” exclusão seria a forma de marginalização fruto do crescimento econômico e da cidadania,

representada pelos baixos níveis de renda e de escolaridade que atinge com maior freqüência imigrantes, analfabetos, mulheres, famílias com muitos integrantes e indivíduos negros. (CAMPOS et al, 2003, p. 43).

Por sua vez, a "nova" exclusão social trata-se de um fenômeno de ampliação de parcela de membros da sociedade em situação de vulnerabilidade social, além de diferentes formas de manifestação de exclusão, englobando o âmbito cultural, econômico e político (CAMPOS et al, 2003, p. 49). Atinge parcela da sociedade antes considerada imune aos processos de exclusão, como, por exemplo, jovens com considerável escolaridade, pessoas com mais de 40 (quarenta) anos, pessoas definidas como "brancas", etc.

A "velha" exclusão social ainda é predominante em regiões menos desenvolvidas do Brasil ante os baixos níveis de escolaridade, de estados de pobreza absoluta, famílias numerosas e baixas rendas. Por outro lado, a "nova" exclusão social tem ganhado corpo nas regiões mais desenvolvidas do país frente aos altos índices de desemprego, do isolamento juvenil, da pobreza de famílias monoparentais, da falta de perspectiva para pessoas com maior escolaridade e da proliferação da violência.

"A dinâmica fundamental de exclusão resulta de forças de mercado que excluem segmentos amplos da população do mercado primário de trabalho e dos valores de mercado, o que contribui para gerar um clima de individualismo" (YOUNG, Jock, 2002, p. 49).

Este panorama tem influencia sobre as causas da criminalidade e as reações contra o crime. As exclusões que ocorrem durante este processo seriam uma tentativa de lidar com o problema da criminalidade e se fundamentam em uma percepção equivocada deste fenômeno.

Jock Young (2002, p. 49) conclui:

> A própria criminalidade é uma exclusão, como são as tentativas de controlá-la através de barreiras, encarceramento e estigmatização. Tais processos freqüentemente exacerbam o problema numa dialética de exclusão: mas as mudanças que ocorrem no florescente aparato de controle do crime são, no longo prazo, uma resposta a esta condição. (YOUNG, Jock, 2002, p. 49)

O sistema penal é fundado na seletividade de grupos sociais, o que acarreta a imunização de outros. A parcela da população que detém o poder econômico ou político fica imune ao sistema penal, enquanto que outros estamentos sociais, por serem parte já excluída da sociedade, são selecionados.

Portanto, ele seleciona, marginaliza por meio da estigmatização e exclui aqueles que já estavam à margem da sociedade.

Alessandro Nepomoceno (2004, p. 49 e 50) traz a baila o perfil da população carcerária brasileira, desenhada pelo Censo Penitenciário Brasileiro de 1994:

a) 95% dos presos são pobres;

b) 87% deles não concluíram o primeiro grau;

c) 85% não possuem condições de contratar advogado;

d) 96,31% dos encarcerados são homens;

e) os crimes mais apenados são:

- 33% por roubo (Art. 157 do CP);
- 18% por furto (Art. 155 do CP): 51% contra o patrimônio, que representa mais da metade do processamento feito pelo sistema;
- 17% por homicídio (Art. 121 do CP);
- 10% por tráfico de drogas (Art. 12 da Lei n.° 6368/76);
- 3% por lesão corporal (Art. 129 do CP);
- 3% por estupro (Art. 213 do CP);
- 2% por atentado violento ao pudor (Art. 214 do CP);
- 2% por estelionato (Art. 171 do CP);
- 1% por extorsão (Arts. 158 e 159 do CP).

Partindo destes dados se verifica que a função efetiva do sistema penal é de manutenção do *status quo*, ou seja, o cárcere é reprodutor de desigualdades sociais. Trata-se de um instrumento de exclusão social, ao contrario dos seus fins oficialmente declarados.

Escolhe-se

> para receber toda a carga de estigma, de injustiça, diretamente provocada pelo sistema penal, preferencial e necessariamente os membros das classes subalternas, fato facilmente constatável, no Brasil, bastando olhar para quem está preso ou para quem é vitima dos grupos de extermínio". (KARAN, 1993, p. 206 e 207).

Neste diapasão é a lição de Alessandro Nepomoceno (2004, p. 43):

> o poder de repressão foca em uma espécie de criminalidade, deixando-a visível aos olhos de todos, por outro lado não reprime a maioria das condutas criminalizadas em lei, especialmente as perpetradas por camadas sociais imunes à repressão do sistema. Logo, pessoas pertencentes a determinados nichos societários que possuem algum tipo de poder não vão ser 'escolhidas' para sofrerem a repressão do sistema pelo cometimento de condutas consideradas socialmente negativas pela lei penal.

Portanto, é nítido que a prisão não é instrumento ressocializador, não funciona como método para a reinserção social do delinqüente. Zygmunt Bauman (1999, p. 122) afirma a respeito do papel exercido pela prisão:

> Nenhuma evidência de espécie alguma foi encontrada até agora para apoiar e muito menos provar as suposições de que as prisões desempenham os papeis a elas atribuídos em teoria e de que alcançam qualquer sucesso se tentam desempenhá-los – enquanto a justiça das medidas mais especificas que essas teorias propõem ou implicam não passa nos testes mais simples de adequação e profundidade ética.

As comunidades carcerárias estão dominadas por fatores que obsta qualquer discurso que objetive a reinserção social e a ressocialização através das unidades prisionais.

A prisão ainda é o momento culminante dos mecanismos de exclusão social que produz os criminosos, e cuida para que estes indivíduos sejam estigmatizados e assumam o papel que a sociedade lhes oferece: criminoso.

> A assertiva que se apóia no argumento de que o Direito Penal constitui-se em instrumento de garantia de práticas democráticas de convívio social no Brasil, não passa de um sonho de uma tarde chuvosa de verão, visto encontrar-se a serviço de uma classe dominante. (TORRES, Aimbere Francisco, 2005, p. 138)

Loïc Wacquant (2007, p. 17) afirma, com a propriedade que lhe é peculiar, que:

> para a classe superior e a sociedade em conjunto, o ativismo incessante e sem freios da instituição penal cumpre a missão simbólica de reafirmar a autoridade do Estado e a vontade reencontrada das elites políticas de enfatizar e impor a fronteira sagrada entre os cidadãos de bem e a categoria desviantes, os pobres

> ‘merecedores’ e os ‘não-merecedores’, aqueles que merecem ser salvos e ‘inseridos’ (mediante uma mistura de sanções e incentivos) no circuito do trabalho assalariado e instável e aqueles que, doravante, devem ser postos no índex e banidos, de forma duradoura.

Após, apenas ter tocado o sistema penal[313], o individuo então passa a ser rotulado, etiquetado como criminoso, “bandido”, ex presidiário. Trata-se do mecanismo de marginalização iniciado pelos órgãos institucionais é reforçado pelos processos informais que acontecem dentro da própria sociedade constituído pelo distanciamento dos cidadãos daqueles indivíduos rotulados pelo sistema penal, a separação entre os “honestos” e os “desonestos”.

Aqueles que já foram selecionados pelo sistema penal em razão de já serem marginalizados por outros motivos, com a entrada no sistema prisional, consolidam definitivamente esta exclusão social.

Criam-se situações de insegurança social, tendo como principal causador “o criminoso”. Este não é fenômeno exclusivo do Brasil. De acordo com Loic Wacquant (2007, p. 29), a generalização da insegurança social é um fato que existe, há muito tempo, também nos Estados Unidos :

> Estas categorias – refugos – jovens desempregados deixados à sua própria sorte, mendigos e “sem teto”, nômades e toxicômanos à deriva, imigrantes pós-coloniais sem documentos ou amparo – tornaram-se muito evidentes no espaço público, sua presença indesejável e seu comportamento intolerável porque são a encarnação viva e ameaçadora da insegurança social generalizada, produzida pela erosão do trabalho assalariado estável e homogêneo (promovido à condição de paradigma do emprego durante às décadas de expansão fordista entre 1945 e 1975), e pela decomposição das solidariedades de classe e de cultura que ela apoiava num quadro nacional claramente circunscrito.

Portanto, a conclusão que se alcança é de que o sistema penal funciona como uns dos instrumentos de exclusão social de nossa sociedade capitalista, almejando conservar a estrutura social atual.

---

[313] A expressão “ter tocado” significa que não é necessária a condenação para que haja a rotulação, basta que o individuo seja preso para que seja etiquetado como criminoso pela sociedade.

CONCLUSÃO

O cárcere é apenas um pequeno pedaço que constitui o sistema penal burguês, faz parte de um conjunto de filtros sucessivos que compõe a sociedade capitalista. Portanto, dentro do processo de seleção a que um indivíduo das classes subalternas é submetido durante toda sua vida, a prisão é apenas o final destes filtros sucessivos, representando a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.

Apenas as condutas das camadas mais frágeis do seio social são selecionadas por este ramo do direito. Neste diapasão, os crimes de colarinho branco não são objeto do direito penal, posto que são praticados por uma parcela da sociedade que possui o poder, tanto econômico quanto político, portanto, pessoas que dominam o discurso oficial do sistema penal bem como mecanismos de criação do senso comum.

O direito penal tem como sua função não declarada a manutenção da estrutura social desigual existente no mundo capitalista. Como é de interesse para o sistema burguês acabar com qualquer oposição ao *status quo* vigente a prisão mantém essa massa dos marginalizados sob vigilância constante, de forma que não ameacem os detentores do poder.

Partindo destes dados se verifica que a função efetiva do sistema penal é de manutenção da estrutura social existente, ou seja, o cárcere é reprodutor de desigualdades sociais. Trata-se de um instrumento de exclusão social, ao contrario dos seus fins oficialmente declarados.

Aqueles que já foram selecionados pelo sistema penal em razão de já serem marginalizados por outros motivos, com a entrada no sistema prisional, consolidam definitivamente esta exclusão social.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Sistema penitenciário no Brasil: Problemas e desafios**. Revista USP. Março, abril e maio. 1991.

BARATTA, Alessandro. **Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. Tradução Ana Sabadell. RBCCrim, n. 5. São Paulo: RT, 1994, p. 5-24.

_____. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto carioca de Criminologia, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas.** Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BECCARIA, Cesar Bonesana. **Dos delitos e das penas.** Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 4º ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, César Roberto. **Falência da pena de prisão:** causa e alternativas. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

Brasil. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1.940**. Poder Executivo, 1940.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei de Execuções Penais. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1.984.** Brasília, DF: Senado, 1984.

CALON, Eugenio Cuello. **La moderna penalogia (Represión dês delito y tratamiento de lós delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución).** Barcelona: Bosch, 18972.

CAMPOS, André; POCHMANN, Marcio; AMORIM, Ricardo; SILVA, Ronnie (orgs.). **Atlas da Exclusão Social no Brasil, vol. 2: dinâmica e manifestação territorial.** São Paulo: Cortez, 2003.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **A crise do sistema penal.** Publicado na **Revista dos Tribunais**, vol. 768. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalhete. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIACOIA, Gilberto e HAMMERSCHMIDT, Denise. **La cárcel em Espana, Portugal y Brasil: la experiência histórica bajo lãs perspectivas criminológicas**. Curitiba: Juruá, 2012.

GIACOIA, Gilberto. **Retrospecto e perspectivas das estratégias repressivas sob enfoque criminológico**. Tese de Doutorado defendida na FADUSP, disponível em sua biblioteca. São Paulo: 1996.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e medidas alternativas à prisão.** 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KARAN, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. 2 ed. Rio de Janeiro: ed. Luam, 1993.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

_____. **Sistema penal como espelho social.** Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010, p. 995 – 1008.

LEAL, César Barroso. **Prisão: crepúsculo de uma era**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Delrey, 2001.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massino. **Cárcere e fabrica: As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)**. Rio de Janeiro: Renavan: ICC. (pensamento criminológico; vol. 11). 2º ed, 2010.

NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei: a face oculta da sentença penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

OLIVEIRA, Odete Mara de. **Prisão: um paradoxo social.** 2º ed. Florianópolis: UFSC, 1996.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3º ed. Lisboa: Vega, 1998.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** 2º ed. Tradução, revisão técnica e nota introdutória de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2004.

SABBATINE, Marilda Tregues de Souza. **O estado democrático de direito e a pena privativa de liberdade: aspectos jurídicos e sociais.** Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 10 (janeiro-junho) – Jacarezinho, 2009, p. 69 a 102.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu . **Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Criminologia**. São Paulo: RT, 2004.

SICA, Leonardo. **Direito Penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: RT, 2002.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TORRES, Aimbere Francisco. **Sistema penal e exclusão social –questões de classe sócio-econômica.** Argumenta: Revista do programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI – UENP/ Centro de Pesquisa e Pós-graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. N. 05 – Jacarezinho, 2005, artigo publicado nas paginas 131/ 143.

VERAS, Ryanna Pala. **Nova criminologia e os crimes do colarinho branco.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente.** Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Renavan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

WACQUANT. Löic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Renavan, 1991.

_____; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral**. 9º ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A CRISE DO DIREITO NA PÓS-MODERNIDADE: UMA REFLEXÃO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS PRISÕES DA AMÉRICA LATINA

Fernanda Eloise Schmidt Ferreira FEGURI[314]

Roberto FEGURI[315]

RESUMO

O presente estudo visa enfocar teoria e prática dos direitos humanos na dimensão do cárcere. A fragilização dos direitos fundamentais se origina da incerteza jurídica, característica da pós-modernidade. Tem-se a repercussão do esfacelamento conceitual, epistemológico, no universo prático do direito. À margem dos questionamentos teóricos faz-se um levantamento da realidade do sistema prisional na América Latina, salientando um quadro aterrador. O desrespeito aos direitos humanos retrata a ineficácia da positivação do direito no âmbito constitucional. A era das incertezas atingiu o mais recôndito rincão do mais fundamental dos direitos. As conclusões clamam por um agir que remeta à revisão da prática, no sentido de fazer valer o que está disposto em lei.

PALAVRAS-CHAVE: pós-modernidade; sistema prisional; América Latina.

ABSTRACT

This study aims to focus on theory and practice of human rights in the size of the prison. The weakening of fundamental rights arises from the legal uncertainty, characteristic of postmodernity. It has the effect of destruction of conceptual, epistemological, practical law in the universe. Aside from the theoretical questions it is a survey of the reality of the prison system in Latin America, highlighting a terrifying picture. The human rights abuses are

[314] Advogada, Professora do Ensino Superior, Mestre e Doutoranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE – Bauru/SP).

[315] Advogado, Professor do Ensino Superior, Mestrando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE – Bauru/SP).

positive reflects the ineffectiveness of law within the constitutional framework. The era of uncertainty reached the innermost corner of the most fundamental rights. The findings call for an act that refers to the review of practice in order to enforce what is required by law.

KEYWORDS: postmodernity; prison system; Latin America.

INTRODUÇÃO

É usurpar a clemência de Deus castigar sem necessidade. A clemência vale mais que a justiça. Censuramos muito os menores erros dos desfavorecidos e nos condoemos pouco com suas maiores desgraças.

Marquês de Vauvenargue

A filosofia é a área do conhecimento que se atém na busca das razões últimas de todas as coisas, encontrando no universo jurídico um generoso e fértil terreno. Quando se debruça sobre questões jurídicas, a filosofia não se afasta, nem se isenta de suas particularidades como disciplina, prosseguindo com sua metodologia rigorosa, sistemática e lógico-racional. Agora, porém, focada nos aspectos axiológicos do Direito, a filosofia objetiva legitimar princípios, questionar conceitos legais ou fundamentar o discurso jurisprudencial.

Filosofia e direito não se confundem, são disciplinas distintas, cada qual com seu objeto de estudo específico. Por outro lado, a filosofia do Direito é a parte da filosofia que se volta, criticamente, para o direito na tentativa de esclarecer aspectos que o direito como tal nem sempre consegue resolver.

Assim como há uma filosofia da linguagem, uma filosofia da ciência e uma filosofia da religião há também uma filosofia do Direito. A filosofia do Direito tende, nalguns casos, a especializar-se em alguns ramos da ciência jurídica, como é o caso da crítica filosófica direcionada aos direitos humanos. Aqui a mãe de todas as ciências busca a razão de ser dos direitos fundamentais, a vigência e a eficácia dos mais básicos direitos, estabelecendo

critérios válidos para o modo de agir e pensar do operador do direito envolvido na ciência jurídica, em sua esfera internacional focada nos direitos humanos.

Cabe a essa altura, portanto, questionar o saber jurídico, filosoficamente, considerando o número expressivo de obras e estudos jurídicos, de cunho científico, que sustentam as práticas jurídicas no Brasil e na América Latina. Cabe, sobremaneira, perguntar até que ponto continuam válidos os critérios de conhecimento e valor outrora estabelecidos numa sociedade cujos fundamentos estão sendo amplamente modificados.

Com razão, na pós-modernidade, vale perquirir as alterações relacionadas aos fundamentos últimos dos direitos humanos. Os valores que norteiam os direitos humanos seguem sendo os mesmos da modernidade iluminista? Liberdade humana e poder de punir do Estado ganham expressão no mundo pós-moderno ou perdem força nessa nova sociedade globalizada? Quais os enfoques merecedores de maior atenção ou ainda de maior tensão na seara dos direitos fundamentais?

São múltiplos os questionamentos, não obstante a realidade vigente parece ignorar que no ato de julgar está implícita a certeza dos fundamentos legais, o que não é verdadeiro. A dúvida norteia o Direito na contemporaneidade e isso se dá porque o Direito é ciência e a ciência carece de razão quando pautada em procedimentos meramente estruturados na cognição.

Hodiernamente a cientificidade vem com Morin (2011) pleitear a inclusão de pressupostos não convencionais, posto que ciência agora postula elementos outrora tidos como não-racionais. A inovação no mundo da ciência impõe a necessária e correlata inovação no âmbito jurídico, fato que se por um lado se demonstra ainda incipiente, por outro significa, de imediato, o fortalecimento do direito alternativo, da justiça restaurativa, dentre outras práticas já em curso, embora pouco conhecidas nos Tribunais do país.

A irracionalidade tem sido notória nas práticas do Direito, nos fundamentos e práticas dos modos de fazer justiça, sobretudo na esfera da justiça penal. O desrespeito ao mais elementar princípio dentre os denominados direitos fundamentais segue pleno no Brasil e em quase toda a América Latina. O que se pergunta é, pois: está no acordo da razão o abandono dos cárceres, a miséria premente nos presídios, a ausência de assistência aos encarcerados, a prática da tortura (mal encoberta); isso tudo condiz com a lógica do discurso legal?

Mesmo em democracias supostamente consolidadas, a realidade nos modos de punir afronta o devido processo legal. Em tese, nas democracias ao menos, deveria se respeitar os procedimentos penais que exigem provas e oferecem direitos de defesa, algo que não significa renunciar à necessária repressão à criminalidade. Todavia, diante do gradativo aumento da violência, o que se vê é uma repressão desorientada, visando mais satisfazer a opinião pública – ávida pela mais cruel punição – do que verdadeiramente uma postura de compreensão da raiz do problema, recuperando o princípio que fundamenta a justiça.

Um pensador eminente cita o caso de nações extremistas diante da criminalidade:

> Certos regimes fundamentalistas lutam contra essa derrocada através de uma repressão feroz, por exemplo, cortando a mão dos ladrões sem qualquer forma de processo. A solução não é, evidentemente, voltar à lei do talião ou a uma repressão digna das sociedades mais totalitárias e, por outro lado, extremamente violentas. (PERRENOUD, 2000, p.144).

Salta aos olhos a fragilidade que tomou conta do discurso em torno dos direitos humanos. Antes uma fortaleza jurídica a embasar a ordem do Direito Internacional, agora em franca decadência, meio que fora de linha, do que muito se fala e pouco se concretiza. Ora, não são esses mesmos direitos aquela modalidade tida como a mais próxima do direito natural? Certamente, e esse enfoque por sua vez é o que melhor reflete a ruptura conceitual fundamentada na incerteza da era pós-moderna da qual referíamos alhures.

Resta evidente em tão breve apresentação o núcleo base do presente estudo, a saber: focar a fragilização da perspectiva humanista na defesa dos apenados, dos encarcerados, partindo do princípio teórico-conceitual corrompido na era pós-moderna. A prática deveras perde força quando enfraquecida se encontra sua base epistemológica.

1. PÓS-MODERNIDADE E A CRISE DA RAZÃO: REPERCUSSÃO JURÍDICA

A denominada pós-modernidade tem início em meados do século XX, ganhando força com a derrocada do socialismo no leste europeu. A cultura pós-moderna se interessa muito pela mudança, mobilidade, flexibilidade, ausência de regras, instabilidade jurídica.

Com efeito, essa nova condição remete à incredulidade em relação aos metarrelatos, ou seja, nasce uma espécie de desencanto com os grandes discursos produzidos no século XIX e explicadores da condição histórica do homem ocidental, nos seus aspectos econômicos, sociais e jurídicos. (SANTIAGO, 2006).

Nessa ordem social tropeça muito se questiona o porquê da perda de autoridade da lei, das instituições, das lideranças políticas e dos gestores públicos. O grupo social perdeu a noção de respeito às autoridades instituídas, é o que se destaca com relativa frequência. Em plena metamorfose dos valores, na transcendência dos princípios, a noção de certo e errado, bem e mal também se confundem. Esperar que desse estado de coisas não decorra nenhum efeito jurídico é ingenuidade ou má-fé.

É sabido que a dinâmica que o capitalismo pós-industrial assumiu neste final de milênio conduziu a ordem social por determinadas circunstâncias ao fenômeno da globalização e suas indissociáveis consequências, quais sejam: a dissolução das fronteiras geográficas, a desterritorialização da produção, a relativização do conceito de soberania, a deslegalização e a desformalização dos direitos sociais, e a reestruturação produtiva, com a superação do capitalismo tradicional pelo modelo da denominada especialização flexível. (LYOTARD, 2006; BAUMAN, 1998).

O conjunto dos fatores acabou por acarretar mudanças estruturais que solaparam as bases da hegemonia instituída e hoje, em muitos círculos do saber, proclama-se a falência da razão e do discurso da modernidade, “com a renúncia a quadros interpretativos totalizadores, que caracterizaram as abordagens unificadoras do século XIX, erigidas no suposto de que os fenômenos sociais se nucleavam em grandes categorias”. (CARVALHO JUNIOR, 2001, p.192).

Pode-se ver neste declínio dos relatos um efeito do desenvolvimento das técnicas e das tecnologias a partir da Segunda Guerra Mundial ou então o redesdobramento do capitalismo liberal avançado após seu recuo – sob a proteção do keynesianismo durante os anos 1930-1960 – renovação que eliminou a alternativa comunista e que valorizou a fruição individual dos bens e dos serviços. (LYOTARD, 2006). É neste momento preciso que a ciência jurídica perde seu aspecto crítico, “negligenciando-se o princípio humanista segundo o qual a humanidade eleva-se em dignidade e em liberdade por meio do saber” (LYOTARD, 2006, p.62).

No conjunto, teoria e prática se entrelaçam numa derrocada sem precedentes. A norma legal, outrora fundamentada em preceitos inquestionáveis, agora carece de efeito nalgumas esferas, muito principalmente no âmbito dos direitos humanos, em tese, prescritos aos menos favorecidos.

Na América Latina, os governos civis que sucederam os regimes ditatoriais, acabaram por enfrentar problemas com relação às acusações de violação de direitos. O fim das ditaduras pouco representou para uma camada significativa de excluídos, dentre os quais os apenados sejam talvez ou que se incluam entre os casos mais gritantes.

É sabido que a responsabilidade em promover e fazer respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos é algo a ser compartilhado por todos: governo e sociedade civil. Não obstante, em diversos setores da sociedade civil divulga-se a ideia de que a proteção aos direitos humanos constitui um estímulo ao crime, quando apresenta as entidades de defesa dos direitos humanos como defensoras de marginais. Uma questão que se levanta com frequência, está em saber a quem interessa a deturpação da mensagem daqueles que lutam pelos direitos fundamentais dos apenados, dos encarcerados, dentre outros desfavorecidos.

Vale aqui transcrever as palavras de Carnelutti que, como poucos, sabia reconhecer no imputado o valor cabível à pessoa humana:

> Aqueles que não compreendem e, por infelicidade, são muitos, a solidariedade do defensor com o imputado, ainda quando o defensor esteja convencido de sua culpabilidade, deveriam meditar no gesto sublime de São Francisco, que não apenas se deteve, quando cavalgava na doce primavera da Úmbria, ao aparecer o leproso, que não apenas lhe ofereceu seu dinheiro, mas que, desmontando de sua cavalgadura, o beijou no rosto carcomido pela horrível enfermidade. (CARNELUTTI, s/d, p.103).

As parcelas privilegiadas da população sustentam uma visão mais conservadora enxergando nos marginalizados a figura do sujeito irrecuperável, fato que se traduz no apoio sempre presente à pena de morte ou às penas degradantes como o regime disciplinar diferenciado[316]. Sob a justificativa da necessidade de salvaguardar os bons princípios e recuperar a ordem, ferem-se os fundamentos da razão jurídica.

[316] O RDD é o regime disciplinar diferenciado que impõe a uma classe de presos uma sistemática opressora que inclui a proibição de visitas, a proibição de tomar sol, o isolamento quase absoluto, a visita periódica de

Sob o governo de George W. Bush, os Estados Unidos foram acusados pela Anistia Internacional de estar fazendo uso da "retórica" dos direitos humanos para encobrir interesses escusos, impondo ao mundo sua hegemonia política e econômica (MÉSZÁROS, 2006).

Como se fez notório, não invariavelmente são fartas as oposições aos direitos humanos na pós-modernidade. Teoria e prática desfocadas certamente impõem o necessário aprofundamento dos estudos relativos aos direitos humanos, desfazendo mitos e propondo uma perspectiva mais humanista na leitura da realidade.

2. OS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS DOS APENADOS.

Os direitos humanos podem ser definidos como sendo as ressalvas e restrições ao poder do Estado, expressas em dispositivos legais e mecanismos públicos, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem, sobretudo aos menos afortunados, manter e desenvolver suas qualidades de dignidade e condição de vida, garantindo a satisfação de suas necessidades básicas. (LEAL, 2009).

"Pode-se afirmar que o cristianismo e a Igreja Católica em particular contribuíram para a expansão dos Direitos Humanos como valores universais, com base em sua natureza divina" (RODRIGUES, 2009, p.86). O papel da Igreja como defensora dos direitos humanos esteve presente em toda a história universal. Na América Latina, cuja população é predominantemente católica, a influência da Igreja Católica foi particularmente muito forte, sobretudo no período das Ditaduras em vários países sul-americanos, com centenas de presos políticos.

Quando estão dispostos na ordem de uma Constituição os direitos humanos são comumente chamados de direitos fundamentais. No Brasil os direitos fundamentais não se restringem ao artigo 5º da Constituição de 1988, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional, expressos ou decorrentes dos princípios adotados pela Constituição ou decorrentes dos tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte (LENZA, 2011).

A doutrina costuma dividir os direitos humanos em categorias denominadas de dimensão ou geração, dependendo da preferência dos autores. Dar-se-á preferência, neste estudo, à expressão dimensão, partindo do entendimento de que geração pressupõe não um

---

psicólogo, entre outras práticas previstas na Lei 10.792/2003 que alterou a Lei de Execução Penal e o Código de Processo Penal.

acúmulo, mas uma sucessão, fato que não ocorre. O que se tem são de fato algumas dimensões de direitos que se acumulam ao longo da história. (LENZA, 2011).

Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos civis e políticos, as liberdades individuais e principalmente os direitos oponíveis ao Estado punitivo e opressor. Alguns documentos históricos configuram o que os autores chamam de direitos de primeira geração, quais sejam: a Magna Carta da Inglaterra de 1215; a Paz de Westfália de 1648, o *Habeas Corpus Act* de 1679, o *Bill of Rights* de 1688 e as Declarações de Direitos de 1776 (Americana) e de 1789 (Francesa), esta última a mais relevante. (LENZA, 2011).

Com efeito, após a Revolução Francesa foi ratificada no ano de 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, pela Assembleia Nacional Constituinte da França. O documento de cunho conservador garantiu, todavia, alguns avanços no tocante à condição dos apenados, como se lê a seguir em dois expressivos artigos:

"A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada".

E mais adiante:

"Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei". (COMPARATO, 1999).

Quanto aos direitos fundamentais de segunda geração é possível mencionar os direitos sociais, econômicos, culturais e coletivos. Os documentos históricos de importância nesse contexto foram a Constituição Republicana do México em 1917, a Constituição de Weimar em 1919 e o Tratado de Weimar também em 1919. (LENZA, 2011).

Os direitos fundamentais de terceira geração serão aqueles que transcendem o indivíduo e se baseam no gênero humano com forte teor humanista e universalidade. Estão presentes nessa dimensão o direito ao meio ambiente, o direito ao desenvolvimento, o direito ao progresso, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Há ainda os direitos fundamentais de quarta dimensão, ou quarta geração como preferem alguns. Tais direitos decorrem da globalização de direitos (BONAVIDES, 2006) e decorrem ainda dos avanços da engenharia genética. Aqui se incluem os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

Bonavides (2006) cita ainda uma quinta dimensão de direitos, onde se configura o direito à paz, tida como bem supremo de toda a humanidade.

No ano de 1948, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou a mundialmente conhecida *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. À época os países comunistas membros das Nações Unidas e liderados pela União Soviética (URSS) abstiveram-se de votar. O conteúdo bem como alguns princípios do documento internacional contradizia os fundamentos do socialismo. Verdadeiramente, sabe-se que a implementação de valores ou princípios advindos das históricas declarações de direitos tende a gerar conflitos: como conciliar, por exemplo, o direito à propriedade e o direito à justiça social? (SCHWARTZMAN, 2004).

Autores de orientação marxista criticam ainda hoje os chamados direitos do homem. Para muitos, o reconhecimento dos direitos do homem pelo Estado contemporâneo significa algo equivalente ao reconhecimento da escravidão pelo Estado antigo. De fato, alguns dos direitos enumerados em documentos históricos promulgados em favor de toda a humanidade, não condizem com o ideal de igualdade e justiça social reclamado pela ordem vigente.

Após a promulgação da Declaração Universal da ONU, dezenas de países de quase todos os continentes passaram a se unir em torno de convenções para a defesa dos direitos humanos. Na América Latina destacou-se o *Pacto de São José da Costa Rica,* no ano de 1969, documento onde se lia: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (COMPARATO, 1999).

E ainda, no mesmo documento, mais adiante: “Os Estados signatários desta Convenção se comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que está sujeita à sua jurisdição, sem qualquer discriminação". (COMPARATO, 1999).

No ano de 2012 a América Latina e o mundo comemoraram, no mês de dezembro, os 64 anos de promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas. E, vale anotar que, no Brasil, mesmo após o restabelecimento da democracia política, em 1985, não houve uma redução na violação dos direitos humanos. A soberania popular e a igualdade jurídica, como garantias legais, não possibilitaram a imediata concretização dos direitos fundamentais da grande maioria dos cidadãos brasileiros, sendo os casos mais emblemáticos os dos encarcerados. Entretanto é sabido que a Constituição brasileira preocupou-se profundamente em assegurar os direitos do indivíduo apenado.

Amontoam-se nos vários itens do artigo 5º algumas regras de direito penal e processo penal, de importância variável.

Importa dizer que todos os encarcerados, em prisão penal ou processual, todos são possuidores de direitos básicos estabelecidos na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) e, sobretudo, na Constituição da República. Além de possuidores de direitos fundamentais, os presos encontram na Carta Magna alguns direitos específicos. Nesse rol inclui-se o princípio da comunicação de toda prisão ao juiz competente, o da responsabilização das autoridades coatoras (inciso LXII), o da plena defesa (inciso LV), a proibição dos juízes e tribunais de exceção (inciso XXXVII), a instituição do júri (inciso XXXVIII). E ao lado desses direitos constam outros de teor substantivo, de interesse para os cidadãos punidos penalmente pelo Estado, quais sejam: o da anterioridade da lei penal (inciso XXXIV), da individualização da pena (inciso XLVI), da proibição das penas de banimento, de prisão perpétua, de trabalhos forçados, de morte, entre outras. (FERREIRA FILHO, 2008).

Conforme demonstrado, há direitos fundamentais cabíveis também aos apenados e há aqueles aplicáveis expressamente a estes. No próximo tópico será abordada a crise do sistema carcerário latino-americano, confrontando as disposições legais estudadas e a realidade da superlotação vivida.

A superlotação nos presídios retrata a preocupação comum em nossos dias de punir, com pena de prisão, a todos aqueles que ou desrespeitam a lei, ou fazem a lei com suas próprias mãos, assaltantes, ladrões de carros, furtadores de loja, entre outros. Nas palavras de Bauman (1998): “A preocupação dos nossos dias com a pureza do deleite pós-moderno expressa-se na tendência cada vez mais acentuada a incriminar seus problemas socialmente produzidos”. (BAUMAN, 1998, p.25). A incriminação facilitada parece estar emergindo como o substitutivo oficial da sociedade de consumo para o declínio fulgurante dos dispositivos do estado de bem estar no denominado terceiro mundo.

3. OS DIREITOS DOS PRESOS E A CRISE DO SISTEMA CARCERÁRIO NA AMÉRICA LATINA.

A mídia vem dando destaque a um número volumoso de abusos cometidos no sistema carcerário brasileiro, muito embora o problema atinja toda a América Latina. Já se tornaram comuns as denúncias de superlotação nas prisões, as torturas, os maus tratos aplicados aos apenados, isso tudo sem contar a ausência de assistência médica e jurídica.

O que mais causa preocupação está na indiferença da sociedade, que tantas vezes parece entender que o abandono deve mesmo fazer parte da pena. Muitos esquecem que a prática do delito é fenômeno social com causas multifatoriais e consequência direta de um contexto cultural pelo qual todos são responsáveis.

O ato de infringir a lei tem fundamentos e raízes sociais, políticas, econômicas e culturais. O que se tem previsto como crime, tipificado em lei, em determinado país e determinada época poderá não sê-lo noutra época, noutro país. Ademais, não existe homem que de algum modo, na sociedade em que vive, não tenha em algum momento cometido ato ilegal que possa ser enquadrado como delito no seu próprio país, ou em outros países. Todos erram e quem erra não o faz isoladamente.

A crise de valores, a efemeridade dos conceitos, a incerteza dos pressupostos da razão, no conjunto repercutem nos direcionamentos do direito, nos rumos das decisões jurisprudenciais. Por estas e por tantas outras razões se deve pensar o encarcerado como alguém digno de respeito e portador de direitos, conforme prevê a lei. Tal fato será estudado a seguir.

Muito lamentavelmente o disposto em lei nem sempre consta na concretude do cárcere. Mas a palavra expressa representa um avanço e nesse sentido o Brasil está à frente quando faz valer o que se encontra tanto na Constituição de 1988, quanto na Lei de Execuções Penais. É sabido que a Constituição em seu artigo 5º XLIX assegura aos presos o respeito à integridade física e moral, e por outro lado a Lei 7.210/84 determina que o Estado deverá prestar ao preso: I – Assistência Material (fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas); II - Assistência Saúde (atendimento médico, farmacêutico e odontológico, tanto preventivo, quanto curativo); III - Assistência Jurídica (destinada àqueles que não possuem recursos para contratar um advogado); IV - Assistência Educacional (o ensino do primeiro grau é obrigatório e é recomendada a existência de ensino profissional e a presença de bibliotecas nas unidades prisionais); V - Assistência Social (deve amparar o preso conhecendo seus exames, acompanhando e auxiliando em seus problemas, promovendo sua recreação, providenciando a obtenção de documentos e amparando a família do preso. A assistência social também deve preparar o preso para o retorno à liberdade); VI - Assistência Religiosa (os presos devem ter liberdade de culto e os estabelecimentos deverão ter locais apropriados para as manifestações religiosas. No entanto, nenhum interno será obrigado a participar de nenhuma atividade religiosa); VII - Assistência ao egresso (orientação para

reintegração em sociedade, concessão (quando necessário) de alojamento e alimentação por um prazo de dois meses e auxílio para a obtenção de um trabalho).

Como se pode observar na letra da lei, são assegurados direitos aos encarcerados, homens e mulheres, ainda que na prática os fatos se orientem de modo oposto. A legislação é digna de elogios, servindo de exemplo para nações menos desenvolvidas.

Em toda a América Latina existe algum tipo de Direito assegurado aos encarcerados. Variando de um país para outro, em termos gerais a lei dispõe o seguinte: 1) ser chamado pelo próprio nome; 2) receber visita da família e amigos em dias determinados; 3) escrever e receber cartas e ter acesso a meios de informações; 4) ter acesso a trabalho remunerado (no mínimo 3/4 do salário mínimo); 5) contribuir e ser protegido pela Previdência Social; 6) ter acesso à reserva de dinheiro resultado de seu trabalho (este dinheiro fica depositado em caderneta de poupança e é resgatado quando o preso sai da prisão); 7) ser submetido a uma distribuição adequada de tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; 8) ser protegido contra qualquer forma de sensacionalismo; 9) ter conversas pessoais reservadas com seu advogado; 10) ter igualdade de tratamento, a não ser no que se refere às exigências de individualização da pena; 11) ter audiência especial com o diretor do estabelecimento prisional; 12) poder se comunicar e enviar representação ou petição a qualquer autoridade, em defesa de seus direitos; 13) receber anualmente da autoridade judiciária competente um atestado de pena a cumprir.

Em contraste gritante com a legislação temos as estatísticas da realidade. No Brasil há 385 mil presos amontoados em celas de todo o país, sendo que a capacidade é de apenas 230 mil. O índice de recuperação é baixíssimo, as rebeliões são frequentes e cada vez mais o sistema prisional ganha feições de uma verdadeira “universidade do crime” como, aliás, é conhecido.

Referindo-se à condição do preso, o Presidente do Conselho Nacional de Administração Penitenciária, Cláudio Mariz (2007), assim dispõe:

> Você tem que dar uma punição que faça com que ele não volte ao crime. O preso tem que trabalhar na cadeia, tem que se profissionalizar. Quando sair da cadeia tem que ter um amparo da sociedade e do estado para que não volte ao crime. Muitos voltarão, mas muitos não voltariam se tivessem esse amparo. (MARIZ, 2007, p.12).

Conforme a disposição legal, os presos têm que ser separados por grau de periculosidade, a lotação deve ser compatível com a estrutura dos presídios. No mesmo sentido as celas individuais devem ter no mínimo seis metros quadrados e espaço para banheiro em boas condições de higiene. Isso é o que se espera além é claro da preservação da integridade física e psicológica do preso.

A concretude dos fatos aponta em direção oposta às pretensões legais acima, não só no Brasil, mas em toda a América Latina. No continente o que prevalece é a superlotação, a corrupção, a violência contra os presos, o domínio de grupos do crime organizado, a entrada de drogas, armas e telefone celular. A gestão dos sistemas penitenciários deveria ser mais eficaz, mais moderna, mais profissional, menos burocrática e menos política, onde sobressaísse a técnica e o respeito ao que dispõe a lei. Ao magistrado – e muitos se esquecem disso –, não cabe apenas aplicar a lei, deve também fiscalizar sua aplicação, o que não ocorre.

Se no Brasil a situação é ruim, em outros países igualmente subdesenvolvidos a situação não difere muito, como se lê nesse depoimento de um membro da Pastoral Carcerária em visita às prisões da Colômbia:

> Segundo informações governamentais, gastam-se com o preso cerca de cem dólares por dia. Essa informação, que nos chegou antes de visitarmos as prisões, criou-nos uma expectativa de conhecer prisões adequadas ao tratamento dos reclusos. Ilusão! Com edificações em ruínas, celas imundas e superlotadas, alimentação escassa e feita sem condições de higiene, descobrimos tristemente que essa previsão orçamentária vai a qualquer lugar, menos para a manutenção do sistema prisional. (JESUS FILHO, 2011).

Na Colômbia a escassez de recursos não se observa, porém falta tudo em razão do número expressivo de casos de corrupção envolvendo autoridades do sistema penitenciário do país. Muito da ajuda enviada pelos Estados Unidos se perde antes de chegar a quem precisa, no caso os detentos em processo de recuperação.

Na Venezuela a situação do sistema prisional segue absurdamente negativa. As entidades defensoras de direitos humanos denunciam que nos últimos nove anos já ocorreram

quase três mil mortes e cerca de 10 mil presos ficaram feridos no interior das prisões do país. Não há tratamento adequado aos doentes, sobretudo aos portadores do vírus HIV/AIDS. As mortes dos detentos com alguma enfermidade são frequentes. (DOMINGUES, 2008).

A comissão de direitos humanos que vistoriou dez penitenciárias venezuelanas encontrou armas de fogo, canivetes e drogas como maconha e cocaína.

> As autoridades do país, no entanto, não apresentaram respostas para as críticas feitas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O órgão acusa o governo de violar direitos consagrados como o direito à vida, à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial dos presos. (DOMINGUES, 2008, p.02).

Diferentemente da Colômbia, o país socialista, até há pouco governado por Hugo Chávez, não recebe subsídios americanos e vem enfrentando uma grave crise econômica. A impressa estatal alega que muito das críticas da Corte Interamericana tem objetivos políticos visando desestabilizar o país.

Na mesma linha política socialista segue a Cuba, de Raul Castro, onde o regime autoritário nunca poupou os inimigos do governo, fato que acarretou mortes de detentos e uma superlotação no sistema prisional. Ao realizar um estudo sobre as condições do cárcere em Cuba e em diferentes países latino-americanos, César (2010) apresenta um quadro aterrador: 1) os cárceres são depósitos de pessoas, em condições subumanas, diante de uma ausência de política penitenciária; 2) há cada vez mais superpopulação penitenciária, devido ao aumento da criminalidade; a maioria das pessoas está presa sem processo judicial e à demora no julgamento, o que agrava a situação; 3) existem tendas improvisadas como pavilhão conjugal, quando há; 4) as condições higiênicas são péssimas; 5) há corrupção de funcionários, com venda de drogas para os reclusos; 6) os motins são frequentes; vem ocorrendo privatização das prisões, eximindo o Estado de sua responsabilidade; 7) há disputa entre grupos rivais, causando tensões, chacinas e mortes.

Quando as condições de vida dos cidadãos de bem não são boas em um determinado país, o que se espera dos apenados é de fato algo bem pior, como verdadeiramente ocorre nas Américas Central e do Sul.

No Chile cerca de 70% das prisões estão superlotadas. Naquele país o sistema penitenciário ganhou notoriedade em todo o mundo quando, no ano de 2010, um incêndio na Prisão de *San Miguel*, em Santiago, deixou 83 pessoas mortas e 21 feridas. Somente após a tragédia o governo chileno anunciou que pretendia

> [...] modernizar a infra-estrutura carcerária do Chile, com a construção de três prisões: uma em Antofagasta, outra em Concepción e a terceira em Talca. Além disso, disse que estão sendo planejadas prisões modulares e a melhoria das camas, do sistema de saúde, do regime de visitas e do programa de reinserção laboral. (TERRA, 2010, p.06).

O incêndio com dezenas de vítimas fatais expôs um submundo de desumanidades no sistema carcerário do país. "O sistema penitenciário do Chile não é digno de seres humanos, de um país que trate de forma civilizada seus cidadãos", afirmou à época o presidente chileno *Sebastián Piñera*. (TERRA, 2010, p.06).

Em países pequenos com pouca tradição democrática e altos índices de corrupção, a desumanidade abunda no cárcere. Isso se dá não apenas em razão da conhecida superlotação, mas também e muito principalmente em razão dos meios de protesto que vez ou outra tomam as páginas dos jornais. No relato abaixo alguns detentos paraguaios se flagelaram em protesto ao contexto de miséria e abandono em que vivem:

> Na maior penitenciária do Paraguai, onde cabem 900 pessoas, estão presas 2.529. No Panamá, a população carcerária cresce mais do que qualquer outro grupo social. De cada 100.000 habitantes, 347 estão atrás das grades - a maior taxa da América Latina. A superlotação tem causado protestos inusitados, como o de três presos paraguaios que costuraram a boca e os olhos, e revela uma triste realidade: a maioria dos presos, segundo censo feito no Panamá, é jovem, pobre e com baixa escolaridade. (PRISÕES..., 2003, p.12).

O caso atingiu o cume de um sistema em crise, que clama por mudanças urgentes na forma de fazer valer a execução penal no continente. Lamentavelmente o episódio começa a se repetir tornando aquilo que se tinha como exceção em regra de protesto nas penitenciárias paupérrimas como as da Bolívia. Nesse país, no ano passado,

> Um total de 17 presos se crucificaram, dez se enterraram e outros oito costuraram suas bocas em um presídio de segurança máxima da Bolívia na manhã desta segunda-feira, como forma de protesto por uma melhor alimentação no centro de detenção. (PRESOS..., 2011, p.03).

A absurdidade dos acontecimentos dispensa grandes reflexões para que se dê uma evidente e necessária constatação do caos nas prisões. A Justiça Penal é incompetente, ineficaz, inconsequente ao modo como se tem feito. Magistrados e operadores do Direito pouco se importam com o apenado após a sentença condenatória. A sociedade se cala e o poder público busca benefícios em favor próprio, com algumas raras exceções.

Muito embora prevaleçam aspectos negativos na maioria das prisões em toda a América Latina, restam pontos que se faz necessário demonstrar. É o caso da Argentina, onde o sistema penitenciário se tornou referência para outros países do mundo, segundo o Departamento da Organização das Nações Unidas (ONU) responsável pelo assunto.

"Desde 2008 houve uma importante reforma no sistema penitenciário, que incluiu maior atenção às necessidades de mulheres, mães vivendo com seus filhos, jovens adultos, mulheres estrangeiras, homossexuais e mulheres idosas". (HARIGA, 2011, p.12). De acordo com um documento das Nações Unidas "o novo enfoque da saúde nas prisões é global, baseado no conceito de promoção da saúde, abordando o ambiente, a pessoa, o sistema e os serviços". (HARIGA, 2011, p.12).

A realidade da Argentina no tocante ao sistema prisional melhorou mesmo sem que tenha havido a privatização, algo raro na contemporaneidade. Com efeito, quando se observa um destaque positivo nas penitenciárias isso quase sempre vem aliado ao processo de privatização. O setor privado já deu mostra de acerto continuado no trabalho de manutenção e cuidados para com os apenados.

Embora tal fato seja minoria em países latino-americanos – como acontece no Brasil – em outras nações já representa um espaço importante do modelo penitenciário, como no caso dos Estados Unidos.

Em El Salvador a superlotação é um problema gravíssimo. O sistema penitenciário abriga 26.206 mil detentos embora tenha capacidade para apenas 8.000 mil. Nesse país há casos em que em uma cela de 3 metros quadrados se espremem 25 homens. “Enquanto alguns se agacham, outros ficam de pé para dar lugar. Eles confeccionam redes com sacolas plásticas e ficam pendurados nas celas – parecem morcegos –, e isso vale apenas para os detentos que estão há mais tempo”. (BAIRES, 2012, p.10).

A solução privisória encontrada pelo governo salvadorenho está na compra de duas mil pulseiras que permitirão o monitoramento de apenados com baixa periculosidade. Os mencionados presos poderão circular livremente pelas ruas durante o dia ou nos finais de semana.

A participação da iniciativa privada terá também aqui um papel relevante, conforme se lê a seguir:

> O governo vai escolher uma empresa que ficará a cargo do monitoramento do sistema de pulseiras eletrônicas e avisará a polícia quando algum usuário do dispositivo deixar a área permitida ou não voltar à prisão dentro do horário determinado. A empresa também deverá atualizar o sistema com a última tecnologia sem custos para o governo. (BAIRES, 2012, p.11).

No Brasil há registro de algumas experiências positivas de privatização das penitenciárias, como ocorreu em Guarapuava (PR), Joinville (SC) e Bragança Paulista (SP). A entrega da execução da senteça à iniciativa privada pode representar uma saída para a crise do sistema prisional, mas está longe de superar a origem do problema. Ademais, nada substituirá o papel do magistrado na fiscalização atenciosa do processo de execução penal, do início ao fim.

O presente estudo, a esta altura, permitiu observar a disparidade entre a realidade massacrante das prisões no Brasil e na América Latina e o disposto em Declarações de Direitos e garantias legais.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL À REINSERÇÃO SOCIAL

Em toda a América Latina nem sempre houve uma exata correspondência entre direitos assegurados em lei e realidade social. Em regra o desrespeito à Constituição é óbvio, porém em períodos democráticos houve desrespeito também, mas ao menos era possível a manifestação de protesto. Nos períodos históricos de autoritarismo, o arbítrio, o autoritarismo, o esmagamento da pessoa humana, tiveram amparo em constituições espúrias, em atos institucionais, em leis de exceção permissivas de abusos.

A história está recheada de épocas em que houve uma maior ou menor consideração pelos denominados direitos fundamentais. O direito é histórico, mais do que isso, é uma construção social, reflete a cultura e os valores de uma época, traduz o *zeitgeist* de um contexto histórico específico.

A doutrina pontua que teoria (direito positivo) e prática (realidade social) se entrelaçam em um processo dialético que culmina na práxis do Direito, base sócio-histórica do conhecimento e do fazer jurídico. A teoria sem prática carece de fundamentos e a prática sem teoria se perde pela ausência de norteamento. A teoria do direito assevera que a busca dos fundamentos para os direitos do homem não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelos estudos das condições práticas, dos meios, e das situações nas quais este ou aquele direito possa ser realizado. (BOBBIO, 2004).

Com efeito, o fundamento dos direitos do homem remete à necessária realização da justiça nos mais diferentes sentidos. Em tempos pós-modernos dá-se um questionamento dos conceitos, dos fundamentos, desembocando na fragilização da justiça. As condições favoráveis à realização do que determina a lei não encontra amparo na realidade.

Na pós-modernidade tem-se ademais a coisificação da existência, corolário da banalização axiológica. Nesse contexto, o ideário crítico-marxista entrevê na valorização do mundo das coisas o aumento em proporção direta da desvalorização do mundo dos homens, assim tem sido na contemporaneidade, de modo particular entre os excluídos e marginalizados.

A razão primeira do abandono do encarcerado espelha o abandono do homem pelo próprio homem. Somente a existência de uma cultura de valorização da pessoa humana poderia alicerçar uma situação de vida em sociedade construída e institucionalizada como regra, como valor comum, como modo de ser. Assim, numa cultura como a acima mencionada, não se toleraria o abandono dos apenados, a injustiça gritante, nem se toleraria o enfraquecimento do Direito, as políticas públicas ausentes, a indiferença perante os ditames constitucionais, tudo isso culminando no desrespeito ao mais elementar dentre os direitos humanos.

A sociedade burguesa, construtora da noção de direitos humanos, não consubstanciou esses direitos na perspectiva de uma emancipação concreta que transcenda o mundo da aparência, da negatividade do formal, prevalecendo uma parcela de carências notoriamente entre os mais necessitados.

Nesse aspecto, referindo-se a condição dos condenados, Bauman (1998) assegura que a esmagadora maioria dos reclusos provém da chamada classe baixa, esse imenso e crescente depósito onde se armazenam os fracassados e rejeitados da sociedade consumidora.

Em toda a América Latina tem havido iniciativas no sentido de humanizar o sistema prisional, apostando na reinserção social do condenado. No final da década de 1990 o Instituto das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente na América Latina (ILANUD), publicou um estudo intitulado "*Sistemas Penitenciarios y Alternativas a la Prisión en América Latina y el Caribe"*, cuja autoria foi de representantes de diversos países do continente latino-americano e do Caribe.

Em resumo, o referido estudo, de imenso valor documental, trazia recomendações direcionadas aos países participantes, dentre eles o Brasil. No contexto das ditas recomendações, três obtiveram merecido destaque, quais sejam: 1) A execução penal deve abandonar os critérios retributivos para optar pelos de prevenção; 2) Deve-se dar maior arbítrio aos juízes, para que possam aplicar um amplo sistema de penas alternativas; 3) Recomenda-se a colaboração de toda coletividade na solução do problema penal e penitenciário, para o qual se deve fazer um programa de informação e sensibilização. Deve-se tentar o uso de voluntários nos programas de liberdade vigiada, assim como obter a cooperação dos centros sociais ou de instituições de ensino para substitutivos de controle e serviços em favor da comunidade. (CARRANZA, *et ali*., 1992, p.80).

O exercício pleno do direito fundamental à reinserção social passa pela necessária receptividade social, algo que nasce da conscientização. A coletividade não haverá de se engajar enquanto não houver um comprometimento de todos no processo de recuperação do apenado. Algumas categorias mais representativas poderiam desde já inserir-se nesse desafio, haja vista a demanda que se origina de um sistema carcerário superlotado. Sem uma educação que oriente novas perspectivas tudo tende a piorar.

A cultura humanista representa, entre outros modelos, a expressiva e interessada participação popular em favor da plena recuperação dos marginalizados. Seu maior modelo pode ser encontrado na atuação de movimentos sociais e organizações não-governamentais, quando orientados na recuperação de egressos do sistema prisional.

Os movimentos sociais com suas demandas, organizações, práticas e estruturas, possuem um caráter libertário e de resgate de cidadania assimilável aos seus participantes e à categoria dos excluídos. O resultado deste processo enfatiza formas de construção social com base em modelos restaurativos, segundo os quais o condenado, durante e após o cumprimento da pena, recebe recursos que permitem trazê-lo de volta ao convívio pacífico consigo mesmo e com a sociedade que o produz.

Em referência à temática, um eminente sociólogo constatou que

> Na sua heterogeneidade, os movimentos sociais testemunham a vitalidade de uma concepção emergente dos direitos humanos a nível mundial, uma concepção cada vez menos resignada com a mera promulgação dos direitos humanos, e cada vez mais atenta às práticas quotidianas em que se satisfazem efetivamente as necessidades básicas, não só as necessidades materiais, mas também as necessidades afetivas e expressivas, aquelas cuja satisfação nos confere um sentido e um lugar no mundo, num mundo de cidadãos. (SANTOS, 1989, p.13).

Paralelamente aos modelos já consagrados, dentre os quais o Programa Pró-Egresso se sobressai, elevam-se algumas iniciativas pautadas no debate em torno dos denominados Centros de Ressocialização (CDR) para os condenados de baixa periculosidade, comparáveis aos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), cuja origem esteve atrelada ao movimento anti-manicômio.

No Brasil, o fim dos sanatórios psiquiátricos, verdadeiros depósitos humanos lotados de pacientes em pleno abandono, teve origem com o projeto de lei do deputado Paulo Delgado, do Partido dos Trabalhadores. Dessa iniciativa nasceu a realidade dos CAPS em todo o país, iniciativa premiada no exterior. Os CAPS foram instituídos através da Portaria/SNAS Nº 224 de 29 de janeiro de 1992, visando substituir os hospícios. Os CAPS possuem equipe ténica multiprofissional oferecendo atendimento de qualidade na área de saúde mental.

Ora, se é verdade que as prisões já foram comparadas aos hospícios por autores como Michel Foucault, então é cabível a proposição de soluções assemelhadas.

Nos mencionados Centros de Ressocialização (CDR) os apenados comparecem diariamente ou semanalmente para atendimento psicológico, profissionalização e orientação com assistentes sociais, tudo visando a sua plena recuperação. Modos de fazer justiça apoiados no ideal restaurativo são igualmente aplicados, tornando a vítima e o enfermo de conduta, livres do passado que outrora os uniu.

O movimento em favor dos denominados Centros de Ressocialização (CDR) representaria uma iniciativa de sucesso, caso fosse aplicado ao lado de outras políticas restaurativas, algumas já em andamento no Brasil. Com efeito, a ressocialização é um direito do cidadão, enfermo mental ou apenado pela Justiça Penal; trata-se de um direito fundamental.

Quem pensa nos direitos humanos, pensa por uma atitude reflexiva que valoriza a perspectiva de uma interação social de modo a apostar na integração a partir da tolerância e da compreensão das diferenças. A cultura de exclusão atualmente em vigor norteia qualquer ponto referente aos encarcerados e mesmo aos egressos. Reinserção representaria por outro lado, aceitação, cuja origem está em uma nova forma de conceber quem infringe a lei.

No século passado José Martí, escritor cubano, definia a dignidade como o direito que todo homem tem de ser respeitado independentemente de sua condição. (HERKENHOFF, 2002). A condição de condenado não subtrai do homem sua dignidade.

Por derradeiro, defende-se o papel relevante da educação nessa linha de mudança cultural, tão necessária como base de ação frente aos desafios acima expostos. Nas escolas a disciplina de sociologia vem abordando conteúdos de cidadania, devendo agregar a temática relacionada ao universo da criminalidade, da reincidência e da recuperação do criminoso.

Uma nova consciência relacionada ao problema das prisões tem na educação escolar formal uma poderosa aliada. A escola que, em tese, prepara para uma vida de licitudes aparenta não estar suficientemente preparada para lidar com a realidade do crime, da pena, dos apenados, e de seu retorno à vida em sociedade.

Reinserção significa aplicar penas de teor restaurativo, punindo sem excluir. A cultura pós-moderna se interessa muito pela mudança, mobilidade, flexibilidade, ausência de regras, instabilidade. Talvez possa trazer mudanças, ao contrário do que se espera, no sentido salutar para o universo da tríade crime/pena/recuperação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entre os antigos astecas o reconhecimento da dignidade humana integrava os valores da educação formal. A percepção da dignidade da pessoa humana, como valor impulsionador de todo o Direito, é bem visível ainda hoje na tradição do pensamento jurídico mexicano.

Em toda a história da região centro e sul-americana foram fartos os exemplos de cidadania e luta pelos direitos dos excluídos, no cárcere, na pobreza e na marginalidade. Apesar dos bons exemplos do passado, parece existir entre os contemporâneos latino-americanos uma tendência a pensar a cidadania apenas em termos dos direitos a receber, negligenciando o fato de que cada pessoa pode ser o agente instigador da existência de direitos. Tornar-se um agente de mudanças é *conditio sine qua non* para a transformação evolutiva de uma sociedade em crise.

O desinteresse dos cidadãos frente aos gravíssimos problemas sociais – e o desastre do sistema carcerário é um deles – os exclui da participação consciente na solução de questões que lhes dizem respeito, o que acaba por abrir caminho para que uma minoria se encarregue dessas tarefas de acordo com seus interesses nem sempre legítimos e quase sempre ineficazes.

Fulgura na pós-modernidade a exata noção do “não estar nem aí com nada”. Eis a filosofia de quem assiste a tudo sem reagir. Tudo é suportável, a indiferença impera de forma absoluta e vida solidária perde sentido. A efemeridade dos conceitos de cidadania e justiça bate às grades da prisão. Quando a existência perde sentido, o sentido da perda é observado também por quem julga estar livre. Porém é falsa a liberdade pautada na indiferença, trata-se da alienação.

Nos fundamentos a solução passa pela libertação introspectiva da razão sufocada pelo egocentrismo pós-moderno. As poucas iniciativas quase não dão conta do problema. Ademais, os bodes expiatórios são necessários numa comunidade que aprendeu a enxergar no outro a sua própria adversidade.

No âmbito do Estado a solução requer a elevação dos direitos humanos do encarcerado à categoria de política pública emergencial. O diálogo permanente entre sociedade civil e governo, relativamente aos modos de se fazer justiça e executar penas, espelha o caminho mais promissor frente ao problema. Com efeito, punindo uma pessoa, considerada culpada de um delito, e dando satisfação a outra declarada vítima, resolve-se o problema no âmbito da atual Justiça Penal, muito embora reste um conflito de relação entre as partes envolvidas. No âmago mais recôndito do mencionado conflito nasce a tragédia do abandono e do caos que tomaram conta do sistema penitenciário no continente.

Tudo exige condições e não é diferente com o problema das prisões latino-americanas. Para empenhar-se na criação dessas condições é preciso que se esteja convencido de que a realização dos direitos do homem é uma meta desejável, mas não basta essa convicção para que as condições se efetivem. Mais do que isso a cultura pós-moderna, moduladora da consciência dos homens, deve contribuir no sentido da promoção de novas perspectivas de vida em sociedade.

A Justiça Penal há de entender o condenado do século XXI sob a ótica humanista, fundamentando suas práticas em veredas direcionadas à reinserção social, ao mesmo tempo em que põe fim aos ditames severos de posturas jurídicas meramente punitivas. A temática dos direitos humanos no cárcere é pertinente nesta época de transmigração de valores, pelo justo motivo de um necessário esclarecimento para a sociedade que se julga isenta de culpa, optando por disseminá-la na figura da pessoa humana do condenado.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARRANZA, Elias; HOUED, Mario; LIVERPOOL, Nicholas; MORA, Luis; MANZANERA, Luis Rodriguez. **Sistemas penitenciários y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe**. Buenos Aires: Depalma, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: J.G. Editor, s/d.

CARVALHO JUNIOR, Pedro Lino de. **Ritos e práticas nas faculdades de Direito**: algumas considerações acerca do ensino jurídico. Revista de Direito e Cidadania, Faculdade Paranaense (Faccar), Londrina: Líder, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos direitos humanos**. 2ª ed. Aparecida: Santuário, 2002.

ISHAY, Micheline (org.). **Direitos humanos**: uma antologia. São Paulo: Edusp, 2006.

PRESOS se crucificam em protesto contra prisões da Bolívia. Folha de São Paulo, São Paulo, 04 abril 2011. Folha Mundo, p.03.

PRISÕES estão superlotadas no Paraguai e Panamá. O Estado de São Paulo, São Paulo, 25 set. 2003. Caderno Cidades, p.12.

LEAL, Cesar Barros. **Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos.** Curitiba: Juruá, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LYOTARD, J. F**. A condição pós-moderna.** Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

MÉSZÁROS, Istvan. **O poder da ideologia**. São Paulo: Boitempo, 2006.

MORIN, Edgar. **Rumo ao abismo?** Ensaio sobre o destino da humanidade. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

PERRENOUD, Philippe. **Dez novas competências para ensinar**. Porto Alegre: Artmed, 2000.

RODRIGUES, Gilberto Marcos. **O que são relações internacionais**. São Paulo: Brasiliense, 2009.

SALLA, Fernando; BALLESTEROS, Paula Rodriguez. **Democracia, direitos humanos e condições das prisões na América do Sul.** Revista do Núcleo de Estudos da Violência da USP, São Paulo, p.10-19, nov.2008**.**

SANTIAGO. Posfácio. A explosiva exteriorização do saber. In: LYOTARD, J.F. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

SCHWARTZMAN**,** Simon**. As causas da pobreza**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo, Malheiros, 2001.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS:

BAIRES, Lorena. InfoSurHoy (USSOUTHCOM), 24 julho de 2012. **El Salvador: governo alivia superlotação no sistema penitenciário.** Disponível em: http://infosurhoy.com/cocoon/saii/xhtml/pt/features/saii/features/main/2012/07/24/feature-02. Acesso em: 30 jul. 2012.

CÉSAR, Maria Auxiliadora. **Características do sistema prisional cubano**. CEAM/Universidade de Brasília. Brasília / Distrito Federal, setembro de 2010. Disponível em: http://www.ceam.unb.br/portal/index.php?view=article&id=126%3Acaracteristicas-do-sistema-prisional-cubano. Acesso em: 29 jul. 2012.

DOMINGUES, Juliano. **Venezuela tenta resolver deficiências do sistema carcerário.** São Paulo, 04 de agosto de 2008. Disponível em: http://www.radioagencianp.com.br/node/5150. Acesso em: 23 jul. 2012.

HARIGA, Fabienne. **Sistema penitenciário da Argentina é um exemplo de boas práticas.** UNODC. Rio de Janeiro (RJ), 18 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.unodc.org/southerncone/pt/frontpage/2011/11/23-sistema-penitenciario-de-argentina-es-un-ejemplo-de-buenas-practicas.html. Acesso em: 24 jul. 2012.

JESUS FILHO, José de. **Prisões brasileiras e colombianas na mesma margem**. Rio de Janeiro (RJ), 14 de outubro de 2011. Disponível em:

http://www.carceraria.org.br/fotos/fotos/admin/Sistema%20Penal/Seguranca_Publica/SEGURANCA_PUBLICA_PAISES_AMERICA%20LATINA.pdf. Acesso em: 30 jul. 2012.

MARIZ, Cláudio. **Falhas no sistema prisional brasileiro**. 2007. Disponível em: http://www.nevusp.org/portugues/index.php?option=com_content&task=view&id=160&Itemid=29. Acesso em: 27 jul. 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os direitos humanos na pós-modernidade.** Centro de Estudos Sociais, Coimbra, jun.1989. Disponível em: http:// pt.scribd.com/doc/68546080/Os-direitos-humanos-na-pos-modernidade. Acesso em: 10 ago. 2012.

TERRA, Marina. **Sistema penitenciário chileno é desumano, diz presidente após incêndio.** São Paulo (SP), 08 de dezembro de 2010. Disponível em: http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/8106/sistema+penitenciario+chileno+e+desumano+diz+presidente+apos+incendio.shtml. Acesso em: 30 jul. 2012.

O PODER DE FOGO DO DIREITO PENAL E A EXPANSÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO

Florestan Rodrigo do PRADO [317]

RESUMO

O texto narra o empobrecimento do Direito Penal e sua transformação em um mecanismo artificial e populista voltado para a satisfação dos interesses das classes dominantes. Aborda a ligação entre as prisões e a periferia, destacando a política de controle penal que alcança as pessoas mais pobres da sociedade e é ineficiente para esclarecer os denominados crimes do colarinho branco. Outro aspecto enfocado é o relevante aumento da taxa carcerária, consistente no principal efeito desta política criminal que tem como principal finalidade criar um ambiente de bem-estar social em detrimento dos direito fundamentais das pessoas encarceradas.

ABSTRACT

The text tells the impoverishment of Criminal Law and its transformation into an artificial mechanism and populist facing the satisfaction of the interests of the ruling classes. Discusses the connection between the arrests and the periphery, highlighting the political control criminal reaching the poorest people in society and it is inefficient to clarify the so-called white-collar crimes. Another aspect is focused on the relevant rate increase prison, consisting of the main effect of this criminal policy whose main aim is to create an environment of social welfare at the expense of the fundamental rights of incarcerated persons.

PALAVRAS-CHAVE: Seletividade Penal; Exclusão Social; Aumento da Taxa Carcerária; Direitos Fundamentais dos Presos.

KEYWORDS: Criminal selectivity; Social Exclusion; Rate Increase Prison; Fundamental Rights of Prisoners.

[317] Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – ESMP/SP. Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente – ITE/SP. Professor das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" – TOLEDO de Presidente Prudente -SP. Advogado público da Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel – FUNAP/SP.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo apontar as transformações que o Direito Penal contemporâneo vem sofrendo nas últimas décadas, tendo como ponto de partida a política criminal de seletividade empregada na sociedade brasileira, que é extremamente desigual.

O propósito é investigar as deficiências desse sistema, indagando se ele busca, realmente, proteger as classes mais privilegiadas da sociedade, visando ou não a criação de um ambiente artificial de bem-estar social. Assim, os limites da presente abordagem abarcam, além de uma análise das políticas criminais adotadas nos Estados Unidos, também a política criminal adotada nos países latino americanos, em especial, a política criminal do Brasil.

Sob esse viés, o fenômeno da ampliação do sistema penal enfraquece o Direito Penal, pois lhe confere função eminentemente promocional, afastando-o de sua original razão de existir, depauperando seus princípios fundamentais e politizando sua essência, tornando-o mero instrumento de segurança pública.

Nesse sentido, a seletividade do sistema penal é colocada em discussão, analisando suas consequências em face de sua aplicação em uma sociedade desigual e caracterizada por uma profunda exclusão social.

Pautado nesses fatores, o presente artigo foi elaborado com o intuito de analisar a expansão do cárcere como consequência da política criminal aplicada atualmente.

1. POLÍTICA CRIMINAL E CONTROLE DA SOCIEDADE: CRIMINALIDADE E EXCLUSÃO SOCIAL

Verificamos que o fenômeno da globalização levou a sociedade a um sentimento de insegurança. As pessoas, em geral, tem uma sensação de que habitam uma sociedade perigosa e anseiam por um mundo seguro e sem violência.

A riqueza desproporcional, o crescimento econômico em conjunto com o desenvolvimento tecnológico e científico potencializaram o risco desta sociedade e apresentaram um futuro incerto, fazendo existir uma *sociedade mundial de risco.*

No entender de Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 31):

> A teoria da sociedade mundial do risco parece nascer com a percepção social dos riscos tecnológicos globais de seu processo de surgimento até então despercebido. È uma teoria política sobre as mudanças estruturais da sociedade industrial e, ao mesmo tempo, sobre o conhecimento da modernidade, que faz com que a sociedade se torne crítica de seu próprio desenvolvimento.

Segundo descreve Ulrich Beck a vitória da modernização que ocasionou uma expansão técnico-econômica ocasionou uma série de perigos, criando uma espécie de *sociedade de risco,* caracterizada por uma sociedade que alcançou um estágio da modernidade em que as ameaças limitam o seu desenvolvimento.

> Este é precisamente o diagnóstico da sociedade mundial de risco: os chamados riscos globais abalam as sólidas colunas dos cálculos de segurança: os danos já não têm limitação no espaço ou no tempo – eles são globais e duradouros; não podem mais ser atribuídos a certas autoridades – o princípio de causação perdeu a sua eficácia; não podem mais ser compensados financeiramente – é inútil querer se garantir contra os efeitos de um worst case da ameaça em espiral. Não existem, portanto quaisquer planos de prevenção para o pior dos casos (BECK, 1999, p. 83).

Zygmunt Bauman critica essa expressão apresentada por Beck, afirmando que, no mundo globalizado há uma *sociedade de incertezas,* vez que os riscos podem ser computados e planejados, já a incerteza, que vulnera o mundo atual não é calculável, manifestando um conceito totalmente diferente de risco. Bauman afirma que o ambiente da pós-modernidade é totalmente irregular, onde vigora a anormalidade (2008, p. 129).

A consequência dessa incerteza, segundo Bauman, é a sensação de medo que assumiu uma proporção extremamente variada em nossa sociedade, o que denominou de *ubiquidade do medo.* Todos os dias novos perigos são descobertos e não há como saber quantos mais vãos existir.

Para Bauman (2008, p. 11):

> O que mais amedronta é a ubiqüidade dos medos; eles podem vazar de qualquer canto ou fresta de nossos lares e de nosso planeta. Das ruas escuras ou das telas luminosas dos televisores. De nossos quartos e de nossas cozinhas. De nossos locais de trabalho e do metrô que tomamos para ir e voltar. De pessoas que encontramos e de pessoas que não conseguimos perceber. De algo que ingerimos e de algo com o qual nossos corpos entraram em contato. Do que chamamos "natureza" (pronta, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a proliferação de terremotos, inundações, furacões, deslizamentos, secas e ondas de calor) ou de outras pessoas (prontas, como dificilmente antes em nossa memória, a devastar nossos lares e empregos e ameaçando destruir nossos corpos com a súbita abundância de atrocidades terroristas, crimes violentos, agressões sexuais, comida envenenada, água ou ar poluídos).

Na sociedade contemporânea, essa sensação de medo converte-se em um aumento da preocupação com as novas formas de criminalidade, uma espécie de febre coletiva cujo marco inicial teriam sido os atentados terroristas em Nova York em setembro de 2001, acontecimento que causou um impacto no mundo todo (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p.17). [318]

Como afirmado, o medo da criminalidade cria consequências sociais, tanto no campo individual, onde as pessoas se tornam assustadas, vitimizadas e, consequentemente, defensivas, como no campo coletivo, onde há uma redução das relações sociais e fuga dos lugares públicos. [319]

Na ótica de Winfried Hassemer (1995, p. 106-107), a percepção desta ameaça pela coletividade é que cria o aumento dos meios coercitivos, enfraquecendo os direitos fundamentais.

---

[318] Os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 deflagraram duas guerras patrocinadas pelos Estados Unidos (Afeganistão – 2001 e Iraque – 2003) e transformou a prisão de Guantamo - Cuba, em um lugar simbólico de aprisionamento de terroristas. Tal prisão é constantemente denunciada por violação de direitos humanos em decorrência da tortura de prisioneiros. Fonte: <http://www.em.com.br/app/noticia/especiais/11-de setembro/2011/09/08/noticias_internas_11_de_setembro,249636/os-dez-anos-dos-atentados-de-11-de-setembro-e-suas-repercussoes-para-o-oriente-medio.shtml> acesso em 06. Jul. 2012.

[319] Segundo descreve Pastana (2003, p. 65), a rua não é mais um lugar público de sociabilidade. As pessoas andam desconfiadas de tudo e de todos, andam amedrontadas e não obedecem sinais de trânsito em seus veículos com medo de serem assaltadas.

> Não é a ameaça real da criminalidade e da violência que constitui o fator decisivo para a política de segurança pública, mas sim a percepção de tal ameaça pela coletividade. Esses sentimentos de ameaça dominam a população, são canalizados para reinvindicações de imediato aumento dos meios coercitivos e tornam o enfraquecimento dos direitos fundamentais, bem como, a sua erosão, pelo Estado, não só toleráveis como objecto de exigência da população.

Como se verifica, não há política social envolvendo questões de educação, cultura, saúde, etc. Esses fatores "são relegados a segundo plano, priorizando-se o setor repressivo" (GRECO, 2011, p. 13). Nesse passo, o sistema penal é ampliado, uma vez que deixa de ter uma função minimalista de tutela dos bens jurídicos mais relevantes, passando a ter uma função promocional, regulamentando temas que fogem desta original finalidade. Há uma erosão dos tradicionais princípios, tornando-se um instrumento de política interna de segurança pública (HASSEMER, 1995, p. 64-65).

Essa política fragiliza o sistema de intervenção penal, pois ele não consegue atender a demanda e acaba sendo ineficiente, criando-se segregações dos grupos considerados de risco e aumentando a exclusão social. Essa ampliação da intervenção penal transforma os objetivos e o campo de atuação da política criminal, pois a sociedade passa a ter maior identificação com as vítimas, brotando um sentimento de solidariedade das pessoas para com relação às vítimas de crimes, uma vez que no ambiente de insegurança social, o cidadão imagina que pode ser a próxima vítima. Nesse sentido é criado um *Direito Penal dos sujeitos do bem-estar* (SANCHEZ, 2002, p. 50).

Jesús-Maria Silva Sanchez realça esse fator, afirmando que o Direito Penal passa a ser uma *Carta Magna das vítimas*. Pondera o penalista espanhol:

> A expansão do sistema do Direito Penal, assentada nos aspectos já comentados, responde ainda a um fenômeno geral de identificação social com a vítima (sujeito passivo) do delito, mais do que com o autor (sujeito ativo). Dito fenômeno se vê favorecido pela conjuntura [...] da configuração de uma sociedade majoritariamente de classes passivas: pensionistas, desempregados, consumidores, aposentados,

> Trata-se, como já realçado com a expressão a meu modo de ver afortunada, dos "sujeitos do bem-estar". Pois bem a atitude desses sujeitos perante o Direito Penal resulta perfeitamente coerente no plano do modelo social da crise do Estado providencial. Com efeito, nesse plano se está produzindo uma alteração progressiva na concepção do Direito Penal subjetivo (ius puniendi) : de uma substituição em que se destacava sobretudo a "espada do Estado contra o delinquente desvalido", se passa a uma interpretação do mesmo como "a espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos". Isso provoca uma transformação consequente também no âmbito do Direito Penal objetivo (ius poenale): em concreto, se tende a perder a visão deste como instrumento de defesa dos cidadãos diante da intervenção coativa do Estado. E, desse modo, a concepção da lei penal como "Magna Charta" da vítima aparece junto à clássica "Magna Charta" do delinquente; e isso sem prejuízo de que esta última possa ceder prioridade àquela (2002, p. 50-51).

Ainda, nessa vertente, expõe Alberto Silva Franco (2007, p. 85):

> [...] o temor do cidadão de tornar-se vítima de delito acarreta desconfiança para com o sistema e suas instituições, fomenta a autoproteção da vítima à margem da lei com risco de notórios excessos defensivo, modifica os estilos de vida de amplos setores da população gerando contínuos comportamentos não solidários para com outras vítimas e desencadeia, logicamente, uma política criminal passional, baseada num rigor desmedido no apelo à pena, que põe em perigo as conquistas racionais e humanitárias de nosso tempo.

Há uma transformação do Direito Penal, que deixa de ser um instrumento de proteção contra o arbítrio do Poder Estatal e passa a ser interpretado como um escudo de proteção da vítima, aceitando-se o aumento do seu *poder de fogo* traduzido pela eficiência e rigorosidade de suas penas em face do criminoso. O culpado não pode ficar impune e o Direito Penal manifesta sua verve de autoritarismo, chegando-se ao seu grau máximo.

Conforme esclarece Luigi Ferrajoli (2002, p. 85):

> A certeza do direito penal máximo de que nenhum culpado fique impune se baseia, ao contrário do critério oposto, mas igualmente subjetivo, do indubio contra reum. Indica uma aspiração autoritária. Mas, em geral, a ideia corrente de que o processo penal deve conseguir golpear todos os culpados é fruto de uma ilusão totalitária. "Um empenho extremado em punir os réus, um excessivo rigor, um apressado castigo, advertia Francesco Maria Pagano, "arrastam consigo forçosamente efeitos funestos. Ali onde uma lei escrita com caracteres de sangue determina que o mais insignificante evento não fique impune; que todo o delito das trevas, nas quais a fatalidade às vezes o envolve, seja necessariamente conduzido ao dia claro de juízos; que a pena não se afaste do delito em nenhum momento, ali se faz necessário que nas mãos do juiz se configure um poder arbitrário e imoderado.

O Direito Penal passa ter uma feição claramente política e populista, manipulado em campanhas eleitorais e conduzido por programas de mídia que visam alimentar o imaginário da população insegura e com medo da criminalidade. Segundo aduzem Callegari e Wermuth "na contemporaneidade, toda e qualquer decisão atinente ao controle da criminalidade é rodeada de um discurso politizado e altamente publicizado" (2010, p. 77)

No mesmo sentido, há um empobrecimento do Direito Penal, uma espécie de *simplificação* ou *artificialização* que prejudica de forma direta as classes mais pobres da sociedade. Como bem sublinha Alberto Silva Franco (2007, p. 85):

> Em momentos de crise, o medo ao delito costuma ser manipulado por opções políticas concretas, capazes de instrumentalizar, a seu serviço, conhecidos mecanismos psicossociais. Além disso, uma oportuna invocação do perigo e a sentimentos irracionais de alarme ou temor- e inculpação de certos grupos ou minorias desviados como agentes do mesmo – é um reclamo poderoso. Concita-se a atenção geral e a orienta deliberadamente até alguns objetivos atraentes; distrai e desvia aquela de outros problemas sociais, sem dúvida, prioritários, que passam a um segundo plano, projeta a agressividade e emoções coletivas sobre minorias e marginais coletivos (bodes expiatórios) com o consequente reforço da coesão e

> solidariedade social (função integradora do delito) e, sobretudo, propicia relações hostis e passionais, que darão impulso a uma política criminal rigorosa. A experiência demonstra, ademais, que a espiral do temor infundado prejudica sempre os mesmos: as classes sociais deprimidas.

Em consequência disso, os direitos fundamentais do cidadão acusado de um crime são desprezados. Garantias penais e processuais penais são consideradas inimigas da sociedade pois fragilizam a eficiência do sistema penal. São interpretados como verdadeiros obstáculos e ignorados.

Infunde-se o entendimento de que o Direito Penal passa a ser o antídoto milagroso contra toda a espécie de problema social, mas, ao revés, transforma-se em um outro problema, o aumento da taxa carcerária. Não só isso, vigora a ideia de que a existência de direitos e garantias individuais para os acusados de crimes são obstáculos para o controle da criminalidade.

No entender de Raimundo Amorim de Castro (2009, p. 65):

> Atualmente, vigora em nosso país um discurso alarmista desconectado da política social e do diálogo democrático na pacificação dos conflitos. Paradoxalmente, o Direito Penal que, num passe de mágica é elevado como solução de todos os problemas sociais, transforma-se num problema ainda maior e endêmico, a superpopulação carcerária. Calcada na criminalidade econômica que descaracteriza a cidadania, difunde-se a ideia de que a tutela dos direitos fundamentais e a garantia da convivência social pacífica que constitui a base de exercício da cidadania só podem ser efetivadas através de uma reforma radical da legislação penal e da política criminal: eliminar as garantias fundamentais dos réus e dos presos; a maximização das penas cominadas, com isolamento total do preso; aumentar o rigor judiciário no cumprimento das penas, e aparelhar a polícia para serem implacáveis contra a criminalidade.

Na sociedade globalizada existem dois mundos. O mundo dos incluídos na economia, ou seja, daqueles que pertencem à classe consumidora, e o mundo dos excluídos, [320] que são os carentes, que não tiveram condições de alcançar o mercado de consumo. Essa assimetria é interpretada de uma outra forma: de um lado, os que precisam de segurança e, de outro, aqueles que podem causar algum tipo de risco. Assim, o sistema penal escolhe o *refugo humano* da sociedade como alvo da ordem jurídica penal (MELLIM FILHO, 2010, p. 24-25).

O controle social se debruça neste contexto, observando esses dois polos. Cabe as Estado preservar a segurança e a ordem da sociedade. Diante disso, as pessoas incluídas são protegidas e as que estão na margem dessa sociedade são objeto de descarte, uma vez que o Estado não as protegem.

2. O LIAME ENTRE AS PRISÕES E AS FAVELAS

Desse contexto, surgem os movimentos de *Lei e Ordem*, onde há uma política repressiva aplicada a certos setores da sociedade. O Direito Penal é utilizado de maneira máxima, abrangendo todos os comportamentos e desvios sociais, independentemente do seu grau de relevância. Como dito, o programa de *tolerância zero* expressou claramente essa política, onde a polícia agia com extremo rigor na periferia.

É o Direito Penal de primeira instância cumprindo sua função eminentemente repressora, não permitindo condutas intoleráveis. Isso tudo reflete um empobrecimento do chamado Estado-providência (*Welfare state*) e uma fortificação do chamado Estado policial ou penitenciário (*Workfare state*).

Tendo como foco a sociedade dos Estados Unidos, Loic Wacquant trouxe os seguintes esclarecimentos:

> Como conter o fluxo crescente de famílias deserdadas, marginais das ruas, jovens desempregados e alienados, desesperança e a violência, que se intensificam e se acumulam nos bairros segregados das grandes cidades ? Nos três níveis do campo

[320] Analisando o processo de globalização, Gomes e Bianchini indicam que existem pessoas globalizadas e pessoas excluídas. Afirmam os autores que o patente incremento das desigualdades socioeconômicas e culturais, que vem permitindo dividir a população não mais em ricos e pobres, em pertencentes ao Norte ou ao Sul, senão em englobados e excluídos (GOMES; BIANCHINI, 2003, p. 267).

> burocrático – o dos condados, o estadual e o federal – as autoridades estadudinenses responderam à escalada das desordem urbanas – pelas quais paradoxalmente são em grande parte responsáveis – desenvolvendo até a hipertrofia suas funções repressivas. Na media em que a rede de segurança do Estado caritativo se desfazia, a malha do Estado punitivo foi chamada a substituí-la e a lançar sua estrutura disciplinar nas regiões inferiores do espaço social estadudinense como uma forma de conter a desordem e o tumulto causados pela intensificação da insegurança e da marginalidade sociais. Uma cadeia causal e um elo funcional foram então colocados em movimento, por meio dos quais a desregulamentação econômica requeria e provocava a redução do bem-estar social; por sua vez, a gradual passagem do *welfare* para o *workfare* demandava e alimentava a expansão do aparato penal (2007, p. 110).

Esses programas de combate à criminalidade são pautados na *Broken Windows Theory* [321] desenvolvida por James Q. Wilson e George Kelling e aperfeiçoada posteriormente por outros pesquisadores. [322] De acordo com essa teoria, o crime e a desordem vinculam-se a uma cadeia causal de acontecimentos cujo embrião é a delinquência de rua, praticada pelos pequenos infratores (pedintes, pequenos furtadores, prostitutas, dentre outros). Esses pequenos delitos do dia-a-dia teriam que ser exterminados para acabar com os grandes crimes que seriam o último elo de uma cadeia causal.

A expressão *janelas quebradas* advém do fato de que, se uma pessoa quebra a janela de um prédio e nada é realizado para a reparação do vidro, outras pessoas que gostam de quebrar janelas que passarem por ali, verificando que ninguém se preocupa com aquela atitude, passarão também a quebrar outras janelas do edifício. O resultado disso seria um sentimento de decadência, próprio para o desenvolvimento da criminalidade. Assim, qualquer tipo de crime, mesmo que seja ínfimo, deve ser reprimido rigorosamente, uma vez que pode desenvolver-se em um crime maior, chegando até o fim na cadeia causal.

No mesmo sentido se desenvolve a teoria *Three strikes and you are out* [323] importada do jogo de beisebol, aderida por vários Estados norte-americanos, ficando famosa,

---

[321] Traduzindo: teoria das janelas quebradas.
[322] A *Broken Windows Theory* também foi sustentada por Wesley G. Skogan em 1990 e aperfeiçoada pelo próprio George Kelling e Catherine Coles na obra "*Fixing Broken Windows: restoring order and reducing crime in our communities*" publicada em 1996 (WACQUANT, 2007, p. 435-436).
[323] Traduzindo: "Três *strikes* e você está fora".

principalmente, no Estado da Califórnia nos anos noventa. Segundo essa teoria, os condenados reincidentes que cometerem a terceira infração, dependendo da gravidade, poderão ser condenados a vinte e cinco anos de prisão ou à prisão perpétua (GRECO, 2011, p. 21).

Essas campanhas são mecanismos de controle social que substituem instituições assistenciais das classes pobres por estabelecimentos penais. Nessa perspectiva, o Estado passa a cumprir sua tarefa de promoção do bem estar social através da aplicação da *ordem* imposta sobre os grupos considerados de *risco*, satisfazendo a necessidade de segurança da classe social que se encontra *incluída* na nova lógica da sociedade.

As pessoas pobres, abandonadas pelo Estado e instigadas pela mídia, buscam satisfazer seus desejos de consumo através da delinquência. Em outras palavras, buscam se equiparar aos incluídos. Nesse passo, o Estado mantém o controle da população garantindo a segurança daqueles que participam da sociedade, livrando os mesmos da presença indesejada da pobreza que incomoda e causa medo à parcela privilegiada da sociedade. Segundo Wacquant,(2007, p. 455) a prisão funciona como um *aspirador de pó* social para limpar as escórias produzidas pela pobreza, ilustrando de maneira clara a função de neutralização e isolamento atualmente colocada em prática pelo Sistema Penal.

Há uma ideologia repressiva e uma seletividade do controle penal. São impostas obrigações à classe economicamente desprivilegiada que é dirigida e controlada através do Direito Penal. Assim, programas como a *tolerância zero* objetivam neutralizar essa população que é considerada culpada pela desordem social e pela criminalidade.

Manifesta-se ai uma ligação entre a prisão e as periferias, onde as duas instituições se vinculam e se completam, pois ambas servem para manter pessoas estigmatizadas longe do mundo dos privilegiados.

> Assim, do mesmo modo que o gueto protege os habitantes da cidade da população que implica o contato físico com os corpos corrompidos, mas indispensáveis, de um grupo pária, à maneira de um “preservativo urbano”, conforme Richard Sennet afirma brilhantemente em sua descrição do “medo de tocar” na Veneza do século XVI, a prisão limpa o corpo social da infâmia temporária que lhe infligem aqueles entre seus membros, que cometeram crimes, ou seja, segundo Emile Durkheim, os

> indivíduos que violaram a integridade sócio moral da coletividade, infringindo lhe "estados fortes e determinados da consciência coletiva" (WACQUANT, 2007, p. 346).

Para Bauman é possível realizar uma perfeita vinculação entre os campos de concentração, que foram utilizados como laboratórios humanos durante a segunda guerra mundial, entre as prisões panóticas de Bentham, que serviram de laboratório da sociedade industrial para estudar a rotina da atividade humana, e entre as prisões da atualidade que constituem laboratórios de uma sociedade globalizada.

> Se os campos de concentração serviram como laboratórios de uma sociedade totalitária nos quais foram explorados os limites da submissão e servidão e se as casas de correção panópticas serviram como laboratórios da sociedade industrial nos quais foram experimentados os limites da rotinização da ação humana, a prisão de Pelican Bay é uma laboratório da sociedade "globalizada" (ou "planetária" nos termos de Alberto Melucci) no qual são testadas as técnicas de confinamento espacial do lixo e do refugo da globalização e explorados seus limites (BAUMAN, 1999, p. 121).

A prisão exerce uma importante função nessa estratégia de controle, pois constitui uma forma de neutralização das categorias sociais problemáticas isolando-as (VASCONCELOS, 2009, p. 360). Diante disso, o crime passa a ser um elemento essencial para o denominado Estado punitivo, pois, na medida em que a atividade de punição é exercida, o Estado fortalece seu controle, indicando que a ausência deste tipo de atuação levará as pessoas à insegurança e, consequentemente, à intranquilidade.

Por outro lado, essas políticas punitivas eclodem em efeitos negativos, tais como o afogamento do Poder Judiciário e a superlotação dos estabelecimentos prisionais. Revela Loic Wacquant (2007, p. 206) que nas últimas décadas, nos Estados Unidos, houve uma

triplicação da população carcerária em razão do aumento das prisões dos autores de crimes de bagatela, o que denominou de *grande confinamento do final do século.*[324]

> As reviravolta da demografia carcerária estadudinense após 1973 revelou-se tão brutal quanto espetacular. Contra todas as expectativas, a população penitenciária do país começou a aumentar a uma velocidade vertiginosa. Fato sem precedente na história das sociedades democráticas, ela dobrou em dez anos e quadruplicou em vinte. Partindo de menos de 380 mil detentos em 1975, o número de pessoas atrás das grades beirava os 500 mil em 1980, para chegar a mais de um milhão em 1990. E continuou a aumentar num ritmo infernal de 8% ao ano em média – ou seja, 2.000 detentos a mais por semana durante a década de 1990 de tal modo que em 30 de junho de 2000 os Estados Unidos contavam oficialmente com 1.931.850 prisioneiros, dos quais mais de 620.000 encerrados nas casas de detenção dos condados (mais do que a população da capital Washington) e 1,31 milhão reclusos nas prisões federais e estaduais. Se fosse uma cidade, o sistema carcerário estadudinense seria a quarta maior metrópole do país, atrás de Chicago (WACQUANT, 2007, p. 206-207).

No mesmo sentido alerta Alessandro De Giorgi (2006, p. 94):

> O aprisionamento atingiu níveis jamais alcançados no arco de toda a história dos Estados Unidos, superando até mesmo os da África do Sul da época do apartheid e da Rússia pós-comunista. Nos Estados Unidos a média de prisioneiros é cinco vezes superior à da Europa. E se acrescentarmos aos detentos todos aqueles que estão sujeitos a alguma forma de controle penal extra-carcerário ou para-carcerário (medidas alternativas, probation ou parole), verificamos que a população americana "penalmente controlada" conta, em seu conjunto, com cinco milhões de indivíduos.

[324] Os Estados Unidos possuem de mais de dois milhões de prisioneiros. Segundo estatística penitenciária, em 2011, o número era de 2.019.234. Fonte: <http://www.nationmaster.com/graph/cri_pri-crime-prisoners> Acesso em 02. Jul 2012.

O cárcere pode ser considerado como um verdadeiro *sistema em expansão*, pois suas taxas caracterizam-se por uma constante evolução populacional.

É possível dividir essa expansão em três momentos. O primeiro, no século XVII, onde as penas corporais ainda predominavam, mas a reclusão era empregada para encarcerar mendigos, vagabundos e pequenos delinquentes nas famosas casas de correção da Inglaterra, Holanda e na Alemanha. Na segunda fase, entre 1750 e 1825, o cárcere se tornou uma verdadeira instituição para criminosos, diminuindo-se as penas corporais e aumentando a população carcerária demasiadamente em decorrência do capitalismo. As prisões passaram a ser organizadas, reguladas e disciplinadas, mantendo-se, ainda, a função depuradora. Na terceira etapa, compreendida pelos séculos XX e XXI, o cárcere foi marcado pela explosão da população prisional, tanto nos Estados Unidos, como observado, bem como também na Europa (VASCONCELOS, 2009, p. 350-357)

3. SELETIVIDADE PENAL E AUMENTO DAS TAXAS DE ENCARCERAMENTO

Percebe-se, diante das ideias desenvolvidas, que o sistema penal está estruturado para agir de maneira altamente seletiva, executando suas funções contra quem entender por bem alcançar. Para Alessandro Baratta (2002, p. 176), há dois momentos distintos de seletividade nesse Direito Penal: a *criminalização primária* e a *criminalização secundária*.

O primeiro ocorre quando o legislador escolhe os bens a serem tutelados pela Lei Penal, que é denominado de *criminalização primária*. Segundo a criminologia crítica, o Direito Penal reflete uma ideologia burguesa, já que seu ordenamento normativo prioriza os crimes patrimoniais.

Consoante alude Alessandro Baratta (2002, p. 176):

> No que se refere ao Direito Penal abstrato (isto é à criminalização primária), isto tem a ver com os conteúdos, mas também com os "não-conteúdos" da lei penal. O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis

> e marginalizados. Basta pensar na enorme incidência de delitos contra o patrimônio na massa da criminalidade, tal como resulta da estatística judiciária [...]

O segundo momento ocorre na seleção, pelos órgãos oficiais, com base em estereótipos dos indivíduos que serão julgados pelo Poder Judiciário, o que é denominado de *criminalização secundária*, o que agrava a questão da seletividade penal.

Na visão de Alessandro Baratta, existe uma homogeneidade entre o sistema escolar e o sistema penal. Dispõe o autor:

> Os processos de criminalização secundária acentuam o caráter seletivo do sistema penal abstrato. Tem sido estudados os preconceitos e os estereótipos que guiam a ação tanto dos órgãos investigadores como dos órgãos judicantes, e que os levam, portanto, assim como ocorre no caso do professor e dos erros nas tarefas escolares, a procurar a verdadeira criminalidade principalmente naqueles estratos sociais dos quais é normal esperá-la. (BARATTA, 2002, p. 176-177).

Desta maneira, o aumento das normas penais, além de infundir na população uma sensação de segurança jurídica, aumenta o poder discricionário dos órgãos executivos do sistema penal. No mesmo passo, a violação da lei e sua aplicação na hipótese concreta, não espelha a realidade da criminalidade, pois as estatísticas criminais da atuação da Polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário não envolvem as chamadas *cifras negras* ou *cifras ocultas.*

Muitos crimes não são objetos de apuração da polícia. Nem toda denúncia ofertada pelo Ministério Público é recebida pelo Juiz. Existem muitos processos em que não há condenação do réu. Na verdade, muitos crimes nem chegam ao conhecimento das autoridades instituídas, sem falar dos casos prescritos e que não podem ser provados. Por outro lado, a criminalidade do colarinho branco também não é indicada nas estatísticas criminais, que, consoante percebemos, não pode ser acolhida de maneira absoluta, pois é falha e portadora de omissões, manifestando uma seleção quantitativa da criminalidade.

A criminalidade real é bem superior do que àquela descrita nas estatísticas oficiais.

> A seletividade do sistema, decorrente da sua incapacidade de reagir a todas as condutas consideradas nocivas e a todos os seus autores, produz dois efeitos: as "cifras negras" e as "cifras douradas" da criminalidade. A primeira demonstra que a grande maioria dos fatos típicos e de seus autores acaba não sendo submetida a processo de criminalização; a segunda, a que dentre as pessoas selecionadas, estão em flagrante desvantagem; as que pertencem as camadas mais débeis, deixando imune as pertencentes aos estratos privilegiados, em relação às quais a criminalidade se apresenta em "cifras douradas", pois induz a que se acredite que os integrantes destas classes tem menor propensão ou envolvimento em práticas consideradas criminosas (BRISSOLI FILHO, 2002, p. 79-80).

Diante desse quadro, infere-se que essas estatísticas distorcem a distribuição da criminalidade nos grupos sociais, conduzindo a uma falsa impressão de que essas estatísticas são características exclusivas das classes menos privilegiadas, legitimando a atuação do sistema penal repressivo sobre tais grupos. Da mesma forma, como essas estatísticas informam apenas a *ponta do iceberg*, chegamos à infeliz conclusão de que muitos princípios jurídicos (igualdade, legalidade, direito à vida, etc.) são distorcidos, uma vez que se aplicam somente ao percentual registrado formalmente nas pesquisas, que são denominadas de *cifras douradas.*

Além de quantitativa, a seletividade também é qualitativa, pois é evidente que o sistema penal alcança as pessoas que pertencem às classes sociais mais pobres. Diante disso, essas pessoas recebem de antemão a pecha de *delinquentes* confirmando que não existe um processo de seleção de condutas criminosas, mas sim, de estigmatização de grupos sociais.

> O sistema penal, em verdade, seleciona pessoas e não ações, como também fica evidente que criminaliza a pessoas determinadas, segundo sua classe e posição social. Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente "vulneráveis" o sistema penal, que costuma conduzir-se por "estereótipos" que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetado ou também daquele que se solidariza ou contara com ele, de forma que, a segregação de mantém na sociedade livre. "A posterior perseguição por parte das autoridades como permanentes suspeitos, incrementa a

> estigmatização social do criminalizado.” Seguindo esta trilha, pode-se afirmar que “a criminalidade é um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.” (GOMES, 2006, p. 85)

Como se verifica, as prisões estão lotadas de pessoas das classes subalternas. A pobreza se manifesta como um traço característico da criminalidade. Isso gera um outro quadro interessante. Os privilegiados são praticamente imunizados, pois o sistema é incapaz de buscar a parcela mais rica da população, deixando de punir certos tipos de crimes, a exemplo dos crimes de colarinho branco ou dos crimes contra a ordem econômica e tributária.

Expõe Caio Jesus Granduque José que:

> Nesse viés, de lege ferenda, ampliam-se as condutas rotuladas como crime quando típicas de indivíduos pertencentes às classes subalternas e criam-se zonas de imunização para as condutas decorrentes da criminalidade dourada ou do colarinho branco, estreitando-se e alargando-se – respectivamente – a malha do sistema penal e, consequentemente, aumentando seu caráter seletivo e estigmatizador (2011, p. 231)

Há uma dificuldade de persecução dos *white-collar* crimes, já que exigem dos órgãos de controle uma maior eficiência e especialização de seus agentes. A questão já se manifesta no campo legislativo, uma vez que a regulamentação normativa é deficiente ante a complexidade da questão.

Também há uma atuação legislativa casuística e expansiva, por exemplo, na tutela do meio ambiente, da economia popular, da ordem econômica, do sistema financeiro, etc. O comportamento dos criminosos do colarinho branco são menos perceptíveis e geram um menor conflito, com menos exposição, dificultando a investigação da Polícia e do Ministério Público em decorrência da opacidade da conduta dos crimes dessa natureza. As autoridades

judiciárias também sentem dificuldades em apreciar esses tipos de crimes, implicando sérios problemas de eficácia da intervenção penal (FIGUEIREDO, 2010, p. 332)

Temos aí, uma contenção de grupos humanos, um sistema pautado na seletividade, que escolhe quem vai punir, criando estereótipos relacionados às pessoas mais pobres. O sistema superestima os crimes de menor lesividade social, punindo rigorosamente os pequenos crimes patrimoniais cometidos por pessoas pobres e, por outro lado, tem dificuldades para alcançar os crimes mais graves praticados por pessoas de maior condição econômica, uma vez que há maior dificuldade na investigação policial (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 36).

Além disso, existem outros fatores que também servem de obstáculo, a exemplo da contratação de bons advogados, foro de prerrogativa de função, utilização de recursos e medidas processuais que visam protelar o andamento do processo, etc.

Na lição de Alessandro Baratta (2002, p. 102):

> Trata-se, como se sabe, de fatores que são ou de natureza social (o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações, como existe, ao contrário, para as infrações típicas dos estratos mais desfavorecidos), ou de natureza jurídico formal (a competência de comissões especiais, ao lado da competência de órgãos ordinários, para certas formas de infrações, em certas sociedades), ou, ainda, de natureza econômica (a possibilidade de recorrer a advogados de renomado prestígio, ou de exercer pressões sobre os denunciantes etc.).

Diante disso, o sistema penal não é exercido para defender a sociedade do crime, aplicando-se a prevenção geral ou especial teoricamente desenvolvida, mas se exerce a punição para que se estabelecer nítidas diferenças sociais, colocando-se cada pessoa no lugar determinado pela economia de mercado: ricos de um lado e pobres de outro.

> A desigualdade social, aliada ao sentimento nutrido pelas classes mais baixas de nossa sociedade, no sentido de que a seletividade de nosso sistema penal somente serve para apená-los e aprisioná-los, em contraposição à garantia de impunidade às classes mais abastadas, acaba por gerar a convicção de não ser possível a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, até porque o Estado, ao ser ineficiente quanto a efetiva redução das desigualdades sociais, adiciona ainda a desigualdade jurídica no tratamento de seus cidadãos. (CONTRUCCI, 2006, p. 203-204)

Fora as ponderações até aqui delineadas, também é necessária a abordagem desses fatores diante do contexto sociológico e criminológico brasileiro.

O mesmo *populismo punitivo* e o mesmo discurso de insegurança social ocasionaram o endurecimento penal em países da América Latina, a exemplo da Argentina. Conforme narra Letícia Godinho de Souza (s.d., p. 22-23):

> Várias propostas de endurecimento penal tiveram lugar, como a de reintroduzir a pena de morte (proposta feita pelo então candidato a presidente Eduardo Duhalde); propostas de aumento legal das penas para determinados tipos de delitos; a restrição de certos benefícios penitenciários que flexibilizavam a execução das penas privativas de liberdade, etc. Medida significativa de endurecimento penal foi o aumento constantemente crescente do uso do encarceramento. De acordo com o Ministério da Justiça, Segurança e Direitos Humanos da Nação, passou-se de 6177 pessoas encarceradas no serviço penitenciário federal em 1997 a 8963 em 2002, um aumento de 45% em apenas 6 anos. O aumento de sentenças condenatórias também sofreu relevante aumento: na província de Buenos Aires, por exemplo, de 4664 no ano de 1990, passou-se a 8271, um aumento de 77% em todo decênio.

No mesmo sentido ilustra Juan S. Pegoraro (1999, p. 223):

> Las desigualdades sociales, uma redistribuición del ingreso más inequitativa, el desempleo, el subempleo, los cambiors em la família, las nuevas formas del

> consumo, la caducidade de las instituciones mediadoras, la perdida de la movilidad social, etc. permiten aproximarnos a um diagnóstico acerca de uma sociedade, um orden social que crea inseguridad y que pretende neutralizar los reclamos que genera por medio del control social. Es el control social de la seguridad de mantener la inseguridad y el medo. [325]

Conforme destaca Marcelo da Silveira Campos (2010, p. 89), nos países da América Latina ocorreu um relevante aumento nas taxas de encarceramento dos anos noventa para cá em decorrência da criminalidade transnacional. Segundo o pesquisador:

> Os países que registram os maiores aumentos nos índices também são os que possuem maiores desigualdades econômicas e, alguns deles, abrigam a criminalidade transnacional que se espalha pela região. O peru, por exemplo, de 1990 a 2000 aumentou em 50% a população prisional. No Brasil, mais especificamente em São Paulo, 1000 novos presos entravam no sistema a cada mês nos anos 90 (CAMPOS, 2010, p. 89).

No campo legislativo, nas ultimas décadas o Brasil tem mostrado um recrudescimento penal com a adoção de legislações rigorosas impulsionadas pelas campanhas da mídia e pela adoção do movimento *Lei e Ordem* por nossos parlamentares, a exemplo da Lei nº. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e da Lei nº. 10.792/03 (Lei do Regime Disciplinar Diferenciado), dentre outras normas especiais. [326]

Na quinquagésima segunda legislatura do Congresso Nacional (2003-2007), ficou constatado que os parlamentares apresentaram um número expressivo de propostas visando o recrudescimento dos tipos penais. Segundo se verifica, das seiscentas e quarenta e seis

---

[325] Traduzindo: "As desigualdades sociais, a distribuição de renda desigual, desemprego, subemprego, as trocas de família, as novas formas de consumo, caducidade de instituições mediadoras, a perda de mobilidade social, etc. possibilitam aproximar diagnóstico de uma sociedade, uma ordem social que gera insegurança e neutraliza as reivindicações geradas por meio de controle social. É o controle social para manter pano de segurança e insegurança".

[326] Também podem ser citadas as seguintes leis: Lei nº. 9.034/95 (crime organizado); Lei nº. 9.296/96 (interceptação telefônica); Lei nº. 11.923/09 (sequestro relâmpago); Lei nº. 12.015/09 (crimes sexuais); Lei nº. 12.258/10 (monitoramento eletrônico do preso); Lei nº 12.654/12 (perfil genético); Lei nº 12.720/12 (milícia privada).

propostas, apenas vinte tiveram por objetivo flexibilizar algum tipo penal, a grande maioria visava aumentar a pena ou endurecer a resposta punitiva do Estado (CAMPOS, 2010, p. 99).

Observamos que, tanto nos países centrais, como no Brasil, a diminuição do medo da população e a restauração da ordem social tem sido a política adotada pelos governantes. A principal forma de colocá-las em prática é a punição mais severa das pessoas, adotando-se uma política de intolerância e criando-se uma mentalidade autoritária.

Na verdade, o recrudescimento penal não diminui a insegurança social, pois atua diretamente contra a classe de pessoas indesejadas e não contra as verdadeiras causas do crime. Essa insegurança funciona como um instrumento do autoritarismo, pois o uso da força é sempre desejada pela população e utilizada politicamente. Notamos que a ideologia da intolerância não afasta o medo e restaura a tranquilidade, na verdade, gera mais exclusão social, pois o aumento dos encarceramentos afasta o homem da condição de cidadão (PASTANA, 2003, p. 89).

Nesse passo, é possível verificar que a prisão, desde o final do século XX é um fenômeno que cresce assustadoramente. Isto porque ocorreu uma *criminalização da miséria*, substituindo-se o Estado Social pelo Estado Penal e Penitenciário.

CONCLUSÃO

Pôde-se constatar nesta pesquisa que, sem sombra de dúvidas, a política de seletividade penal enfraquece o Direito Penal e empobrece seus princípios fundamentais. As políticas sociais foram esquecidas e submetidas a um segundo plano, enaltecendo-se a política criminal e ampliando o poder de fogo do Direito Penal.

Verificou-se que esse sistema cria grupos sociais estigmatizados, considerados grupos de risco, agravando o problema da exclusão social. Não só isso, o fortalecimento penal não tem eficácia diante do aumento da criminalidade, que tem raízes em questões sociais. Na verdade, esse sistema age diretamente nas camadas mais pobres da sociedade, aumentando a população carcerária e afastando a condição de *cidadão* dessas pessoas.

Conclui-se que, a cada ano que passa, a instituição *prisão* vem crescendo e o contingente de pessoas encarceradas aumentando vertiginosamente.

No Brasil, a adoção dessa política pode ter maiores consequências em razão da profunda exclusão que impera em nossa sociedade, com efeitos extremamente catastróficos em face daqueles que vivem em condições extremamente apartadas de toda a sociedade, ou seja, em face daqueles que cumprem suas penas nas penitenciárias brasileiras.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.* Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo Liquido.* Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editora, 2008.

_____. *Globalização: as consequências humanas*, tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editora, 1999.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999.

BRISOLLI FILHO, Francisco. Punição e divisão social: do mito da igualdade à realidade do apartheid social. In : ANDRADE, Vera Regina Pereira (org.) *Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva – Homenagem a Alessandro Baratta*. Vol.2 . Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema penal e política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010..

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da Política Criminal aprovada de 1989 a 2006.* São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CASTRO, Raimundo Amorim. As teorias da justiça e o igualitarismo liberal contemporâneo como disfarce da dominação capitalista. Códigos da violência nas democracias globalizadas. *Argumenta Revista Jurídica*, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, n. 10, jan./jun. 2009.

CONTRUCCI, José Roald. A seletividade do Sistema Penal no Estado Democrático Brasileiro: uma afronta ao princípio da igualdade. *Argumenta Revista Jurídica*, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, n. 12, jan./jun. 2010.

DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal.* Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006.

EM.COM.BR: Os dez anos dos atentados de 11 de setembro e suas repercussões para o Oriente Médio. Disponível em < Http://www.em.com.br/app/noticia/especiais/11-de-setembro/2011/09/08/noticias_internas_11_de_setembro,249636/os-dez-anos-dos-atentados-de-11-de-setembro-e-suas-repercussoes-para-o-oriente-medio.shtm> Acesso em 06.jul. 2012

FERRAJOLLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de A.P.O. Zomer [et al]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. *Direito Penal Secundário, inflação legislativa e White-collar crimes*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 87. São Paulo. Novembro-Dezembro de 2010.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Fabiano Maranhão Rodrigues. Justiça Criminal e Desigualdades Sociais – Seletividade do sistema penal. *Argumenta Revista Jurídica*, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, n. 06, jan./dez. 2006.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Globalização e Direito Penal. *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.* Niterói: Editora Impetus, 2011.

HASSEMER, Winfried. *A história das ideias penais na Alemanha do pós-guerra seguido de a segurança pública no estado de direito.* Tradução de Carlos Eduardo Vasconcelos. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1995.

JOSÉ, Caio Jesus Granduque. Selecionar e excluir: o sistema penal brasileiro em descompasso com os objetivos fundamentais da República.. In : BORGES, Paulo Corrêa (org.) *Marcadores sociais: da diferença e repressão penal.* São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2011.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.* São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e Seleção no Sistema Judiciário Penal.* São Paulo: IBCCRIM, 2010.

NATION MASTER.COM: Crime Statistics. Prisoners (most recent) by country. Disponível em < http://www.nationmaster.com/graph/cri_pri-crime-prisoners > Acesso em 02.07. 2012

PASTANA, Débora Regina. *Cultura do Medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil.* São Paulo: Editora Método, 2003.

PEGORARO, Juan S. Inseguridad y violencia em el marco del control social. In : SANTOS, José Vicente Tavares dos (org.) *Violência em tempo de globalização*. São Paulo: Editora Hucitec, 1999.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Letícia Godinho. *Globalização, exclusão social e criminalidade; a difusão das políticas de intolerância na Inglaterra, Brasil e Argentina*. Disponível em <http://neic.iesp.uerj.br/textos2/Let%C3%ADcia%20Godinho%20de%20Souza.pdf > Acesso em 20.jun. 2012.

VASCONCELOS, Karina Nogueira. *O modelo punitivo carcerário: entre a crise teórico-ideológica e o reafirmar-se político*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 78. São Paulo. Maio-Junho de 2009.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

SOBRE DISTOPIAS E UTOPIAS: O USO DE DROGAS E CRIMINALIDADE NA ADOLESCÊNCIA

Gabriela Bonora de Farias TRINDADE [327]

RESUMO

Este trabalho busca, de uma maneira geral, traçar um paralelo prático entre o uso de drogas e sua relação com a criminalidade na adolescência, especialmente os crimes contra o patrimônio e o tráfico de drogas. Através dos mais variados levantamentos das mais variadas áreas, primeiro obtém-se dados que demonstram o crescimento do consumo de drogas no Brasil e porque a política nacional antidrogas não funcionou até o momento. Em seguida, delineia-se a realidade social dos jovens viciados, mostrando que o problema vai além da pobreza e da baixa escolaridade, mas envolve também família, círculo de amizades, otimização de tempo, fatores genéticos e, principalmente, política estatal. Ademais, debate-se também a questão da redução da maioridade penal como maneira instantânea e superficial do impasse da sensação de insegurança que acomete a sociedade brasileira atual e até que ponto essa criminalidade juvenil pode ser atribuída ao fator drogas. Por conseguinte, com esse estudo é possível demonstrar que no combate às drogas devem ser deixadas de lado as armas, e adotadas medidas familiares, sociais e humanitárias de modo a construirmos uma sociedade menos desigual, com mais oportunidade a todos, tornando a problemática dos entorpecentes um problema não mais difuso, mas apenas pontual em nossa sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas antidrogas. Menor infrator. Políticas Públicas. Tráfico.

ABSTRACT

This work aims, in a general way, to trace a practical parallel between the use of drugs and its relation with criminality on youth years, especially crimes against property and drug traffic. Using many researches in so many different areas, first we get data that show the growing of

[327] Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho/PR.

consume of drugs in Brazil and why the national policy against drugs has not worked out so far. Then, design the social reality of young addicted, showing how the problem goes beyond the poverty and low scholarity, involving family, friendship, optimization of time, genetical factors and, mainly, public policies. Furthermore, is discussed on this paper the question about reducing age of criminal as an instantaneous and superficial way to decrease the insecurity sensation in the current Brazilian society and how long this child crime can be assigned to drugs. Thus, with this work is possible to demonstrate that in world war against drugs we should leave aside the weapons, and embrace familiar, social and humanitarian measures, so that we can build a less unequal society, with more opportunities to everybody, making drug problem no longer diffused, but punctual on our society.

KEYWORDS: Politics against drugs. Juvenille offender. Public policies. Traffic.

INTRODUÇÃO

A discussão sobre políticas antidrogas parece não ter fim. O assunto tem tomado proporções cada vez maiores seja em debates políticos, jurídicos, sociológicos, psicológicos ou informais. O problema deixa de ser pontual, e passa a dar sinais claros de sua existência na sociedade e na vida de cada indivíduo que a compõe. Assim, formam-se dois grupos antagônicos: o opressor e o liberal, cada um com suas verdades incontestáveis e com suas soluções infalíveis.

Contemporaneamente, se é que não poderíamos falar aqui de assuntos atemporais, nos deparamos com discussões sobre a redução da maioridade penal, onde políticos e cidadãos se mostram abertamente revoltados com as supostas brandas punições às quais menores infratores são submetidos, alegando, quase unanimemente, que se o jovem já possui capacidade de cometer crimes, certamente possui capacidade para responder por eles.

O que vemos dentro do nosso dia-a-dia como estudiosos do Direito e da realidade Penal e Criminal brasileira é que muitas crianças e jovens estão inseridas em uma triste realidade, seja por viverem em uma comunidade comandada pelo tráfico, seja por estarem em um ambiente familiar onde pais, irmãos, tios ou até mesmo avós se afundam no mundo das drogas, seja por fatores inerentes à sua personalidade.

Assim, simples e quase natural é que se forme um círculo vicioso no qual a criança é levada ao consumo de drogas, e esse consumo a leva a deixar de frequentar a escola; não

frequentando as aulas que deveria, perde grande (se não toda) perspectiva de vida; para a manutenção de vício, inicia a vida delitiva cometendo pequenos furtos, se prostituindo, se submetendo a um regime praticamente escravocrata imposto pelo traficante e, assim, se torna muito mais acessível que seus filhos, os filhos de seus filhos e sucessivamente vivam a mesma triste realidade que eles.

Incontestável é o fato de que a chamada guerra às drogas se mostra, senão maioria, boa parcela das causas de mortes no país, seja pelo uso, seja por problemas no âmbito familiar, seja em trocas de tiro entre policiais e traficantes, que muitas vezes acabam por atingir transeuntes inocentes. Políticas altamente repressivas como a que nosso país tem adotado já se mostraram quase que plenamente falhas. Enquanto o consumo de drogas ilícitas tem um índice de crescimento alarmante, medidas forçadas como a reclusão de pequenos traficantes ou a internação compulsória de dependentes químicos mostram pouca eficácia e uma grande distância da solução do problema.

A questão se torna mais acentuada ainda entre os menores infratores. Pesquisas mostram que mais da metade dos atos infracionais em determinados centros do país são atribuídos às drogas. E ainda assim, nos dói ver que nossa sociedade ao invés de se preocupar em como impelir uma melhora na perspectiva de vida dos jovens, se empenha em buscar medidas que tornem mais rigorosas as medidas penais contra pequenos delinquentes.

Todo debate social é válido, mesmo porque, vivendo em um Estado Democrático de Direito, estamos legitimados a fazê-lo. Sem embargo, tais polêmicas devem ser tratadas com plenitude de ideias, sem demagogias ou dogmas, analisando todos os pontos controvertidos e controversos que as rodeiam e, ao mesmo tempo, com a devida prudência, haja vista estarmos diante de questões que atingem de forma direta a dignidade e a vida da pessoa humana.

Certos temas não esgotam tão facilmente suas fontes de pesquisa, e aqui estamos diante de exemplos claros de tal afirmação. Assim, não se busca utilizar todos os argumentos existentes a respeito dos impactos que o uso e tráfico de entorpecentes causam à sociedade moderna, tampouco acerca daqueles que questionam qual a melhor solução para o problema das infrações cometidas por um penalmente inimputável pela idade, mas correlacionar a realidade social e familiar na qual muitos jovens brasileiros estão inseridos à responsabilidade individual dos menores infratores.

1. BREVE RELATO SOBRE DROGADIÇÃO E INFÂNCIA ATRAVÉS DOS TEMPOS

As drogas não são exclusividade das sociedades moderna e contemporânea. Registros mostram que a primeira notícia que se tem da produção de alguma substância entorpecente, qual seja, vinho resinado, data de mais de 5000 anos A.C. Desde então, a sociedade vem descobrindo e redescobrindo as propriedades de determinadas plantas e os efeitos de algumas substâncias químicas, de modo que uso de entorpecentes difundiu-se no mundo todo de maneira facilmente perceptível.

Em contrapartida, no início do século XX, forte repressão contra as drogas tem origem nos Estados Unidos da América, primeiramente com a proibição do uso da cocaína e da maconha, esta última sendo acolhida pela maior parte dos países do Ocidente. Em 1971, o então presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, declara literalmente "Guerra às Drogas", tornando-a uma implícita terceira guerra mundial, levando milhares de usuários, traficantes, militares e civis ao óbito graças à tamanha repressão.

A Comissão Global de Políticas sobre Drogas admite em seu relatório em 2011: "The global war on drugs has failed, with devastating consequences for individuals and societies around the world" (Em http://www.scribd.com/fullscreen/56924096?access_key=key-xoixompyejnky70a9mq Acesso em: 29 de julho de 2013). Dessa forma, novas medidas vêm sendo buscadas, ainda que de maneira extremamente tímida, de modo a alcançar ao menos a diminuição do consumo de drogas e, consequentemente, o número de mortos devido a esse problema.

Na outra base dessa balança analisada no presente trabalho, está a criminalidade precoce, aquela cometida por indivíduos tão jovens que mal possuem um desenvolvimento cerebral, físico e social completo. Maurício Gonçalves Saliba discorre em sua obra "O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente" sobre o controle que o sistema exerce sobre esses jovens apreendidos, de forma a entender esse controle como um olho vigilante sobre aqueles que são delinquentes em potencial.

No Brasil, apesar de acirrados debates que foram surgindo ao longo do tempo, o primeiro Código de Menores surgiu apenas em 1927, quando finalmente a questão da criança abandonada deixou de ser um problema de polícia para ser uma questão de assistência e proteção. Foi em 1990 que é aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente foi aprovado, hoje considerado um dos mais modernos do mundo. Na teoria, o referido estatuto é realmente genial, prevendo medidas socioeducativas de modo a dar suporte para a infância e a adolescência. Porém, no momento de sua execução é que o Estado tem encontrado maiores dificuldades, tornando-o, assim, não tão eficiente.

Recentemente, Eduardo Guimarães ilustrou brilhante artigo em seu endereço eletrônico com uma figura de crianças fumando crack na região da Luz, em São Paulo. Em seu texto, “Como uma criança vira monstro”, o ativista político discorre de maneira brilhante sobre os problemas que enfrentam as crianças criminalizadas, especialmente aquelas que são facilmente incriminâveis por serem usuárias de drogas. Para ele, o problema da criminalização encontra as mais variadas raízes. “O processo de deformação que cria jovens monstros está na desestruturação familiar, na ignorância, na pobreza, nas drogas e, acima de tudo, nos exemplos que crianças recebem enquanto crescem, vendo bandidos nas comunidades pobres saírem da pobreza com essa fórmula “mágica” de tomar dos outros o que não pode conseguir honestamente” (Disponível em: www.blogdacidadania.com.br Acesso em 16 de julho de 2013).

A questão do envolvimento do jovem vem se tornando cada vez mais marcante na sociedade, e é preciso que estejamos alerta e preparados para combater tal mal.

2. A LEI DAS DROGAS E SEUS REFLEXOS NA CONVIVÊNCIA SOCIAL

Verdade seja dita. As políticas repressivas nacionais e internacionais contra as drogas falharam miseravelmente em seu suposto intento de diminuir o consumo de substâncias entorpecentes. Ao mesmo tempo em que vemos crescer em âmbito nacional as medidas para expurgar qualquer vestígio de entorpecentes, seja na compra e venda, seja no uso, percebemos que o consumo de substâncias ilícitas vem aumentando cada vez mais, especialmente entre adolescentes, assim como as manobras para fazer com que elas saiam das mãos de seu produtor inicial e cheguem a seu consumidor final.

Tal assertiva pode ser comprovada através de variadas pesquisas realizadas por diversas entidades, sejam elas governamentais ou não. Dados divulgados através do II LENAD – Levantamento Nacional de Álcool e Drogas[1] em 2012 mostram que quase metade dos usuários brasileiros entrevistados utilizou cocaína pela primeira vez antes dos dezoito anos e mais da metade o fizeram em relação a maconha. A mesma pesquisa informa que o Brasil representa 20% do consumo mundial de cocaína e crack, sendo o principal mercado de crack do mundo (Em http://www.uniad.org.br/desenvolvimento/images/stories/arquivos/press_release_cocaina05_09.pdf Acesso em: 16 de julho de 2013). Um ano depois, o Relatório Mundial sobre Drogas, elaborado pelo UNODC, corrobora com referidos dados: “Enquanto o uso de cocaína em muitos países sul-americanos diminuiu ou se manteve estável, houve um aumento substancial

no Brasil que é óbvio o suficiente para refletir-se na taxa de prevalência regional para 2011." (Em <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_drugs/WDR/2013/PT-Referencias_BRA_Portugues.pdf>. Acesso em: 16 de julho de 2013).

Mas a que podemos atribuir a falha na política opressiva? Começar essa análise baseando-se em um problema social antigo como a educação pode parecer deveras superficial e clichê. Não se está buscando aqui formar uma ideia de segregação social maior ainda, atribuindo o uso de drogas e a prática de crimes exclusivamente aos pobres, a droga não escolhe sua vítima, e muitos fatores estão envolvidos na dependência química, mas jovens de baixa renda e com pouca instrução escolar estão mais propensos ao vício, devido à grande limitação de trabalho e lazer que sofrem. Assim, a educação mostra-se obviamente ligada até mesmo ao combate às drogas, não apenas pelo poder que as escolas podem (e deveriam) ter para instruir um jovem adulto acerca dos males dos entorpecentes, mas também por abrir maiores portas para seu futuro profissional e seu círculo de amizades.

Sem embargo, ao analisarmos a situação do sistema educacional público brasileiro, percebemos que a situação é alarmante. Crianças que mal frequentam as aulas, professores desmotivados e estruturas materiais e formais falidas são os problemas mais evidentes. Jovens que frequentam essas instituições se sentem preteridos em relação a outros que possuem recursos maiores, melhores e mais amplos, e acabam desmotivados, acreditando que em uma corrida pelos melhores empregos, não possuem chance alguma de sucesso.

Com isso em mente e analisando a realidade social em que vivem a maior parte desses adolescentes, chegamos a um ponto crítico ao se falar em consumo de drogas: a influência do grupo no qual está inserido. Independentemente da classe social ou do grau de escolaridade, a necessidade de se sentir parte de um grupo é característica natural do ser humano, e a iniciação de muitas pessoas no mundo das drogas possui como um dos elementos principais esse fator. Mas é fato notório que um jovem que possui como vizinho um traficante e que tem costumes muito acessíveis a ele, possui maior facilidade para adentrar no mundo do vício.

Mas a crítica maior pode ser encontrada no ponto em que se entende o problema das drogas como caso de polícia, rechaçando a ideia de que seja um caso de saúde pública. O usuário vem sendo tratado ao longo dos anos como verdadeiro delinquente, especialmente aqueles que fazem os chamados pelos grandes traficantes como "pequenos corres", que nada mais são do que o transporte de porções mínimas de substâncias entorpecentes, feitas por pequenas distâncias a fim de que cheguem às mãos de determinado consumidor, sendo essa a

forma de pagamento mais comum dentre aqueles que não possuem condições financeiras tão abastadas.

Tal visão mostra-se completamente equivocada, quando sabemos que determinadas drogas causam tamanha dependência física que verdadeiramente destroem o indivíduo, levando-o a crises de abstinências nefastas. O popularmente conhecido como viciado não tem nenhum controle de sua doença, em que pese grande parte dessas pessoas afirmem o contrário. Sobre determinada condição discorre Vicente Greco Filho (2009, pg. 3):

> As drogas, capazes de gerar toxicomania, devem atingir certo índice de periculosidade individual e social, avaliada à luz dos seguintes fatores: a) elevado teor de influência sobre o sistema nervoso central, de modo que pequenas doses das drogas bastem para produzir profunda modificação no seu equilíbrio e levem a instaurar-se rapidamente a dependência de fundo orgânico ou simplesmente psicológico; b) importância das perturbações físicas ou psíquicas que se originam do seu reiterado consumo, assim lesando gravemente as pessoas que a utilizam e, por via de consequência, produzindo dano social.

Dessa forma, sujeitar um dependente químico a penas, como faz a atual Lei n. 11.343 de 2006, ainda que tais penas sejam alternativas, mostra-se prática completamente equivocada, uma vez que tal sujeito deveria estar sendo submetido a um tratamento para sua doença, e não sendo advertido perante um juiz ou prestando serviços à comunidade. Essa medida, embora tenha sido um avanço, comparada a leis anteriores, ainda se revela débil, e claramente passível a mudanças.

A questão que orbita em torno do artigo 28 da presente Lei de Drogas vigente em nosso país ainda é controversa. Enquanto na visão de muitos autores, como Luiz Flávio Gomes que já explanou seu entendimento no sentido que houve *abolitio criminis* em relação à conduta de porte de drogas para consumo pessoal, entendendo-a como infração *sui generis*, para muitos outros tal conduta ainda é entendida como infração penal, posicionamento do qual partilhamos, uma vez que o próprio legislador assim a entendeu ao inclui-la no Título III, Capítulo III da Lei 11.343/06, qual seja, “Dos Crimes e Das Penas”. Ademais, a concepção de que pena seria apenas aquela em que se pune o cidadão infrator com reclusão ou detenção mostra-se extremamente ultrapassada, especialmente na realidade brasileira, em que se vê uma realidade carcerária falida e onde se busca medidas alternativas para tais punições.

Também não devemos chegar ao extremo de adotar opções como a internação compulsória, que se mostra plenamente inadequada. Além de continuarmos punindo uma das formas de autolesão, agora limitando a liberdade do indivíduo, estaríamos transformando casas de reabilitação em um refugo social. A internação compulsória deve ser vista como cartada final quando o dependente químico apresenta alto risco para si próprio e para terceiros, e tal medida deve ser analisada por um especialista na área da saúde bem como avaliado pelo representante do Ministério Público e do Poder Judiciário, incluindo também a decisão da família, quando tal ato não se mostrar não condizente com a realidade social e familiar do viciado. A internação compulsória vai, inclusive, de encontro com a própria Lei n. 11.343 de 2006 e um dos princípios do SISNAD, que é o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto a sua autonomia e liberdade.

O dependente químico, especialmente se é uma criança ou adolescente, é um caso de saúde pública, contudo, ele deve desejar sê-lo. É o que comprova pesquisa realizada no Rio de Janeiro pelo Jornal do Brasil em conjunto com a Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social, em que é regulamentada a internação compulsória de menores viciados em crack. Tal pesquisa aponta que apenas 50 dos 200 jovens que foram submetidos a tal medida lograram êxito em seu tratamento, voltando ao seio familiar e eventualmente alcançando a tão falado reinserção social. Por outro lado, mais da metade desses adolescentes evadiram-se das clínicas antes de encerrar o tratamento (Em http://www.jb.com.br/rio/noticias/2013/03/17/internacao-compulsoria-de-criancas-usuarias-de-crack-so-25-de-exito/ Acesso em: 18 de julho de 2013).

O que realmente importa em meio a tantas considerações é que o Estado deve preocupar-se em fornecer recursos para tratar aqueles que desejam tratar-se. O que na prática é muito pouco difundido. Aqueles que desejam fazê-lo pagam e assim, talvez, chegam à cura. Quem não possui meios financeiros para tanto, espera uma vaga em instituição pública, ou uma espécie de bolsa que raramente é fornecida. Medida brilhante foi a tomada pelo governo do estado de São Paulo, a popularmente conhecida como “Bolsa Crack”. Originalmente batizada como “Cartão Recomeço”, tal auxílio fornece um valor suficiente para custear a internação de dependentes do crack quando a família procura por tal apoio.

Por fim, vale citar um dos princípios do SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas): o reconhecimento da intersetorialidade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito. É preciso que entendamos que o problema das drogas não é pontual, e sim difuso. Ao menos na sociedade contemporânea ele já tomou proporções que abrangem a sociedade como um todo,

e nenhum de nós está imune a ele. Os principais fatores que podemos relacionar ao uso de drogas são os aspectos genéticos, características de personalidade e fatores ambientais.

O que realmente se busca dizer com isso é que não há muito eficácia no tratamento de um dependente químico que volta a conviver com uma família de viciados, que volta para os braços de uma sociedade comandada por traficantes, pois assim, estaria muito mais propenso a uma recaída. Dessa forma, não é responsabilidade exclusiva do Estado em fornecer um tratamento digno ao dependente, e tampouco depende apenas da força de vontade do viciado, mas que a família também saiba acolhê-lo de volta e que ajude a construir um novo modelo de sociedade.

2 RELAÇÃO ENTRE O MENOR INFRATOR E O USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES

O que leva uma criança a cometer um crime? Será sua genética? Ou sua pobreza mesclada com a vontade de ter um tênis de marca? Uma psique deturpada? Nunca chegaremos a uma resposta universal, pois, tal qual no mundo adulto, crianças cometem erros pelas mais variadas razões. O que não podemos esquecer é a situação em que se encontra uma pessoa que ainda não possui um desenvolvimento mental completo, não teve uma orientação familiar e social coerente e, muitas vezes, age por impulso, sem pensar nas consequências da longa vida que ainda lhe resta por viver.

O debate sobre a redução da maioridade penal nunca sai completamente de cena, apenas é constantemente retomado como medida de urgência cada vez que um menor de dezoito anos se envolve em crimes bárbaros, que chocam uma população que se sente desprotegida tendo como escudo “apenas” o Estatuto da Criança e do Adolescente, entendendo que tais indivíduos, que cometem tais monstruosidades, merecem dividir cela por anos a fio com adultos envolvidos com o crime. Essa é a visão cômoda e instantânea que boa parcela da população possui, deixando de lado considerações importantes acerca do ser humano (independentemente de seus erros, ainda o é) em questão e o que o leva a infringir a lei.

O Conselho Nacional de Justiça recentemente realizou uma pesquisa nos trezentos e vinte estabelecimentos de internação de jovens do país a fim de analisar as condições a que esses jovens estão submetidos, bem como o perfil dos adolescentes internos. Podemos observar nessa pesquisa que os crimes que mais se destacaram dentre os menores infratores são os cometidos contra o patrimônio. Não obstante, o tráfico de drogas também se mostrou

expressivo, sendo o segundo crime mais cometido a nível nacional, representando 24% dos internos (Em: <cnj.jus.br/images/programas/justica-ao-jovem/panorama_nacional_justica_ao_jovem.pdf> Acesso em: 26 de julho de 2013).

Tendo em mãos apenas tais dados, já podemos dizer que as drogas em nosso país estão difundidas na juventude. Seria descomedido admitir que os crimes contra o patrimônio estejam direta e intimamente ligados ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes, mas o fato de o tráfico de drogas ser aproximadamente um quarto dos crimes cometidos por jovens é um número expressivo e alarmante. Com isso, é forçoso constatar que essas crianças necessitam de um acompanhamento familiar, escolar e, quiçá, médico bem estruturado, e que os agentes envolvidos nessa orientação tenham plena consciência do risco que o envolvimento com drogas pode trazer, especialmente quando estamos tratando do tráfico de drogas, o que se tornou uma verdadeira guerra ao redor do mundo nos últimos anos. Segundo Vera Malaguti Batista, "O processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social, aprofundando seu caráter genocida. O número de mortos na "guerra do tráfico" está em todas as bancas" (1998, pg. 135).

Apesar de não existirem dados concretos sobre o assunto, a relação dos crimes cometidos contra o patrimônio e o uso de drogas é algo intuito e dedutivo. O viciado que não possui recursos para comprar o objeto de seu vício, não deixa de consumir. É preciso encontrar meios de faze-lo, e é certo que uma parcela considerável dos delitos de roubo e furto estejam ligados ao uso de drogas. O tráfico menor como meio de pagamento de seu consumo, também tem se tornado visível nas comunidades mais pobres. Alba Zaluar partilha dessa opinião e trata do assunto em sua obra 'Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas'. Assim dispõe sobre o tema: "é fato aceito que a necessidade de pagar ao traficante leva o usuário a roubar, assaltar e algumas vezes escalar o seu envolvimento no crime, especialmente quando ele não tem uma família de classe média que pague sua estada em centros de recuperação de drogados ou um bom advogado, para livrá-lo de um curso de violência e crime numa das penitenciárias do país" (2004, pg. 34).

Longe de tentar estabelecer dogmas a respeito do assunto entorpecentes e menores infratores, é preciso lembrar que nem todo aquele que comete um crime é um viciado e vice-versa. Não obstante, como já dito anteriormente, muitos soldados do tráfico somente o são para que de alguma forma possam financiar a droga que consumem. É comum que um grande traficante não se arrisque carregando drogas pelas cidades até que cheguem a um consumidor final, mas que recrute seus "clientes" que não possuem recursos pecuniários a fim de que

esses efetuem o translado das drogas nas ruas. Alba Zaluar vai além em seu raciocínio e resume um uma única frase um dos maiores problemas que enfrentamos contra o tráfico atualmente: “Combater o mal do tráfico de drogas não pode ser reduzido a trancafiar as suas mais modestas engrenagens” (2004, pg. 34).

Vera Malaguti Batista realizou interessante estudo sobre o envolvimento de jovens com entorpecentes em seu livro “Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro”. Utilizando-se de dados coletados através de pesquisas processuais e penais na capital carioca, a autora demonstra como as drogas estão difundidas nas vidas dos menores internos, e demonstra claramente como através da história jovens pobres vêm sendo tratados de formas diferentes não apenas no seio familiar, mas dentro de instituições judiciais e punitivas também.

Conclui a autora que “A disseminação do uso de cocaína trouxe como contrapartida o recrutamento da mão-de-obra jovem para sua venda ilegal e constituiu núcleos de força nas favelas e bairros pobres do Rio de Janeiro” (1998, pg. 134). Isso é o que se observou no século passado, e é o que continua se observando na atualidade. Dessa forma, fazendo um comparativo entre os estudos realizados por Vera Malaguti e o atual relatório divulgado pelo CNJ, as políticas repressivas adotadas até agora se mostraram falhas, uma vez que não houve erradicação do problema, nem mesmo sua diminuição.

Ademais, a mesma pesquisa do Conselho Nacional de Justiça aponta que 75% dos internos é usuário de algum tipo de substância entorpecente. A mais consumida entre eles é a maconha, seguida pela cocaína, com exceção da região nordeste, onde a segunda droga mais consumida é o crack. Isso demonstra que, mais do que infratores da lei, esses menores encontram sérios problemas com o vício em sua realidade, o que pode ou não leva-los a cometer os delitos em tela.

Não obstante essa situação, Batista observou em sua pesquisa que os operadores da lei e da ordem pouco têm se importado com esse fato marcante ao longo dos anos em nosso país. A verdade é que sempre se busca justificar a autoria delitiva pela classe social, pela escolaridade, ou pelo ambiente em que está inserido. Um adolescente rico detido com uma trouxa de maconha é apenas um usuário e deve ser encaminhado de volta à família. Já os jovens pobres e negros principalmente, apanhados com a mesma quantidade da droga, são considerados traficantes e possuem grande distorção de valores sociais. Vera Malaguti assim discorre em sua obra (1998, pg. 134;135):

> "A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa. Os relatórios e processos dos agentes do sistema são bastante claros quanto a isso. São pouquíssimos os casos de análise do ponto de vista da droga em si. Em geral, os processos se relacionam às famílias "desestruturadas", às "atitudes suspeitas", ao "meio ambiente pernicioso à sua formação moral", à "ociosidade", à "falta de submissão", ao "brilho no olhar" e ao desejo de status "que não se coaduna com a vida de salário mínimo"".

O uso de drogas como fator criminógeno tem sido altamente debatido por operadores do direito, políticos, médicos, entre outros. Para Oswaldo Moraes de Andrade, "Os delitos decorrem da perda de autocrítica e senso ético" (1970, pg. 83). O médico psiquiatra, assim, entende que drogas anfetaminas, que são as popularmente conhecidas como "estimulantes" abrem caminho ao cometimento de delitos, pois essas fazem seu consumidor perder a noção da realidade, encontrando-se em extremo estado de euforia. Contudo, o médico não acredita que a maconha, por exemplo, tenha alguma relação com o crime. Com a demonstração de alguns casos verídicos, onde através de análises clínicas a delinquência não pôde ser associada ao uso da substância, para ele a maconha especificamente não pode ser considerada como um fator que leve o indivíduo a cometer delitos, apesar de sua nocividade ao indivíduo e à sociedade.

Não é o posicionamento do qual partilha Vicente Greco Filho. Para o autor, um dos fatores importantes no cometimento de delitos é a perca de noção da realidade, o que pode ser ocasionado, dentre outras coisas, pelo uso da diamba. "Consideramos, portanto, a maconha fator criminógeno de relevância, pois, quando não há visão correta da realidade, desaparecem os freios inibitórios morais e até físicos que impedem ao indivíduo a prática de delitos" (FILHO, 2009, pg. 25).

O fator criminógeno da maconha já foi objeto dos mais variados estudos, entre eles o simpósio realizado pelo Centro Brasileiro de Drogas Psicotrópicas, juntamente com a Secretaria Nacional Antidrogas, o que gerou o livro "Cannabis sativa L. e substâncias canabinóides em medicina". Nessa obra, cientistas e instituições nacionais e internacionais dão seu parecer acerca do tema, e grande parte deles admite que a maconha possua efeitos que

podem ser cumulados, gerando, assim, seu agravamento, e a perda da noção de realidade no indivíduo, o que pode leva-lo a cometer crimes.

Destarte, se torna óbvio o fato de que grande parcela desses jovens que hoje se encontram nas sombras da ilegalidade foram impelidos, em parte, pelo uso de drogas. Esses adolescentes, que mal possuem um desenvolvimento mental e físico completo, encontram mais um obstáculo quando se trata de controlar seus instintos criminosos: os efeitos da droga. E, mesmo assim, quando caracterizados como usuários não são encaminhados a unidades de tratamento, mas sim à comunidade, para que prestem serviços forçados por um curto período de tempo e que, em termos práticos, em nada colabora na solução do problema.

O mais importante ao depararmo-nos com esses fatos e dados, porém, é buscarmos maneiras de frear esse crescimento desmedido do consumo e tráfico de drogas. Por mais simples e banal que possa parecer, uma reforma na educação é medida de caráter urgente. É preciso que o óbvio seja corrigido: melhores remunerações aos profissionais envolvidos em tão bela tarefa que é a educação e estruturas físicas condizentes com as necessidades do aluno são os primeiros passos nessa longa, mas necessária caminhada. No entanto, é necessário também que demos oportunidade aos jovens mais carentes de alcançar um futuro profissional promissor. Aulas, conteúdos, exercícios que os estimulem a estudar fazendo acreditarem (e conseguirem) competir de igual para igual com outros adolescentes que passaram a vida toda em berço de ouro, com todo suporte fornecido pela família nas melhores escolas de iniciativa privada do país. É preciso colocar na consciência desses jovens que eles são tão capazes quanto qualquer outro e, com a devida dedicação, podem chegar aonde bem entenderem.

Além disso, é interessante fazer com que o aluno se sinta conectado com a escola. E para que isso ocorra, atividades extracurriculares são mais do que essenciais, é essencial, aliás, que saiamos do simples e do cômodo, e nos acostumemos com o ideal. Não nos referimos aqui a cursos e/ou oficinas semiprofissionalizantes, que apenas fazem crescer na ideia do menor que deve se acostumar o fato de que são apenas as profissões que lhe ensinam ali que estão ao seu alcance. Tais cursos são importantes também, mas é preciso que sejam desenvolvidas atividades que estimulem o raciocínio lógico do aluno, que o faça criar deveres e responsabilidades, que o estimule a querer aprender cada vez mais. Não se busca eximir a responsabilidade da família, que é o primeiro contato social que temos em nossa vida como seres humanos, mas os jovens que hoje ocupam as cadeiras de uma sala de aula são quem formará futuras famílias, e se, infelizmente, a sua não obteve tal plenitude de direitos, que ele consiga tê-los e passa-los adiante, de geração em geração.

Medida que parece ser inevitável em todo território global diz respeito à descriminalização do uso de determinadas substâncias. De fato, falta sentido em uma lei que pune usuários de drogas com advertências e serviços comunitários. Primeiramente, a pena para autolesão não é admitida em nosso ordenamento jurídico-penal. Por mais que algumas figuras da sociedade defendam que o usuário não é apenado, ou que se pune o porte e não o uso, esses dizeres devem ser deixados um pouco de lado ao vermos que apesar de todo o problema, medidas para tratamento desses jovens viciados são raras. Mais uma vez repito: é preciso que se trate o viciado como um caso de saúde, e não de polícia. Repressão não cura dependência, e na verdade, faz mal à saúde. Faz mal à saúde porque o risco que se corre para chegar até a boca de fumo é alto. Faz mal porque deixa o dependente longe do tratamento de saúde. Faz mal porque tudo que é feito sem controle o faz. O único bem que a repressão causa é aos próprios traficantes, aos vendedores de armas e aos corruptos. À vista disso, se mostra essencial ao menos a descriminalização de determinadas substâncias entorpecentes em um primeiro plano.

Deixando de lado agora as medidas preventivas, é preciso adotar corretivas também, uma vez que o uso de drogas já está enraigado na sociedade e dificilmente deixará de existir por completo. Como um menor de idade de poucos recursos financeiros consegue se livrar do vício? Hoje, no Brasil, dificilmente conseguirá. As poucas casas de internação públicas possuem recursos escassos e vagas limitadas. As que são de iniciativa particular estão fora do alcance financeiro dessas crianças. É preciso que o Estado, mais uma vez, tome providências de maneira a garantir a essas crianças uma vida saudável, tal qual determina a Constituição Federal em seu artigo 227. Que crie casas de reabilitação públicas para essas crianças e que ali elas possam realmente se limpar do vício, que possam ter um acompanhamento familiar de forma a evitar recaídas, que tenha, também, o devido acompanhamento escolar nesses estabelecimentos, para auxilia-los nessa difícil cura.

CONCLUSÃO

A dependência de drogas não é um problema isolado, responsabilidade de apenas um segmento da sociedade. É preciso que vejamos que mais do que caso de polícia, as drogas são um problema de saúde, de família, de educação, de convivência e de genética. Como tal, não devem ser criminalizadas, mas vista da forma como realmente são: uma doença.

Quando estamos tratando de menores de idade, crianças e adolescentes envolvidas diretamente com substâncias entorpecentes, até mesmo em idades mais tenras, a sociedade

deveria se chocar e exigir um posicionamento ativo do Estado. Mas aparentemente, isso já virou rotina e todos estão acostumados com essa situação. E a verdade é que se dezenas de pessoas morrerem em meio à guerra ao tráfico pelas mãos de um adolescente, talvez também não cause tanto espanto ao cenário social nacional. Contudo, se esse jovem invade a área que, em tese, não lhe é de direito, cometendo crimes contra a classe média-alta, em bairros de alta visibilidade, então todo o debate da redução da maioridade penal é retomado, exigindo-se penas mais severas para aqueles que mal possuem um desenvolvimento mental concluído e que é ainda mais debilitado pela dependência de drogas.

A sociedade excludente, que empurra seus jovens, não apenas os pobres, mas como um todo, para a beira de uma boca de fumo, não parece dar tamanha importância a essa doença, e na consciência de muitos esses “maconheiros” merecem mesmo ficar na cadeia, dividindo celas com homicidas, assaltantes, estelionatários.

As drogas são fator importante dentro da criminalidade atual, tanto na medida em que seu uso é medida incriminadora, quanto no fato de que estimulam certos fatores cerebrais a cometer delitos. Além disso, é comum que jovens que não possuem meios financeiros para comprar o objeto de seu vício cometam delitos contra o patrimônio alheio ou até mesmo se envolvam no crime organizado.

É preciso, assim, que a sociedade tome medidas de forma a afastar os efeitos catastróficos que são gerados pela dependência química. Essas medidas devem ser concentradas nas mais variadas áreas, sendo as mais importantes : área da saúde, da educação, e da assistência social. Cada um dos problemas que a criança e o adolescente vão tecendo a forma da situação, mas não podem ser dados como razão única e incontestável que o levou ao mundo do vício. Devemos expurgar de nossas mentes que é comum que crianças de nove anos de idade estejam perdidas nas crackolândias das grandes capitais, iniciando sua vida de vícios tão cedo.

REFERÊNCIAS

CARLINI, E. A.; RODRIGUES, Eliana; GALDURÓZ, José Carlos F. – Cannabis sativa L. e substâncias canabinóides em medicina, São Paulo, CEBRID, 2004.

ZALUAR, Alba – Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas, Rio de Janeiro, FGV, 2004.

ANDRADE, Oswaldo Moraes – Dependências (toxicomania) e o novo Código Penal, Revista de informação legislativa, v.7, nº 27, p. 73-94, jul./set. de 1970. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180528

BATISTA, Vera Malaguti – Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Revan, 1998.

Relatório Conselho Nacional de Justiça – Panorama Nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação, Programa Justiça ao Jovem, 2012. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/

SALIBA, Maurício Gonçalves – O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente, São Paulo, UNESP, 2006.

BAPTISTA, Carlos Alberto – Crescimento da criminalidade e a atuação estatal, Curitiba, Juruá, 2007.

FILHO, Vicente Greco – Tóxicos: prevenção – repressão, São Paulo, Saraiva, 2009.

QUEBRANDO O TABU, Produção de Fernando Gronstein de Andrade. São Paulo: Spray Filmes, 2011. Filme (74 min).

II LENAD: Levantamento Nacional de Álcool e Drogas – O uso de cocaína e crack no Brasil, 2012. Disponível em http://inpad.org.br/lenad/

UNODC: Relatório Mundial sobre Drogas, 2013. Disponível em http://www.unodc.org/

GOMES, Luiz Flávio - Nova Lei de Tóxicos: descriminalização da posse de droga para consumo pessoal. Disponível em http://www2.mp.pr.gov.br/cpdignid/telas/cep_b22_05.html

CLEGG, Bill – Retrato de um Viciado quando Jovem, Companhia das Letras, 2011.

Report of the Global Comission on Drug Policy, Junho de 2011. Disponível em: http://www.scribd.com/fullscreen/56924096?access_key=key-xoixompyejnky70a9mq

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de – Lei de Drogas: Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 comentada artigo por artigo. Editora Método, 2011.

A MERCADORIZAÇÃO DOS DELITOS À LUZ DA SEMIÓTICA E DA DIALÉTICA[328]

Guilherme Cavicchioli UCHIMURA[329]

RESUMO

A linha de investigação do trabalho se inicia questionando um fato objetivo presente na linguagem carcerária. O que realmente significa dizer que um indivíduo condenado está *pagando sua pena*? Para revelar e compreender o fenômeno por trás desse comportamento, a pesquisa aborda a bibliografia marxista, desde a clássica até a mais recente. Além disso, orienta-se pela concepção dialética do direito, encontrando grande referência na obra de Roberto Lyra Filho. O artigo apresenta obras sobre a evolução histórica do controle social, o marginalizado e a universalização da forma mercantil, visando revelar as contradições existentes na relação entre o marginalizado e o sistema penal. Articulando os conceitos operacionais desenvolvidos, procura encontrar as sínteses dialéticas implicadas pelo enredo traçado, sem deixar de lado o comprometimento com uma *práxis crítica* desde o início. Conclui que, em função da estrutura da ordem social vigente, a mercadorização dos delitos é um fenômeno concreto existente na relação entre o marginalizado e o sistema penal, revelando-se ao se perceberem as contradições que existem nessa relação. Pode ainda ser interpretada à luz dos estudos semióticos de Óscar Correas e da relação entre hegemonia e dominação, emergindo, dialeticamente, com um duplo caráter na *luta de classes*: por um lado contribui para a manutenção dos sistemas econômico e penal, por outro nos leva a questionar a ordem social vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Marxismo. Criminologia crítica. Mercadorização dos delitos.

ABSTRACT

The investigation research line of this work begins questioning an objective fact present in the prison language. What does it really mean to say that a convicted individual is *paying his sanction*? To reveal and understand the phenomenon behind this behavior, the research deals

[328] "A Mercadorização dos Delitos" foi apresentada inicialmente no I Congresso Direito Vivo, realizado no ano de 2013 na Universidade Estadual de Londrina. O presente artigo é o resultado de uma releitura desse outro, na qual procurei utilizar os estudos semióticos de Óscar Correas como complementação à interpretação do fenômeno estudado.

[329] Discente do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina. Contato: guilherme.uchimura@hotmail.com.

with the Marxian literature, since the classic until the latest. Besides, it's guided by the dialectic conception of the right (law), finding great reference in the Roberto Lyra Filho's work. The article exhibit some studies about the historic evolution of social control, the marginalized and the universalization of the commodity trading form, in order to reveal the existing contradictions in the relation between the marginalized and the penal system. Articulating the operational concepts developed, it demands to find the dialectical synthesis implicated by the traced plot, without leaving aside the commitment whit a *critical praxis* since the beginning. The work concludes that, because of the structure of the actual social order, the crime commodification is a concrete phenomenon existent in the relation between the marginalized and the penal system, revealing itself when the contradictions in this relation are perceived. It might, yet, be understood in the light of the semiotics studies from Óscar Correas and of the relation between hegemony and domination, emerging, dialectically, with a double feature in the *class struggle*: on one hand contributes to the maintenance of the economic and penal systems, on the other hand takes us to challenge the actual social order.

KEYWORDS: Marxism. Critical criminology. Crime commodification.

INTRODUÇÃO

Estudar o direito a partir do marxismo é uma forma de identificar e questionar os elementos opressores presentes no direito positivo e nas práticas jurídicas.

Com essa mentalidade em foco, o presente trabalho visa pesquisar a existência de um fenômeno criminológico que, em sua estrutura, mimetiza as formas econômicas do sistema capitalista e, assim, gera contradições dentro do sistema penal.

A existência da mercadorização dos delitos em nossa sociedade, hipótese que será investigada, seria efeito da relação entre o comportamento criminoso do marginalizado social e a resposta que o sistema penal dá a esse comportamento.

Para compreender tal relação de forma crítica, a pesquisa será desenvolvida a partir da articulação de conceitos basilares do marxismo e de perspectivas críticas já consolidadas acerca da realidade do direito penal. Afinal, ao analisar os fatos, a criminologia crítica não

pode deixar de lado as questões estruturais da ordem social, lição bem ensinada por Roberto Lyra Filho[330].

Assim, o objetivo geral do trabalho é, por meio da metodologia dialética, compreender o que é a mercadorização dos delitos e quais são seus efeitos sobre a sociedade.

No primeiro capítulo, será apresentada a pesquisa bibliográfica marxista relacionada ao tema abordado, permitindo a percepção das contradições existentes na relação entre o marginalizado e o sistema penal. Assim, no segundo capítulo, poderemos nos voltar às interpretações semiótica e dialética dos fatos estudados, abordando, enfim, a existência da mercadorização dos delitos e os seus efeitos sociais.

1. DIREITO E MARXISMO

Para compreender um fenômeno jurídico-social sob uma perspectiva crítica, parece ser quase inevitável estudar o direito sob a perspectiva dialética. Assim, no presente trabalho, que contará com a formação de intrincada pesquisa bibliográfica, precisamos manter as atenções sempre voltadas à concepção dialética do próprio direito em toda sua linha investigativa para podermos enredar todos os conceitos de forma clara.

Por esse motivo, a pesquisa adota desde o início a expressão conceitual de Roberto Lyra Filho (1982, p.120):

> Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que definha nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão novas conquistas.

Sendo o direito, dialeticamente, o campo de uma constante luta por libertação, este trabalho pretende, ao final, revelar a mercadorização dos delitos, desenhada com os pincéis do controle social, enquanto um efeito da opressão de classes na área criminológica e, por outro

[330] "O itinerário da criminologia crítica, atualmente em foco, deverá consumar-se, a meu ver, em criminologia dialética. Nesta, evitando-se, tanto a alienação, quanto o comprometimento cego numa *práxis* acrítica, poderá ser visto o que ocorre, não só no palco, mas também nos bastidores da filosofia, da ciência e da política criminais" (LYRA FILHO, 1997, p.24).

lado, também como movimento positivo de desordenamento do controle social, estando em ambas as direções inserido na *luta de classes*.

Para iniciar a linha investigativa, questionamos algo que está objetivamente presente na realidade cotidiana, especialmente na linguagem carcerária. O que realmente significa dizer que um indivíduo condenado está *pagando sua pena*?

O fato de condenados ligarem o instituto da pena à noção de *preço* indica que a lógica mercantil influencia as práticas do sistema penal, transformando seu conteúdo em algo distinto do discurso oficial (ideológico) das políticas penais.

A mercadorização dos delitos se situa nesse mundo de contradições. Trata-se do *delito*, instituição instrumental do controle social, metamorfoseando-se em mercadoria e ofertando-se principalmente para os marginalizados sociais, resultando em uma lógica de troca mercantil que banaliza o direito penal.

Para entender esse fenômeno de forma clara, é preciso antes compreender a conjuntura social a partir da articulação de alguns conceitos-chave do marxismo. O objetivo deste primeiro capítulo será explorá-los, direcionando a pesquisa bibliográfica ao embasamento teórico necessário à posterior construção do conceito da mercadorização dos delitos e da interpretação de seus efeitos.

Dessa forma, os próximos subcapítulos tratarão: da evolução histórica do controle social, do marginalizado e da universalização da forma mercantil.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE SOCIAL

O sistema de controle social pode ser definido como um conjunto de instrumentos direcionados à manutenção da ordem. Sua instituição central é a prisão, e seus agentes principais são a polícia e a justiça criminal. Sob a aparência ideológica de proteção geral, ressocialização pessoal, prevenção e repressão de crimes, “objetivos” adotados pela política penal oficial, o controle social esconde os seus objetivos reais de dominação. Concretamente, a máquina funciona reprimindo a classe dominada e assegurando as condições materiais e político-jurídicas da sociedade capitalista (SANTOS, 2006, p.90).

A realidade das práticas penais, conhecida do nosso cotidiano, que vemos nas ruas e na mídia, descoberta nas delegacias e penitenciárias, e que chega a ser banalizada no senso

comum, é o resultado de um complexo processo histórico. O sistema penal vigente, em particular, representa o estágio atual da história da punição.

"Todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondam às suas relações de produção" (RUSCH; KIRCCHEIMER, 1999, p.18). A história da punição também dialoga com a história da *luta de classes*: conforme se alteram as formas econômicas da sociedade, são adotados novos objetivos e métodos para o exercício de punir.

Seguindo essa lógica, o desenvolvimento do capitalismo, desde sua forma menos desenvolvida, gerou profundas transformações no sistema de controle social, readequando as suas normas e começando a direcioná-las à manutenção da ordem burguesa. Os autores Georg Rusche e Otto Kirchheimer, expoentes da Escola de Frankfurt, desenvolveram na obra *Punição e Estrutura Social* pesquisa histórica essencial para compreender como isso aconteceu.

> A intensificação dos conflitos sociais (...) que marcaram a transição ao capitalismo entre os séculos XIV e XV levaram à criação de leis criminais mais duras, dirigidas contra as classes subalternas. O crescimento constante do crime entre os setores do proletariado empobrecido, sobretudo nas grandes cidades, tornou necessário às classes dirigentes buscar novos métodos que fariam a administração da lei penal mais efetiva (...). Como a maioria dos criminosos pertencia às classes subalternas, a palavra "vilão", originariamente aplicada aos membros de uma classe social específica, passou a indicar um julgamento de inferioridade moral.
>
> (RUSCH; KIRCCHEIMER, 1999, p.28-29)

No mesmo sentido:

> Com o desenvolvimento dos portos, armazéns, oficinas de trabalho e de mercadorias a criminalidade patrimonial torna-se intolerável para a burguesia: a eficácia do controle requer *codificação* das infrações e *certeza* da punição.
>
> (SANTOS, 2006, p.74)

Paralelamente, à medida que o sistema capitalista foi se consolidando nesse período histórico, modificava-se a visão em relação à valorização do trabalho e, consequentemente, em relação ao que os indivíduos desempregados representavam à sociedade.

Na Idade Média, o tratamento dos pobres era tarefa da igreja. Pela doutrina vigente à época, a pobreza não era apenas tolerada, mas chegava a ser glorificada pela ética medieval. Cuidar dos pobres representava à nobreza a oportunidade de fazer bem e agradar a deus (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 1999, p.53).

Já com a ascensão da burguesia nas relações de poder, a ética protestante de Lutero emergiu difundindo uma nova doutrina. A necessidade de trabalhar, antes rejeitada pelos nobres poderosos que viviam do trabalho alheio, tornou-se, pela lógica burguesa, medida de valor moral do indivíduo. A prosperidade passou a representar o resultado do trabalho árduo, atribuído diretamente à vontade de deus.

A condição dos pobres que não trabalhavam, do outro lado da moeda, sofreu rebaixamento moral. Por consequência, surgiram leis de repressão dirigidas a eles que, secundariamente, em benefício da burguesia, auxiliavam a maior exploração de mais-valia: “O novo programa tinha propósitos mais diretamente econômicos. Procurava prevenir que os pobres dispusessem de seu potencial de trabalho, preferindo mendigar a trabalhar por baixos salários” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 1999, p.60).

A partir do final do século dezesseis, em diversos países da Europa, entraram em vigência diversas espécies legislativas estabelecendo punições a mendigos, arruaceiros e vagabundos. A imposição da obrigação de trabalhar constituía, na verdade, a medida adotada pelo Estado diante das necessidades econômicas da nova ordem social.

Até mesmo a utilização do cárcere envolvia a finalidade do lucro. Em diversos países europeus, foi adotado um sistema pelo qual, em troca de uma sub-remuneração, os prisioneiros eram obrigados a trabalhar e produzir, gerando riqueza aos “proprietários” das instituições penais.

Nesse momento, o pobre passou a contar apenas com duas opções: trabalhar, aceitando o salário fosse ele qual fosse, ou aceitar o risco de sofrer a punição legal por sua vadiagem (que, de qualquer forma, levaria ao trabalho forçado na prisão). Ou seja, o controle social passou a direcionar os seus instrumentos coercitivos à obrigatoriedade de trabalhar para

evitar a escassez de mão de obra, requisito essencial da manutenção do modo de produção surgido com a ascensão burguesa.

Ao final do século dezoito, em decorrência das revoluções burguesas, com o crescimento da população à procura de emprego nas cidades, essa dinâmica repressiva foi alterada. Trata-se da mudança na estrutura social que, de forma radical, modificou o cenário político-penal e o tratamento dado aos pobres pelo controle social. A falta de mão de obra deu lugar ao seu excesso. Assim nasceu, em termos marxistas, *o exército industrial de reserva*.

Os efeitos foram evidentes. Gradualmente foram desaparecendo das casas de correção. Eram instituições que combinavam assistência aos pobres, oficinas de trabalho e punições penais, e vinham sendo utilizadas pelo Estado desde o século quinze como forma de "limpar as cidades de marginalizados" e obter lucro ao mesmo tempo. Com o excesso populacional, esse sistema, que se espalhava pela Europa, foi decaindo até desaparecer, visto que não cumpria mais seus objetivos.

> A casa de correção surgiu em uma situação social na qual as condições do mercado de trabalho eram favoráveis para as classes subalternas. Porém, esta situação mudou. A demanda por trabalhadores fora satisfeita e, eventualmente, desenvolveu-se um excedente (...). O que as classes dirigentes estavam procurando por mais de um século era agora um fato consumado – uma superpopulação relativa. Os donos de fábricas não mais necessitavam laçar homens. Pelo contrário, os trabalhadores tinham que sair à procura de emprego.
>
> (RUSCHE E KIRCHHEIMER, 1999, p.115)

Adotada a doutrina liberal e fisiocrata, com a imposição do "*laisser faire, laisser passer, le monde va de lui-même*" a um mercado de trabalho saturado, ocorreu o empobrecimento da classe trabalhadora e, com isso, surgiu o proletariado moderno.

"O agravamento da luta pela sobrevivência colocou o nível de vida da classe trabalhadora num patamar incrivelmente baixo" (RUSCHE E KIRCHHEIMER, 1999, p.126). Esse pauperismo, que fez crescer a população de marginalizados, acabou elevando exponencialmente as taxas de crimes patrimoniais no início do século dezenove. Em resposta,

a classe dirigente exerceu forte pressão por métodos de punição mais severos e eficazes, levando a uma vicissitude de reformas no sistema penal.

O trabalho forçado, por exemplo, deixou de fazer sentido diante da existência de um enorme exército de reserva de desempregados. Os objetivos diretos do sistema penal passaram a ser a intimidação e o controle político-social (MELOSSI; PAVARINI, 2010, p.80), conectando a punição a uma espécie de terrorismo de classes. Os relatos históricos demonstram que as instituições penais que deram continuidade ao trabalho no cárcere o faziam apenas de forma terrorista, visando aumentar a crueldade da pena ao adotar práticas similares ao *castigo de Sisifo*.

Pelas pesquisas históricas, começa a ficar bastante clara também a adoção pelo sistema penal do *princípio da menor elegibilidade da prisão* (*less eligibility)*, preconizando que, para não perder o caráter intimidante, o cárcere deveria oferecer uma qualidade de vida inferior ao mínimo do trabalhador livre ocupado, assalariado. Contudo, em determinadas circunstâncias, até mesmo a prisão pode oferecer condições de vida melhores que as dos desempregados. Em razão disso, historicamente, em regimes de desemprego elevado é possível perceber o abrutamento dos métodos de punição, como recurso intimidante ligado à ideia de menor elegibilidade (MELOSSI; PAVARINI, 2010, p.84).

Esse contexto histórico perdura até hoje. A relação entre cárcere e fábrica, entre o sistema penal e o modo de produção, determina a forma como o controle social trata o delito, a pena e o condenado. O sistema acaba existindo para atender as demandas do sistema capitalista:

> O universo institucional [do cárcere] vive, assim, de forma reflexa, os acontecimentos do "mundo da produção": os mecanismos internos, *as práticas penitenciárias*, ficam assim oscilantes entre a prevalência das *instâncias negativas* (o cárcere "destrutivo", com finalidades terroristas) e das *instâncias positivas* (o cárcere "produtivo" com finalidades essencialmente reeducativas). (...) **A penitenciária é, portanto, fábrica de proletários** (...). (PAVARINI, 2010, p.212, grifou-se.)

Como foi visto, desde o seu nascimento, as medidas de controle social da ordem capitalista têm o objetivo de manter o sistema de produção como ele é: apropriado pela classe

dominante. Se é necessário ao sistema produtivo que exista uma força de trabalho adequada a ele, a função do sistema penal é contribuir para o seu modelamento ideológico. Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos (2006, p.64), expoente da corrente denominada Criminologia Radical:

> O sistema penal representa uma estratégia de poder, definida nas instituições jurídico-políticas do Estado, explicável como política de classes dominantes para produção permanente de uma "ideologia de submissão" em todos os vigiados, corrigidos e utilizados na produção material.

As medidas de controle social, como se observa pela sua linha evolutiva, constituem o exercício de uma "ortopedia moral" aplicada à sociedade, a fim de conseguir utilizar os seus membros, forjados dóceis e úteis, no aparelho produtivo. Em síntese, o objetivo real do sistema penal, revelado pela relação cárcere-fábrica no contexto da *luta de* classes, é servir ao modo de produção e à manutenção da ordem social capitalista.

3. O MARGINALIZADO

No subcapítulo anterior, foi descrito o processo histórico do nascimento do exército industrial de reserva. *A mercadorização dos delitos*, tal qual se pretende investigar, é um fenômeno que tem um sujeito determinado. São os marginalizados/desempregados, os pobres, os autênticos membros do exército de reserva, dominados e explorados pelo sistema capitalista, que acabam se tornando mais suscetíveis a aceitar a vida criminosa por encontrar nela o seu grito de desespero e fome.

De forma mais genérica, podemos conceituar o marginalizado como o indivíduo que vive à margem da sociedade. Isso significa que ele não se integra ao grupo social hegemônico, consequentemente passando a desrespeitar as suas normas e tornando-se objeto de discriminação. No caso da mercadorização dos delitos, a pesquisa se direciona ao excedente da força de trabalho. Trata-se do grupo de marginalizados composto por indivíduos que não recebem remuneração regularmente, além de não possuírem capital ou bens suficientes para manter uma vida digna.

Em *O Capital*, Marx (1996, p.128) é enfático: "O mais profundo sedimento da superpopulação relativa [ou seja, o grupo de indivíduos desempregados] vegeta no inferno da indigência, do pauperismo". O exército industrial de reserva, segundo a crítica marxista, é um "excesso populacional" necessário à manutenção do capitalismo, mas cujos "soldados", à margem do sistema, sofrem os suplícios da privação material.

É fácil perceber que, para sobreviverem sob uma ordem capitalista, os marginalizados fora do mercado de trabalho precisam usar meios distintos do convencional, que seria o uso de um salário para adquirir mercadorias essenciais, tais quais moradia, alimentação, higiene etc. Isso leva uma grande parte deles a tornar-se delinquente, procurando a subsistência imediata (furto, roubo etc.) ou até mesmo uma fonte de renda na vida criminosa (estelionatários, pequenos traficantes etc.).

No atual estágio dos métodos de punição, comparando as condições do cárcere com as condições que o desemprego é capaz de gerar, a aplicação do princípio da menor elegibilidade (*less eligibility)* não é capaz de atingir esses marginalizados, pois optam pelo cárcere em detrimento da observância das normas penais. Conscientemente, fogem da privação material, aceitando os riscos da criminalização e, eventualmente, escondendo-se do pauperismo nas prisões.

> (...) dado que o que está em jogo para o desocupado, para o pobre (...), é exatamente a sobrevivência, a possibilidade de matar a fome de si mesmo e da sua família, e não a aceitação ou a recusa de ser contratado em *condições* de exploração, **o efeito intimidador torna-se extremamente difícil de ser alcançado**, já que basta que o cárcere assegure o mínimo vital para que a situação de detenção se torne melhor do que viver em liberdade. (MELOSSI, 2010, p.95, grifou-se)

Fazendo uma breve comparação, a motivação da prática de delitos pelo desempregado/marginalizado é a mesma que leva o empregado assalariado a vender sua força de trabalho todos os dias. Da mesma forma que este se vincula ao seu trabalho para suprir suas carências, aquele delinque e aceita os riscos da criminalização para sobreviver (SANTOS, 2006, p.40). O crime, sendo a derradeira maneira de subsistência do marginalizado, representa uma verdadeira tentativa de evasão da fome e da pobreza.

Vale destacar que pesquisas empíricas, como se expõe na obra de Cirino dos Santos (2006, p.12), corroboram essa concepção

> Nas sociedades capitalistas, a indicação das estatísticas é no sentido de que a imensa maioria dos crimes é contra o patrimônio, de que mesmo a violência pessoal está ligada à busca de recursos materiais e o próprio crime patrimonial constitui **tentativa normal e consciente dos deserdados sociais para suprir carências econômicas**. (grifou-se)

O controle social, por seu lado, apropria-se dessa realidade e utiliza os marginalizados como parte de sua estratégia. A constituição da massa criminalizada serve como exemplo negativo à população não-criminalizada, gerando a dicotomia trabalhador-delinquente e a atribuição de rótulos sociais aos marginalizados. Tal prática integra o terrorismo do poder punitivo, servindo para docilizar a força de trabalho empregada. Assim, "a delinquência é, ao mesmo tempo, *efeito do sistema e instrumento de controle social"* (SANTOS, 2006, p.83-84).

Assim, não parece ser conveniente à manutenção da ordem capitalista extinguir a massa de criminalizados ou mesmo o exército industrial de reserva. O programa real do sistema não prevê a abolição do cárcere nem o atingimento do pleno emprego, mas investe na reprodução da relação cárcere-fábrica como forma de controle social.

4. A UNIVERSALIZAÇÃO DA FORMA MERCANTIL

"A troca de mercadorias e suas consequências estruturais são capazes de influenciar *toda* a vida exterior e interior da sociedade" (LUKÁCS, 2003, p.193). Assim se pode expressar a denúncia de que, com os avanços do sistema capitalista, a forma mercantil, antes aplicada apenas à troca de objetos, passou a gerar a compra e venda da força de trabalho, e agora afeta também as relações sociais diversas. Na sequência, veremos como a relação entre o marginalizado e o controle social se insere nesse fenômeno.

Uma das lições primeiras da economia marxista é a qualificação da mercadoria a partir do seu *valor de troca*. Um produto do trabalho humano torna-se mercadoria apenas

quando apresenta esta relação econômica determinada: o valor de troca (MARX, 1978a, p.136).

Quando os indivíduos não atribuem valor de troca apenas às mercadorias, mas também aplicam sua lógica às relações sociais vividas, deturpam e esvaziam o conteúdo real dessas. Conforme indica Georg Lukács (2003, p.193), a forma mercantil influencia toda a vida exterior e interior da sociedade. É isso que se pode chamar de *mercadorização*, a forma mercantil que abrange não só objetos, mas também as pessoas e as relações sociais.

Em outras palavras, as ações de compra e venda vêm transcendendo a esfera da troca de objetos por dinheiro, na medida em que os indivíduos passaram a utilizar sua lógica para *transformar elementos das relações sociais em mercadorias*. Com isso, consolidou-se a capacidade comportamental de reduzir situações sociais complexas a atos de pagamento e recebimento.

Isso leva os indivíduos à sujeição à *universalidade da forma mercantil*, ou seja, à imposição de que a sociedade aprenda a satisfazer todas as suas necessidades sob a forma de troca de mercadorias (LUKÁCS, 2003, p.207).

Expoentes da Escola de Frankfurt, na *Dialética do Esclarecimento*, abordam o mesmo assunto.

> O preço da dominação não é meramente a alienação dos homens com relação aos objetos dominados; com a coisificação do espírito**, as próprias relações dos homens foram enfeitiçadas** [...] A partir do momento em que as mercadorias, com o fim do livre intercâmbio, perderam todas suas qualidades econômicas salvo seu caráter de fetiche, este se espalhou como uma paralisia sobre a vida da sociedade em todos os seus aspectos. (ADORNO, HORKHEIMER, 1985, p.40, grifou-se)

A observação acima se fundamenta no conceito de fetichismo[331]. Adorno e Horkheimmer construíram uma releitura da ideia inicial de Marx, indicando que, atualmente,

[331] Sobre o conceito de fetichismo: "(...) a mesa ainda é madeira, coisa prosaica, material. Mas, logo que se revela mercadoria, transforma-se em algo ao mesmo tempo perceptível e impalpável. Além de estar com os pés no chão, firma sua posição perante as outras mercadorias e expande as ideias fixas de sua cabeça de madeira, fenômeno mais fantástico do que se dançasse por iniciativa própria (...). Chamo a isto de fetichismo, que está sempre grudado aos produtos do trabalho, quando são gerados como mercadorias (...)." (MARX, 1996, p.159-161).

ao mesmo tempo a forma mercantil transforma a mercadoria em “ser animado” e transforma as relações sociais em “coisas inanimadas”.

Pachukanis, teórico soviético, observa ainda que, do ponto de vista histórico, o ato de trocar mercadorias teve importância maior do que outros atos na construção do sujeito na sociedade capitalista.

> Ao lado da propriedade mística do valor surge um fenómeno não menos enigmático: o direito. Ao mesmo tempo a relação unitária e total reveste dois aspectos abstratos fundamentais: um aspecto económico e um aspecto jurídico. No desenvolvimento das categorias jurídicas, a capacidade de realizar actos de troca é apenas uma das diversas manifestações concretas da característica geral da capacidade jurídica e da capacidade de agir. Todavia, **historicamente, o acto de troca fez justamente amadurecer a ideia de sujeito, como portador de todas as possíveis pretensões jurídicas**. (PACHUKANIS, 1977, p.144, grifou-se)

Podemos notar, com um simples olhar ao nosso cotidiano, que a universalização da forma mercantil está intensamente presente na *práxis* social. Não é diferente na relação entre o marginalizado e o sistema de controle social. A universalização da forma mercantil é o motor da mercadorização dos delitos, é o gênero do qual ela é espécie, conforme será explanado na sequência do trabalho.

5. A MERCADORIZAÇÃO DOS DELITOS

5.1 O fenômeno e seus efeitos

Seguindo a lógica traçada, o marginalizado é capaz de aceitar os riscos da criminalização, ou seja, a possibilidade de ser preso, em troca da subsistência que pode encontrar cometendo delitos. A mercadorização dos delitos é o fenômeno que expressa essa ação consciente do marginalizado, realizada sob a forma mercantil.

O conjunto de fatores que torna isso possível se deu com o desenvolvimento do sistema penal da forma como foi mostrada, que levou o direito penal burguês-capitalista, como medida de modelamento da força de trabalho, a racionalizar os métodos de punição.

Assim, foi colocado em prática *o princípio da retribuição equivalente*, já teorizado por Pachukanis em sua teoria geral do direito. Trata-se da ligação da pena a um *quantum* de liberdade, uma medida calculada em unidade de tempo, sendo que essa determinação abstrata acaba sendo necessariamente embasada nos mesmos termos que o valor-trabalho (PACHUKANIS, 1977, p.236).

A utilização do tempo para punir parece ser uma genuína prática burguesa. A partir da Revolução Francesa, foi descoberta e aplicada em outras formas de controle social, tal qual a escola, o que pode ser compreendido de forma mais aprofundada na conhecida obra de Foucaut sobre o assunto[332]. A ideia geral é que a experiência do tempo escandido, aplicada como método de disciplina, visa adestrar os indivíduos e estruturá-los enquanto seres dóceis e úteis para o processo de exploração (MELOSSI, 2010, p.91).

Na prática penal, o fato de a punição ser quantificada em medida de tempo cria a impressão de que a condenação pode ser algo similar a um investimento, *permitindo* o cometimento do delito relacionado. Assim como o trabalhador assalariado emprega horas de seu tempo livre como força produtiva para receber um pagamento equivalente, o marginalizado é capaz de cometer um delito para depois *pagar o equivalente* em horas de restrição à liberdade. A liberdade, de uma forma ou outra, é calculada em horas, dias e meses; é quantificada a fim de tornar-se moeda de troca no mundo das mercadorias, seja no mercado de trabalho, seja no mercado dos delitos.

Essa lógica inversa, realizada conscientemente pelo marginalizado, dá a forma mercantil aos delitos por ele cometidos. Com isso, parece que o sistema penal adquire a capacidade de tornar-se fetiche, mimetizando o mundo das mercadorias. Pois, se é possível falar em *pagar a pena*, isso implica a existência da *venda de um delito*.

> A origem da transição é identificada na *forma mercantil* de mediação das relações sociais: o fato do *crime* se configura como modalidade de circulação social e a instituição jurídica da *pena* como *"equivalente geral"* de troca do crime – assim como o dinheiro, equivalente geral de troca de mercadorias –, proporcionável em tempo com a mesma justeza da divisibilidade da moeda. (SANTOS, 2006, p.88)

[332] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** história da violência nas prisões. 33. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

Estando fora do mercado de trabalho, recrutado pelo exército industrial de reserva, o marginalizado não consegue vender sua força de trabalho, conforme dita a dança capitalista de reprodução da vida. A privação de liberdade é como um preço a ser pago para poder sobreviver ao desemprego. Assim, na consciência do marginalizado, delinquir não representa uma atitude ilegítima, já que seria uma alternativa concreta para sua sobrevivência, uma verdadeira alternativa ao *inferno da indigência*.

Colocando em termos da economia marxista, o que o marginalizado faz é atribuir *valor de troca* ao delito, acabando por concebê-lo como um produto circulável. É como se o Código Penal fosse um catálogo de crimes/produtos, cada qual com a pena/preço correspondente, e fossem quotas da liberdade do próprio criminoso a sua moeda, o seu dinheiro.

Na prática, trata-se ainda de uma questão de probabilidade de o marginalizado ser condenado após cometer um crime, uma chance que ele conscientemente aceita em troca da subsistência encontrada nos frutos do delito. Assim, ao internalizar as medidas de controle e a norma penal em geral, o marginalizado interpreta o sistema à sua própria maneira: ainda que seja condenado, ele compreende sua situação como se fosse uma loteria às avessas, em que teve o azar de ser pego.

Como foi explanado anteriormente, o sistema penal não intimida o marginalizado para que ele não cometa crimes. Pelo contrário, oferece-lhe os delitos, com segurança aritmética, em troca da sua restrição da liberdade, sujeita ainda ao fator de risco da eficácia ou não do sistema.

Por tudo que foi dito, chega a ser vulgar reproduzir a ideologia dominante e dizer que a pena possui as funções de proteção social, prevenção geral e ressocialização do condenado. O objetivo real da pena é ser um instrumento de controle social voltado ao modelamento da força de trabalho produtiva, encarcerando parte do excesso populacional, criando a dicotomia maniqueísta trabalhador-delinquente, dirigindo o poder punitivo aos marginalizados[333] e amedrontando a classe trabalhadora ativa.

[333] Sobre a seletividade do poder punitivo: "[atualmente] o sistema de controle social atua com todo rigor na repressão da força de trabalho excedente marginalizada do mercado (o discurso de proteção ao cidadão 'honesto', ou de combate ao 'crime nas ruas', legitima a coação do Estado)" (SANTOS, 2006, p.41).

6. A PERCEPÇÃO SEMIÓTICA DO FENÔMENO

O capítulo anterior abordou a forma como a mercadorização dos delitos existe e o que ela representa na relação entre o marginalizado/desempregado e o sistema penal. É possível ainda, para além da área criminológica, tentar compreender a inserção desse fenômeno na teoria geral do direito, particularmente nos estudos semióticos de Óscar Correas, situando-o no contexto da relação entre hegemonia e dominação e buscando identificar qual é o *sentido* da mercadorização dos delitos.

Em uma análise descritiva da mercadorização dos delitos, colocando-a nos termos da semiótica de Correas, parece tratar-se de *um conjunto de discursos* que criam um fenômeno jurídico em específico. Primeiramente, o estado emite prescrições proibitivas, escritas no Código Penal, que são aceitas, ou seja, consideradas legítimas pelos funcionários autorizados, desde os juízes até os agentes penitenciários (1995b, p.50). Os funcionários, descendo a escala hierárquica, emitem discursos destinados aos marginalizados/desempregados delinquentes, nos quais estabelecem uma sanção (o cárcere, por exemplo) devido ao descumprimento de determinada norma penal.

Por outro lado, em sentido de circulação oposto, os marginalizados também emitem discursos, podendo ou não aceitar o que lhes é imposto. Correas (1995a, p.267) defende que um fenômeno adquire a qualidade de *jurídico* apenas se, nesses discursos, houver o reconhecimento particular e generalizado do direito por "alguém". No caso da mercadorização dos delitos, em que pese a complexidade das variações de caso para caso, há o padrão de que os marginalizados acabam aceitando o discurso estatal emitido pelos funcionários, ainda que o distorcendo sob a forma mercantil. Em outras palavras, existe a eficácia do ordenamento na medida em que os marginalizados cumprem a pena que lhes é cominada, *pagam o preço, pagam a pena*.

É justamente nesse ato de fala do marginalizado, o *pagar a pena*, que podemos encontrar a relação semiótica entre a mercadorização dos delitos e o ordenamento jurídico.

Segundo Correas (1995b, p.234, tradução livre):

> (...) o direito é produzido utilizando palavras do léxico comum. Neste léxico convivem muitos discursos, que falam de diversos setores da realidade social. Ou seja, a 'realidade social' é o *referente* do direito. Ao usar as palavras na produção do

discurso do direito, o sentido delas se transporta a ele, especificamente a seu sentido ideológico, através de mecanismos conotativos.

Na gíria *pagar a pena*, elemento do "léxico comum" dos marginalizados, podemos identificar a presença de mais de uma ideologia, constituindo o sentido ideológico do direito de forma extremamente complexa. Primeiramente o marginalizado atribui o caráter mercantil à pena, revelando a ideologia capitalista que acaba se infiltrando nas relações jurídicas penais pelo mecanismo conotativo. Contudo, mais importante que isso, é importante observar a existência do sentido de desobediência embutido nesse discurso de reconhecimento. O marginalizado pode aceitar a *legalidade* das ações dos funcionários (reconhecer a *validade* do direito), mas não aceita que é *bom* obedecer o direito em geral; pelo contrário, age mostrando que, para ele, o *bom* é descumprir as normas penais, independentemente da sanção que pode decorrer desse descumprimento. Isso implica dizer que o discurso do marginalizado não confere *legitimidade* à ordem normativa (CORREAS, 1995b, p.78-79).

Por que obedecer? Ou melhor, por que seria *bom* obedecer? Ora, não há motivo que leve o marginalizado a achar *bom* ou *justo* um ordenamento jurídico que o faz passar fome e, além disso, às vezes pune suas tentativas de sobrevivência material por considerá-las criminosas. Nesse sentido, a ideologia que o marginalizado acaba desenvolvendo é uma ideologia de questionamento, de repúdio, de afronta à legitimidade do ordenamento jurídico.

Os discursos dos marginalizados são, concretamente, discursos *contra-hegemônicos*. Nesse ponto em específico, o ordenamento jurídico é exercido apenas na forma de *dominação*, ligada ao sentido deôntico do direito, em que o uso da violência é responsável direto pela eficácia das normas. Em um contexto social mais geral, se o ordenamento jurídico contasse apenas com *a dominação* para se manter, ou seja, sem o complemento da *hegemonia* (ligada ao sentido ideológico do direito), já não conseguiria sobreviver da forma como é (CORREAS, 1995b, p.78-79 e 173).

De tudo isso, podemos perceber que o sentido jurídico da mercadorização dos delitos é extremamente fragmentário. Se por um lado os discursos de reconhecimento dos marginalizados dão eficácia ao ordenamento jurídico, por outro afrontam a sua legitimidade e hegemonia. Esse conjunto de contradições na relação entre os discursos, entre hegemonia e dominação, entre a conservação e a transformação do ordenamento jurídico, tudo isso vai de

encontro à percepção dialética da mercadorização dos delitos, exposta na sequência, complementando a interpretação semiológica e servindo de desfecho para este trabalho.

7. A PERCEPÇÃO DIALÉTICA DO FENÔMENO

A consciência jurídica do marginalizado, como foi visto anteriormente, modifica o caráter proibitivo da norma penal e, ao revés, enxerga nela uma *permissão*, uma oferta de troca de delito por liberdade, de produto por preço. Essa distorção do direito posto representa uma forma de pluralismo jurídico, em que se polarizam o direito dos opressores e o direito dos oprimidos.

> Nas sociedades classistas, (...) não há uma só consciência jurídica e, poristo (sic), "a regra de direito da classe dominante, fundada na consciência jurídica dessa classe, não é igual à que se funda na consciência jurídica da classe subordinada; sendo justa para a primeira, é injusta para a segunda. Cada classe social, esteja ou não no poder, tem sua própria concepção do direito, concepção que não pode ser, e geralmente não é, a que se extrai do direito positivo em vigor" (LYRA FILHO, 1997, p.98)

A mercadorização dos delitos corresponde a uma forma de desordem[334] protagonizada pelos marginalizados sociais. Em um sistema que prevê a necessidade econômica do exército industrial de reserva para assegurar o funcionamento da força de trabalho, é impossível imaginar que os "soldados" desse exército, famintos e miserabilizados, aceitem tal condição passivamente, como seria o ideal para a classe burguesa.

A desobediência às normas penais, ou pelo menos a adulteração de sua proposta punitiva, tornando-se uma prática normal e recorrente, representa um comportamento anômico, o que indica um avanço dos espoliados na *luta de classes* conforme defende Lyra Filho (1997, p.122-123):

---

[334] Segundo Lyra Filho (1986, p.264): "Temos, a qualquer momento, não o sistema de órgão e funções operando conforme um padrão fixo (...), mas o efetivo enlace de elementos movediços, que simultaneamente desenham a ordem transeunte e realizam a des-ordem criativa de novos arranjos".

> a anomia, longe de representar, sociològicamente, a simples rejeição nihilista (sic) de toda e qualquer norma, denuncia a polarização de novos projetos de positivação normativa, conquanto ainda hesitantes ou somente implícitos. Êsses projetos inspiram-se na *práxis* social (...). A anomia representa o prenúncio de mudança iminente, na estrutura institucionalizada.

Sob a perspectiva da criminologia dialética, a mercadorização dos delitos não pode ser vista de forma banal ou até mesmo com repúdio aos marginalizados delinquentes. Trata-se de fenômeno inserido em um sistema de dominação e repressão classista e na própria evolução histórica da *luta de classes*, cuja percepção acrítica seria a própria negação da possibilidade de se caminhar para um direito mais justo.

O desordenamento do controle social pelos marginalizados, ao contrário da percepção reproduzida no senso comum, constitui em última instância ato político contrário ao sistema capitalista, o que nos leva a questionar a ordem social vigente.

Contudo, há também o lado inverso dos efeitos da mercadorização dos delitos nas relações de força do sistema político-econômico. Seguindo a teoria marxista, a presença da forma mercantil no fenômeno revela nele o fetichismo das mercadorias e a alienação de seus protagonistas.

Em outras palavras, a imposição da forma da troca de mercadorias na consciência do marginalizado não deixa de ser efeito da dominação de classes. Os marginalizados projetam o fetiche das mercadorias dentro da prática de desobediência, alienando-se de seus propósitos socioestruturais; a falta de consciência da própria ação política que é conduzida, concretamente, acaba contribuindo para a manutenção das injustiças presentes nos sistemas econômico e penal.

Avaliando esses dois aspectos, podemos concluir que a mercadorização dos delitos apresenta *duplo caráter na luta de classe*, o de dominação e o de libertação, situando-se no processo dialético de ordem e desordem, no mundo das contradições do mundo jurídico e no enredamento de novas conquistas. É parte do processo dentro do processo histórico que, pela concepção dialética do direito, corresponde a ele próprio.

CONCLUSÃO

Reveladas as contradições na relação entre o marginalizado e o sistema penal, com base na pesquisa bibliográfica apresentada, foi possível utilizar o método dialético para compreender o fenômeno da mercadorização dos delitos em nossa ordem social.

No início, foi questionado o fato de, objetivamente, na linguagem carcerária ser utilizado o termo *pagar a pena*. A articulação dos conceitos operacionais demonstrou a existência de uma complexa estrutura social existente por trás disso: o estudo do controle social, do marginalizado e da universalização da forma mercantil, conjuntamente, ofereceram dados para a linha investigativa avançar e reconhecer a mercadorização dos delitos como fenômeno inserido na relação entre hegemonia e dominação, podendo ser analisado à luz dos conceitos semióticos estudados por Correas, bem como inserido na dialética do direito e nos processos sociais de ordem e desordem.

A compreensão da existência da mercadorização dos delitos e, portanto, também a própria proposta deste trabalho não deixam de ter caráter político-social. A ordem social está continuamente dividida entre os objetivos ideológicos e os objetivos reais do controle social. A revelação ou ocultação do que não é dito constitui um verdadeiro jogo de forças, inserido na *luta de classes*, entre a manutenção da ordem socioeconômica e a conquista de direitos pelos espoliados.

Nesse viés, o presente trabalho é encerrado expressando a esperança do seu autor de que, ao investigar a mercadorização dos delitos, conseguiu avançar na conscientização social da existência de um sistema penal estruturado por contradições, alienação, desobediência e pela própria *luta de classes*, com a esperança de ter colocado em xeque a banalização disso tudo isso e, enfim, com a esperança de que possa despertar em seus leitores o anseio de, cada vez mais, eliminar as injustiças estruturais presentes na ordem social.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

CORREAS, Óscar. **Crítica da ideologia jurídica**: ensaio sócio-semiológico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995a.

_____. **Teoria del derecho.** Zaragoza: María Jesús Bosch, S.L., 1995b.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** história da violência nas prisões. 33. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2007.

LUKÁCS, Georg. **História e consciência de classes**: estudos sobre a dialética marxista. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

_____. **Criminologia dialética.** Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

_____. Desordem e processo: um posfácio explicativo. *In:* LYRA**,** Doreodó Araújo (Org.). **Desordem e processo:** estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho na ocasião do seu 60º aniversário com um posfácio explicativo do homenageado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

MARX, Karl. **O capital.** *In:* IANNI, Octavio (Org.). Coleção Grandes Cientistas Sociais. 8. ed. São Paulo, 1996.

_____. **O capital**: livro I. *In*: GIANOTTI, José Arthur (Org.). Coleção Os Pensadores. 2. ed. São Paulo, Abril Cultural, 1978a.

_____. **Para a crítica da economia política**. *In*: GIANOTTI, José Arthur (Org.). Coleção Os Pensadores. 2. ed. São Paulo, Abril Cultural, 1978b.

_____. **Salário, preço e lucro**. *In*: GIANOTTI, José Arthur (Org.). Coleção Os Pensadores. 2. ed. São Paulo, Abril Cultural, 1978c.

MELOSSI, Dário; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PACHUKANIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo.** Coimbra: Centelho, 1977.

RUSCHE, Geor; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 2. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006.

_____. **Direito penal:** parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008

A MAIORIDADE PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE SUA REDUÇÃO

Jacqueline Dandara TAMAIS*

Maytê Ribeiro Tamura Meleto BARBOZA**

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal estudar a polêmica relacionada à redução da maioridade penal na legislação brasileira atualmente, passando, primeiramente, a esclarecer sobre a diferença entre a maioridade penal e a responsabilidade penal juvenil. Objetiva também fazer um comparativo entre a maioridade penal e responsabilidade penal juvenil estabelecida em diferentes países. Outra questão importante que nos cabe mencionar é sobre a discussão sobre ser ou não, a maioridade penal, uma cláusula pétrea. Serão analisados também alguns argumentos utilizados tanto pelos que são contra, como pelos que são a favor desta diminuição da maioridade penal. Pretende-se fazer uma breve análise dos problemas que atingem o sistema prisional brasileiro na atualidade, um dos principais argumentos utilizados pelos que são contra a redução. Por fim, serão mencionadas as principais propostas legislativas que já foram feitas com relação à redução da maioridade penal no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Idade. Penal. Redução. Prisional.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo principal estudiar la polémica relacionada a la reducción de la edad penal en la legislación brasileña actualmente, buscando, primeramente, aclarar sobre la diferencia entre la edad penal y la responsabilidad penal juvenil. Otro objetivo es hacer un comparativo entre la edad penal y de responsabilidad juvenil establecida en distintos países. Otra cuestión importante que nos cabe mencionar es sobre la discusión sobre ser o no, la edad penal, una cláusula pétrea. Serán analisados también algunos argumentos utilizados tanto por los que son contrários, como por los que son favorables a la disminución de la edad penal. Se pretende hacer una breve análisis de los problemas que afectan el sistema prisional brasileño en la actualidad, uno de los principales argumentos utilizados por los que son contrários a la reducción. Finalmente, serán

mencionadas las principales propuestas legislativas ya hechas con relación a la reducción de la edad penal en Brasil.

PALABRAS CLAVE: Edad. Penal. Reducción. Prisional

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, dispõe em seu artigo 228 que "São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial". A partir deste dispositivo depreende-se que o indivíduo só pode ser punido penalmente após os dezoito anos, ou seja, a maioridade penal se dá a partir de então.

A legislação especial à qual se refere ainda o artigo 228 é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, que dispõe a respeito e visa proteger os direitos da criança e do adolescente.

Ultimamente, porém, diante dos diversos casos de violência e crueldade tendo como autores menores infratores, muito se tem discutido a respeito de uma possível redução da maioridade penal na legislação brasileira. E, quando essas ações repugnantes são cometidas por menores, não se fala em crime, mas sim em ato infracional.

É cada vez mais comum ouvir falar em atos extremamente violentos cometidos por pessoas com idade inferior a dezoito anos e, portanto, abrangidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O fato de estas pessoas estarem abarcadas por tal legislação especial impossibilita que se tenha uma punição decorrente do Código Penal, contrariando, assim, aquilo que a maioria da população brasileira anseia.

Trata-se de um assunto bastante polêmico, que encontra vários defensores, bem como pessoas que são contrárias a esta redução. Portanto, a seguir serão analisados alguns dos argumentos e motivos utilizados pelos que defendem e pelos que repudiam esta possibilidade.

Antes, porém, faz-se necessário analisar certos pontos relacionados ao tema, para sua melhor compreensão. Um desses pontos a serem abordados anteriormente, tem como objetivo justamente esclarecer sobre certa confusão que se tem notado com frequência nas discussões suscitadas sobre o assunto, principalmente nas redes sociais. Trata-se da diferença existente entre responsabilidade penal juvenil e a maioridade penal.

A maioridade penal, bem como a responsabilidade penal varia de um país para outro. Objetiva-se fazer uma breve comparação entre a maioridade penal em alguns outros países, apresentando uma relação sobre quais seriam estas idades.

Outro ponto que se discute sobre o tema, seria sobre se a idade penal constitui ou não uma cláusula pétrea, ou seja, disposição que não é passível de alteração. Muito se fala a respeito e também com relação a isto, existem posicionamentos nos diferentes sentidos.

Também será falado sobre alguns dos problemas que atingem o sistema prisional brasileiro atualmente. Várias pessoas que são contra a redução da maioridade penal, alegam que se o indivíduo menor de dezoito anos fosse para a cadeia, sairia delinquindo ainda mais do que quando entrou, pois a prisão significaria, neste caso, uma verdadeira escola do crime. Estas pessoas alegam que a cadeia seria um local onde o adolescente aprenderia muito mais coisas que lhe são impróprias e o verdadeiro objetivo de sua pena não seria cumprido, qual seja: Corrigi-lo para que possa voltar a integrar novamente a sociedade.

Se o objetivo do sistema prisional é justamente regenerar uma pessoa que comete um crime, e muitas vezes isto é frustrado, pois na prática não é o que ocorre (motivo pelo qual muitos desacreditam na eficácia de uma possível redução da maioridade penal), algo se mostra bastante errado e indica que este sistema está falido. Há que se buscar novos meios e reformular o sistema prisional existente, para que cumpra com seu papel.

Por fim, após breve análise das principais propostas legislativas que já foram feitas com relação ao tema, serão analisados os argumentos contrários e favoráveis à redução da maioridade penal no Brasil.

2 DIFERENÇA ENTRE RESPONSABILIDADE PENAL JUVENIL E MAIORIDADE PENAL

É normal vermos pessoas se dizendo inconformadas com a atual legislação penal brasileira e que esta deve ser urgentemente alterada; que devido à falta de punição a violência é cada vez mais gritante em nosso país, entre outras coisas. Enfim: grande parte da população clama pela redução da maioridade penal

Muito se discute sobre este assunto atualmente, tendo em vista a grande ocorrência de crimes violentos e cruéis, cometidos, porém, por menores de idade.

Todas as vezes que ocorre um ato bárbaro desses, cometido por algum menor, a sociedade se agita e a discussão acerca de uma possível redução da maioridade penal volta à tona. Nas discussões sobre este tema, porém, tem-se notado uma confusão muito frequente com relação aos conceitos de responsabilidade penal juvenil e maioridade penal.

Na internet, ultimamente, principalmente nas redes sociais, têm circulado algumas informações falsas, como se a maioridade penal em diversos países fosse abaixo da estabelecida no Brasil. O que estão publicando é, na verdade, a idade de responsabilização penal juvenil.

> O artigo 228 da Constituição Federal institui que é direito da pessoa abaixo dos 18 anos ser julgada, processada e responsabilizada com base em uma legislação especial, diferenciada da dos adultos, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). No Brasil, são julgados por essa legislação adolescentes a partir dos 12 anos. O que vem acontecendo é uma confusão de conceitos entre a maioridade penal juvenil e maioridade penal adulta. (BELONI, 2013)

A responsabilidade penal juvenil consiste na idade a partir da qual a pessoa já pode ser responsabilizada por seus atos. Essa idade para responsabilização penal juvenil e de adultos varia de acordo com cada país, e isso será objeto de capítulo específico. No Brasil, dá-se a partir dos doze anos. A denominação dos atos delituosos cometidos por menores de dezoito anos não é crime, e sim, ato infracional.

O adolescente de doze a dezoito anos que comete uma infração é responsabilizado, porém não da mesma forma que um adulto, conforme o Código Penal, e sim de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, pois, entende-se que a pessoa ainda não possua total capacidade de discernimento, nesta faixa etária.

Segundo Fernando Capez,

> Pode até ser que o menor entenda perfeitamente o caráter criminoso do homicídio, roubo, estupro, tráfico de drogas, mas a lei presume, ante a menoridade, que ele não sabe o que faz, adotando claramente o sistema biológico nessa hipótese. (CAPEZ, 2007)

Entretanto, com a ocorrência cada vez mais frequente de crimes violentos envolvendo menores de idade, fica o questionamento sobre se realmente estas pessoas não teriam mesmo noção de estarem praticando atos bárbaros, cruéis, que colocam em risco e amedrontam toda a sociedade.

> Há mais de dez anos o Código Civil reconheceu a evolução mental dos adolescentes brasileiros, sobretudo após a chegada das tecnologias digitais, a internet e as novas mídias. Hoje um adolescente a partir dos 16 anos assume responsabilidades que eram exclusivas de adultos: pode casar, votar, assinar contrato de aluguel de imóvel, ser sócio de empresa, filiar-se a sindicato, fazer testamento, ser titular de conta bancária, outorgar procuração, adquirir emancipação, ser testemunha, ser autor de ação popular, viajar para qualquer cidade do país sem autorização dos pais, aos 14 pode legalmente ter relações sexuais com outro(a)s adolescentes.
> Mas, se cometer um crime, subitamente é infantilizado, tratado como pessoa sem discernimento do bem e do mal, sem autonomia nem capacidade de decisão. Uma contradição injustificável. (TÉRCIO, 2013)

Não é novidade também que, em certas ocasiões, existem menores que são forçados a admitir a culpa de crimes que muitas vezes não cometeram, para livrar os verdadeiros criminosos de uma possível condenação, pois é sabido que a medida a ser tomada com relação ao menor é bem mais branda do que a com relação ao adulto.

Neste sentido, ensina Fernando Capez:

> Nesses casos, os menores de 18 anos, apesar de não sofrerem sanção penal pela prática de ilícito penal, em decorrência da ausência de culpabilidade, estão sujeitos ao procedimento e às medidas socioeducativas previstas no ECA (Lei n. 8.069/90), em virtude de a conduta descrita como crime ou contravenção penal ser considerada ato infracional (veja art. 103 do ECA). No caso de medida de internação, o adolescente é liberado compulsoriamente aos 21 anos de idade.
> Na atualidade, porém, temos um histórico de atos bárbaros, repugnantes, praticados por indivíduos menores de 18 anos, os quais, de acordo com a atual legislação, não

> são considerados penalmente imputáveis, isto é, presume-se que não possuem capacidade plena de entendimento e vontade quanto aos atos criminosos praticados. A grande questão é: como podemos, nos dias de hoje, afirmar que um indivíduo de 16 anos não possui plena capacidade de entendimento e volição? (CAPEZ, 2007)

Ou seja, o adolescente muitas vezes acaba perdendo o medo de cometer atos infracionais, ou até mesmo de admitir a culpa em crimes cometidos por maiores, pois sabe que, aos vinte e um anos de idade, estará livre novamente.

Já no tocante à maioridade penal, pode-se dizer que consiste na idade a partir da qual a pessoa já é considerada penalmente imputável, conforme o disposto no artigo 228 da Constituição Federal, que no Brasil, é aos dezoito anos. A partir de tal idade, o legislador pressupõe que a pessoa já possua entendimento sobre suas próprias ações e vontades, podendo responder penalmente pelos crimes que por ventura vier a cometer.

3 BREVE ANÁLISE DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL E EM OUTROS PAÍSES

Após esta básica diferenciação a respeito de idade para responsabilidade penal juvenil e maioridade penal, considera-se interessante a visualização da tabela abaixo, da CAOPCAE (Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente), para que se tenha uma pequena ideia de quais são estas idades, não apenas no Brasil, mas também em alguns outros países.

A tabela a seguir mostra uma relação de alguns países, com as respectivas idades estabelecidas para que haja a responsabilização penal juvenil e adulta além de algumas observações sobre especificidades de cada um deles.

Países	**Responsabilidade Penal Juvenil**	**Responsabilidade Penal de Adultos**	**Observações**
Alemanha	14	18/21	De 18 a 21 anos o sistema alemão admite o que se convencionou chamar de sistema de jovens adultos, no qual

			mesmo após os 18 anos, a depender do estudo do discernimento podem ser aplicadas as regras do Sistema de justiça juvenil. Após os 21 anos a competência é exclusiva da jurisdição penal tradicional.
Argentina	16	18	O Sistema Argentino é Tutelar. A Lei N° 23.849 e o Art. 75 da Constitución de la Nación Argentina determinam que, a partir dos 16 anos, adolescentes podem ser privados de sua liberdade se cometem delitos e podem ser internados em alcaidías ou penitenciárias.***
Argélia	13	18	Dos 13 aos 16 anos, o adolescente está sujeito a uma sanção educativa e como exceção a uma pena atenuada a depender de uma análise psicossocial. Dos 16 aos 18, há uma responsabilidade especial atenuada.
Áustria	14	19	O Sistema Austríaco prevê até os 19 anos a aplicação da Lei de Justiça Juvenil (JGG). Dos 19 aos 21 anos as penas são atenuadas.
Bélgica	16/18	16/18	O Sistema Belga é tutelar e portanto não admite responsabilidade abaixo dos 18 anos. Porém, a partir dos 16 anos admite-se a revisão da presunção de irresponsabilidade para alguns tipos de delitos, por exemplo os delitos de

			trânsito, quando o adolescente poderá ser submetido a um regime de penas.
Bolívia	12	16/18/21	O artigo 2° da lei 2026 de 1999 prevê que a responsabilidade de adolescentes incidirá entre os 12 e os 18 anos. Entretanto outro artigo (222) estabelece que a responsabilidade se aplicará a pessoas entre os 12 e 16 anos. Sendo que na faixa etária de 16 a 21 anos serão também aplicadas as normas da legislação.
Brasil	12	18	O Art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às medidas socioeducativas previstas na Lei.***
Bulgária	14	18	-
Canadá	12	14/18	A legislação canadense (*Youth Criminal Justice Act*/2002) admite que a partir dos 14 anos, nos casos de delitos de extrema gravidade, o adolescente seja julgado pela Justiça comum e venha a receber sanções previstas no Código Criminal, porém estabelece que nenhuma sanção aplicada a um adolescente poderá ser mais severa do que aquela aplicada a um adulto pela prática do mesmo crime.

Colômbia	14	18	A nova lei colombiana 1098 de 2006, regula um sistema de responsabilidade penal de adolescentes a partir dos 14 anos, no entanto a privação de liberdade somente é admitida aos maiores de 16 anos, exceto nos casos de homicídio doloso, seqüestro e extorsão.
Chile	14/16	18	A Lei de Responsabilidade Penal de Adolescentes chilena define um sistema de responsabilidade dos 14 aos 18 anos, sendo que em geral os adolescentes somente são responsáveis a partir dos 16 anos. No caso de um adolescente de 14 anos autor de infração penal a responsabilidade será dos Tribunais de Família.
China	14/16	18	A Lei chinesa admite a responsabilidade de adolescentes de 14 anos nos casos de crimes violentos como homicídios, lesões graves intencionais, estupro, roubo, tráfico de drogas, incêndio, explosão, envenenamento, etc. Nos crimes cometidos sem violências, a responsabilidade somente se dará aos 16 anos.
Costa Rica	12	18	-
Croácia	14/16	18	No regime croata, o adolescente entre 14 e dezesseis anos é

			considerado *Junior minor*, não podendo ser submetido a medidas institucionais/correcionais. Estas somente são impostas na faixa de 16 a 18 anos, quando os adolescentes já são considerados *Senior Minor*.
Dinamarca	15	15/18	-
El Salvador	12	18	-
Escócia	8/16	16/21	Também se adota, como na Alemanha, o sistema de jovens adultos. Até os 21 anos de idade podem ser aplicadas as regras da justiça juvenil.
Eslováquia	15	18	
Eslovênia	14	18	
Espanha	12	18/21	A Espanha também adota um Sistema de Jovens Adultos com a aplicação da Lei Orgânica 5/2000 para a faixa dos 18 aos 21 anos.
Estados Unidos	10*	12/16	Na maioria dos Estados do país, adolescentes com mais de 12 anos podem ser submetidos aos mesmos procedimentos dos adultos, inclusive com a imposição de pena de morte ou prisão perpétua. O país não ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.
Estônia	13	17	Sistema de Jovens Adultos até os 20

			anos de idade.
Equador	12	18	-
Finlândia	15	18	-
França	13	18	Os adolescentes entre 13 e 18 anos gozam de uma presunção relativa de irresponsabilidade penal. Quando demonstrado o discernimento e fixada a pena, nesta faixa de idade (*Jeune*) haverá uma diminuição obrigatória. Na faixa de idade seguinte (16 a 18) a diminuição fica a critério do juiz.
Grécia	13	18/21	Sistema de jovens adultos dos 18 aos 21 anos, nos mesmos moldes alemães.
Guatemala	13	18	-
Holanda	12	18	-
Honduras	13	18	-
Hungria	14	18	-
Inglaterra e Países de Gales	10/15*	18/21	Embora a idade de início da responsabilidade penal na Inglaterra esteja fixada aos 10 anos, a privação de liberdade somente é admitida após os 15 anos de idade. Isto porque entre 10 e 14 anos existe a categoria *Child*, e de 14 a 18 *Young Person*, para a qual há a presunção de plena capacidade e a imposição de penas em quantidade

			diferenciada das penas aplicadas aos adultos. De 18 a 21 anos, há também atenuação das penas aplicadas.
Irlanda	12	18	A idade de inicio da responsabilidade está fixada aos 12 anos porém a privação de liberdade somente é aplicada a partir dos 15 anos.
Itália	14	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Japão	14	21	A Lei Juvenil Japonesa embora possua uma definição delinqüência juvenil mais ampla que a maioria dos países, fixa a maioridade penal aos 21 anos.
Lituânia	14	18	-
México	11**	18	A idade de inicio da responsabilidade juvenil mexicana é em sua maioria aos 11 anos, porém os estados do país possuem legislações próprias, e o sistema ainda é tutelar.
Nicarágua	13	18	-
Noruega	15	18	-
Países Baixos	12	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Panamá	14	18	-
Paraguai	14	18	A Lei 2.169 define como "adolescente" o indivíduo entre 14 e

			17 anos. O Código de La Niñez afirma que os adolescentes são penalmente responsáveis, de acordo com as normas de seu Livro V.***
Peru	12	18	-
Polônia	13	17/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Portugal	12	16/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
República Dominicana	13	18	-
República Checa	15	18	-
Romênia	16/18	16/18/21	Sistema de Jovens Adultos.
Rússia	14*/16	14/16	A responsabilidade fixada aos 14 anos somente incide na pratica de delitos graves, para os demais delitos, a idade de inicio é aos 16 anos.
Suécia	15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Suíça	7/15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Turquia	11	15	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.

Uruguai	13	18	-
Venezuela	12/14	18	A Lei 5266/98 incide sobre adolescentes de 12 a 18 anos, porém estabelece diferenciações quanto às sanções aplicáveis para as faixas de 12 a 14 e de 14 a 18 anos. Para a primeira, as medidas privativas de liberdade não poderão exceder 2 anos, e para a segunda não será superior a 5 anos.

* Somente para delitos graves

** Legislações diferenciadas em cada Estado

*** Complemento adicional

TABELA 1: Demonstrativo de idade de responsabilidade penal juvenil e de adulto FONTE: CAOPCAE

A partir da tabela acima, pode-se ver que varia bastante a idade de responsabilidade penal juvenil em diversos países, porém, na maioria deles, a maioridade penal se dá, assim como no Brasil, aos dezoito anos.

Segundo Glauco Faria "Em relação à maioridade, de acordo com o estudo, a idade padrão em todo o mundo é 18 anos. Por sinal, é o que se recomenda na Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989, da qual o Brasil é signatário". (FARIA, 2013)

Pode-se depreender que há países que, como o Brasil, apesar de possuírem uma baixa idade para responsabilidade penal juvenil, mantém a maioridade penal aos dezoito anos. Entretanto, existem outros que têm estabelecida uma maioridade penal mais baixa, porém a idade para responsabilidade penal juvenil é a mesma.

Por exemplo: Na Bélgica, a idade de responsabilização penal adulta (maioridade penal) é a mesma para a responsabilização juvenil, que se dá aos dezesseis anos. Neste país, se adota o sistema tutelar que proíbe que menores de dezoito sejam responsabilizados. Há

outros países, como Dinamarca, Suécia e Suíça, que só punem o menor como se fosse maior de idade caso o delito seja considerado grave.

> Países como Holanda, França e Colômbia possuem idades de início da responsabilidade penal aos 12, 13 e 14 anos, respectivamente, respondendo a legislação penal juvenil do país, e a responsabilidade penal adulta é de 18 anos. Em países como Bolívia, Portugal e Romênia, que têm idade penal adulta dos 16 aos 21, e Dinamarca, Suécia e Suiça, com idade dos 15 aos 18, o adolescente só é submetido a legislação penal adulta caso o delito seja considerado grave, sendo que em outras infrações, ele ainda é responsabilizado pelas regras da justiça juvenil. (BELONI, 2013)

Trata-se, porém, de uma questão bastante delicada, pois é certo que cada caso é um caso, bem como cada país possui suas próprias características, singularidades, e assim sucessivamente. São culturas diferentes, e consequentemente, os resultados obtidos em cada um desses países também são diferentes. Neste sentido, Glauco Faria afirma que:

> Outro ponto que é importante destacar diz respeito ao próprio conceito de maioridade, que também tem nuances distintas conforme o país. Em alguns lugares, o adolescente pode perder a prerrogativa de responder por seus atos diante do sistema especial juvenil ou, por outro lado, continuar inserido nele mesmo após ter atingido a idade para ser processado penalmente como adulto. Na Alemanha, de acordo com o estudo de Neal Hazel, jovens de 18 a 21 anos podem ter a possibilidade de serem julgados em cortes juvenis. Mesmo nos Estados Unidos, que conta com legislações mais repressivas, estados como Colorado, Havaí e Nova Jersey permitem que jovens cumpram sua pena integralmente em estabelecimentos para menores infratores, inclusive depois de terem atingido a idade adulta. (FARIA, 2013)

Porém, há que se ter em conta que não é porque um sistema funciona de maneira excelente em determinado local, que funcionará com a mesma excelência em outro. O Brasil, especificamente, possivelmente está inserido em uma realidade muito diferente da que

vivenciam muitos dos países onde realmente funciona este sistema que opta por não responsabilizar penalmente abaixo de determinada idade.

Para os outros países, pode ser que funcione, pois talvez não haja tantos crimes com essas características. Aqui, porém, é cada vez mais crescente o índice de crimes praticados por menores e há que se tomar alguma iniciativa urgente para refrear essas ações criminosas.

Um dos pontos falhos na legislação brasileira é o rigor na punição de menores que cometem crimes graves. Alguns países que possuem a maioridade penal idêntica à do Brasil, no entanto, são mais rigorosos no momento da punição dos delitos graves, quando praticados por menores.

Um dos grandes problemas que afetam o Brasil é a desigualdade social. Fatalmente, esta desigualdade pode contribuir para com a criminalidade, mas não se pode concluir que este seja o motivo de todo e qualquer crime.

Muitos dos crimes cometidos por menores no Brasil são cometidos, justamente, por aqueles considerados hipossuficientes, que não tiveram uma vida digna, boas condições de subsistência, oportunidade de estudo, educação, laços afetivos, entre outros fatores.

Partindo deste princípio, muitas pessoas afirmam que estes menores infratores, já teriam sido punidos suficientemente por sua própria condição e, caso estes fossem punidos na esfera penal (como adultos), na verdade estariam sendo punidos em dobro.

Isso, na verdade, é um contrassenso, afinal, seria como se não possuir uma boa condição econômico-social justificasse a prática dos crimes mais bárbaros, o que é uma ideia totalmente inadmissível.

Mesmo porque, após os dezoito anos, o passado daquele que teve uma adolescência hipossuficiente não será alterado, e nem por esta razão ele poderá alegar isto como justificativa para que se esquive das imputações que lhe sobrevierem da lei penal, caso venha a cometer um crime.

E até mesmo uma falta de respeito para com aqueles que apesar de nunca terem se encontrado numa situação confortável, sempre procuraram manter-se dignamente, sem nunca lançar mão de práticas criminosas para se beneficiar. Ser pobre não significa ser criminoso.

> Nas últimas décadas tem sido imposto o conceito de que pobreza gera crime. Aliás, para muitos não é a pobreza em si, mas sim a desigualdade social, o que é medido com base no Índice GINI elaborado pela ONU (o qual mede o grau de desigualdade entre a parcela mais rica e a da distribuição de renda no país). Neste caso, o Brasil realmente está entre os primeiros do mundo na desigualdade social. (MELO, 2011)

Há que se ter em mente de que menores infratores não são apenas pessoas pobres, e vice-versa. Jovens de todas as classes sociais cometem ato infracional. Não se pode pensar que a pobreza seja a única causa pela qual as pessoas entram no mundo do crime, pois existem outros diversos motivos.

Obviamente, existem muitos fatores envolvidos, e há que se analisar muito bem todos esses causadores dos problemas que o Brasil vivencia na atualidade, indo até sua raiz, para tentar chegar a uma solução plausível e pelo menos tentar reduzir o índice dos crimes tão aterrorizantes dos quais temos tido notícia ultimamente.

4 CONTROVÉRSIA: MAIORIDADE PENAL É CLÁUSULA PÉTREA?

Outra polêmica envolvendo o tema é a dúvida existente com relação a ser ou não a maioridade penal uma cláusula pétrea.

Muita controvérsia surgiu após alguns ministros terem dado declarações em ambos os sentidos.

Em primeiro lugar, faz-se necessário esclarecer o que vem a ser uma cláusula pétrea.

> As cláusulas pétreas representam os limites materiais do Poder Constituinte derivado, ou seja, as cláusulas ou preceitos constitucionais não passíveis de supressão ou de alteração de forma a reduzir direitos. As cláusulas pétreas, nesse sentido, constituem parte imutável da Constituição. Essa característica é estabelecida pelo próprio Texto Constitucional, em seu art. 60, § 4º. (PIMENTA, 2007, p. 59)

Teori Zavascki, no ano passado, ainda quando atuava no cargo de ministro do Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, afirmou em sabatina na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) que a maioridade penal não é uma cláusula pétrea. Conforme explica Djalba Lima “Zavascki ressaltou que essa é sua posição pessoal, favorável a uma

interpretação restritiva das cláusulas pétreas [...] Para o ministro, essa interpretação favorece a adaptação da Constituição à dinâmica das mudanças sociais e valoriza o próprio trabalho do Congresso Nacional". (LIMA, 2012)

Em contrapartida, o atual ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, declarou recentemente que a maioridade penal é cláusula pétrea, sim, e que reduzi-la seria uma manobra inconstitucional, que só poderia ser feito com uma nova constituição. Segundo Fernanda Calgaro "Ele disse ainda que somente mudar a lei 'não resolve' o problema de segurança pública e apenas 'maquia' a realidade". (CALGARO, 2013)

Já deputado estadual e doutrinador Fernando Capez, que há tempos se mostra totalmente favorável à redução da maioridade penal, em entrevista concedida no mês de abril de 2013 à Rádio Jovem Pan, declarou que a diminuição da maioridade penal por meio de Emenda Constitucional seria inviável, visto que a Constituição em seu artigo 228 traz claramente que o menor de dezoito anos é inimputável, somado ao fato de que existe uma posição doutrinária (doutrinária, porém não jurisprudencial) de que a maioridade seria cláusula pétrea. Para ele, no entanto, restariam então duas saídas: A primeira, através da realização de um plebiscito – que para ele seria o meio mais rápido e eficaz - e a segunda, através de uma nova Constituição.

As estatísticas comprovam que os crimes cometidos por menores de idade (que infelizmente acabam sendo considerados apenas como atos infracionais), têm aumentado significativamente. Não se pode e nem se deve aceitar passivamente que essas barbaridades continuem a ocorrer. O Brasil precisa urgentemente de mudança.

5 A PROBLEMÁTICA DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO NA ATUALIDADE

"Nosso sistema prisional brasileiro está mais do que falido". Essas são palavras do ministro da Justiça José Eduardo Cardozo sobre um dos problemas mais complexos enfrentados por nossa nação na atualidade.

Para Zygmunt Bauman, "a prisão é a forma última e mais radical de confinamento espacial. Também parece ser a maior preocupação e foco de atenção governamental da elite política na linha de frente da 'compressão espaço-temporal' contemporânea". (BAUMAN, p. 114, 1999)

Estudos recentes mostram as condições subumanas encontradas nas penitenciárias em todo o território brasileiro, como esgoto a céu aberto, falta de lugares para os presos dormirem, superlotação, falta de assistência médica, de programas para atividades de trabalho a serem realizados pelos presos, entre outros. Não bastasse isso, a população carcerária cresce

descontroladamente. Tudo isso afronta os direitos fundamentais referente à integridade física e moral dos detentos, configurando uma sobrepena, uma segunda pena, além daquela já imposta ao preso pelo delito cometido. (ARRUDA, sem data)

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen/MJ), a estrutura carcerária no Brasil comportaria pouco mais de 300 mil detentos, no entanto, a população carcerária no país é de 550 mil detentos. (ZARAT, 2013)

Se não bastasse, o Brasil é o quarto país com maior população carcerária no mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos, China e Rússia.

Bauman explica com maestria que,

> Cresce rapidamente em quase todos os países o número de pessoas na prisão ou que esperam prováveis sentenças de prisão. Em quase toda parte a rede de prisões está se ampliando intensamente. Os gastos orçamentários do Estado com as "forças da lei e da ordem", principalmente os efetivos policiais e os serviços penitenciários, crescem em todo o planeta. (BAUMAN, p. 122, 1999)

Sobre a atividade empregatícia nas penitenciárias, há unanimidade entre os especialistas em considerar que tal índice é ínfimo e não são desenvolvidas atividades que trazem qualificação ou contribuam para a reinserção do preso no mercado de trabalho, ou seja, são atividades de baixa empregabilidade, fazendo com que as chances da reincidência sejam ainda maiores, por não possuir condições de se sustentar, contribuindo para o retorno à criminalidade. (ZARAT, 2013)

Os números são preocupantes: no universo de 508 mil presos, apenas 91.759 trabalham dentro dos presídios, e 20.279 realizam atividades fora das unidades prisionais. Ou seja, apenas 22% dos presos no sistema penitenciário brasileiro exercem algum tipo de atividade laboral, interna ou externa aos presídios. (CASTRO, 2013)

Porém, conforme explica Bauman,

> Desde o início foi e continua até hoje altamente discutível se as casas de correção, em qualquer das suas formas, preencheram alguma vez seu propósito declarado de "reabilitação" ou "reforma moral" dos internos, de "trazê-los novamente ao convívio social". A opinião corrente entre os pesquisadores é que, ao contrário das melhores intenções, as condições endêmicas inerentes às casas de confinamento supervigiadas

> trabalham *contra* a “reabilitação”. Os preceitos sinceros da ética do trabalho não se enquadram no regime coercitivo das prisões, seja qual for o nome que lhes dêem. (BAUMAN, p. 118, 1999, grifo do autor)

Não é surpresa, portanto, a infeliz realidade de que os presos saem das penitenciárias piores do que quando ingressaram. Se para muitos brasileiros a prisão é a universidade do crime, não retirando o sentido de tal pensamento, é lamentável saber que pouquíssimos sairão dos presídios com oportunidades como qualquer outro cidadão brasileiro.

Neste sentido, Juarez Cirino opina defendendo políticas que valorizem o emprego, a moradia, a saúde, a educação dos egressos, dizendo “a criminologia mostra que não existe resposta para o crime sem políticas sociais capazes de construir uma democracia real, que oportunizem aos egressos condições de vida”. (INFODIREITO, 2010)

Cirino acredita que é preferível a redução do sistema prisional, assim como o sistema penal. Para ele, devem ocorrer grandes mudanças para reintegração dos presos egressos no meio social, sendo necessárias a despenalização, descriminalização, e desinstitucionalização, incluindo efetivas políticas sociais e penas alternativas, além da avaliação de crimes insignificantes. (INFODIREITO, 2010)

Atualmente, e já direcionando para a questão do menor infrator especificamente, o adolescente que comete um delito de pequena ou média relevância tem grandes chances de ter sua pena convertida em medidas socioeducativas, como pena alternativa substituindo a pena privativa de liberdade.

E mesmo que seja preso por ter cometido um crime hediondo, como estupro, homicídio, e sequestro, não terá pena equivalente àquela aplicada ao preso adulto, pois o período máximo de internação permitido é de três anos, e liberado compulsoriamente aos vinte e um anos de idade.

Este é um dos motivos para que mais 90% dos brasileiros queiram a redução da maioridade penal, conforme pesquisa realizada pela CNT/MDA (Confederação Nacional dos Transportes). (CAMPANERUT, 2013)

Tamanha complexidade exige cautela diante da discussão e decisão de diminuir ou não a maioridade penal. Na situação atual, tal medida poderia apenas piorar a situação dos presídios brasileiros, que não têm condições para comportar os atuais e demais detentos que dia após dia aumentam a população carcerária do nosso país, quem dirá a demanda que se fará necessária para comportar menores infratores.

Bauman considera que

> Todo o processo policial/judicial que culmina na prisão é, em certo sentido, um longo ritual rigidamente estruturado de rejeição simbólica e exclusão física. A rejeição e a exclusão são humilhantes e pretendem isso; visam a fazer o rejeitado/excluído aceitar sua imperfeição e inferioridade social. Não admira que as vítimas ergam uma defesa. Em vez de aceitarem docilmente a sua rejeição e converter a rejeição oficial em autorrejeição, elas preferem rejeitar os que as rejeitam. Para isso, o rejeitado/excluído recorre aos únicos meios à sua disposição, todos contendo alguma dose de violência; é o único poder que podem opor ao poder esmagador dos que os rejeitam e excluem. A estratégia de "rejeitar os que rejeitam" logo afunda no estereótipo do rejeitado, acrescentando à imagem do crime a inerente propensão do criminoso à reincidência. (BAUMAN, p. 134-135, 1999)

Plausível consideração a se fazer acerca do real foco a ser estudado perante tema tão polêmico e emblemático. Não basta aumentar o número de unidades penitenciárias, pois a mudança deve ocorrer na base, ou seja, o governo brasileiro deve se preocupar mais em prevenir que tantas pessoas entrem para o mundo do crime, dando-lhes oportunidades para que dignamente tenham uma vida com bem-estar, que estudem, trabalhem, e se sustentem através do trabalho digno e honesto.

Políticas sociais com real efetividade são necessárias para que não se construam mais presídios do que escolas, universidades e hospitais. A valoração social é extremamente importante para que se aniquile a idéia errônea de que o crime compensa.

Bauman, acerca do assunto, considera que

> O que sugere a acentuada aceleração da punição através do encarceramento, em outras palavras, é que há novos e amplos setores da população visados por uma razão ou outra como uma ameaça à ordem e que sua expulsão forçada do intercâmbio social através da prisão é vista como um método eficiente de neutralizar a ameaça ou acalmar a ansiedade pública provocada por essa ameaça. (BAUMAN, p. 122-123, 1999)

O Deputado Federal João Arruda considera que a redução da maioridade penal não é a melhor opção, pois trata apenas o efeito, não se preocupando com a causa. Nesse sentido, explica que

> É preciso um amplo debate sem ranço e sem paixões, sob o risco de cairmos numa discussão por um suposto desejo de vingança coletiva. Reduzir a maioridade penal é tratar o efeito e não a causa! É isentar o estado do compromisso com a juventude. Nossa Constituição reconhece prioridade e proteção especial a crianças e adolescentes. (ARRUDA, 2013)

Reduzir a maioridade penal no momento em que o Brasil se encontra pode ser um tiro pela culatra. A sociedade brasileira clama por Justiça frente às barbáries cometidas pelos criminosos, pela tamanha frieza com que roubam, matam, destroem vidas, famílias inteiras. Porém, se tal medida surgir somente para acalmar o sentimento da sociedade, que sofre com a criminalidade, com a insegurança e a impunidade, teremos um quadro ainda pior, com aumento reincidência e criminalidade no nosso país.

6 PRINCIPAIS PROPOSTAS LEGISLATIVAS RELACIONADAS À REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Há três propostas principais de emendas à Constituição (PEC) referentes à redução da maioridade penal que são: PEC 33/12, PEC 74/2011 e a PEC 83/2011. Todas estão prontas para serem votadas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), sendo duas delas flexíveis quanto à gravidade do delito, e a outra que impõe que a idade de 16 anos para que o indivíduo seja julgado e punido como adulto.

No entanto, apenas a PEC 33/2012 possui relatório pronto. Aloysio Nunes, autor da proposta, restringe a redução da maioridade penal de 18 para 16 anos apenas em casos de crimes de alta gravidade, como tortura, terrorismo, tráfico de drogas, homicídio praticado por grupos de extermínio, homicídio qualificado e estupro.

Segundo a PEC, o adolescente infrator será analisado por uma vara da infância e da juventude, e a partir de laudos técnicos, o juiz avaliará se o infrator tinha pleno discernimento acerca do ato cometido, para só então ser punido por tal ato.

De acordo com o relator,

> A desconsideração da inimputabilidade penal dependerá da comprovação da capacidade do agente de compreender o caráter criminoso de sua conduta, levando

> em conta seu histórico familiar, social, cultural e econômico, bem como seus antecedentes. (SENADO, 2012)

Diversas críticas surgiram contra a PEC 33/2012, como a nota de repúdio do Conselho Federal de Serviço Social (CFESS) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O CFSS posicionou-se completamente contrário à proposta de emenda à Constituição, com o seguinte

> O encarceramento de adolescentes, proposto pela PEC, no lugar do cumprimento de medidas socioeducativas e de efetivação das políticas sociais, como afirma o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), representa um retrocesso na garantia de direitos humanos e se associa ao processo de criminalização desses jovens, sobretudo, dos pobres. (...) O endurecimento da legislação para adolescentes em conflito com a lei é uma saída enganosa para uma questão complexa, e projetos dessa natureza atualizam e reforçam medidas que criminalizam em vez de garantir direitos. (CFESS, 2012)

Segundo o presidente nacional da OAB, Ophir Cavalcante,

> (...) Não será reduzindo a idade para a imputabilidade penal que se resolverá a questão da criminalidade e, muito menos, da situação de exclusão que marca a infância e adolescência no Brasil. O problema tem raízes bem mais profundas, ligadas à miséria, à falta de educação, saúde, saneamento e trabalho para os cidadãos, não sendo correto pretender atribuir esse excessivo ônus às crianças e adolescentes infratores, mesmo porque são eles produtos do meio em que vivem. (OAB, 2012)

A PEC 74/2011, por sua vez, é defendida pelo Senador Acir Gurgacz, segundo a qual quem tem 15 anos também deve ser responsabilizado penalmente na prática de homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados. A PEC, no entanto, não tem apoio de seu relator.

A terceira PEC em análise na CCJ sobre a redução da maioridade penal é mais ampla, sendo seu autor o Senador Clésio Andrade. A PEC 83/2011 estabelece o limite de 16 anos para qualquer tipo de crime cometido.

Propondo nova redação ao artigo 228 da Constituição Federal, o Senador diz que “a maioridade é atingida aos 16 anos, momento a partir do qual a pessoa é penalmente imputável e capaz de exercer todos os atos da vida civil”. (UOL, Portal Correio, 2013)

No entanto, esta PEC também não foi acolhida por seu relator, o Senador Ricardo Ferraço.

7 REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: A POLÊMICA ENTORNO DO ASSUNTO

Para uns ela é a solução, já para outros, é inconstitucional e totalmente inadmissível. Com opiniões divergentes, temos um embate travado entre aqueles que apóiam e os que rejeitam a redução da maioridade penal. Como exposto em capítulo anterior, por exemplo, Fernando Capez é totalmente favorável à redução da maioridade penal.

Para o ilustre jurista,

> Estamos “vendando” os olhos para uma realidade que se descortina: o Estado está concedendo uma carta branca para que indivíduos de 16, 17 anos, com plena capacidade de entendimento e volição, pratiquem atos atrozes, bárbaros. Ora, no momento em que não se propicia a devida punição, garante-se o direito de matar, de estuprar, de traficar, de ser bárbaro, de ser atroz. (CAPEZ, 2007)

Pedro Lenza, ao tratar da inimputabilidade penal, citando o artigo 228 da Constituição Federal, refere-se à cogitação da redução da maioridade penal, de 18 para 16 anos, sendo o instrumento necessário para tanto, uma emenda à Constituição. Observa o autor, que a maioria da doutrina entende que a redução da maioridade penal violaria a cláusula pétrea do direito e garantia individual prevista no artigo 60, §4º, IV, da CF. No entanto, o autor pondera que

> (...) A nossa posição é no sentido de ser perfeitamente **possível** a redução de 18 para 16 anos, uma vez que apenas não se admite a proposta de emenda (PEC) tendente a abolir direito e garantia individual. Isso não significa, como já interpretou o STF, que a matéria não possa ser modificada. Reduzindo a maioridade penal de 18 para 16 anos, o direito à inimputabilidade, visto como garantia fundamental, não deixará de existir. (LENZA, 2011, p. 1118, grifo do autor).

Quanto ao argumento contrário à redução que trata sobre o sistema biológico, Pedro Lenza discorda dizendo que

> A sociedade evoluiu, e, atualmente, uma pessoa com 16 anos de idade tem total consciência de seus atos, tanto é que exerce os direitos de cidadania, podendo propor a ação popular e votar. Portanto, em nosso entender, eventual PEC que reduza a maioridade penal de 18 para 16 anos é totalmente constitucional. O limite de 16 anos já está sendo utilizado e é fundamentado no parâmetro do exercício do direito de votar à luz da razoabilidade e maturidade do ser humano. (LENZA, 2011, p. 1118-1119)

Fernando Capez atribui a responsabilidade ao Estado, e também reitera o argumento trazido por Lenza, explicando que

> (...) Não podemos mais insistir em discurso estéril, isto é, de que prisão ou Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor (Febem) não regeneram, ou de que o Estado deveria proporcionar condições sociais e educacionais ao menor. É claro que essas medidas são a pedra fundamental e estrutural de qualquer mudança social, mas não justificam a resistência das autoridades em mudar a lei penal. Frise-se: os indivíduos maiores de 16 e menores de 18 anos possuem, na atualidade, plena capacidade de entendimento e de volição. Se não houver a redução da maioridade penal ou o aumento do tempo de internação em unidades da Febem, o Estado, mais uma vez, será o maior responsável por fomentar a "fábrica" de criminosos. A redução da maioridade penal, portanto, é uma realidade, uma necessidade indiscutível. (CAPEZ, 2007)

Observamos, portanto, que há doutrinadores que seguem a visão da maioria da população brasileira que é a favor da redução da maioridade penal. Além do que, há forte corrente favorável à mudança da Lei Penal, que como se vê, está ultrapassada. Enquanto para a maioria da população e minoria dos doutrinadores a redução da maioridade penal é necessária e indiscutível, para muitos doutrinadores e operadores do Direito, é uma medida radical, extremista, desnecessária, e por assim dizer, inútil.

Para tais pessoas, de nada adiantaria reduzir a maioridade penal, sendo apenas medida que pioraria a atual situação. Desfavorável às mudanças análogas à redução da maioridade penal, o ilustre sociólogo Zygmunt Bauman tem a seguinte linha de pensamento,

> A construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas – todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que "fazem algo" não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles – e fazê-lo de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente. A espetaculosidade – versatilidade, severidade e disposição – das operações punitivas importa mais que sua eficácia, que de qualquer forma, dada a indiferença geral e curta duração da memória pública, raramente é testada. (BAUMAN, 1999, p. 127-128).

O Deputado Federal João Arruda considera os jovens infratores as maiores vítimas do sistema, não sendo os principais autores da violência. Segundo ele, "a sociedade não pode se ausentar de obrigações e deve cobrar do estado o acesso dos jovens à educação de qualidade, ao lazer, à saúde e ao mercado de trabalho". (ARRUDA, 2013)

Tomando como base o pensamento de Fernando Capez, embora haja evidente ausência de tutela estatal no cuidado com jovens e adolescentes em seus direitos e garantias fundamentais, ainda assim a redução da maioridade penal se faz necessária. Vejamos, pois,

> Mesmo considerando-se aspectos da realidade educacional e a omissão do Estado em prover a orientação adequada para os jovens, ainda assim, a redução da maioridade penal é medida justa. Até porque, se ponderarmos esses fatores, aquele que praticou um crime com 18, 20, 21 anos, o fez porque não teve oportunidade, também, de emprego, estudo etc. Por isso, tal argumento não pode ser levado em consideração para afastar a redução da maioridade penal. (CAPEZ, 2007)

Portanto, a redução da maioridade penal se faz necessária para haver proporcionalidade entre o crime cometido e a punição imposta, sendo considerado que o indivíduo possui total consciência do ato praticado, tendo o feito com frieza e impiedade comumente observadas em muitos crimes cometidos por menores infratores. No entanto, por

detrás de tal medida, deve ocorrer ao mesmo tempo eficaz política social para educação de qualidade, saúde, lazer, emprego para a juventude brasileira.

Devem ocorrer mudanças desde a base para obter resultados positivos nas demais fases. Não adianta combater o mal apenas quando ele já se concretizou. O governo brasileiro deve se preocupar mais em construir escolas a construir presídios. O professor deve ser valorizado e melhor remunerado, sendo o ambiente escolar acolhedor e fundamental para os jovens. Que estes reconheçam isso e tenham consciência do dever que têm em seguir as regras sociais, respeitando o próximo e fazendo o bem.

A sociedade por sua vez, no calor do momento que passa, onde exige Justiça, precisa agir com equilíbrio e bom senso, não deixando de lado o pensamento mais justo e adequado para que não só seus interesses sejam atendidos, mas de todos os que estão à sua margem. E, referente a isso, devemos pensar sempre na melhor maneira a minimizar o abismo social que existe, sendo necessárias medidas a fazer acontecer a inclusão social, antes mesmo da ressocialização.

A redução da maioridade penal advindo no momento atual poderá acarretar problemas maiores dos que os já enfrentados. Porém, precisa-se considerar que o menor não pode ficar impune ao cometer um crime. Também não se pode deixar de lado a importância de medidas que retirem esses jovens do mundo do crime, e os incluam no meio social, com estudo e emprego.

Como visto, o tema abordado envolve polêmica inestimável, e toda decisão deve ser tomada com toda cautela, pois de uma decisão errada os resultados podem ser avassaladores. Porém, o Brasil não pode continuar do jeito que está. Para sim ou para não, mudanças deverão ocorrer, já que o povo brasileiro está farto de viver em tal situação, seja pela impunidade, seja pelo desrespeito aos seus direitos e garantias fundamentais.

CONCLUSÃO

Desde os primeiros anos de faculdade, os alunos do curso de Direito aprendem que este é dinâmico, e deve sempre acompanhar as mudanças que ocorrem na sociedade. É inegável que o Código Penal brasileiro está ultrapassado, visto que data de 1940 (tendo entrado em vigor no ano de 1942) e de lá para cá, sofreu poucas alterações. Neste meio tempo muitas coisas aconteceram, o mundo mudou, a sociedade evoluiu, e as leis devem seguir o mesmo ritmo, para que as pessoas não continuem sendo prejudicadas por uma legislação que não condiz com a realidade em que vivem.

Cada vez se faz mais forte o anseio da população por uma efetiva mudança referente à maioridade penal. As pessoas se sentem indignadas, com medo de saírem de suas casas, a violência parece não ter limite.

É certo que a violência não é cometida tão somente por menores de idade. Mas é visível a crescente participação de menores envolvidos em crimes que causam espécie. Torna-se, então, imprescindível que os legisladores se mobilizem para fazer aquilo que é melhor para a sociedade como um todo.

É inútil querer comparar a legislação brasileira com a de países que possuem maioridade penal idêntica, pois os problemas que assolam nosso país podem nem existir ou mesmo ser bem reduzidos em outro. Dizer que reduzir a maioridade penal é um retrocesso nas circunstâncias em que se encontra o Brasil, com menores cada vez mais agressivos e cometendo crimes em grande quantidade na certeza de sua impunidade, é um disparate. Retrocesso é continuar submetendo a população ao terror, dia após dia.

Pode até ser que na época da criação do código supracitado, os adolescentes não tivessem um desenvolvimento mental completo, mas, não se pode conceber que ainda hoje seja desta maneira, afinal os jovens da atualidade (principalmente os que estão entre a faixa etária mais visada para uma possível redução da maioridade penal, que é entre os dezesseis e dezoito anos) têm acesso a uma gama enorme de informações, inclusive possuem direito de votar, de se casar, o que mostra que estes menores possuem sim entendimento sobre o teor de suas ações podendo, portanto, responder pelas infrações que por ventura vierem a cometer.

Por fim, o presente artigo teve como objetivo principal analisar os pontos mais importantes que são apresentados nas discussões acerca da redução da maioridade penal no Brasil, sendo tratados tanto os argumentos contrários como os favoráveis.

Além disso, trouxe à tona o problema do sistema prisional brasileiro, e sua influência diante da possibilidade de redução da maioridade penal. Não obstante, necessária reflexão se faz sobre a situação que a sociedade brasileira enfrenta, além da responsabilidade do estado em manter a segurança, o bem-estar social e os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Assim, apresentaram-se algumas iniciativas políticas no intuito de resolução do problema. Por sua vez, iniciativas político-sociais devem estar atreladas à eficácia necessária para que o problema seja devidamente solucionado, pois, em um ponto comum, tanto os que são favoráveis quanto os contrários à redução da maioridade penal, querem melhores condições tanto para a sociedade quanto para os jovens infratores que devem ser punidos, porém, com o devido tratamento, com direitos e garantias, e acima de tudo, com

oportunidades, para que não venham a reincidir e viver eternamente na criminalidade, à margem da sociedade.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, João. Reduzir a maioridade penal é tratar o efeito. Não a causa!, de 09 de junho de 2013. Disponível em: <http://www.jornaldaparaiba.com.br/polemicapb/2013/06/09/reduzir-a-maioridade-penal-e-tratar-o-efeito-nao-a-causa/>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

ARRUDA, Sande Nascimento de. Sistema Carcerário Brasileiro: A ineficiência, as mazelas e o descaso presentes nos presídios superlotados e esquecidos pelo poder público, sem data. Disponível em: <http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/59/artigo213019-5.asp>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as consequências humanas. Tradução, Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BELONI, Patrícia. Maioridade penal adulta no exterior é semelhante à do Brasil, de maio de 2013. Disponível em: < http://www.jornaldocampus.usp.br/index.php/2013/05/maioridade-penal-adulta-no-exterior-e-semelhante-a-do-brasil/>. Acesso em: 03 de julho de 2013.

BRASIL. Código Civil, Constituição Federal e legislação complementar. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente (1990). Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, Lei n. 8.242, de 12 de outubro de 1991. – 3. ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

CALGARO, Fernanda. Reduzir maioridade penal não é “varinha mágica”, diz ministro da justiça; de 13 de maio de 2013. Disponível em: < http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/05/13/reduzir-maioridade-penal-nao-e-varinha-magica-diz-ministro-da-justica.htm>. Acesso em: 04 de julho de 2013.

CAMPANERUT, Camila. Mais de 90% dos brasileiros querem redução da maioridade penal, diz pesquisa CNT/MDA, de 11 de junho de 2013. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/06/11/mais-de-90-dos-brasileiros-

querem-reducao-da-maioridade-penal-diz-pesquisa-cntmda.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

CAOPCAE – Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente – Área da Criança e do Adolescente. Tabela comparativa em diferentes países: Idade de responsabilidade penal juvenil e de adultos. Sem data. Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=323>. Acesso em: 03 de julho de 2013.

CAPEZ, Fernando. A questão da diminuição da maioridade penal, de 17 de junho de 2007. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI40310,91041-A+questao+da+diminuicao+da+maioridade+penal>. Acesso em: 03 de julho de 2013.

CASTRO, Juliana. Apenas 22% dos presos do sistema penitenciário brasileiro trabalham, de 16 de março de 2013. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/apenas-22-dos-presos-do-sistema-penitenciario-brasileiro-trabalham-7861623>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

CFESS – Conselho Federal de Serviço Social. Nota de repúdio do CFESS à PEC 32/2012, que prevê a redução da maioridade penal. Sem data. Disponível em: <http://www.cfess.org.br/arquivos/notarepudio_pec.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

FARIA, Glauco. Maioridade penal: Não acredite em tudo que circula nas redes, de 19 de maio de 2013. Disponível em: <http://revistaforum.com.br/blog/2013/05/maioridade-penal-nao-acredite-em-tudo-que-circula-nas-redes/>. Acesso em: 04 de julho de 2013.

HAUBERT, Mariana. Especialista contra a redução da maioridade penal, de 03 de junho de 2013. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/especialistas-contra-a-reducao-da-maioridade-penal/>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

INFODIREITO. “Sistema penal precisa ser reduzido”, diz Juarez Cirino, de 23 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://infodireito.blogspot.com.br/2010/02/sistema-penal-precisa-ser-reduzido-diz.html>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15 Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Djalba. Maioridade penal não é cláusula pétrea, diz Teori Zavaski, aprovado pela CCJ, de 17 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/10/17/maioridade-penal-nao-e-clausula-petrea-diz-teori-zavascki> Acesso em: 04 de Julho de 2013.

MELO, André Luis. Pobreza ou desigualdade não geram crimes em si, de 21 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-abr-21/crime-questao-oportunidade-carater-risco-consequencia>. Acesso em: 04 de julho de 2013.

OAB, Conselho Federal. OAB repudia PEC que propõe diminuir para 16 anos maioridade penal, de 05 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/24919/oab-repudia-pec-que-propoe-diminuir-para-16-anos-maioridade-penal>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

PIMENTA, Marcelo Vicente de Alkimim. Direito Constitucional em Perguntas e Respostas: Soluções claras e objetivas para as principais questões da Teoria do Estado, Teoria da Constituição e Direito Constitucional Positivo. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2007.

RISCALA, Mariana. Fernando Capez diz que plebiscito poderia decidir sobre maioridade penal, de 15 de abril de 2013. Disponível em: <http://jovempan.uol.com.br/noticias/brasil/2013/04/fernando-capez-diz-que-plebiscito-poderia-decidir-sobre-maioridade-penal.html>. Acesso em: 04 de julho de 2013.

SENADO, Jornal do. Relator é favorável a redução da maioridade penal em casos de crimes hediondos e outros, de 30 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/jornal/edicoes/2012/12/03/relator-na-ccj-aceita-proposta-de-reducao-da-maioridade-penal-em-casos-determinados>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

TÉRCIO, Jason. Maioridade Penal: equívocos e contradições, de 03 de maio de 2013. Disponível em: < http://oglobo.globo.com/pais/moreno/posts/2013/05/03/maioridade-penal-equivocos-contradicoes-495356.asp>. Acesso em: 03 de julho de 2013.

UOL. Maioridade penal começa a ser debatida no Senado, de 03 de junho de 2013. Disponível em: <http://portalcorreio.uol.com.br/politica/politica/legislativo/2013/06/03/NWS,224785,7,201,POLITICA,2193-MAIORIDADE-PENAL-COMECA-SER-DEBATIDA-SENADO.aspx>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

ZARAT, Paulo Henrique. O sistema prisional brasileiro 20 anos depois da tragédia do Carandiru, de 15 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24277:o-sistema-prisional-brasileiro-20-anos-depois-da-tragedia-do-carandiru>. Acesso em: 10 de julho de 2013.

O ART. 26 DO CÓDIGO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A aplicação da medida de segurança e a inércia do Poder Público na efetividade dos direitos do inimputável por doença mental

Letícia Gabriella ALMEIDA[335]

RESUMO

Muito discutida pela doutrina e pouco aplicada de forma eficaz na prática, a medida de segurança é uma sanção penal preventiva que visa à recuperação e reinserção social do inimputável por doença mental. O presente artigo não tem por objetivo discutir a constitucionalidade ou não de tal medida, mas apontar a impossibilidade de determinação do prazo sem efetiva chance de recuperação. Isso porque os recursos fornecidos aos locais responsáveis pelo tratamento desses doentes são precários, dificultando qualquer desempenho ou melhora dos pacientes. Este trabalho busca, também, apontar quais os critérios utilizados na constatação da doença mental e as falhas do Estado na tentativa de aplicar a sanção ideal ao respectivo infrator. Serão discutidos, ainda, os direitos do doente mental, incluindo os elencados na Constituição Federal, no Código Penal e nas leis extravagantes. Mais importante do que criar novos direitos é garantir a efetividade dos que já existem, principalmente quando tais garantias independem do titular, estando à mercê da administração e do fornecimento de recursos pelo Estado.

PALAVRAS CHAVE: Medida de segurança. Inimputável. Doença mental.

ABSTRACT

Very discussed for the doctrine e little applied in an effective way in practical terms, the security measure is a criminal preventive sanction that aims the recovering and reintegration of the unimputable by a mental disease. The present article does not have as purpose discuss the constitutionality or not of such measure, but pointing the impossibility of a determination of term with no effective chance of recovering. That is because the resources provided to the responsible locals for the treatment of these ill people are precarious, making difficult any accomplishment or improvements of patients. This work pursues, as well, indicating which

[335] Estudante da 3ª série do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

are the standards used to find de mental disease and the failures of the State trying to apply the ideal sanction to the respective lawbreaker. Will also be discussed the rights of the mentally ill, including the listed in Federal Constitution, in Criminal Code and in extravagant laws. More important than create new rights is to ensure the effectiveness of the ones that already exists, mostly when such assurances do not depend on the holder, being at the mercy of administration and the resources supplied by the State.

KEYWORDS: Security measure. Unimputable. Mental disease.

INTRODUÇÃO

"Um psicopata é, simplesmente, uma pessoa assim'. É assim e não de outra maneira." Com essas palavras Heitor Piedade Júnior (1982), iniciou sua obra "Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança", e com essas palavras este trabalho inicia o estudo da inimputabilidade por doença mental. Interpretado nesse momento, e, apenas nesse momento, em um sentido amplo, estende-se o termo "psicopata" a todos os doentes mentais, expondo a realidade brasileira no descaso e inércia em relação a esses indivíduos.

Ao diferenciar o procedimento realizado nas infrações cometidas por indivíduos imputáveis e inimputáveis, o legislador brasileiro dispôs, no Art. 26 do Código Penal, que estariam isentos de pena os agentes que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, eram, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito de suas condutas. Isentá-los de pena significa a absolvição e submissão desses inimputáveis à medida de segurança, de caráter preventivo e visando a ressocialização.

Ocorre que, na prática, pouco se concretizou do esperado pelo elaborador da norma. Neste trabalho serão abordados quais os questionamentos feitos na cominação, aplicação e execução da medida de segurança, dúvidas que ainda causam controvérsias entre os aplicadores da lei. Entre eles, a omissão em elaborar um rol taxativo das doenças consideradas para a isenção da pena, o que dificulta a constatação de inimputabilidade e facilita a fraude na elaboração de provas. Outra questão suscitada diz respeito à indeterminação do prazo máximo de cumprimento da sanção, visto que a lei se omite em delimitá-lo, causando divergências doutrinárias e jurisprudenciais. As diferenças entre a pena e a medida de segurança, bem como as subdivisões da última também serão assuntos abordados, focando nas condições dos

hospitais de custódia e no tratamento curativo. O trabalho finaliza declarando alguns direitos do doente mental, apontando algumas falhas em suas garantias e esclarecendo críticas quanto à ineficácia da medida de segurança.

1. A TEORIA GERAL DO CRIME

A Teoria Geral do Crime, também chamada Teoria do Delito, Teoria do Injusto Penal ou do Fato Punível tem por objeto apontar e especificar os elementos constituintes do ilícito penal. Considerando que o legislador apenas diferenciou o crime da contravenção penal, eximindo-se de conceituá-lo, cabe a doutrina tal atribuição.

O estudo desses elementos sempre foi uma tarefa complexa para os penalistas. Sendo a finalidade do Direito Penal proteger os bens mais importantes para a sobrevivência da sociedade, determinar quem são os responsáveis por eventuais violações às suas normas significa responder à suas condutas de forma mais severa que nas demais áreas do Direito, a ponto de restringir à liberdade, direito fundamental garantido pela Constituição Federal. Em decorrência de tal importância, a análise dos elementos que constituem um delito deve ser feita minuciosamente.

O conceito de crime tem vários aspectos: Formal, material e analítico.

Sob a ótica formalista, crime é a correspondência do fato à lei editada pelo Estado, em uma simples adequação. Por outro lado, o conceito material busca a essência do crime, analisando condutas que merecem ser protegidas pelo Direito Penal. O aspecto analítico do crime surge em um momento posterior, combinando ambos os conceitos e caracterizando o crime como fato típico, ilícito e, para alguns doutrinadores, culpável.

A culpabilidade como elemento do crime é defendida pela teoria tripartite. Os defensores da teoria bipartite, por sua vez, defendem que a culpabilidade é pressuposto da aplicação da pena, não integrando o conceito do delito. A questão ainda é controvertida, e não sendo objeto desse trabalho não requer maiores explicações, ficando compactuado apenas, nesse momento, o entendimento da culpabilidade como elemento do delito, já que a vontade e a compreensão do infrator representam aspecto subjetivo na prática criminosa.

Diante disso, conceitua-se o crime como conduta típica, ilícita e culpável, sendo indispensável que a infração viole um bem jurídico defendido e indispensável para a sociedade.

2. A CULPABILIDADE COMO PARTE INTEGRANTE DO DELITO

Culpabilidade é o juízo de censura, o juízo de reprovabilidade que incide sobre a formação e a exteriorização da vontade do responsável por um fato típico e ilícito, com o propósito de aferir a necessidade de imposição de pena (MASSON, 2012, pg. 438). Retira-se desse conceito a possibilidade do sujeito optar pela violação da norma e, consequentemente, responder pelos atos que fez por vontade própria.

Nas palavras do autor supracitado, é a culpabilidade que diferencia a conduta do ser humano normal e apto ao convívio social do comportamento realizado por portadores de doenças mentais, bem como de pessoas com desenvolvimento mental incompleto ou retardado (pg. 439). Essas pessoas, elencadas no art. 26 do CP, merecem uma atenção especial, já que no momento da conduta típica e ilícita, podem ter sua culpabilidade afetada, e por isso estarem isentas de punição.

Constituem a culpabilidade três diferentes elementos: A imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

Por imputabilidade entende-se a capacidade mental do agente em compreender o caráter ilícito do fato praticado e de determinar-se de acordo com isso. Tal capacidade está relacionada a elementos intelectivos (integridade biopsíquica, ou seja, à sua saúde mental, que possibilita ao agente o entendimento do caráter ilícito do fato) e elementos volitivos (domínio da vontade – o próprio agente comanda e controle seus impulsos).

A potencial consciência da ilicitude, por sua vez, é a possibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato, ou seja, conhecimento sobre a ilicitude do fato que comete ou se este podia dela conhecer.

Por fim, a exigibilidade de conduta diversa consiste na expectativa social de um comportamento diferente daquele que foi adotado pelo agente. É a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana.

2.1 A VERIFICAÇÃO DA INIMPUTABILIDADE

O legislador, ao omitir-se de conceituar imputabilidade, optou por apontar as causas de inimputabilidade do sistema penal. Por inimputabilidade entendem-se as causas

excludentes de imputabilidade, ressaltando que as mesmas não podem ser presumidas, devendo se comprovadas por meio de perícias e em condições de absoluta certeza.

São causas de inimputabilidade elencadas no Código Penal: Menoridade (Art. 27), doença mental (Art. 26, *caput*), desenvolvimento mental incompleto (Art. 26, *caput* e Art. 27), desenvolvimento mental retardado (Art. 26, *caput*) e embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior (Art. 28 §1º).

O Art. 26 do CP, objeto desse estudo, adotou o sistema híbrido denominado de biopsicológico, uma combinação do critério biológico e psicológico, Exige, portanto, que a causa geradora de inimputabilidade esteja prevista em lei e, além disso, atue efetivamente no momento da ação ou omissão retirando a capacidade de entendimento e auto determinação do agente. Sendo assim, fica isento de pena o indivíduo que pratica ato típico e ilícito quando, no momento da ação/omissão delitiva, era portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, e não tenha sido capaz de compreender a ilicitude de sua conduta ou, caso o fosse, não conseguiu controlar o impulso delitivo.

Cabe ressaltar, também, que o parágrafo único do art. 26 admite a hipótese da imputabilidade parcial ou semi-imputabilidade, em que o juiz terá a opção de reduzir a pena em 1/3 a 2/3 ou impor medida de segurança nos casos em que o indivíduo possui apenas parte da consciência ou da vontade de agir. O agente, então, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato, e por isso o magistrado poderá analisar o caso concreto e decidir pela aplicação ou não da pena.

Esclarecidos os conceitos iniciais, conceituada a culpabilidade e apontada as demais causas de inimputabilidade, inicia-se a explanação do objeto de estudo desse trabalho: O inimputável por doença mental e a medida de segurança.

3. A INIMPUTABILIDADE POR DOENÇA MENTAL E A OMISSÃO DO LEGISLADOR EM DELIMITÁ-LA

Definir e delimitar os inimputáveis por doença mental é um constante desafio para o Direito Penal. Isso porque o legislador, ao apontar o termo “doença mental” no Art. 26 do Código Penal, não elaborou um rol taxativo das enfermidades a serem enquadradas no termo, ficando a margem da doutrina e do aplicador da lei, que em sua maioria é leigo no assunto, decidir quem poderá isentar-se de punição. Sendo uma área totalmente diversa da estudada e compreendida pelos operadores da lei, pouco se consolidou sobre o assunto.

No entendimento de Masson (2012, pg. 455) o conceito de doença mental deve ser analisado em sentido lato:

> A expressão doença mental deve ser interpretada em sentido amplo, englobando os problemas patológicos e também os de origem toxicológica. Ingressam nesse rol (doença mental) todas as alterações mentais ou psíquicas que suprimem do ser humano a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

De acordo com a Psiquiatria, por outro lado, as doenças mentais são as conhecidas por psicoses, como esquizofrenia, transtorno bipolar de humor e paranóia. Vem entendendo, também, que o alcoólatra não merece ser tratado como criminoso e deve ser isento de pena.

Para Capez (2012, pg. 334), a doença patológica de substância psicotrópica, como a droga, configura doença mental, sempre que retirar a capacidade de entender ou de querer.

A OMS (Organização mundial de Saúde) lista determinadas doenças, através do CID (Código Internacional de doenças), sendo que, dentro dessa relação são reconhecidas as doenças psicológicas e psiquiátricas que vem sendo classificadas no direito processual penal como doenças mentais.

Outra questão muito controvertida diz respeito ao psicopata, interpretado como semi-imputável pelo parágrafo único do Art. 26 do Código Penal. Para grande parte dos doutrinadores, tal relação leva a consequências graves, já que muitas vezes tais indivíduos, considerados bárbaros e brutais, acabam sendo considerados imputáveis e réus de um procedimento comum, passando pelo processo penitenciário e, na grande maioria das vezes, retornando após o cumprimento da pena mais perigosos do que antes, voltando a cometer crimes.

De acordo com estudo realizado em 2001 por pesquisadores da Universidade Estadual de Brasília, 741 pessoas foram internadas em hospitais de custódia, no Brasil, sem passar por qualquer julgamento ou avaliação psiquiátrica que indicasse a medida de reclusão como tratamento. Dos 3.989 internos, 47% se encontram nessa situação irregular. “Pessoas que não deveriam estar internadas”, explica Wederson Santos, do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, da UnB (ANIS), que auxiliou no estudo.

Como pode ser observado, a confusão deixada pela omissão do legislador restou dúvidas e controvérsias no momento da aplicação da lei. Tal questão é de extrema preocupação, já que a falta de um rol taxativo pode muitas vezes implicar na isenção de pena a um imputável ou ainda na aplicação da pena a um inimputável. A tentativa de amenizar tal

situação se encontra na “indispensabilidade” de laudo (que muitas vezes acaba sendo dispensado), como será exposto adiante, o que nem sempre é eficaz, já que muitas vezes são desprovidos de certeza e repletos de personalidades complexas, que se alteram e se confundem no momento do exame.

4. O INIMPUTÁVEL NO PROCESSO PENAL

O procedimento aplicado para averiguar a insanidade mental do acusado está previsto no Código de Processo Penal. O diploma prevê que, havendo dúvidas sobre a integridade mental do acusado, o juiz poderá agir *ex ofício* ou, ainda, a requerimento do MP, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, submetendo o agente a exame médico-legal.

A inimputabilidade, nos termos do art. 149 §1º do código já citado, pode ser verificada ainda no inquérito, mas é de competência exclusiva do Juiz determinar a realização da perícia. Cabe ressaltar que, uma vez determinado o exame no curso do inquérito, é nomeado um curador ao indiciado.

Findo o inquérito, os autos serão remetidos ao Ministério Público. Uma vez comprovado por perícia a insanidade mental do acusado, poderá o promotor pugnar pela absolvição imprópria do denunciado. Por outro lado, o representante do *Parquet* pode optar for oferecer a denuncia e, se recebida pelo juiz, o processo terá tramitação normal, sendo o curador citado para oferecer a defesa prévia e atuar nas demais fases do processo judicial.

A instauração do incidente, que deverá ser processado em autos apartados, suspende o processo principal até o julgamento do mesmo, que dependerá da conclusão do exame pericial e do respectivo laudo.

O laudo pericial que concluirá pela imputabilidade, semi-imputabilidade ou inimputabilidade do acusado poderá ser homologado ou impugnado pelo magistrado. No primeiro caso, reconhecida a insanidade mental pelo juiz, esse deverá nomear curador ao réu (quando ainda não nomeado). Caso o laudo seja impugnado, o magistrado deverá apresentar argumentos consistentes e determinar a feitura de um novo exame. Após o laudo, o incidente será apenso ao processo principal, nos termos do Art. 153.

Encerrada a instrução criminal, o juiz sentencia a causa. Se reconhecida a inimputabilidade, o juiz absolverá o réu nos termos do Art. 386, VI e aplicará a medida de segurança.

Insta salientar que, nos casos de julgamento pelo Tribunal do Júri, haverá a absolvição sumária do réu caso atestada a inimputabilidade na fase de pronúncia. Tal constatação deve estar pautada em prova segura e incontroversa. Em caso de qualquer dúvida, haverá pronúncia e obrigatoriedade da decisão pelo Júri. Se a inimputabilidade do réu for alegada apenas durante o Júri, não comprometerá os jurados ou o juiz togado a acolhê-la, já que não houve qualquer comprovação por laudo anterior juntada aos autos. O julgamento, nesse caso, poderá ser suspenso e o juiz determinará a feitura do exame competente. Caberá aos jurados decidir sobre a inimputabilidade do réu.

Quanto à obrigatoriedade de acatar as conclusões do laudo pericial, recorre-se ao princípio da soberania das decisões, concluindo que os jurados não são obrigados a acatar a prova científica.

Assim se posiciona o jurista Fernando Capez (CAPEZ: 2000, p. 154):

> A soberania dos veredictos não exclui a recorribilidade de suas decisões, limitando-se, contudo, a esfera recursal ao juízo rescindente (judicium rescindem), ou seja, à anulação da decisão pelo mérito e a conseqüente devolução para novo julgamento. Do mesmo modo, em obediência ao princípio maior da verdade e em atenção ao princípio da plenitude de defesa, admite-se alteração do meritum causae, em virtude de revisão criminal.

Diante do exposto, entende-se que a perícia não é prova absoluta, mas é de direito do réu recorrer às decisões que forem manifestadamente contrárias às provas dos autos.

5. A PERICULOSIDADE E A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA

Em primeiro lugar, o estudo das sanções penais requer enfoque em suas divisões. Sanção penal é o gênero, do qual derivam duas espécies: As penas e as medidas de segurança.

A pena, citada anteriormente, é a sanção aplicada a indivíduo imputável que cometeu determinada conduta típica, ilícita e culpável sendo, portanto, punível. Tal sanção se dará baseada na culpabilidade do agente, visando sua punição e reinserção no meio social, punindo-o durante um tempo determinado e proporcional à gravidade do delito e ao bem jurídico violado. O principal fundamento da pena é, desse modo, a culpabilidade.

A medida de segurança, por sua vez, é uma sanção aplicada exclusivamente aos indivíduos inimputáveis e excepcionalmente aos semi-imputáveis, com caráter preventivo visando curar e ressocializar o indivíduo, tornando-o apto para a convivência social. Fundamenta-se, portanto, não na culpabilidade, mas na periculosidade do agente.

> A Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984 modificou parte do Código penal de 1940, adotando o **sistema vicariante**, o qual foi instituído pela primeira vez em 1951 no Código Penal Suíço, tendo sido inserido também no Projeto do Código Penal Alemão de 1960. O fundamento da pena passa a ser, exclusivamente, a culpabilidade, enquanto a medida de segurança encontra justificativa somente na periculosidade aliada à incapacidade penal do agente (ALVES, 1998; CORRÊA, 1999; MIRABETE, 2002).

A aplicação cumulativa e sucessiva de pena e medida de segurança ao acusado imputável se fosse julgado perigoso deixa de existir, e, a partir daí, a medida de segurança passa a ser aplicada apenas aos inimputáveis, tendo tal instituto a natureza preventiva e não a punitiva.

> Dispõe o Art. 26 do Código Penal:
>
> "Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Diferente da análise feita através da culpabilidade, a periculosidade não diz respeito à conduta típica praticada no passado, mas a tendência de que o agente volte a delinquir, em razão da sua perturbação mental, que impossibilita o entendimento ou o controle a certos impulsos delitivos. Refere-se a um juízo futuro, não à punição de uma conduta passada.

> Nas palavras de Bitencourt (2003, p. 682):
>
> Periculosidade é um estado absurdamente subjetivo, mais ou menos duradouro, de anti-sociabilidade, tendo por base a anomalia psíquica do agente e sendo sugerida atenção especial médico-psicológica e psicopedagógica.

Para Zaffaroni (2004, p. 810), dividem-se os tipos de periculosidade quando se tratar de sujeito inimputável ou semi-imputável, em suas palavras:

> Dois são os tipos de periculosidade que o Código Penal Brasileiro prevê: (1) a presumida, se o sujeito for inimputável e (2) real ou judicial, quando se tratar de semi-imputável. Nesta última o magistrado deverá efetivamente constatar e fundamentar sua decisão caso o cidadão enfermo necessite de especial tratamento. A periculosidade, neste sentido, é o simples perigo para os outros ou para si próprio, e não o conceito de perigosidade, limitado à probabilidade da prática de crimes.

No entender de Mirabete (2007, p. 377), no tocante à aplicação da medida de segurança:

> [...] A lei presume a periculosidade dos inimputáveis, determinando a aplicação damedida de segurança àquele que cometeu o ilícito e se apresenta nas condições do art. 26 (art. 97). Nesse caso, a aplicação da medida de segurança é obrigatória, não podendo ser dispensada apenas porque o agente já está sendo voluntária e particularmente submetido a tratamento. No que diz respeito ao semi-imputável, a periculosidade pode ser reconhecida pelo juiz, que, em vez de aplicar a pena, a substitui pela medida de segurança.

Observada a conduta típica e ilícita do indivíduo, o Estado não pode deixar de punilo por não possuir consciência de seus atos, da mesma forma que não poderia aplicar-lhe a mesma pena que aplicaria a uma pessoa com consciência normal.

Diante disso, se restar comprovada a insanidade mental do acusado, deverá este ser absolvido com base no artigo 386, inciso V, do Código de Processo Penal Brasileiro, por ser isento de pena. Todavia, por apresentar periculosidade, nos termos acima expostos, aplica-se a medida de segurança.

De acordo com o art. 96 do CP, existem duas espécies de medida de segurança atualmente: A internação em hospital de custódia e o tratamento ambulatorial.

A primeira espécie, denominada medida de segurança detentiva, será aplicada nos crimes apenados com reclusão. Consiste na internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta dele, em outro estabelecimento adequado.

A segunda, medida de segurança restritiva, aplica-se aos crimes apenados com detenção. Consiste na sujeição a tratamento ambulatorial, pelo qual são dados cuidados médicos à pessoa submetida a tratamento, mas sem internação, salvo a hipótese desta tornar-se necessária para fins curativos, nos termos do § 4º do art. 97 do CP.

A espécie a ser imposta ao réu dependerá, exclusivamente, da pena cominada ao crime por ele cometido, e não ao grau de sua periculosidade. Nesse sentido, o STF também se posicionou:

> "MEDIDA DE SEGURANÇA - INTERNAÇÃO - TRATAMENTO AMBULATORIAL - INIMPUTAVEL - DEFINIÇÃO. TANTO A INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTODIA E TRATAMENTO PSIQUIATRICO QUANTO O ACOMPANHAMENTO MEDICO-AMBULATORIAL PRESSUPOEM, AO LADO DO FATO TIPICO, A PERICULOSIDADE, OU SEJA, QUE O AGENTE POSSA VIR A PRATICAR OUTRO CRIME. TRATANDO-SE DE INIMPUTAVEL, A DEFINIÇÃO DA MEDIDA CABIVEL OCORRE, EM UM PRIMEIRO PLANO, CONSIDERADO O ASPECTO OBJETIVO - A NATUREZA DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PREVISTA PARA O TIPO PENAL. SE O E DE RECLUSÃO, IMPÕE-SE A INTERNAÇÃO. SOMENTE NA HIPÓTESE DE DETENÇÃO E QUE FICA A CRITÉRIO DO JUIZ A ESTIPULAÇÃO, OU NÃO, DA MEDIDA MENOS GRAVOSA - DE TRATAMENTO AMBULATORIAL. A RAZÃO DE SER DA DISTINÇÃO ESTA NA GRAVIDADE DA FIGURA PENAL NA QUAL O INIMPUTAVEL ESTEVE ENVOLVIDO, A NORTEAR O GRAU DE PERICULOSIDADE - ARTIGOS 26, 96 E 97 DO CÓDIGO PENAL."(HC 69375 / RJ - Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 25/08/1992. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA).

O Art. 171 da LEP dispõe que a medida de segurança somente pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença. Para iniciar a execução será necessária a expedição de guia de internação ou de tratamento ambulatorial (art. 173, LEP).

6. OS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E O TRATAMENTO CURATIVO

Os hospitais de custódia, que já foram chamados de manicômios judiciários, são locais específicos de tratamento, composto por equipes de médicos, psicólogos,

administradores e uma estrutura voltada à reinserção do paciente, através do tratamento adequado. Na teoria, essa seria a função e a composição ideal para esses locais de recuperação.

Ocorre que, por falta de recursos, de profissionais e de estrutura, os hospitais de custódia passaram a se mostrar como verdadeiras penitenciárias, sem qualquer assistência médica e acompanhamento da periculosidade do internado. Diante disso, o indivíduo que tem por sanção a medida de segurança de internamento, passa a ser um paciente do hospital de custódia por tempo incalculável, já que dizer que sua liberdade dependerá de sua cura é quase uma incoerência frente às condições as quais são submetidos.

De acordo com Cristiano Carrilho (2004), o manicômio judiciário tem três finalidades básicas: Atuar como centro pericial de observação e tratamento dos internados, prestar tratamento de saúde aos criminosos inimputáveis e atuar como órgão de defesa social.

A observação, o tratamento e a reinserção social do internado são deveres do Estado, e direitos do cidadão. Para tanto, faz-se necessário um grupo de pessoas especializadas e uma estrutura semelhante à de um hospital, a fim de acompanhar as melhorias e o desenvolvimento de cada indivíduo. Todavia, não é isso que tem se observado.

A Associação Brasileira de Psiquiatria, através de uma Avaliação das Políticas Referentes à Psiquiatria Forense (2010), visitou alguns dos hospitais de custódia do País, dividindo seus estudos de acordo com cada área analisada. Quanto à estrutura arquitetônica, assemelharam a organização e a disposição dos espaços às instituições prisionais. Em relação à assistência/atendimento médico, observou-se o número excessivo de pacientes para um número escasso de profissionais da medicina. Outro ponto problemático foi a condução simultânea, em algumas das instituições, do tratamento psiquiátrico e do Exame de Verificação de Cessação de Periculosidade pelo mesmo psiquiatra o que fere o Código de Ética Médica que, por sua vez, proíbe o médico de ser perito de paciente seu. Quanto ao Exame, os psiquiatras responsáveis se encontram sobrecarregados a tal ponto de se chegar ao absurdo de agendamento de exame psiquiátrico dessa natureza para o ano de 2015 (lembrando que a avaliação foi realizada em 2010).

Informações como essas fornecidas pelo estudo, apontam que independe do paciente ter ou não sua periculosidade cessada para poder retornar ao convívio social, já que ainda que estivesse totalmente recuperado, deveria esperar até 2015 para a realização do exame. Além

de gerar uma superlotação da instituição, priva-se a liberdade de alguém que já cumpriu o esperado pela sanção aplicada: A recuperação.

Além disso, o mesmo estudo apontou que a saída dos internados não possui qualquer acompanhamento. A volta do interno à sociedade é dificultada pela falta de integração entre os estabelecimentos de saúde e os Hospitais de Custódia, sendo imperioso lembrar que essa população está excluída de um direito garantido pela Constituição: o acesso ao Sistema Único de Saúde. Não há acompanhamento, nem continuidade do tratamento iniciado nas instituições, o que aumenta as chances de recaída e faz com que os mesmos pacientes retornem aos HCTPs.

Entre os hospitais visitados pela Associação, algumas características chamam mais atenção. Na cidade de Belém, por exemplo, o HCTP é muito bem estruturado fisicamente, tem uma equipe de atendentes muito bem entrosada, porém, a diretora é a única psiquiatra que está disponível para o atendimento psiquiátrico. São 126 internos, todos cumprindo Medida de segurança. A diretora precisa gerenciar o Hospital e medicar todos estes pacientes. Os Laudos de Cessação de Periculosidade são apenas realizados pela única psiquiatra forense da região que tem seu agendamento previsto em cinco anos.

Vários pacientes cometeram crimes por apresentar surtos psicóticos os quais já foram remitidos. Contudo, ficarão custodiados até que o agendamento da única psiquiatra forense da região permita a sua liberação da Medida de Segurança, gerando um gasto inútil para o Governo. Tais pacientes, já remitidos de sua doença mental, poderiam estar em atendimento ambulatorial. Acabam cumprindo o equivalente a uma pena longa e quando perdem os vínculos familiares, o Estado provavelmente terá que custodiá-lo por todo o sempre.

Outra indagação realizada pela pesquisa diz respeito à liberação da MS. Não há HCTPs de média segurança, todos são de regime fechado. Saem de um regime fechado para a sociedade sem nenhum amparo médico. Em outros casos, ocorre algo ainda pior: os “ex-manicomiados” são frequentemente encaminhados para Hospitais Psiquiátricos, comuns, o que gera intenso desconforto por parte da diretoria destes hospitais e da equipe. São pacientes que cometeram crimes, que não podem ser liberados por alta médica, dependem de liberação judicial, assustam outros pacientes pela sua história e, não raro, reincidem em crimes violentos dentro do próprio hospital.

Em setembro de 2003, foi publicada a Portaria 628, aprovando o Plano Nacional de Saúde para o Sistema previdenciário e incluindo Os Hospitais de Custódia e Tratamento

Psiquiátrico aos beneficiários das ações previstas na Portaria. Tornou-se consensual a compreensão de que o Sistema Único de Saúde é responsável pelo tratamento da pessoa submetida à medida de segurança.

Comprovado pela pesquisa exposta acima e em contraponto com a realidade atual, fica evidente o descumprimento da lei. A ausência de investimentos na construção dos hospitais de custódia, bem como a precariedade das condições de funcionamento e carência de profissionais da saúde para atender os internos demonstra o descaso e a indiferença do Estado em relação à essa realidade.

A Promotora de Justiça Inês do Amaral Buschel (2004) citou dirigentes de manicômios judiciários que enriqueceram as custas dos cofres públicos, trancafiando e mantendo pessoas acometidas por transtorno mental, muitas delas apenas alcoólatras ou dependentes químicas.

Situações como essa ocorrem constantemente em todo o país. Se o sistema penitenciário público, com questões menos complexas a serem resolvidas, passa por um notório caos, a regularização e a efetividade das medidas de segurança imploram por mais atenção. Heitor piedade Júnior (1982, pg. 231) concluiu um dos tópicos de sua obra declarando:

> Se ao criminoso comum, o sistema prisional tornou-se fator de desestruturação da personalidade, aniquilador dos últimos predicados que ainda restam ao anormal psíquico, a estes caracteropatas [sic] esse sistema se revela profundamente nocivo, face à presença de fatores prejudiciais a esse tipo de personalidade, face a ausência de pressupostos para um perfeito e adequado processo de reeducação. Para educar o homem, é mister trata-lo, clinicamente, de maneira que se modifiquem seus hábitos, suas tendências, seus sentimentos, seu caráter, enfim, sua personalidade.

Tal citação ressalta a incoerência em defender a reeducação do inimputável em face da ausência de condições indispensáveis a esse processo. A medida de segurança não visa a punição, mas a proteção de pessoas incapazes, muitas vezes levadas a cometer infrações por uma omissão do Estado em protegê-las e ensiná-las a lidar com as suas diferenças, correndo o risco de voltarem a delinquir pelo mesmo motivo.

7. O PRAZO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA E A CESSAÇÃO DA PERICULOSIDADE

Dispõe o Art. 97 do Código Penal:

> Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
> § 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por **tempo indeterminado**, **perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade**. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos. (grifo nosso)

De acordo com o artigo supracitado, o prazo mínimo da duração da medida de segurança é de um a três anos. O prazo máximo, por sua vez, fica condicionado à cessação da periculosidade do agente, ou seja, a sua recuperação.

Tal dispositivo tem causado grandes debates na doutrina. Isso porque a Constituição Federal garante em seu Art. 5º, inc. XLVII, "b" que não haverá penas de caráter perpétuo. O Código Penal, por seu turno, limita o cumprimento da pena de prisão em 30(trinta) anos, conforme o artigo. Como se nota, surge o problema quanto a constitucionalidade ou não da perpetuidade da medida de segurança imposta ao indivíduo.

A corrente que defende a inconstitucionalidade subdivide-se em duas vertentes. A primeira entende que o limite máximo da medida de segurança deve ser o cominado em abstrato para a execução das penas privativas de liberdade, ou seja, trinta anos. A segunda, em contraponto, alega que o tempo de cumprimento deverá respeitar o limite cominado abstratamente ao fato específico, ou seja, deve seguir os limites máximos estipulados para cada crime. Nesse sentido são as palavras de Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina (2007, p.901):

> A letra do Código penal brasileiro (ao fixar prazo indeterminado para as medidas de segurança) destoa de toda doutrina moderna que procura cercar tais medidas de todas as garantias inerentes às penas (e ao Estado constitucional e humanista de Direito).

Grande parte da doutrina defensora dessa tese, alega que ao prever um prazo indeterminado, o dispositivo estaria violando o princípio da legalidade. Entendendo dessa forma, o autor Miguel Reale Júnior (2004, p. 177) lembra não ser compatível com o Estado Democrático a imposição de constrangimento indeterminado, completando seu posicionamento asseverando que:

> Quanto à duração indeterminada, cabe razão aos críticos, uma vez que o princípio da legalidade impõe que se fixe o máximo de tempo de aplicação da medida de segurança, o que se procurou remediar no projeto em andamento no Congresso Nacional, que prevê no art. 98 que o tempo da medida de segurança não será superior à pena máxima cominada ao tipo legal de crime.

Também é esse o entendimento de Paulo Queiroz (2005, p. 378-379) ao ministrar que:

> Tal indeterminação é, no entanto, francamente inconstitucional, visto que ofende os princípios da proporcionalidade, da não-perpetuação da pena e da igualdade. Com efeito, não é razoável, por exemplo, que alguém que responda por lesão corporal leve (CP, art. 129, caput), cuja pena máxima é um ano de detenção, possa ficar sujeito a medida de segurança superior a esse prazo (3, 5, 10 anos), desproporcionalmente. Também se viola o princípio da não-perpetuação das penas, haja vista que, embora as medidas de segurança não sejam penas em sentido estrito ou formalmente, não se pode ignorar que constituem um gravíssimo constrangimento à liberdade de quem as suporta. Por último, ao fixar penas determinadas, não obstante persista, eventualmente, a periculosidade do réu imputável e mesmo a probabilidade de reincidência, o Código, ao disciplinar, diferentemente, as medidas de segurança, fere o princípio da igualdade, pois dá ao réu inimputável tratamento injustificadamente diferenciado [...].

O entendimento do STF(Informativo Jurisprudencial de número 369 do STF) também se firmou em sentido contrário a indeterminação do prazo para a medida de segurança:

> 1889 – MEDIDA DE SEGURANÇA – INTERNAÇÃO EM HOSPITAL DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO – **LIMITE TEMPORAL DE TRINTA ANOS** – ARTIGOS 75, DO CÓDIGO PENAL E 183, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL –

REMOÇÃO DO PACIENTE PARA HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DA REDE PÚBLICA, CESSADA A CUSTÓDIA – JULGAMENTO NÃO CONCLUÍDO. (STF – 1ª T. – HC n° 84.219-SP – Rel. Min. Marco Aurélio – j. 09.11.04 – Informativo do STF nº 369 – 08 a 12.11.04, pág. 3, grifo nosso)

Por outro lado, parte da doutrina defende a constitucionalidade da lei.

Nesse sentido, destaca-se o pensamento de Guilherme de Souza Nucci (2007, p. 482), segundo o qual, dentre outras coisas, defende uma interpretação restritiva dos dispositivos legais relativos ao tema, em especial o artigo 75 do CP. Neste diapasão, faz o autor a seguinte observação:

> Não nos parece assim, pois, além de a medida de segurança não ser pena, deve-se fazer uma interpretação restritiva do art. 75 do Código Penal, muitas vezes fonte de injustiças. Como já exposto em capítulo anterior, muitos condenados a vários anos de cadeia estão sendo interditados civilmente, para que não deixem a prisão, por serem perigosos, padecendo de enfermidades mentais, justamente porque atingiram o teto fixado pela lei (30 anos) [...] Ademais, apesar de seu caráter de sanção penal, a medida de segurança não deixa de ter o propósito curativo e terapêutico. Ora, enquanto não for devidamente curado, deve o sujeito submetido à internação permanecer em tratamento, sob custódia do Estado. Seria demasiado apego à forma transferi-lo de um hospital de custódia e tratamento criminal para outro, onde estão abrigados insanos interditados civilmente somente porque foi atingido o teto máximo da pena correspondente ao fato criminoso praticado, como alguns sugerem, ou o teto máximo de 30 anos, previsto no art. 75 como sugerem outros.

Essa também foi a posição do STJ, no seguinte sentido:

> HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. MEDIDA DE SEGURANÇA. RÉU DECLARADO INIMPUTÁVEL. PRAZO INDETERMINADO DE INTERNAÇÃO. PERMANÊNCIA DA PERICULOSIDADE DO AGENTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. PRECEDENTES DO STJ.

> 1. A medida de segurança de internação, a teor do disposto no art. 97, § 1.º, do Código Penal, não está sujeita a prazos predeterminados, porém, à cessação da periculosidade do réu declarado inimputável.
> [...] (HC 70497 - SP, T6 - SEXTA TURMA, rel. Min. Carlos Fernando Mathias, DJ 03.12.2007 p. 367).
> CRIMINAL. HC. EXECUÇÃO. MEDIDA DE SEGURANÇA. PRAZO INDETERMINADO. PERSISTÊNCIA DA PERICULOSIDADE. IMPROPRIEDADE DO WRIT. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. (HC 36172-SP, T5 QUINTA TURMA, rel. Min. Gilson Dipp, Dj 21.02.2005 p. 197 RESTJ vol. 189 p. 520). (grifo nosso)

Além disso, cabe lembrar o entendimento do constitucionalista Pedro Lenza (2011, pg. 864):

> Os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, confronto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição [...] ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição.

Entrariam em confronto, no caso em questão, a proibição de penas de caráter perpétuo (quando interpretadas em sentido amplo) e o direito à saúde e a integridade, física e moral.

Ainda que o dispositivo questionado não seja o objeto principal desse trabalho, mas sim o Art. 26 do mesmo diploma, cabem aqui algumas considerações.

A norma é clara ao determinar que a internação, ou tratamento ambulatorial terão tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a **cessação de periculosidade.**

Os hospitais de custódia, bem como os estabelecimentos semelhantes, responsáveis pelo tratamento e recuperação dos indivíduos aqui mencionados, são os locais destinados à busca dessa cessação de periculosidade. Conforme foi exposto no tópico anterior, as condições e a assistência fornecida por esses ambientes pouco auxilia no desempenho e

melhoria dos pacientes, ao contrário, muitas vezes piora seu diagnóstico. A crítica que se faz, aqui, não é direcionada à inconstitucionalidade ou a constitucionalidade da norma. A crítica deve ser feita à falta de efetividade da mesma, à impossibilidade de ser aplicada e cumprida frente à realidade.

Exatamente esse pensamento foi citado por Antonio Carlos da Ponte, em Inimputabilidade e Processo Penal:

> Não se alegue que os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico não se confundem com os presídios. A realidade tem mostrado que as diferenças se situam apenas no campo teórico. **A chance de uma pessoa que acuse perturbação da saúde mental recuperar-se em um desses estabelecimentos é nula.** (PONTE, 2007, p. 78, grifo nosso).

A posição adotada nesse trabalho é a efetividade do sistema. A partir da possibilidade de ser tratado, receber assistência e medicamentos necessários a uma possível recuperação, aí sim é tempo de se discutir o prazo da medida de segurança. Esse, em virtude do Princípio da Isonomia e da Segurança, bem como em defesa a um direito do internado de recuperar-se, poderia ter, sim, prazo indeterminado. Tal indeterminação teria foco na reabilitação do paciente que, se possível, só sairia do hospital curado. Todavia, tal posicionamento deve ser tratado com cautela, já que a omissão do Estado em criar e prestar auxílio aos hospitais de custódia pode vir a responsabilizar o paciente por algo que ele não tem competência para modificar, permanecendo nas condições precárias dos manicômios perpetuamente por um descaso público.

Diante disso, não se defende nesse trabalho a constitucionalidade da norma por uma questão de precariedade do sistema, que torna o cumprimento da medida uma penalidade prejudicial e desumana. Busca-se o real sentido da aplicação da medida de segurança, para então discutir o prazo a ser aplicado.

8. DOS DIREITOS E GARANTIAS DO INTERNADO

A Constituição Federal, que envolve as normas máximas do ordenamento jurídico brasileiro, indica determinados direitos e garantias a todos os cidadãos, e outras normas específicas a diferentes parcelas da população, como aos que merecem proteção especial. O Código Penal, por sua vez, especifica outros direitos e limita a ação dos indivíduos, inclusive

determinando condições e sanções aos inimputáveis. Além desses diplomas, outras leis extravagantes foram elaboradas, como a Lei nº 10.216 de 04 de junho de 2001, dispondo sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais.

Cada um desses conjuntos normativos possui sujeitos específicos. Seja o cidadão, o imputável, o doente mental. A Carta Magna do nosso país é clara ao proteger a vida, a segurança, a integridade física, moral, a liberdade de expressão, entre tantos outros direitos fundamentais. Nas palavras do professor Vladimir Brega Filho (2002, pg. 67), entende-se por direitos fundamentais "os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar às pessoas a fim de que elas tenham uma vida digna". A vida digna deve ser de alcance de todos, independente de raça, cor, condição econômica ou crença. O cidadão comum, o pai de família e o marido exemplar, merecem uma vida digna. A criança pobre, rica, branca, negra, mestiça. O índio, o empresário, o preso, o doente mental. Todos são iguais perante a lei.

O Estado, por uma questão de segurança pública, tem o dever de assegurar a punição àquele que pratica conduta típica, ilícita e culpável. Ao inimputável, indivíduo que pratica ato típico e ilícito quando, no momento da ação/omissão delitiva, era portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, o Estado tem obrigação de prestar auxílio e buscar a recuperação, por uma questão de proteção às minorias e, também, por segurança pública.

O artigo 99 do Código Penal prevê: "O internado será recolhido a estabelecimento **dotado de características hospitalares e será submetido a tratamento**." (grifo nosso)

Da análise do artigo supramencionado, entende-se que os inimputáveis submetidos à medida de segurança farão jus, por possuírem características peculiares, a um tratamento específico, garantindo-se com isso o princípio da isonomia. Esse é o entendimento de Rogério Greco (2007, p.687) ao lecionar que:

> Isso significa que aquele a quem o Estado aplicou medida de segurança, por reconhecê-lo inimputável, não poderá, por exemplo, recolhê-lo a uma cela de delegacia policial, ou mesmo a uma penitenciária em razão de não haver vaga em estabelecimento hospitalar próprio, impossibilitando-lhe, portanto, o início de seu tratamento.

Tal posição é ratificada por decisão do TJSP, in verbis:

> Medida de segurança - Internação em hospital psiquiátrico - Cumprimento na própria cadeia pública local, por falta de vaga em estabelecimento adequado – Inadmissibilidade – Constrangimento ilegal configurado – Concessão de Habeas Corpus- Liberdade condicionada a um tratamento em ambulatório- O Estado só poderá exigir o cumprimento de medida de segurança de internação (detentiva, portanto), se estiver aparelhado para tanto. A falta de vaga, pela desorganização, omissão ou imprevidência do Estado-Administração, não justifica o desrespeito ao direito individual, pois, além de ilegal não legitima a finalidade de tal instituto. (HC-rel. Renato Talli). (RT 608/325).

Em decorrência da escassez de hospitais de custódia, tem-se observado a adaptação de cela de presídio comum para permanência dos inimputáveis. Tal medida é inadmissível. O doente mental, atormentado por perturbações psicológicas frequentemente, tem o **direito** concedido pelo Estado **de ser tratado, de ser curado**. A permanência do paciente em ambientes não adequados, piora sua situações e muitas vezes o incita a reincidir quando liberto. Além disso, cabe lembrar que a medida de segurança não é pena. Não tem caráter retributivo, mas preventivo. Diante disso, a punição em ter sua liberdade restrita não atende às expectativas da norma ou à necessidade do infrator.

Contrário a esse entendimento foi determinado julgado do STJ:

> Paciente que em razão de sua periculosidade terá de permanecer em cadeia pública até que surja vaga no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do Estado. (RHC 9.075-MG, 5ª T., rel. José Arnaldo da Fonseca, 18.11.1999, v.u., DJ 17.12.1999, p. 386).

Com a devida vênia, tal posicionamento demonstra uma violação a um direito indisponível do doente mental. É de responsabilidade do Estado a manutenção de estabelecimentos adequados ao paciente, isento de responsabilidade neste sentido. Assim, não deve este ser apenado por algo que, em absoluto, não é de sua competência. Nesse sentido:

> Habeas Corpus. Aplicada medida de segurança, Prisão em estabelecimento prisional impróprio e incompatível com o título executório. Aguarda vaga. Ilegalidade. Ordem concedida para imediata remoção, comunicando-se à autoridade apontada como

coatora e ao Secretário Estadual da Administração Penitenciária. (HC 11197853700 – SP, 1º Grupo de Direito Criminal, rel., Péricles Piza, Data do julgamento:23/10/2007,Data de registro:08/11/2007).

HABEAS CORPUS - Constrangimento ilegal alegado decorrente de decisão proferida em execução criminal - Falta de vaga para cumprimento de medida de segurança imposta Constrangimento ilegal verificado Possibilidade de se aguardar solto, com tratamento ambulatorial, enquanto aguarda vaga para internação em Hospital de Custódia e Tratamento - Ordem concedida. (HC 11317583200 – SP, 7ª Câmara de Direito Criminal, rel., Christiano Kuntz, Data do julgamento: 29/11/2007, Data de registro: 12/12/2007).

A medida de segurança foi uma alternativa encontrada para minimizar os efeitos da infração cometida pelo inimputável, que não pode ser mantido em penitenciárias comuns por motivos óbvios, mas também não consegue conviver socialmente. Manter um doente mental nas prisões comuns acarreta consequências fortíssimas em sua personalidade e em seu diagnóstico, contrariando toda a proteção que deveria receber em decorrência de sua condição especial.

8.1. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O direito a igualdade vem consagrado pelo Art. 5º da CF, afirmando que todos são iguais perante a lei. Essa igualdade, contudo, não deve ser observada apenas em seu aspecto formalista, mas principalmente sob aspecto material, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, uma lição ensinada por Aristóteles e consagrada nos ordenamentos modernos. Nesse sentido:

> Em relação ao direito de igualdade, tem-se que a constituição visa tratar os iguais de forma igual, e os desiguais de forma desigual, primando com isso uma igualdade material. Assim, eis que a própria constituição em certos momentos, acertadamente, traz situações em que se privilegia, por exemplo, os deficientes, as mulheres, idosos dentre outros, justamente por visar conferir aos desiguais tratamento diferenciado, compensado assim, com justiça, discriminações e preconceitos históricos e atuais. Assim, merecem os inimputáveis tratamentos especiais em razão de sua peculiar condição [...] Ademais, nota-se que o que se veda é uma discriminação negativa, porquanto inconstitucional, mas discriminações positivas como as acima tratadas, são

perfeitamente admitidas. São exemplos as ações afirmativas que correspondem às políticas públicas adotadas por pessoas jurídicas de direito publico ou privado com vistas a consolidar tais discriminações positivas. (ALVES, Márcio Fortuna. 2010)

Em junho de 2001, publicou-se a Lei nº 10.216, dispondo sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais. Ainda que a referida lei não tenha se direcionado aos hospitais de custódia especificamente, versou sobre a política pública para a saúde mental, estabelecendo direitos e garantias indispensáveis. Transcrevem-se os artigos mais relevantes ao estudo:

[...]

Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. São **direitos da pessoa portadora de transtorno mental:**

I - ter acesso ao **melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;**

II - ser **tratada com humanidade e respeito** e no **interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;** [...]

V - ter **direito à presença médica**, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; [...]

VIII - **ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;**

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental.

A lei ainda prevê:

Art. 3º**É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais**, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.

> Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.
>
> § 1o **O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.**
>
> § 2o **O tratamento em regime de internação será estruturado de forma a oferecer assistência integral à pessoa portadora de transtornos mentais, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros.**
>
> [...](Grifo nosso)

Fazendo uma relação com as condições e a estrutura dos locais destinados a essas funções, poucos dos direitos elencados na lei estão garantidos aos inimputáveis por doença mental. Dessa forma, é quase impossível falar em recuperação do paciente, bem como reinseri-lo no meio social. Interessante posição de Lara Gomides de Souza (2008, pg. 03), que diz:

> Ao contrário do que muitos imaginam, a enfermidade mental pode ser controlada com remédios e tratamento terapêutico adequado, sendo esta circunstância inteiramente capaz de propiciar ao doente a plena convivência em sociedade, ao lado de sua família. A incompetência estatal, que na maioria das vezes, se não sempre, não é capaz de curar o paciente, não pode, de modo algum, contribuir com o cerceamento da liberdade dos particulares, devendo o Estado, ao contrário, privilegiar o retorno dessas pessoas ao convívio social.

O tratamento adequado, respeitando o disposto em lei e contratando profissionais habilitados para a recuperação dos pacientes poderia solucionar grande parte dos problemas relacionados à inimputabilidade. Claro que ainda há muito que fazer. Não basta melhorar o sistema e não tornar mais rigoroso o processo de seleção de inimputáveis, já que um imputável teria grande interesse em ser beneficiado com a medida de segurança. Todavia, estrago maior é feito ao colocar inimputáveis por doença mental em estabelecimentos sem a estrutura adequada, o conjunto de profissionais especializados e o fornecimento de medicamentos.

A proteção aos deficientes, em especial, é um dever máximo do Estado, que deve buscar um acompanhamento integral a essas pessoas, tanto em relação à Educação, quanto à

Saúde. A educação pode ter uma influência muito maior no desempenho dos doentes mentais do que parece, facilitando sua convivência e sua compreensão do certo e errado. A saúde, por sua vez, facilita o acompanhamento da doença, muitas vezes prevenindo a prática da infração penal através do uso correto de medicamentos e de apoio psiquiátrico. Mais uma vez, ressalta-se: A aplicação da medida de segurança é uma simples teoria se não praticada da maneira correta. Não prestar assistência aos hospitais de custódia ou, ainda pior, expor inimputáveis à prisão comum, é o mesmo que subtrair o direito aos benefícios criados justamente para ampará-los.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa empreendida ao longo desse trabalho buscou esclarecer situações que envolvem a inimputabilidade por doença mental, apontando a omissão e descaso do Poder Público com relação ao doente mental infrator.

O Código Penal, ao isentar o “doente mental” de pena, não conceituou ou delimitou quais as enfermidades se enquadram nesse conceito, o que pode causar certa confusão no momento da aplicação da norma, implicando no cumprimento de medida de segurança por sujeitos imputáveis, bem como na execução da pena por sujeitos inimputáveis.

Tal omissão, assim como a prática de adaptar celas de penitenciárias comuns em celas para inimputáveis, são causas prejudiciais à personalidade e ao diagnóstico do doente mental, que pode vir a cometer novas infrações por uma inércia do Estado.

Além disso, verificou-se a ausência de condições previstas em lei para o funcionamento ideal dos hospitais de custódia, locais responsáveis por tratar e fazer cessar a periculosidade dos inimputáveis. Esses estabelecimentos apresentam situações precárias, sem qualquer estrutura ou recurso necessário a qualquer tratamento.

Conforme citado na primeira frase desse trabalho, o Estado vem tratando o doente mental como irrecuperável, sendo “sua condição assim, e não de outra maneira”. Tal prática contraria os direitos à Saúde, à Segurança e à Dignidade da Pessoa humana, já que alguém que poderia ser tratado e reinserido normalmente na sociedade fica à margem da criminalidade e da precariedade do sistema, sem qualquer recurso ou direito que a Constituição de seu país garante.

REFERÊNCIAS

ALVES, Márcio Fortuna. A constitucionalidade ou não da indeterminação temporal da medida de segurança. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2721, 13dez.2010 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18014>. Acesso em: 13 jul. 2013.

ALVES, Roque de Brito. Crime e loucura. Recife: Fundação Antonio dos Santos Abranches - FASA, 1998

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, volume 1. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei n. 10.216, de 06 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Publicada no Diário Oficial da União de 07.04.2001.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 1, parte geral. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORRÊA, Josel Machado. O doente mental e o direito. São Paulo: Iglu, 1999

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos:* a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DIAS, João Carlos. Hospitais de Custódia no Brasil: avaliação e propostas. Disponível em: < http://www.abpbrasil.org.br/comunicado/arquivo/comunicado-104/MANUAL_FORENSE-18_10_Joao_2.pdf > Acesso em: 09 jul. 2013

DIAS, Jorge de Figueiredo. Temas Básicos da Doutrina Penal. Coimba: Coimbra Editora, 2001.

FACHIN, Zulmar. Curso de direito constitucional. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 10ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Direito Penal Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.2.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – Parte Geral. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MIRABETE, Julio Fabrini. Código de processo penal interpretado. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PALMEIRA, Vivian. UnB debate a situação dos hospitais de custódia do DF. Disponível em: <http://unb.br/noticias/unbagencia/unbagencia.php?id=7753>. Acesso em: 12 jul.

2013.

PIEDADE JÚNIOR, Heitor. Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1982.

PONTE, Antônio Carlos da. Inimputabilidade e Processo Penal. 2.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal Parte Geral. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

REALE JUNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.2..

SASSINE, Vinicius. Tortura e abandono em hospitais de custódia pelo Brasil. 17fev2013. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/tortura-abandono-em-hospitais-de-custodia-pelo-brasil-7604872.> Acesso em: 13 jul. 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª ed. São Paulo: Malheiros editores ltda, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* tradução: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dosTribunais,2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Legitimação dos direitos humanos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIARANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte geral. 5º ed. São Paulo. RT 2004

CONTROLE SOCIAL DO DELITO, MÍDIA E EXPANSIONISMO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Matheus Gomes CAMACHO[336]

RESUMO

O presente trabalho objetiva apresentar uma análise não exaustiva acerca do descrédito que a sociedade possui em relação à infalibilidade das instâncias de controle social do delito, alheias ao Direito Penal. Esquece-se, muitas vezes, que contamos com duas espécies de instrumentos com fito de realizar a prevenção do delito: os controles informal e formal. O primeiro é realizado por intermédio da sociedade civil, como a família, a escola, o trabalho e a vizinhança. Entretanto, na comunidade, notadamente nos grandes conglomerados urbanos, essas instâncias informais de controle se mostram, por vezes, ineficazes. Por derradeiro, o medo dissemina-se entre os cidadãos que, instigados pelo discurso midiático, de caráter punitivista, clamam pela atuação primordial do Direito Penal - que deveria influir apenas subsidiariamente aos demais instrumentos. Todavia, a política expansionista vem se mostrando insuficiente no combate dos delitos, além de seletiva e discriminatória.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; controle social do delito; expansionismo penal; Criminologia; mídia; meios de comunicação em massa.

ABSTRACT: This current article intends to present a brief analysis about of distrust that the society shows about infallibility of agencies of social control of the crime, not the Criminal Law. Often, we forget that we have two kinds of instruments with intention to realize the social control of the crime: the informal control and the formal control. The first, we find at the civil society, such as family, school, work and neighborhood. However, often, these agencies of informal control are ineffective, and creates fear in citizens and, instigated by media discourse, they require for a main operation of the Criminal Law - which should act only secondarily to other instruments. Nonetheless, the expansionary policy has proven ineffective in combating the offenses.

[336] Discente do 5º ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, UENP. Estagiário do Ministério Público Federal, na Procuradoria da República do Município de Ourinhos/SP.

KEYWORDS: Criminal Law; social control of the crime; criminal expansionism; Criminology; media; mass media.

INTRODUÇÃO

Em decorrência dos inúmeros progressos ocorridos em nossa sociedade, bem como da celeridade dos meios de comunicação e informação, constata-se uma rápida transformação da realidade, que nem sempre o corpo social consegue se adaptar no mesmo ritmo, o que acaba por gerar desconfiança e temor por parte dos membros da comunidade, os quais são intensivamente explorados e, não raro, manipulados, pelos meios de comunicação em massa.

No atual estágio social em que nos encontramos, observa-se cada vez mais, por parte dos indivíduos, certa desconfiança acerca da indefectibilidade das demais instâncias de controle social do delito, tais como a família, a escola, o trabalho e a vizinhança.

Neste diapasão, o clamor público, de forma errônea e embaído pelo discurso midiático, pugna pela utilização indiscriminada do Direito Penal, como forma primeira de solução dos conflitos existentes na comunidade e como única instituição apta a promover a justiça social e a prevenção do delito.

Esquece-se, todavia, que o controle social deve, primeiramente, dar-se pelas instâncias informais e, somente em último caso, quando estas agências falharem, o Direito Penal deveria atuar. Entretanto, o discurso populista, fomentado pela mídia, prega maior rigor na imposição e cumprimento da reprimenda penal, criminalização de diversas condutas, por meio de elaborações indiscriminadas de leis penais, muitas vezes, sem qualquer prognóstico.

O trabalho justifica-se na necessidade de reflexão e conscientização acerca de (in)eficiência do investimento massivo em políticas criminais de jaez punitivista, pois, conforme se pretende demonstrar, além de se mostrarem ineficazes na prevenção do delito, tais medidas possuem um nítido caráter segregatício.

Com intuito de fornecer parâmetros teóricos para as questões aqui aventadas, houve a seleção de obras de Direito Penal, Legislação Especial, Sociologia e Psicologia Forense. Buscou-se, outrossim, a consulta a artigos científicos e demais fontes eletrônicas disponíveis na Internet.

Por tais razões, reputa-se necessário um estudo crítico das características da interferência da mídia no Direito Penal, com o objetivo de se constatar que a política adotada

pela sociedade brasileira contemporânea não é adequada ao fim que realmente se deseja: a prevenção de condutas que causem lesão significativa a bens juridicamente protegidos.

1. CONTROLE SOCIAL DO DELITO

Em linhas gerais, crime pode ser definido como o fato típico, antijurídico e culpável, decorrente de uma conduta humana que causa lesão a um bem jurídico de relevante valor para a comunidade, causando impacto social apto a combalir seus alicerces.

Em razão de atingir "un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, és amparado juridicamente"[337] (WELZEL, 1956, p.5), o corpo social conta com um conjunto de instrumentos e sanções sociais que visa a submeter os indivíduos aos parâmetros e normas comunitários, por intermédio de dois sistemas articulados entre si: o controle social informal e o controle social formal (SHECAIRA, 2012, p. 53), ambos com vista a impor aos cidadãos modelos e normas, conformando-os aos juízos éticos estabelecidos pela sociedade.

1.1Instrumentos de controle informal do delito

São considerados instrumentos de controle informal do delito aqueles consubstanciados na sociedade civil, que atuam de forma mais sutil e perduram por toda vida do cidadão, de forma a discipliná-lo e inseri-lo na sociedade. É neste contexto que se insere a família, a escola, o trabalho, a sociedade e, também, a mídia.

O instinto de agressividade, intrínseco ao ser humano, pode ser observado ainda no ventre materno, quando o bebê dá "chutes" na barriga da mãe, e mesmo após seu nascimento, quando, por exemplo, ocorre a redução do fluxo de leite materno e o recém-nascido emprega violência contra o seio da mãe para a satisfação de uma demanda interna, a alimentação (LIMA, 2008, p. 9).

Nesta senda, é tarefa da família, em especial do pai (para a psicanálise), controlar esses instintos, demonstrando autoridade perante a criança, impondo-lhe limites e ensinando-a a respeitar determinadas regras, o que, concomitantemente, proporcionar-lhe-á um ambiente com segurança e propício para seu integral desenvolvimento mental e psíquico - denominado de *holding* -, pois é a severidade e a repreensão da criança que a levará a desenvolver o

[337] Tradução livre do autor: "um bem vital do grupo ou do indivíduo, que em razão de sua significação social, é amparado juridicamente".

sentimento de culpa e posterior reparação do dano causado, e a imposição de limites lhe transmitirá segurança e conforto no lar em que se encontra (LIMA, 2008, p. 9).

Por derradeiro, caso não encontre esta figura de uma autoridade em seu seio familiar, essa pessoa buscará incessantemente esta imagem em outras esferas, como na escola, no trabalho ou na vizinhança.

Na escola e no trabalho são os locais onde seria possível se deparar com a figura do chefe ou do professor como uma autoridade impondo disciplina, o que, consequentemente, constituiria um freio para as condutas antissociais - bem como pela presença de colegas no mesmo ambiente e a necessidade de lidar com clientes, na esfera laboral, o que, por fim, implica na necessidade de se passar uma imagem de confiança e credibilidade (BARREIRAS, 2008, p.306).

Todavia, é cediço que contamos com salas de aula superlotadas, principalmente na educação pública, o que dificulta o controle das crianças e dos jovens, bem como a imposição do professor como uma figura de autoridade perante todos esses indivíduos. Deste modo, por vezes, não é neste espaço em que se encontrará o *holding* ou uma pessoa que lhe imponha algumas limitações e lhe traga confiança e estabilidade.

Na vizinhança, a contenção social é verificável quando seus membros, conhecendo cada pessoa daquele bairro e sabendo de suas rotinas, tecem juízos de valor acerca da conduta e caráter de cada indivíduo, no momento em que alguma atitude se afasta daquelas concebidas parâmetros para os demais, de modo a censurá-los e orientar o comportamento dos demais integrantes da comunidade.

Por tais razões, Sérgio Salomão Shecaira aponta que "por fazer assimilar nos destinatários valores e normas de uma dada sociedade sem recorrer à coerção estatal, o controle social informal possui mais força em ambientes reduzidos" (2012, p. 53).

É possível observar, por conseguinte, que em grandes centros urbanos, que estas instâncias de controle podem ter sua eficácia restrita, em diferentes gradações, conforme as pessoas vão, paulatinamente, perdendo vínculos comunitários, transformando-se em uma "multidão de anônimos" que não criam laços entre si - apenas habitam os mesmos espaços, o que não possibilita a articulação das instâncias informais de prevenção social do delito.

Neste viés, a sociedade contemporânea foi demolindo os critérios tradicionais de avaliação do bom e do mau, e agora parece não funcionar como instância autônoma de

moralização, de criação de uma ética social que redunde na proteção dos bens jurídicos (SANCHEZ, 2002, p. 58).

Consequentemente, observa Donald Woods Winnicott que, a não ser que esteja em apuros, o delinquente que não encontrou alguma figura autoritária em sua infância, que lhe impusesse limites e lhe proporcionasse um ambiente seguro, seja na família, na escola, na vizinhança, provavelmente, não terá sua conduta moldada de acordo com aos modelos impostos pela sociedade e, com isso, "só poderá tornar-se cada vez mais inibido no amor e, por consequência, cada vez mais deprimido e despersonalizado, tornando-o por fim totalmente incapaz de sentir a realidade das coisas, exceto a realidade da violência" (2005, p. 131) - e é a partir de então que devem incidir as instâncias formais de controle social.

1.1.1 A mídia como instrumento de controle informal do delito

Inicialmente, saliente-se que não se pretende adotar uma visão totalizante da mídia, compreendendo-a sempre como um mal. É inegável sua importância no Estado Democrático de Direitos, de modo a garantir a liberdade de expressão e trazer a lume inúmeros fatos que, sem sua participação, jamais chegariam a nosso conhecimento.

O que se questiona é a forma como ela transforma o fato em notícia, filtrando-os a depender da pessoa que o cometeu ou da possibilidade de sensibilizar os espectadores. Como, frequentemente, essa seleção se opera em desfavor da parcela mais vulnerável da população, a mídia contribui para a preservação da hegemonia dos ideais disseminada pela classe detentora do capital e meios de comunicação, estigmatizando e excluindo, ainda mais, alguns indivíduos. Assim, por meio de um discurso sensacionalista, transforma a notícia em mercadoria, de modo que ela perca parte de seu caráter informativo e ganhe contornos mercantis, de acordo com os anseios da classe detentora dos meios de produção e comunicação.

É nesse contexto que os *mass media* podem ser classificados como instrumento de controle informal do delito. Isto porque eles exprimem a ideologia dominante, conformando a conduta dos indivíduos com o modelo por ela empregado, bem como selecionando os fatos que, de certo modo, atingem os interesses das classes mais altas, como os crimes contra a vida, propriedade e liberdade sexual, deixando de lado os delitos menos visíveis, mas com efeitos nefastos, como os crimes do colarinho branco, pois atingem, indistintamente, todos os membros da sociedade.

Some-se a isto, ainda, o fato de que a informação é "antes de mais nada, uma 'mercancia'. Como toda mercadoria, está submetida as leis do mercado. Os valores que a presidem são a oferta e a procura" (SHECAIRA, 2001 p. 355). O mundo, desta forma, será apresentado ao consumidor de informação através de uma visão espacial e temporal limitada (CHARAUDEAU, 2012, p. 257), de modo que o público apenas terá o recorte do fato em si, sem ter conhecimento das razões socioeconômicas que levaram ao cometimento da infração.

O público, sem acesso à integralidade dos fatos, toma aquela notícia constantemente publicada como verdade, quase como um dogma, pois, como assevera Israel Drapkin Senderey, a verdade, para as massas, é aquilo que cotidianamente elas veem e ouvem, tornando, assim, a "verdade" como um produto da imprensa (1983, p. 18). É, assim, por intermédio da atuação da mídia que a opinião privada - dos detentores dos meios de comunicação - transmuda-se em opinião pública.

Aproveitando-se deste seu poder de persuasão, e lançando mão apenas da versão da vítima acerca do ocorrido - com a utilização constante do *close up*, ou seja, focando a imagem das câmeras no rosto da vítima, de modo a tornar mais nítido seu sofrimento e suas expressões - sensibilizam o público que, quase que instantaneamente, identifica-se e solidariza-se com o sofrimento do ofendido, pugnando, por derradeiro, pelo recrudescimento do Direito Penal.

Os *mass media* disseminam a ideia de que o sentimento de restabelecimento da segurança social, abalado pelo cometimento de infrações penais, e a sensação de enfraquecimento dos índices de criminalidade deve ser perscrutado por intermédio de políticas criminais opressoras, que objetivam penas mais severas e regimes de cumprimento mais rigorosos, bem como maior incremento no aparato policial.

Assim, facilmente constata-se que, por vezes, não há um processo de triagem de condutas ou ações identificadas como criminosas, mas sim a existência de um processo de seleção de grupos qualificados como delinquentes (ZAFFARONI, 2009, p. 56).

Facilmente se constata, notadamente nos países periféricos, que "o controle social tende a ser mais anestésico entre as camadas sociais mais privilegiadas e que adotam os padrões de consumo dos países centrais" (ZAFFARONI, 2009, p. 58). Tais palavras são, ainda, corroboradas pelo estudo de Aury Lopes Júnior:

> A visão de ordem nos conduz, explica BAUMAN, à de pureza, a de estarem as coisas nos lugares "justos" e "convenientes". É uma situação em que cada coisa se acha em seu justo lugar e em nenhum outro. O oposto da pureza (o imundo, sujo) e da ordem são as coisas fora do seu devido lugar. Em geral, não são as características intrínsecas das coisas que as transformam em "sujas", senão o estar fora do lugar, da ordem. Exemplifica o autor como um par sapatos, magnificamente lustrados e brilhantes, que se tornam sujos quando colocados na mesa das refeições. Ou ainda, uma omelete, uma obra de arte culinária, que dá água na boca quando no prato do jantar, torna-se uma mancha nojenta quando derramada sobre o travesseiro. O exemplo é interessante e bastante ilustrativo, principalmente num país como o nosso, em que vira notícia no Jornal Nacional o fato de um grupo de favelados terem "descido do morro" e "invadido" um *shopping center* no Rio de Janeiro. Ou seja, enquanto estiverem em seu devido lugar, as coisas estão em ordem, mas, ao descerem o morro e invadirem o espaço da burguesia, está posta a (nojenta) omelete no travesseiro. Está feita a desordem, a quebra da organização do ambiente (2006, p. 12).

À guisa do exemplo, observa-se que qualquer atitude que confronte com o discurso eficientista, que prega atuação do Direito Penal com *prima ratio* na solução dos conflitos sociais, abala as estruturas do que a mídia propaga como ordem, ensejando a rígida aplicação da lei penal para sua reestruturação.

1.1.2 Instrumento de controle formal do delito

O controle formal do delito, identificado pela atuação política do Estado, somente deve incidir – ou, ao menos, deveria – após o fracasso dos demais instrumentos que a sociedade civil dispõe, haja vista ser um instrumento marcado pela constante coerção e sua eficácia é reduzida, se comparada àquela produzida pelas instâncias informais.

Shecaira leciona que esta contenção é obtida por intermédio da Polícia, da Justiça, e demais consectários, como o controle legal e o penal (2012, p. 53).

Ainda dentro desta agência de controle social, é de se verificar uma hierarquia na incidência de seus instrumentos, cabendo ao Direito Penal aplicação subsidiária àquelas medidas empregadas pela Polícia, pela Administração Penitenciária e até mesmo em relação aos demais ramos do Direito (Direitos Civil, Administrativo, Tributário etc.) e às respectivas

sanções que estes impõem. Em outras palavras, o Direito Penal deve ser *ultima ratio*, atuando na tutela dos bens jurídicos mais importantes para o corpo social e necessários para o convívio social que, concomitantemente, tenham sofrido lesão expressiva que não possa ser solucionada pelos demais instrumentos – ou se estes mostrarem-se pouco eficazes para a prevenção e retribuição do mal causado.

1.1.3 Direito Penal como instância formal de controle formal do delito

Conceitualmente, Direito Penal é "o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica" (NORONHA, 1991, p. 12).

Em seu sentido social e dinâmico, define-se o Direito Penal:

> um dos instrumentos do controle social *formal* por meio do qual o Estado mediante um determinado sistema normativo (leia-se: mediante normas penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas ou outras consequências afins) as condutas desviadas (crimes e contravenções) mais nocivas para a convivência, visando a assegurar, dessa maneira, a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros do grupo. Esse controle social é dinâmico porque está vinculado a cada momento cultural da sociedade. Acompanha as alterações sociais (ou, pelo menos, deveria acompanhá-las). (BIANCHINI; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2009, p. 24).

Neste mesmo sentido, apresentam-se as lições de Claus Roxin, advertindo que "el Derecho penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrécion"[338] (1999, p. 41).

Não se pode olvidar, ainda que em caráter secundário, que "o Direito Penal tem uma aspiração ética: aspira evitar o cometimento e repetições de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados" (ZAFFARONI, 2009, p. 90).

[338] Tradução livre do autor: O Direito penal se compõe da soma de todos os preceitos que regulam os pressupostos e consequências de uma conduta cominada com uma pena ou com uma medida de segurança e correção.

Em decorrência da sua severidade, deve sempre atuar de forma suplementar aos instrumentos de controle informal e aos demais ramos do Direito. Neste sentido, Bianchini atesta:

> A pesada máquina estatal da Justiça criminal deve ser reservada para conflitos mais agudos (ataques intoleráveis a bens jurídicos relevantes) que requeiram um forte "tratamento cirúrgico". Os conflitos de menor entidade podem e devem ser solucionados com instrumentos mais ágeis e socialmente menos gravosos. O Direito Penal, em suma, é a *ultima ratio*, isto é, é o último instrumento que deve ter incidência para sancionar o fato desviado (2009, p. 27).

Em razão disto, o Direito Penal deve operar de forma subsidiária, isto é, quando as demais agências de prevenção do crime falharem e a lesão ao bem jurídico se revestir de considerável gravidade.

Deste modo, é por intermédio de aplicação de sanções mais graves – como a pena privativa de liberdade, forma extrema do controle pena – que o Estado realiza o controle social dos delitos e reafirma sua existência, como necessidade para sua subsistência. Destarte, as penas aplicadas devem surgir somente quando todos os demais controles sociais falharem, ou seja, elas são mais uma mera forma de controle: é uma expressão absoluta de seu caráter repressivo (SHECAIRA, 2012, p. 60).

Nota-se que a prevenção e repreensão do delito não devem ser realizadas somente por meio do Direito Penal. Como assevera Bianchini:

> Toda sociedade conta com alguns dispositivos de autodefesa que costumam ser suficientes para resolver conflitos cotidianos de escassa importância. [...] Possuem, logicamente, seus correspondentes sistemas normativos e suas sanções, que são aplicadas ao indivíduo cujo comportamento se desvia das expectativas do grupo. São, em suma, instâncias do controle social informal, cuja atuação é decisiva nos processos de interação. Mas quando o conflito se reveste de especial gravidade, sua solução não pode ficar à mercê das instâncias do controle social "informal". O Estado, nesse caso, intervém por meio do Direito (civil, administrativo etc.) incluindo o criminal (quando necessário) (2009, p. 26).

Destarte, fracassados os mecanismos informais e formais de controle social, respectivamente, e sendo juridicamente relevante o bem jurídico atingido e a lesão por ele sofrida, entrará em cena o Direito Penal.

Diante deste quadro de anomia, surge a visão de que o único instrumento suficientemente apto à resolução destes problemas seria o Direito Penal, o que significa dizer "menos garantias processuais e materiais, pois se acredita ser a única forma eficaz de combate à violência generalizada" (RODRIGUES, 2010, p. 218)

2. MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL NA ATUALIDADE

Os inúmeros avanços tecnológicos, descobertas constantes, celeridade dos meios de comunicação e informação acarretam em uma rápida transformação da realidade, que nem sempre a sociedade consegue se adaptar no mesmo ritmo, o que acaba por gerar desconfiança por parte dos indivíduos.

Em virtude disso, os *mass media* estimulam essa sensação de insegurança social e, aproveitando-se do instinto de vingança intrínseco à natureza humana, fazem com que a população acredite que uma aplicação discriminada do Direito Penal, atuando como principal fonte de solução de conflitos - *prima ratio* - seria a melhor solução.

Como disserta Guy Debord, a fase atual, em que a vida social está totalmente tomada pelos resultados acumulados da economia capitalista pós-moderna, leva a um deslizamento generalizado do *ter* para o *parecer* (1997, p. 18).

Assim, os cidadãos, atemorizados por um discurso midiático que cria uma realidade que *parece ser* real, pugnam por maior rigor da lei penal. Agora, as pessoas já não se preocupam mais em buscar as razões ou a veracidade das informações que lhes são passadas. Simplesmente, se *parecem ser* verdadeiras, elas o serão para os diversos segmentos sociais, facilmente manipuláveis pelos meios de comunicação, quase como dogmas.

Tendo esse fato que *parece ser o* retrato de nossa sociedade contemporânea, a mídia o explora intensamente, transformando, assim, catástrofes em mercadorias. Dissemina-se, então, um discurso moldado conforme os interesses da classe detentora dos meios de comunicação, causando pavor e insegurança social, clamando por severidade na criação e aplicação das leis penais e processuais.

Com base nisso, os políticos, objetivando aumentar seu "curral eleitoral", legislam desenfreadamente, sem qualquer prognóstico, tipificando diversas condutas, de forma a

desatender aos mandamentos constitucionais e princípios basilares do ordenamento penal, notadamente à dignidade da pessoa humana, subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal.

No transcorrer de nossa história, nota-se que há poucas décadas tinha-se uma "esquerda política", com ideais garantistas e de descriminalização, contra uma "direita política", com discursos punitivistas e criminalizantes. Entretanto, como assevera Bianchini e Gomes, com a ascensão daqueles partidos políticos ao poder, houve uma mudança radical em seu discurso, ao se depararem com a alta rentabilidade eleitoral do discurso punitivista que, sob o manto de busca do progresso, possui inúmeros adeptos na sociedade hodierna (GOMES; BIANCHINI, 2007, p. 3).

Ante este cenário expansionista penal, surgiram quatro grupos de punitivistas que merecem maior destaque. Os dois primeiros possuem caráter retribucionista e os dois últimos são prevencionistas exagerados.

2.1 O Direito Penal como instrumento de dominação

Por esta filosofia, o Direito Penal seria o único instrumento capaz de "proteger os interesses (das classes) dominantes ou de opressão" (GOMES, 2005, p.1). Com nítida influência das classes altas, defendem uma criminalização da pobreza, tornando o sistema penal seletivo e mais severo com aqueles crimes praticados, em regra, pelos estratos marginalizados, em decorrência de sua maior visibilidade - porém menor periculosidade para o corpo social em si.

Traço comum desta ideologia, muito disseminada nos Estados Unidos da América, é a política consubstanciada no "*three strikes and you are out"*, cominando prisão perpétua para os cidadãos que cometam três *delitos contra a propriedade*, acentuando a discriminação social existente no país. No Código Penal espanhol, esta política também se faz presente, vez que há previsão de castigarem duramente as pessoas reincidentes nas contravenções penais (GOMES, 2005, p.1).

No Brasil, os reflexos mais conhecidos da implementação deste tipo de política são: a Lei n. 8.072/90, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos; a Lei n. 9034/95, Lei do Crime Organizado; e a Lei n. 10.792/03, estabelecendo o Regime Disciplinar Diferenciado.

Outro exemplo menos popular é a Lei n. 9.614/98, denominada Lei do Abate, que alterou o art. 303 da Lei nº 7.565/86, dispondo que esgotados os meios coercitivos legalmente

previstos, a aeronave será classificada como hostil, normalmente suspeita de tráfico de drogas, ficando sujeita à medida de destruição, após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

Deste modo, contata-se que, nas palavras de Cornelius Prittwitz, o movimento que visualiza o "Direito penal como instrumento de dominação [...] é direito penal do inimigo na sua forma mais pura e rude" (2010, p. 6).

Infere-se, portanto, que esta ideologia acaba por incriminar a pobreza, desprezando políticas públicas de integração social. Acabam por superestimar os delitos praticados pelas classes mais baixas. A prisão entra no lugar da educação, saúde, lazer, habitação. O resultado desta política é a hipertrofia da população carcerária, marginalizada e excluída (GOMES; BIANCHINI, 2007, p. 2).

2.2 O Direito Penal como instrumento de contrapoder e transformação da sociedade

Este segmento contempla o Direito penal como a forma de promover a revolução na sociedade, dando poder às minorias que são discriminadas pelos mais diversos motivos - cor, raça, etnia, orientação sexual, sexo, ideologia etc.

Por derradeiro, seria ele o instrumento eficaz para punir, prevenir e controlar "(a) as 'classes poderosas', senão também (b) os que detêm uma (qualquer) posição de poder (que lhes permite exercer opressão ou afetar interesses de outras pessoas)" (GOMES; BIANCHINI, 2007, p. 2).

O primeiro grupo (Direito Penal como instrumento de contrapoder) surge como um contraponto ao grupo anterior (Direito Penal como instrumento de dominação), na medida em que prega que o Direito Penal moderno, por excluir e oprimir os estratos mais inferiores e vulneráveis da comunidade, deveria, em verdade, incidir somente contra os integrantes da alta classe social, como forma de trazer a igualdade social.

Isto, pois, os delitos em regra cometidos pelo setor mais elevado da sociedade causam grande impacto social, vez que, no mais das vezes, relacionam-se com desvios de verbas públicas ou sonegação de impostos, atingindo toda a coletividade, indiscriminadamente.

Assim, o Direito Penal, utilizado como instrumento de transformação social deveria ser utilizado contra todos os que obstaculizavam o progresso da sociedade, almejando uma sociedade mais igualitária, sendo ele ineficaz para impedir a macrocriminalidade, a qual seria

oriunda das desigualdades sociais existentes, sendo, portanto, responsabilidade de todos os cidadãos.

Os defensores da utilização do Direito Penal como instrumento de dominação apregoam uma significativa transformação do objetivo da nova política criminal, que concentraria seus esforços em perseguir a criminalidade dos poderosos, únicos setores sociais capazes de desenvolver sofisticadas condutas delituosas e que até então raramente entravam em contato com a justiça penal (NETO, 2010. p. 212).

Por sua vez, o segundo grupo - que defende o Direito Penal como instrumento de transformação social - é composto pelos integrantes dos novos gestores da moral coletiva. Deste modo, em contraponto aos antigos gestores, composto pelos burgueses conservadores, surgem as associações de ecologistas, grupos feministas, consumidores, organizações não governamentais, grupos contra a homofobia, todos defendendo a aplicação do Direito Penal para sua proteção e consecução de seus interesses (GOMES, 2005, p. 1), ainda que, na maioria dos casos, bastaria a intervenção das instâncias informais de controle social ou atuação de outros ramos menos drásticos do Direito, como o Direito Administrativo ou Civil.

Entendem, assim, que para o respeito dessa minoria é imprescindível a atuação do Direito Penal recriminando toda e qualquer manifestação de discriminação existente, como forma de a transformação social, mesmo que as condutas a serem repreendidas pudessem ser objeto de controle por outras vias, que não o Direito Penal.

2.3 O Direito Penal como instrumento de estabilização da norma

Disseminam a ideia de que a pena teria uma função de prevenção geral positiva, ou seja, deveria de forma a prevenir o cometimento de infrações penais, dando força integradora e estabilidade à norma penal, por meio de difusão de determinados valores, reforço na confiança do Estado e no sistema penal; e seria uma coação em resposta ao fato delituoso, isto é, o crime perpetrado pelo agente atacaria a vigência da norma e, em resposta, como afirmação de que a conduta do autor não interferira na vigência da norma penal, aplica-se a sanção penal, mantendo-se a configuração da sociedade (GOMES, 2005, p. 1).

Todavia, o deturpado discurso midiático moderno difunde que, para a estabilização da norma, é necessário políticas de prevenção negativa do delito, ou seja, com cunho intimidatório, objetivando inibir potenciais criminosos, normalmente aqueles que cometem determinados delitos específicos, como crimes patrimoniais ou narcotráfico. Assim, por intermédio de policiamento ostensivo e aplicação de penas mais rigorosas. Nas palavras de

Gomes e Bianchini, "a mídia faz o público leigo acreditar na eficácia dissuasória do Direito penal; quanto mais repressão, portanto, mais confiança esse público nele deposita" (GOMES; BIANCHINI, 2007, p. 2).

Por isso, os cidadãos inscientes entendem que, em busca de maior segurança, devem abrir mão de seus direitos e garantias e alargando o descrédito no sistema penal e na prevenção positiva, afastando, assim, a natureza prevencionista do Direito Penal, o qual transformar-se-ia em retribucionista.

Por tais razões, deve-se defender a função da prevenção positiva do Direito Penal, reforçando a confiança dos cidadãos no Estado e em seu aparato. Entretanto, ao passo que o Direito Penal perde seu caráter preventivo e adota um caráter retibucionista, converte-se no chamado Direito Penal do Inimigo (GOMES, 2005, p. 2).

2.4 O Direito Penal como instrumento de segurança contra os riscos da sociedade moderna

Esta vertente entende que, em decorrência das inovações e evoluções constantes e aceleradas que a sociedade vem passando, seria o Direito Penal o instrumento capaz tutelar os riscos aos bens jurídicos mais importantes e relevantes para a sociedade.

Propaga-se uma antecipação da tutela penal para evitar qualquer tipo de risco de lesão aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, ocasionando, por vezes, como forma de conter a insegurança social contemporânea, a incriminação de atos preparatórios para os delitos e tendo preferência, na tipificação dos crimes, na elaboração de tipos penas de perigo preponderantemente abstratos, ocorrendo, assim, a consumação do delito pela simples criação de perito ao bem jurídico tutelado, sem produzir dano efetivo, sem a necessidade de comprovação da situação de risco em que o bem jurídico foi colocado (BITENCOURT, 2010, p. 254).

Por todo o exposto, verifica-se que o traço comum que une todas as correntes tem por fundamento o movimento do Direito Penal Máximo, acreditando que, para aplicarem seus objetivos, seria necessária a utilização indiscriminada do Direito Penal, de forma desproporcional e antigarantista, propondo uma expansão do Direito Penal, com elaboração de leis penais para disciplinar diversas condutas, difusão do endurecimento das penas e regime de execução, defendendo-se a aplicação do Direito Penal do Inimigo, que almeja a criminalização de determinados grupos sociais, a qualquer preço. As regras da normalidade

valeriam para os cidadãos de bem, afastando dos criminosos, tidos como inimigos, muitas das garantias penais e processuais (GOMES, 2005, p. 2).

3. EXPANSIONISMO PENAL

Em meio a todos estes acontecimentos da sociedade hodierna, que já não funciona mais como instância de controle social e de moralização, e mostra-se insuficiente para proteger, efetivamente, os bens jurídicos tutelados, há uma busca incessante para uma resposta concreta no que diz respeito ao reestabelecimento da paz social e ao sentimento de segurança recíprocos entre indivíduos e para com o Estado. Deste modo, estudiosos e juristas do Direito se posicionam, basicamente, de duas maneiras: punitivistas e minimalistas.

Os minimalistas, entendendo que não há uma solução simplista para a obliteração dos problemas sociais, pois, as causas destes são complexas e, para solucioná-los, é necessário intervenção de todos os instrumentos de controle social, sejam formais ou informais. Deveria o Direito Penal ser aplicado, então, fragmentariamente e de forma subsidiária aos demais ramos do Direito e instâncias de controle social, pugnando por um investimento massivo em educação, saúde, lazer, cultura, moradia etc., pois, deveras, a criminalidade é uma questão multidisciplinar, que envolve todos os setores da sociedade.

Entretanto, principalmente entre a população leiga, este pensamento minimalista não é muito difundido. Isto porque os meios de comunicação em massa moldam facilmente a opinião pública que, com parcos conhecimentos acerca do sistema penal, acabam a acreditar que todo o caos social pode ser resolvido por intermédio do recrudescimento das leis penais, robustez do aparato policial e supressão de garantias processuais dos ditos inimigos sociais - ou "não cidadãos".

Os Direitos Humanos, aqui, já não são vistos mais como uma conquista histórica, fruto de incansáveis lutas sociais, mas, sim como uma benesse estatal que visa à proteção dos criminosos em detrimento do sacrifício dos "cidadãos de bem".

Prática comum dos meios de comunicação em massa é a veiculação de práticas constantes de crimes nefastos em que, segundo o discurso midiático, os criminosos debocham da sociedade e encontram amparo num Estado inerte, em leis benignas e nos Direitos Humanos, que, em decorrência desta intervenção nociva da mídia, são visto como "direitos de bandidos", o que impede a intervenção punitiva do Estado.

Os programas televisivos não se limitam a noticiar os crimes ocorridos. É preciso reconstruir o crime, mostrar cada detalhe, com a maior carga emotiva possível, para que o telespectador se identifique com a vítima ou sua família e se convençam de que aquela atrocidade poderia ter acontecido consigo e, com isso, sinta-se cada vez mais inseguro (CALEGARI; WEBBER, 2012, p. 2).

Posteriormente à propagação desta notícia, pseudoespecialistas e jornalistas indicam como solução a maior intervenção do Direito Penal para o deslinde destes obstáculos, e a população, atemorizada e induzida a não pensar nas raízes do problema, concebe tais opiniões como dogmas, sedimentando o pensamento do discurso hegemônico, que impede a emancipação dos espectadores (2013, p. 104).

Nesta senda, acentua Rodrigues, que ficaria "a impressão de que as infrações são cometidas única e exclusivamente pela perversidade inata de alguns indivíduos e que tais condutas seriam fruto de desajustes psicológicos e não de problemas de cunho social" (2008, p. 45).

Por conseguinte, verifica-se a ampla difusão do pensamento expansionista do Direito Penal. Mas, como já exposto, os detentores dos meios de comunicação, pertencentes às classes sociais mais altas, têm conhecimento das "regras do jogo", esquivando-se da aplicação da lei penal contra si, furtando-se das malhas da justiça.

O Direito Penal perde de vista seu mister de ser um meio de resolução de conflitos mais nocivos e de garantia de uma relação simbiótica entre os cidadãos, e passa a ser um instrumento de dominação.

Por derradeiro, passa-se temer demônios que são essencialmente por ele mesmo criados, buscando no mundo jurídico soluções contingenciais para problemas que são, antes de tudo, contextuais (BOLDT, 2013, p. 112).

Por tais razões, não veem no criminoso qualquer possibilidade de se ajustar ao sistema, suprimindo-lhe muitos de seus direitos e garantias fundamentais, reduzindo-o à condição de inimigo, tolhendo qualquer perspectiva de ressocialização e, neste sistema estigmatizante, não lhe resta alternativa imediata, senão voltar a delinquir.

Vale ressaltar que as deficiências do Direito Penal não são oriundas somente do discurso midiático. Entretanto, por intermédio de suas ações, ela reforça o instinto de vingança intrínseco ao ser humano e propaga, com isso, o expansionismo penal e o Direito Penal simbólico.

O conceito do termo de Direito Penal simbólico não é assente doutrina. Os estudiosos, entretanto, apontam que se trata de uma oposição entre "realidade" e "aparência", entre "manifesto" e "latente", entre o "verdadeiramente desejado" e o que é "aplicado"; e se trata sempre dos efeitos reais das leis penais. "Simbólico" se associa com "engano", tanto em sentido transitivo como reflexivo. Deste modo, infere-se que seu maior problema está na oposição entre o que o Direito Penal realmente parece ser e como ele, de fato, se exterioriza e se instrumentaliza, carecendo de legitimidade, servindo como expediente estigmatizante e excludente, voltando-se para a prática de determinados delitos e certos infratores (BOLDT, 2013, p. 119)

Deste modo, outra faceta do expansionismo penal consiste na panaceia punitiva, por intermédio da superinflação da legislação punitiva e, consequentemente, do Direito Penal simbólico. Nesta seara, é importante salientar o ensinamento de Boldt:

> No Brasil, onde desde a promulgação da constituição federal (outubro de 1988) foram produzidas 3.510.804 novas normas jurídicas, a intervenção penal tem sido utilizada como resposta para quase todos os tipos de problemas sociais e converte-se em respostas simbólicas oferecidas pelo Estado em face das demandas sociais por segurança e penalização, veiculadas pela mídia e sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. (2013, p. 114)

A hipertrofia da legislação penal, fruto de políticas impensadas, com intuito puro e simples de ampliar o eleitorado, usurpam-se do Direito Penal, pretexto de controle da criminalidade e proteger todos os bens jurídicos sociais, independentemente de sua relevância social, e utilizam-no como única forma possível de trazer o bem-estar e justiça sociais.

Não se opõe à proteção de certos bens jurídicos pelo Direito Penal. O que se critica é a inobservância dos princípios do ordenamento penal, cujo descumprimento acarretaria numa utilização massiva deste ramo mais drástico do Direito como primeira opção para tutelar quaisquer bens jurídicos.

Isso corrói o sistema penal, causa sua hipertrofia e consequentemente "sua inoperatividade, com os decorrentes prejuízos para a prevenção geral (e a própria eficácia e reputação do direito penal) (BOLDT, 2013, p. 116).

Essa hiperinflação conduz, outrossim, ao fenômeno denominado de administrativização do Direito Penal, que se caracteriza pela introdução, como objeto de tutela do ordenamento penal, outros tantos que poderiam ser protegidos pelos demais ramos do Direito, como o Direito Administrativo. Entretanto, alerta Eduardo Diniz Neto, que:

> Pertinentemente à administrativização do direito penal que desencadeia, como visto, dentre outros fenômenos - a partir, notadamente, da criação de novos bens jurídico-penais e da ampliação dos espaços de risco e regras de imputação correspondentes -, a transposição do modelo de “delito de lesão a bens jurídicos individuais” para o modelo de “delito de perigo de bens supraindividuais”, a crítica nodal assenta na constatação de que a incriminação de condutas sem levar em consideração, frequentemente, o critério do dano social do fato, na busca de exasperado pragmatismo de eficiência, por si só, pode levá-lo (o direito penal) a perder sua feição garantística, afrontando diversos princípios fundamentais constitucionais, dentre os quais, nomeadamente, neste caso, os princípios da lesividade, da alteridade e da proporcionalidade (2010, p. 215).

Com isso, verifica-se que, com intuito de proteger a sociedade dos riscos sociais dos "criminosos", as tipificações de crimes de perigo abstrato preterem as de dano, afastando-se dos ideais garantistas e dos mandamentos constitucionais.

Por fim, verifica-se, como forma de garantia da ordem pública, a banalização da decretação de prisões preventivas, atuando, na sociedade moderna, como "instrumento de justiça sumária" (BOLDT, 2013, p. 157). A pretexto de punir, ainda, relativiza-se nulidades absolutas, desrespeitando normas de ordem pública, como forma de conter e satisfazer o clamor social.

Constata-se que os meios de comunicação hodiernamente influenciam a atividade legiferante, afastam garantias dos indivíduos, instigam o uso indiscriminado de prisões cautelares e preventivas e transformam o sistema penal em inoperante e simbólico. Logo, atuam "como obstáculos à universalização dos direitos humanos e fundamentais, na medida em que seu discurso se pauta na ideologia punitiva que serve de substrato para a intervenção punitiva irracional" (BOLDT, 2013, p. 142).

Com isso, aumenta-se o descrédito do judiciário e consolida-se a imagem pejorativa dos direitos humanos como "direitos para bandidos". Em contrapartida, a imprensa cada vez

mais fortalece a sua credibilidade perante a opinião pública e engendra a aceitação social do discurso punitivo que estimula a restrição de garantias fundamentais e a legitimação do processo penal antigarantista (BOLDT, 2013, p. 159).

Pelo exposto, verifica-se que, ante o discurso repressivo fomentado pela mídia, surge expansionismo penal, trazendo um Direito Penal simbólico, ao lado da deterioração de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Permite-se, assim, que o Estado seja chamado para solução de toda e qualquer lide penal e que desconsidere todas as garantias asseguradas ao réu, permitindo que afaste a condição de ser humano de cada cidadão.

Entretanto, se permitirmos "ao Estado, que chamamos para nos proteger, que ele desconsidere nossa condição fundamental de cidadãos - condição esta da qual depende a legitimidade deste mesmo Estado que formamos - quem nos protegerá do Estado?" (BOLDT, 2013, p. 153). É neste campo que se abre a possibilidade, inclusive, para o surgimento do Direito Penal do Inimigo, na medida em que se nega a um grupo específico seus direitos fundamentais e lhes são tolhidas as perspectivas de adequação ao modelo social.

Todavia, esse discurso expansionista, iniciado da década de 80, mostra-se ineficaz para a prevenção dos delitos. Consoante o estudo de Luiz Flávio Gomes, a criminalidade, neste lapso temporal, em vez de reduzir, ante o recrudescimento do aparato penal, aumentou vertiginosamente - passamos de 9,6 homicídios para cada 100 mil habitantes em 1979 para 27,3 em 2010, perfazendo um milhão e duzentos mil assassinatos entre os anos de 1990 e 2012, equivalente a um assassinato a cada nove minutos e quarenta e oito segundos, ou seja, 147 vítimas por dia (2013, p. 63).

E não para por aí. As estatísticas apresentadas por Gomes ainda demonstram o caráter seletivo e discriminatório destas políticas maximalistas: o homicídio dos negros corresponde a quase 67% dos números de homicídios do país, ou seja, a cada branco assassinado, morrem mais de dois negros nas mesmas circunstâncias (2013, p. 75).

Por tais razões, claramente denota-se que estas medidas punitivistas não vêm obtendo o resultado almejado, pois, em verdade, não se mostram aptas a combater a criminalidade, que vem crescendo drasticamente ao longo das últimas décadas.

CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea conta com duas espécies instrumentos com fito de realizar o controle social do delito: o controle informal e o controle formal.

O controle informal do delito, consubstanciado na sociedade civil, age de forma mais tênue e perdura por toda a existência do indivíduo, como aquelas formas de controle realizadas no seio da família, na escola, no trabalho e na vizinhança. Esta forma de controle deve ter primazia em relação aos instrumentos de controle formal, pois possuem sanção menos severa.

Entretanto, notadamente nos grandes conglomerados urbanos, muitas vezes, essas instâncias informais de contenção social se mostram ineficazes, sendo imprescindível o controle formal do delito, por intermédio do Judiciário, do Legislativo, da Polícia etc.

Ainda dentro dos mecanismos de controle social formal, não se pode olvidar que o Direito Penal deve atuar - ou deveria - apenas subsidiariamente, como *ultima ratio*. Todavia, o discurso midiático, por meio de notícias cheias de recortes fáticos e temporais, fomenta uma intervenção massiva do Direito Penal, e instiga o pensamento dos espectadores, que assistem passivamente a tudo isso, de que somente ele seria o instrumento apto a prevenir delitos e retribuir o mal causado.

Não obstante, verifica-se que o discurso expansionista pregado pela mídia, claramente discriminatório e segregatício, mostra-se ineficaz para combater a criminalidade, bem como para reestabelecer a sensação de segurança social.

Por tais razões, conclui-se que os meios de comunicação em massa são instrumentos imprescindíveis em um Estado Democrático de Direitos, desde que bem utilizados. Assim, em vez de cortes temporais e fáticos das notícias, o ideal seria inseri-las no contexto social atual, noticiando, inclusive, os motivos que podem ter ensejado o cometimento das infrações penais, bem como dar também a versão do investigado, e não só a da vítima, ambas da forma menos sensacionalista possível.

Os leitores, ou telespectadores, precisam igualmente se conscientizar de que o conhecimento é um processo árduo e que exige empenho em alcançá-lo, por meio de um pensamento crítico, e não apenas assimilar, de forma passiva, tudo o que lhe exposto pelos *mass media*, sem qualquer análise reflexiva. Outrossim, por intermédio deste pensamento crítico, deveriam, ainda, aperceber-se que as políticas punitivistas não vem surtindo o efeito almejado - muito pelo contrário, o que se verifica é um aumento nos índices de criminalidade, acarretando, na expressão de Luiz Flávio Gomes "guerra civil não declarada", uma guerra discriminatória e étnica.

REFERÊNCIAS

BARREIRAS, Mariana Barros. Controle Social Informal x Controle Social Formal. IN: *Criminologia e os problemas da atualidade*. Org. SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão. São Paulo: Atlas, 2008.

BIANCHINI, Alice; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio *Direito Penal.* 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal:* parte geral. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOLDT, Raphael. *Criminologia midiática:* do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

CALLEGARI, Andre Luis; WEBBER, Suelen. *O mito de punir mais é melhor:* reflexos da expansão do Direito Penal fomentada pela mídia. Disponível em: <www.ibccrim.com.br>. Acesso em: 29. jan. 2013.

CHARAUDEAU, Patrick. *Discurso das Mídias.* Trad. Angela M. S. Correa. 2. ed., 1ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2012.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Trad. Estrela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

GOMES, Luiz Flavio. BIANCHINI, Alice. *"Direito Penal" do Inimigo e os Inimigos do Direito Penal*. Disponível em: <http://arquivos.unama.br/professores/iuvb/AulasAnteriores/CienciasCriminais/TEORIA_DO_GARANTISMO_PENAL/GARAN_Aula04_Obrigatoria.pdf >. Acesso em 02.mai.2013.

GOMES, Luiz Flávio. *Prisão de poderosos e direito penal do inimigo*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050718113029941&mode=print>. Acesso em: 02. maio.2013.

GOMES, Luiz Flávio. Teoria geral do populismo penal. IN: *Populismo penal midiático:* caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. Coord. BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Cauê Nogueira de Lima. A delinquência juvenil sob o enfoque criminológico. IN: *Criminologia e os problemas da atualidade*. Org. SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão. São Paulo: Atlas, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

NETO, Eduardo Diniz. Sociedade de risco, direito penal e política criminal. IN: *Revista de Direito Público,* Londrina v. 5, n. 2, ago. 2010.

NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito Penal*, parte geral. v.1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo*: tendências atuais em direito penal e política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Disponível em: www.revistadostribunais.com.br. Acesso em: 03.maio.2013.

RODRIGUES, Vinicius Gonçalves. Direito penal do inimigo como instrumento de controle social. IN: *ARGUMENTA*: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI - UENP. Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n.12 (janeiro/junho): Jacarezinho, 2010.

___. *O direito penal do inimigo sob a ótica do devido processo legal.* Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica), Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2008.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, parte general. 2ª edição. Tomo I. Madrid: Tomson Civitas, 1999.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal:* aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SENDEREY, Israel Drapkin. *Imprensa e criminalidade.* Trad. Ester Kososvki. São Paulo: José Bushatsky, 1983.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

___. Mídia e Crime. IN: *Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva*. Org. SHECAIRA, Sérgio Salomão. São Paulo: Editora Método, 2001.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal*, parte general. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WINNICOTT, Donald Woods. *Privação e delinquência*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, volume 1. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OS CRIMES DIGITAIS E O CIBERESPAÇO

Mayara Acorsi SANTOS

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo, analisar os principais aspectos do fenômeno dos crimes virtuais, bem como a necessidade de uma constante atenção dos operadores do direito que devem estar sempre atentos às mudanças e aos avanços sociais que ocorrem com enorme dinamismo na nossa realidade social. A problemática de se aplicar ou adequar a legislação para amparar legalmente os crimes no ciberespaço, ou seja, a dimensão espacial abordada pela internet, que é um dos grandes problemas enfrentado pelos operadores de direito de todo o mundo para repreensão dos crimes virtuais. Avaliou-se, ainda a grande importância da punição de tais crimes, tanto na esfera penal quanto na esfera civil. E ainda, discutiu-se acerca da importância de uma educação para a utilização a internet. Logrou-se, deste modo, tratar de um tema atual e de extrema importância em nossa realidade social.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes Virtuais, Internet, Ciberespaço.

ABSTRACT

This study aims to analyze the main aspects of the phenomenon of cybercrime and the need for constant attention of law professionals that must always be alert to changes and social advances that occur with tremendous momentum in our social reality. The issue of whether to apply or adapt the legislation to support legally crimes in cyberspace, ie, the spatial dimension addressed by the internet, which is one of the major problems faced by law enforcement officers from around the world to rebuke the cybercrimes. We evaluated also the great importance of the punishment of such crimes, both in criminal and in the civil sphere. And yet, it was discussed about the importance of education to use the internet. Succeeded is thus dealing with a current issue that is extremely important in our social reality.

KEYWORDS: Virtual Crimes, Internet, cyberspace.

INTRODUÇÃO

A era atual tem trazido transformações em vários segmentos da sociedade, entre elas as transformações tecnológicas, métodos de trabalho e estruturas. O próprio direito tem sofrido transformações e tem sido influenciado por essa nova realidade.

Os cidadãos e jovens dessa nova era, passam por um momento único, tanto no aspecto tecnológico como no aspecto econômico social. Por isso é importante que todos estejam atentos às novas transformações, principalmente os profissionais do direito que tem que criar novas formas de regular as diversas condutas virtuais, inclusive julgar casos a respeito.

A internet é uma das grandes responsáveis por esse momento do mundo cotidiano, e ela passa a ser mais do que um simples meio de comunicação a partir do momento em que passa a conectar indivíduos do mundo todo através de uma enorme rede de computadores.

A falsa ideia de que na internet tudo pode e que aquele é um mundo em paralelo, permite com que muitas pessoas passem a praticar condutas ilícitas e na contemporaneidade pouco se sabe de condutas para combater os diversos tipos de condutas virtuais.

Pretende o presente trabalho abordar a evolução tecnológica, bem como dissertar a respeito da internet, do ciberespaço, dos cibercrimes e da falta de estrutura para resolvê-los, da responsabilidade civil no direito digital, da ética e da segurança informativa.

O direito deve estar sempre atento às evoluções sociais, e como as mudanças tecnológicas também refletem uma mudança social e comportamental ela passa a apresentar caráter jurídico. Por isso, é de fundamental importância lembrar que quando a sociedade muda deve o direito também mudar e evoluir, para que dessa forma possa acompanhar a sociedade e resolver os problemas de seu tempo.

1. A EVOLUÇÃO GLOBAL E SOCIAL

Para poder sobreviver o homem passou a viver em grupo, o que o caracterizou como um animal social. Tendo a família como fonte basilar de vida em grupo, seja por interesses ou por afeto, o homem continuou sua propagação em cadeia até que surgiram os grandes grupos sociais e consequentemente a sociedade global.

Como característica da sociedade global temos a interação entre informação, cultura, tecnologia, sociedade e economia. Porém, isso não se trata de um fenômeno absolutamente novo e contemporâneo, há séculos que a globalização intensifica o fluxo entre pessoas, bens, capitais e hábitos culturais.

O historiador Eric Hobsbawn simplifica a globalização da seguinte forma:

> Antes de tudo, a globalização depende da eliminação de obstáculos técnicos, não de obstáculos econômicos. Ela resulta da abolição da distância e do tempo. Os revolucionários avanços tecnológicos nos setores de transportes e comunicações, desde o final da Segunda Guerra Mundial, foram responsáveis pelas condições para que a economia alcançasse os níveis atuais de globalização. (2000, p. 27)

Na contemporaneidade, as tecnologias apresentam maiores recursos e maior dinamismo, possibilitando maiores alcances. Esses meios quebram as grandes fronteiras e possibilitam maior interação entre as culturas, independente dos idiomas, regimes políticos, religiões, diferenças socioeconômicas e hierarquias raciais, de sexo e idade.

É importante reconhecer que a internet nos mostra um crescimento do ciberespaço resultante de um movimento entre jovens do mundo todo que se mostram interessados em novas formas de comunicação, diferentes daquelas que as mídias clássicas nos propõem.

Estamos vivendo em um período onde existe a abertura de um novo espaço de comunicação e cabe a nós utilizar essas potencialidades de forma positiva nos planos econômico, político, cultural e humano. Porém, existem inúmeras formas de utilização negativa desse instrumento de comunicação que são os casos dos cibercrimes (vírus, trojan, interceptação, invasão, furto de identidade, crimes contra a honra, pedofilia, furto de informações, pirataria, Buffer Overflow, ameaça, preconceito entre outros).

Na contemporaneidade a internet vem sendo objeto de exploração econômica, com inúmeros serviços pagos, o que viabiliza críticas a esse novo sistema. Contudo, é preciso notar a existência de serviços gratuitos, que se proliferam através das universidades, órgãos públicos, das associações sem fim lucrativos, dos indivíduos, de grupos de interesses diversos e das próprias empresas.

As novas fontes de telecomunicação e internet permitem que quantidades brutas de dados disponíveis se multipliquem e se espalhem, as quantidades de links entre as novas fontes de informações aumenta de forma considerável nos bancos de dados e nas redes, permite também que os contatos entre os indivíduos de diversas áreas do mundo se proliferem de forma anárquica, é um novo turbilhão de informações, imagens, propagandas e etc. Porém, são as novas formas de telecomunicação que tornam possíveis o contato amigável entre

cidadãos de vários cantos do mundo, as transações contratuais, as transmissões de saber e de conhecimento e a descoberta pacifica das diferenças.

Segundo o escritor Otávio Ianni:

> Quando o sistema social mundial se põe em movimento e se moderniza, então o mundo começa a parecer uma espécie de aldeia global. Aos poucos, ou de repente, conforme o caso, tudo se articula em um vasto complexo todo moderno, modernizante, modernizado. E o significado por excelência da modernização parece ser a comunicação, a proliferação e generalização dos meios impressos e eletrônicos de comunicação, articulados em teias multimídias alcançando todo o mundo. [...] A noção de aldeia global é uma expressão da globalidade das idéias, padrões e valores sócio-culturais. Concebe-se como uma teoria da cultura mundial, entendida como cultura de massa, mercado de bens culturais, universo de signos e símbolos, linguagens e significados que povoam o modo pelo qual uns e outros se situam no mundo, ou pensam, imaginam, sentem e agem. (2006, p.119)

2. O CIBERESPAÇO, A INTERNET E SEUS INSTRUMENTOS

2.1 O nascimento e a infraestrutura técnica do ciberespaço

Em 1945 foram criados os primeiros computadores (calculadoras capazes de armazenar programas) na Inglaterra e nos Estados Unidos, seu uso era reservado para os militares. Durante a década de 60 que começou a se espalhar o seu uso civil, porém não era possível prever que sua disseminação seria tão grande como acontece nos dias atuais, já que naquela época a informática servia para os cálculos científicos, às estatísticas dos Estados e das grandes empresas ou das áreas de gerenciamento. Já nos anos 70 foram desenvolvidos os microprocessadores (unidade de cálculo aritmético e lógico localizada em um pequeno chip eletrônico) e estes foram comercializados, gerando diversos processos econômicos e sociais de grande extensão. Eles proporcionaram uma nova fase de criação dos produtos industriais e a partir daí a busca de ganhos de produtividade por meio de varias formas de uso dos aparelhos eletrônicos e redes de comunicação de dados foi tomando conta da conjuntura das atividades econômicas, o que continua sendo uma tendência nos dias atuais.

Um movimento social nascido na Califórnia aproveitou as novas possibilidades técnicas e criou os computadores pessoais, capazes servirem como instrumentos de criação, organização, simulação e diversão(com programas capazes de armazenar textos, musicas

,bancos de dados, planilhas, programas para pesquisa ,jogos entre inúmeros outros) e eles passaram a fazer parte do cotidiano de grande parte da população dos países desenvolvidos.

Com o tempo a informática começou a fazer parte do horizonte contemporâneo da multimídia, fundindo-se com telecomunicações, editoração, cinema, musica e televisão. Os microprocessadores passaram a ser vistos como estrutura padrão de todo domínio da comunicação. Novas formas de mensagens interativas surgiram como é o caso dos videogames e o surgimento dos hiperdocumentos com hipertextos e CD-ROM.

No final dos anos 80 e início dos anos 90 a informática atingiu grande parte da população mundial de maneira exponencial. As tecnologias digitais surgiram não só como infraestrutura do ciberespaço, novo espaço de comunicação, de sociabilidade, de organização e de transação, mas também como novo mercado de informação e de conhecimento que vem sendo cada vez mais transparente e amigável.

2.2 O ciberespaço

A palavra ciberespaço foi inventada em 1984 por William Gibson em seu romance de ficção cientifica *Neuronancer,* na obra o termo diz respeito ao universo das redes digitais como palco de conflitos mundiais. No entanto, o ciberespaço nada mais é do que um espaço aberto de comunicação entre os computadores ligados em rede e interconectados entre si.

O ciberespaço inclui em seu universo o grupo das comunicações eletrônicas, já que estes transmitem informações de fontes digitais ou destinadas à digitalização. A perspectiva da digitalização geral das informações viabilizara com que o ciberespaço se torne uma das principais formas de comunicação e de suporte da memoria da humanidade nos séculos seguintes.

Quando passamos a utilizar a internet percebemos que não existe apenas um enorme território de expansão acelerada, mas sim um universo de mapas e filtros capazes de orientar o navegante.

Podemos diferenciar a navegação em duas partes distintas e complementares, a primeira parte é a caçada e a segunda parte é a chamada pilhagem. Na primeira parte procuramos uma informação precisa, que desejamos obter da maneira mais rápida e segura possível, já a segunda parte se caracteriza pelo recolhimento de informações segundo o nosso interesse, ou seja, vagamente interessados por um assunto, derivamos de site em site, link em link recolhendo as informações que são dos nossos interesses.

O ciberespaço nos possibilita diversos modos de comunicação que atualmente são encarados como inovações em relações às grandes técnicas de comunicação anteriores

(telefones clássicos, televisão, rádio entre outros) entre os novos modos de comunicação estão:

- acesso a distância e transferência de arquivos;

- o correio eletrônico (e-mail);

- as conferencias eletrônicas que já tendem ao groupware;

- as redes sociais;

- a comunicação através de mundos virtuais compartilhados e;

- as navegações.

Todos esses novos conceitos técnicos que exprimem a ciberespaço e a cibercultura mostram e possibilitam o desenvolvimento das pessoas e das sociedades contemporâneas que estão cada vez mais globalizadas e portanto usufruindo de todos esses meios de comunicação.

2.3 A internet

A internet nasceu graças a ARPA, uma agencia estadunidense com o objetivo de atender as demandas dos Estados Unidos no período da Guerra Fria e que criou a Arpanet, que nada mais é do que um protótipo da atual internet. Mas, o surgimento efetivo da grande rede surgiu com o físico Tim Berners-Lee nos laboratórios CERN na Suíça e sendo aprimorado pouco tempo depois na Universidade Illinois nos Estados Unidos. Com criação do WWW, foi possível a criação do protocolo de transferência em hipertexto, viabilizando, assim, a disseminação da internet por todo o planeta.

Na internet cada elemento de informação contém ponteiros, ou links, que podem ser seguidos para acessar outros documentos sobre assuntos relacionados, ou seja, permite o acesso por uso de palavras-chave a documentos dispersos em milhares de computadores dispersos ao redor do mundo.

A internet nada mais é do que um conjunto de redes e organizações individuais, sendo cada uma gerida e sustentada pelo seu respectivo usuário. Cada rede coopera com outras redes de modo que os dados possam percorrer por todas elas, com o intuito de que se torne possível administrar o tráfego na internet, juntas elas formam o mundo conectado da internet. Portanto, não existe nenhuma centralização gerencial que controle a internet, porém é importante que existam acordos gerais a respeito de alguns itens da internet e que sejam seguidos padrões para protocolos.

2. OS PERIGOS DA REDE, OS CIBERCRIMES E AS OFENSAS VIRTUAIS

3.1 Os perigos da rede digital

Nos dias atuais os avanços tecnológicos são vários e geralmente facilitam a vida e a comunicação entre pessoas de várias partes do mundo, porém algumas pessoas utilizam as ferramentas eletrônicas e a internet de maneira errada e praticando atos ilícitos.

O grande problema é que muitas pessoas veem a internet como algo que tudo pode, ou seja, ninguém vê e nada é proibido, a internet passa a ser vista como terra de ninguém o que facilita a atuação das pessoas mal intencionadas.

Para o uso seguro dos avanços tecnológicos e da internet é preciso tomar algumas precauções, como por exemplo:

- Não deixar o computador aberto, com suas possíveis contas, para o acesso de terceiros;

- Cuidado ao falar com estranhos e com os novos amigos;

-Não fazer parte de qualquer comunidade ou grupos que partilhem de conduta indevida;

-Não copiar e colar conteúdo alheio, pois isso caracterizado como crime;

-Repense antes de partilhar alguma informação.

Essas são algumas das atitudes necessárias para o uso seguro dos novos desenvolvimentos tecnológicos, telecomunicações e internet.

Os atos praticados na internet geram riscos jurídicos, já que esses dados publicados podem ser disponibilizados no mundo todo, e em caso de dano a outra pessoa, pode ser feito um boletim de ocorrência ou até mesmo uma ação indenizatória, por isso é essencial que as pessoas façam o uso consciente dos mecanismos disponíveis e também estejam conscientes do que escrevem por e-mail, em comunidades, blogs, fóruns e etc.

Atualmente a quantidade de denúncias de crimes virtuais tem aumentado exponencialmente, os crimes mais conhecidos são furto de dados, clonagem de cartões, injúria, calúnia, difamação, pedofilia, crimes contra a propriedade intelectual, spam e em muitos deles são aplicadas penalidades e multas.

Portanto, cabe a cada indivíduo fazer o uso consciente dos meios de comunicação disponíveis e da internet, aprendendo a fazer seu uso dentro das leis e é importante que

estejam atentos, também, com o que estão compactuando, escrevendo ou mantendo contatos na enorme rede social.

3.2 Os Cibercrimes

A informática é vista como um fato social, e por ser um fato social e atualmente fato jurídico, ela deve ser regulada pelo direito, que tem por função assegurar e proteger o direito das partes envolvidas nas relações. É por meio das tutelas do direito penal que o direito vai assegurar a defesa da sociedade e dos bens jurídicos.

O direito classifica como crime comum ou virtual, a conduta lesiva ou perigosa contra um indivíduo ou um interesse protegido legalmente. É importante lembrar que o agente só comete um delito ou um crime se este estiver previsto em lei, caso contrário tratar-se-á atípica.

O sistema informático e a enorme rede de computadores podem ser utilizados como meio para serem cometidos inúmeros crimes, porém, os crimes informáticos tem algumas previsões em nossa legislação (como por exemplo as leis brasileiras que foram adaptadas a esse tipo de crime, a criação da nova lei Carolina Dieckmann, o artigo 186 do Código Civil e o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal).

A evolução tecnológica e a globalização tornaram possíveis os crimes em redes altamente sofisticadas, com novas formas e maneiras de infringir as normas de conduta social reguladas pelo direito.

Segundo a fala de Gustavo Testa Correa:

> A Internet é um paraíso de informações, e, pelo fato de estas serem riqueza, inevitavelmente atraem o crime. Onde há riqueza há crime. Constatamos a fragilidade dessa riqueza quando percebemos que sinais digitais, representados vastas quantias de dinheiro, podem ser interceptados e “furtados”. Em vez de pistolas automáticas e metralhadoras, os ladrões de banco podem agora usar uma rede de computadores e sofisticados programas para cometer crimes. E, por pior, fazem isso impessoalmente, de qualquer continente, sem a necessidade de presença física, pois atuam nem “território” sem fronteiras e sem lei, acreditando que, por isso, estão imunes ao poder de polícia. (2007, p.44)

Neste capítulo, vamos verificar com mais detalhes os cibercrimes e suas caracteristicas.

3.2.1 Ofensas Virtuais

A ofensa ocorre quando alguém ofende a honra de alguma pessoa, ela pode ocorrer pessoalmente ou através dos novos mecanismos tecnológicos e a internet. Porém, algumas pessoas utilizam a internet para ofender outras através do anonimato, o que geralmente agrava o caso.

Existem três tipos de crime contra a honra: a calúnia, a injúria e a difamação;

A calúnia ocorre quando alguém passa uma informação a respeito de terceiros e que não é verdadeira, para esse tipo de crime a detenção gira em torno de seis meses a dois anos e multa. É importante lembrar que as pessoas que recebem a informação e mesmo sabendo que não é verdadeira passam para frente são enquadradas como coautoras do crime.

Na injúria a ofensa feita contra a honra e a dignidade da pessoa ocorre apenas entre os envolvidos, ou seja, entre o ofensor e o ofendido. Para esse tipo de crime é prevista pena de um a seis meses de detenção ou multa.

E por fim, a difamação ocorre quando uma pessoa ofende a reputação da outra perante terceiros. A pena prevista é de três meses a um ano de detenção e multa.

Por isso, é importante que alguns cuidados sejam tomados quando usamos a internet para nos referirmos a outras pessoas e empresas, pois algumas atitudes podem acarretar processo civil e penal, com a reparação de danos.

3.2.2-Furto de dados

O crime de furto se caracteriza pelo ato de subtrair para si coisa alheia, tendo no sentido de coisa, inclusive, aquilo que é intangível, como por exemplo, os dados de uma pessoa. O furto tem previsão do código penal e a pena é de um a quatro anos de reclusão e multa. Porém, tem se tornado cada vez mais difícil na aplicação dessa pena com os avanços tecnológicos, pois na internet a pessoa utiliza o dado alheio, mas mesmo assim o dado continua disponível para o seu verdadeiro dono, o que não torna o dado indisponível.

Por isso, é tão difícil criar novas leis no âmbito do direito eletrônico e é importante que essas questões sejam encaradas pelo poder legislativo e que enquanto isso os pais e

orientadores vigiem e punam seus filhos perante as atividades sem limites na internet e nas redes sociais.

3.2.3-Crime de falsa identidade

É comumente praticado pelos usuários de internet e menores de idade. É caracterizado por um perfil falso onde todos sabem que o que está lá não é verdadeiro.

Todos sabem que se passar por outra pessoa é crime de falsa identidade previsto no artigo 307 do código penal, com pena de três meses a um ano de detenção ou multa, isso se não compor elemento de crime mais grave.

É de grande relevância que os usuários da internet tenham muito cuidado ao se comunicar e conhecer pessoas na rede, pois nós nunca temos certeza da real identidade da pessoa e se ela está agindo de boa ou má-fé.

3.2.4-Falsidade ideológica

A falsidade ideologia se caracteriza pela omissão de alguma declaração que deveria constar em algum documento público ou particular ou então apresentar uma informação falsa e diferente da realidade, com o objetivo de prejudicar um direito alterando um fato juridicamente relevante.

A pena para a falsidade ideológica de documentos públicos é de um a cinco anos de reclusão acrescido de multa, já a pena para falsidade ideológica em documentos particulares é de um a três anos de reclusão e multa.

3.2.5- Pedofilia

Segundo o Estatuto da criança e do adolescente, pedofilia é o ato de apresentar, produzir, vender, fornecer, divulgar ou publicar, por qualquer meio de comunicação, inclusive rede mundial de computadores ou internet, fotografias e imagens com pornografias ou cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes, a pena para esse tipo de crime é de dois a seis anos de detenção acrescido de multa.

Cabe lembrar que também incorrem na pena os indivíduos que agenciam, autorizam, facilitam ou então intermediam a participação da criança ou do adolescente na produção de conteúdo de pedofilia; também são responsabilizados os indivíduos ou sites que asseguram os

meios ou serviços para armazenamento das fotografias, cenas ou imagens produzidas de pedofilia.

3.2.6-Pirataria

A pirataria se caracteriza pelo ato de copiar, utilizar e até mesmo vender um produto se sua autorização, ou seja, o individuo copia, para fins comerciais ou não, produto não autorizado e sem ter efetuado o pagamento doa direitos autorais quando devido.

Atualmente, com os avanços tecnológicos e com a internet a pirataria tem aumentado de maneira exponencial, este crime incorrerá no artigo 184 do código penal, que diz que violar os direitos autorais dá pena de detenção de três meses a um ano ou multa, se não houver a intenção de lucro e a comercialização, ou então, reclusão de dois a quatro anos acrescido de multa quando há intenção de lucro e comercialização.

3.2.7- Direitos autorais

Muitas pessoas acreditam que quando algo está publicado na internet ele passa a apresentar caráter publico, porém nem tudo o que está na internet é público e nem tudo o que é público quer dizer que pode ser usado de qualquer forma, sem mencionar a fonte e o autor.

A lei prevê pena não apenas para quem utilizou conteúdo alheio violando os direitos do autor, mas também para os que infringiram a pena com os objetivos de venda e auferindo o lucro.

Sem a internet era muito mais difícil descobrir a violação dos direitos autorais, porém, agora, com os avanços tecnológicos, a internet e as redes sociais, ficou muito mais fácil identificar a infração, pois em geral alguns usuários denunciam.

Para esse tipo de crime também é aplicado o artigo 184 do código penal, que se refere à violação dos direitos do autor, com pena de três meses a um ano de detenção, ou multa, tendo a pena alterada e agravada conforme a utilização e a destinação do conteúdo alheio.

Caso o autor permita a distribuição gratuita de sua criação, não haverá ilegalidade, cabe ao autor definir os limites envolvidos na exploração de sua obra.

O direito autoral é um direito que permite defender e proteger o autor ou o titular de direitos autorais, para que quando utilizada por alguém seus créditos sejam dados ao

verdadeiro criador, e cabe aos indivíduos que estão utilizando obra e criação alheia, verificar sua legitimidade.

3.2.8- Spam

Spam é compreendido como uma forma de disseminação de mensagens, muitas vezes indesejadas, normalmente enviadas em massa.

Entre os spans existe uma conduta conhecida como “Phishing scan” esta é conhecida como uma das condutas mais perigosas entre os criminosos, caracterizada como uma tentativa dos criminosos em busca do recolhimento de dados disponíveis nas redes digitais.

Segundo Patrícia Peck Pinheiro e Cristina Moraes Sleiman, em sua obra Direito digital no dia a dia:

> “Em último lugar está uma das condutas mais danosas da era digital, que envolve o verdadeiro golpe online, que é o envio de e-mail de spam com arquivo malicioso, para contaminar o computador da vítima e furtar seus dados, especialmente os de cartão de crédito e senha de banco. A esta conduta dá se o nome de “ Phishing Scan “ , literalmente por ser uma pescaria do criminoso tentando pegar laranjas digitais.[...] Estas mensagens utilizam diversos artifícios para ludibriar a vítima. Esta prática é conhecida como engenharia social, e já é antiga dos criminosos não só no Brasil como no resto do mundo.”(2010, p.19)

Por isso é importante que os usuários e receptores desse tipo de mensagem não confiem em tudo o que veem, principalmente se a mensagem for de origem duvidosa, é importante também que não seja respondida a mensagem, para que os bandidos não confirmem seus dados e para que a informação não seja repassada e, assim, multiplicada.

4-AMBIENTES DE RELACIONAMENTO

São nos ambientes de relacionamento que se encontram os sites mais utilizados pelos internautas, neles estão presentes os blogs, fotologs, as comunidades e os sites de relacionamento. Esses meios utilizados não foram feitos com intuito de serem prejudiciais ou então destrutivos, porém quem lhes dá uma má destinação são os próprios usuários mal

intencionados, por isso é cada vez mais comum a conduta de alguns usuários surtirem efeitos em outra pessoa, ainda mais nos dias atuais em que vivemos cada vez mais conectados em rede.

Todas as ferramentas são disponibilizadas para os usuários em geral, que devem se cadastrar e podem através delas expressar suas ideias, publicar fotos, vídeos e conectar pessoas. Os problemas jurídicos mais comuns nestes ambientes são a ofensa virtual, o uso de imagem, o plagio e a pirataria.

No que se diz respeito ao uso da imagem, a Constituição Federal brasileira protege os direitos do dono da imagem, tornando possível o pagamento de indenização em caso de uso ilícito, ilegítimo e sem autorização de imagem alheia. Assim como no direito autoral, cabe ao usuário verificar a legitimidade e a legalidade do uso de seu conteúdo, sendo possível o também ressarcimento pelo uso indevido de fruto de engenho de conhecimento alheio.

Tem se tornado cada vez mais comum os problemas relacionados à imagem da pessoa e com as fotos, principalmente nos ambientes de trabalho, em que a pessoa pode ser taxada segundo um dado disponível em rede. Porém, as empresas tem a responsabilidade objetiva e responde pela má conduta de seus empregados.

Por isso tem se tornado cada vez mais importante e necessário o trabalho das empresas em prol da conscientização, através da orientação e do esclarecimento sobre suas responsabilidades e possíveis consequências, dos funcionários, colaboradores, sejam eles empregados ou até mesmo os prestadores de serviços.

Vimos que muitos dos perigos que as pessoas correm na internet, inclusive as infrações que cometem, tem a ver com a ilusão de acharem que estão totalmente anônimas. Contudo, a partir do momento que há uma maquina presente, já há uma testemunha e uma possibilidade de investigação, por isso que na maioria doa casos tem se tornado cada vez mais possível descobrir quem foi o autor do cibercrime.

É muito comum nos ambientes de relacionamento e nos sites de relacionamento social, a presença de pessoas ingênuas e negligentes, que desconhecem os estudos e o universo do direito digital, o que faz disso um grande risco para essas pessoas, pois elas nunca acreditam que um dano dessa dimensão pode ocorrer com alguma delas, porém quando ocorre o seu ressarcimento nunca é proporcional ao tamanho do dano, já que os conteúdos disponibilizados na internet se tornam possíveis de acesso no mundo todo.

5. OS CIBERCRIMES NÃO TIPIFICADOS E A RESONSABILIDADE CIVIL DIGITAL

5.1 Os cibercrimes não tipificados e a falta de estrutura para resolvê-los

Muitos usuários do ciberespaço acreditam que este é um espaço onde não existe o prevalecimento da lei e que esta é uma terra de ninguém, onde impera a ilegalidade. Porém, essa postura impera porque muitos cidadãos tem a falsa crença de que os crimes cometidos na internet e nas redes sociais não são punidos e vigiados. É extremamente importante que as leis que regulamentam o comportamento humano também regulamentem o comportamento dos indivíduos nas redes sociais, para que os crimes virtuais não aumentem e para que se mantenham estimulados os grandes negócios virtuais.

Nasceu, assim, na sociedade contemporânea um novo problema que é caracterizado pela falta de estrutura para a resolução de problemas envolvendo os crimes digitais. Tem se tornado cada vez mais evidente o despreparo da policia investigativa, a falta de peritos para apurar crimes desse porte e a falta de denúncias por parte dos cidadãos envolvidos.

Os problemas da falta de estrutura para a apuração dos cibercrimes, muitas vezes se dá por falta de conhecimento dos usuários de internet que não passam os fatos ocorridos para as autoridades e também, pela falta de recurso destinada para a apuração desta espécie de crime.

Para que a sociedade e o ordenamento jurídico vigente se mantenham seguros, se faz necessária uma constante atualização tecnológica das autoridades, juízes, advogados, peritos, delegados e etc.

5.2 - A responsabilidade civil no direito digital

Para o direito é de enorme relevância, no âmbito da responsabilidade civil, a existência de nexo causal entre a ação e o dano por ele causado. Por isso, muito mais importante que o ato ilícito ocorrido é o fato de que o dano deve ser ressarcido.

O direito digital, por apresentar a necessidade de ser atualizado e dinâmico, nos introduz algumas novas maneiras e conceitos para a responsabilidade civil digital.

Sobre o assunto, Patricia Peck Pinheiro assevera:

> No direito tradicional, o conceito de responsabilidade civil adota duas teorias: a teoria da culpa e a teoria do risco. A principal diferença entre elas está na

> obrigatoriedade ou não da presença de culpa, mesmo que levíssima, para caracterizar a responsabilidade e o dever de indenizar. Para o direito digital, a teoria do risco tem maior aplicabilidade, uma vez que, nascida na era da industrialização, vem resolver os problemas de reparação do dano onde a culpa não é um elemento indispensável, ou seja, onde há responsabilidade mesmo que sem culpa em determinadas situações, em virtude do principio de equilíbrio de interesses e genérica equidade.(2010, p. 399)

Levando em conta a internet, que é um dos maiores vínculos de comunicação hodiernamente, é possível apresentar um enorme número de danos indiretos, inclusive, muito maior que o número de danos diretos nas redes sociais, e também, a probabilidade de apresentar riscos a alguém, mesmo que sem culpa, se torna cada vez mais possível e real. Por isso que a teoria do risco é uma das mais bem embasadas para resolver esses casos.

No direito digital, a responsabilidade civil apresenta como uma de suas características uma relação muito grande com o grau de conhecimento requeridos dos provedores de internet, dos prestadores de serviço e do consumidos e usuário, sendo inviável a alegação da própria torpeza para se eximir dos da culpa.

Muitas vezes, devido à falta de legislação, os tribunais apresentam decisões contraditórias, já que ainda existe uma grande discussão a respeito da definição dos limites da responsabilidade civil e criminal dos provedores de internet e dos prestadores de serviço que colocam disponíveis em sites conteúdos ilícitos adicionados por terceiros. Segundo esse assunto a especialista em direito digital Patrícia Peck Pinheiro complementa:

> Desse modo, apesar de não haver entendimento jurisprudencial pacifico sobre o tema, ao nosso ver , os limites da responsabilidade sobre o conteúdo devem variar de acordo com o sujeito que detém a obrigação pelo seu fornecimento ou por sua verificação. Na verdade, há o envolvimento quase que concorrente do website e do provedor que publica a página no ar, podendo haver a participação de terceiros, prestadores de serviços de fornecimento de conteúdo específico, como já ocorre na área editorial de noticias online.(2010, p. 402)

Se faz cada vez mais notórias as decisões conflitantes existentes a cerca da realidade que envolve o direito digital, devido ao fato de esses serem direitos que se encontram em fase

embrionária, ou seja, estão em pleno desenvolvimento no que diz respeito à responsabilidade civil pelo conteúdo publicado através de terceiros.

Sendo assim, é importante lembrar que a legislação tocante à responsabilidade civil pode sim ser totalmente aplicável à matéria digital, porém é necessário que sejam analisadas as peculiaridades de cada caso concreto do meio virtual ou então dos demais meios convergentes.

6. ÉTICA E EDUCAÇÃO DIGITAL

Com uma sociedade cada vez mais desenvolvida, onde os avanços tecnológicos e os meios de comunicação em massa aumentam e se proliferam de maneira exponencial, se faz necessária a educação de jovens e adolescentes quanto à conduta reta e necessária que é preciso ter frente ao ambiente virtual. Não basta aprender a utilizar apenas os instrumentos, o papel mais importante da educação se faz presente no momento em que o jovem aprende que é necessário zelar pela segurança digital bem como agir de forma ética e legal com as finalidades de sermos exemplos e bons cidadãos digitais.

Para que se torne efetiva é necessário que a educação digital seja feita ao mesmo momento em que o jovem passa a ser usuário do produto, seja das pessoas que estão tendo seu primeiro contato com os computadores e as redes sociais ou então das novas gerações, que já nasceram em uma era totalmente informatizada e com inúmeros avanços tecnológicos. Porém, são as novas gerações que precisam de mais atenção, pois elas estão passando por uma fase de amadurecimento de seus conceitos e valores éticos e morais.

É importante que a educação digital comece em casa e na escola, pois na sociedade contemporânea não se fazem mais suficientes os antigos ensinamentos, hoje em dia os pais devem estar atento em relação a todos os contatos dos filhos nas grandes redes sociais, aos e-mails recebidos por estranhos e é importante que os pais e as escolas não só estejam atentos como também façam um trabalho de conscientização desses jovens e adolescentes em relação aos perigos decorrentes e comuns de ocorrer do ciberespaço.

Sobre este assunto, Patrícia Peck Pinheiros sugere:

> Para que seja desenvolvida uma consistente base de conhecimento digital nos jovens, cartilhas, vídeos, palestras e games podem ser desenvolvidos como forma de alcançar tal objetivo. Como é característico dessa faixa etária, os projetos são dinâmicos,

> interativos, didáticos e com alto grau de retenção de conhecimento. Dado que existe alto interesse pelo assunto, há uma interação muito rica entre o grupo, resultando em diversas perguntas, até mesmo dias após os treinamentos. É estabelecido um canal permanente de contato para que nenhum aluno fique com duvida sobre o assunto.(2010, p.406)

Educar na era digital, não é apenas ensinar as crianças e os jovens a mexer nos mecanismos e nos novos aparatos tecnológicos. É de grande relevância lembrar que educar um jovem na era dos avanços digitais é preparar indivíduos criativos e adaptáveis com conhecimentos suficientes que lhes permitam agir de maneira rápida, criativa e ética em relação à quantidade e a rapidez de informações disponíveis e que a todo minuto estão se transformando. É também preparar cidadãos atentos às constantes transformações e éticos para que estes façam parte dos novos e futuros mercados de trabalho que tendem a ficar cada vez mais dinamizados e cujas exigências tendem a ser maior.

Para auxiliar os pais na hora de orientar seus filhos para um uso correto, ético, seguro e legal da internet é importante que os pais:

- deixem o computador em um local de uso comum, e não no quarto das crianças;

- conhecer bem os assuntos aos quais você debate com seus filho, para que ele perceba que você conhece o assunto;

- buscar informações a respeito dos filhos, utilizando a própria internet;

- e a mais importante, que é tratar todas as outras pessoas e usuários com educação e lembrar que suas atitudes geram consequências para eles e para os pais.

É inevitável que os jovens e os usuários da internet se deparem com certas pornografias, sites com conteúdos impróprios e delinquentes, sites que incentivem diversas praticas erradas, como por exemplo, a anorexia, bulimia e até mesmo o suicídio. Por isso que se faz tão importante a educação, para que atitudes maduras sejam tomadas perante esse tipo de incentivo.

Dessa maneira se faz clara o fim de uma era analógica e a atual necessidade de educação perante esse enorme mundo digital e interconectado através do ciberespaço.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem se caracteriza por ser um animal social e desde então ele tem aprimorado suas técnicas de sociabilização e nesse contexto se faz notória a invenção e o advento da internet.

A cibercultura, mantém a universalidade entre as pessoas, ela corresponde ao momento em que os indivíduos da nossa era, pela globalização econômica, pelo adensamento das redes de comunicação e de transporte, tendem a formar uma única comunidade mundial, mesmo que essa comunidade apresente diferenças e conflitos.

Todas as evoluções da sociedade geram condutas positivas e negativas e todas elas se proliferam ou então encontram campos e meios para isso. Por isso, é possível que uma grande parte dessas condutas sejam reguladas pelo direito, com destaque para as condutas ilícitas, que geram um desequilíbrio e uma desordem social o que não é interessante, nem mesmo seguro para uma sociedade civilizada.

É importante que frente aos problemas gerados pelo cibercrime, o direito penal seja extremamente cauteloso e tenha caráter preventivo e democrático. Por isso, que as pressões exercidas pela mídia não obtiveram grandes alcances, já que é muito mais interessante para a população a presença de medidas preventivas, com divulgações e debates relacionados ao tema do que as medidas repressivas, porém é necessário que se exista um bom senso, já que em casos graves o direito penal entra e exerce sua força.

Cabe lembrar também, que a responsabilidade civil no tocante aos direitos digitais, se faz altamente aplicável devendo apenas observar as particularidades do meio virtual e o contexto em que as ações foram ocorridas, tornando assim o direito aplicável a estes casos concretos.

Faz-se notório também a educação das pessoas para o uso das novas tecnologias, pois para a sociedade moderna é fundamental que os cidadãos saibam utilizar desses instrumentos para terem uma atuação efetiva na produção e bens e serviços, tomem decisões fundamentadas nesse tipo de conhecimento, apliquem de maneira correta e eficiente as novas mídias, enfim, seja útil a uma sociedade que se mostra cada vez mais desenvolvida e globalizada.

REFERÊNCIAS

CORRÊA, Gustavo Testa. *Aspectos Jurídicos da Internet*. 3. ed. São Paulo: Saraiva,2007.

HOBSBAWN, Eric. *O novo século*. São Paulo: Cia. Das Letras, 2000.

IANNI, Otávio. *Teorias da globalização*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira,2006.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 3.ed. São Paulo: 34 Ltda., 2010.

PINHEIRO, Patricia Peck. *Direito Digital*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PINHEIRO, Patricia Peck; SLEIMAN, Cristina Moraes. *Direito Digital no dia-a-dia*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTIN, Valter Foleto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2. ed., Bauru/SP:Edipro,2007.

O PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE COMO ATENUANTE DO CARÁTER SELETIVO DO SISTEMA PENAL

Milena Fernanda Manzano BRENZAN[339]
Livia Carla Silva RIGÃO[340]

RESUMO

Esta pesquisa tem como objetivo analisar o princípio da co-culpabilidade, em que ao comprovar o caráter seletivo do sistema penal e a falta de interesse político quanto à efetividade na aplicação dos direitos sociais, impõe a necessidade de colocar a sociedade como "cúmplice" do ato cometido. Em um primeiro momento, é necessária a comprovação de que o sistema penal criminaliza certos comportamentos e sujeitos específicos, a fim de proteger as classes mais abastadas, possibilitando um constante progresso e enriquecimento destas e, dessa forma, agravando o cenário atual de intensa desigualdade social. Surge, então, a admissibilidade de abranger de forma superficial o sistema carcerário, verificando os motivos de seu declínio e quais reformas são necessárias para que a prisão possa cumprir suas reais funções. Por fim, com o objetivo de concatenar todas as informações retro mencionadas com o princípio abordado, esta pesquisa busca mostrar que além de ser uma das possíveis soluções para melhoras no sistema prisional, o princípio apresenta, especialmente, a função de "indenizar" os atingidos pela violência estrutural e, consequentemente, prejudicados pelo sistema penal, esse princípio surge como uma das possíveis tentativas de reestabelecer o Estado social.

ABSTRACT

This search has the objective to evaluate the co-culpability principle, that it proves that selective nature of the prison system and the lack of political interest in the effectiveness application of fundamental rights, it imposes the necessity to put the society as an "accomplice" of the committed act. At first, it necessary the comprovation that the penal system criminalize some specifics behaviors and subjects, in order to protect the lower classes, enabling a constant progress and enrichment of these and, thus, exacerbating the current scenario of intense social inequality. Then, comes the need to comprehend superficially the prison system, checking the reasons of your decline and what reforms are

[339] Graduanda de Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Estagiária da Procuradoria Federal Especializada do INSS.
[340] Graduanda de Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Estagiária do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e da Juventude (NEDDIJ).

necessary so that the prison can comply for your real functions. Finally, in order to concatenate all the information retro mentioned with the discussed principle, this research seeks to show that besides being one of the possible solutions to improve the prison system, the principle represent, specially, the function of compensating those affected by the structural violence and, consequently, harmed of the penal system. This principle emerges as one of the possible attempts of reestablishing the social State.

PALAVRAS-CHAVE: Seletividade. Capitalismo. Co-culpabilidade. Sistema prisional.

KEYS-WORDS: Selectivity. Capitalism. Co-culpability. Prison system.

INTRODUÇÃO

O sistema socioeconômico vigente é responsável por drásticas alterações em diferentes setores da sociedade. Assim como os privilégios, a criminalidade é distribuída de forma desigual e, portanto, a fim de manter a ordem social, utilizam-se de mecanismos responsáveis por reprimir os setores desfavorecidos, encarregando-se o sistema penal de criminalizar certos comportamentos e sujeitos específicos.

A violência estrutural é tanto ocasionada quanto mantenedora do sistema de produção atual. Ocasionada no sentido de ser consequência de um sistema que visa a má distribuição de renda, em que os possuidores dos meios de produção acumulam capital através da exploração da força de trabalho daqueles que não detêm esses meios. Dessa forma, prevalece uma sociedade cujas riquezas estão sob o domínio de poucos, enquanto a grande parcela da população vive em condições de miserabilidade. É ainda mantenedora em relação a proporcionar as condições necessárias para a estabilidade do sistema.

Dessa forma, não existindo interesse por parte do capitalismo em amenizar as condições desiguais, surge a necessidade de criar novos focos de preocupação. Nesse sentido, a mídia realiza a função de mascarar os problemas estruturais com a violência criminal e, então, a sociedade passa a aceitar um Estado penal fortalecido através de leis mais rigorosas em relação à implacabilidade com o crime.

Portanto, a estratégia da criminalização das classes rotuladas como perigosas tem o objetivo tanto de gerar segurança e proteção aos “cidadãos de bem” quanto para conter as

desordens geradas pela exclusão social e, consequentemente, fazer com que o sistema capitalista continue estável e constante.

O presente trabalho tem como objetivo a análise da necessidade de uma mudança no *paradigma* da atuação estatal e jurisdicional acerca da minoração da reprovação penal em função da desassistência social às camadas menos favorecidas da sociedade. Além disso, por ser essa abordagem objeto de estudo de muitas pesquisas atuais, importante se faz o presente diagnóstico, no sentido de proporcionar novos debates e, consequentemente, novas fontes de conhecimento científico.

O método empregado é o sócio jurídico, por contemplar a interdisciplinaridade entre as Ciências Jurídicas, responsáveis por se preocupar com a norma, Sociais, que tem por objeto os fatos sociais e, por fim, Filosóficas, a qual se preocupa com o aspecto valor do fato social, verificando e confirmando a influência recíproca entre os âmbitos de atuação dessas ciências.

Como técnicas de pesquisa foram utilizadas, como forma de coletar e analisar os materiais pesquisados, as seguintes: a pesquisa indireta documental, a Constituição Federal de 1988 e o Código Penal e a pesquisa indireta bibliográfica, através de doutrinas, revistas jurídicas e demais publicações científicas.

Esta pesquisa inicia-se, como consequência dos fatos retro mencionados, abordando a violência estrutural e os métodos utilizados pelo sistema penal para a ocorrência da criminalização seletiva.

Já num segundo momento, existe a pertinência em tratar da função da instituição carcerária em nossa sociedade. Retratam-se, de forma simplória, as péssimas condições a que os presos são submetidos, desmistificando a ideia de que a pena privativa de liberdade realiza, em todos os casos, o papel de reabilitar indivíduos.

Finalmente, analisa-se o princípio da co-culpabilidade, o qual se encontra implícito em diversos dispositivos legais e cuja utilização proporciona uma maior preocupação com as classes atingidas pela seletividade do caráter penal, visto que a sociedade e seus governantes serão responsabilizados até que ocorram modificações no cenário atual de intensos problemas estruturais, que resultam em um abismo de desigualdade e exclusão social. Conclui-se então, que a aplicação do princípio em questão apresenta um importante papel coadjuvante no restabelecimento do Estado Social.

1 VIOLÊNCIA ESTRUTURAL E SUAS ORIGENS SOCIOECONÔMICAS

A violência estrutural consiste em restringir à maioria da população, em diferentes níveis, o acesso aos direitos básicos responsáveis por proporcionar condições dignas de existência. O Estado, através de políticas públicas distributivas, é responsável por proporcionar a ordem social, porém, pressionado pelos ideais socioeconômicos, muitas vezes, contribui para o declínio da qualidade de vida da grande maioria das pessoas, aprofundando a exclusão social, que é mola mestra de situações que propiciam o surgimento de outras formas de violência.

A má distribuição de renda é uma característica que prevalece no Brasil desde sua colonização, o cenário atual é consequência desse período: de um lado a concentração de propriedade fundiária, por outro a elevada mão-de-obra escrava importada. Conforme dados do IPEA (2012), o índice de Gini do Brasil, responsável por medir o grau de concentração de renda em determinados grupos, a taxa brasileira se encontra em 0,54, sendo que zero (0) representa igualdade – renda idêntica - entre as pessoas analisadas. Esse índice posiciona o Brasil entre os países mais desiguais do planeta.

Constata-se, portanto, que o processo de produção adotado pelo Brasil atualmente determina um cenário de globalização excludente, em que as desigualdades sociais, a miséria, as taxas crescentes de desemprego, a exclusão do sistema educacional são consequências inevitáveis, importando, muitas vezes, somente a manutenção do sistema, através de uma acumulação de capital constantemente insidiosa. É como afirma Galeano (1996, p.16):

> No mundo sem alma que nos obrigam a aceitar como único mundo possível não há povos, há mercados; não há cidadãos, há consumidores; não há nações, há empresas; não há cidades, há aglomerações; não há relações sociais, há competições mercantis.

A criação de estereótipos e a seleção de determinados indivíduos acontece devido à facilidade em determinar uma sociedade maniqueísta, em que são estabelecidos claros perfis do bem e do mal, de modo que este último esteja concentrado nos setores pobres, enquanto a sociedade constituída representaria o bem.

> Sob o enunciado da “proteção” ofertada aos “cidadãos de bem”, oculta-se a impotência dos governantes em face da catarse de conflitos e tensões aos quais eles

> não podem (ou não estão dispostos a) responder senão através de uma justificativa meramente retórica à opinião pública, criando uma falsa ideia de unidade diante de um inimigo interno personificado na figura do "outro": selecionado entre os membros dos setores socialmente vulneráveis. (GARLAND APUD ARGÜELLO 2005, p.1)

Dessa forma, constata-se que os discursos da elite política buscam soluções aos problemas relacionados à segurança pública quando, na verdade, a criminalidade é apenas consequência da instabilidade quanto às formas de garantir as mínimas condições vitais. Entende-se, então, que são as raízes estruturais e político-ideológicas da sociedade que devem ser alvo de atenção, e não o controle das classes identificadas como perigosas.

1.1 Influências capitalistas nos meios punitivos

Segundo Baratta (1999), o sistema penal possui a função de mascarar a violência estrutural através da violência criminal, utilizando a estratégia de punir comportamentos das classes potencialmente perigosas e, dessa maneira, conter as possíveis desordens promovidas pelo desemprego e pelo inconformismo diante da exclusão social. Portanto, essa estratégia proporciona ao capitalismo combater, de forma mais oculta, apenas a violência criminal, tendo em vista o desinteresse em combater as injustiças sociais, sendo estas, pressupostos fundamentais da existência daquele.

O sistema penal, de forma mais direta, sempre foi direcionado pelo mercado de trabalho, é o que podemos comprovar ao verificar as mudanças nas atitudes por parte dos poderes públicos em relação aos mecanismos punitivos, enrijecendo-se diante do excesso de força de trabalho, de forma a desvalorizar a vida humana e fazendo uso da pena de prisão quando escassa e necessária a mão-de-obra. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 1999)

O livre mercado é responsável por permitir extrair o máximo de produtividade do mínimo de fornecedores de mão-de-obra, o que proporciona uma lógica redução de possibilidades de emprego. Se por um lado essa flexibilidade é benéfica àquele que se utiliza da mão-de-obra, é extremamente preocupante para quem a oferece, de modo que os trabalhadores ficam submetidos à constante insegurança a respeito de seus empregos. Este mesmo autor assegura ainda: "os empregos surgem e somem assim que aparecem". (BAUMAN 1999, p. 112, 113)

Portanto, se o mercado de trabalho é quem condiciona os meios punitivos (de modo a estabelecer que quanto mais mão-de-obra disponível, mais rígido será o sistema) e se a força de trabalho está cada vez mais abundante e, portanto, mais desvalorizada, conclui-se que os meios punitivos tendem a buscar estratégias que possibilitem a punição de um maior número de comportamentos e sujeitos, justificando, nesse sentido, o crescente número de construções penitenciárias e prisões superlotadas.

1.1.1 Função Social do sistema penal

Os marxistas afirmam que a construção de toda estrutura social e política é estabelecida pela organização de produção vigente, é o que acontece com o atual Direito Penal, que além de ser determinado pelos interesses capitalistas, corrobora com a promoção de desigualdades sociais impostas por esse sistema.

É o que podemos comprovar com a ideia de Guimarães (2007, p.57) "O funcionamento do sistema penal, visto sob a ótica do marxismo, tem como principal desiderato, proteger as camadas mais altas do tecido social em detrimento dos mais baixos extratos pela via de tal sistema de controle social".

> Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típica dos indivíduos pertencentes às classes no poder. (BARATTA, 1999, p.165)

Dessa forma, a criminalidade, mesmo sendo um instituto presente em todos os setores sociais, torna-se objeto de punição apenas àqueles "selecionados" pelo sistema penal como delituosos. O interesse das classes dominantes é garantido de modo que o próprio legislador e aplicadores da lei seguem a tendência de um Direito Penal seletivo, cruel e vingativo, estabelecendo e interpretando normas que, muitas vezes, privilegiam a classe dita superior.

O Sistema Penal concorrentemente ao sistema punitivo, ao contrário de efetivamente realizarem suas funções historicamente declaradas, sempre foram direcionados pelo modo de produção vigente. No Brasil, por exemplo, o escravismo utilizava-se das penas corporais, enquanto atualmente se encarregam da manutenção de estruturas sociais desiguais, garantindo, consequentemente, os ideais capitalistas.

> Direcionando-se para criminalidade violenta, de rua, patrimonial ou ligada ao uso de tráfico de drogas ilícitas, e para as pessoas que invariavelmente cometem tais condutas – pertencentes às classes excluídas e por isso mesmo vulneráveis ao sistema penal -, o Direito Penal presta imprescindíveis serviços às classes dominantes, haja vista que, entre outras coisas, oculta os delitos que são intrínsecos às estruturas de dominação e poder, delitos estes que trazem em si uma lesividade imanente jamais superável pelos delitos que são combatidos pelo sistema penal. (GUIMARÃES, 2007, p. 322)

Nesse sentido, como medida de justiça e, também, para que o direito não seja direcionado pelos interesses das classes dominantes, seletivo e opressivo, é necessário determinar o delito, de forma a interligá-lo a variáveis sociais, culturais e econômicas, constatando que este decorre, muitas vezes, de fatores estruturais e não meramente individuais.

2 CRISE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

A prisão reúne todos aqueles atingidos pela estratégia do sistema penal sustentado pela ideologia capitalista e isso quando combinado às péssimas condições a que os presos são submetidos faz com que a pena privativa de liberdade esteja em constante declínio.

> O sistema carcerário junta numa mesma figura discurso e arquitetos, regulamentos coercitivos e proposições científicas, efeitos sociais reais e utopias invencíveis, programas para corrigir a delinquência e mecanismos que solidificam a delinquência (FOUCAULT, 2001, p.225).

Muitos estudos afirmam que além da prisão não cumprir a função de reduzir as infrações e reabilitar aqueles que a cometeram, transforma o simples infrator legal em delinquente. Para Foucault (2001) a diferença entre infrator e delinquente consiste no fato de que este último não é caracterizado por seu ato, mas pela causa de seu ato, pela história de sua vida.

Molina apud Guimarães (2007) afirma a respeito da função da pena privativa de liberdade que:

> [...] é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão somente se lá esteve ou não.

Diante disso, como constatado no capítulo anterior, o desemprego é um problema que atinge um grande número de pessoas, a implementação de recursos tecnológicos combinado com o excessivo fornecimento de mão-de-obra dificulta ainda mais a contratação de um ex-presidiário. É inevitável que ao não encontrar meios dignos de sobrevivência, este "regenerado" praticará novamente atos ilícitos e imorais.

Leal (2001, p.40) afirma ainda: "[...] não se pode ensinar no cativeiro a viver em liberdade, descabendo cogitar-se de ressocializar quem de regra nem sequer foi antes socializado".

> Sabemos que a execução penal não socializa, nem cumpre nenhuma das funções 're' que se lhe inventaram ('re'-socialização, personalização, individualização, educação, inserção, etc.), que tudo isso é mentira e que pretende ensinar um homem a viver em sociedade mediante o cárcere é, como disse Carlos Alberto Elbert, algo tão absurdo como pretender treinar alguém para jogar futebol dentro de um elevador. (ZAFFARONI, 1991, p.223)

A imagem do delinquente construída pelo sistema punitivo como objeto da chamada "ciência penitenciária" é responsável por não acarretar rejeição violenta ao sistema prisional, sendo, ao contrário, intensamente disseminado para todas as justiças criminais modernas. Isso acontece devido a legitimação que ocorre através da medicina, da psicologia ou da criminalidade, induzindo a necessidade de reabilitar as pessoas atingidas por esse "desvio patológico" (FOUCAULT, 2001).

O encarceramento faz com que os infratores percam além da liberdade, outros direitos essenciais. Os presos que deveriam ser submetidos a tratamentos psicológicos ou que, devido a problemas de saúde, deveriam receber auxílio médico são enclausurados com muitas outras pessoas, vivendo em um ambiente extremamente impossibilitado. É o que denuncia Leal (2001, p.58) ao visitar diversas casas de detenção no Brasil:

> Prisões onde estão enclausurados milhares de pessoas, desprovidas de assistência, sem nenhuma separação, em absurda ociosidade; prisões infectas, úmidas por onde transitam livremente ratos e baratas e a falta de água e luz é rotineira; prisões onde vivem em celas coletivas, imundas e fétidas, dezenas de presos, alguns seriamente enfermos, como tuberculosos, hansenianos e aidéticos; prisões onde quadrilhas controlam o tráfico interno da maconha e da cocaína e firmam suas próprias leis; prisões onde vigora um código arbitrário de disciplina, com espancamentos frequentes, prisões onde detentos promovem uma loteria sinistra, em que o preso "sorteado" é morto, a pretexto de chamarem a atenção para suas reinvindicações; prisões onde muitos aguardam julgamento durante anos, enquanto outros são mantidos por tempo superior ao da sentença [...].

Entretanto, não são apenas os problemas relacionados à estrutura do prédio que promovem o seu mau funcionamento, mas principalmente a despreparação das pessoas que nele trabalham. São diretores, agentes penitenciários, médicos, psicólogos, professores, assistentes sociais que quando não despreparados para o cargo assumido, se acomodam em pouco tempo, de modo a exercer suas importantes funções, muitas vezes, de forma deficiente.

Conforme Rios (1983) existem quatro elementos responsáveis pelo programa de renovação carcerária, os quais são: filosofia, disposições legais, estabelecimento adequado e

pessoas qualificadas para os trabalhos realizados no cárcere. Ele destaca ainda que dentre esses quatro elementos, o último é o mais importante.

Os agentes prisionais são aqueles que permanecem em contato imediato com os presos e devem buscar a preservação da ordem, da segurança e da disciplina. É necessário, portanto, que apresentem noções de relações humanas, higiene pessoal, socorros de urgência e defesa social, além de bons salários, a fim de evitar os constantes problemas de corrupção relacionados a essa equipe de funcionários. É o que constata Leal (2001, p.98):

> Deploravelmente, tem-se notícia de agentes prisionais a participarem de desvio de gêneros alimentícios, de tráfico de armas e drogas nas prisões, bem como de ingresso de prostitutas e de facilitação de fugas. Muitos prisonizados, tornam-se rudes e incivis.

Entende-se, através de todos esses problemas, que a prisão atual não apresenta capacidade para ser um instrumento reabilitador e que, ao contrário, torna-se um núcleo de aperfeiçoamento no crime, em que leis autônomas são criadas e respeitadas pela massa carcerária. Os primários se "aperfeiçoam" com os mais experientes e perigosos, o tráfico interno torna-se causa de intensas violências, resultando em constantes conflitos.

2.1 A pena privativa de liberdade como "mal necessário"

Diante das injustiças proporcionadas pelo poder punitivo, surge o movimento abolicionista que defende o desaparecimento deste, devendo os conflitos sociais ser resolvidos através do livre consentimento entre as pessoas e, quando necessário, dos outros ramos do ordenamento jurídico (GRECO, 2008).

Porém, até mesmo a tese abolicionista admite que apesar dos inúmeros problemas constatados no sistema penitenciário e da comprovação de que este não realiza suas devidas funções, enquanto não houver profundas alterações no cenário social, existirão casos em que o cárcere se fará necessário. É o que confirma Foucault (2001, p. 196) "Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E entretanto não 'vemos' o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão".

Nesse sentido, Leal (2001) afirma que atualmente a utilização da pena privativa de liberdade se sobrepõe sobre as outras possíveis penas, mas devido aos inúmeros questionamentos a respeito da ineficácia da prisão, apresenta a necessidade de restringir a pena privativa de liberdade aos crimes graves e violentos, enquanto nos casos em que os infratores não apresentem efetiva ameaça à sociedade, devem-se utilizar penas alternativas que sejam mais humanas e que não afastem o condenado de sua família como, por exemplo: prestação de serviços à comunidade, multa indenizatória, multa assistencial, reparação do dano, retratação, submissão a programas de reabilitação social, entre outros.

A necessidade de não afastar o condenado de sua família consiste em não desamparar financeiramente e emocionalmente seus filhos e demais dependentes, que além de, muitas vezes, estarem subordinados aos recursos provenientes daquele que foi preso, sofrem constantes discriminações por parte da sociedade.

Nesse sentido, defende Rogério Greco que o Direito Penal, mais especificamente, a pena privativa de liberdade ofende o princípio da intranscendência da pena ou responsabilidade pessoal, tratado no inciso XLV do art. 5° da Constituição Federal, isso porque ultrapassa a pessoa do delituoso, afetando todos aqueles que dele são próximos (GRECO, 2008).

Segundo Bitencourt (2011), a crise da prisão não é derivada estritamente de sua essência, mas principalmente pela falta de interesse político nesse setor, por isso é fundamental que haja reformas gradativas e exigências incessantes por parte da população, não buscando atender apenas aos anseios de uma sociedade cada vez mais atingida pela violência criminal (fruto da violência estrutural), mas também resguardar o direito do cumprimento de pena digno com estrutura e pessoas adequadas para que, dessa forma, a prisão se converta em meio realmente reabilitador.

Os cidadãos brasileiros, ao contrário de cumprirem a função de exigir a concretização da cidadania e outros direitos imanentes à dignidade humana, comportam-se de forma indiferente (quando não consentindo) às péssimas condições a que os presos são submetidos, isso acontece, como afirma Guimarães (2007, p.320), porque:

> [...] quem tem medo aceita qualquer estratégia que venha a combater as suas pretensas causas, inclusive, por mais estranho que possa parecer, medidas que

alcancem a sua própria liberdade, assim como outros direitos até bem pouco tempo inegociáveis, todos ligados à própria inviolabilidade da condição humana.

Nesse sentido, a mídia exerce a importante função de enfatizar os acontecimentos originados pela violência criminal, induzindo a necessidade de medidas extremamente radicais quanto aos problemas relacionados à criminalidade, de modo a mascarar a manutenção do poder através de funções declaradas de defesa da sociedade. Guimarães (2007, p.320) assegura ainda: “[...] é a mídia que proporciona a continuidade operacional do sistema penal”.

> Efetivamente a infração lança o indivíduo contra todo o corpo social; a sociedade tem o direito de se levantar em peso contra ele, para puni-lo. Luta desigual: de um só lado todas as forças, todo o poder, todos os direitos. E tem mesmo que ser assim, pois aí está representada a defesa de cada um. Constitui-se assim um formidável direito de punir, pois o infrator torna-se o inimigo comum. Até mesmo pior que um inimigo, é um traidor, pois ele desfere seus golpes dentro da sociedade. Um “monstro” (FOUCAULT, 2001)

A sociedade e seus representantes precisam constatar que além de estarem colaborando com um sistema punitivo que seleciona os indivíduos, distancia-se da democracia ao privilegiarem políticas repressivas severas que degradam a cidadania e os direitos humanos. Não se pode permitir que o Estado penal fortaleça-se constantemente, como acontece atualmente, ultrapassando os direitos e garantias fundamentais de cada indivíduo, mesmo que isso aconteça em prol de uma suposta segurança pública e implacabilidade com o crime.

Fica evidente a importância em reconhecer que a prisão não cumpre as finalidades por ela teorizadas, o que implica em uma necessária permissão a uma maior utilização das penas alternativas, não existindo motivos para dar continuidade a um sistema que consiste em penas restritivas de liberdade, geralmente longas e injustas, devendo estas ser utilizadas somente diante de casos graves que mereçam uma resposta mais severa por parte do Estado.

2 PRINCÍPIO DA CO-CULPABILIDADE

O princípio da co-culpabilidade surge com o objetivo de responsabilizar a sociedade e, consequentemente, seus representantes por sua autêntica parcela de culpa diante dos problemas relacionados à violência criminal. O Estado além de corroborar com a má distribuição de renda, proporcionando a um pequeno grupo de pessoas excessiva acumulação de riquezas e à grande maioria nem mesmo o mínimo suficiente para o provimento do próprio sustento auxilia o sistema penal a criminalizar as atitudes desse maior grupo de pessoas.

Diante disso, Silva (2010) defende que principalmente nos casos de delito patrimonial, o infrator é excessivamente influenciado pelas políticas deficientes por parte do Estado quanto à ordem social, de forma a oportunizar condições desfavoráveis e indiferença aos problemas de exclusão social.

O delito representa uma quebra do contrato social e o infrator deve, portanto, ser punido. Porém, se o Estado também não distribui de forma justa os direitos sociais estabelecidos no pacto, este também deve ser responsabilizado. O artigo 6° da Constituição Federal de 1988 determina que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

A respeito do princípio em discussão, Zaffaroni e Pierangeli (2004) afirmam ainda que este busca então mitigar o juízo de reprovação daqueles atingidos negativamente por um sistema excludente e injusto, de forma a penalizar não somente o infrator, mas toda a sociedade que, em alguns casos, auxilia na desigualdade existente e, em outros, comporta-se de forma indiferente aos problemas sociais.

> Pauta-se na idéia de divisão da responsabilidade do delito entre o agente, Estado e sociedade, nas hipóteses em que a vontade do primeiro esteve significativamente condicionada pelas condições de vida em comunidade, agravada pela ineficácia estatal em implementar-lhe direitos e dignidade. (SILVA, 2010, p. 992)

Como já analisado anteriormente, a estratificação social submete certas pessoas a disparidades econômicas, culturais e sociais abissais. O princípio colocado em estudo possui,

então, como finalidade essencial a transformação da orientação político-criminal brasileira, a fim de restringir as estratégias de segregação punitiva e consolidar um Direito Penal mínimo.

2.1 Dispositivos legais que legitimam o princípio da co-culpabilidade

O princípio da co-culpabilidade como princípio constitucional encontra-se implícito, em decorrência das normas relacionadas à igualdade, à individualização da pena, à dignidade da pessoa humana e à intervenção mínima do Direito Penal.

2.1.1 Princípio da igualdade

A chamada co-culpabilidade está intrinsecamente relacionada ao conceito material de igualdade, o qual afirma a conhecida máxima do Direito de que: "Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade", de forma a complementar o conceito formal, estabelecido no artigo 5°, caput, em que declara que a lei deve tratar todos de forma igualitária.

Constata-se que a omissão por parte do Estado em relação aos problemas sociais possui a função de desestabilizar a unidade e harmonia social, de modo a influenciar, muitas vezes, aqueles mais desfavorecidos a buscar meios ilícitos de integrar a renda.

Conforme Silva (2010), a exclusão afeta também de modo psíquico os atingidos, fazendo com que estes ao tomarem consciência de suas piores condições, passem a desprezar os valores sociais vigentes, como tentativa de mostrar sua indignação e revolta. Diante desse contexto, tornam-se mais vulneráveis às práticas violentas.

Destarte, o escopo dos institutos criados nesse contexto é proporcionar uma vida mais digna à população hipossuficiente, neutralizando as vantagens ofertadas em maior número a alguns com um tratamento mais brando no momento da aplicação da pena a outros, de modo a propiciar uma maior igualdade social dentro de um país marcado por inúmeros e diferentes contrastes.

2.1.2 Princípio da individualização da pena

Esse princípio encontra-se disciplinado no artigo 5º, inciso XLVI, impondo a necessidade de adequar a pena a cada caso concreto. Nucci (2005) vê a utilização desse

princípio como forma de particularizar uma situação genérica, estabelecendo que o infrator receba uma sanção justa e coerente às suas características pessoais.

Bitencourt (2006) atenta ainda para a importância desse princípio no sentido de dar a cada preso uma pena que proporcione circunstâncias favoráveis à sua reinserção social, não sendo viável a concessão de longos períodos de pena privativa de liberdade, visto que como já retro mencionado esta acaba por vezes impossibilitando a reabilitação à vida social adequada.

Nesse sentido, o artigo 59 do Código Penal é essencial no momento da fixação da pena, ele é responsável por determinar que o juiz analise, antes de estabelecer sua sentença, os motivos da prática em questão, as consequências obtidas, a personalidade do infrator, entre outras peculiaridades do caso e, diante disso, surge a possibilidade da utilização do princípio da co-culpabilidade como forma de reduzir a reprovação dirigida ao réu.

> O momento de análise das circunstâncias judiciais subjetivas parece ser um momento propício à perquirição, também, da co-culpabilidade. Isto porque é ao grau de censura atribuível ao agente que se contrapõe o *quantum* de censura atribuível ao Estado, possibilitando-se a diminuição da reprovação dirigida ao réu. (SILVA, 2010, p.985)

Sabe-se que o Estado não pode ser considerado o agente do delito, o infrator é exclusivamente responsável pelo ato em questão, porém a co-culpabilidade busca a mitigação da pena em decorrência das condições econômicas e sociais impostas pelo Estado que influenciam no cometimento do delito, e não em virtude de uma possível atuação daquele no ato em si.

Outro dispositivo legal que permite a utilização dos princípios em questão é o artigo 187, inciso 1° do Código de Processo Penal, que possibilita um interrogatório mais pessoal, em relação às oportunidades sociais, meios de vida, profissão. Com isso, Silva (2010, p.6) afirma que “certos dados acerca da vida do acusado, que antes poderiam não constar do processo, passam agora a ser expressamente consignados no interrogatório, podendo ser utilizados tanto pela defesa quanto pela acusação”.

2.1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

Esse princípio encontra-se consolidado como fundamento da República Federativa do Brasil no Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Estabelece a postura do Estado Democrático de Direito, afirmando que este tem a obrigação, entre outras coisas, de garantir a igualdade de condições materiais de vida e moradia, oportunidades iguais em relação à formação cultural, educação, liberdade.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, "novamente inspirada por ventos democráticos, ampliou os direitos fundamentais e, seguindo a tendência mundial, além dos direitos individuais e sociais, reconheceu os direitos de solidariedade [...]" (BREGA, 2002, p. 39).

Daniela Martins Madrid (2012) evidencia que os indivíduos necessitam de plena garantia dos direitos fundamentais sociais, os quais se caracterizam não só pelas prestações negativas por parte do Estado – no sentido de permitir o direito de liberdade- mas principalmente pelas positivas, voltadas à da promoção de uma vida digna que resulte no bem comum e na paz social.

O princípio da dignidade da pessoa humana implica na efetivação dos direitos fundamentais, visando o mínimo de segurança social através da oferta de recursos materiais suficientes para a preservação de uma vida íntegra, a partir do direito à educação, à moradia, à alimentação, a um sistema eficaz de saúde, entre outros.

No entanto, verifica-se que apesar do Estado garantir formalmente esses direitos, na prática, eles são cumpridos e distribuídos de forma deficiente, deixando, na maioria das vezes, as classes menos abastadas desamparadas. Devido a isso, o Direito precisa desenvolver mecanismos que supram, ao menos, em parte esse desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana pelo próprio Estado. O princípio da co-culpabilidade surge dentro dessa perspectiva, de modo a tentar minimizar as consequências da exclusão social decorrentes da desigualdade de oportunidades. (MOURA, 2006)

2.1.4 Princípio da intervenção mínima

O Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico que exige maior preocupação por parte do Estado e da sociedade, isso porque através de suas implicações, pode-se privar um indivíduo da liberdade, bem jurídico mais imprescindível após a vida. (GRECO, 2008)

O princípio da intervenção mínima existe, portanto, no sentido, de garantir que o Direito Penal só seja utilizado com a finalidade de proteger os bens relevantes e fundamentais ao convívio em sociedade, de modo a ser aplicado de forma subsidiária, ou seja, somente quando os outros ramos do ordenamento não se mostrarem suficientes na proteção dos bens jurídicos, passando o tipo penal a possuir um caráter seletivo em relação a estes.

Assim, o princípio supramencionado alicerça o princípio da co-culpabilidade, reduzindo a drasticidade da intervenção do Direito Penal, no sentido de reduzir as penas impostas pelo legislativo e alcançar uma solução que pareça mais justa, diante do caso concreto.

2.2 O princípio da co-culpabilidade e a (re) inversão do Estado penal ao Estado social

Existe atualmente, por parte do corpo social, a consciência de que o sistema penal deve estar preparado para atuar de modo intenso nas mais diversas relações sociais, criminalizando toda e qualquer conduta, que deverá ser punida com extremo rigor, de forma a impedir, através do temor à pena, a lesão aos bens jurídicos protegidos.

O fortalecimento do Estado penal se afirma através da incessante necessidade de vingança, implantada na sociedade através dos apelos veiculados por uma mídia sensacionalista e desinformada. A ideologia da segurança pública e da implacabilidade com o crime é responsável também por tornar aceitável a renúncia dos direitos humanos e, consequentemente, o caráter democrático do país. Existe a conveniência por parte dos governantes em concentrar-se nas consequências do delito, quando, na verdade, são os problemas relacionados à desigualdade social, à exclusão, à pobreza que deveriam ser combatidos.

Arguello (2005, p.2) confirma: “Atacam os criminosos em vez de atacarem a violência estrutural (a desigualdade social e a pobreza), razão de definição e seleção de determinados indivíduos como tais, simultaneamente à imunização de outros [...]”.

Faz-se necessária a desconstrução dessa imagem injusta que o Direito Penal possui atualmente. Nesse sentido, Silva (2010) afirma que de acordo com a perspectiva sócio-política, a co-culpabilidade surge como tentativa de impedir o avanço da voracidade do

Estado penal, de modo que a sociedade se conscientize da necessidade de compensação por sua omissão.

Dessa forma, conclui-se que a mitigação da reprovação daqueles atingidos por esse sistema seletivo e exagerado é a providência mais conveniente para a atual situação. Devido a isso, é fundamental que ocorram intensas modificações em relação ao descaso governamental, visando o estabelecimento do mínimo existencial para todos os indivíduos e igualdade material para todos, de modo que o Sistema Penal realize menos a função de solucionador de problemas ideologicamente sociais e seja cada vez mais ratificador dos princípios e garantias constitucionais.

CONCLUSÃO

Diante do descaso social em relação aos problemas estruturais atuais, surge a necessidade de analisar suas consequências socioculturais, tendo em vista que a violência criminal apresenta-se como um desdobramento lógico dessa desigualdade existente entre os setores sociais. Em decorrência desse cenário, o sistema penal eclode como coadjuvante, criminalizando comportamentos e sujeitos dispostos nos setores socialmente vulneráveis. Com isso, além de "desviar o foco" dos problemas advindos da má distribuição de renda, cumpre ainda a função de retirar da sociedade aqueles excluídos do consumo, que não conseguem incluir-se no modelo capitalista.

O sistema penitenciário cumpre, portanto, a função de afastar esses indivíduos do cenário social, que alicerçado nas teorias científicas, sustenta que os delinquentes precisam ser punidos para que sejam reabilitados, colocando o desvio da conduta lícita como uma doença que deve ser tratada através do cárcere. Desse modo, a prisão reúne os selecionados por um sistema penal injusto e determinado pelas classes dominantes.

Diante disso, para amenizar a crueldade desse sistema, faz-se necessário que se estabeleça um Estado penal mínimo, salvaguardando esse ramo do ordenamento positivo aos bens jurídicos mais relevantes à ordem social e quando estritamente fundamental, que sua utilização seja feita da forma mais branda possível, de modo a promover penas mais céleres e justas, restringindo a pena privativa de liberdade somente aos casos de extrema necessidade, enquanto nos outros dar-se-ia preferência às penas alternativas. Com isso, além de reduzir o problema da superlotação nos cárceres, fazendo com que a prisão sustente sua ideologia proposta.

O princípio da co-culpabilidade surge, portanto, com o propósito de reduzir as penas nos casos em que o caráter excludente do sistema penal mostra-se evidente, restringindo, dessa forma, o avanço voraz do Estado Penal sob o Estado Social. Nesse sentido, é importante que a sociedade e seus sejam penalizados pela sua indiferença à violação dos direitos humanos e do estado democrático como um todo, de modo que estes sintam-se responsabilizados por sua autêntica parcela de culpa.

O princípio supracitado encontra-se implícito na Constituição Federal, de modo que o Poder Judiciário, enquanto intérprete e aplicador da norma posta, deve utilizá-lo com o objetivo de mitigar o juízo de reprovação daqueles atingidos pela rigidez de um sistema falho, devendo esta ser dividida com o Estado que age de forma omissa e ineficaz no momento da distribuição dos bens materiais e permitindo que o capital esteja concentrado nas mãos de poucos, enquanto muito não são possuidores, ao menos, das mínimas condições vitais.

REFERÊNCIAS

ARGUELLO, Katie. ***Do Estado social ao Estado penal:*** **invertendo o discurso de ordem.** In: 1° Congresso Paranaense de Criminologia – Londrina, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal:** introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização.** As consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão:** causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição Federal da República.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Código de Processo Civil.** 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988:** conteúdo jurídico das expressões. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

GALEANO, Eduardo. **A escola do crime.** Discursos sediosos crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro, 1996.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

IPEA. **Correio Braziliense (DF): - Abismo social ainda é grande.** Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=16018&catid=159&Itemid=75. Acesso em: 17 out. 2012

LEAL, César Barros. **Prisão:** crepúsculo de uma era. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MADRID, Daniela Martins. **Maximização do mínimo existencial**: garantia de inclusão social frente à reserva do possível e a limitação orçamentária. In: SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO, 2. 2012. Anais. Jacarezinho (PR): Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2012, p. 12-35.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no Direito Penal**. Niterói: Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIOS, José Arthur. **Políticas recentes de formação, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal penitenciário.** Revista de Informação Legislativa, 1983.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SILVA, José Carlos Carvalho da. **Delineamentos teóricos para a compreensão do princípio da co-culpabilidade no marco de uma hermenêutica jurídica alternativa.** In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI – Fortaleza, 2010.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **El sistema penal em los países de América Latina.** In: ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. (Org). Sistema penal para o terceiro milênio: atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** Parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TESTEMUNHOS DE CONVERSÃO DE EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL: DISCURSO, RELIGIÃO E IDEOLOGIA

Nilton César FERREIRA[341]

José Artur Teixeira GONÇALVES[342]

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar a ideologia veiculada no discurso religioso acerca da conversão e da ressocialização de egressos do sistema carcerário. A metodologia adotada foi a Análise de Discurso de origem francesa. O trabalho divide-se em duas partes: na primeira, apresentam-se os postulados da Análise de Discurso e as peculiaridades do discurso religioso; na segunda, analisa-se um corpus de depoimentos de agentes religiosos à CPI do Sistema Carcerário. Pode-se depreender da análise que a religião constitui-se em veículo de produção e reprodução de ideologias e que o discurso em estudo apresenta a proposta soteriológica de conversão como mais eficaz na ressocialização do condenado do que a assistência proporcionada pelo Estado. Observa-se, inclusive, que as falas enunciadas pelos agentes na CPI mimetizam as estruturas do discurso litúrgico, transformando a audiência da CPI em um simulacro de culto evangélico, com suas narrativas ("testemunhos") e apelos.

PALAVRAS-CHAVE: Conversão religiosa. Sistema carcerário. Controle social. Ideologia. Análise de Discurso.

ABSTRACT

This article aims to analyze the ideology conveyed in the religious discourse about the conversion and rehabilitation of egresses of the prison system. The methodology adopted was the Discourse Analysis of French origin. The research is divided into two parts: the first presents the postulates of Discourse Analysis and the peculiarities of religious discourse, in

[341] Discente do 2º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Possui graduação em Letras pela União das Instituições Educacionais do Estado de São Paulo (2008) e graduação em Teologia pelo Seminário Teológico Querigma (2004).

[342] Doutor em História (UNESP/Assis). Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Coordenador do grupo de Iniciação Científica "Perspectivas alternativas sobre a violência e os direitos humanos: religião e o campo histórico-social contemporâneo". joseartur@unitoledo.br

the second, we analyze a corpus of statements from religious agents of the CPI Prison System. One can conclude from the analysis that religion is in vehicle production and reproduction of ideologies and discourse study presents the proposed conversion as soteriological more effective in the rehabilitation of the offender that the assistance provided by the State. It's observed, including the lines set out by the agents in CPI mimic the structures of liturgical speech, transforming the audience of the CPI in a semblance of evangelical cult with their narratives ("witnesses") and appeals.

KEYWORDS: Religious conversion. Prison system. Social control. Ideology. Analysis Discourse.

INTRODUÇÃO

A religião tem sido apresentada como um mecanismo de controle social e ressocialização do presidiário. Tanto é que a assistência religiosa é preconizada pela Lei de Execução Penal (LEP)[343] como direito do preso e assinala-se como um dos pilares do projeto de reinserção do condenado na sociedade.

Neste artigo, intenta-se analisar a fala de agentes religiosos e egressos do sistema carcerário "convertidos" à religião cristã evangélica, buscando-se compreender como o discurso religioso funciona como veículo de ideologias e, como estas, apoderam-se até mesmo do discurso político e jurídico. Neste diapasão, busca-se verificar de que modo os agentes religiosos apresentam a religião como uma prática ressocializadora mais eficaz que o próprio Estado, alcançando pela conversão religiosa aquilo que a prestação estatal não é capaz de realizar.[344]

Para tanto, escolheu-se um episódio da CPI do Sistema Carcerário – audiência realizada em 15 de maio de 2008 – definindo-se como *corpus* para a análise os depoimentos prestados por um pastor de denominação evangélica atuante na prestação de assistência religiosa no sistema prisional e por um egresso do cárcere, cuja ressocialização atribui-se à "conversão" religiosa. A metodologia adotada no enfrentamento do problema foi a Análise de Discurso.

[343] Lei nº 7.210/1984, artigos 10, 11, 24 e 41.

[344] Como já observado anteriormente, na ausência de prestação eficaz do Estado ao preso, os agentes religiosos apropriam-se desse papel, muitas vezes deixando a assistência religiosa a um segundo plano e dedicando-se à assistência social e até mesmo jurídica do condenado (GONÇALVES; MADRID, 2010).

Observa-se que tal *corpus* não é “neutro” e que nenhum documento reproduz fielmente a realidade (GONÇALVES; COIMBRA; AMORIM, 2010, p. 248). Antes, a realidade é construída pelos discursos e o papel do investigador é o de desvelar as ideologias e intencionalidades por trás dos discursos sobre o real.

Assim, o artigo foi tecido em duas grandes partes: na primeira, examina-se os pressupostos teóricos da Análise de Discurso, bem como sua fundamentação metodológica, identificando, em diálogo com o referencial teórico, as caraterísticas do discurso religioso. Entende-se como tarefa necessária capturar as teias que enredam o discurso religioso, para poder analisar o corpus delimitado, ou seja, as narrativas de conversão de presos e egressos do sistema carcerário; na segunda parte, procede-se a análise propriamente dita, descortinando significados produzidos pelas falas, revelando ideologias ocultas entre o dito e o não dito.

1 ANÁLISE DE DISCURSO E O DISCURSO RELIGIOSO

Antes de iniciar a exposição do presente trabalho, há o intento de se pensar o discurso religioso, a partir da Análise de Discurso francesa. Essa corrente teórica tem suas bases edificadas a partir de três domínios disciplinares, que são ao mesmo tempo ruptura com o século XIX: a Linguística, o Marxismo e a Psicanálise (MUSSALIM, 2000, p. 101-110). Essa corrente, que trata sobre o discurso, interessa-se pelo curso que a língua percorre entre sujeito, tempo, espaço e posição social.

Para Maingueneau (1998, p. 43), “o discurso não pode ser objeto de uma abordagem puramente linguística”, tendo em vistas a sua regularidade, o seu funcionamento. É possível apreender tal regularidade, “se não opomos o social e o histórico, o sistema e a realização, o subjetivo ao objetivo, o processo ao produto” (ORLANDI, 2000, p. 22). Por sua vez, o discurso remete à articulação de problemas linguísticos e extralinguísticos, tomados não apenas no contexto imediato de interação, mas como resultante de um contexto histórico, onde se incluem o social, o político e o cultural como fatores decisivos.

O discurso religioso define-se como “aquele em que fala a voz de Deus: a voz do padre – ou do pregador, ou em geral, de qualquer representante seu – é a voz de Deus” (ORLANDI, 2003, p. 242). Assim, o locutor e o ouvinte pertencem a duas ordens de mundos diferentes e afetadas por um valor hierárquico, põe uma desigualdade em sua relação: o locutor é do plano espiritual (o Sujeito, Deus) e o ouvinte é do plano temporal (os sujeitos, os homens). Na desigualdade, portanto, Deus domina os homens.

A assimetria original decorrerá em outras, pois a desigualdade – *imortalidade* e *mortalidade* – instala, aos homens, a relação *vida* e *morte*. Nasce, portanto, a necessidade de salvação para a vida eterna e o móvel para a salvação é a fé.

A assimetria caracteriza a tendência para a não-reversibilidade, visto que os homens não podem ocupar o lugar do Locutor [Deus], já que este lugar é próprio da divindade. Essa relação de interlocução, que constitui o discurso religioso, é dada e fixada, segundo a assimetria (ORLANDI, 2003, p. 244). Em termos de discurso, essa é a forma de mistificação, ou de subsunção, de uma voz pela outra (estar no lugar de), sem que se mostre o mecanismo pelo qual isso ocorra. Assim, o apagamento da forma pela qual o representante se apropria da voz é que caracteriza a mistificação.

O discurso religioso não apresenta nenhuma autonomia, de modo que o representante da voz de Deus não pode modificá-la de forma alguma (ORLANDI, 2003, p. 245). Dada representação da voz e assimetria fundamental, que caracteriza a relação falante/ouvinte no discurso religioso, mantém-se a distância entre *o dito de Deus* e *o dizer do homem*. Há, então, uma separação entre os planos, mostrando-se e mantendo-se a obscuridade dessa significação, inacessível e desejada.

A obscuridade, por sua vez, permite a possibilidade das diferentes interpretações (leituras) das palavras (do texto). Entretanto, essas diferenças observam um regulamento categórico: além de certo limite, elas são consideradas transgressões. No cristianismo institucional, "a *interpretação própria* é da Igreja, o *texto próprio* é a Bíblia, que é a revelação da palavra de Deus, *o lugar próprio* para a palavra de Deus é determinado segundo as diferentes cerimônias" (ORLANDI, 2003, p. 246). Assim, no discurso religioso, representar é o mesmo que *estar no lugar de*, em oposição a estar no *lugar próprio* de Deus, senão tornar-se-ia blasfêmia.

Além da interpretação [leitura] das palavras [textos], deve-se atentar igualmente para a assimetria dos planos. As regras são referidas às duas ordens de mundo, o temporal e o espiritual. De acordo com essa assimetria, os agentes da interpretação são de duas espécies: a) na ordem temporal, a relação com o sagrado, por exemplo, no catolicismo, se faz pelos *representantes* da Igreja: o Papa, o Bispo, os Padres; b) na ordem espiritual, a relação se faz pelos *mediadores*: Nossa Senhora, os Santos.

Para Althusser (1998, p. 93), o termo central é a noção de sujeito, as duas teses conjuntas que sustentam sua argumentação na análise desse exemplar são: a) só existe prática

através e sob uma ideologia; b) só existe ideologia através do sujeito e para sujeitos. Desse modo, todo procedimento de ordem religiosa cristã produz sujeitos cristãos. Todavia, para que tais sujeitos existam, é preciso estar sob condição da existência de um Outro Sujeito[345], que deve ser Único e Absoluto, ou seja, Deus.

O sujeito, por definir-se através da palavra do Outro, nada mais é que um significante do Outro. No entanto, por ser um sujeito clivado, dividido entre o consciente e o subconsciente, inscreve-se na estrutura, caracteristicamente definida por relações binárias entre seus elementos, como uma descontinuidade, pois emerge no intervalo existente entre dois significantes, emerge sobre as palavras, sobre o discurso (MUSSALIM, 2000, p. 109).

Em suma, essa estrutura aplicada da ideologia cristã assegura (ALTHUSSER, 1998, p. 102,103): a) a interpelação dos "indivíduos" como sujeitos; b) sua submissão ao Sujeito; c) o reconhecimento mútuo entre os sujeitos e o Sujeito, e entre sujeitos, e finalmente o reconhecimento de cada sujeito por si mesmo; d) a garantia absoluta de que tudo está bem assim, e sob a condição de que se os sujeitos reconheceram o que são e se conduzirem de acordo tudo irá bem: "assim seja".

Tais reflexões, em Althusser (1998, p. 103), evidenciam a ambiguidade proveniente da palavra "sujeito" e a verdadeira acepção desse termo que "deveria" ser: a) um indivíduo livre e responsável pelos seus atos; b) um ser submetido a uma autoridade superior e, consequentemente, sem liberdade, a não ser a de aceitar sua própria submissão.

Encontra-se, nos discursos cristãos, o uso de antíteses, que é uma forma semântica correspondente à dissimetria. Essa antítese ocorre por meio do mecanismo gramatical da "*negação*". São os planos, temporal e atemporal, opostos e afetados de um valor hierárquico. Nessa perspectiva, a negação adquire um efeito invertido (ORLANDI, 2003, p. 257): assujeitar *para* ser livre, morrer *para* viver, negar a si mesmo *para* reconhecer o Sujeito.

Do ponto de vista pragmático, no discurso cristão, encontra-se uma retórica "*de denegação*", que é a negação da negação (ORLANDI, 2003, p. 257). Essa dissimetria permite que o ouvinte acumule valores negativos e, entre eles, o de que o homem nasceu de uma natureza pecaminosa e o pecado é o não ao Outro Sujeito[346]. Essa retórica *de denegação*, relacionada com o problema da fé, exige dos interlocutores a disposição para mudar em direção à salvação.

[345] Este novo e singular Sujeito, que é Deus, será designado como Sujeito com a inicial maiúscula para distingui-lo dos demais, sem maiúscula.
[346] Esse Outro Sujeito refere-se a Deus, a quem o discurso aponta.

As partes do discurso religioso são sempre as mesmas: exortação, enlevo e salvação (ORLANDI, 2003, p. 258). Desse modo, o discurso religioso conduz à salvação, partindo-se da condição humana, que é inclinada ao pecado, ou ao não assujeitamento a Deus. Por sua vez, os discursos produzidos pelas diferentes instituições cristãs assemelham-se, pois intentam conduzir o homem ao reconhecimento do pecado, representado pela ideia da morte. Dada situação do ouvinte, espera-se que eles submetam [assujeitem livremente] à divindade [que é o Outro Sujeito do discurso] e sejam salvos por Ele [ou reconhecidos pela divindade].

Nessa perspectiva, o discurso religioso distingue os cristãos por meio das práticas: os ouvintes que estão unidos pela fé opõem-se "*daqueles*" que estão dispersos pela ausência dela. O "*nós*" [eu + vocês] distancia-se "*daqueles que*" [não são como nós (eu + vocês)] não compartilham da mesma fé, pois são incapazes de se submeterem ao Outro Sujeito, a quem o discurso cristão aponta.

Desse modo, a estrutura de toda ideologia, ao interpelar os indivíduos enquanto sujeitos em nome de um Sujeito Único e Absoluto, é especular: "funciona como um espelho, e duplamente especular" (ALTHUSSER, 1998, p. 102). Submete, então, os sujeitos ao Sujeito [Deus] e proporciona no Sujeito [Deus] garantia de que é efetivamente deles e Dele que se trata. Por sua vez, o Outro [Deus] ocupa uma posição de domínio com relação ao sujeito [homem], "é uma ordem anterior e exterior a ele, em relação a qual o sujeito se define, ganha identidade" (MUSSALIM, 2000, p. 109).

Daí, a ambiguidade do termo *ideologia* permite outro sentido da palavra: coerção, repressão, exploração. Porém, não se trata de força ou coerção física, pois a ideologia determina o espaço de sua racionalidade pelo discurso: o funcionamento da ideologia transforma a força em direito e a obediência em dever (FIORIN, 2000, p. 27).

A religião, por sua vez, constitui-se "um domínio privilegiado para se observar esse funcionamento da ideologia dado, entre outras coisas, o lugar atribuído à Palavra" (ORLANDI, 2003, p. 242). Desse modo, entre os objetivos desse trabalho, intenta-se apreender, considerando-se o discurso e a ideologia veiculada, as diversas maneiras que o homem tem de se relacionar com a divindade.

2 ANÁLISE DO DISCURSO RELIGIOSO NA CPI DO SISTEMA CARCERÁRIO

A Teoria do Discurso considera, como parte constitutiva do sentido, o contexto sócio-histórico (MUSSALIM, 2003, p. 231). As condições de produção, portanto, não devem ser concebidas como um apêndice que pode ou não ser considerado. Deve-se ter ciência, ainda, que um código constrói-se a partir de vários substratos, entre os quais, sociais, econômicos, culturais e religiosos. Além disso, cada época compreende determinadas práticas e formas de organização social (PÊCHEUX, 1997, p. 314). Desse modo, os discursos não podem ser analisados separadamente, pois uma formação discursiva permite-nos entender a respeito do grupo que se associam aqueles.

Atualmente, a vertente cristã que mais cresce no mundo é a evangélica (CORRÊA, 2008, p. 126), em especial a corrente pentecostal. No Brasil, seus adeptos representam hoje 18% da população, há duas décadas, essa cifra era de 7%. A evidência mais pujante do avanço dos evangélicos são os enormes templos construídos nos últimos anos para sediar seus cultos. Além disso, os evangélicos estão influenciando o Brasil dos esportes à política, das favelas aos bairros nobres, dos presídios à televisão (EDWARD, 2002, p. 90). Além disso, reivindicam um evangélico como presidente da República (BERGAMO, 2013), durante o pós-ditadura.

Por sua vez, o costume dos evangélicos de promover a leitura bíblica, em um país cuja educação encontra-se caótica, decorreu em uma revolução educativa (BARROS; CAPRIGLIONE, 1997, p. 88). Os evangélicos devem ser alfabetizados para cumprir seus deveres e educam seus filhos com o intento de que essa norma, com base na moralização do indivíduo, seja perpetuada. Nesse sentido, as denominações evangélicas administram, no Brasil, aproximadamente, 1.000 escolas, com uma clientela estimada em 740.000 alunos (EDWARD, 2002, p. 95).

De acordo com o pastor José Wellington Bezerra da Costa, presidente da Convenção Geral das Assembleias de Deus no Brasil, o órgão representativo da maior denominação evangélica do país, durante uma entrevista à Revista Veja (BARROS; CAPRIGLIONE, 1997, p. 89,90), a sua igreja reúne em média 2,9 milhões de fieis, conduzidos por 10.000 pastores, em 130.000 casas de orações. Além disso, o presidente da CGADB, na ocasião da entrevista, orgulha-se ao dizer que “três dos quatro últimos presidentes receberam o pastor Wellington em audiência”: José Sarney, Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso. Desse modo, a entrevista é encerrada, com os dizeres do pastor, repleto de ironia: “Onde tem Coca-Cola, Correios e Bradesco, tem Assembleia de Deus”.

A aprendizagem linguística, portanto, encontra-se estreitamente vinculada à produção de uma identidade ideológica. É essa identidade que difere, por exemplo, o pastor do padre, o católico do evangélico, etc. Daí, os sujeitos cristãos tornam-se suportes de ideologias, "vale dizer, de discursos, que constituem a matéria-prima com que elabora seu discurso" (FIORIN, 2000, p. 42). Desse modo, não existe liberdade em linguagem, pois os sujeitos são coagidos a reproduzir os discursos de seus respectivos grupos.

Nesse momento, procura-se analisar, através da reflexão sobre a linguagem, os recursos utilizados no discurso, cuja produção dá-se através de um sujeito, que enuncia na perspectiva cristã. Desse modo, averiguar-se-á, a respeito dos textos cristãos, que não há neutralidade em linguagem, pois chegam carregados de sentidos aos seus leitores (ORLANDI, 2000, p. 17). Por sua vez, deverá, em relação às vozes constantes no discurso religioso, trabalhar na perspectiva de sujeitos interpelados por Outro Sujeito[347], que fala de um lugar determinado. Esse Sujeito só pode falar, pois ao assumir posições diferenciadas, desloca-se e descentra-se. Esta possibilidade é denominada como dispersão (FOUCAULT, 2002a, p. 58,59).

Segue abaixo a análise de um depoimento, retirado de um inquérito de apuração, que foi cedido à CPI do Sistema Carcerário[348], no dia 15 de maio de 2008, cuja produção discursiva dá-se por Marcos Pereira da Silva, pastor fundador da Assembleia de Deus dos Últimos Dias, Henrique Angelino Porto Neves, ex-detentos e membros da referida instituição evangélica. Na ocasião, havia o intuito de se diagnosticar e investigar o sistema carcerário brasileiro, devido ao requerimento proposto pelo Deputado Relator, Domingos Dutra, com base em denúncias e relatórios da Organização das Nações Unidas, que retratavam os desrespeitos aos direitos humanos no país (BRASIL, 2010, p. 1).

No início da audiência pública, o deputado Neucimar Fraga, presidente da CPI do Sistema Carcerário, intenta persuadir que a "CPI não foi criada para defender os Governos, nem o Governo Federal, nem defender os presos", senão exigir o funcionamento do sistema carcerário (BRASIL, 2010, p. 1). Nessa perspectiva, defende que o sistema carcerário trata-se de uma instituição *falida, caótica, que não cumpre suas funções* (p. 2).

[347] Este novo e singular Sujeito, cuja ideologia cristã reconhece como sendo a divindade, será designado como Sujeito com a inicial maiúscula a fim de distingui-lo dos demais, sem maiúscula.
[348] A CPI do Sistema Carcerário, criada no dia 22 de agosto de 2007, presidida pelo Deputado Neucimar Fraga, defendia a padronização arquitetônica dos presídios, a uniformização de normas e procedimentos dentro dos presídios.

Para Michel Foucault, a prisão moderna é concebida como “uma empresa de modificar indivíduos” (2002b, p. 208). Nesse sentido, a prisão deve conduzir os indivíduos, através do isolamento, à reflexão, ao remorso e à submissão total, ao reconhecimento do preso a respeito do poder que se impõe sobre ele. Além disso, carece administrar, ao preso, um trabalho, cujo objetivo extinguisse a agitação, impor hierarquia, vigiar, constituindo uma relação de poder. Por outro lado, caso a prisão limite-se à simples privação de liberdade, desvirtuar-se-á, pois irá constituir uma população marginal de delinquentes (FOUCAULT, 2002b, p. 31).

Segundo o deputado Neucimar Fraga, a finalidade da prisão de ressocializar o preso, nas situações atuais, é uma tarefa impossível. Entre os anos de 2007 e 2008, das 80 unidades prisionais visitadas, em 18 Estados do Brasil, constatou-se uma situação demasiadamente caótica e violenta (BRASIL, 2010, p. 1,2): “tivemos quase duas mil mortes dentro dos presídios brasileiros”.

Nessa perspectiva, o *enunciador* argumenta que “temos no Brasil a morte sem pena, porque a violência é muito grande” (BRASIL, 2010, p. 2). Assim, o discurso evoca, através da memória[349], uma filiação de dizeres, denunciando um conflito ideológico entre a Constituição Federal (art. 5.º, XLVII) e a realidade encontrada no sistema penitenciário. Desse modo, o sistema carcerário concebe, em sua realidade, as penas de que violam a incolumidade física ou moral do preso, em oposição ao princípio da humanidade (MASSON, 2011, p. 44).

De acordo com sujeito deputado (BRASIL, 2010, p. 2), “temos 423 mil presos” e “um déficit de 220 mil vagas no setor carcerário”. Além disso, contabilizou-se, entre 2007 e 2008, mais de 70 mil fugas, “mostrando a fragilidade do sistema penitenciário”. Por sua vez, o locutor denuncia a corrupção existente entre os servidores, os agentes e os policiais. Esses facilitam a entrada de drogas, celulares e armas dentro dos presídios, exigindo-se, portanto, uma medida urgente.

Dada condição do sistema carcerário nacional, o pastor Marcos Pereira é convidado a relatar sobre o trabalho realizado por ele realizado dentro dos presídios.[350] Ele inicia o seu

[349] O interdiscurso permite que o analista de discurso remeta o dizer a uma filiação de dizeres, a uma memória, e a identificá-lo em sua historicidade, em sua significância, mostrando seus compromissos políticos e ideológicos (ORLANDI, 2000, p. 32).

[350] O pastor Marcos Pereira ficou conhecido por seu trabalho de assistência religiosa junto ao sistema carcerário, tendo atuado como mediador de conflitos e rebeliões no interior de presídios cariocas. À época da CPI do Sistema Carcerário, o pastor já não gozava do mesmo prestígio, tendo inclusive relatado à CPI que estava proibido pelos órgãos de segurança do governo estadual carioca de fazer pregações nos presídios

discurso, com características que remetem à linguagem adotada pelos pentecostais: “Quero cumprimentar o nosso presidente. Estou aqui maravilhado com esta CPI, com a preocupação desta comitiva (...)” (BRASIL, 2010, p. 14).

Embora o *enunciador* seja identificado como depoente convidado pela CPI do Sistema Carcerário, não é com essa posição social que ele surge no discurso. Esse *sujeito* – que fala de um lugar instituído – assume posições diferenciadas, desloca-se e descentra-se (FOUCAULT, 2002a, p. 58,59).

Desse modo, ao tratar sobre a condição do sistema penitenciário, o enunciador reafirma, através de seus vícios de linguagem, a sua posição de pastor pentecostal: “eu me sinto honrado por estar aqui”, “louvo a Deus”, “segundo as Escrituras Sagradas”, etc. Esse sujeito, portanto, encontra-se em situação de prestígio, em relação aos demais presentes na audiência, já que a voz de Deus fala através dele (ORLANDI, 2003, p. 242).

A heterogeneidade mostrada, por sua vez, pode ser *marcada* ou *não marcada*. As formas *não marcadas* da *heterogeneidade mostrada* são identificáveis sobre a face de índices textuais diversos ou graças à cultura do coenunciador [por exemplo, discurso indireto livre, alusões, ironia]. Já as formas marcadas são assinaladas de maneira unívoca [por exemplo, discurso direto ou indireto, aspas, glosas]. Entre as marcas de heterogeneidade mostrada, mencionadas por Maingueneau (1998, p. 78-79), encontram-se os marcadores de pressuposição[351].

No texto, ocorre a *heterogeneidade mostrada e marcada*, pois o enunciador intenta que os seus ouvintes percebam as conexões semânticas, presentes em seu discurso, com relação aos cânones cristãos (BRASIL, 2010, p. 14):

(GONÇALVES; COIMBRA; AMORIM, 2010, p. 252). Em 07 de maio de 2013, o pastor sofreu uma reviravolta em sua biografia: foi preso por acusação de dois estupros, sendo que outros quatro supostos casos estão em investigação. Do papel de agente de ressocialização de detentos por meio da religião, o pastor tornou-se um interno do sistema carcerário. Notícias na mídia de circulação nacional dão conta, no entanto, de que o pastor continua realizando trabalho evangelístico no cárcere, havendo relato de já ter promovido “conversões” em Bangu 2, Complexo de Gericinó, onde encontra-se encarcerado. (PAIXÃO, 2013, s.p.).

[351] De acordo com Fiorin (2006, p. 181), os pressupostos são ideias não expressas de forma explícita, que decorrem logicamente do sentido de certas palavras ou expressões contidas na frase. Na frase *João tornou-se um ambientalista convicto* a informação explícita é que João é um ambientalista convicto. Do sentido do verbo *tornar-se*, que significa “vir a ser”, decorre, no entanto, logicamente a informação implícita de que, anteriormente, André não era um ambientalista convicto.

> (...) segundo a Escritura Sagrada, em Romanos 13: "Toda autoridade é constituída por Deus", e louvo pelas autoridades aqui competentes se preocupando com os apenados e com os presos desta Nação. E, em Ezequiel 7.23, está escrito assim – a Bíblia foi escrita quase 7 mil anos atrás, não existia nem o Brasil –, está escrito aqui em Ezequiel 7.23: "Faz uma cadeia porque a Terra está cheia de crimes de sangue e a cidade cheia de violência". Deus determinou às autoridades que fizessem a cadeia. Mas, no livro de Hebreus, capítulo 13, versículo 3, está escrito: "Lembrai dos presos como se tivéssemos presos com eles e dos maltratados como se fôsseis maltratados com ele no corpo".

Esse enunciador não apresenta nenhuma autonomia, pois o representante da voz de Deus não pode modificá-la (ORLANDI, 2003, p. 245). O pastor sustenta o seu argumento na Bíblia, interpretada na condição da ideologia pentecostal. Legitimado o discurso do pastor, representante da voz divina, apaga-se qualquer possibilidade de resistência.

O pastor reconhece as autoridades, presentes na audiência, como sendo constituídas por Deus. Entretanto, o interdiscurso (POSSENTI, 2009, p. 382) permite relacionar tais dizeres com os de Jesus: dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus[352]. No contexto bíblico, César era retratado como uma autoridade, porém, segundo a ótica judaico-cristã, uma espécie de mercenário. Se concebermos que César represente as autoridades presentes na CPI, encontraremos uma crítica dirigida a elas, mesmo entre tantas honrarias. Essas autoridades são tratadas, nos discurso do pastor, como se não tivessem nenhum conhecimento bíblico, como leigos: "a Bíblia foi escrita quase 7 mil anos atrás" (BRASIL, 2010, p. 15).

Considerando-se a formação discursiva (MUSSALIM, 2000, p. 119) pentecostal, as ditas *autoridades* são concebidas no discurso como *aqueles que não comungam da mesma fé que a nossa*, em oposição ao *nós que temos conhecimento da vontade divina* (ORLANDI, 2003, p. 258). Revela-se, portanto, que locutor e interlocutores, os membros da CPI do Sistema Carcerário, pertencem a *formações ideológicas* contrárias (MUSSALIM, 2000, p. 124). Nesse sentido, a fé é que distingue os fiéis dos não fiéis (ORLANDI, 2003, p. 250), já que ela é condição para se obter a salvação.

[352] Mateus 22.21.

Assim, o religioso opõe-se, embora inconscientemente (FIORIN, 2000, p. 42), aos descrentes [*in* (prefixo de negação) + *crédulo* (crer em Deus, por meio da Bíblia e essa crença é confirmada através das práticas religiosas)]. Nesse sentido, "a fé é que distingue os fiéis dos não fiéis" (ORLANDI, 2003, p. 250), já que a fé é condição para obter a salvação[353].

De acordo com o discurso do pastor, "Deus determinou às autoridades que fizessem cadeia" (BRASIL, 2010, p. 15), para que o crime fosse estancado. Por sua vez, até aquele momento, tais autoridades apenas construíram as prisões, mas se esqueceram de desenvolver campanhas visando a ressocialização dos presos. Desse modo, o pastor louva a Deus, pois, finalmente, atentaram-se aos problemas vividos pelos detentos brasileiros: "pela primeira vez, desde 1991 até hoje, eu vejo Parlamentares se reunirem, ir até uma unidade penal e se preocupar com apenados" (BRASIL, 2010, p. 15).

Além disso, o pastor refere-se aos presos como *apenados*, cuja sonoridade remete à expressão *almas penadas*, denunciando a condição vivida nos cárceres: *maltratados no corpo*. De acordo com essa análise, percebe-se que as palavras simples do nosso cotidiano chegam-nos carregadas de ideologias, não havendo neutralidade em linguagem (FIORIN, 2000, p. 42).

O interdiscurso "disponibiliza dizeres que afetam o modo como o sujeito significa uma situação discursiva dada" (ORLANDI, 2000, p. 31). O interdiscurso é a relação do discurso com uma multiplicidade de discursos, ou seja, ele é um discurso não discernível de discursos que sustentam a possibilidade mesma do dizer, sua memória. Assim, a citação do trecho de hebreus, "Lembrai dos presos como se tivéssemos presos com ele" (BRASIL, 2010, p. 15), remete – considerando-se a noção de interdiscurso – aos Evangelhos: "amarás ao teu próximo como a ti mesmo"[354]. Por sua vez, a expressão "como se fôsseis maltratados com eles no corpo" evoca, através da memória discursiva, à Constituição Federal (art. 5.º, XLVII), em relação às penas que violam a incolumidade física ou moral do preso.

Portanto, a condição para que as palavras façam sentido, é que elas já façam sentido antes. Em outras palavras, é necessário que as palavras já estejam inscritas na história, pois cada época tem a sua maneira de nomear e interpretar o mundo (PÊCHEUX, 1997, p. 314). Assim, o homem aprende a ver o mundo pelos discursos que assimila e, na maior parte das vezes, reproduz esses discursos em sua fala.

[353] Atos 16.30,31.
[354] Marcos 12.31.

Entretanto, o discurso resulta da reprodução inconsciente do dizer de outros (BRANDÃO, 2010, p. 69). Na medida em que esquecemos, portanto, quando os sentidos constituíram-se em nós, eles aparecem-nos como se fossem evidentes. Nesse sentido, o pastor torna-se sujeito, pois ele esquece quem falou antes dele, tal discurso, e assume a palavra de outros, como se fossem as suas (PÊCHEUX, 1997, p. 82). Na realidade, o religioso reproduz o discurso dos pentecostais, cujos desenvolvem projetos nas periferias (BARROS; CAPRIGLIONE, 1997).

A ideologia, para a análise de discurso, não tem por fito ocultar a verdade, mas o seu funcionamento faz-nos acreditar que os sentidos sejam evidentes e que sejamos já sujeitos (ORLANDI, 2000, p. 46). O pastor, interpelado pela ideologia protestante, reproduz, inconscientemente, os dizeres de seu grupo social. Para ele é evidente que o Estado não tem capacidade de recuperar os presos, pois não teve condições nem de manter seus internos, como "Fernandinho Beira-Mar, Marcio dos Santos Nepomuceno, Porca, Russa e os demais (...) líderes das facções, que foram colocados em outro Estado" (BRASIL, 2010, p. 16). De acordo com o discurso evangélico, o criminoso tornar-se-á ressocializado, somente se ele estiver sob condição da existência do Outro Sujeito[355] (ALTHUSSER, 1998, p. 93).

A seguir, o pastor convida os deputados a conhecer "algumas pessoas que estão em nosso meio e que outrora não poderiam estar aqui, homens que eram traficantes de mídia, procurados pela Polícia Federal, Estadual e Municipal, polícias internacionais, que foram ressocializados" (BRASIL, 2010, p. 16). Dado nível de periculosidade dos egressos do sistema carcerário, presentes na audiência, há uma supervalorização da vida pregressa desses sujeitos, de modo que o alto grau de periculosidade justifica tamanho milagre:

> (...) homens que, segundo a sociedade, não tinham jeito, homens perigosos, homens que furtavam fuzil R15, faziam parte do Comando Vermelho, Terceiro Comando e ADA, e outras facções que foram surgindo, como PCC, e hoje estão integrados à sociedade e vivem em comum, vivem juntos. (BRASIL, 2010, p. 15)

No fragmento, os crimes listados tornam-se currículos, de modo a justificar a importância das conversões de tais homens. As naturezas dos delitos são, em alguns

[355] Este novo e singular Sujeito, que é Deus, será designado como Sujeito com a inicial maiúscula para distingui-lo dos demais, sem maiúscula.

momentos, tão significativos, que suprimem aos próprios delituosos. A ressocialização desses homens, extremamente perigosos, em suas vidas pregressas, ocorre por meio da fé, um importante instrumento de manifestação do milagre[356]. Por sua vez, a fé permite a ilusão da *passagem* (ORLANDI, 2003, 251), de um plano ao outro, não só da divindade em relação ao homem, mas ao contrário também.

No discurso cristão, a divindade se alça até o homem, através da Palavra, e religa-o ao seu elo perdido (ORLANDI, 2003, p. 251). É nesse sentido que o pastor defende que "Fernandinho Beira-Mar tem jeito, Marcio dos Santos Nepomuceno tem jeito, Porca Russa tem jeito" (BRASIL, 2010, p. 17). A repetição do termo "tem jeito", no discurso do pastor, lado aos nomes de alta periculosidade, reafirma a convicção de ressocialização dos presos. Portanto, todo procedimento de ordem religiosa cristã produz sujeitos cristãos (ALTHUSSER, 1998, p. 83).

De acordo com Denise de Roure (1998), o intuito de se ressocializar o preso, nas condições atuais, é impossível. Dada dificuldade do Estado, em recuperar os presos, o pastor ganha crédito ao persuadir, durante a audiência, a respeito da recuperação de homens perigosos (BRASIL, 2010, p. 17). Nessa perspectiva, as possíveis resistências, ao religioso, deverão ser vencidas. A audiência, nesse momento, torna-se um culto, com direito a milagres e testemunhos. Portanto, "a religião constitui um domínio privilegiado para se observar esse funcionamento da ideologia" (ORLANDI, 2003, p. 242).

Há uma distinção de sentido entre as palavras *indivíduo* e *sujeito* (POSSENTI, 2009, p. 386-388): o primeiro não foi interpelado por determinada ideologia, ao contrário do segundo. Assim, o indivíduo torna-se sujeito na medida em que ele é obrigado a se posicionar deste ou daquele modo, tendo que escolher as palavras e usando o tom adequado diante de sua posição, ocupando um lugar determinado, o lugar de onde fala (ALTHUSSER, 1998, p. 96). Em determinada religião, por exemplo, os sujeitos seriam aqueles que se converteram e se sujeitaram a ela, estes são reconhecidos como sujeitos, pois foram interpelados pelo discurso religioso específico.

Nesse momento, o Sr. Henrique Angelino Porto Neves, quando interrogado pelo pastor, a respeito da quantidade de tempo em que esteve preso, responde:

[356] Marcos 11.22, 23.

> Dezoito anos e seis meses, umas pena de 44 anos de cadeia. Passei por 10 penitenciarias do Rio de Janeiro. Convivi e vivi com fundadores da Falange Vermelha, que hoje, atualmente, é o Comando Vermelho (...). Estive na Ilha Grande e foi quando cheguei naquele lugar e tive várias tentativas de fuga. Tentei dinamitar o muro da Frei Caneca, da Milton Dias Moreira, com Alfredo (*ininteligível*), Paulo Roberto (*ininteligível*), como também muitos outros do crime. Fui transferido para Água Santa, cumpri ali, um castigo, voltei. Fazia túnel dentro da Dias Moreira, quando concluíram a construção do Bangu I, e ali juntaram todos os chefes do comando para serem colocados. Ali nós tentamos uma fuga para sair dentro do campo do manicômio para ganhar o Morro do São Carlos, no qual várias pessoas foram baleadas, vários internos foram baleados, lá eles não conseguiram fugir, e ali muitos foram levados. Fui para Ilha Grande, sem perspectiva de vida, uma voadeira para me buscar, fiz várias tentativas de fuga (...) não conhecia que a maior liberdade é da alma e do espírito, porque está dito aqui que nenhuma condenação há para aqueles que estão em Cristo Jesus, que não anda segundo a carne, mas segundo o espírito. (BRASIL, 2010, p. 20)

O enunciador menciona o seu passado no crime, comprovando a sua periculosidade e envolvimento com a facção Comando Vermelho. Dado nível de periculosidade do locutor (BRASIL, 2010, p. 20), durante a audiência, há uma supervalorização de sua vida pregressa, de modo que o alto grau de periculosidade justifica tamanho milagre. A importância da salvação, nesse caso, mede-se a partir do nível de delitos praticados pelo sujeito. A ressocialização de um homem, extremamente perigoso, em sua vida pregressa, manifesta a intensidade do milagre, que surge através da fé (ORLANDI, 2003, 251).

Esse sujeito cristão, na condição de ex-detento, encontra-se submetido ao Sujeito [Deus], que ocupa uma posição de domínio em relação aos sujeitos [homens]. A necessidade de salvação surge, pois, para se adquirir a vida eterna, cujo móvel é a fé (ORLANDI, 2003, p. 242). De acordo com a ideologia cristã, esse sujeito, antes um criminoso, agora é reconhecido por Deus como filho, por si mesmo como um novo homem e, finalmente, aceito entre seus correligionários como irmão. Portanto, a estrutura da ideologia, ao interpelar os indivíduos, é especular, pois funciona como um espelho e duplamente especular (ALTHUSSER, 1998, p. 102).

Ao produzir sentido, o sujeito significa-se também, pois a linguagem é a mediação necessária entre o homem e a sua realidade natural e social. A linguagem permite tanto a permanência e a continuidade, quanto o deslocamento e a transformação do homem e da realidade em que ele vive (ORLANDI, 2000, p. 15). Desse modo, sujeito e sentidos não estão separados, pois ambos se constituem ao mesmo tempo.

Nesse sentido, o enunciador, antes de ser atravessado pela ideologia dos pentecostais, concebia a liberdade como o direito de ir e vir. Esse discurso, a respeito do locutor, consiste a partir do apontamento exaustivo da condição humana, que é pecaminosa. Entretanto, esse sujeito, ao ser interpelado (ORLANDI, 2000, p. 17) segundo a ideologia evangélica, reconhece a transformação de suas condutas, inclusive na sua concepção de liberdade, que é "da alma e do espírito" (BRASIL, 2010, p. 20). As palavras mudam de sentido (ORLANDI, 2000, p. 16) segundo as posições daqueles que as empregam, a linguagem é opaca. O *nós* [eu + eles (os antigos companheiros)], na ocasião das tentativas de fugas e na condição de criminoso, não é mais o *nós* [eu + vós (os novos companheiros)], cujos partilham de uma nova prática, com base na ideologia evangélica. Desse modo, o discurso religioso interpela seus interlocutores à salvação (ORLANDI, 2003, p. 258).

Segundo Authier-Revuz, a heterogeneidade se manifesta em dois planos distintos, mas complementares: a) heterogeneidade constitutiva, isto é, aquela "que não é marcada na superfície, mas que a Análise de Discurso pode definir, formulando hipóteses, através do interdiscurso, a propósito da constituição de uma formulação discursiva"; b) a heterogeneidade mostrada, que "incide sobre as manifestações explícitas, recuperáveis a partir de uma diversidade de fontes de enunciação" (MAINGUENEAU, 1998, p. 78-79).

No texto, ocorre a heterogeneidade mostrada e marcada, pois o enunciador faz alusão ao texto bíblico: "está dito aqui que nenhuma condenação há para aqueles que estão em Cristo Jesus, que não anda segundo a carne, mas segundo o espírito" (BRASIL, 2010, p. 20). As formas marcadas, portanto, são assinaladas de maneira unívoca (MAINGUENEAU, 1998, p. 78-79) – por exemplo, discurso direto ou indireto, aspas, glosas.

> Conheci a maconha, a cocaína, conheci os roubos, os assaltos, os crimes, vim com 5 assaltos do Rio de Janeiro, crime de morte, *(ininteligível)* tem 44 anos de cadeia. Vim com 2 assaltos em São Paulo, porque pegava os carros aqui, furtava os carros aqui, transferia para São Paulo, chegava em São Paulo, vendia, vinha de avião para o Rio

> de Janeiro, tornava a pegar, tornava a subir. E nessa correria toda, ao chegar àquele lugar, pensando que ia embora numa voadeira, chegou este homem levando uma palavra de vida para mim. Eu dei crédito, porque já tinha acreditado em muitas coisas, mas não tinha visto uma saída. Dei credibilidade às palavras desse homem e verdadeiramente hoje eu sou um homem transformado pelo poder de Deus. (BRASIL, 2010, p. 20,21)

Para o enunciador, o currículo de crimes é um importante índice de persuasão, pois narra os delitos de um modo extensivo. Além disso, esse sujeito tenta convencer da sua graduação no crime, praticamente, uma vida de empresário, exceto se não fosse delituoso: "pegava os carros aqui, furtava os carros aqui, (...) chegava em São Paulo, vendia, vinha de avião para o Rio de Janeiro, tornava a pegar, tornava a subir. E nessa correria toda (...)". Por sua vez, nas igrejas pentecostais, o testemunho permite convencer, a respeito da manifestação divina (ORLANDI, 2003, 251), aos interlocutores. A religião necessita de milagres, para a sua existência, caso contrário, tende a minguar.

A sociolinguística estuda as relações entre as variações linguísticas e as variações sociológicas (PRETI, 2003, p. 15). A identidade social do *emissor*, que testemunha, corresponde aos dialetos de classes, "onde as diferenças de fala correlacionam com a estratificação social" (PRETI, 2003, p. 16). Desse modo, o interlocutor, em determinados momentos, refere-se ao *helicóptero* como *voadora* (BRASIL, 2010, p. 20,21). Esse recurso de linguagem, utilizado pelo *enunciador*, durante o testemunho, tem o intuito de convencer os ouvintes, a respeito de seu envolvimento com a prisão e o crime.

Durante toda correria, da vida pregressa, Deus alçou até o enunciador (ORLANDI, 2003, 251), por meio da Palavra: "chegou este homem levando uma palavra de vida para mim" (BRASIL, 2010, p. 20). A desigualdade – *imortalidade* e *mortalidade* – instala, aos homens, a relação *vida* e *morte* (ORLANDI, 2003, p. 242). A Palavra, que administra a vida, ou a salvação, manifesta a vontade do Sujeito, condição para a imortalidade da alma, ao sujeito cristão. A partir do momento em que o enunciador deu credibilidade à Palavra, condição para ganhar as qualidades do espírito (CITELLI, 1990, p. 50), ele tornou-se salvo: "verdadeiramente hoje eu sou um homem transformado pelo poder de Deus" (BRASIL, 2010, p. 20,21).

Portanto, a linguagem permite tanto a permanência e a continuidade, quanto o deslocamento e a transformação do homem e da realidade em que ele vive (ORLANDI, 2000, p. 15). É o discurso que possibilitou ao enunciador tornar-se sujeito cristão, deslocando-se de uma realidade para a outra: do crime ao Evangelho.

> Sou presidiário, porque ainda com o direito de ir e vir, porque me encontro em liberdade condicional, mas a minha pena de 44 anos ela foi reduzida para 37 depois que eu aceitei a Jesus, e comecei a caminhar na presença de Deus. De 37, ela foi reduzida para 30, e quando chegou em 30, eu estava cumprindo 18 anos e 6 meses, fiquei 15 anos e 10 meses trancado, sem botar o pé na rua. Ganhei uma cela aberta com direito de sair para trabalhar e retornar. Saía às 6 da manhã e voltava às 8 da noite, e foram 2 anos e 5 meses saindo e voltando. Quando eu saí, o emprego quem arrumou para mim? Pastor Marcos Pereira da Silva e IVR. Trabalhei 2 anos e 5 meses, cumpri a minha pena, ganhei a minha condicional, estou pagando a minha condicional, me encontro 10 anos em condicional, mas a minha pena termina dia 20 de março de 2010. E assim estou caminhando na presença do Senhor. Hoje, tenho uma família, tenho o meu trabalho, ando de cabeça erguida, e por onde eu passo o nome do Senhor é glorificado. (BRASIL, 2010, p. 21)

No discurso cristão, “há um jogo de morrer e ressuscitar”, senso a tensão entre os apelos para uma vida que priorizasse o espírito (CITELLI, 1990, p. 51). Desse modo, morrer é a condição para se alcançar a vida eterna. Por sua vez, a fé e a crença transformam a morte em vida.

Junto à liberdade do espírito, veio também a liberdade condicional, devido aos crimes cometidos no plano terreno. O verbo *aceitei*, no pretérito do indicativo em primeira pessoa, é uma das condições para se adquirir a qualidade do Sujeito, a imortalidade. Deve-se ter em mente que, para adquirir a salvação, conforme a ideologia evangélica, o homem precisa reconhecer como Sujeito a divindade e, consequentemente, assujeitar-se a Ele (ALTHUSSER, 1998, p. 103). Além disso, o sujeito reconhece o pastor como representante de Deus (ORLANDI, 2003, p. 245), pois ele administrou, ao *enunciador*, desde a salvação até o emprego.

Os pressupostos e subentendidos presentes na linguagem também são importantes para o estudo do extralinguístico (FIORIN, 2006, p. 181). Ao passo que o pressuposto é marcado linguisticamente na frase, os subentendidos são insinuações, não marcadas linguisticamente, contidas numa frase ou num conjunto de frases.

O *enunciador* diz: “Hoje, tenho uma família, tenho o meu trabalho, ando de cabeça erguida, e por onde eu passo o nome do Senhor é glorificado” (BRASIL, 2010, p. 21). Pressupõe-se, portanto, que antes esse sujeito não tinha uma família, nem trabalho, muito menos dignidade para andar de cabeça erguida. Agora, esse locutor encontra-se caminhando, com o verbo marcado no gerúndio, dando ideia de continuidade. Nesse sentido, ele parece se orgulhar, ao dizer “estou pagando a minha pena”, mesmo que o seu tempo tenha sido reduzido.

CONCLUSÃO

No discurso religioso, averigua-se uma dualidade entre: bom/mal, mortal/imortal, sábio/tolo, atemporal/temporal, onipotente/prepotente. Desse modo, a ilusão de reversibilidade cria nos leitores um sentimento de identidade com Deus, Senhor do poder absoluto, e maior distanciamento com o indivíduo, que é senhor apenas do poder temporal. Essa ilusão de reversibilidade toma apoio na vontade de poder, ou de ultrapassagem, que é a ilusão de passagem de um mundo para o outro (ORLANDI, 2003, p. 251). Encontra-se, nos três discursos cristãos, a tentativa de levar os leitores/ouvintes a alcançarem a completude, por meio da identificação com o espírito, de modo que possam adquirir as qualidades espirituais: a imortalidade, a força, a sabedoria, a onisciência, etc. (ORLANDI, 2003, p. 251).

Além disso, encontra-se, no discurso evangélico, a promessa de vida eterna para os que se assujeitam a Deus. Entretanto, há uma ameaça discursiva dirigida aos interlocutores que não se submetem à vontade divina. Se por um lado existe a ideia de salvação, do céu, da vida eterna e do amor divino pelo homem, é possível pensar também na perdição eterna, no inferno, na morte e na ira de Deus sobre àqueles que não assujeitarem a Deus. Assim, o discurso religioso passa a constituir-se em promessa, aos sujeitos que se assujeitam ao Outro Sujeito, e uma ameaça, aos indivíduos que não reconhecem o Sujeito (ORLANDI, 2003, p. 242).

O que se pode apreender imediatamente nos textos é o uso de antíteses, que é uma forma semântica correspondente à dissimetria (ORLANDI, 2003, p. 257). Essa antítese ocorre por meio do mecanismo gramatical da "*negação*". Os planos temporal e atemporal sendo opostos e afetados de um valor hierárquico, a negação passa a ter um efeito invertido (ORLANDI, 2003, p. 257): assujeitar para ser livre, morrer para viver, negar a si mesmo para reconhecer o Sujeito.

Do ponto de vista pragmático, nos discursos analisados, encontra-se uma retórica "*de denegação*", que é a negação da negação (ORLANDI, 2003, p. 257). Assim, na dissimetria, o ouvinte acumula valores negativos e, entre eles, o de que o homem nasceu de uma natureza pecaminosa e o pecado é o não ao Outro Sujeito[357]. Essa retórica da denegação, relacionada com o problema da fé, exige dos interlocutores a disposição para mudar em direção à salvação.

As partes do discurso religioso são sempre as mesmas: exortação, enlevo e salvação (ORLANDI, 2003, p. 258). Desse modo, o discurso religioso conduz à salvação, partindo-se da condição humana, que é inclinada ao pecado, ou ao não assujeitamento a Deus. Portanto, os discursos produzidos pelas diferentes instituições cristãs assemelham-se no propósito de conduzir o homem ao reconhecimento do pecado, representado pela ideia da morte. Dada situação do ouvinte, espera-se que eles submetam [assujeitem livremente] à divindade [que é o Outro Sujeito do discurso] e sejam salvos por Ele [ou reconhecidos pela divindade].

Por sua vez, o discurso religioso distingue os cristãos por meio das práticas: os ouvintes que estão unidos pela fé opõem-se "*daqueles*" que estão dispersos pela ausência dela. O "*nós*" [eu + vocês] distancia-se "*daqueles que*" [não são como nós (eu + vocês)] não compartilham da mesma fé, pois são incapazes de se submeterem ao Outro Sujeito, a quem o discurso cristão aponta.

REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Aparelhos Ideológicos de Estado:* nota sobre os Aparelhos Ideológicos de Estado. 7ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

BARROS, Andréa; CAPRIGLIONE, Laura. *Soldados da fé e da prosperidade*. Revista Veja, São Paulo, n. 1502, p. 86-95, 2 jul. 1997.

[357] Esse Outro Sujeito refere-se a Deus, a quem o discurso aponta.

BERGAMO, Mônica. Líder da igreja Sara Nossa Terra aposta que o Brasil ainda terá um presidente evangélico. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 21 jul. de 2013. Disponível em: < http://folha.com/no1313829 >. Acesso em: 21 de julho de 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. CPI do Sistema Carcerário. **Relatório Final**. Brasília, julho 2008. Disponível em: <http://www.camara.gov.br> Acesso em 20 set. 2010.

CITELLI, Adilson. *Linguagem e persuasão.* São Paulo: Ática, 1990.

EDWARD, José. *A força do Senhor*. Revista Veja, São Paulo, n. 1758, p. 88-105, 3 jul. 2002.

FIORIN, José Luiz. *Linguagem e Ideologia*. 7ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. A linguagem em uso. In.: FIORIN, José Luiz (Org.). *Introdução à linguística I:* princípios de análise. 2ª ed. São Paulo: Ed. Contexto, 2006, p.165-185.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Rio de Janeiro: Forense, 2002a.

_____. *Vigiar e Punir*. 25ª ed. Petropólis: Vozes, 2002b.

GONÇALVES, José Artur T.; COIMBRA, Mário; AMORIM, Daniela. Assistência religiosa e suas barreiras: uma leitura à luz da LEP e do sistema prisional. *Intertemas*, Presidente Prudente, v. 15, p.244-261, 2010.

GONÇALVES, José Artur T.; MADRID, Daniela Martins.

MAINGUENEAU, Dominique. *Temas-chave da análise do discurso*. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado:* parte geral, vol. 1. 6.ª ed. São Paulo: Método, 2012.

MUSSALIM, Fernanda. Análise de Discurso. In.: MUSSALIM, Fernanda; BENTES, Anna Christina (Org.). *Introdução à linguística II:* domínios e fronteiras. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 101-142.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de discurso:* princípios e procedimentos. Campinas: Pontes, 2000.

_____. *A linguagem e seu funcionamento*. 2ª ed. Campinas: Pontes, 2003.

PAIXÃO, Sara. Mesmo preso, pastor Marcos Pereira da Silva faz orações com presidiários e converteu mais um para o seu rebanho. *O Globo*. 13/05/2013. Disponível em: <http://extra.globo.com/casos-de-policia/mesmo-preso-pastor-marcos-pereira-da-silva-faz-oracoes-com-presidiarios-converteu-mais-um-para-seu-rebanho-8370152.html> Acesso em: 20 jul.2013.

POSSENTI, Sírio. Teoria do Discurso: um caso de múltiplas rupturas. In.: MUSSALIM, Fernanda; BENTES, Anna Christina (Org.). *Introdução à linguística III:* domínios e fronteiras. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 353-392.

PÊCHEUX, Michel. *Semântica e Discurso:* uma crítica à afirmação do óbvio. 3ª ed. Campinas: Unicamp, 1997.

PRETI, Dino. *Sociolinguística:* os níveis de fala. 9 ed. São Paulo: EDUSP, 2003.

ROURE, Denise de. Panorama dos Processos de Reabilitação de presos. *Revista Consulex*. Ano III, n.º 20, ago. 1998, p. 15-17.

A COMPLEXIDADE DO FENÔMENO CRIMINAL E A PREVENÇÃO DO DELITO

Vanessa Rui FÁVERO[358]

RESUMO

A prevenção do crime não interessa exclusivamente aos poderes públicos, ao sistema legal, senão a todos, à comunidade inteira; de forma que, o fenômeno criminal não é um corpo 'estranho', alheio a sociedade, mas um problema social e comunitário. Assim, demonstra-se necessário que o Estado tente solucionar o problema da criminalidade através de uma política criminal sólida, consistente e engajada com a realidade social vigente, direcionando investimentos aos mais diversos setores, formais ou informais de controle social; e não simplesmente por meio de uma política penal, que se utiliza de recursos eminentemente repressivos, como o aumento da quantidade de pena e de crimes; a serem implementados somente após a manifestação do problema. O sopesamento das medidas de política criminal propostas deve ser sempre minuciosamente analisado a fim de que se leve em conta, sempre e a todo o momento, a efetividade da decisão política a ser tomada no enfrentamento do fenômeno criminal; demonstrando-se de fundamental relevância sempre nos atentarmos à prevenção do delito como importante ferramenta de enfrentamento da problemática a ser enfrentada.

ABSTRACT

Crime prevention does not matter exclusively to public, the legal system, if not all, the whole community, so that the criminal phenomenon is not a 'foreign', oblivious to society but a social and community problem. Thus, it is shown that the state must try to solve the crime problem through a political criminal solid, consistent and engaging with current social reality, directing investments to various sectors, formal and informal social control, and not simply through a penal policy, which uses resources eminently repressive, such as increasing the amount of penalty and crime, to be implemented only after the manifestation of the problem. The sopesament measures of criminal policy proposals should always be thoroughly analyzed in order to take into account where and any time, the effectiveness of the policy decision to be

[358] Acadêmica de graduação em Direito da Universidade Estadual Norte do Paraná e bolsista de Iniciação Científica PIBIC/UENP - Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FAADCT/PR), sob a orientação do Professor Doutor Valter Foleto Santin. – *vanessa_vrf@hotmail.com*

taken in addressing the criminal phenomenon, demonstrating to be of fundamental importance always neglect crime prevention as an important tool for dealing with the problems to be faced.

PALAVRAS-CHAVE: Atuação estatal. Imediatismo. Prevenção do delito. Efetividade das medidas propostas. Políticas públicas.

KEYWORDS: State action. Immediacy. Prevention of crime. Effectiveness of the proposed measures. Public Policy.

INTRODUÇÃO

Na tentativa de se compreender a complexidade do fenômeno criminal pátrio faz-se necessária a compreensão das variáveis e dos fenômenos sociais que circundam a infração penal, em uma atuação complexa de políticas públicas estruturais, de forma a construir as bases do pensamento político, social e econômico brasileiro, que refletirão na sistemática do nosso sistema penal.

Analisando toda a sistemática da atuação estatal diante do fenômeno criminal, sua complexidade e seus desafios, verificamos que várias são as causas que podem ser apontadas na tentativa de compreender-se tal fenômeno, dentre as quais, alguns autores destacam como causa endêmica da problemática a ser enfrentada a ausência do Estado em assumir sua precípua função preventiva, na busca de atingir os males que assolam nossa sociedade ainda em sua formação, aguardando que tal fenômeno se manifestem para apenas posteriormente atuar.

Ademais, a construção das bases do pensamento político, social e econômico brasileiro, que refletem na sistemática do nosso sistema penal não pode se dar pela utilização, cada vez maior, do direito penal na tentativa de solucionar conflitos que facilmente seriam resolvidos por outros meios de pacificação social – através da adoção de medidas extrapenais.

É evidente, que, no enfrentamento do problema, facilmente percebemos que não há como se falar sobre combate a criminalidade sem se falar prioritariamente sobre prevenção. Ela demonstra ser a melhor forma de se combater a criminalidade, uma vez que é capaz de

diminuí-la, alcançando o crime em suas próprias raízes; e não tentando apenas remediar suas consequências.

Dessa forma, passa a ser de fundamental relevância nos atentarmos para a prevenção do delito como importante ferramenta no enfrentamento da problemática a ser encarada; bem como analisarmos sempre arduamente os custos sociais das diversas formas de prevenção. É essencial a realização contínua do sopesamento de valores sempre na busca da visualização da efetividade das medidas propostas, que não podem ser tomadas única e exclusivamente com cunho imediatista e passional.

Deve o Estado, antes de qualquer coisa, sempre considerar as consequências maléficas da drástica intervenção do direito penal; devendo sempre verificar previamente a eficácia da prevenção dos delitos dirigida por outros ramos do ordenamento jurídico, quando estes se demonstrarem fortes o suficiente na proteção de determinado bem. É preferível que tal proteção seja por eles levada a efeito ao invés da utilização, já de início, da drástica intervenção do direito penal como meio de se atingir controle social almejado.

1. O PRIMADO DA PREVENÇÃO DO DELITO NO COMBATE AO FENÔMENO CRIMINAL

Nos dias atuais podemos facilmente verificar que muitas expectativas recaem sobre o direito penal fazendo com que a sociedade civil busque no sistema punitivo estatal mordaz instrumento de controle social punitivo institucionalizado no anseio da sensação de maior segurança. Entretanto, antes de recorrermos aos meios penais para a contenção do fenômeno criminal, devemos levar sempre em consideração o importante papel desempenhado pela adoção de medidas preventivas, de forma que a prevenção do delito tem demonstrado ser importante ferramenta no enfrentamento da problemática criminal a ser encarada.

Em seu opúsculo *Dos delitos e das penas*, Cesare Beccaria (1999, p. 130) já advertia que é preferível evitar os delitos a puni-los, afirmando ainda que este deve ser o escopo principal de toda boa legislação, como se analisará com mais profundidade posteriormente.

Segundo Carlos Alberto Baptista, analisando toda a sistemática da atuação estatal diante do fenômeno criminal, sua complexidade e seus desafios, temos que:

> A criminalidade não é fenômeno moderno, e deita suas raízes na própria natureza humana, No presente, alcançou níveis alarmantes. Embora estudiosos das mais

> diversas áreas apontem várias causas para tal fenômeno, perfunctoriamente é possível dizer que a causa endêmica é a ausência do Estado, que deixa de respeitar os direitos sociais básicos assegurados na Carta Magna. (BAPTISTA, 2007, p. 127).

Atualmente, temos nos deparado com patamares alarmantes de conflitos sociais, em relação aos quais a população clama pelo recrudescimento do sistema. É possível, entretanto, verificar nesse contexto, um limbo ocasionado pela ausência de Estado, o qual deixa de respeitar e prover os direitos básicos do cidadão que lhes são constitucionalmente assegurados; de forma a não enfrentar efetivamente as causas dos problemas sociais, o que pode ser evidenciado pelo descaso com o tratamento preventivo dos problemas que serão posteriormente por ele abafados. Assim, o Estado exime-se de atuar dinamicamente nas causas do problema, fazendo com que a população seja induzida a tornar-se alheia à realidade fática que gera os conflitos sociais; o que acaba desencadeando os clamores sociais para o enfrentamento tardio e repressivo dos problemas gerados; pois, dessa forma, a população acaba cobrando uma atuação estatal somente em momento posterior a manifestação do conflito.

A respeito do enfrentamento do fenômeno criminal[359], Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes alertam acerca da importância da neutralização das causas da criminalidade, não bastando a mera dissuasão do infrator potencial com a ameaça de intervenção do sistema penal através da promessa de castigo; como trazido:

> Sob o ponto de vista "etiológico", o conceito de prevenção não pode se desvincular da gênese do fenômeno criminal, isto é, reclama uma intervenção dinâmica e positiva que neutralize suas "raízes", suas causas. A mera dissuasão deixa essas raízes intactas. [...] a prevenção deve ser contemplada, antes de tudo, como prevenção "social", isto é, como mobilização de todos os setores comunitários para enfrentar solidariamente um problema "social". (MOLINA, GOMES, 2008, p.364).

[359] Importante, distinguirmos que, quando nos reportamos ao enfrentamento do fenômeno criminal, estamos fazendo menção à prevenção da denominada '*criminalidade aparente'*. Nas precisas lições de Rogério Greco, temos que "Há uma diferença gritante entre a criminalidade aparente, praticada pelas camadas sociais mais baixas, e aquela outra, oculta, cometida pelos intocáveis das camadas superiores. A primeira, como regra, somente existe em razão da impotência do Estado de gerir a coisa pública. [...] O problema desse tipo de criminalidade é de natureza eminentemente social , ao contrário da outra, pior, cuja raiz encontra-se na índole, no caráter daquele que comete a infração." (2011, p. 330). Assim, deixemos claro que a criminalidade oculta deve possuir tratamento diferenciado do aqui tratado.

Nesse diapasão, como “problema social” que, de fato demonstra ser o fenômeno criminal, seu enfrentamento exige prestações positivas não só por parte do Estado, mas também por parte de toda a sociedade, pois “A prevenção do crime não interessa exclusivamente aos poderes públicos, ao sistema legal, senão a todos, à comunidade inteira. Não é um corpo “estranho”, alheio a sociedade, senão mais um problema comunitário” (MOLINA, GOMES, 2008, p. 365)

Ademais, quanto aos clamores sociais e à crença depositada no direito penal como único ‘instrumento’ à disposição do Estado para controlar o problema criminal temos a sua visível insuficiência no enfrentamento de fato dos conflitos sociais; uma vez que, pela utilização desse mecanismo de controle social temos apenas o remedeio do problema sem sequer cogitar sua cura. Com a mera utilização do sistema penal diante de uma omissão anterior do Estado, podemos perceber que ”A intervenção no conflito social é tardia, pois não se dá enquanto o conflito é criado, mas somente quando este manifesta-se..” (SMANIO, FABRETTI, 2010, p.156)

Nessa linha de raciocínio, Virgílio Luiz Donnici (1976, p. 87) indaga-se se “o direito penal existe para combater a criminalidade ou para manter o equilíbrio social?” e acaba sendo levado à inevitável discussão acerca da prevenção. Conforme suas precisas lições, temos que:

> O conceito de prevenção não é novo, tendo começado com Platão e Aristóteles, incentivado por Beccaria e mais tarde pela Escola Penal Positiva, com Lombroso, Ferri e Garofalo, culminando com a obra do Prof. Roux intitulada *Repression et Prevention*, escrita em 1922, afirmando que a prevenção do crime deve ser feita pelas vias legislativa, judicial e administrativa. (DONNICI, 1976, p. 87)

Carlos Alberto Baptista (2007, p. 219) adverte que embora já passado séculos, os legisladores pátrios ainda se descuram dos clássicos ensinamentos de Cesare Bonecasa Beccaria acerca da necessidade de se buscar primordialmente a prevenção dos crimes, sendo que, desde então, este ilustre autor já evidenciava o aspecto minimalista que deveria assumir o direito penal, nos seguintes termos:

> É preferível prevenir os delitos do que precisar puni-los; e todo legislador sábio deve, antes de mais nada, procurar impedir o mal do que repará-lo; pois uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-lo de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males dessa existência. (BECCARIA, 1999, p. 131)

Dessa forma, ambos autores – Carlos Alberto Baptista e Cesare Beccaria – destacam a importância de se encarar o problema criminal já pela raiz, pautados na máxima de que é melhor impedir que um mal aconteça do que posteriormente ter que repará-lo. E mais, trazem a baila, ainda, que um bom legislador é exatamente aquele que se preocupa em antever os conflitos sociais que podem vir a serem desencadeados e se empenha em tentar evitá-los, visando o bom convívio social, e não o que tenta restabelecer o bem estar social após a manifestação do conflito. Tudo isso implica claramente em uma abordagem clara e consistente sobre prevenção.

Newton Fernandes e Valter Fernandes atestam que "É dogma da medicina que a prevenção é sempre melhor que a cura. Tal princípio também prevalece na área do crime." (2010, p. 300). Com isso, estes autores também afirmam que melhor do que futuros gastos posteriores na contenção do delito, melhor seria se a prevenção fosse levada a efeito primordialmente e com afinco.

Diante do exposto, temos que a prevenção deve ser contemplada em suas raízes sociais e comunitárias, precisamente porque o crime é um problema social e comunitário; de forma que uma análise da estrutura social na qual estamos inseridos conjuntamente com a reflexão sobre as inter-relações entre seus participantes propicia a compreensão do "estágio social" no qual nos encontramos e como essa realidade interfere na criminalidade.

Partindo desse pressuposto podemos analisar as medidas de políticas públicas que nos levaria à equalização de situações gritantemente desiguais, para atingir na base a problemática criminal.

Nesse diapasão, "entendemos ser possível, reduzir, e não eliminar, a criminalidade tida como aparente a partir do momento que o Estado assumir a sua função social, diminuindo o abismo econômico existente entre as classes sociais." (GRECO, 2011, p.333), de forma que, podemos reafirmar que a prevenção do delito implica em uma atuação complexa de Políticas Públicas que busquem neutralizar os desequilíbrios e conflitos sociais, atingindo primeiramente as necessidades básicas do cidadão, como ponto fundamental para se buscar

tratar a problemática criminal. Dessa forma, temos que “uma prevenção genuína e eficaz dos crimes deve ser programado a longo prazo e não buscada na estrita e negativa função intimidadatória do Direito Penal.” (SMANIO, FABRETTI, 2010, p.156).

Virgílio Luiz Donnici já defendia a prevenção como a forma mais eficaz de se combater a criminalidade:

> Para o combate da criminalidade não mais podemos fugir da prevenção do crime. [...] Temos que modificar as nossas estruturas policiais, judiciárias e penitenciárias convergindo-as a prevenção. Temos que admitir, 1º) a participação do público no combate à criminalidade; 2º) temos que estabelecer meios, modos e critérios para a organização da investigação criminológica na formação de políticas de defesa social. (1976, p. 92)

Etimologicamente temos que prevenção significa a adoção de medidas antecipadamente, visando preparar-se para evitar o “dano ou mal” que está por vir, de forma a acautelar-se, precaver-se. Desta forma, fica claro, que, no caso da prevenção criminal, temos a adoção de ações para que se evitem o acontecimento de crimes, e, assim, facilmente podemos perceber que, não há como se falar sobre combate a criminalidade, sem se falar prioritariamente sobre prevenção. Ela demonstra ser a melhor forma de se combater a criminalidade, uma vez que é capaz de diminuí-la, alcançando o crime em suas próprias raízes; e não tentando apenas remediar suas consequências.

Dado o exposto, reflexões acerca da prevenção criminal são de fundamental importância para compreendermos a complexidade do fenômeno criminal que esta visa tutelar.

2. REFLEXÕES SISTEMÁTICAS ACERCA DA PREVENÇÃO DO DELITO

Ao refletir sobre o tema prevenção, a criminologia “clássica” acabava por direcionar todos os seus esforços preventivos para o infrator, uma vez que entendia unicamente “*a ameaça da aplicação da pena*” como modo eficaz de neutralizá-lo; afirmando assim que “Não existe, pois, outro possível destinatário dos programas de prevenção criminal, tendo em vista o protagonismo absoluto que se outorga ao delinquente” (MOLINA, GOMES, 1997, p. 74). Já a criminologia “moderna”, muito mais plausível, passou a aceitar a possibilidade de diminuir

a delinquência através de diversas outras formas sendo direcionada não apenas pelo enfoque do delinquente, destacando também as formas de prevenção primária, secundária e terciária; chegando a conclusão de que "melhor do que prevenir mais delitos seria produzir ou gerar menos criminalidade." (MOLINA, GOMES, 1997, p. 74-75). Segundo estes autores:

> A *moderna criminologia*, pelo contrário, é partidária de uma imagem mais complexa do acontecimento delitivo, de acordo com o papel ativo e dinâmico que atribui aos seus protagonistas (delinquente, vítima, comunidade) e com a relevância acentuada dos muitos diversos fatores que convergem e interatuam no cenário criminal. (MOLINA, GOMES, 2008 p.363)

Dessa forma, para que consigamos atingir de forma eficaz toda a sistemática penal, imprescindível faz-se que iniciemos pensando em políticas públicas que antecedam a prática da infração penal; e é exatamente nesse ponto que se faz pertinente o estudo da prevenção primária, secundária e terciária. De uma forma simples, esse mecanismo integrado de prevenção consiste na necessidade de uma atuação engajada e coordenada entre medidas de política estatal, política criminal, política penitenciária, entre outras, devendo, cada qual agir na parte que lhe cabe do "sistema" para assegurar avanços no nosso sistema penal brasileiro.

Assim temos que a prevenção primária consiste em estratégias de política econômica, social e cultural, cujo objetivo primário seria oferecer qualidade de vida ao cidadão, ressaltando as Políticas Públicas como essenciais para a formação de todo cidadão integrado ao convívio social, tendo em vista investimentos em setores essenciais da sociedade.

> Os programas de prevenção primária orientam-se às mesmas causas, à raiz do conflito criminal, para neutralizá-lo antes mesmo que o problema se manifeste. Tratam, pois, de criar os pressupostos necessários ou de resolver as situações de carência criminógenas, procurando uma socialização proveitosa de acordo com os objetivos sociais. Educação e socialização, casa, trabalho, bem-estar social e qualidade de vida são os âmbitos essenciais para uma prevenção primária, que opera sempre a longo e médio prazos e se dirige a todos os cidadãos. (MOLINA, GOMES, 2009, p. 365).

Constitui-se, assim, em estratégias de política cultural, econômica e social, cujo objetivo último é dotar os cidadãos de ‘capacidade social’ para superar eventuais conflitos sociais. Alerta-se ainda, para a falta de interesse político em investir em tais medidas, uma vez que a sociedade procura e reclama por soluções imediatistas, geralmente identificando-as com atuações drásticas e repressivas, conforme dispõe Luiz Flávio Gomes e Antônio García-Pablos de Molina (2008, p. 365).

Já a prevenção secundária atua posteriormente onde se manifesta ou se exterioriza o conflito criminal adentrando o campo da política criminal como um todo. Atua assim, não onde o conflito criminal se produz ou é gerado (prevenção primária), mas sim e exatamente, quando e onde ele se manifesta ou se exterioriza, de forma a se conectar com a política legislativa penal, assim como com a ação policial, visando à prevenção geral.

Dessa forma, temos que a prevenção secundária:

> Opera a curto e médio prazos e se orienta seletivamente a concretos (particulares) setores da sociedade: àqueles grupos que ostentam maior risco de padecer ou protagonizar o problema criminal. A prevenção secundária conecta-se com a política legislativa, assim como com a ação policial, fortemente polarizada pelos interesses de prevenção geral. (MOLINA, GOMES, 2008, p. 365).

Enquanto isso, a prevenção terciária tem como destinatário o agente da infração penal, visando evitar a reincidência, atuando na execução da pena com fins de ressocializatórios. Esta última possui assim, mais uma vez nas palavras de Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes:

> Um destinatário perfeitamente identificável: é o recluso (população presa), o condenado; e um objetivo certo: evitar a reincidência. Das três modalidades de prevenção é a que possui o mais acentuado caráter punitivo. E os programas “reabilitadores” e “ressocializadores”, nos quais se concretiza – etiologia, cronológica e espacialmente distante das raízes últimas do problema criminal –, operam no próprio âmbito penitenciário. (2008, p. 365)

Essa última forma de prevenção trata de uma intervenção tardia, ou seja, depois do cometimento do delito, podendo ser considerada insuficiente, uma vez que não neutraliza as causas do problema criminal, conforme o proposto até então. No entanto, é também fundamental essa forma de intervenção consistente na prevenção terciária, uma vez que,quando encarada conjuntamente com as demais medidas de política criminal comprometidas com o sistema gera resultados ainda mais efetivos.

Marco A. Florêncio Filho preleciona com razão que:

> O problema é que o Estado tenta solucionar, através de uma política penal, e não de uma política criminal, o problema da criminalidade, levando a cabo um aumento na quantidade de pena e de crimes, utilizando-se cada vez mais do direito penal na tentativa de resolver situações que seriam facilmente solucionadas por outros ramos do direito. (FLORÊNCIO FILHO, 2007, p. 168).

É evidente que o tratamento da problemática criminal é mais complexo do que se imagina e que medidas preventivas eficazes, são de difícil implementação prática. A compreensão do fenômeno criminal pátrio só ocorrerá efetivamente quando encontrarem-se bem definidas as variáveis e os fenômenos sociais que circundam a infração penal, de forma a tornar-se possível a implementação de uma prevenção efetiva, direcionada à gênese do problema e que consiga evitar a necessidade de posteriores intervenções do direito penal.

Conforme a pouco exposto por Marco Aurélio Florêncio Filho (2007, p.168), é necessário que o Estado tente solucionar o problema da criminalidade através de uma política criminal sólida, consistente e engajada com a realidade social vigente, direcionando investimentos aos mais diversos setores, formais ou informais de controle social; e não simplesmente por meio de uma política penal, que se utiliza de recursos eminentemente repressivos, como o aumento da quantidade de pena e de crimes; a serem implementados somente após a manifestação do problema. O mesmo autor esclarece ainda acerca da existência de uma diferença substancial entre política criminal e política penal evidenciando que

> A política criminal é mais abrangente que a política penal, visto que abarca outras

> formas de para solucionar o problema da criminalidade, como por exemplo, a adoção de políticas públicas em um âmbito macro [...]; diferentemente da política penal que tenta resolver o problema da criminalidade através da finalidade da pena. (FLORÊNCIO FILHO, 2007, p. 168).

Ademais, a construção das bases do pensamento político, social e econômico brasileiro, que refletem na sistemática do nosso sistema penal não pode se dar pela utilização, cada vez maior, do direito penal na tentativa de resolver situações que seriam facilmente solucionadas por outras medidas de pacificação social. O sopesamento das medidas de política criminal propostas deve ser sempre minuciosamente analisado a fim de que se leve em conta, sempre e a todo o momento, a efetividade da decisão política a ser tomada no enfrentamento do fenômeno criminal.

3. SOPESAMENTO DE VALORES E EFETIVIDADE DAS MEDIDAS PROPOSTAS

Influenciada pelo medo e insegurança existentes, a atual política criminal oficial, parece acreditar que o tema segurança possa ser tratado eficientemente tão somente pelo direito penal, numa demanda incessante de sucessivas punições e leis penais cada vez mais vorazes.

Quando analisamos a opinião pública, há tempos podemos facilmente notar o descrédito da sociedade na administração pública, devido a sua excessiva burocratização, morosidade e ineficiência, comumente verificada nos mais variados casos.

Assim, conforme preleciona Carlos Alberto Baptista (2007, p.180), as pessoas passam a não mais procurar a esfera administrativa para a resolução de conflitos por vê-la como ineficaz no controle social; uma vez que se tem verificado a impunidade decorrente da utilização dessa via de controle social; elegendo-se novamente o sistema penal repressivo para fazer frente a essas situações; que seriam facilmente solucionadas por uma gestão pública eficiente e responsável; o que claramente se nota não ser o ideal. Assim, Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos Molina (2008, p. 350) sugerem que o Estado deveria se atentar a uma utilização moderada e cuidadosa dos instrumentos penais somente quando fosse necessária sua utilização, precisamente por haver à sua disposição outros meios eficazes e de menor custo social para se lidar com o problema. Sopesar os custos sociais e a efetividade das medidas propostas no tratamento do fenômeno criminal é de fundamental importância.

A respeito dos custos sociais na eleição das medidas a serem propostas para o enfrentamento dos problemas sociais, “Covem recordar, a propósito, que a intervenção penal possui elevadíssimo custo social. E que sua suposta efetividade está longe de ser exemplar” (MOLINA, GOMES, 2008, p. 368), trazendo Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, dessa forma, importante argumento no questionamento a respeito da efetividade que se tem dado ao enfrentamento dos conflitos sociais através da eleição do direito penal repressivo; uma vez que este meio atinge a liberdade, que é um bem fundamental do ser humano de importante hierarquia, que só pode ser relativizado em situações que justifiquem tal forma de intervenção tão drástica. Assim, muitos consideram que o sistema punitivo estatal constitui um dos mais rigorosos instrumentos de controle social, não se justificando sua utilização a menos que se esteja diante de situações de extrema necessidade dada a perversidade e a estigmatização decorrente de sua ação.

Contextualizando a ausência da análise de pressupostos fáticos na determinação da correta forma de contenção social do delito temos que

> O modelo tradicional de prevenção não convence de modo algum, por muitas razões. Antes de tudo, a suposta excelência do Direito Penal como instrumento preventivo – diante de outras possíveis estratégias – parece mais produto de prejuízos ou pretextos defensistas que de uma serena análise científica da realidade. Pois a capacidade preventiva de um determinado meio não depende de sua natureza (penal ou não penal), senão dos efeitos que ele produz. (MOLINA, GOMES, 2008, p. 368)

Dessa forma, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes trazem a tona que, se o Poder Público se preocupasse em realizar uma “serena análise científica da realidade”, acabaria por não eleger o Direito Penal como instrumento preventivo diante das demais possíveis estratégias, que são capazes de produzirem efeitos muito mais efetivos quando aplicadas no momento exato; propiciando todo um arcabouço antecedente ao desencadeamento do fenômeno criminal, de forma a constituir uma genuína prevenção ao delito que evitará posteriores gastos com a repressão do crime.

João Marcello Araújo Júnior (1998, p.147-157), a respeito dos “Grandes Movimentos Atuais de Política Criminal”, defende o movimento da Novíssima Defesa Social como uma forma engajada de tratar os atuais mecanismos de defesa social eleitos.

Atesta o autor mencionado que, com notório caráter multidisciplinar – o que é de fundamental importância – a "Novíssima Defesa Social" trata de um movimento prático com a finalidade de reformar as instituições jurídico-penais conjuntamente com a própria estrutura social. Assim, Carlos Alberto Baptista apresenta três características fundamentais da Novíssima Defesa Social, nos seguintes termos:

> [...] trata-se de um movimento de caráter multidisciplinar, pelo que são possíveis diferentes posições; por tratar-se de um movimento prático com finalidade de reforma das instituições jurídico-penais e da própria estrutura social, procura acompanhar as necessidades sociais variáveis no tempo e, por último é universal, pois não se prende às peculiaridades das legislações nacionais no trato do fenômeno criminal. (BAPTISTA, 2007, p. 185)

Essa forma de defesa social proposta por Araujo Júnior procura, em uma análise engajada com a realidade social fática da sociedade contemporânea, acompanhar as necessidades sociais variáveis no tempo, na busca do melhor tratamento possível ao fenômeno criminal. Dessa forma, vinculando-se a outros ramos do conhecimento humano, ela almeja uma melhor visualização do fenômeno criminal, e, uma vez que entende que o direito penal não é o único instrumento para o seu controle, procura atualizar, melhorar e humanizar a defesa social, através de reformas engajadas da ação punitiva, por meio do exame crítico das instituições; visando, dessa forma, construir um sistema de política criminal que possa atender a garantia de direitos básicos dos cidadãos (ARAÚJO JÚNIOR, 1998, p. 149-150).

Defende assim, que às condutas desviantes devem ser dirigidas políticas preventivas atuantes sobre contextos sociais e situacionais; de forma a evitar a primeira incidência do delito, o que constitui a mais genuína forma de prevenção. Trata-se, portanto, de uma "política criminal humanista, com profundas bases científicas, que conferem ao Direito Penal caráter preventivo e protetor da dignidade humana" (ARAÚJO JÚNIOR, 1998, p. 150).

Isto posto, essencial demonstra-se a realização de reformas engajadas da ação punitiva e preventiva estatal, sendo de extrema importância que a imposição da pena seja antecedida de uma efetiva política de prevenção a ela aliada, de forma que, conforme muito bem pontuam Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes,

> Nenhuma política criminal realista pode prescindir da pena, porém, também pouco cabe denegrir a política de prevenção, convertendo-a em mera política penal. [...]. Mais dureza, mais Direito Penal não significa necessariamente menos crime. (2008, p. 368).

Dessa forma, tem-se como intento o afastamento do caráter meramente punitivo, cujos reclamos levam ao expansionismo de Direito Penal extremamente intervencionista que não atua apenas como a *ultima ratio* no enfrentamento dos conflitos sociais, como deveria ocorrer. Almeja-se, nesse contexto, a instituição de um discurso preventivo na qual seja possível uma atuação anterior aos atos desviantes; de forma que, busca-se, com isso, prevenir delitos ao invés de posteriormente proteger simplesmente a validade da norma violada que regulamentava tal conduta como crime, reduzindo, dessa forma, as oportunidades que propiciam e motivam a prática do delito.

Adentrando na tutela penal dos bens a serem eleitos, é indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e seguimentos ou setores sociais mais próximos e outros mais distantes dos círculos de poder.

Conforme dispõem Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli acerca da eleição de bens jurídicos a serem tutelados penalmente, "a defesa social é criada por aqueles que detêm o poder de confeccionar leis, impondo aos demais coativamente a submissão a elas; fazendo com que o Estado exerça, através do direito penal, um controle social punitivo institucionalizado" (2004, p. 63), o que demonstra escolhas políticas de uma classe dominante na consecução dessa atividade.

Esta estrutura de poder tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, a qual se denomina Sistema Penal (como já tratado) sendo que muitos o consideram uma das formas mais violentas de sustentação desse controle social. Nesse sentido, Carlos Alberto Baptista alude que:

> O sistema penal é a forma mais violenta de controle social institucionalizado – *controle social punitivo institucionalizado* – pois, diferentemente das esferas civil e administrativa, incide sobre um bem fundamental do ser humano, de maior hierarquia depois do bem vida – a liberdade – o qual só pode ser relativizado em situações tais que justifiquem essa intervenção." (BAPTISTA, 2007, p. 220-221)

Segundo Luiz Fernando Kazmierczak, atestando a severidade do controle social punitivo institucionalizado, exercido pelo sistema penal na atividade legislativa de eleição de bens jurídicos a serem tutelados, temos que:

> A lei, como instrumento de poder do Estado, é a mais nefasta forma de exclusão, pois traz em seu bojo o uso do aparato público, sob o controle de uma minoria, travestida de legalidade, mas que, na verdade, é instrumento de controle social institucionalizado com o objetivo de manter a estratificação de classes sociais punindo de forma desigual e direcionada. (KAZMIERCZAK, 2010, p. 48)

A finalidade última do sistema penal é a realização da defesa social, de forma que o incremento do aparato eminentemente repressivo, indubitavelmente tem servido como instrumento de manutenção e hierarquização entre os diversos estratos sociais, dando legitimidade ao atual sistema penal brasileiro tal qual ele se encontra; não se levando em consideração a necessidade de renovação dos meios de lidar com a problemática criminal, buscando abarcá-la como um todo, e não somente após a manifestação do fenômeno criminal.

Insta ainda salientar que, assim como prega a intitulada ”novíssima defesa social”,já exposta, não há como dissociar a eleição de uma política criminal sem políticas sociais que a sustentem. O sucesso daquela, apenas pode ser alcançado por meio desta; e é somente através de uma política social bem eleita, forte e eficiente que se consegue atingir os objetivos da política criminal.

Em um sopesamento de valores buscando a efetividade das medidas propostas, políticas sociais que invistam em setores essenciais da sociedade são fundamentais para a reestruturação das instituições vigentes. Basilar são formulações engajada com a realidade social fática que propiciem a completa visualização do fenômeno criminal.

O sucesso da política criminal apenas pode ser alcançado por meio de políticas sociais engajadas; de forma que somente através de políticas sociais eficientes é que se atingem os objetivos da política criminal.

Reflexões para a concepção de um sistema jurídico-penal vivo e mais próximo dos anseios populares, das garantias constitucionais e de uma adequação legislativa apropriada à realidade social de todos os cidadãos é fundamental.

Ao tratar da legitimidade das escolhas quanto uma política criminal engajada, as aspirações sociais constantes no seio da sociedade civil devem sempre fundamentar toda e qualquer decisão política em seus mais diversos setores; o que possibilita uma política criminal com uma visão mais integrada do seu campo de ação; uma vez que observará o fenômeno criminal de forma engajada com a realidade social,

Atualmente, temos um sistema penal que complementa a manutenção da verticalização da ordem social, que atua desde a ocorrência de uma infração penal até a imposição de uma sanção para o infrator. Assim, segundo Luiz Fernando Kazmierczak, (2010, p.60) "Neste sistema, incluem-se tanto a atividade do legislador ao alencar os comportamentos mais graves ao corpo social e tipificá-los como delito, quanto da policiais, dos juízes, ministério público, advogados e demais funcionários ligados à sua administração." que legitimam esse mecanismo tal qual ele se encontra; uma vez que continua-se optando por uma atuação repressiva ao invés de assumir um viés preventivo, sendo este último capaz de diminuir a necessidade de posteriores intervenções do sistema penal no seio de uma sociedade que se vê tolhida de uma série de direitos fundamentais que deveriam ser garantidos a todos os cidadãos e não o são.

Cabe novamente trazer a baila, como já exposto, nas palavras de Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli que:

> A defesa social é criada por aqueles que detêm o poder de confeccionar as leis, impondo aos demais coativamente a submissão a elas fazendo com que o Estado exerça, através do Direito Penal, um *controle social punitivo institucionalizado*. (ZAFFARONI, PIARANGELI, 2004: p. 63).

Posto isto e, conforme já anteriormente tratado, nas precisas lições de Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli "é papel da Política Criminal analisar e eleger bens a serem, jurídico e penalmente tutelados, traçando diretrizes e caminhos para efetivar tais tutelas" (2004. p. 71). Assim, mais uma vez reafirma-se que é necessário que isso tudo seja feito de forma engajada com a realidade social fática, criticando os valores e os caminhos já eleitos e visando aperfeiçoá-los segundo as legítimas aspirações sociais de um sistema penal 'vivo' mais humano e igualitário para todos.

Valter Foleto Santin (2004, p. 44-45) afirma que a eficiência dos serviços de segurança pública pode ser controlada se o poder público proceder adequadamente à prestação do serviço de segurança pública atendendo as necessidades do cidadão e da sociedade para preservação da ordem pública; o que demonstra que, não há como se falar em combate à criminalidade e em um sistema penal com maior efetividade sem se falar, prioritariamente, sobre prevenção.

Uma percepção penal nos limites da dignidade humana faz-se necessária para a diminuição dos efeitos da exclusão social, de forma que, ao mesmo tempo em que se deve endossar e expandir a legitimidade do sistema de justiça criminal, é também essencial que se acredite no seu aperfeiçoamento; o que fica amplamente facilitado por políticas públicas que antecedam a prática do delito, confortando o abismo social ainda existente, ensejador da criminalidade aparente ocasionada pela ausência de Estado social. Para que isso seja faticamente efetivado, não há como dissociar a política criminal das políticas sociais que investem em setores essenciais da sociedade.

Sempre devemos ter em mente que a política criminal, como um todo, não deixa de ser parte da política geral; e como tal, deve ser entendida dentro desses limites, não devendo ser objeto de manutenção das estruturas vigentes, mas uma formulação engajada que propicie a completa visualização do fenômeno criminal.

O sucesso da política criminal apenas pode ser alcançado por meio de políticas sociais engajadas; devendo o atual modelo penal tradicionalmente imposto ser revisto.

A revisão dos aparatos normativos deve ser realizada visando uma constante reconstrução dos direitos e garantias fundamentais. Estes são aspectos democráticos do nosso Estado de Direito que devem possuir efetividade de fato na consolidação uma política criminal engajada e efetiva.

Apregoa-se, dessa forma que, antes mesmo do aperfeiçoamento dos aparatos penais – que certamente demonstra-se de fundamental importância – a efetivação de medidas não penais que ratifiquem a intervenção subsidiária do Direito Penal a níveis estritamente necessários, somente quando as demais formas de controle social disponíveis nos demais ramos do ordenamento jurídico não forem suficientes no tratamento preventivo da problemática criminal.

Assim, o ponto inicial pelo qual devemos começar a encarar a problemática atual de nossa sociedade, sem sobrecarregar o controle social desenvolvido pelo sistema penal, é a concretização de direitos basilares, como saúde, educação, saneamento básico, emprego,

moradia dentre tantos outros problemas estruturais que merecem cauteloso tratamento, vez que afligem diretamente o corpo social das estruturas normativas vigentes que os conclamam.

Não há que se apelar para mecanismos repressivos, atuando na manifestação do problema, quando o Estado permite o desencadeamento do conflito social por não oferecer condições basilares de uma vida digna a todos os cidadãos.

Somente se pode falar em segurança social e em uma política criminal eficiente quando se encontrem garantidas, pelo menos, as condições mínimas necessárias para uma vida digna. Caso contrário, quaisquer medidas de política criminal serão apenas paliativas, sendo, dessa forma, mera tentativa de contenção das consequências de políticas sociais inexistentes ou ineficazes.

CONCLUSÃO

Torna-se assim, elementar a fixação de um posicionamento acerca da postura que deve ser assumida pelo Estado no enfrentamento da problemática do complexo fenômeno criminal. Uma análise crítica com relação às posições estatais até então adotadas permite uma melhor visualização do papel que, de fato, deve ser assumido por ele diante dos interesses envolvidos – ou mesmo a falta deles – na solução do problema, sopesando os ‘custos sociais’, meios e instrumentos disponíveis para isso. Somos direcionados, então, a nos indagarmos a respeito de qual papel deve ser desempenhado pelo Estado na contenção do delito; e, em resposta, somos levados à temática da prevenção do delito, de forma que, não deve o Estado, jamais omitir-se na sua eminente função preventiva.

A partir de uma análise da atuação estatal diante do fenômeno criminal, sua complexidade e seus desafios, verificamos que várias são as causas que podem ser apontadas na tentativa de compreender-se tal fenômeno, dentre as quais, apontamos a omissão do Estado em assumir sua precípua função preventiva, na busca de atingir os males que assolam nossa sociedade ainda em sua formação, sem aguardar que tal fenômeno se manifestem para apenas posteriormente atuar. Assim, concluímos que não há como falar sobre combate a criminalidade e em um sistema penal com maior efetividade sem se falar, principalmente, sobre prevenção. Ela demonstra ser a melhor forma de se combater a criminalidade, e, diminuindo-a, alcança-se o crime em suas causas e raízes.

A prevenção do delito implica em esforços solidários, contribuições e prestações positivas que busquem neutralizar situações de carência, conflitos, desequilíbrios e necessidades básicas do cidadão.

De uma forma simples, conforme exposto no decorrer do trabalho, temos que a política criminal é mais abrangente que a mera política penal, uma vez que ela contempla outros meios para o enfrentamento do problema da criminalidade, como por exemplo, a adoção de políticas públicas em um âmbito macrossocial na busca da efetivação de direitos sociais básicos que deveriam ser inerentes a todo cidadão – diferentemente da política penal – que tenta resolver o problema da criminalidade através por meio da utilização da pena. Dessa forma, evidencia-se ser de fundamental importância que o Estado busque solucionar o problema da criminalidade através de uma política criminal preventiva sólida, consistente e engajada com a realidade social vigente, direcionando investimentos aos mais diversos setores, formais ou informais de controle social; e não simplesmente por meio de uma política penal, que se utiliza de recursos eminentemente repressivos, como o aumento da quantidade de pena e de crimes; a serem implementados somente após a manifestação do problema.

É através da omissão do Estado na garantia de direitos e na criação de políticas públicas efetivas, que as expressões da criminalidade na questão social se tornam mais aparentes; e, é exatamente através desse fator de inércia do Poder Público que a questão social se torna cada vez mais complexa, envolvendo uma pluralidade de situações e expressando-se, consequentemente, das mais diversas formas.

Assim, não se demonstra aceitável a omissão do Estado na garantia de direitos básicos do cidadão, constitucionalmente consagrado; devendo-se exigir uma postura mais engajada do Estado com a realidade social, capaz de operacionalizar o sistema na busca de maior efetividade às medidas propostas.

Uma atuação estatal de forma coordenada, em que todas as engrenagens da máquina do Estado efetivamente funcionem e desempenhem seus respectivos papéis acaba consequentemente, distribuindo de forma mais ordenada o ônus do tratamento da problemática dos conflitos sociais sem depositar em determinado setor responsabilidades que ele, sozinho, não pode assumir. Na assunção de sua responsabilidade diante da apreciação da complexidade do fenômeno criminal, deve o Estado prezar sempre pela implementação de políticas públicas fortes e engajadas com a realidade social que visa tutelar, buscando tratar a problemática do fenômeno criminal diretamente em suas raízes.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Os grandes movimentos atuais de política criminal.* Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre, v. 1, n. 9, p. 147-157, nov.1988.

BALESTRERI, Ricardo Brisolla. *Direitos humanos:* coisa de polícia. CAPEC – Centro de Assessoramento a Programas de Educação para a Cidadania, Passo Fundo: Pater, 2010.

BAPTISTA, Carlos Alberto. *Crescimento da Criminalidade e Atuação Estatal.* Curitiba: Juruá, 2007

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos:* violência, justiça segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

BEATO, Claudio. *Crime e cidades*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

BECCARIA, Cesare Bonessana, Marchesi de. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal:* introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*, volume 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DONNICI, Virgílio Luiz. *A Criminologia na administração da justiça criminal:* sistemas judicial, policial, penitenciário. 2. Ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FERNANDES. Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada.* 3. Ed. ver. atual. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FLORÊNCIO FILHO, Marco A. *Abolicionismo X Direito Penal Mínimo:* A doutrina garantista com opção para a (RE) Legitimação do Sitema Penal. Revista Ideia Nova. Ano 5, n. 3. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Princípios de Criminologia*. Valencia: Tirandi lo blanch, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. Série as ciências criminais do século XXI. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002ª.

GRECO, Rogério *Direito Penal do Equilíbrio:* uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

_____. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas a privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito*. Revista de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, n.3, p. 20-34, dez. 1994**.**

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e Exclusão Social*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2010.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilho. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 2°. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Criminologia:* introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 1099/95, lei dos juizados especiais criminais. 6°. ed. reform., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Bismael B. (Cord.). *Segurança Pública e direito individuais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

PASTANA, Débora Regina. *Justiça penal no Brasil contemporâneo:* discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: ed. UNESP, 2009.

ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte General. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luiz Greco. 2. ed.: Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública:* eficiência do serviço de prevenção e repressão ao crime. 1ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Bases Críticas do Direito Criminal*. Editora Direito, 2000.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito:* Perspectivas (re) legitimadoras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ivan Luiz. *Crime organizado:* aspectos jurídicos e sociológicos. Belo Horizonte: Ciências Jurídicas, 1998.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal:* criminologia, princípios e cidadania. São Paulo: Atlas, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. vol, 1. 5. Ed. rev e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL EM RELAÇÃO AO DIREITO DE CIRURGIA DE IMPLANTES COCLEARES BILATERAIS

Ana Flávia Damasceno SILVA

RESUMO

Nesse estudo é feita uma análise do direito à saúde, juntamente com o princípio implícito do não retrocesso social; para tanto, observei um caso concreto trazido à luz do direito pela Procuradoria Regional do Direito do Cidadão, em São Paulo. O que foi observado nesse caso em específico foi a desconsideração clara do direito fundamental à saúde, um dos mais importantes valores que a nossa Magna Carta garante, e o princípio do não retrocesso social, que, como demonstrarei mais adiante, é fundamental ao bom funcionamento da legislação brasileira.A atuação do Estado ao vedar inicialmente o dever dos planos de saúde se faz completamente inconstitucional, além, de arbitrário, já que não cabe a ele desconsiderar direitos pétreos da nossa Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Direito fundamental. Direitos sociais. Implante coclear. Princípio do não retrocesso social.

ABSTRAT

In this study an analysis is made of the right to health, along with the implicit principle of non-social regression, therefore, observed a case brought under the law by the Regional Attorney for the Law of Citizen in São Paulo.What was seen in this specific case was the clear disregard of the fundamental right to health, one of the most important values that our Magna Carta guarantees, and the principle of non-social regression, which, as I will show later, it is essential for the proper functioning of Brazilian legislation.The role of the state to initially seal the duty of health plans becomes completely unconstitutional beyond arbitrary, since it is not up to him to disregard the rights stony our Federal Constitution.

KEYWORDS: Health Law. Fundamental Law.Social Rights. Coclear implants.

INTRODUÇÃO

A pesquisa apresentada foi feita com o intuito de observar a Resolução Normativa 211/2010, em que o legislador violou o direito à saúde, garantido pela CF/88.

Quando a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS retirou a obrigatoriedade dos planos de saúde de realizar cirurgias de implante coclear bilateral, violou o direito a saúde e o princípio do não retrocesso social. Foi ao observar isso que o Promotor de Justiça Lucas Pimentel de Oliveira entrou com um pedido de tutela antecipada de uma ação civil pública a fim de revogar a decisão, e retornar a maneira antiga.

Esse pedido foi entendido como condizente, gerando decisão de suspender a Resolução Normativa RN nº 211/2010 e na Instrução Normativa nº 25/2010, ambas da Agência Nacional de Saúde, que desobrigam os planos de saúde privados a cobrirem o implante coclear bilateral e, nos casos de surdez pré-lingual em crianças entre 6 a 18 anos, seja unilateral ou bilateral.

O implante coclear, popularmente conhecido como “ouvido biônico”, é o aparelho eletrônico de alta complexidade tecnológica, utilizado para restaurar a audição em portadores de surdez severa.

A resolução é muito importante, já que a diretriz estabelecida pela ANS foi diretamente contra princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso social, bem como os direitos fundamentais à saúde, o consumidor e a criança e do adolescente.

Dessa maneira, ao adentrarmos essa pesquisa, é necessária primeiramente, uma análise breve do direito à saúde, considerando o seu mínimo existencial. Sendo este um dos direitos sociais pautados no *“caput”* do art. 6º da Constituição Brasileira, e, portanto, um direito fundamental de todos e um dever do Estado.

Após, se faz uma análise do princípio constitucional do retrocesso social propriamente dito, destacando o seu papel no ordenamento jurídico.

No trabalho apresentado venho traçar os fatos que relacionam a falta de administração entre o princípio do retrocesso social em relação aos casos reais, bem como o desprezo que foi visto pelo direito a saúde, um dos mais vitais para a administração Estatal.

O princípio constitucional, implícito da vedação do retrocesso social, caracteriza-se por ser um limite à liberdade legislativa do legislador infraconstitucional, impedindo que, uma vez criada norma regulamentadora de direito social, esta venha a ser suprimida total ou parcialmente, esvaziando-se a ordem jurídica no seu núcleo essencial.

No entanto, limita-se a liberdade do legislador de extinguir total ou parcialmente, de modo arbitrário um direito sem a criação de outro equivalente.

A importância observada, portanto, nessa discussão, se dá pela arbitrariedade com que legisladores suprimem direitos fundamentais, isso, entretanto pode acontecer em diversos cenários do nosso cotidiano, valendo, portanto, ao observar este caso, termos o discernimento de vê-los sempre que ocorrerem, e buscar, da mesma forma, que nossos direitos não sejam banalizados.

O método empregado para realização do presente estudo monográfico foi o dialético. Para tanto, foram consultados os acervos bibliográficos, bem como fontes eletrônicas, basicamente na internet. Após a coleta, foram fichadas, analisadas e interpretadas as luzes das teorias pertinentes.

1.DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A Organização das Nações Unidas definiu saúde como “o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade”. Como se pode observar, tal termo vai muito alem do aspecto anatômico, se buscando cuidados primários a fim de assistir a pessoa de forma completa.

No Brasil, entrando no campo do Direito Constitucional o direito à saúde é um dos direitos sociais observados no art. 6° *caput*, CF. sendo, portanto, um dever do Estado, cuja aplicação é de eficácia imediata e direta.

O art. 196 da Constituição traz:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A grande problemática trazida por esse artigo, entretanto, é que este se apresenta ao mesmo tempo muito abrangente e muito restrito, visto que apesar de garantir saúde a todos sendo dever estatal, não dá uma definição clara do alcance que a saúde deve ter, deixando as ações e serviços públicos de saúde a desejar.

É ao observar esse princípio que devemos levar em consideração uma importante classificação do direito à saúde, que pode ser de defesa (negativo) e direito à prestação (positivo) que trazem uma proteção à má-administração estatal ao impor políticas públicas objetivando a eficácia desse direito fundamental. O direito de defesa ou negativo sendo um bem jurídico fundamental não pode sofrer abusos de terceiros no sentido de prejudicar a saúde da população, gerando uma proteção judicial.

Indo nessa direção há de se observar o princípio da proibição do retrocesso social, criado para proteger a saúde da ação do legislador que tente desconsiderar a efetividade da norma.

Luis Roberto Barroso, em sua obra, descreve que “uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente de âmbito social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito estabelecido na Constituição”. (BARROSO, 2006, p. 152-153).

Reforça ainda que é vedado o ataque à norma, visto que o legislador não poderia revogar ato legislativo, gerando situação omissa.

Já direito de prestação material ou positivo assegura a todo cidadão a possibilidade de exigir de entes competentes prestações materiais a esse dado, como exames, internação hospitalar sento a efetivação direito está submetida a uma reserva do possível.

> O Direito à saúde deve ser analisado também sob o prisma de um direito social integrando a segunda dimensão ou geração dos direitos fundamentais, tendo em vista

> que marcou a evolução do Estado de Direito de inspiração liberal-burguesa, para um novo modelo de Estado e Constituição que se convencionou denominar de Estado Social (ou Estado Social de Direito). (BONAVIDES, 1999, p. 514).

2.PRINCIPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

2.1 direitos sociais e sua aplicabilidade

Os direitos sociais tem seu surgimento remontado ao período pós- Segunda Guerra, sendo fruto da visão do Bem Estar Social, como observado nas Constituições Mexicano e de Weimar, são classificadas como direito de segunda geração e trazido ao Brasil pela primeira vez pela CF de 1934.

De acordo com Alexandre de Moraes, direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo artigo 1º, IV, da Constituição Federal. (MORAES, 1999, p. 184).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, criada pela Organização das Nações Unidas, em dezembro de 1948 apresenta:

> "Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade".

Dessa maneira, ao observarmos os direitos sociais de segunda geração podemos vê-los como deveres positivos a serem oferecidos pelo Estado, ao buscar condições de vida mais igualitárias e valoradas. Sendo, portanto de efetivação imediata.

É ao analisar esse dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais que percebemos a conexão ao princípio do não retrocesso social, visto que a Constituição impede o legislador de editar normas que afetem materialmente direitos básicos como o da saúde e os obrigam a criar preceitos protetores aos mesmos.

Portanto o dirigismo constitucional é dado pela execução da norma, que, complementada, de modo a suprir as lacunas eventuais em busca de maior efetividade da lei, trás efetivo progresso dos direitos sociais.

3.PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL E SUAS CONCERNENTES CARACTERÍSTICAS

É no decorrer da historia do direito que se observa o desenvolver desse princípio. Na Constituição Mexicana de 1917 direitos sociais foram observados através de direitos trabalhistas bem como direito a saúde, educação e segurança, sendo caracterizados de tamanha importância que já não mais se permitia seu retrocesso.

A Constituição Alemã de 1919 (conhecida como Constituição de Weimar), é outro claro exemplo, tendo em vista uma disputa com o socialismo, apresentava a plenitude de direitos político-sociais, através de amplo fornecimento de direitos como segurança e previdência social.

Já mais perto da nossa esfera social, a doutrina portuguesa traz claros adeptos à proibição do retrocesso, tal como Canotilho, que se apoia no fato que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinações estatais e de uma garantia infraconstitucional, de sorte que não se encontram mais na plena esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança. (CANOTILHO, 1988).

Doutrinários alemães apresentam ainda a defesa deste como uma vedação ao legislador infraconstitucional que venha tentar negar o âmago da norma constitucional de proteção e defesa do cidadão através de seu texto, não dando a este, portanto a possibilidade de negá-lo.

De acordo com Canotilho, a proibição do retrocesso social faz com que os direitos sociais sejam uma garantia do ordenamento jurídico, e define tal princípio.

> "O núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado". (CANOTILHO, 1988, 321).

Já Luiz Roberto Barroso, entende que em que pese o princípio do não retrocesso social não estar explícito, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida), detém plena aplicabilidade, uma vez que é consequência do sistema jurídico-constitucional. (BARROSO, 2009, p. 158).

Este ainda aponta que uma lei posterior não deve extinguir um direito ou garantia principalmente aquelas de crivo social, ameaçando promover o retrocesso, ao abolir direito já estabelecido na Magna Carta.

Ainda segundo Felipe Derbli tal princípio:

> [...] veda-se ao legislador a possibilidade de, injustificadamente aniquilar ou reduzir o nível de concretização legislativa já alcançado por um determinado direito fundamental social, facultando-se ao indivíduo recorrer à proteção em esfera judicial, contra a atuação retrocedente do Legislativo, que se pode consubstanciar numa revogação pura e simples da legislação concretizadora ou mesmo de edição de ato normativo que venha comprometer a concretização já alcançada. (DERBLI, 2007, p. 243).

Ele propõe esse princípio como forma de evitar que normas de cunho estritamente social sejam suprimidos em seus níveis de eficácia e que reformas legislativas e

administrativas não alcancem garantias já dadas a população. Através do princípio da não retroatividade é assegurada uma estabilidade e segurança jurisdicional.

Observa-se que esse está implícito na CF/88, mas ligado de forma direta com o princípio da prevalência dos direitos humanos, apresentado pelo art. 4°, II do mesmo documento. Sendo, portanto, visto que este é a impossibilidade de o legislador reprimir os direitos constitucionais de maneira abusiva.

É importante observar que, em relação a sua aplicabilidade, o não retrocesso deve ser aplicado às normas definidoras de direitos sociais sempre com objetivo de proteção aos direitos fundamentais, se baseando na ideia da efetividade com base no dirigismo na Constituição vigente, com proteção aos direitos já conquistados.

O doutrinador Ingo Sarlet, inclusive, declara que o princípio do não retrocesso não pode ser encarado como algo absoluto. Em casos como concretização de direitos sociais a prestação, este se mostra efetivamente um princípio implícito que pode tanto ser reduzido ao princípio do Estado de Direito (no que diz respeito à proteção da confiança e estabilidade das relações inerentes a segurança jurídica), quanto ser declarado como princípio do Estado Social, onde deve observar a garantia do mínimo de segurança social e máxima eficácia e efetividade das normas de direito fundamental e dignidade da pessoa humana.

As normas constitucionais devem ser interpretadas de acordo com a forma sistemática e teleológica, harmonicamente, respeitando a supremacia e hierarquia da norma jurídica.

4.ACEITABILIDADE E OBSERVAÇÃO DO PRINCIPIO DO NÃO RETROCESSO NO SISTEMA JURISDICIONAL BRASILEIRO

Com intuito de melhor entendermos o princípio do não retrocesso, devemos nos aprofundar nos preceitos constitucionais que o embasam uma vez que este não está apontado na CF/88, mas se trata de um princípio implícito. É necessário, portanto que existam normas especificas que lhe deem respaldo.

Ingo Sarlet traz uma interessante abordagem, onde, ao contextualizar este princípio ressalta que a norma decorre implicitamente, não só da noção do Estado Democrático de Direito, mas também do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, estes sim, explícitos na

legislação constitucional, no art. 5 § 1, juntamente com as garantias de segurança jurídica e proteção da confiança.

A ideia do Estado Democrático de Direito deve vir em conjunto com garantias de segurança e proteção a confiança e manutenção a uma ordem jurídica contínua, o que dá ao Princípio do não retrocesso respaldo.

A Dignidade Humana, sendo um dos principais objetivos buscados pela nossa Magna Carta é dever da União, que deve assegurar ao seu cidadão pleno gozo de todos os seus direitos fundamentais, sobre isso Sarlet expõe:

> "Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos". (SARLET, 2001, p. 60).

O que pode ser observado, não só pelo texto de Sarlet, mas pela própria observação da Constituição Federal Brasileira é o importantíssimo valor dado ao princípio da dignidade humana, na realidade, pode ser a este, aludido praticamente todo conteúdo normativo constitucional, sendo tal princípio o embasamento de todos os preceitos fundamentais, se fazendo imperativo apreender, que o descumprimento de tal traz consigo a quebra de toda substância que a nossa Lei Maior se fundamenta.

Sendo ainda, dever do Estado a formação e o fortalecimento da justiça social, cabe a ele a busca pela otimização e eficácia dos direitos já garantidos a população brasileira, e é através desse dever que surge uma proteção contra medidas retroativas, imperativa à proteção em relação aos direitos já criados e ganhos, vez que isso gera maior noção de segurança jurídica.

É em relação ao preceito constitucional da segurança jurídica (encontrada na CF/88, art. 5°, inciso XXXVI) que o princípio implícito do não retrocesso se escora, já que esse prescreve que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico e a coisa julgada. É colocada, então, sem sobra de dúvida a grande responsabilidade do direito em garantir a segurança como um todo.

De acordo com Rafael Maffini, sistematização dos significados teóricos pertinentes à segurança jurídica, seria compreendida nos seguintes termos: a. conhecimento e certeza do Direito positivo; b. confiança dos cidadãos nas instituições públicas e na ordem jurídica em geral, porquanto garantidores da paz social; c. previsibilidade das consequências jurídicas derivadas das próprias ações ou das condutas de terceiros. (MAFFINI, 2006, p. 50).

O autor aponta, porém, que, a continuidade dessas relações jurídicas só pode se originar de acordo com comportamentos humanos ou do poder público, onde muitas vezes não é possível uma perfeita estabilidade, devendo se dar mecanismos de continuidade dos efeitos relacionados às relações jurídicas, como direito adquirido, decadência, coisa julgada.

Carmen Lucia Antunes Rocha aponta que a segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas, diz ainda que a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas desejam ter não podem ser modificadas em uma imprevisibilidade, pois as deixa em situação instável e insegura em relação ao seu futuro, presente e, inclusive, quanto ao seu passado (ROCHA, 2005, p. 168).

Na teoria de José Afonso da Silva, segurança jurídica pode se dar tanto em sentido amplo como estrito, sendo no primeiro assumindo uma acepção mais geral, de proteção e estabilidade dentro dos vários campos que o direito atua. Já no segundo, a segurança jurídica é a garantia de estabilidade nos negócios jurídicos, onde as pessoas saibam de início, que, uma vez que entrem em uma relação jurídica, esta deve ser estável (SILVA, 2005, p.19).

Enfim se extrai que todos os preceitos e princípios observados dão a Constituição Federal um âmbito dirigente e todos eles fazem não só possível, mas necessária a existência do princípio do não retrocesso na ordem jurídica constitucional brasileira.

5.DIREITO A SAÚDE DE ACORDO COM O PRINCIPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

Após trazer uma introdução sobre os princípios constitucionais da saúde e do não retrocesso, e abranger seu alcance do ponto de vista de diversos autores, trago o resultado da união de ambos de acordo com um caso bastante relevante trazido aos tribunais atualmente.

Foi através de um pedido de tutela antecipada feito pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão em São Paulo contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, gerando uma ação civil pública em que obrigaria planos de saúde a cobertura do implante coclear bilateral e, em casos onde há surdez pré-lingual, em crianças de 6 a 18 anos, o implante uni ou bilateral deve ser garantido.

O implante coclear, conhecido também por “ouvido biônico”, por ser um aparelho de alta complexidade tecnológica é utilizado como tratamento para portadores de severa surdez.

De acordo com especialistas, a grande razão para limitar a cirurgia bilateral seria o seu valor, que é orçado em cento e cinquenta mil reais aproximadamente. A Agência Nacional de Saúde Suplementar, inclusive, alega que devido ao alto custo e manutenção de dois aparelhos fica restrito financeiramente e por essa razão, preferiria deixar um dos ouvidos do paciente para novas tecnologias que poderiam ser desenvolvidas futuramente, e complementam dizendo que não há evidencias cientificas com qualidade metodológica suficiente relacionando o custo beneficio do implante coclear bilateral, que faça com que seja necessário como procedimento mínimo da ANS.

É imperativo notar que a Ação anteriormente citada foi obtida através de um Tribunal de Justiça, com objetivo de suspender a Resolução Normativa nº 211/10 e a Instrução Normativa nº 25/10, que tornava obrigatória para os planos de saúde cobertura do implante coclear bilateral.

O implante coclear é constituído por uma fixação de equipamento eletrônico computadorizado que substitui completamente a função do ouvido de pacientes com surdez total ou quase total. Recentemente, inclusive, foi realizada uma pesquisa com 877 pacientes na Espanha, que mostraram um ganho de 60% na percepção de fala em relação ao pré-operatório de adultos pós-linguais e de 90% de compreensão de fala em formato aberto em crianças que tiveram implantes realizados antes dos três anos de idade.

A determinada ação civil pública, ainda em andamento, incide das Peças Informativas de Tutela Coletiva nº 1.34.001.008621/2010-12, aplicadas com intuito de levantar possível ilegalidade na Resolução Normativa RN nº 211/2010 e Instrução Normativa

nº 25/2010, da ANS, que desobrigariam planos de saúde privados de cobrirem implante colear bilateral e em casos de surdez pré-lingual em crianças entre 6 e 18 anos, tanto bilateral quanto unilateral.

A Resolução Normativa anterior, de nº 167/2008, fixava a cobertura do implante coclear pelo plano de saúde no rol de cobertura mínima, onde obrigava estes planos a cobrir implantes cocleares bilaterais; a mais recente RN nº 211, trazida em 11 de janeiro de 2010 pela ANS, atualizou a lista de procedimentos básicos e obrigatórios dos planos de saúde, oferecendo um novo rol de casos de tratamento obrigatório por este. Regulamenta, portanto, em Anexo I, item 17, que:

"**17. IMPLANTE COCLEAR UNILATERAL**

1. Em maiores de 18 anos, a cobertura será obrigatória quando forem preenchidos todos os seguintes critérios:

a. surdez neuro-sensorial severa ou profunda bilateral com código linguístico estabelecido (casos de surdez pós-lingual ou de surdez pré-lingual, adequadamente reabilitados);

b. ausência de benefício com prótese auditiva (menos de 30% de discriminação vocal em tese com sentenças);

c. avaliação psicológica para motivação do uso e da reabilitação fonoaudiológica;

d. ausência de agenesia coclear ou do nervo coclear.

2. Em menores de 18 anos, com surdez pós-lingual, a cobertura será obrigatória quando forem preenchidos todos os seguintes critérios:

a. experiência com prótese auditiva, durante pelo menos três meses;

b. incapacidade de reconhecimento de palavras em conjunto fechado;

c. avaliação psicológica da família para motivação do uso do implante coclear e da reabilitação fonoaudiológica da criança/adolescente;

d. ausência de agenesia coclear ou do nervo coclear.

3. Em crianças a partir de 06 meses até seis anos, com surdez pré-lingual na deficiência auditiva neurossensorial profunda, a cobertura será obrigatória quando forem preenchidos todos os seguintes critérios:

a. avaliação psicológica da família para motivação do uso do implante coclear e da reabilitação fonoaudiológica da criança;

b. ausência de agenesia coclear ou do nervo coclear.

4. Em crianças a partir de 1 ano até 6 anos, com surdez pré-lingual na deficiência auditiva neurossensorial severa, a cobertura será obrigatória quando forem preenchidos os seguintes critérios:

a. avaliação psicológica da família para motivação do uso do implante coclear e da reabilitação fonoaudiológica da criança;

b. ausência de agenesia coclear ou do nervo coclear."

De tal modo, com a entrada desses novos parâmetros, operadoras de planos de saúde passaram a ser obrigadas a cobrir apenas um dos implantes cocleares, sendo o rol de procedimentos de saúde previstos na Resolução Normativa 211/2010 e Instrução Normativa 25/2010, revogados pelo anexo II da RN nº 262 de 01/01/2012:

17. IMPLANTE COCLEAR Cobertura obrigatória, unilateral ou bilateral, conforme indicação do medico assistente, nos seguintes casos:

1. Criança ate 6 anos 11 meses e 29 dias de idade, quando preenchidos todos os seguintes critérios:

a) perda auditiva neurossensorial severa ou profunda bilateral;

b) experiência com uso de próteses auditivas por um período mínimo de 3 meses na perda auditiva severa (exceto no caso de meningite - risco de ossificação da coclear o que pode impedir a inserção do feixe de eletrodos, devendo essas crianças ser implantadas o mais precocemente possível);

c) motivação adequada da família para o uso do implante coclear e para o processo de reabilitação fonoaudiologia;

2. Criança a partir de 7 anos ate 11 anos 11 meses e 29 dias de idade, quando preenchidos todos os seguintes critérios:

a) perda auditiva neurossensorial severa ou profunda bilateral;

b) resultado igual ou menor que 50% de reconhecimento de sentença em formato aberto com uso de Aparelho de Amplificação Sonora Individual (AASI) em ambas as orelhas;

c) presença de código linguístico estabelecido;

d) motivação adequada da família para o uso do implante coclear e para o processo de reabilitação fonoaudiologia;

3. Adolescente (a partir de 12 anos de idade), adulto e idoso com deficiência auditiva pós-lingual, quando preenchido todos os seguintes critérios:

a) perda auditiva neurossensorial severa ou profunda bilateral;

b) resultado igual ou menor que 50% de reconhecimento de sentenças em formato aberto com uso de AASI em ambas as orelhas;

c) motivação adequada da família para o uso do implante coclear e para o processo de reabilitação fonoaudiologica;

4. Adolescente (a partir de 12 anos de idade), adulto e idoso com deficiência auditiva pré-lingual, quando preenchido todos os seguintes critérios:

a) perda auditiva neurossensorial severa ou profunda bilateral;

b) resultado igual ou menor que 50% de reconhecimento de sentenças em formato aberto com uso de AASI em ambas as orelhas;

c) presença de código linguístico estabelecido e adequadamente reabilitado pelo método oral;

d) motivação adequada do paciente para o uso do implante coclear e para o processo de reabilitação fonoaudiológica.

Deve se observar que as ações estabelecidas pela ANS são relacionadas somente aos planos de saúde particulares, vez que, quando se trata de ônus ocasionados por cirurgias feitas pelo SUS – Sistema Único de Saúde, as ações devem ser pleiteadas sobre o Estado.

Em dezembro de 2012, a Justiça de Bauru, outorgou a antecipação dos efeitos da tutela em ação civil pública movida pelo MP, onde determinou que o Governo Estadual de São Paulo passasse a financiar a cirurgia coclear bilateral em crianças e adolescentes e ainda seria deste a obrigação de manutenção dos aparelhos implantados, de forma que seria deles a responsabilidade de fornecer acessórios, consertos, reposição de dispositivos que fossem perdidos, roubados ou aqueles que, se estragados, não tivessem como ser arrumados.

O pedido de liminar em relação a ação civil pública foi dada pelo Promotor de Justiça Lucas Pimentel de Oliveira, que viu necessidade deste após concluir Inquérito Civil que foi instaurado com intuito de levantar a situação de crianças e adolescentes com deficiência auditiva atendidas no Hospital de Reabilitação de Anomalias Craniofaciais, mais conhecido por Centrinho com unidade na Universidade se São Paulo (HRAC-USP), cujos serviços são custeados pelo Sistema Único de Saúde.

De acordo com ele a unidade de saúde não tinha capacidade de um tratamento adequado a esses pacientes, ou tão abrangentes quanto necessário, isso porque o programa não fornecia equipamento de frequência modulada (FM) que gera melhoras na capacidade auditiva dos pacientes implantados, especialmente em ambiente escolar.

O programa não fornecia manutenção do aparelho implantado e nem implantes cocleares bilaterais, fundamentais para reabilitação de pacientes.

Em sua ação, o Promotor de Justiça exprime que “o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação às crianças e aos adolescentes que receberam implante unilateral, pois a não realização do implante coclear bilateral impede a plena e integral reabilitação da capacidade auditiva, com reflexos negativos na qualidade de vida, no aprendizado, na convivência em sociedade, etc”.

A liminar foi concedida pelo Juiz Ubirajara Maintinguer, onde estabelece que o Estado de São Paulo deva custear a cirurgia de implante auditivo bilateral, bem como manutenção de aparelhos implantados. De acordo com sua decisão, cabe ao Estado fornecer terapia fonoaudiológica aos implantados no prazo de 60 dias, sob pena de multa diária no valor de seiscentos reais.

A decisão do Juiz Maintiguer vem no sentido de reestabelecer os princípios constitucionais básicos instituídos pela Magna Carta, tendo em vista que a diretriz que a ANS coloca contraria claramente estes, indo contra direitos a saúde e a dignidade da pessoa humana, bem como ao princípio do não retrocesso e até mesmo ao Estatuto da Criança e Adolescente (ECA).

No tocante do princípio da dignidade humana, a Constituição Federal o vê como um dos princípios fundamentais da República, estabelecida no art. 1º, III, em que assegura a todo cidadão direitos à vida, saúde, liberdade, segurança, moradia, lazer, cultura, bem como direitos sociais em geral.

O legislador estabelece preceitos que garantem e tutelam direito à saúde, de acordo com a Lei nº 8.212/91:

> "Art. 1º A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social". (...)
>
> Art. 2º A Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> Parágrafo único. As atividades de saúde são de relevância pública e sua organização obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes: a) acesso universal e igualitário;
>
> (…)
>
> f) "participação da iniciativa privada na assistência à saúde, obedecidos aos preceitos constitucionais."

Dessa forma, ao eliminar os procedimentos de cobertura obrigatória do implante coclear, seja bilateral, seja unilateral, a ANS acaba por atentar contra todos os mandamentos legais anteriormente estabelecidos.

Observa-se, portanto que a ANS fixava uma prestação limitada e deficiente a saúde, onde não atenderia os mínimos princípios básicos dignos do atendimento ao usuário de planos de saúde.

É nesse sentido que o ministro Celso de Mello em Recurso Extraordinário nº 271.286/RS estabelece que "o Direito público à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito fundamental que assiste a todas as pessoas representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostra-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento institucional. (...)"

No Tribunal Regional Federal da 4° Região foi abordado o princípio da vedação do processo quando um servidor público federal entrou com pedido de ressarcimento de despesas pelo tratamento de saúde que ocorreu em decorrência da alteração da portaria editada pelo Ministério da Fazenda. Foi dado por maioria provimento ao recurso da parte autora.

É possível notar uma reticência em relação à questão do princípio da vedação do retrocesso social, em especial no que diz respeito a se evitar que sejam violados direitos fundamentais sociais, o que pôde ser observado na ADI 2065-0; nela houve claro atentado a esse princípio, vez que anteriormente havia previsão de cobertura bilateral e depois houve redução para unilateral.

O princípio da vedação ao retrocesso social deve atuar sempre de maneira a impedir a revogação ou modificação de leis que suprimam a concretização dos direitos fundamentais sociais, nesse caso deve-se sempre agir usando de ponderação em relação aos princípios para que os aplique de forma coerente no caso concreto.

Observa-se, portanto, uma notória inconstitucionalidade no ato normativo da ANS exposto no caso concreto.

É de necessidade evidente, também, notar a Súmula 469 do STJ que apresenta: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de planos de saúde”.

Apesar de serviços prestados por planos de saúde deferem seguir os princípios estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, casos de portadores de surdez profunda tem sido colocados de lado e sido indevidamente discriminados ao ter negada a cobertura básica dos procedimentos.

É olhando desse prisma que nos deparamos também com uma cara violação do Estatuto da Criança e Adolescente também, ao excluir implantes cocleares em casos de surdez pré-lingual em crianças de 6 a 18 anos.

São levantadas, portanto, algumas hipóteses em relação à alteração ou reforma legislativa e de que modo estas trariam mudanças aos princípios estudados anteriormente.

Dentro dessas hipóteses, se observa, diferentes posicionamentos onde, a mudança da legislação poderia representar retrocesso para o direito social ou poderia ser um real avanço no que diz respeito à implementação deste. Para esse último ponto de vista, o princípio do não retrocesso deve ser usado com sabedoria e não de maneira indiscriminada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde é não só um direito do cidadão, mas um dever do Estado, de acordo com os preceitos estabelecidos no artigo 5° CF e 196 da mesma, entretanto, o legislador não teve a preocupação de conceituar saúde, não dando um parâmetro.

Juntamente com direitos a educação, transporte, lazer, etc. é através da saúde que se garante as condições razoáveis de vida digna da pessoa humana.

Sendo um bem jurídico fundamental protegido constitucional- mente, quando há interferência por órgãos do Estado ou por agentes particulares a fim de lesar o que é garantido pela legislação constitucional, pode ser demandada judicialmente a declaração de irregularidade da ação deste instrumento, seja ele qual for.

A aplicação de princípios como o do não retrocesso vem com o objetivo de evitar que o legislador desconsidere a efetividade de normas constitucionais ao seu bel prazer, garantindo ainda um caráter evolutivo à sociedade.

O dirigismo constitucional se caracteriza pela implementação, através de normas constitucionais, a busca pela justiça social, sendo impossível que normas já estabelecidas sejam suprimidas, estando este diretamente ligado ao princípio acima considerado.

De acordo com o autor Sarlet, a noção do princípio da vedação do retrocesso social decorre do Estado Democrático de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica, da proteção de confiança, e etc, incluindo a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade mais justa e solidária dentre os objetivos da República Federativa do Brasil.

Foi observando o caso concreto que gerou, inclusive, uma ação civil pública contra a ANS, que se viu a necessidade da aplicação dos princípios que tantas vezes são tomados da população com uma facilidade imensa, se desconsiderando toda base pela qual nossa lei maior se fundamenta. Nesse caso em específico foi visto um claro atentado ao princípio do não-retrocesso, bem como o próprio direito a saúde.

A Constituição Federal em seu artigo 6° garante um mínimo vital, obtido por direitos que garantem ao cidadão brasileiro uma condição digna de vida, quaisquer tentativas de manipulação destes será um incisivo atentado contra o direito nacional.

Deve-se, porem, levar em consideração a evolução do direito, bem como usar da ponderação, uma vez que o direito é uma ciência social, que se desenvolve junto com a sua população, não se devendo aplicar nenhum princípio aos extremos, mas, sim, o Judiciário atender aos preceitos constitucionais estabelecidos, de forma a ser justo e razoável.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades de constituição brasileira**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 11ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: [s.n.], 1998.

DERBLI, Felipe. **O princípio do retrocesso social na Constituição de 1988**. São Paulo: Renovar, 2007.

MAFFINI, Rafael. **Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 5ª Ed.São Paulo:Atlas, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade**. I _____ (Org.). Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.).** ***Constituição e segurança jurídica*****: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

PERSPECTIVAS DO SABER JURÍDICO E DE CRÍTICAS AO ESTADO DE DIREITO LIBERAL A PARTIR DE PACHUKANIS E CARL SCHMITT

Caio Henrique Lopes RAMIRO[360]
Josué Justino do RIO[361]

"Se queres uma imagem do
futuro, pensa numa bota
pisando um rosto humano,
para sempre".
George Orwell

RESUMO

O presente trabalho objetiva investigar os "extremos do direito", ou seja, do saber jurídico e de perspectivas críticas ao Estado de Direito, levando em consideração os argumentos apresentados por Pachukanis e Carl Schmitt. Para tanto, procedeu-se a uma revisão bibliográfica de textos, bem como se levou em consideração o método hermenêutico de análise. Neste sentido, a partir de Pachukanis, verificou-se que a noção de Direito, assim como a humanidade, passou por constante mutação ao longo da história. No feudalismo, o Direito possuía estreita relação com a Igreja, única instituição culta da época, que dominava a leitura e a escrita, bem como seus membros eram os responsáveis por interpretar e criar o Direito. Com o declínio do sistema feudal aliado ao desenvolvimento dos novos modos de sociabilidade com o surgimento do sistema capitalista, o Direito tomou novos rumos, sendo moldado de acordo com os interesses daqueles que haviam tomado o poder político e econômico, sobretudo após a queda do absolutismo. Uma nova concepção jurídica do mundo nasce com a consolidação do modo de produção capitalista, pois permite a criação das figuras do sujeito de direito, do Direito e do Estado, figuras, ademais, indissociáveis e

[360] Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo UNIVEM – Marília/SP. Bolsista CAPES. Possui especialização em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/Pr. Integrante do grupo de pesquisa Bioética e Direitos Humanos, CNPq – UNIVEM. Membro fundador do Instituto Paulista de Direito e Humanidades – IPDH, com sede em Bauru/SP. Advogado.

[361] Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bolsista CAPES. Integrante do Grupo de Pesquisa "Constitucionalização do Processo", vinculado ao Programa de Mestrado do UNIVEM-CNPq. Advogado.

imprescindíveis à manutenção do capitalismo. Na extremidade que partiu de Carl Schmitt (1888-1985), leva-se em consideração sua análise e crítica ao liberalismo dos séculos XIX e XX, ou seja, observa-se sua crítica a concepção liberal do sistema parlamentar consolidado na ideia de Estado de Direito pelo viés do *conceito do político*.

PALAVRAS-CHAVE: Carl Schmitt; Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica; Estado de Direito; Liberalismo; Pachukanis.

ABSTRACT

This paper aims to investigate the "extreme right" or critical perspectives to the rule of law, taking into account the arguments presented by Pachukanis and Carl Schmitt. Therefore, we proceeded to a literature review of texts, and took into account the hermeneutic method of analysis. In this regard, from Pachukanis, it was found that the concept of law, and mankind, passed through constantly changing throughout history. In feudalism, the Right had a close relationship with the Church, the only institution cultured time, which dominated the reading and writing as well as its members were responsible for interpreting and creating law. With the decline of the feudal system together with the development of new modes of sociability with the emergence of the capitalist system, the law has taken new directions, being shaped according to the interests of those who had taken the political and economic power, especially after the fall of absolutism . A new legal conception of the world is born with the consolidation of the capitalist mode of production, as it allows the creation of figures of the legal, law and the state, figures, moreover, inseparable and indispensable to the maintenance of capitalism. In the end that left Carl Schmitt (1888-1985), takes into account their analysis and critique of liberalism of the nineteenth and twentieth centuries, ie, there is a critique of the liberal conception of the parliamentary system consolidated the idea of state right by the concept of political bias.

KEYWORDS: Carl Schmitt, Criticism to the foundations of legal doctrine, rule of law; Liberalism; Pachukanis.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende investigar as estruturas do Estado (democrático) de Direito, bem como de sua roupagem liberal, levando em consideração o pensamento de dois teóricos jurídicos que marcam diferentes paradigmas de uma crítica radical à democracia

liberal e ao Estado de Direito, que segundo Alysson Mascaro (2002, p. 135) se encontravam nos porões do século XX, quais sejam: Pachukanis e Carl Schmitt. Para o professor da Universidade de São Paulo, do ponto de vista da filosofia jurídica, a teoria do direito praticamente desconhece outra abordagem sobre o fenômeno jurídico que não seja a institucional-normativa.

Neste sentido, ao partir da crítica radical ao Direito de Pachukanis, constata-se que a ordem jurídica para atingir o estágio no qual se encontra modernamente, passou por mutações ao longo da história da humanidade. Com efeito, no sistema feudal, o Direito sofreu forte influência dos dogmas religiosos, tendo em vista que a Igreja, com o fim do Império Romano, havia se tornado a única instituição organizada da época; some-se a isso, a supremacia cultural de seus membros, que dominavam a leitura e a escrita, importantes instrumentos em um período que viveu a dominação do homem sobre homem. Destarte, a compreensão evolutiva do Direito, como se pretende demonstrar ao longo deste escrito, está intimamente ligada ao progresso dos meios de produção, por isso, o exame sobre alguns dos fatores que determinaram o fim do sistema feudal e a passagem para o capitalismo, mostra-se necessário.

Uma abordagem sobre as formas de sociabilidade após o declínio do sistema feudal e a consolidação do sistema capitalista é importante para se compreender as figuras sujeito de direito, Estado e o próprio Direito. Este último, ao lado do Estado, com a afirmação do modo de produção capitalista, é uma figura indispensável à manutenção e à legitimação da dominação pelos proprietários dos meios de produção e da exploração da mão de obra assalariada. Essa incursão pelo feudalismo e pelo capitalismo deixará patente uma relação caracterizada por determinantes que influenciaram, de modo impressionante, as concepções econômicas, jurídicas e sociais do mundo, principalmente quanto à capacidade indiscutível do capitalista em gerar, indefinidamente, o seu capital, e mais, sem sofrer qualquer restrição, pelo contrário, encontra sua legitimação no Direito, no Estado e no homem, como sujeito de direito livre. Assim, o trabalhador, antes escravo, entra em cena, e está "disposto, voluntariamente" – sublinhe-se que ele não tem alternativa –, a vender a única mercadoria que possui: a sua "força de trabalho". Surge a figura *sujeito de direito*, como *forma jurídica*; o trabalhador, então, é considerado um sujeito de direito. Entender a essência do sujeito de direito no interior do sistema mercantil é fundamental para compreender a lógica do próprio capitalismo. Em seguida, será feita uma análise quanto ao nascimento e o progresso do Estado, que exerce um importante papel dentro do modelo econômico vigente, pois é um ente abstrato situado acima da sociedade civil e dotado de autoridade coativa psicológica e material.

No outro "extremo" do saber jurídico, pretende-se investigar a proposta crítica de

Carl Schmitt, sendo que o texto se inicia por sua análise e crítica ao liberalismo dos séculos XIX e XX através do político, ou seja, sua crítica ao liberalismo e seu sistema parlamentar consolidado na ideia de Estado de Direito pelo viés do *conceito do político*. Neste ponto convém considerar que o *kronjurista* talvez já não se encontre profundamente inserido "nos porões do saber jurídico", tendo em vista a consolidação de certa perspectiva de estudos acerca de suas teorias, o que Atílio Boron classificou como sendo "moda schmittiana", que contém leituras, do ponto de vista das ideologias políticas, tanto de autores de perspectiva liberal, como de outros provenientes de outros confins e partes do arco ideológico.

A investigação aproximar-se-á do texto *Politische Theologie* (Teologia Política) de 1922 e do *conceito do político* de 1932, tentando apreender os argumentos schmittianos, como dito, acerca de sua crítica ao liberalismo e ao Estado de Direito, apresentando esta perspectiva dentro de uma chave que entendemos de uma crítica radical, contudo, conservadora.

Por fim, ter-se-á, ainda, como parâmetro metodológico, o materialismo histórico, adotado por Pachukanis, quando da análise do pensador russo acerca da inter-relação existente entre a evolução dos modos de produção, o sujeito de direito, o próprio Direito e o Estado, este, aliás, um terceiro sofisticado que, ao lado do Direito, compõe as estruturas aptas a manter as desigualdades sociais. A base teórica é encontrada em obras escritas por Marx, Engels, Pachukanis, Edelman, dentre outros, donos de intelectualidade ímpar para embasar trabalhos com envergadura crítica.

1. BREVE SÍNTESE HISTÓRICA ACERCA DA PRODUÇÃO ECONÔMICA E DA CONSTRUÇÃO DA FORMA DIREITO

De início, é importante consignar que o feudalismo se caracterizou por ser um modo de produção agrícola e mão de obra eminentemente servil. Embora a sociedade feudal tenha sido fundamentada nas relações de dominação direta – do homem pelo próprio homem –, não era uma sociedade, em si, escravocrata. O Direito e a Igreja, nessa época, possuíam uma relação umbilical, razão pela qual a concepção jurídica do mundo era tida como, essencialmente, teológica, já que a Igreja, com o declínio do Império Romano, se consolidou como a única instituição organizada.

A Igreja, aliás, nascida com o Império Romano, preencheu as lacunas por ele deixadas. Isso permitiu que o cristianismo fosse reconhecido como religião oficial do feudalismo, fazendo, assim, da Igreja, o substituto natural do Império Romano: "a herança espiritual e política de Roma passou para a Igreja Cristã" (FERRAZ JUNIOR. 2003, p. 63). O

Direito, por sua vez, encontrava a sua fundamentação no Direito Canônico, cuja interpretação dava-se por meio dos "doutores universitários", a partir do discurso Papal[362]. Críticas voltadas à Igreja equivaliam ao crime de lesa-majestade. E mais, a Igreja, por não admitir questionamentos, teve de mobilizar uma tecnologia repressiva a fim de controlar possíveis revoltosos:

> [...] e essa tecnologia é o discurso jurídico canônico materializado na Santa Inquisição, com seu sistema de construção aflitiva da verdade. O modo de sustentação dessas afirmações exemplifica-se quando a interpretação canônica dos textos romanos e os próprios textos e decretos da Igreja passam, a partir de 1180, a ter primazia com a proibição do estudo do direito romano aos monges e com o fechamento das escolas de direito civil, ordenado por Henrique III em 1234.
>
> A interpretação competente dos doutos universitários, o controle do sentido da jurisprudência, as técnicas de conhecimento, transmissão e reconhecimento dos textos canônicos vão constituir-se como práticas sociais que submeterão a realidade à simbologia jurídica de uma versão parcial e comprometida. O direito canônico irá servir como modelador, como "censor" da realidade que incomodava a instituição eclesial, como estrutura dogmática e como instituição de repressão/formação das condutas na sociedade. (WOLKMER. 2008, p. 226-227)

Sob o viés socioeconômico, a partir do século XIV, uma crise generalizada atingiu grande parte da Europa e ocasionou a falência do sistema feudal. Frise-se que um dos fatores determinantes para a depressão na Baixa Idade Média, foi a grave crise agrária. A agricultura desenvolvida em condições climáticas desfavoráveis, aliadas a solos muitas vezes medíocres e a práticas primitivas, foram fatores que influenciaram a produção de trigo, provocando fortes irregularidades (GEORGES *apud* FRANCO JÚNIOR. 1986, p. 81).

De outro lado, as guerras constantes ocorridas naquele período – em especial a Guerra dos Cem Anos – causaram muita destruição no campo o que agravou ainda mais a crise. Outro acontecimento na Idade Média que causou uma séria crise demográfica foi a

[362] "A Igreja passou a monopolizar a produção intelectual jurídica na idade feudal. Definiu-se a função dogmática dos doutores universitários, doutores não pelo conhecimento, mas pela autorização divina de revelar, ou melhor, de dizer a verdade da lei, legitimando o discurso oficial do papa e da Igreja, de forma extremamente regrada. Tal legitimação deve, assim, ser percebida como fundamentação retórica para um eficaz e real exercício de dominação e submissão levado a cabo pela Igreja na Idade Média: mais que revelar a verdade, o que o jurista canônico externa é a vontade política do poder eclesiástico em fazer valer os seus comandos". (WOLKMER. 2008, p. 224).

epidêmica da Peste Negra[363], que se desenvolveu sob duas modalidades: a *peste bubônica* – cuja contaminação ocorria por meio da pele e tendo a pulga do rato como agente causador – e *pneumônica* – transmitida pelo homem e ocasionava a morte quase que na totalidade dos casos, após dois ou três dias de contaminação.

Com efeito, esses problemas socioeconômicos influenciaram as novas características do Estado, até então Absolutista, e fortaleceu a sua política intervencionista, representada pela figura do poder real, que, aliás, utilizou esse Estado como meio de consolidação do seu poder político. Tais fatores simbolizaram a decadência do feudalismo e direcionaram o mundo para perspectivas inovadoras de sociabilidade, mediante o nascimento de uma sociedade moderna.

A crise na Idade Média, portanto, é o grande divisor de águas – entre a Idade Média e a Idade Moderna –, pois, além de direcionar os rumos da sociedade, permitiu a consolidação das novas relações econômico-jurídico-sociais do mundo: os "trabalhadores", antes escravos, vêem-se obrigados a romper com os processos de identificação e dependência que tinham com a terra e se adaptar às novas formas de sociabilidade urbanas. O fim do feudalismo contribuiu, significativamente, no desenvolvimento da nova classe social – a burguesia –, cujas principais características são a detenção dos meios de produção, da mais-valia e da exploração da mão de obra assalariada[364].

Essa afirmação da classe burguesa somada à sedimentação do sistema de produção capitalista é explicada em Marx sob a perspectiva histórica, tendo em vista que se trata de um modo de produção de mercadorias, iniciado na Idade Moderna, mas que se desenvolveu mais intensamente na Inglaterra, com a Revolução Industrial.

Segundo Pachukanis (1989, p. 38):

> A sociedade burguesa é a organização histórica da produção mais desenvolvida e mais variada que existe. Por este fato, as categorias que exprimem as relações desta sociedade, e que permitem compreender a sua estrutura, permitem ao mesmo tempo

[363] A peste chegou à Europa por meio de navios genoveses que traziam pessoas contaminadas durante as expedições comerciais.

[364] Na assertiva de STÜCKA: "[...] a chamada sociedade burguesa, na qual todas as relações se baseiam no livre contrato entre pessoas livres (proprietários da terra e de outros meios de produção) e produtores (pessoas livres, mas livres também da terra e dos meios de produção) reduzidos a *trabalhadores assalariados*. A propriedade feudal converte-se em *propriedade capitalista*, enquanto a renda em trabalho ou espécie se converte em renda e dinheiro. O possuidor do capital adquire um lucro, quer dizer, um produto adicional, que o proprietário da terra não consegue auferir. E toda a enorme massa de produtores vê-se reduzida, como dantes, a receber o produto do trabalho necessário, mas agora apenas em *forma de dinheiro*. O produtor converteu-se num *trabalhador assalariado*. O que este sistema lhe dá não é a liberdade: formou-se uma nova classe livre de capitalistas, mas o trabalhador caiu novamente na manufactura, sob o domínio do instrumento de produção e, posteriormente na fábrica sobre o domínio da máquina. Se antes era `possuído´ pela terra e pelo proprietário da terra, agora converteu-se num `súbtido´ da fábrica e da classe dos capitalistas, personificação do capital". (STÜCKA. 1973, 71-72).

> perceber a estrutura e as relações de produção de todas as formas de sociedade desaparecidas, sobre cujas ruínas e elementos ela se edificou, e que certos vestígios, parcialmente ainda não apagados, continuam a subsistir nela.

Anote-se, porém, que o capitalismo não se resume apenas e tão-somente à produção de mercadorias, mas, pelo contrário, é um sistema em que a força de trabalho é transformada em mercadoria e disponibilizada no mercado para circular como objeto de troca. É fundamental acentuar, no entanto, que para a consolidação do sistema houve a necessidade de se concentrar a propriedade dos meios de produção nas mãos de apenas uma classe social – a burguesia – e a existência de outra classe – proletários –, em que a venda da força de trabalho seja o único meio de subsistência. Por isso, em a *Ideologia alemã*, Marx assevera que:

> O primeiro ato histórico é, portanto, a produção dos meios que permitam que haja a satisfação dessas necessidades, a produção da própria vida material, e de fato esse é o único ato histórico, uma exigência fundamental de toda a história, que tanto hoje como há milênios deve ser cumprido cotidianamente e a toda hora, para manter os homens com vida. (MARX; ENGELS, 2005, p. 53).

A troca torna-se um requisito essencial na manutenção da subsistência de todos na sociedade capitalista, em que o produto permutado, decorrente de um trabalho, denomina-se mercadoria. Insta salientar, contudo, que o produto desenvolvido por esse trabalho somente se transforma em mercadoria quando encontra as condições favoráveis de sociabilidade: além da troca, a propriedade privada e a divisão social do trabalho. E isso só é possível porque toda a produção econômica e social no sistema capitalista é obtida: pela produção de mercadorias e fundado na propriedade privada do capital e na relação social do *trabalho abstrato*.

O primordial nessa troca é o seguinte: o trabalho particular do produtor de sapatos e do marceneiro é equivalente, porquanto, produtos específicos poderão ser trocados; o que há de comum em todas as mercadorias não é o trabalho concreto utilizado na produção do sapato ou do móvel, mas no trabalho humano abstrato. Assim, todas as mercadorias produzidas são, na verdade, produtos do trabalho humano abstrato necessário, e que gera valor de uso. Porém, registre-se que a força de trabalho nem sempre foi considerada mercadoria. Basta lembrar os artesãos, que tinham como meio de subsistência a venda de produtos confeccionados por eles mesmos. Os artesãos eram proprietários dos seus meios de produção; todos os instrumentos e matérias primas lhe pertenciam; isso fez deles senhores do seu próprio trabalho.

Com a expansão do capitalismo os artesãos foram sendo eliminados, pois não tinham como concorrer com as indústrias, que se desenvolviam a todo vapor. A aniquilação dos seus meios de produção foi inevitável; o artesão era o mais novo integrante da classe trabalhadora e mais um dependente do homem do dinheiro, novo senhor dos meios de produção; o artesão tornou-se assalariado, e foi obrigado, para sobreviver, a vender sua força de trabalho em troca de salário. Salário este que, segundo Marx, "[...] é apenas um nome especial dado ao preço da força de trabalho, a que se costuma chamar preço do trabalho; é apenas o nome dado ao preço dessa mercadoria particular que só existe na carne e no sangue do homem". (MARX. 2006, p. 36).

É no sistema de produção capitalista, por meio da circulação mercantil, que a força de trabalho humana se realiza como mercadoria e todos os objetos, ao serem transformados em mercadorias, podem ser trocados por produtos equivalentes. A força de trabalho, nessa conjuntura, é mais uma mercadoria que será trocada por dinheiro. Consequentemente, como qualquer forma mercadoria, a força de trabalho, ao mesmo tempo é valor de uso e valor de troca. A mercadoria, no capitalismo, consolida a sua forma existencial como um objeto necessário à sobrevivência do homem, por isso, com essa característica, pode ser oferecida e trocada por outra mercadoria considerada equivalente. Todavia, é importante assinalar que a mercadoria adquirida pelo consumidor deve, sobretudo, ter uma utilidade específica, gerando, para ele, um valor de uso.

No sistema assalariado, a força de trabalho, ao ser disponibilizada como mercadoria, permite a reprodução de diferentes tipos de forças de trabalho – isso se deve à quantidade de trabalho abstrato necessário na confecção de um produto –, motivo pelo qual existem preços distintos para cada categoria de força de trabalho, impedindo, assim, uma distribuição salarial igualitária. Por isso, pontua Marx, exigir uma distribuição equitativa no sistema assalariado, "[...] é o mesmo que pedir 'liberdade' na base do sistema escravocrata". (MARX. 2006, p.112)

O valor do salário pago ao trabalhador não deve ser mais do que o indispensável à sua sobrevivência, porque, caso contrário, o lucro do capitalista será menor, o que contraria a lógica do sistema. A lógica, aliás, é constituída por um círculo, mas que gira sempre a favor da classe detentora dos meios de produção, porquanto, ao passo que o trabalhador vende a sua força de trabalho para sua subsistência, o capitalista a compra, produz o excedente, e ainda enriquece.

A transformação do dinheiro em capital não é o suficiente para manter o capitalista imune. É preciso também que seus negócios sejam expandidos continuamente, convertendo

grande parte da sua mais-valia em capital, o que lhe dá suporte para comprar seus meios de produção e a força de trabalho. Entretanto, seria impossível esse desenvolvimento econômico por meio da garantia da propriedade privada, da exploração da mão de obra do trabalhador e da detenção dos meios de produção, sem a existência das figuras do Direito e do Estado – além do sujeito de Direito.

O Direito exerce uma importante função dentro do sistema de produção capitalista: tornar realizável qualquer contrato juridicamente possível, principalmente porque, diante de um eventual descumprimento da obrigação, esse contrato pode ser executado por um terceiro estranho à relação, o Estado. O capitalista, portanto, não encontra óbice algum para contratar a mão de obra de um trabalhador, pois tem consciência de que caso o trabalhador descumpra esse contrato de compra e venda – aqui preferível denominá-lo contrato de compra e venda a somente contrato de trabalho, pelo fato de o trabalhador vender sua força de trabalho e o empregador comprá-la – encontrará instrumentos jurídicos aptos a fazê-lo executar.

Além do Direito, o Estado moderno, com se verá mais adiante, apareceu como uma estrutura organizada e necessária à manutenção da burguesia que havia ascendido ao poder e precisava unificar os territórios feudais a fim de aumentar o mercado consumidor, criando, por conseguinte, uma nova forma de relação social fundada na igualdade formal. Se o Direito, no feudalismo, tinha uma estreita relação com Igreja, única instituição organizada hierárquica e culturalmente, modernamente, ao lado do Estado, exerce um importante papel nas instâncias de transações mercantis, já que detém a capacidade de colocar todos os desiguais igualmente, ao garantir a liberdade de contrato.

Enquanto no feudalismo o tipo de dominação ocorria de forma direta, no capitalismo, a dominação se dá de forma indireta, e mais, os intermediadores dessa relação primordial são o Direito e o Estado. Uma constatação há de ser feita e é que inquestionável: é no modo de produção capitalista que o detentor do capital, explora a mão de obra, obtém os lucros, e ainda tem o Direito e o Estado como intercessor. Se inexistisse essa intermediação, a forma de dominação indireta seria quase impossível, voltar-se-ia ao feudalismo.

Na Idade Moderna, o Direito legitima os interesses da classe dominante pela lógica capitalista da liberdade e igualdade, que, para Mascaro, são essenciais para o mercado e para a lógica da reprodução econômica, mas o fundamento da propriedade dos meios de produção se sobreleva. Para ele, a propriedade privada como fundamento do Direito, ao lado da igualdade formal e da liberdade negocial, constitui o corpo do Direito Privado. “A produção, e não a circulação, é que permite a plenitude da autorreprodução do capital e a exponenciação da acumulação privada". (MASCARO. 2003, p. 32)

O Direito, portanto, nessa sociedade, ao tomar a forma da lógica mercantil, garante o desenvolvimento do sistema, ao chancelar a igualdade formal, a liberdade contratual e a propriedade privada, estruturas indispensáveis na exploração mercantil. O Direito, na verdade, se aperfeiçoa tomando a forma das grandes produções fabris, visando sempre resguardar os interesses da classe que detém a propriedade dos meios de produção pela técnica de decisões, especialmente, por meio dos procedimentos jurídicos.

Para Stücka (1973, p. 32):

> A própria produção do direito assumiu a pura forma das grandes produções fabris e, para a sua aplicação e interpretação, criaram-se autênticos templos cujas solenes cerimônias dos sacerdotes do direito se processam com os mesmo métodos da grande produção. Porém, apesar de tudo isso, o âmbito do direito continua a ser um mistério, algo incompreensível para os simples mortais, muito embora sejam obrigados a conhecer todo o direito e apesar deste disciplinar as relações humanas mais correntes.

Seguir os procedimentos técnicos é mais importante que a efetivação da justiça, até porque, o Direito, na sociedade capitalista, não tem como objetivo final a concretização da justiça, mas legitimar os interesses da classe que domina os meios de produção. O Direito torna-se um fim em si mesmo, é por isso que o

> [...] direito moderno, capitalista, não está preocupado estruturalmente com a justiça. Antes, está preocupado com a forma, com as instituições, com a sua própria reprodutibilidade. Todo o aparato de tribunais, legisladores, operadores do direito, passa a se orientar para um fim específico: não se indaga se o direito está sendo justo. Salvaguarda-se sempre o funcionamento dessa máquina sem se preocupar com suas origens ou seus fins. (MASCARO. 2007, p. 57)

Desse modo, o Direito, em outras palavras, torna-se o grande legitimador da estrutura de dominação pela classe que detém a propriedade dos meios de produção, e somente pela luta será possível a concretização de uma ordem jurídica transformadora com objetivos de justiça e igualdade reais. O Direito no sistema capitalista somente poderá atingir seu objetivo, a justiça, a partir do instante em que for utilizado como um mecanismo de transformação, mas isso só será possível quando romper com a lógica de funcionamento estrutural do sistema mercantil.

2. O EXTREMO MATERIALISTA REVOLUCIONÁRIO: PARA UMA CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DA ORDEM E DA DOGMÁTICA JURÍDICAS A PARTIR DE PACHUKANIS

O sistema capitalista, como analisado anteriormente, encontra o seu fundamento no modo de produção de mercadorias, ou seja, na circulação e troca mercantis, por isso, a partir do momento em que o Direito passou a sofrer a influência dessa circulação, a forma jurídica tornou-se também um reflexo da economia mercantilista, criando, assim, as suas diversas figuras de direito. Desse modo, como acentua Pachukanis, toda relação jurídica é, de fato, uma relação entre sujeitos, por isso, tem-se que o sujeito é o átomo da teoria jurídica, seu elemento indecomponível. (PACHUKANIS. 1989, p. 81)

Com efeito, na sociedade feudal não havia uma forma jurídica apta a criar as figuras de direito como a existente no capitalismo, sobretudo devido à inexistência da divisão social do trabalho e pela restrita produção econômica de subsistência. Não havia a preocupação com a produção de um excedente como se vê no sistema capitalista[365], em que o objetivo final é a produção da mais-valia e a transformação do dinheiro em capital.

Contudo, o capitalista, para atingir o seu objetivo – a transformação do dinheiro em capital –, necessitava encontrar, na circulação mercantil, uma mercadoria em que, o seu valor de uso pudesse ser, também, uma fonte de valor de troca. Foi, então, que o detentor do capital encontrou no mercado a força de trabalho, cuja grande virtude é que, ao mesmo tempo em que realiza trabalho, também cria valor. Todavia, para que essa mercadoria fosse encontrada no mercado era necessário que estivesse disponível, e mais, que o seu possuidor a oferecesse no mercado, alienando-a. Mas, para tanto, o trabalhador precisava ser um indivíduo livre, e em duplo sentido – ser tanto o proprietário quanto a única mercadoria que possuísse –, porquanto somente assim ele poderia se relacionar com o detentor do capital em "condições formais de igualdade", ou seja, sendo ambos possuidores de mercadorias, distinguindo, apenas, no seguinte: "[...] um compra e o outro vende" (MARX, 2004, p.88).

É justamente neste cenário das relações de produção capitalista que a figura *sujeito de direito* livre se manifesta com total evidência, como forma jurídica essencial – sendo todos livres para contratar, ou seja, o trabalhador para vender sua força de trabalho e o capitalista para comprá-la. Esse fato nada mais é do que uma legítima relação jurídica entre sujeitos.

[365] Ademais, vale frisar que a produção de um excedente no sistema feudal tornava-se um obstáculo, diante da ausência de um mercado consumidor.

Portanto, ao tornar todos os homens sujeitos de direito, todos são travestidos formalmente de iguais numa desigualdade real.

Pachukanis (1989, p. 83) argumenta que os idealistas do direito desenvolveram uma definição de sujeito a partir uma perspectiva especulativa: “o conceito fundamental do direito é a liberdade [...] O conceito abstrato de liberdade é a possibilidade de se determinar qualquer coisa [...] O Homem é sujeito de direito porque possui a possibilidade de determinar-se, porque possui uma vontade”. Hegel assinala que a

> [...] personalidade contém principalmente a capacidade de direito e constitui o fundamento (ele próprio abstrato) do direito abstrato, em consequência formal. O imperativo do direito é então: seja uma pessoa e respeito os outros como pessoas. [...] O que é imediatamente diferente do espírito livre, e considerado este como em si, é a extrinsidade em geral: uma coisa, qualquer coisa de não livre, sem personalidade e sem direito (PACHUKANIS. 1989, p. 83)

Afirma Mascaro que o sujeito de direito é a primeira ferramenta técnica relacionada diretamente com a norma jurídica, o que faz da figura sujeito de direito pedra fundamental, tanto do Direito quanto da contemporânea sociedade capitalista. Ainda segundo o autor, os juristas antigos associavam o conceito de sujeito de direito somente ao indivíduo ser humano, por entenderem que o sujeito de direito era o indivíduo apto a ter direitos. Essa mística foi derrubada com o surgimento do capitalismo, substancialmente porque existe uma grandiosa modalidade de sujeitos que não é composta apenas de seres humanos. (MASCARO, 2007, p. 11)

> O sujeito de direito é considerado, assim, desde o começo do capitalismo, como aquele que pode portar direitos e deveres, isto é, aquele que é proprietário, detém bens, faz circular mercadorias e serviços, estabelece contratos, vincula-se à sua declaração de vontade. O capitalismo não apenas considera sujeito de direito o burguês, mas também o comprador dos bens dos burgueses [...].
>
> [...] O sujeito de direito é tanto o burguês que compra a força de trabalho quanto o trabalhador que a vende.

> [...] O sujeito de direito é sempre aquele que transaciona alguma coisa, no mercado. A origem do conceito de sujeito de direito é sempre mercantil, capitalista. Basta esta primeira etapa da história do capitalismo, o capitalismo mercantil, para que já haja a ferramenta técnica do sujeito de direito. (MASCARO. 2007, p. 113)

Michel Miaille, na sua *Introdução crítica ao estudo do direito,* assevera que o sujeito de direitos é um sujeito de direitos virtuais e abstratos, tendo em vista que, "animado apenas pela sua vontade, ele tem a possibilidade, a liberdade de se obrigar, designadamente de vender a sua força de trabalho a um outro sujeito de direito" (MIAILLE. 1994, p.118). Esse sujeito pratica um ato livre, que somente uma pessoa dotada de personalidade jurídica pode exercer.

O sujeito torna-se objeto e organismo determinante das relações de produção jurídica e social, por isso, Edelman sustenta que: a forma sujeito de direito é "aporética", pois coloca um problema que não pode resolver. Desta feita, se o homem é, para si, o seu próprio capital, para que esse capital circule é indispensável que possa dispor dele em seu nome, ou seja, em nome do capital que o constitui. Na visão de Edelman, essa "aporia" se resume no seguinte: o homem, simultaneamente, é sujeito e objeto de direito, portanto, o sujeito só poderá se realizar no objeto como o objeto no sujeito. Nesse contexto, toda a forma sujeito de direito é analisada diante da "[...] decomposição mercantil do homem em sujeitos/atributos", logo:

> [...] sendo o homem reconhecido "como essência" da propriedade, qualquer produção do homem é a produção de um proprietário: melhor, de uma propriedade que frutifica e produz a renda e o lucro. A valorização dele próprio constitui o seu capital; não um vulgar capital-dinheiro, mas um capital digno da essência humana, um capital "moral". (EDELMAN, 1976, p. 94)

O homem sujeito de direito tem a propriedade de si mesmo constituída na sua própria estrutura, o que o torna mais uma mercadoria dentro do sistema de circulação mercantil, até porque, por estar não apenas na condição de sujeito, mas, sobretudo, como um proprietário de si mesmo, o faz circular dentro do sistema como objeto de troca, efetivando a sua suposta "liberdade". A categoria sujeito de direito decorre do ato de troca que ocorre no mercado, pois é neste ato de troca que o homem realiza a sua "liberdade formal de autodeterminação" (PACHUKANIS, 1989, p. 90).

A sua "liberdade", portanto, existe somente – quando há possibilidade de escolher – se puder contratar com o empregador de sua escolha, visto que, sendo a força de trabalho uma

mercadoria, ela precisa, obrigatoriamente, circular no mercado, o que de algum modo coage subjetivamente o trabalhador na venda da força de trabalho, pois sabe ele que, se não vender rapidamente sua mercadoria por um preço pelo qual o detentor do capital está disposto a pagar, mesmo que não seja o justo, existe um grande exército de reserva "livre" e disposto a vender a mesma mercadoria. Edelman, aliás, sustentava que essa liberdade é comprovada pela alienação do trabalhador pela liberdade, por isso, "[...] a exigência ideológica da liberdade do homem se desdobra na estrutura sujeito de direito constituído em objecto de direito [...]" (EDELMAN, 1976, p. 97).

Não obstante, essa liberdade só existe por ser o elemento fundamental a alimentar a circulação mercantil, sem a qual seria impossível uma relação de troca produtiva entre os sujeitos de direito. O capital somente se desenvolve nas ocasiões em que "[...] o detentor dos meios de produção e de subsistência encontra, no mercado, o trabalhador livre que vem aí vender sua força de trabalho, e essa única condição histórica contém todo um mundo novo" (MARX, 2004, p. 90).

O trabalhador, para alienar sua mercadoria, como frisado, necessita ser proprietário de si, o que é possível mediante a forma sujeito, porque a propriedade de si mesmo faz do sujeito de direito um objeto do próprio contrato, obrigando o homem a tomar a sua forma jurídica fundamental dentro da relação contratual realizada livremente sob a circulação mercantil. A ideia da "livre propriedade de si mesmo" constitui estrutura essencial da figura sujeito de direito, porquanto, o homem, a partir do instante em que investe sua vontade em si mesmo como objeto, torna-se mais um produto das relações de sociabilidade.

Nas palavras de Pachukanis (1989, p. 94):

> O sujeito de direito é, em consequência, um proprietário abstrato e transposto para as nuvens. Sua vontade, em sentido jurídico, possui seu fundamento real no desejo de alienar na aquisição e de adquirir na alienação. Para que esse desejo se realize é necessário que os desejos dos proprietários de mercadorias concordem reciprocamente. Juridicamente esta relação exprime-se como contrato, ou como acordo entre vontades independentes. É por isso que o contrato é um conceito central no direito. Dito de maneira mais enfática: o contrato representa um elemento constitutivo da ideia de direito. No sistema lógico de conceitos jurídicos, o contrato nada mais é do que uma variedade do ato jurídico em geral, isto é, nada além do que

um dos meios de manifestação concreta da vontade com a ajuda da qual o sujeito age na esfera jurídica que o cerca.

Demais disso, a circulação mercantil detém a sofisticada e importante capacidade de suprimir todas as diferenças formais existentes entre os sujeitos, convertendo todos os homens em sujeitos de direito “livres” e “iguais”, mas apenas formalmente. Por isso, o trabalhador, ao vender sua força de trabalho, encontra-se juridicamente em igualdade de condições para contratar com o adquirente dessa mercadoria. Mas essa igualdade é garantida por um elemento subjetivo que o denominado elegantemente como “autonomia da vontade”. Nessa perspectiva, a troca da mercadoria força de trabalho somente é viável porque o homem é portador de um elemento subjetivo quando elevado à categoria de sujeito livre, podendo expressar, por meio dessa “autonomia da vontade”, a relação jurídica consensual com outros sujeitos que também possuem essa mesma “virtude” individual.

O sistema capitalista, ao criar no homem a noção de sujeito de direito livre e fazendo da sua capacidade de produção a forma jurídica da liberdade, descobriu a fórmula necessária para o homem se alienar num processo de trocas mercantis, e ainda criou a falsa ilusão de efetividade da liberdade e da igualdade. Ilusão esta que: “[...] nada mais é do que o reflexo das contradições reais do sistema do valor de troca [...]” (EDELMAN, 1976, p. 133), principalmente porque o sistema não permite a produção de uma verdadeira igualdade e de uma verdadeira liberdade.

E é por intermédio da forma sujeito de direito “livre” que o capitalista transforma-se em proprietário do produto desenvolvido por esse sujeito, porquanto, no momento em que o capitalista compra a força de trabalho do sujeito ele adquire o direito de utilizá-la, pagando por esta mercadoria um determinado preço de uso, denominado salário, e realizando, assim, a troca entre equivalentes. Contudo, o capitalista consome a força de trabalho adquirida mediante um contrato, gera um produto, que posteriormente é posto em circulação. A contradição, porém, é evidente, pois o produto confeccionado durante processo de produção pertence “apenas” ao capitalista.

A constituição da forma sujeito de direito, como se vê, está umbilicalmente ligada ao aparecimento de certas relações sociais de produção, de modo que a relação voltada à troca de mercadorias se dá de modo extraordinário, abrangendo inclusive a força de trabalho humana.

O Estado como organização jurídica, sob uma visão histórico-materialista, surgiu da necessidade de se conter os conflitos entre as classes sociais. Contudo, vale sublinhar que, foi com a consolidação do sistema capitalista que ele se tornou uma estrutura sofisticada e

organizada, e passando a garantir os interesses da classe dominante. Friedrich Engels, em sua obra *A origem da família, da propriedade privada e do estado*, sustenta que

> [...] o Estado surgiu da necessidade de conter as oposições de classes, mas ao mesmo tempo surgiu no meio do conflito subsistente entre elas, ele é, em regra, o Estado da classe mais poderosa, da classe economicamente dominante, classe que, por intermédio dele, converte-se também em classe politicamente dominante, adquirindo assim novos meios para a repressão e exploração da classe oprimida. Assim, o Estado antigo, era sobretudo, o Estado dos donos de escravos para manter os escravos subjugados, tal como o Estado feudal era o órgão de que se valeu a nobreza para manter a submissão dos servos e camponeses dependentes. E o moderno Estado representativo é o instrumento da exploração do trabalho assalariado pelo capital. (ENGELS, p. 186)

É importante assinalar que, nos fins da Idade Média, embora o "Estado" – ainda absolutista, já que o domínio estava restrito às mãos da nobreza – procurasse garantir as relações jurídicas contratuais da burguesia, as regras não eram respeitadas, sobretudo porque a nobreza precisava assegurar os seus privilégios. Por isso, que a Revolução Francesa, cujo fundamento era a necessidade de se quedar o sistema absolutista, na verdade, não passou de uma revolução estritamente burguesa.

P. Stücka, em seu *Direito e luta de classes*, frisa muito bem essa passagem histórica: "[...] como se sabe, a grande revolução francesa começou com a triunfal proclamação da Declaração dos direitos do homem e do cidadão [...] este direito da grande revolução francesa – este direito para toda a humanidade – foi apenas, um código da burguesia (Código Civil) [...]". O Código napoleônico constituiu "efectivamente a fórmulação abreviada sintética da própria natureza da grande revolução francesa [...]", cuidando-se, desta feita, "[...] do texto predilecto ou, se se preferir, quase da Bíblia da classe burguesa, dado que contém a fundamentação da verdadeira natureza da burguesia, do seu sagrado direito de propriedade [...]" (STÜCKA, 1973, p. 29).

Com efeito, a partir do momento em que o Estado passou a tratar todos como sujeitos iguais em direitos, os privilégios da nobreza deixaram de ser garantidos. Assim, ao dispensar um tratamento igualitário – formalmente – a todos, o Estado permitiu o fortalecimento da burguesia, pois seus contratos, obrigatoriamente, haveriam de ser cumpridos, haja vista que

esse novo ente, equidistante às partes contratantes, os executaria. Nessa ótica, os lucros e a exploração do trabalho estavam sendo legitimados.

A ascensão da burguesia ao poder estatal fez com que ela passasse a legislar somente sob a perspectiva da garantia dos seus próprios interesses, relegando, ao Estado, a aplicação de um Direito definido a partir de um "[...] sistema de relações sociais correspondentes aos interesses da classe dominante e tutelado pela força organizada desta classe [...]"(STÜCKA, 1973, p. 34). Para Marx, o Estado e o Direito têm um papel fundamental, uma vez que são os intermediadores e legitimadores da dominação na sociedade capitalista. Em a *Ideologia alemã*, Marx, ao tratar das relações do Estado e do Direito com a propriedade privada, advertia que:

> [...] o Estado, pois, é a forma pela qual os indivíduos de uma classe dominante fazem valer seus interesses comuns e na qual se resume toda a sociedade civil de um período, segue-se que todas as instituições comuns são mediadas pelo Estado e dele adquirem uma forma política. Daí a ilusão de que a lei se baseia na vontade e, mais ainda, na vontade destacada de sua base real. Do mesmo modo, o direito é reduzido, pelo seu turno, à lei (MARX, 2005, p. 98).

Ao contrário do afirmado por Hegel, de que o Estado é um poder que surge fora da sociedade ou advém da racionalidade, Engels sustenta que, na verdade, o Estado é produto da própria sociedade civil por ter chegado a um estágio do seu desenvolvimento e, acima de tudo, pelo reconhecimento de que esta sociedade está em contradição consigo mesma. O Estado é uma superestrutura abstrata acima das classes em conflito, mas que garante a "ordem social". O Estado é:

> [...] antes, um produto da sociedade, quando essa chega a um determinado grau de desenvolvimento. É o reconhecimento de que essa sociedade está enredada num irremediável contradição com ela própria, que está dividida em oposições inconciliáveis de que ela não é capaz de se livrar. Mas para que essas oposições, classes com interesses econômicos em conflito não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, tornou-se necessário um poder situado aparentemente acima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites

> da “ordem”. Esse poder, surgido da sociedade, mas que se coloca acima dela e que se aliena cada vez mais dela, é o Estado (MARX, 2005, p. 184).

A existência de um terceiro situado sobre as partes depende de um circuito de trocas mercantis com a finalidade de criar as condições essenciais para a separação entre o público e privado. Esse caráter público do Estado somente se mostrou possível porque a sociedade capitalista é organizada sob o princípio da troca mercantil entre equivalentes, cujos sujeitos que pertencem a essa sociedade são proprietários livres para circularem no mercado sem serem coagidos. Isso ocorre quando o trabalhador vende a sua força de trabalho ao homem do dinheiro. Ele não o faz por estar sendo coagido fisicamente, mas o faz livremente – coação abstrata –, mediante um contrato, exercido por um “ato de vontade” – autonomia da vontade.

Segundo Pachukanis (1989, p. 118-119)

> Na medida em que a sociedade representa um mercado, a máquina do Estado se realiza efetivamente como a vontade geral e impessoal, como autoridade de direito, etc. No mercado, como já vimos, cada comprador e cada vendedor é sujeito de direito por excelência. Onde as categorias valor e valor de troca entram em cena, a vontade autônoma dos trocadores é uma condição indispensável. O valor de troca deixa de se valor de troca, a mercadoria deixa de ser mercadoria quando as proporções de troca são determinadas por uma autoridade situada fora das leis imanentes do mercado. A coação, enquanto uma função baseada na violência e endereçada por um indivíduo a outro indivíduo, contradiz as premissas fundamentais das relações entre proprietários de mercadorias. É por isso que, uma sociedade de proprietários de mercadorias e no interior do ato da troca, a função da coação não pode aparecer como função social, dado que ela não é impessoal e abstrata. A subordinação a um homem enquanto tal, como indivíduo concreto, significa na sociedade de produção mercantil a subordinação ao arbítrio, pois isto significa a subordinação de um produtor de mercadorias a outro. Por isso a coação não pode surgir sob a sua forma não mascarada, como um simples ato de oportunidade. Ela deve aparecer como uma coação proveniente de uma pessoa coletiva e abstrata e que não é exercida no interesse do indivíduo do qual provém – pois cada homem é um homem egoísta na sociedade de produção mercantil –, mas no interesse de todos os membros partícipes das relações jurídicas. O poder de um homem sobre um outro

> homem é transposto para a realidade como o poder de uma maneira objetiva, imparcial.

A longa transcrição se justifica na medida em que a partir de sua análise torna-se possível identificar a estratégia do pensamento liberal em vincular a ideia do poder à estrutura do Estado, ou seja, o poder está estruturalmente atrelado a esfera estatal e é representado pelo conceito de soberania, que pode ser entendido como uma regulamentação jurídica da ação política, na medida em que é o Estado o detentor do monopólio jurídico da violência legítima.

Para Pachukanis (1989, p. 126):

> [...] A norma de coexistência não é determinada pela possibilidade da coexistência, mas pela dominação de uns sobre os outros. O Estado como fator de força na política interior e exterior: esta é a correção que a burguesia deve fazer à sua teoria e à sua prática do "estado jurídico". Quanto mais a dominação da burguesia for ameaçada, mais estas correções se tornam comprometedoras e mais rapidamente o "Estado jurídico" se transforma em uma sombra material, até que a agravação extraordinária da luta de classes force a burguesia a rasgar inteiramente a máscara do Estado de direito e a revelar a essência do poder do Estado como a violência organizada de uma classe social contra as outras.

P. Stücka enfatizava que, se levar em consideração apenas o papel do Estado quanto ao problema do Direito, conclui-se que existe um estreito vínculo que os conceituam, por isso, ele inclusive questiona se é o Direito que determina o Estado ou se é o Estado que determina o Direito. Na visão de P. Stücka, para a ciência burguesa a solução é a seguinte:

> [...] o Estado promulga, revoga e tutela as leis e, *por conseguinte*, o Estado, a autoridade, *é o elemento fundamental*. Os juristas mais coerentes, Gumplowicz, por exemplo, colocam o problema nos seguintes termos: "Em virtude da sua origem, o direito é sempre e em toda a parte uma forma de ordenamento estatal, e justamente uma forma do domínio de uma minoria sobre uma maioria." Inclusivamente o pai da economia política burguesa, Adam Smith (*The Wealth if Nations*, Cap. V), escreve: "Na realidade, o governo burguês foi criado ùnicamente para a defesa do rico face ao pobre ou para defesa dos que possuem algo face àqueles que nada possuem." Porém esta linguagem é demasiado sincera para a burguesia de hoje. Por isso a "ciência do

> direito constitucional" inventou o conceito de Estado de direito (*Rechtsstaat*) (4) não apenas no sentido de que tudo de regula através do direito (5), mas também (e isto é o mais importante) no sentido de que o próprio direito é o *fundamento do Estado*, de modo que o direito, muito embora seja na realidade, um produto monopolístico do Estado, é, simultâneamente o *criador*, o *gerador* do Estado. Todavia, a sociedade burguesa não se detém ante estas contradições e contra-sensos irrelevantes: introduzindo no ordenamento "democrático" a ficção do contrato social concede, de boa vontade, todos os direitos ao governo, confiada na sua gratidão classista [...] (STÜCKA, 1973, p. 106-107).

Bernard Edelman, ao estudar o sujeito de direito, advoga que a ideologia jurídica se legitima na relação "necessária" entre o Direito e os sujeitos de direito, sendo que um desses sujeitos, o Estado, constrói o Direito. Assim:

> [...] a regra de direito era pensada como uma relação entre o direito e os sujeitos de direito, e que é a existência de um Sujeito (que é o que faz o direito, isto é, o Estado) que dá coerência e unidade à norma de direito, que só tem existência pela mediação dos sujeitos de direito. A sujeição do sujeito de direito ao Sujeito permite-lhe simultaneamente legitimar o seu poder fora de si, e operar o regresso ao poder. Esta dupla "estrutura espetacular da ideologia" isto é, esta estrutura de espelho duplo, assegura o funcionamento da ideologia jurídica de um lado, o sujeito de direito existe em nome do direito, isto é, o Direito dá-lhe o seu poder; por outro lado, o poder que ele deu ao direito regressa a ele: o poder do direito não é senão o poder dos sujeitos de direito: o Sujeito reconhece-se a si próprio nos sujeitos. O poder (a propriedade) no Poder (o Estado). O Estado ocupa, ideológicamente, este lugar, atribuído na Idade Média à Igreja. A Constituição de um Estado sujeito de direito assegura o funcionamento da ideologia jurídica (EDELMAN, 1976, p. 34-35).

Nessa linha, o Estado, ao mesmo tempo em que é membro do sistema capitalista é também um mero espectador, em constante alerta – no sentido econômico-jurídico –, tendo em vista que a sua intervenção econômica tem de ser mínima. A economia capitalista tem que se desenvolver de acordo com os interesses dos detentores do poder econômico, enquanto que

a figura do Estado exerce sua função social, qual seja: garantir que todo o sistema funcione de forma a proteger os interesses da classe exploradora.

Porém, no momento em que o sistema necessitar, pelo fato de ter entrado numa profunda crise, esse aparelho estruturado, o Estado, tem que intervir, a fim de salvar o sistema do colapso; e mais, evitar que a classe dominante desapareça. Nessa concepção, nas palavras de Pachukanis (1989, p. 122): "O Estado jurídico é uma miragem, mas uma miragem muito conveniente para a burguesia, pois ele substitui a ideologia religiosa em decomposição e esconde, dos olhos das massas, a realidade da dominação burguesa".

Isso se mostrou na crise econômica que balançou as estruturas do sistema capitalista no ano de 2008, oportunidade em que o Estado deixou de ser apenas espectador econômico ou um terceiro estranho à relação, e exerceu sua função social, intervindo na economia por meio da introdução de trilhões de dólares para salvar empresas privadas e grandes bancos de irem à falência. Tal constatação ainda se apresenta possível em virtude da crise econômica que atinge a Europa, sendo que pode-se perceber a ação estatal tanto do ponto de vista econômico quanto juridicamente, uma vez que há um franco processo de retirada de direitos (*estado de exceção econômico)*[366] em especial dos direitos sociais conquistados pelos trabalhadores, bem como uma ação violenta no sentido de "manter a ordem" e frear as manifestações coletivas e populares em defesa da manutenção dos direitos supramencionados.

A função social do Estado, enquanto o sistema estiver funcionando e gerando lucros, é garanti-los, mantendo-se equidistante, mas atuante na criação de leis destinadas a assegurar o seu bom funcionamento jurídico. Seu objetivo maior dentro do atual sistema será sempre o de garantir os interesses de uma minoria opressora em face de uma maioria oprimida, melhor quando isso ocorre legitimado pelo Direito, pois, estar-se-á, por via oficial, garantindo a "paz econômica e social". Na assertiva de Lenin (2007, p. 108): "no regime capitalista, temos o Estado no sentido próprio da palavra, isto é, uma máquina especialmente destinada ao esmagamento de uma classe por outra, da maioria pela minoria".

Para Pachukanis (1989, p. 112-113):

> O Estado, enquanto organização do poder de classe e enquanto organização destinada a realizar guerras externas, não necessita interpretação jurídica e não

[366] Aqui não poderemos ingressar na interessante discussão acerca do estado de exceção, contudo, destacamos a importância da reflexão a respeito que pode ser conferida a partir da tradição do marxismo, bem como no pensamento de Schmitt (teologia política, 1921); Giorgio Agamben (estado de exceção), entre nós, a respeito do estado de exceção econômico e permanente, vide Gilberto Bercovici (Constituição e estado de exceção permanente; Soberania e constituição).

> permite de forma alguma. É um domínio no qual reina a chamada razão de Estado que não é outra coisa que simplesmente o princípio da oportunidade. Em sentido inverso: a autoridade como garante da troca mercantil só pode ser expressa na linguagem do direito, apresenta-se a si própria como direito e somente como direito, isto é, confunde-se totalmente com a norma objetiva abstrata.
>
> Qualquer teoria jurídica do Estado que queira alcançar *todas* as funções do Estado é, no presente, necessariamente inadequada. Não pode ser o reflexo fiel de todos os fatos da vida do Estado e apenas parece uma reprodução ideológica, deformada, da realidade.
>
> A dominação de classe, em sua forma organizada como em sua forma desorganizada, é muito mais ampla do que o domínio que podemos designar como sendo a esfera oficial da dominação do poder estatal. A dominação da burguesia se exprime tanto na dependência do governo aos bancos e grupos capitalistas quanto na dependência de cada trabalhador particular em relação ao seu empregador, e no fato de que os funcionários do aparelho de Estado são intimamente vinculados à classe dominante.

Diante da conjuntura posta até aqui, extrai-se que, o Estado constitui um elemento fundamental ao conhecimento do Direito, por isso, "[...] se o direito é feito pelo Estado, não é inocente esconder-se-nos o que é o Estado!"(MIAILLE, 1979, p. 114). Tomando emprestadas, mais uma vez, as palavras de Miaille: "O Estado não é um instrumento mais ou menos dócil e eficaz entre as mãos da classe dominante: ele é a forma sociopolítica dentro da qual esta classe exerce o seu poder. [...] o Estado não é um instrumento a serviço de um sistema sociopolítico, ele é esse sistema" (MIAILLE, 1979, p. 128). Assim, o Estado como instituição situada acima da sociedade civil é a característica mais clara do Estado burguês, pois "enquanto existir Estado, não haverá liberdade; quando reinar a liberdade, não haverá mais Estado" (LENIN, 2007, p. 113).

3. NO OUTRO EXTREMO EM CHAVE CONSERVADORA: SCHMITT E A CRÍTICA AO ESTADO DE DIREITO POR MEIO DO ELOGIO DO POLÍTICO

Antes mesmo de se investigar o "outro extremo" de crítica ao saber jurídico e ao Estado de Direito, parece oportuno alguma consideração preliminar. Qualquer proposta de aproximação ou de reflexão acerca do pensamento de Carl Schmitt deve levar em

consideração não só a complexidade de suas formulações teóricas, mas, acima de tudo, a vastidão de sua obra.

Não obstante, também parece de fundamental importância que uma pretensão de aproximação do pensamento schmittiano deve se despir o máximo possível de preconceitos, muitas vezes ideológicos, bem como resistir ao chamado das rotulações fáceis. Carl Schmitt, conforme destaca António Bento (2012, p. 1), apresenta-se como um desses pensadores e figuras humanas excepcionais, encarnando "as mais ímpares e as mais sombrias, mas igualmente as mais fecundas e as mais luminosas contradições de um pensamento sempre activo e sempre desigual [...]".

Ainda, na tentativa de aproximação da reflexão e do vocabulário schmittiano precisa-se de cautela, pois sua teoria é mais que um dicionário de filosofia política e teoria da constituição, apresentando-se como uma verdadeira pinacoteca, tendo em vista a linguagem "febril" e a capacidade dramática do discurso e das palavras, como demonstram os conceitos alinhados em dualismos como *amigo-inimigo*; *soberano como aquele que decide na situação de exceção*; *a constituição como decisão*, etc (HERZOG-MÁRQUES, 1996, p. 150).

Sendo assim, o presente esforço de reflexão se concentrará na crítica lançada por Schmitt ao Estado de Direito de verniz liberal. Em primeiro lugar, destaca-se que para a análise de tal perspectiva crítica, os textos de Schmitt que estarão na base do presente trabalho serão *Teologia Política*, datado de 1922 e o *conceito do político* de 1932. Na tentativa de se colocar nos trilhos do pensamento schmittiano, levar-se-á em consideração que um dos elementos ou a ideia que se apresenta como o essencial em jogo é a imagem da soberania dentro de uma perspectiva do político (HERZOG-MÁRQUES, 1996, p. 150).

É importante notar que Schmitt ao pensar o universo do direito destaca três tipos de pensamento jurídico, sendo estes elencados como um pensamento que trabalha com regras ou normas, um saber jurídico decisionista e outra forma de conhecimento jurídico que pensa o ordenamento ou a estrutura jurídica. Ao estabelecer as possibilidades do pensamento jurídico Schmitt ressalta que este se realiza genuinamente no direito público, devido a sua pretensão de aproximar do campo do conhecimento jurídico a realidade política, em nítida postura de crítica ao normativismo (SCHMITT, 1972, p.247-248).

No entanto, destaca-se que a relação ou o conceito mais conhecido, a categoria do político em Schmitt é o dualismo *amigo-inimigo*, normalmente pensado a partir de *o conceito do político*, texto datado de 1932. Esta referência ao importante escrito do início dos anos trinta se justifica pela pretensão de se compreender, em primeiro lugar, a crítica schmittiana ao liberalismo, feita através do político. Além disso, a crítica de Schmitt direcionada ao

Estado de Direito e ao constitucionalismo liberal levam em consideração a dimensão do político, pois este último nasce para refutar o antipolítico que está localizado no liberalismo (HERZOG-MÁRQUES, 1996, p. 151).

Segundo Roberto Bueno (2010, p. 61):

> [...] é bem de sublinhar para fins de aproximação das alterações sofridas pela filosofia política schmittiana e de suas aproximações ao totalitarismo, que tal conceito de amigo-inimigo germinalmente apresenta-se já no ano de 1922 quando da publicação de sua *Teologia Política* (ver Schmitt, 1996b, p. 126-127), oportunidade em que ensaiou os termos do conceito mais acabada e perfeitamente desenvolvidos no *Conceito do Político*.

Não obstante, parece que a reflexão schmittiana antiliberal também se coloca no texto *Die geistesgeschichtliche Lage des beutigen Parlamentarismus,* cuja versão para o nosso português pode ser encontrada sob o título de *Situação intelectual do sistema parlamentar atual,* escrito de 1923. A preocupação de Schmitt é refletir acerca da condição de possibilidade de uma relação entre liberalismo e sistema parlamentar como fundamentos da democracia. Note-se que Schmitt tenciona indicar que a relação entre liberalismo e democracia é inviável, sendo que sua aliança se deu de maneira estratégica no período de luta contra as monarquias absolutas. Mouffe (1992, p. 1) destaca que "uma das teses centrais de Schmitt, é de que a articulação entre a democracia e o liberalismo, efetuada no século XIX, deu lugar a um regime inviável, já que caracterizada pela união de dois princípios políticos absolutamente heterogêneos".

Para Jesús Silva-Herzog Márques ao escrever o ensaio de 1923, sobre o sistema parlamentar, Schmitt destaca que o governo representativo está ferido de morte, haja vista que seus fundamentos intelectuais (deliberação pública; equilíbrio de poderes), bem como suas promessas de publicidade (fim do segredo de Estado) e limitação do poder não correspondem à realidade, que se transformou em perversão da ação política de impedimento do reconhecimento da identidade entre governo e sociedade, ou em termos schmittianos, a separação ou dualismo entre Estado e sociedade. (MÁRQUES, 1996, p. 153).

No diagnóstico de Schmitt o indivíduo burguês ao chegar ao poder da prevalência a esfera privada, ou seja, aos interesses privados, significa dizer que o modelo de racionalização técnica do liberalismo preconiza a defesa do indivíduo privado burguês em detrimento do

político, com a articulação das “despolitizações” e “neutralizações” feitas dentro do cenário da necessidade das discussões. Neste sentido, ao refletir sobre a coexistência do princípio de identidade (forma democrática) com o princípio de representação (monarquia), “Schmitt declara que [...] o princípio do parlamentarismo, enquanto preeminência do legislativo sobre o executivo, não pertence ao universo do pensamento da democracia, mas ao do liberalismo” (MOUFFE. 1992, p. 1).

Nas palavras de Schmitt (1992, p. 47):

> A democracia deverá abolir todas as distinções, todas as despolitizações típicas do século XIX liberal, e ao apagar a oposição Estado-sociedade (= o político oposto ao social) fará também desaparecer as contraposições e as separações que correspondem à situação do século XIX [...].

Neste linear, o político deve ser visto como o território do conflito, não sendo possível para o pensamento schmittiano imaginar uma harmonização feita mediante discussão parlamentar, discussão esta que busca um consenso racional no universo do político. Schmitt, a fim de justificar seu ponto de vista e sua crítica a Democracia e ao constitucionalismo liberal, vale-se da reflexão do teólogo católico contra-revolucionário espanhol Juan Donoso-Cortés, que afirmava ser a burguesia “uma classe que discute” (SCHMITT, 1996b, p. 125).

Nota-se aqui que Schmitt se coloca nas fileiras de oposição ao liberalismo e ao racionalismo contemporâneo representado, por exemplo, pela corrente do liberalismo kantiano, a saber, por pensadores como Dworkin, Rawls e Habermas. Levando em consideração a forte crítica schmittiana ao liberalismo e ao Estado de Direito, Bernardo Ferreira argumenta que:

> A insistência de Schmitt na polaridade entre público e privado resulta do fato de que essa antítese é constitutiva da sua própria concepção da vida política. No seu pensamento, a dimensão pública é a única dimensão verdadeiramente política. Uma breve consideração sobre quem é o soberano e o que é a unidade política na reflexão de Schmitt permite reconhecer esse ponto. O soberano, em primeiro lugar, é, por definição, um sujeito público. Contudo, veja-se bem, trata-se de um sujeito público não apenas porque o seu titular desempenha uma função pública, mas, acima de tudo, porque o soberano não é um sujeito individual determinado e sim um lugar público de decisão a ser ocupado no interior do sistema jurídico-político. A decisão soberana

> é pessoal sem que seja possível identificar quem é a subjetividade portadora da soberania [...]. Da mesma forma, essa *decisão* não é uma escolha decorrente de preferências privadas, mas um *ato de vontade pessoal determinado pela necessidade de definição das condições da ordem pública*. (FERREIRA, 2004, p. 173)

A longa citação supra se faz interessante na medida em que demonstra, ao contrário do que se afirma muitas vezes, que o *decionismo* schmittiano pode não ser apenas um mero capricho pessoal de uma subjetividade tirana, por exemplo, podendo se apresentar como um espaço público onde há a necessidade de uma *decisão política* definida pelas condições da ordem pública, ou seja, não é suficiente apenas a discussão pública, representando, inclusive, a partir do soberano, a vontade homogênea do povo[367], sendo que esta última para o teórico alemão "não só inclui o diferente em sua definição de democracia senão que, antes, se apressa em apontar a homogeneidade como uma necessária característica deste regime nas sociedades de massas de princípios do século passado" (BORON; GONZALEZ, 2006, p. 165).

Segundo Alexandre Franco de Sá (2003, p. 170) a gênese do decisionismo:

> Trata-se da distinção entre *ordem* e *ordem jurídica*, a qual estará na origem da sua futura distinção entre *nómos* e *lei*. É em *Politische Theologie*, ao defender o carácter ilimitado do poder do Estado, ao argumentar que todo direito é "direito de situação", decidido por um Estado soberano cujo poder decisório é puro e sem vínculos, que Schmitt apresenta a distinção fundamental entre direito enquanto ordem jurídica e ordem propriamente dita. A decisão de um Estado que funda o direito, e que se caracteriza pela possibilidade de abrir uma excepção a este direito, não surge a partir de um puro vácuo. Ela não resulta de uma vontade inteiramente arbitrária, de uma vontade que não se encontra como critério de acção senão a sua própria arbitrariedade. Pelo contrário: uma tal decisão surge em nome de um direito mais fundamental, de uma ordem anterior à própria ordem jurídica por ela efectivada. O Estado decide puramente o direito e, nessa medida, é caracterizado no seu poder, enquanto soberano, pela possibilidade da abertura de um estado de excepção. Contudo, ele não pode abrir um tal estado em nome de um capricho ou de um mero

[367] Não ingressaremos aqui na questão da homogeneidade do povo, bem como no importante elemento jurídico da decisão, que para Alysson Mascaro (2002, p. 136) " as primeiras obras de Schmitt situam o fenômeno jurídico não na norma e seus comandos imperativos, mas na decisão [...]".

> arbítrio, mas sempre em nome de uma ordem superior que, enquanto, superior, se pode assinalar como meta-jurídica.

Neste sentido, para Schmitt a decisão soberana está inserida em uma ordem política contingente e a forma jurídica deve reconhecer esta pressuposição da existência de uma decisão soberana que funda a ordem jurídica (MACEDO JUNIOR, 1997, p. 119). Schmitt trata da questão da forma jurídica e sua relação com a decisão soberana levando em consideração a peculiaridade da primeira, portanto, na medida em que para o jurista decisionista a fonte de todo o direito não pode estar na norma, mas na decisão soberana, na autoridade ou soberania de uma decisão final que estabelece a ordem jurídica, o que não significa que a fase anterior a ordem jurídica seja uma espécie de caos ou anarquia (SCHMITT, 1972, p. 261), pois a ordem é mantida pelo fato do poder soberano. Sendo assim, ao criticar Kelsen, Schmitt (1996b, p. 108) entende que "na oposição entre sujeito e conteúdo da decisão e no significado intrínseco do sujeito é que reside o problema da forma jurídica. Ela não possui o vazio apriorístico da forma transcendental, pois surge justamente da condição jurídica concreta".

Não obstante, Schmitt (1996a, p.8) destaca que "a situação do sistema parlamentar tornou-se hoje extremamente crítica, porque a evolução da moderna democracia de massas transformou a discussão pública, argumentativa, numa simples formalidade vazia". Neste sentido, a crença em um governo da discussão pertence ao universo intelectual do liberalismo e não à democracia (SCHMITT, 1996a, p. 10).

Desse modo, verifica-se que o liberalismo, ao alcançar o poder, modifica-se no sentido de afastar do político sua imagem contingente ou conflituosa, pugnando pela necessidade e possibilidade de um contexto pacífico de existência social, de um governo das leis, ou do império do direito, e não dos homens. O procedimento adotado pelo liberalismo, pode-se dizer, pretendeu neutralizar o político, ou seja, prender o político ao ético e subordiná-lo ao econômico (SCHMITT, 1992, p. 88).

Nas palavras de Schmitt (1992, p. 88):

> O liberalismo decerto não negou radicalmente o Estado, mas por outro lado também não encontrou nenhuma teoria positiva do Estado e nenhuma reforma própria do Estado, mas procurou, isto sim, prender o político ao ético e subordiná-lo ao econômico; ele criou uma doutrina da divisão e do equilíbrio dos 'poderes', isto é,

> um sistema de obstáculos e controles do Estado que não se pode designar como teoria do Estado ou princípio de construção do político.

Ao que parece a tentativa do liberalismo foi a de exercer o seu controle sobre o Estado, ou seja, a de vincular o poder do Estado a sua esfera de atuação ou, ainda, criando barreiras que poderão servir aos seus interesses ou apenas neutralizando o político com relação aos interesses dos negócios privados.

Para Roberto Bueno, existe uma segunda óptica dos processos liberais que visam desconstituir o político, para quem:

> [...] percebe-se a tentativa liberal de proceder ao isolamento de um inerente elemento social, conflitivo, em prol de uma dimensão burocrático-administrativa capaz de controlar normativamente os desencontros, que se apresenta desconectada do conceito schmittiano de neutralidade do Estado efetivamente não poderá ter êxito. Schmitt encontra as raízes desta neutralização na progressão do teológico, passando pelo metafísico até chegar ao econômico (BUENO, 2010, p.62).

Nesta linha, conforme já mencionado, o liberalismo pretende uma supremacia do seu individualismo sobre o político, almeja uma desconstrução do público, sendo que este último passa a ser representado por sua imagem institucionalizada apenas. No entanto, uma reflexão sobre a Democracia pretendida pelo liberalismo, conforme nos sugere Chanttal Mouffe (1992, p. 11):

> [...] será capaz de reconhecer que no domínio da política e do direito, encontramo-nos sempre no campo das relações de poder e que nenhum consenso pode ser estabelecido como resultado de um puro exercício da razão. Ali onde se encontra o poder, não podemos eliminar a força e a violência, ainda que se trate da força da ‘persuasão’ ou da violência simbólica.

Sendo assim, a crítica schmittiana ao liberalismo parece capaz de apontar ou trazer à luz que o procedimento neutro e despolitizado da democracia parlamentar pode se apresentar

como uma estratégica política de manutenção de poder, sendo que tal ação poderá ser garantida pela articulação de conceitos como os de direito e paz, por exemplo (SCHMITT, 1992, p. 92-93).

Por fim, observar e refletir sobre as críticas de Schmitt, mesmo que venhamos a não concordar com elas em sua integralidade ou com seus objetivos, apresenta-se como um caminho ou uma forma de resistência ao, se é que se pode chamar assim, desencantamento político contemporâneo, pois como afirma Mouffe (1992, p. 4) a destruição da "vida democrática e a crescente descrença na ação política que constatamos atualmente é sem dúvida o preço que pagamos por termos negligenciado o domínio da reflexão ética e filosófica sobre a democracia, e por termos dado algum crédito a pretensa neutralidade da ciência política".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o estudo a partir de Pachukanis, tentou-se demonstrar o quanto as diretrizes evolutivas dos meios de produção influenciaram os modelos de instituições jurídicas existentes atualmente. Aliás, com efeito, essa evolução foi responsável, ainda, pelo nascimento das figuras jurídicas: sujeito de direito, Direito e Estado, indispensáveis ao funcionamento do sistema capitalista.

O homem como sujeito de direito, como visto, somente existe no modo de produção capitalista, pois seria impossível a subsistência dessa figura no feudalismo, devido à sua formação estrutural e conceptiva. É fato que o moderno sujeito de direito é incapaz de esconder a sua melancolia, pois não pode gozar de uma verdadeira liberdade, assim como de uma verdadeira igualdade. A liberdade verdadeira somente se concretizará quando o homem for capaz de fazer as suas escolhas sem depender da "aflitiva" concepção mercantil. A igualdade, na mesma perspectiva, só ocorrerá com o fim do sistema de circulação de mercadorias. Porém, insta salientar que, para que tais situações, num futuro talvez distante, venham a se efetivar, é necessário o fim do modo de produção capitalista, o que, por enquanto, é utopia. A liberdade, frise-se: está apenas em o homem poder vender a sua força de trabalho e em consumir irracionalmente produtos supérfluos, mantendo, com isso, os lucros do capitalista.

O Direito, no interior dessa complexa estrutura, é o importante instrumento para manter a exploração e a desigualdade social, tendo em vista que é moldado de acordo com os interesses dos detentores do poder político e econômico. Destarte, a classe proprietária dos

meios de produção, para manter o satisfatória performance do sistema, por meio do Estado e desse Direito, assegura alguns direitos básicos à sociedade, com o intuito de manter a paz social e, com isso, continuarem se enriquecendo. Esse Direito, (im)posto pelo Estado, visa legitimar as relações jurídicas existentes dentro dessa sociedade.

O Estado, como estrutura sofisticada só pode ser encontrada no modo de produção de circulação de mercadorias, haja vista que as instituições jurídicas são criadas e organizadas, especificamente, para garantir a aplicação instrumentalista do Direito, e isso não é encontrado em nenhum outro meio de produção historicamente. Não obstante, anote-se, que é mediante as relações jurídicas instituídas pela classe burguesa que um novo pensamento jurídico se desenvolveu; o Direito, então, passou a ser interpretado como um conjunto de normas postas pelo Estado burguês. O Direito, antes visto sob o prisma da "vontade divina" ou da "arte de solucionar conflitos", se resumiu a técnicas de aplicação das leis. Desse modo, pode-se concluir, a partir da leitura de Pachukanis, que o sujeito de direito, o Direito e o Estado são figuras indissociáveis na manutenção da complexa estrutura de circulação mercantil. Portanto, a ausência do sujeito de direito, do Direito e do Estado impossibilitaria o desenvolvimento do sistema capitalista e a garantia dos lucros.

Por outro lado, o conceito e a imagem da democracia moderna são profundamente intrigantes e há algo certamente enigmático quando nos aproximamos de uma análise pretensamente mais detida de seus fundamentos, não só políticos, bem como, também quando revisitamos criticamente os fundamentos da dogmática e da forma jurídica.

Certamente pode-se divergir das teses de Carl Schmitt em torno de sua crítica a democracia liberal, tendo em vista que Schmitt levou sua teoria a horizontes "extremos" com os quais sem dúvida se pode discordar, pois como afirma Atílio Boron (2006, p. 145) o jurista berlinense pode ser identificado como pertencente ao "núcleo duro do pensamento autoritário e reacionário do século XX" e, em certa medida, atuava como teórico dentro de uma perspectiva "revolucionária-conservadora".

No entanto, o destaque ficaria no sentido de que a divergência teórica não pode significar a negligência, como dito no início, das rotulações ideologicamente convidativas, pois mesmo divergindo de sua obra, Schmitt se apresenta como um interessante pensador dos problemas que afligem nossa frágil democracia contemporânea, sendo que algumas de suas críticas podem auxiliar na melhor compreensão de institutos e argumentos apresentados com o selo da "verdade" em torno do conceito do político, bem como na busca de uma compreensão das atrocidades cometidas no século XX e que foram garantidas por certa concepção da forma e da racionalidade jurídicas.

Sendo assim, reconhecer criticamente os paradoxos da democracia contemporânea, bem como das teorias da Constituição, parece uma alternativa não só fecunda, mas, ao mesmo tempo inevitável a fim de que busquemos aperfeiçoar a Democracia, no reconhecimento da impossibilidade de sua conquista por um viés de totalidade, onde, claramente, se fará um elogio ao político no projeto democrático vivido, observando-se, assim, a pluralidade de sua forma e a tensão dos interesses, existente no espaço contingente da realidade política.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo. 2004.

_____. Da teologia política à teologia econômica. In: **Interthesis** – revista internacional interdisciplinar. Trad. Selvino José Assmann, Florianópolis, v. 2, nº 2, p. 2-11.2005.

BENTO, António. **Teologia e mitologia política. Um retrato de Carl Schmitt.** Disponível na internet: http://www.bocc.uff.br/pag/bento-antonio-carl-schmitt-teologia.pdf. Acesso em: 1º de fevereiro de 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente:** Atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue editorial. 2004.

_____. **Soberania e Constituição:** para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin. 2008.

BIGNOTTO, Newton. Soberania e exceção no pensamento de Carl Schmitt. In: **Kriterion,** Belo Horizonte, nº 118, p. 401-415.2008.

BOBBIO, Norberto. A crise da democracia e a lição dos clássicos. In: **Arquivos do Ministério da Justiça,** nº 170, p. 29-45. 1987.

BORON, Atílio A; GONZÁLEZ, Sabrina. Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da Teoria do Estado e da Democracia. In: **Filosofia política contemporânea:** controvérsias sobre civilização, império e cidadania. São Paulo: Departamento de Ciência Política – USP. 2006.

BUENO, Roberto. Schmitt: a crítica liberal através do político. In: **Reflexión Política**, Bucaramanga-Colombia: Universidad Autónoma, vol 12, nº 24, p. 60-67.2010.

CHAUÍ, Marilena. Fundamentalismo religioso: a questão do poder teológico político. In: NOVAES. Adauto (org.). **Civilização e barbárie**. São Paulo: Companhia das Letras. 2004.

_____. O retorno do teológico político. Disponível na internet: http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/as-minhas-escolhas.php. Acessado em 01/07/2012.

COSTA MATOS, Andytias Soares de Moura. Estado de exceção e ideologia juspositivista: do culto do absoluto ao formalismo como garantia do relativismo ético. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG.** Belo Horizonte, nº 54, p. 11-48.2009**.**

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia.** Trad. Soveral Martins e Pires e Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado.** Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Escala.

FERRARI, Sônia Campaner Miguel. Walter Benjamin e Carl Schmitt: estado de exceção, soberania e teologia política. In: **Fragmentos de cultura.** v. 13 especial. Goiânia, p. 129-141. 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio: **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão e dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

FERREIRA, Bernardo. **O risco do político:** Crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt. Belo Horizonte: UFMG. 2004.

_____. Democracia, relativismo e identidade política em Hans Kelsen e Carl Schmitt. In: **Contra o absoluto:** perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana. Matos, Andityas Soares de Moura Costa Matos; Santos Neto, Arnaldo Bastos (Org.). Curitiba: Juruá. 2010.

FRANCO JUNIOR, Hilário; CHACON, Paulo Pan. **História econômica geral.** São Paulo: Atlas, 1986.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Notas sobre direito, violência e sacrifício. In: **doispontos**, Curitiba, São Carlos, vol. 5, n. 2, pp. 33-47. 2008.

_____. Sobre direitos humanos na era da bio-política. In: **Kriterion,** Belo Horizonte, n° 118, pp. 267-308. 2008.

_____. Entre a regra e a exceção: fronteiras da racionalidade jurídica. In: **Gramática dos direitos fundamentais**. PADILHA, Norma Sueli; NAHAS, Thereza Christina; MACHADO, Edinilson Donisete (Org.). Rio de Janeiro: Campus jurídico. 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública***:* investigações quanto a uma categoria burguesa. Trad. Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1984.

_____. **O discurso filosófico da modernidade.** Trad. Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote. 1990.

HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el liberalismo. In: **Doxa. Cuadernos de Filosofia del Derecho**, Alicante. n. 21-II, p. 201-218.1998.

HERZOG-MÁRQUEZ, Jesús Silva. Sismologia política. Un apunte sobre Carl Schmitt. In: **Isonomía:** Revista de teoria y filosofia del derecho, nº 4, p. 149-155.1996.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural. 1974.

KELSEN, Hans. **¿Que es la justicia?** Córdoba: Imprenta de la universidad de Córdoba. 1956.

_____. Essência e valor da democracia. In: **Arquivos do Ministério da Justiça,** nº 170, p. 63-129. 1987.

_____.Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 1991.

KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt:** O político entre a especulação e a positividade. Barueri: Manole. 2006.

LENIN, Vladimir Ilitch. **O estado e a revolução:** o que ensina o marxismo sobre o estado e o papel do proletariado na revolução. Tradução revista por Aristides Lobo. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Constituição, soberania e ditadura em Carl Schmitt. In: **Revista Lua Nova,** nº 42, p. 119-217. 1997.

MARX, Karl. **El capital:** crítica de la economía política**.** Vol. 1. Trad. Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica. 1958.

_____. O capital: extratos por Paul Lafargue/Karl Marx. Trad. de Abguar Bastos. São Paulo: Conrad Editora do Brasil, 2004.

_____; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã.** Tradução: Frank Müller. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. **Trabalho assalariado e capital & salário, preço e lucro**. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

MASCARO, Alysson Leandro. Nos extremos do Direito (Schmitt e Pachukanis). In: **Revista Lua Nova**, nº 57, p. 135-141. 2002

_____. Crítica da legalidade e do direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

_____. **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MIAILE, Michel. **Uma introdução crítica ao direito.** Trad. Ana Prata. 1. ed. Lisboa: Livraria Editora Pax, 1979.

_____. **Introdução crítica ao direito.** Trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra Carl Schmitt. In: **Revue Française de Science Politique**. vol 42. nº 1. 1992, p. 1-14. Trad. Menelick de Carvalho Neto. Disponível na internet: www.almg.gov.br/CadernosEscol/Caderno2/teoria.pdf. Acesso em: 10/08/2012.

NAVES, Márcio Bilharinho. Direito, circulação mercantil e luta social. In: **Direito, sociedade e economia:** leituras marxistas**.** ALVES, Allaôr Caffé et. al. São Paulo: Manole. 2005.

NEUMANN, Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **A teoria geral do direito e o marxismo.** Trad. Paulo Bessa. Rio de Janeiro: 1989.

SÁ, Alexandre Franco de. Sobre a jusitificação racional do poder absoluto: racionalismo e decisionismo na teologia política de Carl Schmitt. In: **Revista Filosófica de Coimbra,** Coimbra, nº 23, p. 157-180.2003.

SCHMITT, Carl. I tre tipi di pensiero giuridico. In: **Le categorie del 'politico':** saggi di teoria politica. Trad. Gianfranco Miglio e Pierangelo Schiera. Bologna: Società editrice il Mulino. 1972.

_____. **O conceito do político.** Trad. Alvaro L.M. Valls. São Paulo: Vozes. 1992.

_____. Teologia Política. Trad. Inês Lohbauer. In: **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta. 1996.

_____. A situação intelectual do sistema parlamentar atual. Trad. Inês Lohbauer. In: **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta. 1996.

_____. **Legalidade e legitimidade.** Trad. Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

STÜCKA, P. **Direito e luta de classes.** Trad. Soveral Martins. Coimbra: Centelha, 1973.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história do direito.** 4. ed. 2. Tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS: IMPLICAÇÕES DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO E A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS À LUZ DA EVOLUÇÃO DOS SISTEMAS GLOBAL E REGIONAIS DE PROTEÇÃO

Lorena Ferreira FERNANDES*

RESUMO

O tema do presente trabalho permite que se tenha um conhecimento da evolução dos direitos humanos em âmbito internacional, bem como da sua situação na contemporaneidade e dos diversos organismos que promovem sua proteção.Inicialmente, pretende-se realizar uma exposição histórica dos instrumentos de proteção aos seres humanos, demonstrando a evolução na mentalidade e no tratamento dispensado ao homem. Hodiernamente, os direitos humanos excedem as fronteiras dos Estados, alcançando a esfera da internacionalização e o reconhecimento da pessoa humana como sujeito de direito internacional. Salienta-se a importância da globalização, aproximando os povos e as culturas, despertando a comunicação, a consciência cívica internacional e, sobretudo, colaborando para a repressão e denúncia às violações de direitos humanos, as quais alcançam repercussão mundial. Neste sentido, serão estudados os sistemas global e regionais de proteção aos direitos humanos. Posteriormente, focando a pesquisa no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, será feita uma explanação sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, traçando um paralelo quanto à posição do Brasil diante do Sistema Interamericano. Por fim, se discorrerá a respeito da obrigação internacional que o Estado possui de reparar o dano causado à determinada vítima diante do descumprimento de norma internacional previamente pactuada. Espera-se que esta pesquisa contribua para uma maior compreensão acerca da internacionalização dos direitos humanos, seus reflexos no direito brasileiro e a obrigação dos Estados em garanti-los e respeitá-los.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Globalização. Sistema Interamericano. Responsabilidade internacional.

*Discente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus Jacarezinho/PR. Bolsista de Iniciação Científica pela Fundação Araucária. Email: lorenafernandes29@yahoo.com.br

ABSTRACT

The theme of this work allows you to have a knowledge of the evolution of human rights internationally, as well as their status in the contemporary and the various organizations that promote their protection. Initially, we intend to hold an exhibition of historical instruments for the protection of humans, demonstrating the evolution in the mentality and the treatment given to man. Our times, human rights go beyond national borders, reaching the realm of internationalization and recognition of the individual as a subject of international law. Stresses the importance of globalization, bringing people and cultures, arousing communication, civic awareness internationally and especially contributing to repression and denouncing the human rights violations, which achieve global impact. In this sense, we will study the global and regional systems of human rights protection. Subsequently, focusing on research in the inter-American system of human rights, there will be an explanation of the Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, drawing a parallel regarding the position of Brazil before the Inter-American System. Finally, it will talk about the international obligations that the state has to repair the damage caused to the victim before the particular breach of international standard previously agreed. It is hoped that this research will contribute to a greater understanding of the internationalization of human rights, their reflections in Brazilian law and the obligation of States to guarantee them and respect them.

KEYWORDS: Human Rights. Globalization. Inter-American System. Internationalresponsibility.

INTRODUÇÃO

O conteúdo e características dos direitos humanos, bem como as teorias e princípios ao seu respeito evoluíram juntamente com as necessidades e anseios sociais. Após a Segunda Guerra Mundial, entendeu-se que a proteção dos direitos humanos não poderia ficar restrita às fronteiras de cada Estado, uma vez que são direitos transcendentais.

A globalização intensificou as relações interpessoais e inter estatais e, consequentemente, aumentou a demanda pela regularização dos conflitos daí decorrentes, desencadeando a criação de tribunais internacionais e sistemas de proteção regionais e global dos direitos humanos, isto é, nota-se um processo de globalização dos direitos humanos.

A globalização a ser abordada designa a crescente e acelerada internacionalização das relações econômicas, financeiras, comerciais, tecnológicas, culturais e sociais que vem ocorrendo nas últimas décadas. O Direito também é atingido por este fenômeno, uma vez que

questões jurídicas tem ganhado repercussão internacional, gerando opiniões e discussões nos mais variados locais do globo, redimensionando a aplicação do *jus cogens*.A internacionalização ou globalização dos direitos humanos afasta definitivamente o conceito de soberania absoluta o qual considerava que o Estado era o único sujeito de Direito Internacional.

O primeiro documento a fomentar a internacionalização dos direitos humanos foi a "Declaração Universal dos Direitos do Homem". Assim, formou-se o sistema global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas. Paulatinamente, surgiram os sistemas regionais de proteção, destacando-se o interamericano, o europeu e o africano. O Sistema Interamericano é um dos que mais se desenvolveram e ganharam credibilidade no cenário mundial, tendo como seu documento a Convenção Americana de Direitos Humanos, que representa um marco no reconhecimento das garantias da pessoa humana e no estabelecimento de deveres aos Estados-membros.

Como consequência da internacionalização dos direitos humanos, a responsabilidade internacional dos Estados por violações a tais direitos recebeu maior destaque e regulamentação. Quando um Estado descumpre sua obrigação de respeitar as garantias contidas nos tratados internacionais que ratificou, incumbe a ele o dever de reparar o dano causado pela sua ação ou omissão. A responsabilidade internacional do Estado deve ser aferida por meio de procedimentos que assegurem o devido processo legal, tanto ao pretenso Estado violador quando à suposta vítima. Neste sentido, o sistema global e os regionais de proteção aos direitos humanos possuem órgãos especializados em processar e julgar os Estados.

Indubitavelmente, a presente temática possibilita uma vasta explanação e apresenta-se como um assunto de visibilidade tanto interna quanto internacionalmente.Nas diversas fases do estudoserão empregados os métodos dedutivo e histórico, utilizando-se a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Espera-se que esta pesquisa contribua para uma maior compreensão acerca da globalização dos direitos humanos, seus reflexos no direito brasileiro e a obrigação dos Estados em garanti-los e respeitá-los.

A compreensão do processo evolutivo dos direitos humanos no plano externo, da relevância dos sistemas de proteção, assim como da posição e atitudes do Brasil diante das positivas modificações vivenciadas pelo Direito Internacional Humanitário, da caracterização e das conseqüências da responsabilidade internacional dos Estados, se mostra imprescindível para que possamos estar atualizados e conscientes acerca das transformações ocorridas ao longo da história, da força dos direitos humanos e da necessidade de difundir os

conhecimentos adquiridos para que todos possam saber que desfrutam de segurança jurídica internacional, através de normas e órgãos competentes e que vem gradativamente se aprimorando.

1. GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

Os direitos da pessoa humana são fruto de progressivas modificações, conquistas, retrocessos, lutas e aprimoramentos, ocorridos durante a história da humanidade, isto é, os direitos humanos foram construídos no decorrer do tempo. Atualmente, os direitos humanos estão galgados no patamar máximo de importância em um ordenamento jurídico democrático, encontram-se no centro do sistema, representam a razão de ser do direito, o valor supremo a ser buscado em âmbito interno e internacional.

A premissa consagrada de que os direitos humanos são inerentes a qualquer pessoa, revela que sua proteção não se esgota no domínio estatal, podendo ir muito além, ultrapassando as fronteiras dos Estados até chegar à órbita do Direito Internacional Público, conquistando relevo e proteção global.

Defende-se a idéia de que os direitos humanos são “direitos inscritos (positivados) em tratados ou em costumes internacionais. Ou seja, são aqueles direitos que já ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público.” (MAZZUOLI, 2011, p. 804). Na realidade, o que importa não é a distinção entre direitos fundamentais, direitos humanos, direitos naturais oudireitos do homem, mas sim a interação de todos os direitos relativos à pessoa humana, encontrem-se eles dispostos no direito interno ou internacional, no intuito de que todos sintam-se e estejam efetivamente protegidos.

Os direitos humanos podem ser reivindicados indistintamente por todos os indivíduos em qualquer condição, bastando ocorrer a violação de um direito seu reconhecido por tratados internacionais do qual se país seja parte. Os direitos humanos estão fundados na autonomia, na inviolabilidade e na dignidade da pessoa humana.

Para melhor compreensão,

> Pode-se dizer que os direitos humanos são **universais** e cada vez mais projetam-se no sentido de seu **alargamento objetivo e subjetivo**, mantendo seu caráter de temporalidade. São **históricos**, não definitivos, exigindo a todo o instante não apenas o reconhecimento de situações novas, como também a moldagem de novos instrumentos de resguardo e efetivação de situações já consolidadas. Preferimos dizer

> que se **generalizam** – ou difundem – na medida em que sob as gerações atuais observamos, muitas vezes, um aprofundamento subjetivo, a transformação ou a renovação dos conteúdos albergados sob o manto dos direitos fundamentais de gerações anteriores, além da especificação de novas dimensões.[...] Assim, como os direitos humanos dirigem-se a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum. (MORAIS, 2010, p. 122-131, grifos do autor)

A Segunda Guerra Mundial representou a ruptura dos direitos humanos, em contrapartida, o período pós-guerra significou sua reconstrução. Impulsionando o processo de internacionalização dos direitos humanosou, como aqui será tratado, a globalização dos direitos humanos, como grande marco tem-se a criação da ONU, em 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que trouxe os ideais de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, isto é, gozam de extensão universal, bastando ser pessoa para ser titular desses direitos, e todos os direitos humanos (civis, políticos, sociais, econômicos e culturais) devem ser respeitados, pois a violação a um deles implica na violação dos demais, tendo em vista sua interdependência.

Paradoxalmente, as normas internacionais contidas nos tratados e convenções começaram a proteger os direitos humanos contra o próprio Estado, que até então era o único sujeito reconhecido internacionalmente. A multiplicação dos instrumentos internacionais após o final da guerra levaram a uma nova evolução da proteção internacional dos direitos humanos.

Como é cediço, o repúdio internacional às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial despertou a necessidade de uma estruturação de entidades internacionais, com o escopo de conferir proteção aos direitos humanos. Logo, essa necessidade de uma ação internacional mais eficaz desencadeou o processo de globalização dos direitos humanos, visando a reconstrução de um novo paradigma no sistema normativo internacional, possibilitando a responsabilização internacional dos Estados quando as instituições nacionais forem falhas ou omissas na tarefa de proteção dos direitos humanos.

A internacionalização ou globalização dos direitos humanos prenuncia “o fim da era em que a forma em que o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.” (PIOVESAN, 2000, p. 19). A finalidade precípua dos direitos humanos em âmbito internacional é a proteção efetiva da dignidade da pessoa humana.A globalização torna mais visível as violações de direitos humanos em

qualquer lugar do mundo e aproxima e possibilita um maior contato entre os povos, potencializando a possibilidade de eficácia na reprimenda às violações e punição dos responsáveis.

A globalização pode ser compreendida como uma intensificação da comunicação, da economia, da religião, das relações entre culturas diversas, pela relativização da soberania estatal e pela diminuição de distâncias espaciais e temporais, limitando os Estados e reconhecendo os indivíduos como sujeitos tanto do direito interno quanto do direito internacional. Em geral, associa-se o fenômeno globalização a aspectos econômicos e financeiros atinentes ao passado recente. Sucede, contudo, que não são esses os únicos fatores a serem levados em consideração. Pode-se verificar um crescimento substancial dos contatos nos âmbitos cultural, social e até mesmo jurídico, ou seja, a ampliação dos sistemas de comunicação e a facilidade de transporte contribuem para uma relativa homogeneização da cultura e dos padrões de comportamento nas sociedades, sendo essa vertente da globalização o foco do presente trabalho.

O Direito também é atingido por este fenômeno, uma vez que questões jurídicas tem ganhado repercussão internacional, gerando opiniões e discussões nos mais variados locais do globo, redimensionando a aplicação do *jus cogens*. A globalização intensificou as relações interpessoais e inter estatais e, consequentemente, aumentou a demanda pela regularização dos conflitos daí decorrentes, desencadeando a criação de tribunais internacionais e sistemas de proteção regionais e global dos direitos humanos.

Destarte, torna-se cada vez mais enfática a idéia segundo a qual a proteção dos direitos humanos não é mais matéria de competência exclusiva das soberanias nacionais. Se antes as questões de direito internacional interessavam apenas aos Estados soberanos, agora elas transcendem as fronteiras nacionais, abrangendo as relações dos Estados com outros sujeitos da comunidade externa.

> Fortalece-se, assim, a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Por sua vez, esta concepção inovadora aponta para duas importantes consequências: 1.ª) a revisão na noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos

> humanos; isto é, permitem-se formas de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados; 2.ª) a cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de direito. (PIOVESAN, 2000, p. 19)

Ao firmar um tratado, os Estados abdicam de uma parcela de sua soberania e se obrigam a reconhecer como legítimo o direito internacional de observar sua ação interna sobre o assunto de que cuida o instrumento jurídico negociado e livremente aceito. Logo, grande parte das normas de direito internacional humanitário se sobrepõe à normas de direito interno, ou ao menos a elas se equivalem.

Destaca-se que,

> Intrinsecamente ligado à teoria da soberania relativa dos Estados, encontra-se o entendimento segundo o qual toda e qualquer violação de direitos humanos não seria mais matéria restrita exclusivamente à jurisdição interna dos Estados, mas seria de interesse de toda a comunidade internacional, não sendo mais assunto interno de cada Estado, mas passível de intervenção internacional, para que a impunidade deixasse de ser uma realidade. (GUERRA, 2010, p. 283)

Ademais, não há noção mais alheia à proteção internacional dos direitos humanos que a da soberania, assim, “não haverá maior dificuldade em negar-lhe o caráter absoluto, concepção que tem se mostrado inaceitável ante as profundas modificações experimentadas pelo Direito Internacional a partir da Segunda Guerra Mundial” (GARCIA, 2005, p. 12).

Constata-se, em suma, que o processo de globalização tem surtido efeitos fundamentais na esfera jurídica, haja vista a necessidade de regulação internacional mais condizente com as demandas atuais da comunidade internacional. Apesar da natural diversidade de interesses dos Estados, a idéia de internacionalização e aderência interna das regras de conduta dessa comunidade no que se refere à proteção dos direitos humanos é cada vez mais premente, o que implica reforçar a relatividade do conceito de soberania.

Admitir limites à atuação do Estado não significa negar sua soberania, mas sim redimensionar seu conceito clássico, relativizando-a em prol de um propósito maior, qual seja, potencializar a proteção aos direitos humanos, acompanhando as benéficas evoluções advindas com a globalização destes direitos.

2. SISTEMAS GLOBAL E REGIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Para que as atrocidades e violações a direitos humanos cometidasaté 1945 não voltassem a se repetir surgiu a necessidade de se exercer uma cooperação internacional entre as nações, deixando os direitos humanos de ser uma preocupação restrita à soberania dos Estados para se tornar uma preocupação global, ansiando por acordos e garantias mútuos.

O sistema de proteção internacional dos direitos humanos começa a se desenvolver a partir da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento este que não possui natureza de tratado, mas que consiste em uma declaração proveniente de uma resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, isto é, não tem força vinculante, contudo, tem a pretensão de servir como uma recomendação, uma orientação moral. A referida Declaração é majoritariamente aceita como uma interpretação à Carta da ONU, de 1945.

Apoiada no fundamento da dignidade da pessoa humana nasce como um código de conduta para a proteção universal dos direitos humanos, bastando ser pessoa para exigir tal proteção. Preocupou-se com “a positivação internacional dos direitos mínimos dos seres humanos, em complemento aos propósitos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todos, sem distinção de sexo, raça, língua ou religião”. (MAZZUOLI, 2011, p. 858)

É inegável o grande impacto internacional causado pela Declaração Universal dos Diretos Humanos, que desde sua criação serve de referencial para a elaboração de tratados internacionais de diretos humanos tanto do sistema global quanto dos sistemas regionais. Internamente, várias constituições reproduziram dispositivos da Declaração, inclusive a Constituição brasileira de 1988, “o que prova que o direito constitucional brasileiro atual está perfeitamente integrado com o sistema internacional de proteção dos direitos humanos”. (MAZZUOLI, 2011, p. 865)

Forma-se, então, o sistema global de proteção aos direitos humanos, composto por instrumentos de alcance geral e específico. Entre os instrumentos de alcance geral, pode-se citar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966. Já os instrumentos de alcance específico abrangem, entre outros, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes.

Em suma,

> Firma-se, assim, no âmbito do sistema global, a coexistência dos sistemas geral e especial de proteção dos direitos humanos, como sistemas de proteção complementares. O sistema especial de proteção realça o processo da especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade (ex.: protege-se a criança, os grupos étnicos minoritários, os grupos vulneráveis, as mulheres...). Já o sistema geral de proteção (ex: Pactos da ONU de 1966) tem por endereçada toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade. (PIOVESAN, 2000, p. 21)

Concomitantemente aos instrumentos de proteção global dos direitos humanos, se desenvolveram os sistemas regionais de proteção, cada qual com seu próprio aparato jurídico, com o escopo de regulamentar, proteger e fiscalizar os direitos humanos conforme as necessidades e realidades regionais. Hodiernamente, três sistemas regionais se destacam: o interamericano, o europeu e o africano.

O sistema interamericano tem como principal documento a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, também conhecido como Pacto de São José da Costa Rica. A mencionada Convenção institui a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, temas que serão abordados mais adiante neste trabalho.

Por sua vez, o sistema europeu, um dos mais avançados e pioneiro na proteção dos direitos humanos, possui a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950. A Convenção Europeia foi a que primeiro estabeleceu um órgão supremo para tratar das matérias referentes aos diretos humanos: a Corte Europeia de Diretos Humanos, bem como a Comissão Europeia de Direitos Humanos.

O sistema africano é o mais recente e o menos desenvolvido, restrito até então à elaboração da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1986, e à criação da Comissão Africana de Direitos do Homem e dos Povos. A Carta Africana possui grande semelhança com as demais cartas e convenções internacionais, “distinguindo-se, no entanto, pela ênfase que dá ao tema das distinções regionais e de valores culturais, á erradicação do colonialismo, e ao relacionamento entre indivíduo e o Estado”.(STEINER, 2000, p. 45)

Destarte, verifica-se que o sistema global contém um conjunto normativo mínimo, enquanto os sistemas regionais aperfeiçoam os direitos previstos no sistema global, considerando as diferenças de uma área para outra e as necessidades de determinado povo e

Estado. Como aduz Piovesan (2000, p. 24), “o conteúdo normativo de ambos os instrumentos internacionais, tanto o global como o regional, devem ser similares em princípio, refletindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos”.

Ambos os sistemas são complementares, constituindo o arcabouço de proteção aos direitos humanos no plano internacional. O princípio da prevalência da norma mais favorável à pessoa humana permite um diálogo de fontes, fazendo com que o sistema global, o regional e o nacional de proteção interajam, visando a maior efetividade e fortalecimento na tutela dos diretos humanos, prevalecendo, conforme o caso concreto, a norma mais benéfica ao indivíduo afetado, seja ela do direito doméstico ou do direito internacional.

3. CORTES INTERNACIONAIS E A RELEVÂNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

As Cortes internacionais de proteção aos direitos humanos representam um enorme avanço no âmbito jurídico como um todo, tendo galgado patamares até alcançar a posição de respeito, credibilidade e segurança jurídica que traduz hodiernamente. A existência de Cortes imparciais, capazes de proferir decisões vinculantes, contribui de modo fundamental na implementação do sistema internacional dos direitos humanos. As Cortes são concebidas como detentoras de legitimidade para persuadir os Estados a cumprir suas obrigações quanto aos direitos humanos.

Entre as Cortes pode-se citar a Corte Internacional de Justiça, o Tribunal Penal Internacional, a Corte Européia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cada qual com sua história e competência, porém, com um objetivo em comum: sanar violações a direitos humanos protegidos internacionalmente, visando conceder aos lesados esperança de justiça e de que os responsáveis não restarão impunes, significando que os indivíduos não dispõem somente da legislação doméstica como meio de garante e amparo, podendo recorrer às Cortes internacionais.

O fato que marca o surgimento e sistematização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi a elaboração e aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), em 1969, entrando em vigor no ano de 1978 ao ser ratificada pelo décimo primeiro Estado membro da OEA.

A Convenção significa a consolidação do Sistema Interamericano, enumerando, em seus 82 artigos, direitos, obrigações por parte dos Estados, ações a serem tomadas e criando a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que monitoram o cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados membros da Organização dos Estados Americanos

(OEA). Exige que os Estados partes respeitem os direitos contidos na Convenção e garantam sua efetivação às pessoas sob sua jurisdição.

Os direitos assegurados na Convenção são relativos à garantia da liberdade, à vida, à privacidade, à consciência e religião, à propriedade, direito de participar do governo, à igualdade, à proteção judicial, entre outros. A Convenção foi ratificada por 25 Estados até o momento, entretanto, nem todos aderiram prontamente ao seu sistema jurisdicional.

3.1 A Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos está sediada em Washington, D.C.,Estados Unidos, composta por sete membros eleitos pela Assembléia Geral da OEA, exercendo mandato de quatro anos, renovável por igual período. A Comissão irá aplicar as normas definidas na Convenção Americana para os países que a ratificaram, já para os países que assim não fizeram, a Comissão irá aplicar as normas da Carta da OEA, da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e de seu próprio Estatuto.

Tem função de servir de órgão de consulta da OEA e Estados membros, função de investigar a situação dos direitos humanos no continente, elaborando relatórios anuais, recebe denúncias de indivíduos, de organizações não governamentais e de Estados sobre as violações de direitos humanos ocorridas no continente. Também ordena ao possível Estado violador que informe as providencias adotadas para reparação, faz visitas ao local da suposta violação, redige resoluções e recomendações, ordena medidas cautelares e submete casos à Corte Interamericana.

Para uma melhor explicação,

> A função da Comissão é promover a observância e a defesa dos direitos humanos nas Américas. Ela exerce essa função mediante a realização de visitas aos países, atividades ou iniciativas temáticas, a preparação de relatórios sobre a situação de direitos humanos em um país ou sobre um tema determinado, a adoção de medidas cautelares ou pedido de medidas provisórias à Corte IDH e o processamento e análise de petições individuais, com o objetivo de determinar a responsabilidade internacional dos Estados por violações dos direitos humanos e emitir as recomendações que considerar necessárias. (COMISSÃO, Folheto informativo, 2010, pergunta nº 4)

O art. 46 da Convenção Americana elenca os requisitos necessários para que uma petição seja admitida pela Comissão, são eles:

> I- a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.II- As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Se procedente a denúncia, busca uma solução amigável. Fracassada a conciliação, remete o primeiro relatório ao Estado, que deve cumprir suas recomendações em três meses. Na ausência de cumprimento, a Comissão pode submeter o caso à Corte ou elaborar o seu segundo relatório.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede na Costa Rica, tem o escopo de aplicar e interpretar a Convenção e é um órgão judicial autônomo da OEA. É composta por sete juízes de países membros da OEA, eleitos para mandato de seis anos, renovável por igual período.

Somente um Estado parte que aceitou a competência contenciosa da Corte e a Comissão Interamericana podem submeter um caso à Corte. É um tribunal de única instância, suas decisões são irrecorríveis, determinando se houve violação de algum direito protegido na Convenção e sua reparação, elencando as conseqüências a serem suportadas pelo Estado violador, ou seja, “as sentenças da Corte orientam-se a que o Estado transgressor repare as conseqüências da violação, trate de fazer cessar e de restabelecer o *status quo* antes da violação e indenize as vítimas”. (VARELA, 2010, p. 64)

Ao aderir à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o Estado pode ou não reconhecer a jurisdição da Corte. No caso de reconhecimento, os Estados comprometem-se a aceitar como obrigatória a decisão da Corte quanto à aplicação e interpretação da Convenção, desta forma, "[...] a Corte fixa a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos protegidos pela Convenção, independentemente do órgão interno responsável pela violação" (ANNONI, 2009, p. 102)

A Corte possui competência consultiva e contenciosa, consoante o disposto no art. 64 da Convenção Americana. No tocante à competência consultiva, a Corte, quando solicitada por um Estado membro, pela Comissão Interamericana ou outros órgãos da OEA, irá interpretar e emitir uma opinião consultiva a respeito de determinado dispositivo de qualquer dos tratados sobre direitos humanos em vigor nos Estados americanos.Quanto à competência contenciosa, esta consiste no julgamento dos casos de violação aos direitos humanos, levados ao conhecimento da Corte pela Comissão ou Estado membro da OEA.

O Estado poderá se defender mediante apresentação de contestação no prazo estabelecido, havendo a possibilidade da Comissão e do Estado acusado produzirem provas e utilizarem todas as faculdades processuais do devido processo legal, admitindo-se também a solução conciliatória. O procedimento perante a Corte conta com a fase oral, por meio da fixação de audiências.

As sentenças da Corte fazem coisa julgada entre as partes e passam a servir de embasamento jurisprudencial para casos similares. No caso de não-cumprimento das decisões da Corte, o art. 65 da Convenção estabelece que a Corte submeta à consideração da Assembléia Geral da OEA, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior, indicando os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças.

Inegavelmente, o Sistema Interamericano possui elevada credibilidade e eficácia, porém, muito ainda deve ser feito e aprimorado, mostrando-se necessárias reformas para aumentar a efetividade das decisões da Comissão e da Corte, impor sanções rigorosas ao Estado que descumpri-las, caracterizando nova violação a direitos humanos, bem como ampliar o reconhecimento pelos Estados membros da OEA da Convenção Americana e da jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, fortalecendo o sistema e participando ativamente da promoção, defesa e garantia dos direitos humanos.

3.2. O Brasil diante do Sistema Interamericano

O sistema internacional de proteção aos direitos humanos vem complementar a proteção nacional, isto é, desde que houve a globalização dos direitos humanos, o Direito Internacional e o direito interno dos países passaram a interagir, complementando-se a fim de ampliar o rol de garantias e de defesa dos direitos humanos, encontrando-se o Brasil em posição de destaque na contribuição para a construção, fortalecimento e aperfeiçoamento do direito humanitário internacional.

O Brasil é parte de quase todos os instrumentos regionais e globais de proteção, tendo ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1972, e reconhecido a competência contenciosa da Corte em 1998.

Nota-se que,

> O Brasil tem aprofundado nos últimos anos sua inserção no sistema universal e interamericano de proteção dos direitos humanos, não só ratificando os tratados que integram o Direito Internacional nesta área, como também incorporando sua instrumentação no marco constitucional, nas leis ordinárias e no desenvolvimento de programas de ação para sua efetiva implementação. (VARELA, 2010, p. 71)

A tarefa de analisar o comportamento do Brasil em relação ao Sistema Interamericano é árdua, principalmente quando se considera que entre 1998 e 2011 o Brasil recebeu 27 medidas cautelares da Comissão, 643 petições referentes ao Brasil foram recebidas pela Comissão, a Corte adotou medidas provisórias em quatro casos envolvendo o Brasil e emitiu quatro sentenças condenatórias. (Relatórios anuais da Comissão, online)

A conduta do Brasil perante a Comissão Interamericana se modificou de forma positiva. Contudo,o Estado brasileiro ainda continua a violar a Convenção Americana e, na maioria dos casos, não cumpre plenamente as suas obrigações e as vítimas têm que lutar novamente para garantir que as recomendações da Comissão sejam implementadas.

Entre as petições recebidas pela Comissão que tiveram grande repercussão no Brasil, destaca-se o Caso Maria da Penha, quefoi o primeiro caso de aplicação por um organismo internacional de direitos humanos da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. Em 2001, o Brasil, signatário da mencionada Convenção, foi declarado responsável pela violência doméstica praticada por um particular. Em 2002, a determinação da Comissão contribuiu para que o agressor fosse finalmente preso antes da prescrição do crime. Tal fato gerou uma mobilização em torno do caso, buscando-se uma efetiva implementação da Lei Maria da Penha em todo o território nacional.

O primeiro caso admitido e julgado pela Corte contra o Brasil pôs em questão as condições desumanas e degradantes dos hospitais psiquiátricos brasileiros, que resultaram na morte de Damião Ximenes Lopez, portador de transtorno mental.A peticionária perante a Comissão foi a irmã da vítima, alegando violação aos arts. 1.1, 4, 5, 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A Corte emitiu sentença em 04 de julho de 2006, admitindo o reconhecimento de responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação dos direitos à vida e à integridade pessoal, condenando o Brasil ao pagamento de indenização aos familiares da vítima, além de identificar em tempo razoável os culpados da morte de Damião.(Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006. Serie C No. 149)

A segunda condenação do Brasil ocorreu no "Caso Escher e outros", no qual Arlei Jose Escher e mais 33 pessoas sofreram interceptação e monitoramento telefônico ilegais realizados pela Polícia Militar do Estado do Paraná, sem reparação de danos às vítimas, alegando-se violação dos arts. 1.1, 2, 8, 11, 16, 25 e 28 da Convenção Americana. Em 20 de novembro de 2009, a Corte condenou o Brasil ao pagamento de danos morais e ao pagamento de custas judiciais, além da obrigação de investigar o caso novamente. (Caso Escher e outros Vs. Brasil. Sentença de 20 de novembro de 2009. Serie C No. 208)

No caso de Sétimo Garibaldi, alegou-se em petição apresentada à Comissão violação do Brasil aos arts. 1.1, 2, 8, 25 e 28 da Convenção Americana pelo homicídio de Sétimo Garibaldi por 20 pistoleiros, que atuaram ilegalmente em um despejo de trabalhadores sem-terra no Estado do Paraná, evidenciando-se falta de diligências do Estado para apurar e punir o fato, bem como para proceder à reparação de danos aos familiares da vítima. Em sentença de 23 de setembro de 2009, a Corte determinou, entre outras medidas, que o Brasil pague uma indenização à viúva e aos filhos de Sétimo Garibaldi, investigue administrativamente os agentes da justiça responsáveis pelo arquivamento do caso e realize uma investigação séria e imparcial do ocorrido. (Caso Garibaldi Vs. Brasil. Sentença de 23 de setembro de 2009. Serie C No. 203)

No caso "Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)", no ano de 1995 houve a denúncia a Comissão da responsabilidade do Estado brasileiro na detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região do Araguaia, através de operações do Exército Brasileiro ocorridas entre os anos de 1972 e 1975, durante o período da ditadura militar (1964 e 1985). Em 2010, a Corte reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro em relação ao caso, afirmando que a sentença é em si uma forma de reparação. Foi condenado o Estado brasileiro a realizar dura investigação criminal em relação aos fatos ocorridos, punindo efetivamente os culpados, além

de reparar os direitos das vítimas e seus familiares de forma ampla. (Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219)

A sentença da Corte contraria uma decisão anterior do STF sobre a Lei de Anistia, de 1979. Enquanto a interpretação do STF abriga sob a anistia os agentes públicos que praticaram graves violações de direitos humanos durante a ditadura militar, a Corte sentencia que tais crimes devem ser processados e julgados.

No entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Lei da Anistia brasileira serviu como obstáculo para a investigação, para os julgamentos dos crimes e paraa consequente identificação e punição dos responsáveis. Se o Estado brasileiro não cumprir a sentença estabelecida pela CIDH, poderá ser novamente responsabilizado e, como última consequência, pode ser excluído da OEA, além de sofrer um provável desprestígio internacional.

A partir de abril de 2011, a Comissão outorgou uma medida cautelar relativa à construção da Usina Hidroelétrica de Belo Monte, na bacia do Rio Xingu, no Pará, em favor dos membros das comunidades indígenas ali situadas.O recurso ao Sistema Interamericano expressa a evidente internacionalização de uma litigância que chegou ao seu limite no plano nacional.Tal ação fez com que o Brasil passasse a rechaçar o Sistema Interamericano, promovendo sua desqualificação no plano interno e adotando medidas de retaliação em âmbito regional, entre elasum conjunto de propostas de mudanças estruturais que visam limitar a atuação da Comissão.

A Comissão solicitou ao Governo Brasileiro que suspendesse imediatamente o processo de licenciamento do projeto da Usina de Belo Monte e impedisse a realização de qualquer obra de execução até que fossem observadas condições mínimas determinadas pela Comissão.Em 29 de julho de 2011, com base na informação enviada pelo Estado e pelos peticionários, a Comissão modificou o objeto da medida, solicitando ao Estado que:

> 1) Adote medidas para proteger a vida, a saúde e integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas em situação de isolamento voluntario da bacia do Xingu, e da integridade cultural de mencionadas comunidades, que incluam ações efetivas de implementação e execução das medidas jurídico-formais já existentes, assim como o desenho e implementação de medidas especificas de mitigação dos efeitos que terá a construção da represa Belo Monte sobre o território e a vida destas comunidades em isolamento; 2) Adote medidas para proteger a saúde dos membros das comunidades indígenas da bacia do Xingu afetadas pelo projeto Belo Monte; [...]

> e 3) Garantisse a rápida finalização dos processos de regularização das terras ancestrais dos povos indígenas na bacia do Xingu que estão pendentes, e adote medidas efetivas para a proteção de mencionados territórios ancestrais ante apropriação ilegítima e ocupação por não- indígenas, e frente a exploração ou o deterioramento de seus recursos naturais. (Comissão, Medidas cautelares, online)

Adicionalmente, a Comissão decidiu que o debate entre as partes em relação ao projeto Belo Monte se transformou em uma discussão sobre o mérito do assunto que transcende o âmbito do procedimento de medidas cautelares.A questão é que, se o debate transcende o procedimento de medidas cautelares, o caso deveria ser imediatamente encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os interesses políticos não podem negligenciar a prevalência dos direitos humanos na política externa, pois é uma obrigação constitucional assumida pelo Brasil: "Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos", além disso, é uma responsabilidade pactuada pelo país ao aderir a diversos tratados internacionais de direitos humanos.

O Brasil, apesar de eventuais divergências, deveria ser o maior defensor do Sistema Interamericano, pois ele representa um mecanismo de segurança jurídica aos cidadãos, propicia ao país acompanhar o desenvolvimento do direito internacional humanitário, alçando-o a um patamar de elevada credibilidade e prestígio internacional,demonstrando preocupação em potencializar a proteção aos direitos humanos.

4. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

A responsabilidade internacional dos Estados é, indubitavelmente, um dos princípios basilares do Direito Internacional Público e indispensável para a compreensão da sociedade internacional. Explica o renomado doutrinador internacionalista Valério Mazzuoli (2011, p. 559) que "o Estado é internacionalmente responsável por toda ação ou omissão que lhe seja imputável de acordo com as regras do DIP, e das quais resulte violação de direito alheio ou violação abstrata de uma norma jurídica internacional por ele anteriormente aceita".

No ano de 1996, o primeiro projeto de convenção internacional sobre a responsabilidade internacional do Estado foi aprovado pela Comissão de Direito Internacional da ONU, tendo o projeto sido revisto após críticas e, por fim, aprovado em 2001, entretanto, ainda se encontra em discussão para futura adoção. Destaca-se aqui o art. 1º do mencionado

projeto: “todo fato internacionalmente ilícito de um Estado gera a sua responsabilidade internacional”.

Quando um agente ou funcionário do Estado comete, por ação ou omissão, um ato que ocasione dano a terceiro, ou ainda quando um tribunal interno deixa de aplicar a norma de um tratado por ele ratificado, não prolata uma decisão em tempo razoável, denega justiça, desrespeita os diretos humanos daqueles que estão sob sua jurisdição, o Estado responderá pelo dano na órbita internacional. Assim estabelecem os seguintes artigos do projeto de convenção sobre a responsabilidade internacional do Estado:

> Art. 4º 1. Considerar-se-á ato do Estado, segundo o DireitoInternacional, a conduta de qualquer órgão do Estado queexerça função legislativa, executiva, judicial ou outra qualquerque seja sua posição na organização do Estado -, eindependentemente de se tratar de órgão do governo central oude unidade territorial do Estado.
> 2. Incluir-se-á como órgão qualquer pessoa ou entidade que tenha tal status de acordo com o direito interno do Estado.
> Art. 5º Considerar-se-á ato do Estado, segundo o DireitoInternacional, a conduta de uma pessoa ou entidade que nãoseja um órgão do Estado, consoante o artigo 4º, que, de acordocom a legislação daquele Estado, possa exercer atribuições do
> poder público, sempre que a pessoa ou entidade esteja agindo naquela qualidade na situação particular.

O Estado pode suscitar sua irresponsabilidade em virtude das particularidades do ato, como por exemplo, ao alegar que um ato judicial não pode ser considerado ilícito, pois apenas se declarou o direito diante do caso concreto. Se isso ocorrer, haverá a atuação do Direito Internacional desconsiderando os argumentos estatais e admitindo a responsabilização internacional do Estado. Com isso, evidencia-se o caráter autônomo do Direito Internacional, visto que para ele não há distinção entre os atos praticados pelos Poderes Executivo, Legislativo ou judiciário de um Estado. (ANNONI, 2009)

Destarte, o instituto da responsabilidade internacional do Estado tem grande relevo na proteção dos direitos humanos, uma vez que o Estado ao desrespeitar uma norma internacional de*jus cogens* não restará impune, devendo sofrer as consequências no plano internacional, por não ter dado, no âmbito interno, a devida proteção ou por não ter reparado a lesão sofrida pela vítima. A responsabilidade individual, por sua vez, ainda não possui tanto destaque e adesão no plano externo ao se comparar com a responsabilidade estatal, embora a

condenação de indivíduos por crimes cometidos contra a humanidade e que ferem os diretos humanos está se ampliando cada vez mais, sobretudo após a criação do Tribunal Penal Internacional.

Sobre o tema, é relevante salientar que o Estado só estará sujeito à responsabilização internacional após esgotados todos os meios possíveis previstos em seu direito interno, regra esta conhecida como o *prévio esgotamento dos recursos internos.*

> Parece ser justa a exigência do prévio esgotamento dos recursos internos, por três motivos: a) porque assim se brinda o Estado com a oportunidade de reparar a questão dentro do seu ordenamento jurídico; b) se impede seja deflagrada uma demanda em nível internacional desprovida de qualquer motivo justificável; e c) se evitam os pedidos de proteção diplomática abusivos. Assim, enquanto os tribunais locais (até chegar à sua mais alta instância) não se manifestarem sobre o assunto, nenhuma reclamação diplomática poderá ser iniciada. O fundamento em ser assim a regra encontra suporte na subsidiariedade do sistema protetivo internacional relativamente ao sistema judiciário interno. Evidentemente que esta afirmação deve ser interpretada com os temperamentos que lhe impõe o Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que não se pode aguardar eternamente o pronunciamento da mais alta corte de um país, principalmente naqueles Estados em que a boa vontade na resolução dos litígios parece ser resquício histórico. (MAZZUOLI, 2011, p. 574)

Logo, quando se trata de matéria de direitos humanos, a regra de que o indivíduo lesado deve esgotar todos os recursos possíveis de sua jurisdição interna para só depois solicitar proteção externa perante as comissões ou cortes internacionais pode ser mitigada, como nos casos de denegação de justiça, demora injustificada para prolatar as decisões, quando os recursos internos são falhos, inacessíveis ou inexistentes.

4.1 Elementos da responsabilidade internacional do Estado

A doutrina elege como elementos da responsabilidade internacional do Estado o ato ilícito, a imputabilidade e o dano. O ato ilícito consiste na violação a uma de direito internacional, podendo ser decorrente de um ato comissivo ou de um ato omissivo, o que, depois de devidamente apurado, acarretará consequência jurídicas para o Estado, na qual a mais comum é a obrigação de reparar o dano.

Ressalta-se que “não serve de exclusão da ilicitude internacional do ato o fato de ser o mesmo ato *lícito* na ordem jurídica interna do Estado que o perpetrou” (MAZZUOLI, 2011, p. 562, grifo do autor). Em outras palavras, o Estado não pode invocar seu direito interno como justificativa de descumprimento de norma internacional previamente pactuada, regra esta prevista no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

A imputabilidade ou nexo causal é o vínculo que se forma entre o Estado violador e o Estado ou o indivíduo que sofreu a lesão, ou seja, verifica se o dano decorrente de uma conduta comissiva ou omissiva é atribuível ao Estado. Sobre o tema, pondera-se que,

> Os Estados serão sempre responsáveis pelos atos praticados por seus funcionários, quando tais atos forem praticados em seu nome (do Estado). De qualquer forma, o que caracteriza a imputabilidade é a possibilidade do ato antijurídico ser imputável ao Estado na sua condição de sujeito do Direito Internacional Público, ainda que praticado por agente ou funcionário seu, quando então a imputabilidade e a autoria do fato se confundem. O Estado tem, portanto, certos deveres pelos quais responde em caso de dano ao direito de outro, devendo-lhe ser imputada a obrigação de reparar o dano, não importando se o ato foi praticado diretamente pelo governo ou por seus agentes e funcionários. (MAZZUOLI, 2011, p. 563)

O dano, por seu turno, significa a existência do prejuízo causado a terceiro, seja um indivíduo, grupo de indivíduos ou outro Estado, em virtude do ato praticado pelo Estado violador da norma internacional de diretos humanos. “Para ser indenizável, o dano, a princípio, deve corresponder à lesão de um bem juridicamente protegido, isto é, ter relevância jurídica, estar contido no âmbito de proteção da norma violada”. (ANNONI, 2009, p. 45)

Destaca-se aqui o dano proveniente de atos do Poder Judiciário, quando o indivíduo vítima de uma violação recorre ao direito interno na expectativa de ter seu dano reparado e encontra deficiências no mesmo, entre elas, demora na prestação jurisdicional ou na prolação de sentenças, ausência de mecanismos internos, recusa de acesso ao Judiciário ou inexistência de tribunais, poderá acionar os órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos, como, por exemplo, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Européia e a Corte Interamericana pregam a prestação jurisdicional num prazo razoável, aliás, assim já decidiu a Corte Interamericana no caso GenieLacayo (no qual a

Nicarágua foi acusada de demora injustificada na prolação de sentença contra os responsáveis pela morte de Jean Paul GenieLacayo):

> O artigo 8 da Convenção que se refere às garantias judiciais consagra os delineamentos do chamado 'devido processo legal' ou 'direito de defesa processual', que consiste no direito de toda pessoa a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido com anterioridade pela lei, na determinação de qualquer acusação penal formulada contra ele, para determinação de seus direitos de caráter civil, trabalhista, fiscal ou outro qualquer. Para determinar a violação do artigo 8 é preciso, em primeiro lugar, estabelecer se no processo para determinar a responsabilidade dos possíveis autores da morte do jovem GenieLacayo se houve respeito às garantias processuais pela parte acusadora [...] até o momento, em que não se pronunciou sentença definitiva, transcorreu mais de cinco anos, lapso temporal que esta Corte considera que contraria os limites de razoabilidade prevista pelo artigo 8.1 da Convenção. (Caso GenieLacayo Vs. Nicaragua. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Serie C No. 30, p. 21, 23, tradução nossa)

Neste sentido, a Comissão Interamericana de Direito Humanos denunciou a Guatemala perante a Corte por ato judicial injusto ao absolver os acusados dos homicídios de cinco meninos de rua do país, violando o dever de investigar e punir presente na Convenção Americana de Direitos Humanos. Este caso ficou conhecido como caso "NiñosdellaCalle" Vs. Guatemala. Na oportunidade de apresentação das exceções preliminares, a Guatemala alegou coisa julgada, porém, a Corte não acatou e assim decidiu:

> A única exceção preliminar feita valer pela Guatemala consiste, essencialmente, na falta de competência desta Corte para conhecer em uma 'quarta instância' a sentença proferida pela Corte Suprema desse país em 21 de julho de 1993, que confirmou a falha do Tribunal Segundo de Primeira Instância do Ramo Penal do Estado da Guatemala, de 26 de dezembro de 1991[...]. Esta Corte considera que a demanda apresentada pela Comissão Interamericana não pretende proceder à revisão da falha da Corte Suprema da Guatemala, mas sim solicita que se declare que o Estado violou

> vários preceitos da Convenção Americana pela morte das pessoas citadas, que atribui aos membros da polícia desse Estado e que, por consequência, existe responsabilidade do mesmo.(Caso “Niños de laCalle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala**.** Exceções Preliminares. Sentença de 11 de setembro de 1997. Serie C No. 32, §§17e18, tradução nossa)

De acordo com entendimento da Corte todas as decisões do Estado devem garantir o direito das supostas vítimas a serem ouvidas dentro de um prazo razoável, por um tribunal competente, independente e imparcial, obedecendo ao devido processo legal e ao duplo grau de jurisdição, a fim de evitar julgamentos arbitrários e, consequentemente, danos aos indivíduos.

4.2 Formas de responsabilidade internacional do Estado

A doutrina admite a existência de várias formas de responsabilidade internacional do Estado, as que serão abordadas a seguir são as mais comuns. A responsabilidade pode ser direta ou principal quando “o ato ilícito for praticado pelo próprio governo estatal, por órgão governamental, por funcionários do seu governo ou por uma coletividade pública do Estado que age em nome dele” (MAZZUOLI, 2011, p. 564). Neste sentido, também se enquadram os atos de particulares, quando os mesmo possam ser atribuídos ao Estado por não ter empregado a devida diligência para preveni-los.

A responsabilidade indireta ou subsidiária caracteriza-se quando o ato ilícito é cometido por particulares ou por um grupo que o Estado representa internacionalmente. Os atos praticados por particulares que não representam o Estado não podem deflagrar a responsabilidade internacional do Estado, como esclarece Mazzuoli:

> Evidentemente que não há falar-se em responsabilidade do Estado em virtude de atos de particulares não investidos em funções estatais. A responsabilidade estatal aqui é decorrência da falta de cuidado e atenção do Estado, que não advertiu ou não puniu os seus particulares pelos atos praticados, caso em que passa ele a ser internacionalmente responsável por tais atos. (2011, p. 565)

A responsabilidade ainda pode ser decorrente de uma ação positiva do Estado ou de seus agentes, chamada de responsabilidade por comissão, como também pode ser uma responsabilidade por omissão, oriunda da omissão do Estado em praticar um ato do qual tinha o dever jurídico de praticar perante o Direito Internacional Público.

Por fim, a responsabilidade internacional do Estado será convencional quando violar um tratado internacional por ele ratificado ou a responsabilidade será delituosa quando, ao contrário, o ato ilícito significar o descumprimento de norma proveniente do direito consuetudinário internacional.

4.3 A reparação por violações aos direitos humanos

A aferição da responsabilidade internacional do Estado deve obedecer a procedimentos que garantam o devido processo legal para o Estado infrator e para o ofendido. Os órgãos do sistema global e regionais de proteção aos direitos humanos, especializados em processar e julgar os Estados, serão os encarregados de determinar se o Estado possui ou não responsabilidade e, em caso positivo, a consequência que sofrerá, impondo o tipo de reparação. Com isso, as cortes e comissões internacionaisirão mensurar e investigar, conforme sua competência, a conduta do Estado, realizando inspeções, audiências, até decidirem qual a sanção deverá ser aplicada no caso do Estado ser condenado internacionalmente, obedecendo aos parâmetros contidos nas normas internacionais.

Dependendo do órgão internacional, a sua competência será apenas de elaborar relatórios ou informes, de supervisão, de controle, de tutela, como também possuir competência contenciosa, ou seja, emitir decisões, julgar os Estados.

O termo reparação é amplo, genérico, abrangendo várias formas que o Estado possui para cumprir a obrigação que lhe cabe, como a indenização, a restituição na íntegra, a satisfação, a garantia de não repetição, cessação do ilícito, entre outras.

A forma mais comum e eficaz de reparação é a restituição (chamada de restituição na íntegra ou de restituição *in natura*), na qual o Estado deve restabelecer o estado anterior que teria existido se o ato ilícito não tivesse sido praticado, ou seja, se exige do autor do dano que propicie ao lesado o retorno ao *status quo ante.*Salienta-se que,

> Duas definições de restituição na íntegra devem ser apreciadas no Direito Internacional: a primeira, afirma que a restituição na íntegra deve englobar a situação que *deveria existir*, caso não ocorresse o dano; a segunda, mais restrita, limita a restituição ao retorno à situação existente *antes* da violação da norma internacional.

> É, em verdade, uma discussão sobre danos emergentes e lucros cessantes. (ANNONI, 2009, p. 58, grifo do autor)

Diante da impossibilidade da restituição, surge a indenização, que tem sido a forma mais frequente de reparação das violações a direitos humanos, que consiste na mensuração da lesão moral ou material sofrida, com o fim de compensá-la mediante o pagamento de valores pecuniários.

Por fim, a satisfação consiste em reparar o dano causado que normalmente resultou em efeitos de cunho moral e não danos materiais. Pode compreender, entre outros, um pedido de desculpas, admissão da responsabilidade internacional, declaração de um tribunal a cerca da ilegalidade da conduta estatal, obrigações de fazer, como a reabilitação, garantindo que o lesado volte ao convívio social ao eliminar registros decorrentes da conduta ilícita e que possam ser prejudiciais ao individuo, e garantia de não-repetição.

A garantia de não-repetição e majoritariamente aceita como uma das medidas mais importantes, também prevista no projeto de convenção da ONU, que em seu art. 30 dispõe que "o Estado responsável pelo ato internacionalmente ilícito tem aobrigação de: *a*)cessar aquele ato, se ele continua; *b*)oferecer segurança e garantias apropriadas de não-repetição,se as circunstâncias o exigirem". Logo, diante de atos internacionalmente ilícitos passíveis de repetição, esta é a medida mais adequada a ser aplicada contra o Estado violador, proporcionando à vítima a obtenção de uma segurança, uma proteção contra possível reiteração da conduta que desrespeitou a obrigação internacional.

CONCLUSÃO

Desde o período que antecedeu à Segunda Guerra Mundial até os dias de hoje, muitos embates foram empreendidos, resultando em fracassos e também em conquistas no que tange à proteção universal dos direitos humanos. Tais direitos são uma construção da humanidade, evoluindo junto com suas necessidades e com seu modo de enxergar o mundo. Apesar de ainda haver muito que ser feito, os direitos humanos foram galgados a um patamar que representa uma grande vitória para humanidade e proporciona segurança jurídica aos cidadãos do mundo.

A observância dos direitos humanos é assunto de interesse internacional, de toda a sociedade. Embora o processo de globalização também ter contribuído direta ou indiretamente para violações de direitos humanos, por outro lado ela torna mais visíveis as violações de

direitos humanos em qualquer lugar do mundo e possibilita um maior contato entre os povos, potencializando a eficácia na reprimenda às violações e punição dos responsáveis.

Constatou-se a irrefragável influência do Direito Internacional na órbitra anteriormente abrangida pela soberania, através do estreitamento das relações internacionais e da necessidade de proteção aos direitos humanos como valor primordial, possibilitando a intervenção do direito e dos órgãos internacionais competentes em caso dos Estados violarem direitos humanos que se comprometeram a garantir ao pactuar com os tratados internacionais.

Almejou-se possibilitar uma melhor compreensão acerca do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Para tanto, discorreu-se sobre a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O fato que marca o surgimento e sistematização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi a elaboração e aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos, que institui a Comissão e a Corte.

O sistema internacional de proteção aos direitos humanos vem complementar a proteção nacional, isto é, desde que houve a globalização dos direitos humanos, o Direito Internacional e o direito interno dos países passaram a interagir. O Brasil é parte de quase todos os instrumentos regionais e globais de proteção, tendo ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1972, e reconhecido a competência contenciosa da Corte em 1998.

Acontecimento de grande repercussão interna foi o fato de, em 2011, a Comissão ter outorgado uma medida cautelar relativa à construção da Usina Hidroelétrica de Belo Monte, na bacia do Rio Xingu, no Pará, em favor dos membros das comunidades indígenas ali situadas. Após inúmeras discussões e modificações no conteúdo das medidas cautelares, a Comissão decidiu que o debate entre as partes em relação ao projeto Belo Monte se transformou em uma discussão sobre o mérito do assunto que transcende o âmbito do procedimento de medidas cautelares, devendo, em breve, o caso ser submetido à Corte Interamericana na hipótese de não haver solução pacífica nas tratativas entre a Comissão e o Estado brasileiro.

No tocante à responsabilização internacional do Estado, verificou-se que quando um agente ou funcionário do Estado comete, por ação ou omissão, um ato que ocasione dano a terceiro, ou ainda quando um tribunal interno deixa de aplicar a norma de um tratado por ele ratificado, não prolata uma decisão em tempo razoável, denega justiça, desrespeita os diretos humanos daqueles que estão sob sua jurisdição, o Estado responderá pelo dano na órbita internacional.

O instituto da responsabilidade internacional do Estado tem grande relevo na proteção dos direitos humanos, uma vez que o Estado ao desrespeitar uma norma internacional de*jus cogens* não restará impune, devendo sofrer as consequências no plano internacional, por não ter dado, no âmbito interno, a devida proteção ou por não ter reparado a lesão sofrida pela vítima.

A subscrição do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos, o reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a participação ativa em inúmeras questões internacionais e os esforços para aprimorar a legislação interna e potencializar a proteção aos direitos humanos, simboliza o aceite do Brasil para com a idéia contemporânea de globalização dos direitos humanos, bem como para com a idéia de legitimidade das preocupações da comunidade internacional no tocante à matéria.

Não obstante os avanços ocorridos na proteção internacional dos direitos humanos, ainda não foi o bastante para impedir as graves violações que persistem nas diferentes regiões do mundo. Mesmo assim, não se pode ignorar o surgimento de inúmeros documentos jurídicos internacionais e de uma maior consciência cívica global, possibilitando que as lesões ao direito humanitário internacional não fiquem restritas à repercussão interna. Percebe-se o despertar cada vez mais evidente de um sentimento humanista no âmago de cada indivíduo, um espírito universal de amparo e solidariedade entre todos os seres humanos.

É preciso estimular o diálogo baseado no respeito ao Direito Internacional, à resolução pacífica de controvérsias e aos princípios reconhecidos como básicos no âmbito do direitos humanos, potencializando a globalização dos direitos humanos e suas positivas consequências jurídicas no plano interno dos Estados e, sobretudo, no aprimoramento do aparato internacional de proteção.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. *Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional*. 1 ed. (ano 2003), 7ª tir. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

COMISSÃO de Direito Internacional das Nações Unidas. *Projeto da Comissão internacional das Nações Unidas sobre a responsabilidade internacional dos Estados*. 2001. Disponível em: <http://novodireitointernacional.com.br/wp-content/uploads/2012/02/Projeto-da-CDI-sobre-Responsabilidade-Internacional-dos-Estados.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2013.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. *Medidas Cautelares - MC 382/10: Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil.* Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>. Acesso em:03 março 2013.

_____. *Relatórios anuais*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/anuales.asp>. Acesso em: 03 março 2013.

_____. *Sistema de Petições e Casos – Folheto Informativo*. Organização dos Estados Americanos, 2010.

CONVENÇÃO Americana de Direito Humanos. *Pacto de San José da Costa Rica*. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 24 fev. 2013.

CORTE IDH.*Caso Blake Vs. Guatemala*.Reparações e custas. Sentença de 22 de janeiro de 1999. Serie C No. 48. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 03 fev. 2013.

_____. *Caso Escher e outros Vs. Brasil*. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Fundo, Reparação e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2009. Serie C No. 208. Disponível em :<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_208_por.pdf>. Acesso em: 03 março 2013.

_____. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Serie C No. 203. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf>. Acesso em: 03 março 2013.

_____. *Caso GenieLacayo Vs. Nicaragua*. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Serie C No. 30. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 30 jan. 2013.

_____. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Serie C No. 219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>. Acesso em:03 março 2013.

_____. *Caso "Niños de laCalle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala***.** Exceções Preliminares. Sentença de 11 de setembro de 1997. Serie C No. 32. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>. Acesso em: 30 jan. 2013.

_____. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006. Serie C No. 149. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em:03 março 2013.

GARCIA, Emerson. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Breves Reflexões sobre os Sistemas Convencional e Não-Convencional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Direito Internacional dos Direitos Humanos – Nova Mentalidade Emergente Pós-1945*. 1 ed. (2006), 5ª tiragem (2010). Curitiba: Juruá, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Direitos Humanos, Estado e Globalização. In: RÚBIO, David Sánchez; FLORES, Joaquín Herrera; CARVALHO, Salo de (Orgs). *Direitos Humanos e Globalização – Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Introdução ao Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos: a Convenção Americana de Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.).*O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VARELA, Rolando Coto. O Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: JUNIOR, Lier Pires Ferreira; MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges (Coord.). *Direitos Humanos e Direito Internacional*. 1 ed. 3ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ESTADO EM RELAÇÃO AO PARTICULAR PELO DANO AMBIENTAL

Rodrigo Augusto Lazzari LAHOZ [368]

RESUMO

O presente artigo tem como escopo analisar a responsabilidade solidária do Estado em relação ao particular pelo dano ambiental cometido por este. Passando por uma análise histórica do dever de indenizar do Estado – desde a teoria da irresponsabilidade estatal até a teoria do risco administrativo, hodiernamente aceita – e pelo conceito de dano ambiental, busca-se desvendar qual a responsabilidade do Estado quando um particular comete um dano ambiental, haja vista que tanto a coletividade quanto o Poder Público devem zelar pelo meio ambiente, conforme artigo 225, *caput*, da Constituição da República. Discorre-se sobre as hipóteses em que o Estado deverá indenizar o dano causado por particular e de que forma isso ocorrerá.

ABSTRACT

The present article intends to analyze the Government and the private's responsibility for the environmental damage. Through an historical study of the State's duty of indemnify – since the Irresponsible State Theory to the currently accepted Administrative Risk Theory – and the definition of environmental damage, the study aims to understand which is the Government responsibility when a private commits an environmental damage, considering that both should preserve the environment, accordingly to the article 225 of Brazilian Constitution. The article also brings hypotheses in which the State must indemnify the environmental damage caused by the private and how it happens.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade do Estado. Dano ambiental. Responsabilidade solidária.

KEY WORDS: State responsability. Environmental damage. Joint responsability.

INTRODUÇÃO

[368] Mestrando em Direito pela PUC-PR. Pós-graduando em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Advogado.

A Constituição da República, em seu artigo 37, § 6°, afirmou o dever do Estado (pessoas jurídicas de direito público ou pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público) de indenizar por danos causados ao particular por seus agentes, independentemente da existência de culpa ou dolo – a chamada responsabilidade objetiva. Se esse dano causado diretamente pelo Estado for um dano ao meio ambiente, então a responsabilidade do Estado também será objetiva, conforme a Lei n° 6.938/81.

Contudo, existem situações em que o particular comete um dano ambiental, porém o Estado se omitiu na fiscalização ou concedeu uma licença ambiental ilegal. Tendo em vista essa situação, como fica a responsabilidade do Estado em face de toda a coletividade e do particular? Se houve um dano ambiental, significa que ou o Estado não atentou para a sua ocorrência ou permitiu que ele acontecesse, furtando-se do seu dever de fiscalização decorrente do poder polícia a ele incumbido.

Em um primeiro momento, é evidente que o particular deve ser responsabilizado e responder pelo dano causado; igualmente, conforme o comando constitucional, o Estado deverá indenizar as vítimas pelo dano que causar, seja por atos comissivos ou omissivos.

Ainda, observa-se que é dever tanto do Poder Público quanto da coletividade zelar pelo meio ambiente, conforme artigo 225, *caput*, da Constituição da República.

Nos casos de omissão estatal na fiscalização de uma atividade do particular ou de expedição de licença ilegal para prática de ato que ocasionou um dano ambiental, como o Estado procederá em relação ao particular e à coletividade, vítima do dano ambiental? É o que se verá adiante.

1 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

O cenário atual da Responsabilidade civil do Estado no Direito brasileiro é pautado pela interpretação do artigo 37, § 6º, da Constituição da República, que assim dispõe:

> as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Da leitura do referido artigo infere-se que a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviço público é a chamada responsabilidade objetiva, segundo a qual não importa se o ato que causou um dano é lícito ou

ilícito, basta a ocorrência de um nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o dano suportado.[369]

Entretanto, nem sempre o dever do Estado de indenizar os danos que causa foi tão imperativo. Houve um tempo em que não se falava do dever do Estado em reparar os danos que lhe eram imputados – a dita **teoria da irresponsabilidade estatal**.

Referido período histórico remete ao Estado Absolutista, onde o próprio Estado era o Direito e o rei era "delegatário dos desígnios de Deus[370]" e não poderia errar[371] – *the King can do no wrong* – sendo assim "considerado irresponsável e irresponsabilizável[372]".

Essa concepção de irresponsabilidade do Estado, entretanto, não eximia de responsabilidade o funcionário público causador do dano; porém, em razão de sua insolvência, raramente era possível que o dano fosse indenizado.[373]

Tendo em vista os absurdos desta teoria, uma vez que o Estado, guardião do Direito, negava-o ao declarar sua irresponsabilidade – estaria, portanto, acima da lei –, passou-se a admitir a aplicação da **teoria civilista** de responsabilização civil para o Estado.

Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, essa teoria denominou-se civilista pois se utilizou de princípios específicos do Direito Civil. Nessa senda, inicialmente foi necessário diferenciar os atos de império e os atos de gestão[374]:

> os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum.[375]

---

[369] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 1022.
[370] BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da administração pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 300.
[371] *Idem*.
[372] SAUWEN FILHO, João Francisco. **Da responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 41.
[373] CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007. p. 219.
[374] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 644.
[375] *Ibidem*, p. 644-645.

Admitiu-se, então, a responsabilidade do Estado por atos de gestão, praticados por seus prepostos, distinguindo-se do Rei, que praticaria atos de império, eis que ainda era considerado infalível.[376] Com relação aos atos de gestão, que possuíam o mesmo tratamento jurídico dos atos de direito civil, a culpa seria do funcionário estatal.[377]

Em constante evolução, a responsabilização dos danos causados pelo Estado começou a tomar os contornos atuais a partir do caso de Agnès Blanco[378], ocorrido em 1873 na França, onde se decidiu que a responsabilidade do Estado "se regula por regras especiais[379]". A partir desta situação buscou-se um regime próprio para a responsabilidade civil do Estado, culminando, inicialmente, na **teoria da *faute Du service***.

Segundo esta teoria, haverá responsabilidade do Estado quando o serviço "não funciona, quando deveria funcionar, funcional mal ou funciona atrasado.[380]" Assim, haveria uma dupla responsabilização: a responsabilidade do Estado, titular da prestação do serviço que apresentou problemas, e a do funcionário, que seria analisada independentemente da responsabilização do Estado.[381]

Note-se que a responsabilidade do Estado na **teoria da *faute Du service*** era considerada subjetiva, ou seja, o particular deveria

> comprovar a não-prestação do serviço ou a sua prestação retardada ou má prestação, a fim de ficar configurada a culpa do serviço e, consequentemente, a responsabilidade do Estado, a quem incumbe prestá-lo.[382]

A última fase dessa evolução histórica da responsabilidade do Estado é a responsabilidade objetiva do Estado, calcada na **teoria do risco administrativo** que pressupõe o dever de indenizar do Estado "simplesmente porque há relação de causalidade entre a atividade administrativa e o dano sofrido pelo particular.[383]"

---

[376] DI PIETRO, *op. cit.*,, p. 645.
[377] CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 220.
[378] Caso em que a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, foi atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura do Fumo, parte integrante da Administração Pública francesa. (*Cf*. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 27-28.)
[379] MELLO, *op. cit.*, p. 1018.
[380] *Ibidem*, p. 1019.
[381] DI PIETRO, *op. cit.*, p. 646.
[382] CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 221.
[383] *Ibidem*, p. 222.

Essa responsabilidade decorre do risco que o Estado corre ao prestar um serviço, devendo compensar os danos causados independentemente de o ato ser lícito ou ilícito[384]: se é possível imputar um dano causado à conduta do Estado, haverá dever de indenizar.

Ainda sobre a responsabilidade objetiva do Estado, atualmente ela encontra fundamento no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 37, § 6º, da Constituição da República, como afirmado.

Alguns autores propõem, atualmente, a **teoria do risco integral**, segundo a qual o Estado responde independentemente das excludentes de responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o fato de terceiro, o caso fortuito e a força maior;[385] há responsabilidade do Estado simplesmente pela ocorrência do dano.[386]

Feitas estas considerações sobre a evolução histórica da responsabilidade do Estado, parte-se para a análise do dano ambiental para, na sequência, analisá-lo em consonância ao dever do Estado de indenizar os danos causados ao meio ambiente.

2 O DANO AMBIENTAL: DANO ECOLÓGICO, COLETIVO E INDIVIDUAL

Inicialmente é preciso definir o conceito de dano ambiental assim como determinar a sua abrangência, isto é, qual o seu conteúdo – se ele é somente um dano ao meio ambiente em si ou se pode ser um dano coletivo, além de atingir a esfera individual. Para facilitar a compreensão, serão apresentados alguns pensamentos sobre os temas aludidos visando chegar a uma conclusão sobre o dano ambiental para, posteriormente, aprofundar a responsabilização do Estado por estes males.

Segundo a Lei Federal n° 6.938/81, que dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, o dano ambiental pode ser compreendido como a "alteração adversa das características do meio ambiente", conforme artigo 3°, inciso II; entretanto, logo em seguida, no inciso III do mesmo artigo, há o conceito de poluição, que também pode ser entendido como um dano ambiental, porém com um viés diferente: enquanto que o dano ambiental é uma ofensa ao meio ambiente em si mesmo, a poluição pode, além de afetar o meio ambiente, afetar também a saúde, a segurança e o bem-estar da população.[387]

---

[384] MELLO, *op. cit.*, p. 1022.

[385] SALUM, Flavia Maria Pelliciari. Responsabilidade objetiva do Estado nas atividades perigosas. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BERNACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.151.

[386] SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 283.

[387] Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
(...)

Assim, em uma primeira análise pode-se se falar em um dano ambiental de caráter duplo: o primeiro ao meio-ambiente em si e o segundo a população atingida.

Com relação ao dano direto ao meio ambiente, José Afonso da SILVA o conceitua como dano ecológico, entendido como "qualquer lesão ao meio ambiente causado por condutas ou atividades de pessoa física ou jurídica de Direito Público ou de Direito Privado[388]".

José de Sousa Cunhal SENDIM, por sua vez, afirma a existência de um "dano ecológico puro", compreendido como

> uma perturbação do patrimônio natural – enquanto conjunto dos recursos bióticos e abióticos e da sua interação – que afete a capacidade funcional ecológica e a capacidade de aproveitamento humano de tais bens tutelados pelo sistema jurídico-ambiental.[389]

Deste modo, entende-se o dano ecológico como a afronta ao meio ambiente em si.

Pelo fato de o meio ambiente ser um patrimônio comum à coletividade[390], *ex vi* o *caput* do artigo 225 da Constituição da República[391], há o entendimento de que o dano ecológico puro é também considerado um dano ambiental coletivo, que afeta toda a população.[392]

Portanto, para concretizar o objetivo de reparação integral do dano, é preciso

---

II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;
III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
c) afetem desfavoravelmente a biota;
d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;
(*Cf*. BRASIL. Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.)

[388] SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 308.

[389] SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 130.

[390] LEUZINGER, Márcia Dieguez. Responsabilidade civil do estado por danos ao meio ambiente. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 45, p. 184-195, jan./mar. 2007. p. 189.

[391] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações.

[392] COPOLA, Gina. A responsabilidade do estado por danos ambientais. **Revista IOB de direito administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 9, p. 103-147, set. 2006. p. 115-116.

> reconhecer que este possui uma dimensão material, consistente na perda ou diminuição das características essenciais dos sistemas ecológicos (interdependência, capacidade de autorregulação, autorregeneração, funcional ecológica e uso dos bens naturais), e uma dimensão imaterial que afeta diretamente o interesse difuso e que se relaciona ao valor da existência dos bens materiais, reconhecendo-se que o direito tutela, concomitantemente, bens materiais e imateriais.[393]

Com efeito, além do dano ao meio ambiente em si e consequentemente à coletividade, é possível falar em um dano ambiental individual "sofrido pelas pessoas ou seus bens, que legitima os lesados a uma reparação pelo prejuízo patrimonial ou moral.[394]" Essa lesão viola interesses pessoais, como por exemplo, "a poluição sonora que causa surdez de alguma ou algumas vítimas.[395]"

Registre-se que o dano ambiental individual é tratado por alguns autores como um dano privado e, portanto, não se caracteriza como um dano ambiental individual. Nesse sentido, Carlos Frederico Marés de SOUZA FILHO, por exemplo, entende que o dano privado "atinge o patrimônio de uma pessoa, o conjunto de seus bens e seus direitos individuais, mesmo que a ofensa seja moral, no sistema de direito positivo moderno" enquanto que o dano ambiental "atinge o bem, a sua integridade enquanto bem ambiental, a sua razão de ser ambiental, a sua característica de insubstituível, de essencial, de representativo, evocativo."[396]

Não se pode olvidar, entretanto, de que há sim um dano ambiental individual: aliado a um dano coletivo, pode-se identificar uma lesão a um patrimônio particular individual, isto é, ao se afetar o meio ambiente, ocorre um dano reflexo no patrimônio ou interesses extrapatrimoniais de um determinado particular.[397]

Assim, a acepção de José Rubens Morato LEITE parece adequada, ao afirmar que

> dano ambiental significa, em uma primeira acepção, uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente, como, por exemplo, a poluição atmosférica; seria, assim, a lesão ao direito fundamental que todos têm de gozar e

---

[393] STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 107
[394] LEUZINGER, *op. cit.*, p. 189.
[395] COPOLA, *op. cit.*, p. 116.
[396] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1996. p. 55
[397] MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. ref. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 813.

> aproveitar do meio ambiente apropriado. Contudo, em sua segunda conceituação, dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e seus interesses.[398]

Desta feita, pode-se concluir que o dano ambiental possui um caráter triplo: trata-se de um dano ecológico puro, ao meio ambiente em si mesmo; um dano ambiental coletivo, pois o dano ao meio ambiente reflete na coletividade, haja vista ser um patrimônio comum a todos; e um dano individual, eis que é possível vislumbrar um prejuízo a interesses patrimoniais ou extrapatrimoniais de uma determinada pessoa.

3 O DEVER DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: INCUMBÊNCIA DO PODER PÚBLICO E DA COLETIVIDADE

O artigo 225, *caput*, da Constituição da República, impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, havendo, deste modo, a competência de ambos de proteger o meio ambiente.

A incumbência do Poder Público – assim compreendido o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário[399] – é discriminada no § 1° do citado artigo 225, ao dispor que ele deve: a) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; b) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; c) definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; d) exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; e) controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; f) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; e g) proteger a fauna e a flora, vedadas, na

---

[398] LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 95.
[399] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Sâo Paulo: Saraiva, 2010. p. 1574.

forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Ressalte-se, contudo, que o que concede efetividade à proteção do meio ambiente pelo Poder Público é o poder de polícia e o poder regulamentar exercido pelo Poder Executivo.[400] O primeiro pode ser compreendido como "a prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade[401]" enquanto que o segundo "é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação.[402]"

Nessa senda, a Administração Pública pode regulamentar as leis ambientais, especificando e pormenorizando situações de incidência, e fiscalizar as atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente. Como se tratam de restrições ao direito de propriedade e às demais atividades, uma regulamentação do tema é assaz necessária.[403]

Em razão do poder de polícia, a Administração Pública pode aplicar as sanções administrativas dispostas no artigo 72 da Lei n° 9.605/98, que dispõe sobre os crimes ambientais e infrações administrativas, quais sejam: a) advertência; b) multa simples; c) multa diária; d) apreensão de animais, produtos e subprodutos da fauna e da flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; e) destruição ou inutilização do produto; f) suspensão de venda e fabricação do produto; g) embargo de obra ou atividade; h) demolição de obra; i) suspensão total ou parcial das atividades lesivas; e j) restrição de direitos.[404]

Outras formas de atuação no Poder Público para a proteção do meio ambiente são "as limitações administrativas de uso, gerais e gratuitas, sem impedir a normal utilização econômica do bem, nem retirar a propriedade do particular" ou "a desapropriação individual e remunerada de determinado bem, transferindo-o para o domínio público e impedindo sua destruição ou degradação".[405]

No que tange ao dever da coletividade de proteger o meio ambiente, é obrigação de todo cidadão preservar o meio ambiente, conforme o já mencionado artigo 225, *caput*, da Constituição da República – pode-se afirmar que houve "um chamamento à ação dos grupos

---

[400] *Ibidem*, p. 1574.
[401] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 83.
[402] CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 60.
[403] GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de direito ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 316.
[404] BRASIL. Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.
[405] GUERRA; GUERRA, *op. cit.*, p. 317.

sociais em prol do meio ambiente[406]". Assim, destaca-se a participação de organizações da sociedade civil, notadamente as Organizações Não-Governamentais (ONGs), constituídas como associações e fundações[407], além de associações de classe, grupos e demais organizações.[408]

A coletividade pode se utilizar dos instrumentos constitucionalmente garantidos a ela[409]: cada cidadão, considerado individualmente, é legítimo para impetrar Ação Popular visando anular ato lesivo ao meio ambiente (artigo 5°, inciso LXXIII, da Constituição da República e Lei n° 4.717/65[410]); e as organizações da sociedade civil, como as associações constituídas há mais de um ano e que tenham como objetivo a defesa do meio ambiente, podem impetrar Ação Civil Pública (artigo 5°, inciso V, da Lei n° 7.347/85[411]).

Cumpre assinalar que as associações qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) também podem firmar termo de parceria com o Poder Público para a defesa do meio ambiente (conforme artigo 3°, inciso VI, e artigo 10, ambos da Lei n° 9.790/99[412]).

Deste modo, afirma-se que "não é papel do Estado cuidar sozinho do meio ambiente, pois essa tarefa não pode ser eficientemente executada sem a cooperação do corpo social.[413]"

Diante do exposto, caso haja um dano ambiental, a responsabilidade pela reparação poderá ser tanto do Estado quanto da coletividade, assim compreendida como o particular envolvido, causador do dano. Analisar como se procede a responsabilidade do Estado e do particular em caso de dano ambiental é o que se faz a seguir.

4 O DEVER DO ESTADO DE INDENIZAR OS DANOS AMBIENTAIS

4.1 A responsabilidade do Estado por dano ambiental

O dever do Estado de indenizar danos ambientais é decorrente da interpretação dos seguintes dispositivos legais: dos artigos 37, § 6º e 225, ambos da Constituição da Repúblical, e dos artigos 3°, IV e 14, § 1°, ambos da Lei n° 6.938/81. Enquanto que os dispositivos

---

[406] MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 129.
[407] *Idem*.
[408] BULOS, *op. cit.*, p. 1573.
[409] SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 139
[410] BRASIL. Lei n° 4.717, de 27 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.
[411] BRASIL. Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.
[412] BRASIL. Lei n° 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.
[413] MACHADO, *op. cit.*, p. 130.

constitucionais afirmam a obrigação do Estado de preservar o meio ambiente e o seu dever de reparar os danos causados independentemente de culpa, a Lei n° 6.938/81 deixa evidente que o Poder Público poderá causar danos ambientais (artigo 3°, IV[414]) e reafirma o dever de indenizar, conforme o artigo 14, § 1°, que dispõe que "é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.[415]"

Sendo assim, Annelise Monteiro STEIGLEDER vislumbra três situações em que haveria responsabilidade do Poder Público por danos ambientais[416]: (i) quando o dano é causado diretamente pela atuação do Poder Público mediante seus agentes ou por concessionárias de serviço público[417]; (ii) a omissão do Poder Público em fiscalizar ou conceder autorizações administrativas e licenças ambientais[418]; e (iii) nas situações de responsabilidade omissiva por comissão, casos em que o Estado deveria prestar um serviço, porém não o faz, como o serviço de esgoto[419].

Quanto ao dano ambiental causado diretamente pela ação estatal, é cediço que a Constituição da República e a legislação infraconstitucional traduzem a responsabilidade objetiva do Estado para os seus atos comissivos. Assim, o objetivo é analisar o nexo de causalidade entre o dano ambiental e a ação imputada ao Estado[420], deixando de lado a apreciação subjetiva do poluidor[421].

Sobre a responsabilidade do Estado por danos ambientais decorrente de sua omissão na fiscalização das atividades dos particulares, observa-se que não existe uma unanimidade se esta responsabilidade é subjetiva – portanto analisa-se se houve dolo ou culpa de quem cometeu o dano – ou objetiva.

De fato, há na doutrina quem defenda a responsabilidade subjetiva nos casos de omissão do Poder Público, como Celso Antônio Bandeira de MELLO[422] e Nelson de Freitas PORFÍRIO JÚNIOR[423]. Nessas situações, o Estado deveria demonstrar a culpa de seus

---

[414] Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
(...) IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;
(*Cf*. BRASIL. Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.)

[415] BRASIL. Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.

[416] STEIGLEDER, *op. cit.*, p. 192.

[417] *Idem*.

[418] *Ibidem*, p. 193.

[419] *Ibidem*, p. 199

[420] SIRVINSKAS, *op. cit.*, p. 263.

[421] MACHADO, *op. cit.*, p. 347.

[422] MELLO, *op. cit.*, p. 1033.

[423] PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do estado em face do dano ambiental**. São

agentes[424], que ou foram negligentes, imprudentes ou agiram com imperícia ou ainda tinham a intenção de se omitir, o que caracterizaria o dolo[425]. Ademais, para caracterizar a responsabilidade do Estado deve haver uma obrigação legal de impedir o evento danoso, caso contrário "não se pode imputar ao Estado a responsabilidade por um dano que não causou.[426]"

Tal entendimento é refutado por Juarez FREITAS, que afirma que tanto as ações quanto omissões

> podem afetar direitos fundamentais, prejudicando o princípio constitucional da sustentabilidade, dado que a responsabilidade reclama, assertivamente, o proporcional cumprimento dos deveres relacionados à tutela direta e imediata da totalidade dos direitos fundamentais das gerações atuais e futuras, igualmente titulares de direitos. Assim, na esfera ambiental, significa, entre outras coisas, a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por ação e por omissão fiscalizatória, na adequada intelecção dos arts. 3°, IV, e 14 da Lei n° 6.938/81, em harmonia com a Carta.[427]

Annelise Monteiro STEIGLEDER vai além e aduz que a responsabilidade do particular por dano ambiental, tanto para ação quanto para omissão, é objetiva e que para o Estado não poderia ser diferente. Conclui afirmando que a análise do ato omissivo é irrelevante para o estudo da responsabilidade, importando conferir apenas o nexo de causalidade entre ele e o dano.[428]

Nessa senda, cumpre assinalar que o Estado seria indiretamente responsável pelo dano ambiental[429], devendo responder solidariamente[430], pois ele "teria, no mínimo, descumprido o seu dever de fiscalização[431]".[432]

Paulo: Malheiros, 2002. P. 69.

[424] NASSIF, Rodrigo. Responsabilidade da administração pública por dano ambiental. **Fórum de direito urbano e ambiental**, Belo Horizonte, n. 1, p. 68-72, jan./fev. 2002. p. 70.

[425] MELLO, *op. cit.*, p. 1029-1030.

[426] LEUZINGER, *op. cit.*, p. 193.

[427] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 279.

[428] STEIGLEDER, *op. cit.*, p. 196.

[429] NASSIF, *op. cit.*, p. 70.

[430] STEIGLEDER, *op. cit.*, p. 199.

[431] LEUZINGER, *op. cit.*, p. 194.

[432] Registre-se que para Márcia Dieguez LEUZINGER, o Estado e o particular responderão pelo dano ambiental, contudo com regimes distintos de responsabilidade: enquanto para o particular a responsabilidade é objetiva, o Poder Público responderá subjetivamente. (*Cf. Idem*.)

Partindo da premissa de que a responsabilidade do Estado, seja por ação ou por omissão, é objetiva, admite-se então a incidência das excludentes de responsabilidade: força maior e culpa exclusiva da vítima[433], além do caso fortuito e fato de terceiro[434].

Por força maior entende-se como o ato inevitável, devendo ser considerado "dentro de certa relatividade, tendo-se o acontecimento como inevitável em função do que seria razoável exigir-se.[435]" É considerado ainda "um fato externo que não se liga à pessoa ou à empresa por nenhum laço de conexidade[436]".

Nos casos de culpa exclusiva da vítima, por sua vez, quem ocasionou o dano foi o próprio lesado[437], de modo privativo, eliminando o nexo de causalidade entre o suposto ato de outro agente e o prejuízo suportado.[438]

No que tange ao caso fortuito, ele pode ser compreendido como um ato imprevisível especificamente relacionado a um caso concreto.[439] Há um nexo causal entre o ato e o agente que o causou, porém trata-se de "um acontecimento decorrente do risco típico da sua atividade, que foi assumido[440]", mas que "escapa toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação.[441]"

O fato de terceiro, por fim, é aquele cometido por "pessoa diversa da vítima e do aparente causador do dano, mas que efetivamente foi o responsável pela conduta danosa.[442]"

Insta assinalar o posicionamento de Luís Paulo SIRVINSKAS, que refuta a aplicação das excludentes de responsabilidade em caso de dano ambiental, entendendo pela aplicação da teoria do risco integral, segundo a qual há dever de indenizar pela simples constatação do nexo causal entre o dano e ação do Poder Público, desconsiderando as excludentes de responsabilidade aludidas.[443]

Juarez FREITAS, a seu turno, propõe uma gradação das excludentes de responsabilidade, analisando cada uma especificamente e propondo que a culpa exclusiva da vítima afaste totalmente a responsabilidade do Poder Público, assim como ocorre no fato de terceiro (excetuados os casos previstos em lei, como a Lei n° 10.744/03, que trata da assunção

---

[433] COPOLA, *op. cit.*, p. 136. A autora entende que apenas estas duas excludentes incidem no caso responsabilidade do Estado por dano ambiental.
[434] SANTOS, *op. cit.*, p. 283.
[435] CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 65-66.
[436] PAULA, Carolina Bellini Arantes de. Excludentes de responsabilidade civil objetiva. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 135.
[437] SANTOS, *op. cit.*, p. 285.
[438] PAULA, *op. cit.*, p. 141.
[439] CAVALIEIRI FILHO, *op. cit.*, p. 65.
[440] PAULA, *op. cit.*, p. 135.
[441] CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 65.
[442] SANTOS, *op. cit.*, p. 286.
[443] SIRVINSKAS, *op. cit.*, p. 267.

pela União de responsabilidade civil perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos contra aeronaves brasileiras[444]) e em caso de força maior (irresistível); o caso fortuito, por sua vez, afastará a responsabilidade do Estado desde que não possa ser atribuído a razões internas.[445] O autor cita, ainda, como causas de excludente de responsabilidade, a culpa concorrente da vítima, como excludente parcial, e a impossibilidade de cumprimento do dever calcada na teoria da reserva do possível, em que pese não seja suficiente a simples alegação desta.[446]

A terceira hipótese de incidência da responsabilidade do Estado por danos ambientais tratada por Annelise Monteiro STEIGLEDER é a responsabilidade comissiva por omissão, segundo a qual "o Estado tem o dever legal de prestar determinado serviço público e se omite, sendo esta omissão considerada a causa adequada do dano.[447]"

Quanto às hipóteses levantadas pela autora, para o foco do presente artigo importa a responsabilidade por omissão em fiscalização ou concessão de licenças e autorizações ilegais, eis que é nessas situações em que se incidirá a responsabilidade do Estado aliada à responsabilidade do particular – que praticará o dano ambiental quando o Poder Público deveria fiscalizar a atividade lesiva.

4.2 A **responsalidade solidária do estado em relação ao particular por dano ambiental**

É dever do Estado e da coletividade zelar pelo meio ambiente. Enquanto que o Poder Público atua principalmente por meio do poder de polícia, para fiscalizar as atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente e conceder licenças, a coletividade poderá ingressar com medidas judiciais específicas, como a Ação Civil Pública e a Ação Popular, além de formar organizações da sociedade civil com o escopo de cuidar do meio ambiente.

Contudo, quando ocorre um dano ambiental, cometido pelo particular, indaga-se se o Estado se omitiu no seu dever de fiscalização. Se ficar caracterizado que de fato houve uma omissão do Poder Público, então haverá um dever de indenizar por parte do Estado.

Existem posicionamentos divergentes em razão da omissão do Estado. Celso Antônio Bandeira de MELLO[448] e Nelson de Freitas PORFÍRIO JÚNIOR[449] entendem que neste caso incide a responsabilidade subjetiva, pautada na teoria da *faute Du service*, segundo a qual o

---

[444] BRASIL. Lei n° 10.744, de 9 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.744.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.
[445] FREITAS, *op. cit.*, p. 277.
[446] *Ibidem*, p. 277-278.
[447] STEIGLEDER, *op. cit.*, p. 199.
[448] MELLO, *op. cit.*, p. 1033.
[449] PORFÍRIO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 69.

serviço "não funciona, quando deveria funcionar, funciona mal ou funciona atrasado.[450]" Nessas situações, deverá ser provado o dolo ou culpa do agente público incumbido na função.

Márcia Dieguez LEUZINGER afirma que, na ocorrência de um dano ambiental decorrente de "falta de fiscalização dentro dos padrões normais de atuação[451]" ou de licença expedida irregularmente, haverá uma dupla responsabilização: o particular responderá com fundamento na responsabilidade objetiva, conforme os preceitos da Lei n° 6.938/81, enquanto que o Estado responderá subjetivamente.[452]

Carolina Zancaner ZOCKUN vale-se da interpretação do artigo 37, § 6°, da Constituição da República, para argumentar que a responsabilidade do Estado por omissão em fiscalização de dano ambiental é subjetiva, afastando a aplicabilidade dos artigos 3°, IV, e 14, § 1°, ambos da Lei n° 6.938/81 ao Estado.[453]

Data venia o entendimento dos aludidos autores, parece ser acertada a concepção de Juarez FREITAS ao afirmar que tanto a ação quanto a omissão afetam direitos fundamentais, portanto não se pode falar em outra responsabilidade do Estado que não seja a objetiva.[454] Complementando este entendimento, Annelise Monteiro STEIGLEDER afirma que o artigo 5°, § 1°, da Constituição da República

> exige a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, dentre os quais se insere o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, do que se retira a necessidade de escolha do regime de imputação de responsabilidade civil mais consentâneo à ampliação eficacial desse direito.[455]

Assim, a responsabilidade objetiva por atos omissivos seria a medida mais eficiente para resguardar o meio ambiente.[456]

Nesse sentido, fala-se na responsabilidade solidária do Estado pelo dano ambiental causado pelo particular. Por ser seu dever fiscalizar e impedir o acontecimento de danos ambientais, o Estado pode sim ser responsabilizado[457], aplicando-se a solidariedade objetiva tanto para a omissão na fiscalização quanto para vícios e irregularidades na expedição de

---

[450] MELLO, *op. cit.*, p. 1019.
[451] LEUZINGER, *op. cit.*, p. 194.
[452] *Idem*.
[453] ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da responsabilização do estado na omissão da fiscalização ambiental. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 86.
[454] FREITAS, *op. cit.*, p. 279.
[455] STEIGLEDER, *op. cit.*, p. 198.
[456] *Ibidem*, p. 199.
[457] MILARÉ, *op. cit.*, p. 909.

licenças ambientais.[458] Nesses casos, o Poder Público poderia ser demandado judicialmente junto ao particular, buscando a melhor e integral reparação do dano ambiental.

Rodrigo NASSIF confirma aludido entendimento ao afirmar que

> o Estado irá ser responsável solidariamente para com o particular se contribuir, direta ou indiretamente, com a concretização do dano ambiental, sendo que a conduta pode resultar tanto de atos comissivos quanto omissivos.[459]

A responsabilidade solidária encontra respaldo no já mencionado artigo 225, *caput*, da Constituição da República.

Ademais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça afirma que é possível a responsabilização solidária do ente federativo por dano ambiental ante a sua omissão:

> PROCESSUAL CIVIL. AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO ESTADO DE SÃO PAULO FIGURAR NO PÓLO PASSIVO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC REPELIDA.
>
> 1. Não existe ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de modo claro e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, é cediço nesta Corte que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos listados pelas partes se ofertou a prestação jurisdicional de forma fundamentada.
>
> 2. A decisão de primeiro grau, que foi objeto de agravo de instrumento, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva porque entendeu que as entidades de direito público (in casu, Município de Juquitiba e Estado de São Paulo) podem ser arrostadas ao pólo passivo de ação civil pública, quando da instituição de loteamentos irregulares em áreas ambientalmente protegidas ou de proteção aos mananciais, seja por ação, quando a Prefeitura expede alvará de autorização do loteamento sem antes obter autorização dos órgãos competentes de proteção ambiental, ou, como na espécie, por omissão na fiscalização e vigilância quanto à implantação dos loteamentos.

---

[458] STEIGLEDER, *op. cit.*, p. 199.
[459] NASSIF, *op. cit.*, p. 72.

> 3. A conclusão exarada pelo Tribunal a quo alinha-se à jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, orientada no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público para figurar em ação que pretende a responsabilização por danos causados ao meio ambiente em decorrência de sua conduta omissiva quanto ao dever de fiscalizar. Igualmente, coaduna-se com o texto constitucional, que dispõe, em seu art. 23, VI, a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. E, ainda, o art. 225, caput, também da CF, que prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> 4. A competência do Município em matéria ambiental, como em tudo mais, fica limitada às atividades e obras de "interesse local" e cujos impactos na biota sejam também estritamente locais. A autoridade municipal que avoca a si o poder de licenciar, com exclusividade, aquilo que, pelo texto constitucional, é obrigação também do Estado e até da União, atrai contra si a responsabilidade civil, penal, bem como por improbidade administrativa pelos excessos que pratica.
> 5. Incidência da Súmula 83/STJ.
> 6. Agravo regimental não-provido.[460]

Outros dois casos dignos de nota são dois julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> Ação Civil Pública - Dano ambiental provocado por Distrito Industrial - Legitimidade ativa do Ministério Público - Inteligência do art. 129, III, da Constituição Federal - Responsabilidade solidária da CDI/MG e do Estado - Comprovação de contaminação de curso de água natural - Procedência do pedido - Confirmação da sentença.[461]

---

[460] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n° 973577. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 16/09/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=817780&sReg=200702752020&sData=20081219&formato=PDF>. Acesso em 07 jul. 2013.

[461] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n° 1.0000.00.252112-8/000. Relator: Desembargador Abreu Leite. Belo Horizonte, 11/03/2003. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.00.252112-8%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 07 jul. 2013.

Nesse primeiro acórdão, entendeu-se que o Estado de Minas Gerais é solidariamente responsável junto à Companhia de Distritos Industriais de Minas Gerais – CDI/MG pelos danos ambientais ocorridos na implementação do Distrito Industrial de Araguari, eis que não promoveu a regularização do licenciamento ambiental bem como não fiscalizou as obras realizadas para a consolidação do polo industrial.

> RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ACIDENTE DECORRENTE DE FALTA DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. PREJUÍZO À INTEGRIDADE FÍSICA. AFRONTA AO DIREITO DA PERSONALIDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA.
> 1. A Constituição estabelece, em seu art. 23, VI a competência comum dos entes públicos para a fiscalização e proteção do meio ambiente. Qualquer dos entes, nas três esferas do Poder Público, podem, então, ser acionados para responder por eventual conduta omissiva.
> 2. A lesão física relevante ocasionada à terceiro, pela falta de cumprimento de um dever legal da Administração Pública, é fato gerador de dano moral e deve ensejar reparação pois atinge o direito personalíssimo à integridade física.[462]

Já nesse segundo julgado, em que pese haja o entendimento de que a omissão do Estado deve ser analisada a partir da responsabilidade subjetiva, há um dano moral, causado a particular, decorrente da omissão do Poder Público em fiscalizar uma atividade que se demonstrou lesiva ao meio ambiente – lançamento de resíduos líquidos (água turva) na rua por Auto Posto – e ao particular, diretamente prejudicado pela aludida conduta. Os magistrados entenderam, então, pela responsabilidade solidária do Poder Público.

A responsabilidade objetiva solidária é evidenciada a partir do acórdão abaixo do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que aduz que não importa qual seja a qualificação do agente poluidor, a sua responsabilização sempre será objetiva, solidária e ilimitada:

> AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM

[462] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cìvel n° 1.0460.07.025.213-1/001. Relator: Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte, 03/11/2009. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0460.07.025213-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 07 jul. 2013.

PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). CONCEITO DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO.

[...]

2. Na sua missão de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, como patrono que é da preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais, incumbe ao Estado "definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção" (Constituição Federal, art. 225, § 1º, III).

[...]

4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura, e do favor debilis, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ.

5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microssistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.

[...]

8. Quando a autoridade ambiental "tiver conhecimento de infração ambiental é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante processo administrativo

próprio, sob pena de co-responsabilidade" (art. 70, § 3°, da Lei 9.605/1998, grifo acrescentado).

[...]

11. O conceito de poluidor, no Direito Ambiental brasileiro, é amplíssimo, confundindo-se, por expressa disposição legal, com o de degradador da qualidade ambiental, isto é, toda e qualquer "pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (art. 3º, IV, da Lei 6.938/1981, grifo adicionado).

12. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano urbanístico-ambiental e de eventual solidariedade passiva, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem não se importa que façam, quem cala quando lhe cabe denunciar, quem financia para que façam e quem se beneficia quando outros fazem.

13. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbanístico-ambientais decorrentes da omissão do seu dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis e no campo da improbidade administrativa.

14. No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência).

15. A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil).

[...]

17. Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da Ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial.

18. Recurso Especial provido.[463]

[463] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n° 1071741. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília,

Como se vê, aplica-se ao Estado, em caso de omissão, a responsabilidade solidária e objetiva.

Em que pese Luís Paulo SIRVINSKAS entenda pela aplicação da teoria do risco integral ao dano ambiental, teoria da qual se discorda, ele afirma que o Poder Público tem o dever de reparar o dano ambiental e na sequência ingressar com uma ação regressiva contra o causador do dano, aplicando a responsabilidade solidária.[464]

Cumpre assinalar que se o Estado realizou a devida fiscalização e expediu licença válida para o particular, está eximido de responder pelo dano ambiental, uma vez que se caracterizará a culpa exclusiva do particular, conforme o entendimento de Márcia Dieguez LEUZINGER.[465]

Contudo, a autora faz uma ressalva em caso de insolvência do particular: nessa situação, o Estado terá que compensar o dano ambiental, com fundamento no dever constitucional imputado a ele de proteger e preservar o meio ambiente.[466]

Feitas essas considerações, tendo em vista tanto o dever constitucional de preservar o meio ambiente quanto o dever de garantir a eficácia plena dos direitos fundamentais, neste compreendido o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pode-se concluir de que o a responsabilidade do Estado por omissão é objetiva e solidária em relação ao particular.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conclui-se que o dano ambiental possui uma tripla abrangência: será um dano ao meio ambiente em si mesmo; um dano à coletividade, pelo fato de o meio ambiente ser um direito difuso; e poderá ser um dano individual, quando a lesão atingir direitos individuais patrimoniais e extrapatrimoniais.

É dever tanto do Estado quanto da coletividade proteger o meio ambiente, conforme o artigo 225, caput, da Constituição da República. O Estado poderá atuar mediante os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, em que pese a atuação mais efetiva seja a do Poder Executivo mediante o poder regulamentar e de polícia. Os particulares, por sua vez, poderão

---

25/03/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=863210&sReg=200801460435&sData=20101216&formato=PDF>. Acesso em 07 jul. 2013.

[464] SIRVINSKAS, *op. cit.*, p. 267.

[465] LEUZINGER, *op. cit.*, p. 194.

[466] *Idem*.

ingressar com Ação Popular ou Ação Civil Pública ou ainda organizar associações da sociedade civil que tenham como objetivo proteger o meio ambiente.

Caso a conduta do Estado ou do particular causar uma lesão ao meio ambiente, surgirá o dever de indenizar pelos danos suportados.

O dever do Poder Público de indenizar os danos ambientais, calcado na análise dos artigos 37, § 6° e 225, ambos da Constituição da República e nos artigos 3°, IV e 14, § 1°, ambos da Lei n° 6.938/81 por sua vez, decorre de três situações: quando os agentes públicos diretamente causam os danos ambientais, mediante condutas comissivas; quando o Poder Público não fiscaliza as atividades dos particulares ou expede licenças irregulares permitindo que os particulares incorram em atividades lesivas ao meio ambiente; e, por fim, quando o Estado, devendo prestar um serviço que garanta o meio ambiente ecologicamente equilibrado, não o faz.

Quando o Estado não fiscalizar as atividades dos particulares ou expedir licenças irregulares para que eles as executem, e dessas atividades resultar um dano, o Estado responderá objetivamente – sem análise de dolo ou culpa – e solidariamente, haja vista o dever do Poder Público de guardar o meio ambiente e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que exige uma proteção consistente e eficaz, somente provida pela responsabilidade objetiva e solidária.

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil da administração pública – aspectos relevantes. A Constituição Federal de 1988. A questão da omissão. Uma visão a partir da doutrina e da jurisprudência brasileiras. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 293-336.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/constituiçao.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.

_____. Lei n° 4.717, de 27 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.

_____. Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.

_____. Lei n° 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.

_____. Lei n° 9.605, de 12 de fevereiro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.

_____. Lei n° 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9790.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.

_____. Lei n° 10.744, de 9 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.744.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag n° 973577. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 16/09/2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=817780&sReg=200702752020&sData=20081219&formato=PDF>. Acesso em 07 jul. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n° 1071741. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 25/03/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=863210&sReg=200801460435&sData=20101216&formato=PDF>. Acesso em 07 jul. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n° 1.0000.00.252112-8/000. Relator: Desembargador Abreu Leite. Belo Horizonte, 11/03/2003. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.00.252112-8%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 07 jul. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cìvel n° 1.0460.07.025.213-1/001. Relator: Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Belo Horizonte, 03/11/2009. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0460.07.025213-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 07 jul. 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Sâo Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

COPOLA, Gina. A responsabilidade do estado por danos ambientais. **Revista IOB de direito administrativo**, São Paulo, v. 1, n. 9, p.103-147, set. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. **Curso de direito ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. Responsabilidade civil do estado por danos ao meio ambiente. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, n. 45, p. 184-195, jan./mar. 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 5. ed. ref. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NASSIF, Rodrigo. Responsabilidade da administração pública por dano ambiental. **Fórum de direito urbano e ambiental**, Belo Horizonte, n. 1, p. 68-72, jan./fev. 2002.

PAULA, Carolina Bellini Arantes de. Excludentes de responsabilidade civil objetiva. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da. (Coord.). **Responsabilidade civil contemporânea**: em homenagem a Sívlio de Salvo Venosa. São Paulo: Atlas, 2011. p. 130-149.

PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do estado em face do dano ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALUM, Flavia Maria Pelliciari. Responsabilidade objetiva do Estado nas atividades perigosas. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BERNACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado**: desafios contemporâneos. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.149-168.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. Nexo causal e excludentes da responsabilidade extracontratual do estado. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 268-292.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Da responsabilidade civil do estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos**: da reparação do dano através de restauração natural. Coimbra: Coimbra, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1996.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental**: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Da responsabilização do estado na omissão da fiscalização ambiental. In: FREITAS, Juarez (Org.). **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 70-88.

OLHANDO "DIREITO" PARA AS NOSSAS CRIANÇAS:

QUE BRINCADEIRA É ESSA?

Beatriz CANHOTO LIMA[467]

Caique Tomaz Leite da SILVA[468]

RESUMO

A sociedade contemporânea insere-se em complexas realidades que permitem extrair reflexões em prol da busca de alternativas para os seus inúmeros desafios. Nessa perspectiva, a criança e o brincar nos direcionam a um olhar mais atento e humano acerca de nossas relações estabelecidas socialmente e os seus reflexos em nossa vida. Essas relações, em tempos remotos, embasavam-se na pequena importância dada às crianças e refletiam concepções adultocêntricas enraizadas no desprezo comumente associado aos menores. Com o advento de documentos mantenedores dos direitos da criança, como a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, a realidade passa por um processo de emancipação à medida que reconhece a importância das crianças no mundo e para o mundo. Tais medidas foram oriundas de novas concepções, auxiliadas pelo diálogo interdisciplinar entre os mais renomados estudos de diversas áreas do conhecimento, que elevaram a criança ao patamar central de preocupações voltadas à participação, proteção e provisão, enunciando-as como sujeito de direitos. Os direitos concernentes às crianças envolvem a garantia do seu bem estar e de uma vida digna; para tanto, é mister nos direcionarmos ao brincar como instrumento irradiador de benefícios que promovem o desenvolvimento infantil. Garantir e consolidar o direito ao brincar se traduz na promoção da criança como ator social e a situa como sujeito cidadão modificador do mundo e da realidade em que vive.

[467]Discente do Curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. E-mail: biacl_pp@hotmail.com.

[468] Orientador. Doutorando em Direito Público (fase de dissertação) e Pós-Graduado em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (POR). Banca Examinadora da American University (USA). Bolsista do Curso de Direito Internacional Humanitário (Ius Gentiun Coninbrigae, Instituto de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra). Investigador do Instituto de Direito Penal Econômico Europeu (IDPEE). Professor convidado do curso de Pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Membro do grupo de trabalho encarregado da versão luso-brasileira da obra "Understanding Human Rights", da Universidade de Coimbra e Editora Coimbra. Professor das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo (BRA). Professor da Escola Superior da Advocacia (ESA). Advogado e Parecerista.

PALAVRAS-CHAVE: Criança. Evolução Histórica. Infância. Brincadeira. Direito.

RESUMEN

La sociedad contemporánea se posiciona en complejas realidades que le permiten extraer reflexiones hacia la búsqueda de alternativas para sus inúmeros desafíos. En esta perspectiva, el niño y el brincar nos direccionan a una visión más atenta y humana acerca de nuestras relaciones establecidas socialmente e sus reflejos en nuestra vida. Esas relaciones, en tiempos remotos, basaban se en la pequeña importancia dada a los niños y reflejaban concepciones adultocéntricas arraigadas en el desprecio generalmente asociado a los pequeños. Con el adviento de documentos mantenedores de los derechos del niño, como la Convención Internacional de los Derechos de lo Niño e de lo Adolescente en Brasil, la realidad pasa por un proceso de emancipación a la medida que reconoce la importancia de los niños en el mundo y para el mundo. Esas medidas se originan de nuevas concepciones, auxiliadas por el dialogo interdisciplinar entre los más renombrados estudios de diversas áreas del conocimiento, que elevaran el niño al nivel central de preocupaciones centradas a la participación, protección y provisión, enunciándoles como sujeto de derechos. Los derechos concernientes a los niños envuelven la garantía de su bien estar y de una vida digna; para ello, es importante ir hacia al brincar como instrumento irradiador de beneficios que promueven el desenvolvimiento infantil. Garantir y consolidar el derecho al brincar se traduce en la promoción del niño como actor social y le sitúa como sujeto ciudadano cambiador del mundo y de la realidad en que vive.

PALABRAS CLAVES: Niño. Evolución Histórica. Infancia. Broma. Derecho

1. INTRODUÇÃO

As crianças são para a sociedade a possibilidade de mudança e transformação. De acordo com Sarmento (2004), apesar de transportarem o peso da sociedade, as crianças carregam a leveza da renovação e o sentido de que o novo é possível. Uma sociedade preocupada com a continuidade da sua trajetória deve ficar muita atenta às suas crianças, compreendendo e cuidando delas com zelo e atualidade. Vivemos num contexto de profundas e rápidas transformações na sociedade pós-industrial que repercutem em todos os setores: econômico, político, social e cultural e, ainda, as crianças, os jovens e os adultos sofrem os

impactos dessas transformações. Neste artigo, procurou-se situar a criança nesse contexto de transformações e a compreender como um sujeito de direitos e obrigações, inclusive com direito ao brincar.

Pensar a criança como sujeito de direitos é recente na história da Civilização Ocidental, pois de acordo com Ariès (1981), na Idade Média, a criança era um apêndice do mundo feminino e não era titular de direitos e obrigações "intuito persona". Vivia misturada junto aos outros membros da sociedade, como um adulto em miniatura, esperando o desabrochar e o amadurecimento de suas potencialidades para exercer e ocupar o seu papel social, numa sociedade estratificada. No processo de emergência da sociedade capitalista e de superação do modo de produção feudal, a vida da criança no ambiente social e comunitário passa a se restringir ao ambiente familiar e privado, de modo que a criança começa a ser vista como sujeito nuclear das famílias, sem que, entretanto, seja reconhecida como titular de direitos e deveres especificamente delineados de acordo com sua condição física, psíquica e intelectual.

A sedimentação inicial do modo de produção capitalista foi extremamente sofrível para as crianças, pois uma parcela significativa foi empregada como mão-de-obra no processo de desenvolvimento industrial, exercendo atividades inadequadas e insalubres. Por outro lado, um grupo de crianças foi obrigado a viver apartado das suas famílias, vivendo em instituições asilares (instituições educacionais iniciais), que não contavam com estrutura, suporte material e nem profissionais com formação mínima que pudessem exercer o papel de educadores.

Nesse período histórico, segundo Sarmento (2002, p. 4), as ciências tomam a criança como objeto de conhecimento e alvo de prescrições para padrões de comportamento, considerados normais, destaque para a psicologia e pediatria. No âmbito legal, diversas leis e normas são instituídas e se voltam para a vida da criança na sociedade e na sua relação com o mundo do trabalho.

Marx e Engels defendiam que a criança desde cedo deveria ser inserida no mundo do trabalho para se preparar para a vida em sociedade. Vygotsky e seus seguidores, apoiados no marxismo, percebem nas suas pesquisas que as crianças desenvolvem as suas capacidades humanas superiores: pensamento, imaginação, memória, concentração, atenção, linguagem, domínio da vontade e a própria personalidade muito mais nas atividades lúdicas do que nas atividades de trabalho. Tal forma de conceber a brincadeira fez com que definitivamente esse

tipo de atividade passasse a ser considerado um tema sério, quando se discute a criança, a sua formação e a sua vida em sociedade.

Apesar de todo avanço científico sobre a importância das atividades lúdicas para o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, ainda há que vislumbre a criança como um adulto com capacidade de produção reduzida, que deve otimizar suas atividades de modo a produzir riqueza. Apenas para ilustrar destacamos alguns grandes pensadores que incorporam o tema nas suas produções teóricas. Platão, na sua obra "A República", de acordo com Avanço & Lima (2011b), já pensava a brincadeira como um tipo de atividade privilegiada que permitia enxergar na criança as tendências naturais para a ocupação do papel social: no comércio, na vida militar ou na vida política da *polis*. Aristóteles, por sua vez, mesmo enxergando a criança como um ser inferior ao adulto, pois não estava equipada com a racionalidade, via na brincadeira uma atividade fundamental para que as crianças, desde cedo, imitassem e compreendessem as atividades superiores exercidas pelos adultos (AVANÇO & LIMA, 2011a). São Tomas de Aquino influenciado por Aristóteles, insere definitivamente os jogos e as brincadeiras no conjunto das atividades nas instituições educacionais jesuíticas. Para o filósofo, todo aquele que estuda, precisa brincar ou jogar para recuperar suas energias e retomar as atividades produtivas e sérias.

Segundo Duflo (1999, p.14), é com Schiller, filósofo do Século XVIII, que a brincadeira passa a ocupar um lugar central na produção teórica humana. Atualmente, o tema brincadeira, ludicidade e infância ocupam pauta central nos debates nas diversas áreas do conhecimento, com destaque para Filosofia, Sociologia, Antropologia, Pedagogia, Psicologia, Comunicação Social, Educação Física, Pediatria e até mesmo no Direito.

Sendo assim, para se olhar a criança no contexto histórico atual, precisamos fazer uma breve viagem pelas concepções que a marcaram em diferentes momentos históricos. Precisa-se, também, discutir a relação entre brincadeira e a formação das crianças, amparados em suportes científicos e legais.

2. HISTÓRIAS CONTADAS DA REALIDADE

A infância sempre ocupou espaço na sociedade, no decorrer dos tempos, ora de maneira tácita ora de forma expressa. Em cada período histórico, a conotação de infância fora irradiada por diversas concepções, influenciadas por fatores políticos, econômicos, culturais e

jurídicos. Nesta perspectiva, renomados historiadores dedicaram-se ao estudo dessa trajetória, permeada por distintas visões. Dentre os mais notórios pensadores, destaque para Ariès (1981), Gélis (1991); no Brasil, destacamos Kuhlmann Júnior (1998). O livro de Ariès "História Social da Criança e da Família" enquadra-se como obra básica para o estudo de concepções de infância e a situação da criança no contexto das transformações da Idade Média para a Idade Moderna.

Segundo Ariès (1981, p. 57), "no mundo das fórmulas românicas, e até o fim do século XIII, não existia a criança caracterizada por uma expressão particular, e sim homens de tamanho reduzido". A criança confundia-se com o adulto em diferentes aspectos do cotidiano da época; a principal diferença, entretanto, referia-se ao desprezo dado à infância, que se resumia a uma fase transitória em direção à idade adulta; esta sim, dotada de prestígio e *status* social. Séculos mais tarde, XVI e XVII, o alto índice de mortalidade infantil refletiu o desapego das pessoas em relação a "algo que era considerado uma perda eventual", como discorre o autor. O utilitarismo, presente nas relações referentes às crianças, em detrimento do afeto, refletia a insignificância atribuída aos pequenos, seres de baixa produtividade, de saúde frágil, e diminuta capacidade intelectual.

Com o fenômeno do malthusianismo ou do controle de natalidade, no século XVIII, "a família acabava de se reorganizar em torno da criança e erguia entre ela mesma e a sociedade o muro da vida privada" (ARIÈS, 1981, p. 278). O desapego, referente às crianças, das populações pré-modernas vai sendo substituído pelo sentimento de proteção e cuidado; desse modo, a infância inicia o processo que a transportará ao núcleo da vida familiar.

> A Sociologia, durante tempos, sustentou a importância da necessária integração da criança na sociedade, sem, contudo, atribuir-lhe caráter de sujeito, que pudesse ser ouvido e compreendido a partir de suas realidades. As considerações sobre a criança seguiam a linha de Durkheim (1973), o qual alegava a necessidade de integra-la à ordem social, como um indivíduo a ser moldado pelas relações sociais, sem que houvesse a necessidade de ser compreendida. Corsaro (2011) considera que a infância foi ignorada pela Sociologia até os primeiros anos da década de 80 do Século XX, como um grupo subordinado.

Podemos dizer que mais do que ignoradas, as crianças foram silenciadas, tendo em vista, que eram consideradas a partir de instituições e não de si mesmas. Os trabalhos etnográficos contribuíram para a discussão em torno do conceito de cultura dentro dos grupos sociais e os estudos oriundos da Antropologia começaram a levantar indicativos das

contribuições das crianças dentro de seus espaços sociais, em especial, a partir da década de 1960.

> A partir de novas produções no campo das Ciências Sociais e Humanas, houve mais espaço para que os estudos voltados ao sujeito criança se firmassem dentro do meio acadêmico. Após um longo período de resistência, atualmente, podemos nos referir à Sociologia da Infância como campo instituído, que já conta com diversas produções e pesquisadores (SIROTA 2001).

Entretanto, mesmo tendo conquistado espaço no cenário da pesquisa, não significa que a temática já tenha sido apropriada ou, ao menos, entendida pelos profissionais liberais, educadores, pais, entre outros. Os autores da Sociologia da Infância, destaque para Sarmento (2004), Prout (2004) e Corsaro (2011), nos alertam para concepções que resistem em considerar a criança como um indivíduo em transição, como um vir a ser.

Segundo os autores supramencionados, a criança é um sujeito de direitos, histórico e indivisível, integrante de uma categoria social de estatuto próprio, que não apenas se apropria e reproduz a cultura, mas a recria, atribuindo-lhe novos significados. A criança representa um ser do hoje e não apenas do amanhã, competindo ao adulto a compreensão de suas necessidades, aspirações e significações.

As leis e instituições que discorrem sobre a criança também sofreram um processo lento e gradual até serem promulgadas e garantidas por meio de documentos e convenções. A percepção da necessidade de se positivar a importância à proteção das crianças ocorreu, concomitantemente, com as mudanças de concepções que se produziram nas diversas áreas do conhecimento e nos diferentes contextos históricos. A evolução histórica da criança, portanto, é similar à evolução histórica das leis sobre ela no tocante ao processo paulatino.

Segundo Veronese (1997), no Brasil, a Constituinte de 1823 sob a égide de José Bonifácio, ao estabelecer que a criança negra ficasse, durante seu primeiro ano de vida, próximo à mãe, não se preocupou com a criança em seu sentido pleno, mas com a mão-de-obra, garantida pelo trabalho escravo. Essa lei, no entanto, data-se, na história brasileira, como uma das primeiras referente à criança. É mister notar que esta lei acompanha a concepção vigente da época ao redor do mundo no tocante à criança, principalmente na Europa, já que o Brasil incorporava, aos seus costumes, muito do cotidiano europeu e por este era extremamente influenciado, ou seja, a visão adultocêntrica enxergava a criança como um

adulto em miniatura e com potencial para o trabalho. Foi, portanto, essa concepção que se fez presente no Brasil e positivou o dispositivo constitucional acima destacado.

Posteriormente à Constituição Brasileira de 1824, a Lei do Ventre Livre, em 1871, resultou em concessão de liberdade às crianças escravas, nascidas após sua promulgação, circunscrevendo a criança a dois destinos, como discorre Veronese (1997, p.10),

> os senhores de escravos delineavam dois caminhos: ou recebiam do Estado uma indenização, deixando no abandono às crianças libertas cujos pais permaneciam no cativeiro, ou as sustentariam e, em seguida, cobrariam tal generosidade através de trabalhos forçados até que completassem 21 anos.

A análise recorrente até este momento permite-nos perceber o quão difusos eram os direitos concernentes às crianças, assim como, tiveram pouca significância na melhoria das suas condições de vida, haja vista que os interesses juridicamente tutelados passavam longe do bem-estar ou proteção integral da criança e adolescente.

As mudanças históricas, nomeadamente, a abolição da escravatura, no ano de 1888, e a Proclamação da República, no ano de 1889, refletiram-se não apenas no aspecto político-econômico-social, mas, sobretudo, no modo de pensar e perceber a criança pela sociedade. Fortaleceu-se a convicção da necessidade de assistir à criança, assim como protegê-la; coube ao Estado o pátrio dever como constava no Código de Menores de 1927.

Essa nova percepção foi sendo ampliada, salvo retrocesso com o advento da Ditadura Militar de 1964, até ser consolidada como grande avanço na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao dar importância aos direitos sociais, incluindo as crianças no texto legal. Para tanto vide o artigo 227, o qual discorre sobre direitos essenciais das crianças,

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, de 1990, estabelece as diretrizes para que cada país possa garantir a proteção integral às crianças, concebendo-as como sujeito de direitos, ou seja, “o direito a ter direitos” na concepção de Lefort (1991). O Estatuto da Criança e do Adolescente se traduz como um prolongamento do efeito positivado da Convenção nos países signatários.

A concepção de criança como sujeito-cidadão representa um corte na visão adultocêntrica em relação à criança, tão comum ao longo da história da humanidade, e nos direciona a uma nova perspectiva, assumida pelas mais diversas áreas do conhecimento. No tópico seguinte, buscaremos apoio em um ramo da Sociologia que surge na década de 1990: a Sociologia da Infância. Utilizaremos dos seus pressupostos para nos contrapormos à visão de enquadramento e socialização proposto por Durkheim e para assim enxergarmos a criança como um ator social e a infância como categoria geracional.

2.1 Copérnico: abençoai as nossas crianças. Assim seja!

A Sociologia da Infância busca estudar a infância em si, concebendo-a como categoria geracional dotada de elementos de homogeneidade e heterogeneidade. De acordo com Sarmento (2006), o conceito de geração necessita de ser articulado nas suas várias dimensões: primeiro, como conceito que se refere a um grupo social constituído, intemporalmente, por indivíduos do mesmo escalão etário; segundo, como conceito que compreende, no plano histórico, um grupo de pessoas do mesmo escalão etário que vive uma experiência semelhante; terceiro, como conceito que compreende a diferença da experiência de um grupo etário, formado em condições históricas precisas, ao longo do seu trajeto de vida (as crianças atuais tem uma experiência de relação com seus pais, diferentes da que estes tiveram com os deles). Contudo, o princípio da negatividade, baseado na incompetência da criança, foi o norteador de concepções historicamente consolidadas, segundo o qual as crianças são percebidas como aqueles que não votam, que não sabem, que não são responsáveis, que não falam, revelando a negação de ações, capacidades ou poderes às mesmas; vide a etimologia da palavra infância – originada da expressão “Infante” que se refere àquele que “não fala” (SARMENTO, 2005, p. 8).

Sarmento (2005, p. 372-373), apoiado em Alanen (1992), ressalta que todas as crianças são competentes no que fazem considerando a sua experiência e as suas oportunidades de vida. São atores sociais que reinterpretam o mundo em sua perspectiva peculiar e por meio da sua produção cultural; é da ordem da diferença e não da incompletude ou imperfeição. O reconhecimento dessa diferença é completado pelo reconhecimento à importância desta para o homem, no tangente à alteridade, pelo sociólogo polonês Zigmund Bauman, que alude:

> a capacidade de conviver com diferença, sem falar na capacidade de gostar dessa vida e beneficiar-se dela, não é fácil de adquirir e não se faz sozinha. Essa capacidade é uma arte que, como toda arte, requer estudo e exercício. A incapacidade de enfrentar a pluralidade de seres humanos e a ambivalência de todas as decisões classificatórias, ao contrário, se autoperpetuam e reforçam: quanto mais eficazes a tendência à homogeneidade e o esforço para eliminar a diferença, tanto mais difícil sentir-se à vontade em presença de estranhos, tanto mais ameaçadora a diferença e tanto mais intensa a ansiedade que ela gera (BAUMAN, 2001, p.123).

Essa visão nos permite concluir que a Sociologia da Infância busca dar voz às crianças, concebidas como pessoas com seus próprios direitos, pois, segundo Christensen e Prout (2002, apud, MULLER, 2010, p. 28), "as crianças estão tentando, individual e coletivamente, dar sentido e coerência ao mundo em que vivem". Não são massas multiformes a serem moldadas pelos adultos, mas desde sempre reinterpretam, produzem cultura e procuraram dar sentido ao mundo em que vivem.

Nesta perspectiva, a Sociologia da Infância nos revela que a criança, naquilo que lhe é peculiar, vivencia e produz as próprias culturas, intituladas de culturas da infância. Sarmento (2002) foi o responsável por elaborar os Eixos Estruturadores das Culturas da Infância: Interactividade, Ludicidade, Fantasia do Real e Reiteração. O autor fez uma estreita relação entre ludicidade e imaginação, enfatizando a importância de ambas para a vida das crianças.

A Ludicidade e a Fantasia do Real estão estritamente relacionadas e se constituem ferramentas imprescindíveis para o processo de aprendizagem infantil. Brincar, mais do que uma especificidade das culturas infantis, é próprio do homem:

> Brincar não é exclusivo das crianças, é próprio do homem e uma das suas actvidades sociais mais significativas. Porém as crianças brincam, continua e abnegadamente. Contrariamente aos adultos, entre brincar e fazer coisas sérias não há distinção, sendo o brincar muito do que as crianças fazem de mais sério. (SARMENTO, 2002, p. 15)

Na Fantasia do Real, torna-se possível à criança a transposição do mundo real, de forma a construir, criar e recriar, de maneira imaginativa, situações vivenciadas por ela em seu cotidiano.

Para Sarmento (2002, p. 16):

> Nas culturas infantis, todavia, esse processo de imaginação do real é fundacional do modo de inteligibilidade. Essa transposição imaginária de situações, pessoas, objectos ou acontecimentos, esta "não literalidade" (Goldman e Emminson, 1987), está na base da constituição da especificidade dos mundos da criança, e é um elemento central da capacidade de resistência que as crianças possuem face às situações mais dolorosas ou ignominiosas da existência.

Partindo-se da Fantasia do Real, a criança encontra-se mais próxima de seu super-herói ou livro preferido; utilizando-se de um objeto qualquer, a mesma é capaz de iniciar uma viagem fantástica; valendo-se da representação de papeis, como quando brinca de casinha, imita e recria situações vistas por ela e que fazem parte do cotidiano de sua família.

A interactividade refere-se à maneira pela qual a criança relaciona-se com as pessoas a sua volta: familiares, adultos e, principalmente, com seus coetâneos, configurando-se a cultura de pares. Para CORSARO (1997, p. 114 Apud Sarmento, 2004, p. 14), esta cultura refere-se a "um conjunto de actividades ou rotinas, artefactos, valores e preocupações que as crianças produzem e partilham na interacção com os seus pares".

A reiteração é um tempo recursivo, pouco delimitado, que pode ser sempre reiniciado ou repetido, já que o tempo da criança distingue-se do convencional. Este eixo possibilita estruturar ou reestruturar as rotinas, reforçar regras, rituais de brincadeiras e jogos, através das interações, nas quais o tempo é reinventado à medida, e à necessidade, dessas rotinas, através da interação (SARMENTO, 2004, P. 17).

A brincadeira, em correspondência à produção científica, insere-se como uma atividade essencial no processo de formação e desenvolvimento da criança. Neste tipo de atividade, a criança conhece e atribui sentido, de forma ativa e participativa, ao mundo e às pessoas do contexto histórico no qual se insere.

2.1.1 A descoberta do mundo pelo brincar

No presente artigo, a ludicidade, tratada como sinônimo de brincadeira, é empregada pelas crianças para se comunicarem com seus pares. Este tipo de atividade permite que as

crianças, mesmo sendo estranhas umas às outras, passem horas juntas sem a necessidade de intimidade prévia, promovendo a socialização, unindo e superando diferenças.

A brincadeira é universal e, simultaneamente, componente da cultura, resultante da aprendizagem social, de maneira a facilitar a comunicação e a proporcionar novas experiências. Por meio da brincadeira, a criança cria vínculos com o mundo e expressa a sua imaginação, valendo-se da mesma para interagir com outras pessoas e adquirir conhecimentos a respeito de outras culturas que fizeram parte de diversas gerações ou de seu cotidiano.

A ludicidade ou a brincadeira, como aspecto construtivo do desenvolvimento da criança, exerce uma função essencial na sua vida; configura-se como centro irradiador de benefícios, propiciando a vivência estética e o desenvolvimento infantil em todos os aspectos: cognitivo, afetivo, social, ético e motor. Essa contribuição perpetuar-se-á em todas as fases da vida, pois a infância gera efeitos nas mais diversas idades, como lembra Neill (1991, p. 60), "é muito difícil avaliar o prejuízo causado a uma criança que não teve permissão para brincar o quanto quis".

Alerta Sarmento (2004) que a criança vive num mundo heterogêneo, onde ela está em contato com várias e diferentes realidades que permitem a formação da sua identidade pessoal e social. É inegável a importância da interação entre as crianças para a construção da identidade, a brincadeira configura-se como caminho privilegiado para alcançar esse objetivo, visto que "o brinquedo e o brincar são também um fator fundamental na recriação do mundo e na produção das fantasias infantis" (SARMENTO, 2004, p. 26).

O sociólogo Brougère (1995, p. 61), por sua vez, afirma que "[...] o círculo humano e o ambiente formado pelos objetos contribuem para a socialização da criança e isso através das múltiplas interações, dentre as quais algumas tomam a forma de brincadeira". Nesta mesma direção, Lima (2008, p. 144), por sua vez, considera que, por meio dos jogos e das brincadeiras, a criança amplia de maneira significativa e criativa o conhecimento de si, dos objetos, da natureza e do contexto social no qual está inserida, sendo a via principal pela qual criança se comunica com as coisas e pessoas da sua vida.

É neste contexto de importância do brincar, como atividade inerente ao desenvolvimento da criança em seu sentido pleno, que situaremos o Direito. Esta área se insere como principal protetora dessa atividade essencial e, por meio de instrumentos normativos nacionais e internacionais, positiva a necessidade de proteção do brincar no

mesmo nível de assistência às crianças, tendo em vista a importância da ludicidade em suas vidas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), a Declaração Universal dos Direitos das Crianças (de 20 de novembro de 1959) e a Convenção sobre os Direitos das Crianças (documento aprovado pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1989), constituem instrumentos normativos que se orientam pela doutrina da proteção integral e contribuem para a consolidação definitiva da concepção da criança como sujeito de direitos e do brincar como atividade inerente ao desenvolvimento infanto-juvenil.

A Constituição Federal elenca os direitos fundamentais da criança em seu artigo 227º, ressaltando que "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão." (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

A "Lei Maior" garantindo a liberdade como princípio norteador a ser protegido pelos demais dispositivos da lei, encontra respaldo no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 16º, segundo o qual estabelece o alcance da liberdade na vida de crianças e adolescentes. O inciso IV do mesmo artigo, expressamente, reconhece a liberdade de brincar, praticar esportes e de divertir-se. Esses dispositivos legais configuram a imprescindibilidade à sadia formação da criança alcançada pela brincadeira e revelam o resguardo da essência da criança na própria brincadeira, como aponta Amin (2008, p. 47), "a liberdade de brincar, praticar esportes e se divertir com respeito à sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento é liberdade de ser criança e adolescente". Lazer, esportes, diversões constituem em fontes do brincar, revelando uma relação de interdependência e de reciprocidade de benefícios refletidos; são meios pelos quais a criança encontra a oportunidade de realizar atividades concernentes ao brincar. Tamanha importância deste último reflete na tutela de suas fontes, enfocada no artigo 71º do Estatuto, "a criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento". Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos da Criança estabelece o princípio norteador das concepções supramencionadas e dos dispositivos legais acerca do brincar e a criança; expressamente, o princípio VII: "A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se,

visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito". Apesar de inseri-los no contexto vigente, tais princípios não são dotados de força coercitiva; a existência de mecanismos como a Convenção e o ECA – prerrogativa do Brasil - revelam a importância de fornecer força ao princípio e estabelecer metas para sua ativação no cotidiano vigente. De acordo com Veronese (1999, p. 97-98), “ao contrário da Declaração Universal dos Direitos da Criança, que sugere princípios de natureza moral, sem nenhuma obrigação, representando basicamente sugestões de que os Estados poderiam se servir ou não, a Convenção tem natureza coercitiva e exige de cada Estado Parte que a subscreve e ratifica um determinado posicionamento”. A Convenção dos Direitos da Criança, em seu artigo 31º, também trata do direito ao brincar refletido no lazer, por meio de jogos e atividades recreativas.

Por fim, essas leis resumem a importância de se garantir o brincar e de perpetuá-lo através de medidas implementadas pelos órgãos do Estado, como discorre Veronese em relação à Convenção, “os Estados signatários são obrigados a implementarem os direitos reconhecidos na Convenção, através de medidas legislativas, que os países disponham parte de seus recursos para esse fim” (VERONESE, 1999, p. 97). Ainda, de acordo com o autor, para o alcance das finalidades, os países podem estabelecer processos de colaboração e cooperação.

CONCLUSÃO

Os direitos e garantias concernentes às crianças, ao longo de todo o percurso histórico tratado, sofreram diversas modificações oriundas dos contextos sociais vigentes e adquiriram formas diferentes no interior das concepções marcadas por fatores políticos, econômicos e sociais, refletindo a irrupção contestatória do reconhecimento da criança como sujeito de direitos e dos direitos sujeitos às crianças. Dentre tais direitos, o presente artigo concentrou seu enfoque no direito ao brincar, visando incutir nos leitores a percepção da importância dessa atividade na vida das crianças e os seus reflexos no seu desenvolvimento. O brincar, inegavelmente, opera como irradiador de benefícios para o desenvolvimento físico, psicológico, social e cultural da criança, consolidando-se como direito inerente a uma vida mais harmônica e equilibrada. Pesquisa recente, realizada por Bochorny (2012), trouxe-nos dados que retratam a realidade vivida por nossas crianças no que se refere ao brincar. O estreitamento dos espaços disponíveis para brincar, assim como a diminuição da

disponibilidade de seus respectivos representantes (pais, avós, tios) para uma relação familiar preocupada com o aspecto lúdico culmina com a redução dessa forma de expressão, no que toca, principalmente, às relações sociais entre os coetâneos. A escola, na mesma perspectiva, preocupada com o futuro profissionalizante, não atina para a importância do brincar para o desenvolvimento pleno dos educandos.

O Estado – como membro titular legítimo da população- possui os mecanismos para a tutela deste bem essencial; os dispositivos legais enquadram-se como caminhos para a garantia da infância e do direito ao brincar. Todavia, as leis e demais dispositivos devem colaborar para superar o abismo existente em nosso país entre teoria e prática. O ECA deve continuar orientando o dia-a-dia da sociedade e as políticas públicas promovidas pelo Estado, ONGS e pelo público.

O olhar para o brincar deve estar presente no cotidiano familiar, dentro das residências; no cotidiano estudantil, nas escolas e universidades; no cotidiano político, ações políticas em prol da garantia do brincar e nos demais cotidianos da sociedade.

O jurista deve extrapolar os limites teóricos aprendidos em sala de aula e empenhar-se em ações concretas que promovam o bem social. À luz da teoria tridimensional do Direito, o direito começa como fato social (a criança e o brincar inseridos na vida social), diante desse fato a comunidade despeja seus valores (o brincar é importante, uma vez que propicia benefícios em todas as etapas da vida infantil), posteriormente, surge uma norma jurídica que consiste em dar voz a essa fato social valorado, como disposto no Estatuto, para que os direitos e garantias das crianças e o olhar atento para o brincar se perpetuem “ab imo ad summum”.

REFERÊNCIAS

ALANEN, L. **Modern childhood?** Exploring the “child question” in sociology. Jyväskylä: Institute for Educational Research, University of Jyväskylä, 1992. (Series A: Research reports, 50)

AMIN, A. R. Doutrina da proteção integral. In: MACIEL, K. R. F. L. A. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981.

AVANÇO, L. D., LIMA, J. M de. **A concepção aristotélica acerca dos jogos e dos divertimentos e suas implicações pedagógicas** In: Anais da X Jornadas de estudos antigos e medievais e II Jornada Internacional de Estudos antigos e medievais, Maringá, Pr. 2011a.

_____. **Jogo e Educação no contexto da República Platônica:** algumas reflexões. In: Anais do 10º Congresso Internacional de Educação e I Seminário Internacional de Representações Sociais, Subjetividade e Educação. Curitiba, Pr. 2011b.

BAUMAN, Zygmunt**. Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOCHORNY, J. Cultura Lúdica e Televisão: mediações no contexto escolar. Programa de Pós-Graduação em Educação (mestrado). Faculdade de Ciências e Tecnologia – UNESP de Presidente Prudente, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BROUGÈRE, Gilles . **Brinquedo e cultura**. São Paulo: Cortez, 1995.

Christensen e Prout. A. Anthropological and sociological perspectives on the study of time for children. **Children and Society**, v. 16, n. 2 p. 77- 88, 2002.

CORSARO, W. **Sociologia da Infância**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

DUFLO, C. **O jogo: de Pascal a Schiller**. Tradução: Francisco Settineri e Patrícia C. Ramos. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

DURKHEIM, E. **Educação e Sociologia.** São Paulo: Melhoramentos, 1973.

GÉLIS, J. A individualização da criança. In: ARIÈS, P.; CHARTIER, R. (Org.). **História da vida privada:** da Renascença ao Século das Luzes. Trad. Hildegard Feist. São Paulo: Cia das Letras, 1991, p. 311-329 (Coleção História da Vida Privada, v.3).

GOLDMAN, L. & EMMINSON, M. **The sooty show laid bear, children, puppets and make-believe.** Childhood, vol. 4, 325-342, 1987.

KUHLMANN, JR.M. **Infância e educação infantil:** uma abordagem histórica. Porto

Alegre: Mediação, 1998.

LEFORT, C. **Pensando o Político**: Ensaios sobre Democracia,. Revolução e Liberdade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LIMA, J. M. **O jogo como recurso pedagógico no contexto educacional**. São Paulo; Cultura Acadêmica: Universidade Estadual Paulista, Pró-Reitoria de Graduação, 2008.

MULLER, F. (org.) **Infância em perspectiva**: políticas, pesquisas e instituições. Cortez Editora, 2010.

NEILL, A. S. **Liberdade sem Medo**, 29a ed., São Paulo, Ibrasa, 1991.

PLATÃO. **A República**. Tradução: J. Guinsburg. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1965.

PROUT, A. Participação, políticas e as condições da infância em mudança. In: MULLER, F. **Infância em perspectiva:** políticas, pesquisas e instituições. São Paulo: Cortez, 2010

SARMENTO, M. J. **As culturas da infância nas encruzilhadas da 2º modernidade.** Braga, Portugal. Universidade do Minho. Centros de Estudos da Criança, 2002. Acesso em: 22/04/2012.

SARMENTO, M. J.; CERISARA, A. B. **Crianças e Miúdos:** perspectivas sociopedagógicas da infância e educação. Lisboa: Asa Editores S.A. 2004.

SARMENTO, M. J. **Gerações e Alteridade: Interrogações a partir da Sociologia da Infância.** *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 26, n. 91, p. 361-378, Maio/Ago. 2005 361

Disponível em http://www.cedes.unicamp.br. Acesso em: 22/04/2012.

_____ **Mapa de Conceitos na área de estudos da Sociologia da Infância** Revista Eletrônica editada pelo Núcleo de Estudos e Pesquisa da Educação na Pequena Infância. Centro de Ciências da Educação – UFSC. Acesso em: 22/04/2012.

SCHERER, Márcia Rejane. **A Globalização e a Infância**: Reflexos e Reflexões nas Falas das Crianças. PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO NAS CIÊNCIAS. IJUÍ – RS – 2007.

SIROTA, R. Emergência de uma sociologia da infância: evolução do objeto e do olhar. **Cadernos de pesquisa**, São Paulo: n. 112, Mar. 2001.

VERONESSE, Josiane Rose Petry. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: doutrina e jurisprudência / (2011).

_____. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo : LTr, 1997.

_____. **Os Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo : LTr, 1999

RESPOSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO: A ATUAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS FRENTE AO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Bruna Migliaccio SETTI[469]

RESUMO

As normas internacionais contemporâneas que dizem a respeito à proteção e promoção de direitos da pessoa humana alcançaram uma vasta extensão, sendo inúmeros os tratados de proteção dos direitos humanos conhecidos atualmente. De fato, a evolução do sistema jurídico internacional tem demonstrado a cada dia ser possível a convergência do Direito para uma nova ordem de valores na qual o ser humano representa o seu núcleo central. Dentre os diversos instrumentos de proteção, merece destaque pelo presente projeto de pesquisa, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, composto por quatro principais instrumentos: a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948); a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969); e o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), conhecida como Protocolo de San Salvador. O mote desse estudo, portanto, é refletir sobre a evolução desse sistema em âmbito nacional, especialmente no que concerne às violações de direitos humanos sofrida pelos presidiários, pois ainda que sejam privados da liberdade, lhe é assegurado o direito a uma vida digna. Destarte, visto ser objetivo do Estado brasileiro a defesa dos direitos humanos, tanto originalmente - por meio da Constituição Federal - como frente à sua responsabilidade internacional, torna-se dever deste Estado conferir a guarda e preservação de tais direitos, de modo a garantir a integridade e a vida digna do ser humano e cidadão que os compõe, inclusive, a dos presidiários.

ABSTRACT

The international contemporary rules that concern with the protection and promotion of human rights reached a huge expansion. Currently, there are too many treaties protecting

[469] Autora: Acadêmica de graduação no terceiro ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

Human Rights. In fact, the evolution of the international legal system has demonstrated that every day is possible the convergence of law to a new order of values with the human being representing his center. Among the many protecting instruments, the Inter-American System for the Protection of Human Rights deserves attention. Composed by four main instruments: the Charter of the Organization of American States (1948); the American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948); the American Convention on Human Rights (1969); and the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (1988). The subject of this study, therefore, is to discuss the evolution of this System in the nationwide, especially in relation to human rights violations suffered by prisoners: as though they are deprived of freedom, they need to have a decent life. In as much as, since the protecting of human rights is the purpose of the Brazilian State, either verbatim - by the Constitution - as by his international responsibility, the duty of this State becomes to give the custody and preservation of those rights, so as to ensure integrity and worthy life of human beings and citizens who compose them, even to the prisoners.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos – Sistema Interamericano – Brasil – Presídios

KEYWORDS: Human Rights – Inter-American System – Brazil – Prisons

INTRODUÇÃO

O “direito internacional dos direitos humanos” surgiu a partir de finda a Segunda Guerra Mundial, após as colossais atrocidades ocorridas, com o propósito de proteger os direitos de qualquer cidadão, independentemente de sua raça, cor, sexo, língua, enfim, qualquer circunstância, uma vez que as vidas ceifadas durante o conflito não puderam ser posteriormente “reconstruídas”.

É sabido que diante deste quadro de extrema violação de direitos humanos a sociedade internacional proclamou e tem buscado cada vez mais promover tais direitos através de mecanismos de controle internacional que visam à punição dos Estados, pois estes, em geral, são os maiores responsáveis pelas atitudes desumanas para com seus cidadãos.

Dessa forma, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, com os principais objetivos: manutenção da paz e da segurança internacionais; promoção dos direitos

humanos no âmbito internacional; cooperação internacional nas esferas social e econômica. A Carta das Nações Unidas consolidou o Direito Internacional dos Direitos Humanos e fez surgir uma nova ordem internacional que, por consenso dos Estados, colocou a proteção dos direitos humanos em seu centro. Não obstante, em 1948, deu-se ensejo à Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a qual consistiu um marco no Direito Internacional dos Direitos Humanos, uma vez que, além de definir expressões a respeito de direitos humanos e liberdades fundamentais, estabelece, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, a universalidade, interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos. Logo, solidificaram-se internacionalmente sistemas de proteção aos direitos humanos no plano global e no plano regional.

O Brasil ratificou praticamente todos os tratados internacionais significativos sobre Direitos Humanos pertencentes ao sistema global, de que são exemplos: a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948); a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); o Protocolo Facultativo Relativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979); o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1999); a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) e ainda o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998).

De acordo com Valério Mazzuoli (2002, p.327), “as inovações introduzidas pela Carta de 1988, principalmente no que diz respeito ao primado da prevalência dos Direitos Humanos, [...] foram fundamentais para que todos estes instrumentos fossem ratificados sem qualquer reserva por parte do Estado brasileiro.”

Em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Brasil também já é parte de quase todos os tratados existentes, os quais serão especificamente abordados em momento oportuno, ao longo do desenvolvimento do artigo. Tal sistema é composto de dois órgãos distintos, mas que atuam de forma complementar: a Comissão Interamericana – cuja função refere-se à averiguação da denúncia, à investigação e à conciliação entre as partes envolvidas, de forma a aconselhar o Estado acusado a efetivar medidas reparadoras à pessoa

que teve seu direito violado; e a Corte Interamericana – em que, não atendidas as considerações da Comissão Interamericana, tem por objetivo julgar devidamente o processo condenando, ou não, o Estado danoso.

A questão é que, juntamente à Comissão de Direitos Humanos, a Corte Interamericana tem por finalidade a interpretação das disposições da Convenção Americana, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Assim, o Estado brasileiro, ao admitir o sistema, passou a se sujeitar às normas da Convenção, bem como estar obrigado a zelar pela defesa dos direitos humanos e garantir o acesso à justiça. Outrossim, grande problemática no tocante à defesa dos direitos humanos remete às barreiras de acesso à justiça, sobretudo quanto à falta de informação sobre os meios de apoio jurídico em caso de violação dos direitos em questão.

Deste modo, o presente estudo demonstrará o método de acesso ao Sistema Interamericano, ou seja, os meios procedimentais pelos quais os cidadãos podem se defender em casos de omissão do Estado quanto à violação de direitos humanos, pontificando quais são as regras de interpretação que devem ser adotadas, especialmente no que concerne à harmonização com o Direito interno. Da mesma forma, exporá casos concretos nacionais, verificando a atuação do Estado Brasileiro ante os dois órgãos regionais supracitados.

Vale dizer, importa examinar a dinâmica da relação entre o processo de internacionalização dos direitos humanos e seu impacto e repercussão no processo de redefinição e reconstrução da democracia no âmbito brasileiro.

1 POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM NÍVEL INTERNACIONAL

A concepção contemporânea dos Direitos Humanos foi consagrada pela Declaração Universal de 1948. Pode-se afirmar, então, que foi no momento Pós-Guerra (1945: fim da 2ª Guerra Mundial) que se deu a “internacionalização” desses Direitos, os quais passaram a inspirar Constituições fundamentadas no principio da dignidade da pessoa humana. Em 1993, a Declaração de Direitos Humanos de Viena reiterou esta idéia.

Flávia Piovesan (2006, p. 151) aponta como fonte normativa imediata do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, a Carta das Nações Unidas de 1945, a qual, ao estabelecer que os Estados-partes devem promover a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e, demarcar o início do processo de universalização dos direitos humanos, exige, consequentemente, a necessidade de efetivação desses direitos, sob a

vigilância de um sistema de monitoramento, supervisão e controle.” Dessa forma, ainda de acordo com a autora (2013, p. 38):

> Vale dizer, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos. É como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e a limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos. Por sua vez, no âmbito do Direito Constitucional ocidental, testemunha-se a elaboração de textos constitucionais abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque ao valor da dignidade humana.

Visto isso, tem-se que o conceito de direitos humanos implica uma série de considerações filosóficas, religiosas, legais, sociais, culturais, políticas e econômica, que fogem ao objetivo deste trabalho. No entanto, para que se entenda o objeto de estudo em questão, é imprescindível que se apresente uma noção a respeito do tema. Para isso, aceitemos a lição de Bobbio (2002, p. 30), em seu livro “Era dos Direitos” no sentido de que “direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.”

Desta feita, é certo que os direitos humanos podem até encontrar sua justificação no direito natural, ou na consciência moral dos povos, mas somente quando previstos no ordenamento jurídico é que se tornam direitos fundamentais, capazes de serem exigidos e protegidos, pois sem a positivação jurídica são apenas aspirações, esperanças ou ideais, ainda que legítimas.

Segundo Comparato (2011, p. 14), o principal objetivo dos Direitos Humanos é “defender a dignidade da pessoa humana contra o aviltamento, a exploração e a miséria”. Mas o que seria, então, dignidade da pessoa humana? Nessa vertente, “a dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana: pelo simples fato de ‘ser’ humana, a pessoa merece todo o respeito, independentemente de sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição social e econômica” (MARTINS FILHO, 2008).

Insta Salientar também, a diferença entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Sobre tal tema, discorre Paulo Gustavo Gonet Branco (2000, p.125):

> A expressão direitos humanos, ainda, e até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pressão humana, inserida em documentos de direito internacional. Já a locução de direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempos, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra. Essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais.

Desta forma, é possível afirmar que os Direitos Fundamentais são Direitos Humanos consagrados por uma Constituição. No entanto, diversas vezes eles são utilizados como sinônimos, sem que se prejudique sua finalidade protetora.

Logo, sendo a dignidade humana responsável por uma verdadeira orientação do constitucionalismo contemporâneo, torna-se visível a importância da integração do direito internacional e do direito interno para a proteção de direitos humanos. Assim, “não se pode visualizar a humanidade como sujeito de Direito a partir da ótica do Estado; impõe-se reconhecer os limites do Estado a partir da ótica da humanidade.” (TRINDADE, 2003, p. 266).

A universalização dos Direitos Humanos acondicionou a gênese de um sistema internacional de proteção de tais direitos, passando a existir inúmeros tratados que buscam, sobretudo, de promover e proteger tais direitos ao estabelecer que são direcionados a todas as pessoas, independente de raça, sexo, religião e nacionalidade

Além do sistema internacional, surgem também os sistemas regionais de proteção, que têm função de salvaguardar e promover os Direitos Humanos em um nível mais

específico, que buscam a internacionalização dos direitos humanos nos planos regionais. Destarte, trata-se de uma disposição particular no plano continental. Esses sistemas regionais caracterizam-se por uma maior homogeneidade entre seus membros, se os compararmos à abrangência da ONU, tanto no que se refere aos seus sistemas jurídico-políticos, quanto aos aspectos culturais. Isto acaba por tornar os seus mecanismos de proteção mais eficazes em relação àqueles do sistema global.

Apesar dessa particularidade, adotar o valor da primazia da pessoa humana, os sistemas regionais e o sistema global de proteção aos Direitos Humanos se complementam, de forma a garantir uma maior efetividade. Reforça esta idéia, Lindgren Alves (1994, p. 75):

> Contrariamente ao que se entendia até recentemente - quando a consideração de um caso ou situação por um mecanismo excluiria a possibilidade de ação por outro -, hoje é generalizadamente aceita a idéia da cumulatividade: os sistemas regionais e o sistema global podem e devem atuar simultaneamente para reforçar o controle internacional sobre as violações de direitos humanos. E isto é válido precisamente em função das distintas naturezas de cada um.

Ademais, ambos possuem atuação meramente subsidiária, coadjuvante e complementar à proteção jurídica interna dos Estados, vez que a cortes internacionais não podem servir tribunais de apelação pelo simples descontentamento dos peticionários, ou seja, não podem funcionar como um tribunal de alçada que se baseia nos erros de fato e direito que cometeu o tribunal nacional. Daí vem a vedação a “fórmula da quarta instancia”. Isso implica dizer que a utilização dos sistemas internacionais não envolve o abandono do uso dos sistemas nacionais. Pelo ao contrário, ambos são fortalecidos.

Deste modo, em dias atuais, tanto o sistema global quanto os regionais tornaram-se instrumentos imprescindíveis ao amparo dos direitos de toda humanidade, visto que esta proteção não se deve reduzir ao domínio reservado do Estado e sua jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema legítimo interesse internacional. Desta forma, as Cortes apresentam um dos mais poderosos instrumentos de persuasão os Estados para cumprirem obrigações atinentes aos Direitos Humanos.

Hoje, o Sistema Global é integrado por instrumentos normativos gerais e especiais e por organismos e mecanismos de vigilância, supervisão, monitoramento e fiscalização dos

direitos humanos. Os instrumentos normativos gerais são principalmente aqueles que integram a chamada "Carta Internacional de Direitos Humanos", que é composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. São chamados de gerais porque endereçados a toda e qualquer pessoa humana, indistintamente.

Já os especiais, resumem-se nas Convenções, Tratados e Estatutos, os quais estão ligados a grupos específicos de pessoas e a matérias exclusivas, como por exemplo, a respeito de mulheres, refugiados e crianças (Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, a Convenção para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a Convenção para a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre os Direitos da Criança).

O Sistema Global possui duas maneiras de procedimento: os convencionais e não-convencionais. Os primeiros requerem a previsão expressa em tratados, pactos ou convenções, devendo o Estado violador tê-los assinado. São supervisionados por órgãos internacionais de supervisão por meio de denúncias, investigações e relatórios.

Já os procedimentos não-convencionais, não dependem de nenhuma previsão. A ONU analisa as transgressões e decide se é necessária ou não, a intervenção através de seus órgãos no caso concreto. Seja qual for o procedimento, seu funcionamento está sob a responsabilidade direta da Comissão de Direitos Humanos da ONU. Esta, por sua vez, tem sua atuação balizada pelo Conselho Econômico e Social (ECOSOC).

Sobre os organismos do Sistema Global, faz-se mister entender a disposição da Organização das Nações Unidas, hoje, composta por 185 países. Assim, tem-se como principais órgãos:

a) A Assembléia Geral (legisla em matéria de Direitos Humanos);

b) O Conselho Econômico e Social (ECOSOC) (promove o respeito dos direitos humanos; coordena as atividades da ONU e suas agências especializadas; elabora estudos, relatórios e recomendações sobre assuntos de interesse social, econômico, cultural e educacional);

c) O Conselho de Segurança (desenvolve operações pela manutenção da paz; decide sobre "graves violações" aos direitos humanos que ponham em risco a paz mundial; e estabelecer tribunais penais internacionais);

d) Conselho de Tutela (supervisão da administração dos territórios sob regime de tutela internacional);

e) Corte Internacional de Justiça (Órgão judicial diretor das Nações Unidas);

f) Secretariado (Principal mediador internacional e incentivador da paz. Uma das suas principais funções é submeter ao Conselho de Segurança qualquer assunto que, em seu entender, ameace a paz e a segurança internacionais).

Tratando-se de Direitos Humanos, não se pode esquecer da Comissão de Direitos Humanos (CDH), seguida por seus Comitês de monitoramente, agências especializadas, como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), UNICEF, FAO, UNESCO e OMS.

Feitas essas breves considerações a respeito dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos, torna-se possível afirmar que O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos influenciou o surgimento de demais instrumentos normativos e organismos, de maneira a possibilitar uma completa, universal e efetiva implementação de organismos protetores e promotores dos Direitos Humanos.

Deste modo, no que concerne aos sistemas regionais, existem hoje três: o europeu, representado pela Comissão Européia de Direitos Humanos (doravante ECHR ou CEDH) o africano, representado pela Comissão Africana de Direitos Humanos (doravante OUA); e o interamericano, representado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH).

Observa-se que o presente artigo, pelos objetivos que se encerra, tratará de modo específico, somente o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, do qual o Brasil é Estado-membro. Logo, é sobre seus principais elementos e peculiaridades que será a exposição adiante.

2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Assim como o sistema europeu e o africano, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos é um sistema regional, do qual participam os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Esta, por sua vez, trata-se de uma instituição regional dentro das Nações Unidas, que congrega várias estruturas de proteção aos direitos humanos, tem sede em Washington e é composta pelos 35 países que compõem as Américas. Hoje, seu foco de atuação principal encontra-se em cinco áreas gerais: a expansão da democracia, principalmente fortalecendo a liberdade de expressão, encorajando o aumento da participação da sociedade civil nos assuntos governamentais e erradicando a corrupção; a promoção dos Direitos Humanos, especialmente nas áreas dos direitos das mulheres, dos

direitos das crianças e dos direitos culturais; o aumento regional da paz e segurança no hemisfério, eliminando o terrorismo e desarmando a área; a melhoria da aplicação das leis, fortalecendo o desenvolvimento legal interamericano especialmente dirigido às regiões de tráfico e consumo de drogas ilícitas, diminuindo, assim, o nível de criminalidade local; e o fortalecimento da economia regional, sustentando a criação da Área de Livre Comércio das Américas.

Foi em 1890, em Washington, nos Estados Unidos, que de seu a Primeira Conferência Internacional dos Estados Americanos, quando foi estabelecido a União Internacional das Repúblicas Americanas e o Escritório Comercial das Repúblicas Americanas. Mas somente em 30 de abril de 1948, em Bogotá, na Colômbia, durante a IX Conferência Internacional, que os 21 países participantes, até então, assinaram a carta de criação da OEA (antiga União Pan-Americana). Dessa forma, os Estados-membros passam a se comprometer a defender o continente americano, de forma a buscar soluções pacíficas para seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Assim, foi na mesma ocasião, que sobreveio o marco inicial do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, através da aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Este instrumento tem como fundamento, os atributos da pessoa humana, e foi destinado a um alcance geral, com o propósito de abranger a proteção de indivíduos genéricos, estabelecendo os direitos essenciais da pessoa, independente de sua nacionalidade, absorvendo basicamente os mesmos conteúdos da Declaração Universal de Direitos Humanos.

Além da Declaração Americana, hoje, há outros respeitáveis dispositivos de alcance geral que fazem parte do Sistema Interamericano, no entanto, o instrumento de maior importância é a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual foi assinada por alguns países-membros da OEA, em San José, na Costa Rica – razão por também ser conhecida como “Pacto de Sem José da Costa Rica” - em 22 de novembro de 1969, e somente entrou em vigor em 18 de julho de 1978, quando o décimo primeiro país a ratificou.

De acordo com Gomes (2000, p. 30), dentre os direitos civis e políticos reconhecidos e assegurados na Convenção destacam-se:

> O direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito de não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito de compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à liberdade

de consciência e religião, o direito à liberdade de pensamento e de expressão, o direito à resposta, o direito à liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial.

Na primeira parte da Convenção, entre os artigos 1º e 32º, apresenta-se um rol de direitos e deveres semelhantes aos contidos na Declaração Universal de 1948 e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e no de Direitos Econômicos e Culturais. Deste modo, tais direitos impõem a cada Estado-parte a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício de direitos e liberdades, sem qualquer discriminação, além de adotar as medidas legislativas necessárias. Neste sentido, os Estados-partes da Convenção Americana obrigam-se a além de adotar medidas para proteger os direitos garantidos pelo supracitado instrumento, também assegurar seu livre e pleno exercício, assim, o Estado se compromete a uma obrigação negativa e a uma positiva. De fato, pode-se afirmar que os dois primeiros artigos constituem a base da Convenção, confira-se (Convenção Americana de Direitos Humanos):

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Já na segunda parte (artigos 33º ao 73º), são ordenados os mecanismos de proteção que devem ser utilizados como instrumentos de monitoramento e implementação dos direitos ali expostos. No seu artigo 33º, se estabelece como órgãos para conhecer dos assuntos amparados pela Convenção, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Neste sentido, completa Fabio Konder Comparato (2001, p.369):

> No concernente aos órgãos de fiscalização e julgamento, a convenção seguiu, de modo geral, o modelo europeu e não o pacto internacional sobre direitos civis e políticos de 1966. Com efeito, ela criou, além de uma comissão encarregada de investigar fatos de violação de suas normas, também um tribunal especial para julgar os litígios daí decorrentes, a corte interamericana de direitos humanos, cuja jurisdição, no entanto, só é obrigatória para os estados-partes que a aceitem expressamente (art.62,1º).

Insta ressaltar, que o princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana se aplica às disposições da Convenção. Isto é, quando houver simultaneidade de proteção entre mais de um sistema normativo (por exemplo, o nacional e o internacional) deverá prevalecer e ser aplicado àquele que melhor protege o ser humano.

3 A COMISSÃO INTERAMERICANA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Além de instrumentos de alcance geral, o Sistema Interamericano possui também órgãos de alcance especial: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. No momento que os Estados ratificam a Convenção Americana, aceitam compulsoriamente a competência da Comissão para receber denúncias de casos sobre violação de direitos humanos em âmbito interno de tais países.

O artigo 44 da Convenção Americana dispõe:

> Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

Apesar desta disposição, há alguns critérios de admissibilidade contidos no artigo 46 da Convenção, que devem ser considerados, quais sejam:

a) Que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos;

Trata-se de uma regra de Direito Internacional. A princípio, antes de a Comissão aceitar a denúncia, deve-se oferecer ao Estado a oportunidade de reparar a suposta violação em âmbito interno, ou seja, pelo próprio ordenamento jurídico, antes que se possa invocar sua responsabilidade internacional.

b) Que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;

Há exceções para estas duas primeiras regras, ou seja, elas não se aplicarão em determinados casos: quando não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; quando não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e quando houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

c) Que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e

d) Que a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição.

Recebida e aceita a denúncia, a Comissão, realiza um minucioso estudo da questão. Realizado o exame, buscar-se-á uma solução amistosa entre as partes que, se acolhida, dará vazão à elaboração de um informe com o relato dos fatos e do acordo obtido, o qual será distribuído entre as partes e publicado.

Caso não haja solução amistosa, a Comissão, então, apresentará um informe com proposições e recomendações que, se não forem atendidas, e o caso ainda não for submetido à

Corte, a Comissão poderá emitir sua própria conclusão, fixando um prazo para a remediação do problema. Transcorrido tal prazo, avalia-se a situação e a pertinência de publicar o informe no seu relatório anual de atividade.

Por fim, considerando que determinado Estado não cumpriu recomendações do informe adotado, depois de todo um período de investigação, tentativas malogradas de solução pacífica e harmoniosa da violação e baixa de recomendações, salvo decisão fundada contrária da maioria absoluta dos seus membros, a Comissão deve submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, fornecido com antecedência o informe respectivo ao governo questionado. Mas isso só ocorre caso o Estado tenha aceitado a jurisdição da Corte.

Ainda que a vítima desista do recurso à Corte, o processo segue sua tramitação regular, porquanto a função jurisdicional é irrenunciável. Ao lado da Comissão, podem os Estados pactuantes levar à apreciação da Corte fato ilícito imputável a outro Estado, desde que este reconheça tal competência ao ente judiciário, contudo, esta faculdade ainda não fora utilizada.

Se o país ainda não reconheceu a competência da Corte Interamericana no tocante à interpretação e aplicação da Convenção, a sanção mais grave que pode sobrevir a ele, seria a publicação do relatório final no Relatório Anual da Comissão, que é divulgado para todos os Estados-membros da Assembléia Geral da OEA.

Além no que se concerne às denúncias, a Comissão também tem outros deveres. Institui o artigo 41 da Convenção:

> b) Formular recomendações aos governos dos Estados membros, quando o considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos;
>
> c) Preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
>
> d) Solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições:

a)Estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;Revista da Faculdade de informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;

e) Atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestarlhes o assessoramento que eles lhe solicitarem;

f) Atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44º a 51º desta Convenção;

g) Apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos.

Em síntese, a Comissão tem a função de promover os Direitos Humanos através da elaboração de relatórios gerais; elaborar estudos e relatórios sobre os Direitos Humanos nos Estados-membros da OEA; realizar visitas aos países-membros e apresentar um relatório anual, o qual apresenta os relatórios finais de casos concretos nos quais já houve alguma decisão a respeito da responsabilidade internacional do Estado denunciado.

A Convenção define ainda que a Comissão deverá ser composta por sete membros, os quais deverão ter alta autoridade moral e conhecimento em matéria de Direitos Humanos. Estabelece também que os Estados-Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.

Enfim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos apresenta um papel fundamental como instância de prévia instrução dos casos submetidos à Corte Interamericana, bem como órgão responsável pela solução amistosa de casos. Assim sendo, na ocorrência do não cumprimento pelo Estado-Parte das medidas determinadas pela Comissão, pelo prazo de três meses, torna-se possível o acionamento de outra instância fundamental do Sistema Interamericano: A Corte Interamericana de Direitos Humanos.

3 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Diferente da Comissão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão de caráter jurisdicional, que foi criado pela Convenção a fim de supervisionar o seu cumprimento, em função complementar a função conferida à Comissão.

Dessa forma, A Corte Interamericana dos Direitos Humanos é um órgão judicial, que foi criado no Pacto de São José da Costa Rica, com o objetivo de resguardar, interpretar e intervir em caso de violação do que precípua a Convenção Americana dos Direitos Humanos, fazendo parte do chamado Sistema Interamericano dos Direitos Humanos.

Sua organização está instituída no artigo 52 da Convenção, pela qual se estabelece que ela deve ser composta por sete juízes provenientes dos Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de Direitos Humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos, não devendo haver dois juízes da mesma nacionalidade.

Preliminarmente, insta salientar que só se pode submeter alguma questão à Corte se o referido Estado-parte houver reconhecido a competência da mesma mediante declaração expressa específica. Assim:

> Art. 62-1. Todo Estado-parte pode, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

Outra questão de extrema importância, é que a legitimidade processual para o envio de casos para a Corte é somente concedida à Comissão e aos Estados-partes, não sendo permitido o envio de casos pelas próprias vítimas ou peticionários, seus representantes, familiares ou pelas organizações não-governamentais. Isto importa afirmar que para que os casos sejam encaminhados à Corte, primeiramente devem passar pelo exame da Comissão.

É para a efetiva aplicação e interpretação da Convenção Americana que se dá a atuação da Corte. Assim, ela possui duas principais atribuições, uma consultiva, e outra, de caráter jurisdicional. A primeira refere-se à interpretação da Convenção e a demais tratados

sobre Direitos Humanos. Qualquer membro da OEA – parte ou não da Convenção – pode solicitar um parecer da Corte relativo à certa interpretação. Já a segunda atribuição alude a soluções de controvérsias sobre a interpretação ou aplicação daquele Instrumento.

A Corte ainda pode emitir medidas provisórias “em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes” (Art. 62 -2). “Nota-se que a Convenção é o único tratado internacional de direitos humanos a dispor sobre medidas preliminares ou provisórias judicialmente aplicáveis” (PIOVESAN; Flávia, 2000, p. 227). Outro importante ponto a ser enfatizado trata-se da legitimidade de qualquer Estado-parte obter Opiniões Consultivas, as quais, embora destituídas de força vinculante, evitam que os peticionários assumam posições contrárias ao entendimento da Corte.

Nos casos contenciosos, busca-se, em suma, a certeza sobre a ocorrência ou não, por parte do Estado denunciado, de violações aos Direitos Humanos e à Convenção Americana.

Em relação aos custos processuais, tudo deve ser arcado pelas partes, o que leva, de certa forma, à redução pelo acesso ao Sistema Interamericano de pessoas sem contribuições técnicas e estabilidade financeira.

Pode-se afirmar que a Corte é o órgão jurisdicional do Sistema Interamericano por excelência. Isso se deve ao fato de suas decisões, diferente dos relatórios emitidos pela Comissão e das Opiniões Consultivas, possuírem força vinculante e obrigatória. Ou seja, o Estado deve cumpri-la de maneira imediata. Tais decisões são definitivas e inapeláveis, porém, há ocasiões excepcionais em que se admite a possibilidade do uso do recurso de revisão contra sentenças definitivas para evitar que a coisa julgada cristalize uma injustiça desses casos no relatório anual submetido à Assembléia Geral da OEA, no entanto, até hoje não houve nenhum caso de recusa por alguma decisão da Corte.

É importante ressaltar que a Corte não impõe penas às pessoas “culpadas” pelas supostas violações, e sim, aos Estados, como por exemplo, a compensação às vítimas, pela reparação pecuniária.

“É possível afirmar que, embora seja recente a sua atuação mais efetiva, ela está ajudando o sistema interamericano a se consolidar como uma das mais importantes e mais eficazes estratégias de proteção aos direitos humanos, transformando-se num espaço fértil para futuros avanços” (Piovesan, 2004, p. 231).

3. O BRASIL PERANTE O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O reconhecimento e a inclusão dos Direitos Humanos no ordenamento social, político e jurídico brasileiro são frutos de um processo paulatino de com quistas históricas, que se concretizaram em 1988, na Constituição Brasileira, e continuam a se desenvolver e avançar. No entanto, ao mesmo tempo, ainda se observa violações rotineiras a estes direitos.

O Brasil ratificou a Convenção em 25 de setembro de 1992, e o Protocolo adicional à Convenção em matéria de Direitos Econômicos Sociais e Culturais em 21 de agosto de 1996. No entanto, somente reconheceu a jurisdição da Corte em 3 de dezembro de 1998, através do Decreto Legislativo nº 89, com uma reserva temporal: somente serial objeto de exame os casos conhecidos a partir da ratificação.

A doutrina pátria explica esse lapso de 6 anos e o estabelecimento dessa reserva pelo motivo do Estado brasileiro tentar impedir o julgamento dos atos praticados durante a ditadura militar.

O Brasil assinou praticamente todos tratados internacionais sobre Direitos Humanos, porém, não reconheceu ainda a competência dos órgãos de supervisão e monitoramento no que tange ã apreciação de denúncias de casos individuais. Até o presente momento, o único órgão internacional que têm competência para aceitar as denúncias de casos individuais é a Comissão Interamericana.

No entanto, mesmo não reconhecendo a competência para denúncias individuais, ao ratificar os tratados internacionais, o Brasil assumiu a obrigação de enviar relatórios periódicos para os Comitês e sujeitar-se a eventuais investigações a respeito da situação dos Direitos Humanos no país.

Neste momento, expor-se-á alguns dos mais relevantes casos ocorridos em território brasileiro e levados até a Corte Interamericana através de medidas provisórias, especialmente no que tange às violações de Direitos Humanos nas dependências de presídios objeto específico de pesquisa do presente artigo.

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o sistema carcerário no Brasil é um dos mais brutais no mundo e o que mais cresce. E apesar de certos atos do Estado brasileiro contra a tortura e maus tratos, torna-se impossível passar por despercebidas as petições resultantes do estado precário das casas de detenção brasileiras.

a) O caso da Casa de Detenção José Mário Alves da Silva – Penitenciária Urso Branco

O caso retrata torturas, maus-tratos e execuções de presos na Casa de Detenção José Mário Alves da Silva, conhecida mais como Penitenciária Urso Branco, localizada em Porto Velho, Rondônia. Esta, foi fundada em 1996, e sua principal função era abrigar presos provisórios. No entanto, não foi isso que ocorreu, pois desde o início, passou a abrigar tanto presos provisórios, quanto condenados primários e reincidentes. A capacidade era de 360 internos, porém a realidade é diferente: já chegou a suportar 1300 presos.

No ano de 2001, o Ministério Público iniciou uma fiscalização no presídio, quando foram constatadas inúmeras irregularidades, sem, no entanto, serem efetivamente sanadas. A primeira rebelião da penitenciária ocorreu em 5 de dezembro de 2000, do qual resultou-se 3 morte e 30 feridos. No ano de 2001, o número de assassinatos chegou aos 20.

A incidência dos fatos na Corte Interamericana se deve inicialmente a assassinatos brutais de 45 detentos, entre janeiro e junho de 2002, por outros presos da instituição e às ameaças que continuaram sofrendo os demais. Foi o segundo maior massacre de presos no país. Assim, em junho de 2002, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu um pedido de medidas provisórias à apreciação da Corte em face do Estado brasileiro, e em favor de um grupo de detentos da Casa de Detenção Urso Branco. O pedido foi logo deferido, momento o qual foi ordenado ao Brasil que garantisse a carecida proteção à vida dos detentos do local.

Tudo começou no mês de janeiro, quando houve uma realocação geral dos internos. Detentos que estavam nas celas de segurança foram colocados com a população de detentos geral. Assim, se deu início a homicídios em cadeia dos internos vindos das celas especiais. Foram encontrados 45 corpos, alguns até mesmo decapitados e mutilados. No entanto, o governo rondoniense somente comunicou à imprensa oficial a morte de 27 presos. Nos dois meses seguintes, mais cinco detentos foram assassinados, além das várias tentativas de homicídios.

Destarte, a Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho (doravante CJP) e a Justiça Global – ambas organizações não governamentais – requereram medidas cautelares em relação aos detentos do presídio à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Esta, por sua vez, consentiu ao pedido em 14 de março de 2002, sendo que, na mesma data, solicitou ao Estado brasileiro a adoção de medidas cautelares que protegessem a

vida e a integridade dos detentos. Nada obstante, as medidas provisórias não foram satisfatórias, pois na mesma semana, houve mais cinco mortes. A população penitenciária estava sob temor devido ao risco de novos assassinatos, a superpopulação e a falta de controle das autoridades brasileiras. Foi neste momento que a Comissão solicitou a intervenção da Corte, a qual foi atendida em 18 de junho de 2002. Assim, a Corte acatou denúncia contra o Brasil, pela primeira vez, assim determinando (Corte IDH, Medidas Provisórias ao Presídio Urso Branco, 2002, p. 8):

> 1. Requerer ao Estado que adote as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e a integridade pessoal de todas as pessoas recluídas na prisão Urso Branco, sendo uma delas o confisco de armas que se encontrem em poder dos internos.
>
> 2. Requerer ao Estado que investigue os fatos que motivam a adoção de medidas provisórias com o fim de identificar os responsáveis e impor as sanções correspondentes.

No mês seguinte, o Estado apresentou o relatório requerido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, informando que, para cumprir as medidas exigidas, a Secretaria do Estado de Direitos Humanos e os Ministérios das Relações Exteriores e da Justiça haviam enviado uma missão investigativa para Rondônia. Além disso, adotaram medidas como substituição de policiais; construção de novas prisões; visitas periódicas ao presídio de Urso Branco e a oitiva de detentos e autoridades da administração do mesmo.

Entretanto, os peticionários demonstraram, em relatório da Comissão, que não foram realizadas visitas periódicas, muito menos eram feitas revistas a fim de se encontrar armas. As construções dos novos presídios também haviam sido paralisadas, e ainda, mais da metade dos detentos não eram provisórios. Além disso, 308 reclusos foram castigados pela morte de um detento, permanecendo três dias em uma quadra, sem roupa, comida e com pouca água. Houve, ainda, houve vários outros relatos contendo ameaças de morte e espancamentos. Nova Resolução foi emitida pela Corte em 29 de agosto de 2002, quando foi ordenado que o Estado investigasse e esclarecesse os fatos. Depois, o Brasil continuou a prestar informações quanto às medidas provisórias, no entanto, ainda persistiram as mortes, torturas e ameaças.

Em 16 de abril de 2004, uma nova rebelião. Tal motim perdurou por seis dias e teve como reféns familiares que realizavam visitas aos internos. Só teve fim, deixando vários

feridos, internos assassinados com extremada violência e o presídio parcialmente destruído, quando houve assinatura de um acordo com representantes do governo do estado. No mês de junho, foi realizada uma audiência pública pela Corte Interamericana, onde mais uma vez o Estado reconheceu a gravidade da situação da penitenciária e informou que estava adotando todas as medidas para proteger os direitos dos detentos. Em relação às investigações dos fatos ocorridos em 2002, o Ministério Público, em 23 de junho de 2004 ofereceu denúncia contra 49 pessoas em razão da morte de 27 pessoas durante a chacina ocorrida em janeiro de 2002. Em resolução, a Corte afirmou que os esforços do Estado brasileiro ainda não eram suficientes.

Em maio de 2005 iniciou-se nova rebelião em virtude da morte de um dos internos pela falta de atendimento médico. Um preso foi baleado por um agente penitenciário e seis pessoas foram feitas reféns. Em 4 de novembro do mesmo ano, houve uma tentativa de fuga em massa, dando ensejo, para que cinco dias mais tarde se iniciasse um novo levante. Em 2006, foi ampliada a unidade prisional, porém, em 2008, em metade de um ano, 4 diretores do presídio foram afastados pelo acusação de estarem a favor dos atos de tortura. Como muitas autoridades deixaram de se manifestar com relação ao indagado nos ofícios, em outubro do mesmo ano, o Procurador Geral da República, pede Intervenção Federal no Estado de Rondônia ao Supremo Tribunal Federal.

Em 2009, nova audiência pública resultou na construção de dois novos presídios: o Centro de Triagem de Porto Velho e a Penitenciária de Arquimedes. No mesmo ano houve a condenação pelo Estado brasileiro de 11 pessoas em processos penais e 3 pessoas em processos administrativos.

Em 2011 foi apresentado o “Pacto para Melhoria do Sistema Prisional do Estado de Rondônia e Levantamento das Medidas Provisórias Outorgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos” que foi assinado entre o Estado e os representantes, com finalidade na melhoria da infraestrutura; qualificação do pessoal; apuração dos fatos e responsabilização; aperfeiçoamento dos serviços, mobilização e inclusão social; além de medidas de combate à violência.

A Corte observou que após 2007 não foram registradas mais nenhuma morte violenta, tampouco novas rebeliões. Da mesma forma, o número de detentos diminuiu e o Estado continuou a investigar as denúncias relativas à Urso Branco. Dessa forma, visto que as situações de extrema gravidade, urgência e necessidade exigidas no Art. 62-2 da Convenção

não se encontravam mais presentes, a Corte arquivou o caso, com consentimento dos peticionários.

b) O caso de Tatuapé

A FEBEM é uma instituição dependente da Secretaria de Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo, estabelecida no ano de 1976, com o propósito de planejar e executar os programas de atenção aos delinqüentes juvenis entre 12 e 18 anos de idade, no cumprimento das medidas sócio educativas impostas pelas autoridades judiciais objetivando a reabilitação e reeducação.

O Complexo do Tatuapé da FEBEM mostrou-se palco de riscos constantes à vida dos internos através freqüentes de brigas, pancadarias, ameaças, torturas e motins entre os detentos. Dessa forma, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos outorgou em 21 de dezembro de 2004 medidas cautelares para que fosse resguardada a vida e a integridade dos internos, porém, logo após este ato, deu-se o falecimento de quatro de seus beneficiários.

Em 17 de novembro de 2005, a Corte solicitou ao Estado brasileiro, mediante resolução, medidas cautelares a fim de proteger as crianças e adolescentes residentes no "Complexo do Tatuapé" da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor de São Paulo(FEBEM), como também de todas aquelas pessoas que se encontrem no seu interior, com a finalidade de impedir os tratos cruéis, desumanos ou degradantes dentre eles isolamento prolongado eespancamentos, além de promover medidas necessárias para confiscar as armas que estão nas mãos dos jovens, separar aos internos, de acordo aos padrões internacionais sobre a matéria e considerando o interesse superior da criança, prestar a atenção médica necessária às crianças internas, de forma que se garanta o direito à integridade pessoal, além de solicitar ao Estado uma lista contendo informações dos jovens internos do Complexo.

O Estado agiu de diversas maneiras, no entanto, as mudanças implementadas tinham caráter a longo prazo, fugindo do alcance das razão das medidas provisórias. Em 2006 ocorreu morte e rebelião. Assim, a Corte reiterou, em 04 de julho de 2006 as medidas provisórias anteriores, assim como também foi feito em 03 de julho de 2007. A Corte decide levantar as medidas provisórias ordenadas nas Resoluções retromencionadas por entender que foram e vem sendo cumpridas as medidas determinadas.

Em 25 de novembro de 2008, através de Resolução, a Corte arquivou o expediente em virtude de ter valorizado os esforços do Estado brasileiro em cumprir as medidas, exercendo com seu dever de informar ao Tribunal periodicamente sobre as gestões que tem realizado para implementar as presentes medidas tais como: a construção de novas unidades de internação em conformidade com o novo padrão estrutural e sistema pedagógico da Fundação CASA, nas quais teria investido, nos últimos três anos, mais de setenta milhões de dólares; a revogação da decisão administrativa No. 90/2005; mudanças institucionais que levaram à redução do número de rebeliões nas unidades da Fundação e do índice de adolescentes que reincidem em fatos delituosos depois de cumprir medidas sócio educativas, entre outras. Hoje, a Fundação CASA não passa por superlotação.

c) O caso de Araraquara

O terceiro caso objeto de análise diz respeito às aos internos da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, localizada em Araraquara, São Paulo, inaugurado em 1977, atendendo presos provisórios e condenados.

Em maio e junho de 2006, a penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira foi palco de rebeliões, destruindo-a quase por completo, sendo que 1600 presos foram colocados em uma ala com capacidade para 160. Assim, seis ONGs enviaram um pedido de medidas cautelares para a Comissão, que foi recebido em junho de 2006. Contudo, diante da extrema gravidade da situação e a urgência das medidas requeridas, a Comissão decidiu solicitar medidas provisórias à Corte no dia 25 do mesmo mês, com o propósito de que o Brasil assegurasse a vida e a integridade física de todos os internos da Penitenciária de Araraquara. Assim, em 28 de junho, a Corte Interamericana ordenou que o Estado brasileiro adotasse medidas para proteger a vida e todos os presos na penitenciária de Araraquara e permitisse atendimento médico e alimentar aos detentos. Solicitou a redução no número de presos na unidade e a separação destes por categoria. Por fim, requereu a lista do nome dos detentos e a investigação dos responsáveis pela situação imposta na penitenciária.

Em audiência convocada pela OEA em 28 de setembro de 2006, o Estado perpetrou sua defesa alegando que o presídio, antes do motim, era seguro e não havia superlotação, afirmando que apesar da gravidade dos fatos, não houve morte e que as portas do presídio foram soldadas para evitar fugas, já que as chaves tinham sumido. Alegou também que todos os detentos da penitenciária foram transferidos para outras unidades e que foi aberta sindicância para apurar as responsabilidades.

No entanto, a Comissão observou que os detentos haviam sido transferidos para unidade já em situação de superlotação, além de sofrer ameaças e agressões durante a transferência, sem, portanto, condições dignas de detenção. Assim, solicitou-se a responsabilidade por tais atos.

De acordo com o voto do brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Corte Interamericana tem advertido que toda a pessoa privada de liberdade tem direito a viver em condições de detença compatíveis com sua dignidade pessoal e o Estado deve garantir-lhe o direito a vida e a integridade pessoal.

Dessa forma, a Corte reiterou as medidas provisórias apresentadas em 28 de junho, requerendo ainda a promoção de condições de detenção compatíveis com uma vida digna nos centros penitenciários em que se encontram os beneficiários das presentes medidas, e que informe, de maneira imediata e oficial, aos familiares das pessoas privadas de liberdade beneficiárias das presentes medidas sobre suas transferências nos correspondentes centros penitenciários. Além do dever de investigar os fatos que motivam a adoção das medidas provisórias, identifique os responsáveis e, se for o caso, imponha-lhes as sanções correspondentes, e ao final informe à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as medidas provisórias que tenha adotado.

Em Resolução de 25 de novembro de 2008, a Corte afirmou entendimento de que o Estado transferiu os beneficiários com a finalidade de reformar a penitenciária sem que nenhum incidente ocorresse nesse processo e que essa realocação levou em consideração questões como a proximidade dos presos de seus familiares. Ademais, a penitenciária estava funcionando dentro de sua capacidade; havia planos para a construção de novas penitenciárias no estado de São Paulo; foi garantido o acesso dos representantes, familiares e advogados aos centros de detenção. Também observou que Estado passou a cumprir com seu dever de informar ao Tribunal periodicamente sobre as gestões que tem realizado para a implementação das presentes medidas, apresentou a lista de beneficiários que ainda se encontravam privados de liberdade, um relatório individualizado sobre seu estado de saúde e informação sobre os centros a que foram transferidos (Corte IDH, Medida Provisória ao Presídio Urso Branco, 2008, p. 9), demonstrando que foi dado valor aos esforços do Estado brasileiro em dirimir a situação urgente do caso da penitenciária. Assim, a Corte considerou que não subsistia ainda o caráter de gravidade e urgência da situação, sendo possível, portanto, o arquivamento do expediente.

De acordo com a Secretaria da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, desde 2008, até 2013, foram construídas 18 novas penitenciárias no estado de São Paulo. A Secretaria da Administração Penitenciária (doravante SAP), em Audiência Pública, ainda anunciou, em fevereiro de 2013, a construção de até 50 unidades prisionais em todo o estado.

CONCLUSÃO

O processo de reconhecimento e institucionalização dos direitos humanos tem sido significativo nas últimas décadas na sociedade internacional (em especial a partir de 1948). Muitas violações, contudo, ainda vêm ocorrendo em diversas regiões do mundo. Neste sentido, o mais comum é o descaso dos Estados com alguns de suas obrigações ou deveres mais elementares. Também são muito comuns casos de morosidade judicial ou de desinteresse funcional.

Paralelamente a essa evolução, muitos Estados ainda têm demonstrado descaso as obrigações ou deveres mais elementares. Também são muito comuns casos de morosidade judicial ou de desinteresse funcional. Dessa forma, a existência de sistemas internacionais e regionais de proteção aos Direitos Humanos afirma-se como uma garantia de fortalecer o acesso à Justiça e o amparo aos direitos da pessoa humana, tendo em vista que se o Estado demonstrar lacunas em sua assistência, a população ainda possui uma segunda opção: de fazer valer os seus direitos num espaço que ultrapassa as fronteiras nacionais. Insta salientar, que apesar de ser uma eficiente ferramenta na efetivação de Direitos Humanos, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos ainda carece de divulgação.

Nos casos mencionados no presente estudo referentes ao sistema prisional brasileiro, notou-se a efetividade do referido sistema no sentido de cobrar do Estado brasileiro medidas urgentes que alterassem o sensível estado das três casas de detenção. É certo que a atuação inicial do Estado não foi suficientes para garantir a preservação da vida e integridade dos internos do presídio, razão pela qual a efetividade das medidas consolidou-se a longo prazo. No entanto, não há dúvida de que a intervenção internacional foi indispensável para assegurar a dignidade humana daqueles que cumprem sua pena privativa de liberdade

REFERÊNCIAS

ALVES, J. Lindgren. ***Os Direitos Humanos como Tema Global,*** São Paulo: Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

BOBBIO, Noberto. ***Era dos Direitos, trad. Carlos Nelson Coutinho.*** Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. ***Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais***. Brasília: Jurídica, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder**. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos***. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Ives Gandra Martins. O **que significa dignidade da pessoa humana?** Disponível em: http://www.comunidademaconica.com.br/Artigos/5778.aspx . Acesso em 31 de julho de 2013.

GOMES, Luiz Flávio & PIOVESAN, Flávia (coords.). ***O sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanose o direito brasileiro***. São Paulo: RT, 2000

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira, ***Direitos Humanos, Constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PIOVESAN, Flávia. ***Direitos Humanos e o Direito constitucional internacional***. 8. ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos **Humanos e Justiça Internacional** – 4ª Ed.* São Paulo: Saraiva, 2013.

TRINDADE, A. A., & e Outro. (s.d.). ***El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humano,*** San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, 2003.

Legislações e documentos

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Pacto de Sem José.

CORTE INTERAMERINA DE DIREITOS HUMANOS. ***Medidas Provisórias decretadas para o Presídio Urso Branco*** (Resolução de 18 de junho de 2002).

CORTE INTERAMERINA DE DIREITOS HUMANOS. ***Medidas Provisórias decretadas para o Presídio Urso Branco*** (Resolução de 29 de agosto de 2002).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. ***Medidas Provisórias decretadas para a Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara, São Paulo*** (Resolução de 28 de julho de 2006).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas Provisórias decretadas para a Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara, São Paulo** (Resolução de 25 de novembro de 2008).

Relatório da Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e Justiça Global. Presídio Urso Branco: a institucionalização da barbárie. Outubro de 2007. Disponível em: <www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_jg_ro_urso_branco_2007.pdf> Acesso em 30 de julho de 2013.

O ESTADO ENQUANTO GARANTIDOR E VIOLADOR DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Carolina Machado de OLIVEIRA[1]

Caroline Lovison DORI[2]

RESUMO

Este artigo pretende mostrar o paradoxo presente no Estado Brasileiro, cujo Governo viola de diversas maneiras o direito fundamental à educação, enquanto responsável por sua tutela, de maneira a destacar o direito à educação de crianças e adolescentes. O objetivo é demonstrar a controvérsia entre as disposições normativas em vigor, que estabelecem a responsabilidade do Estado em relação a este direito, e as ações desempenhadas pelos três poderes para a efetivação do mesmo, isto é, os investimentos, as políticas públicas, a valorização dos profissionais da área, entre outros. Busca-se mostrar que, apesar de ter o país se desenvolvido em diversos aspectos com relação à educação, há que ser considerado seu nível ainda baixo em relação a outros avanços que o Brasil alcançou ao longo dos últimos anos, e como isso afeta toda a sociedade.

ABSTRACT

This article intends to show the paradox present in Brazilian State, whose Government violates in several ways the fundamental right to education, while responsible for its protection, in order to highlight the right to education of children and adolescents. The goal is to demonstrate the controversy between the regulatory provisions in force, establishing the responsibility of the State in relation to this right, and the actions performed by the three powers for the execution of the same, that is, investments, public policy, recovery of professionals, among others. We seek to show that, despite the country developed in various aspects with respect to education, there are to be considered their level still low relative to other advances that Brazil has achieved over the past few years, and how it affects society as a whole.

---

[1] Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

[2] Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

PALAVRAS-CHAVE: Direito à educação; Responsabilidade do Estado; Violação de Direitos.

KEYWORDS: Right to Education; State Responsibility; Rights Violation.

INTRODUÇÃO

Muito se fala sobre o Brasil ser o país do futuro, e não é para menos: temos a sétima maior economia do mundo, ficando a frente de muitos países desenvolvidos; nosso governo é considerado importante para o cenário internacional, e compomos o grupo dos países em desenvolvimento, hoje essenciais para o funcionamento da economia internacional.

Entretanto, quando analisamos sob a perspectiva social, a conclusão é de que, embora economicamente o Brasil se equipare aos países de primeiro mundo, nos aspectos sociais ainda nos assemelhamos a países subdesenvolvidos, tendo muito que melhorar para atingir o status de país desenvolvido.

Essa melhora está ligada aos direitos sociais, expressamente previstos pela Constituição Federal, mas sofredores da discricionariedade do Poder Público. Entre eles, destaca-se o direito à educação, considerado por muitos como primordial para o desenvolvimento do país. Ao observarmos nosso ordenamento jurídico, constatamos que, além da Carta Magna, legislações esparsas e acordos internacionais também o garantem.

Apesar disso, esse direito fundamental é constantemente desrespeitado pelo Estado, que, embora sustente que se esforce para extinguir o analfabetismo e melhorar os índices das escolas públicas, se depara com milhões de crianças fora da escola, muitas vezes sendo exploradas pelo trabalho infantil ou adentrando no mundo das drogas.

Dessa forma, o presente artigo almeja demonstrar a importância da educação para toda a sociedade, de modo que o indivíduo contribua para o seu desenvolvimento e o avanço do país, através de sua formação intelectual e qualificação profissional. E que, apesar de muito ter avançado o Estado brasileiro no campo educacional, este ainda é precário e obsoleto se comparado a países com a mesma situação econômica.

Primeiramente, o direito à educação será conceituado e contextualizado legislativamente, sendo demonstrada a sua função social. Posto isto, serão elencados dispositivos normativos que comprovarão a responsabilidade do Estado em relação a essa

garantia, para que então possa ser demonstrado o paradoxo entre a legislação e a realidade educacional no país.

1 O DIREITO À EDUCAÇÃO

O direito à educação se encontra no rol dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente nos de segunda geração, os direitos sociais, que exigem uma ação positiva por parte do Estado, o "*facere*", com a finalidade de propiciar melhores condições de vida à pessoa humana e diminuir as desigualdades sociais, obedecendo ao princípio da isonomia material. Trata-se de um direito amplo, que não se limita somente à instrução, mas também ao desenvolvimento moral e intelectual do ser humano, com vista à formação de cidadãos e à qualificação de profissionais.

Segundo RANIERI (2013, p. 55), "*é direito fundamental social, é direito individual e também direito difuso e coletivo, de concepção regida pelo conceito de dignidade humana*". Ele está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º: "*São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*".

Em uma perspectiva internacional, a educação é assunto de diversas convenções, destacando-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 – "*Artigo 26 - Toda a pessoa tem direito à educação [...]*" e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948:

> Art.26º "Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional dever ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. [...] A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades [sic] das Nações Unidas para a manutenção da paz.".

No ordenamento jurídico brasileiro, trata-se de um direito previsto em todas as Constituições, inclusive nas de 1937 e 1969, oriundas de governos autoritários e cerceadores de direitos. A única exceção é a Carta de 1891, que delegou a competência da matéria ao Poder Legislativo Estadual. Na Constituição Imperial de 1824 estava previsto no Título das *Disposições Gerais e Garantias dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*, cujo artigo 179, nº. 32 estabelecia: "*A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos*". Entretanto, embora tal direito tivesse tutela constitucional, na época o conceito de cidadania abrangia somente os nascidos livres, os naturalizados e os libertos, isto é, escravos e índios não gozavam das mesmas prerrogativas.

Na Carta Magna de 1988, é o direito social que possui o maior número de artigos, superando direitos como à saúde e à previdência social. Ele detém um capítulo específico, cujos artigos - 205 a 214 - estabelecem os objetivos e diretrizes para a educação e o sistema educacional do país. Além disso, está previsto no artigo 6º, conforme já mencionado, e no ACDT, com destaque ao artigo 60.

Além da Constituição Federal, as legislações especiais de menores também tratam da educação. O revogado Código de Menores, Lei n. 6697/79, não possuía um dispositivo específico sobre o tema, devido ao seu caráter repressivo, que somente estabelecia regras pertinentes à intervenção jurídica em relação aos chamados "menores em situação irregular" e não aos menores em geral, como uma categoria peculiar da sociedade, composta por indivíduos detentores de direitos.

Com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, no ano de 1990, o menor de idade passa a ser visto como sujeito de direito e não um mero objeto de intervenção jurídica. Essa evolução se deve ao caráter preventivo e protetivo da nova legislação, que prevê diversos direitos aos jovens, de acordo com a sua condição peculiar de "pessoa em desenvolvimento", respeitando as diversas convenções internacionais sobre o assunto. O ECA prevê o direito à educação em seu Capítulo IV, inserido no Título II, pertinente aos Direitos Fundamentais.

Também existem leis especiais sobre o direito à educação, como o Plano Nacional da Educação, formulado para o decênio 2001-2011 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9394/96). Além disso, há entendimento jurisprudencial, em que o Supremo Tribunal Federal considera a educação infantil como um direito indisponível, o que pode ser visto no acórdão do RE 410715 SP.

2 AS FUNÇÕES DA EDUCAÇÃO

O artigo 22 da Lei n. 9394/96 preceitua que: "*A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurando-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores*".

Disso observamos que o direito à educação está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que visa o pleno desenvolvimento da personalidade do indivíduo e o fortalecimento pelo respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. Ele também permite a integração na comunidade por adultos e crianças marginalizados e a promoção da emancipação feminina, além de combater o trabalho infantil. Seu exercício difunde o conceito de democracia e os direitos humanos, beneficiando tanto a pessoa como toda a sociedade, fato sobre o qual podemos concluir que é um direito também intimamente ligado ao conceito de cidadania, pois, com o pleno acesso à educação, o indivíduo poderá exercer as prerrogativas desta, participando consciente e criticamente dos destinos da sua comunidade e gozando de suas liberdades.

Embora seja um direito amplo, do qual são detentores pessoas de qualquer idade, a educação está associada principalmente à criança e ao adolescente, pois a escolarização supõe a separação entre sujeitos em formação e adultos. Através dela, há um retardamento da entrada na idade adulta, por meio de um processo de escolarização dos jovens antes da inserção no mercado de trabalho. Assim, a criança passa a receber uma educação individualizada, que refletirá qualificando o lugar que virá a ocupar dentro da sociedade. Dessa maneira, a escolarização avança contra o trabalho infantil.

> O aprendizado, forma geral de iniciação ao trabalho que selava precocemente o fim da infância e marcava a entrada na vida adulta, era praticado, em todas as camadas da população. À medida que a escolarização se difunde, ela tende a subtrair segmentos progressivamente mais amplos da população infantil às injunções do trabalho, retardando a entrada na idade adulta. (ARIES apud PERALVA, 2007, p. 15-16).

Ao integrar o ambiente escolar, a criança tem seu primeiro contato com a sociedade, ou seja, ela começa a conviver com pessoas e regras diferentes de seu ambiente familiar. Na escola, a criança conhece um novo tipo de autoridade moral - desempenhada pelo educador -, um novo conjunto de normas de conduta a serem seguidas, e que, se violadas, importarão sanções coerentes, ensinando à criança os conceitos de certo e errado. Com isso, além da alfabetização, a instituição escolar irá ensinar valores morais, que moldarão o caráter e a

personalidade da pessoa, que passará a compreender o mundo ao seu redor enquanto caminha pelos níveis educacionais.

Conforme Durkhein apud Peralva (2007, p. 18) "*a educação é a ação exercida, pelas gerações adultas, sobre as gerações que não se encontram ainda preparadas para a vida social*.". Tal alegação corrobora a ausência de abordagem dos indivíduos jovens, com relação à maneira como querem se tornar recebedores de direito e de que modo querem ver concretizados esses direitos.

Ao se dirigirem aos adolescentes, os meios de comunicação de massa destacam temas relacionados à cultura e ao comportamento, como produtos com influências musicais, abordagem dos diversos estilos de vida, temas relacionados a esporte, moda, entre outros. Porém, quando os mesmos meios de comunicação se dirigem aos adultos, referindo-se aos jovens, os tópicos abordados são problemas sociais, como violência, drogas, crimes, exploração sexual, gravidez na adolescência. O jovem é objeto central de debate como sujeito de direitos negados, mas não é aberta uma discussão com os próprios afetados acerca da importância desses direitos.

Poucas são as pesquisas e teses que enfocam o modo como crianças e adolescentes vivem e elaboram as situações próprias de seu cotidiano, situação que pode decorrer do significado equivocado que é dado à expressão "pessoa em desenvolvimento", como relativa à ausência de opinião formada entre sujeitos dessa faixa etária. A expressão, tratada no artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 227, §3º, V da Constituição Federal, possui uma acepção mais profunda, de que jovens e adultos possuem os mesmos direitos, sendo considerada a condição peculiar dos primeiros, isto é, a idade, o grau de desenvolvimento físico e mental e a capacidade de autonomia e discernimento.

> A afirmação da criança e do adolescente como "pessoas em condição peculiar de desenvolvimento" não pode ser definida apenas a partir do que a criança não sabe, não tem condições e não é capaz. Cada fase do desenvolvimento deve ser reconhecida como revestida de singularidade e de completude relativa, ou seja, a criança e o adolescente não são seres inacabados, a caminho de uma plenitude a ser consumada na idade adulta, enquanto portadora de responsabilidades pessoais, cívicas e produtivas plenas. Cada etapa é, à sua maneira, um período de plenitude que deve ser compreendida e acatada pelo mundo adulto, ou seja, pela família, pela

> sociedade e pelo Estado. (CURY, M., AMARAL E SILVA, A. F. e MENDEZ, E. G., ANO, PG).

A educação é capaz de formar pessoas conscientes de suas responsabilidades e de oferecer suporte não somente na escolha de uma carreira, mas também a própria qualificação profissional, para que atendam aos requisitos exigidos pelo ofício que optarem. No exercício da cidadania, a educação criará sujeitos informados no tocante a questões como o meio ambiente, o sistema político democrático, socioeconômico, entre outros. Além disso, a instituição escolar abordará temas não debatidos entre a maior parte das famílias, tal como o preconceito racial, sexual e religioso, a gravidez na adolescência, o aborto, doenças sexualmente transmissíveis, entre demais assuntos que atualmente interferem na vida de muitos jovens.

3 RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A responsabilidade do Estado em relação ao direito à educação está ligada a uma noção de dever, isto é, obrigatoriedade do oferecimento de elementos necessários para a sua concretização. Há uma variedade de elementos, porém, destacam-se os seguintes: gratuidade e obrigatoriedade do ensino, financiamento da educação pública e valorização dos docentes.

Esta responsabilidade está explícita em diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro, sendo objeto do presente artigo as previsões da Constituição Federal, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nosso ponto de partida será a Carta Magna, cujo artigo 205 dispõe:

> A educação, direito de todos e **dever do Estado e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (grifo nosso)

Da análise deste artigo, a conclusão é de que nossa Lei Maior estabelece um regime de corresponsabilidade social entre Estado e Família pelo direito à educação, possuindo o Poder Público o dever prioritário, pois, se o acesso à escola não for garantido, a família não

terá condições de desempenhar seu papel, que consiste na matrícula dos filhos, do zelo em relação à frequência escolar, entre outros. O mesmo fato é constatado no artigo 2º da Lei de Diretrizes e Bases:

> A educação, **dever da família e do Estado**, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (grifo nosso)

Mais adiante, o §2º do referido artigo da Constituição Federal impõe uma sanção ao Estado pelo não cumprimento de seu dever: "*O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente*". Ou seja, se o Estado não cumprir seu dever, ou o cumprir de forma ilícita, poderá ser responsabilizado por danos morais e/ou patrimoniais, desde que o prejudicado demonstre a existência do dano e o nexo de causalidade entre a conduta e da administração e o dano.

Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre o dever do Estado, e regula a propositura de ações de responsabilidade:

> Art.54. **É dever do Estado** assegurar à criança e ao adolescente:
>
> I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
>
> II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade do ensino médio;
>
> [...]
>
> IV- atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
>
> [...]
>
> §1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo;
>
> §2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente;

> §3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela frequência à escola. (grifo nosso)

> Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular:
>
> I - do ensino obrigatório;
>
> III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
>
> [...]

Através dos dispositivos supracitados, fica demonstrada a responsabilidade atribuída pelo legislador ao Poder Executivo em relação ao direito aqui debatido. Porém, excetuada a legislação, esta prerrogativa pode ser justificada como uma contrapartida dos impostos pagos pelo cidadão, ou seja, a educação e todos os demais direitos sociais não seriam gratuitos, já que o contribuinte paga seus impostos para que haja um retorno em seu favor, possuindo o Poder Público um papel de gestor, que aplica a receita resultante dos impostos em benefício de sua população, protegendo o interesse público e zelando pelo bem-estar geral. Essa teoria pode ser demonstrada por meio de dispositivos do nosso ordenamento jurídico, que estabelecem uma quantidade mínima dos impostos que cada ente federativo deve investir em seu sistema educacional. O maior exemplo se encontra em nossa Constituição Federal, cujo artigo 212 dispõe:

> A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

4 FORMAS DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Com a exposição realizada no capítulo anterior, fica evidente o fato de que a legislação em vigor outorga ao Estado a tarefa de promoção da educação. Porém, ao

analisarmos a realidade de nosso sistema, notamos um descompasso entre o estabelecimento do direito e a disposição de concretizá-lo.

O primeiro requisito para que o direito à educação seja pleno é a garantia do acesso, isto é, o oferecimento de vagas para todos, no qual já encontramos uma forma de violação, no tocante à falta de vagas no ensino público. A transgressão mais evidente diz respeito ao atendimento em creches, para crianças de zero a três anos, que segundo o INEP, não alcança sequer 20% dos sujeitos dessa faixa etária. De acordo com o relatório publicado em 2011 pela Fundação Abrinq – Save the Children, "Um Brasil para as Crianças e os Adolescentes", acredita-se que aproximadamente 12 mil novas creches precisariam ser construídas para suprir a demanda no país pela Educação Infantil.

Além da falta de investimento nesse setor, a causa também está vinculada ao pensamento da sociedade de que o atendimento em creche é um direito da mãe trabalhadora e não da criança, portanto, a mãe que trabalha no lar ou possui um emprego informal, não teria vaga para seu filho em uma creche pública. O fato de a sociedade entender o atendimento em creches como um direito da mãe, e não do filho faz com que mães donas de casa não matriculem seus filhos nessa modalidade de ensino, retardando seu ingresso no sistema educacional.

Com relação aos demais níveis escolares, a realidade não é tão alarmante, porém, para um país que deseja atingir o nível dos países desenvolvidos, a plenitude educacional ainda não é satisfatória. Na faixa dos 4 a 5 anos, ou seja, a pré-escola, o atendimento é de 81,7%; já dos 6 aos 14 anos, correspondente ao ensino fundamental, a taxa beira a plenitude, chegando aos 98,2%, e finalmente, dos 15 aos 17 anos, equivalente ao ensino médio, o atendimento totaliza 80,6%. Porém, a adequação entre idade e nível escolar não é certa, pois o índice de atraso é muito grande.

Não é só o atendimento escolar que explica o problema do sistema educacional brasileiro, que pode ser atribuído a diversos outros fatores, como a infraestrutura das escolas públicas. Ou a falta dela. Segundo o estudo recentemente publicado "Uma Escala para Medir a Infraestrutura Escolar", 84,5% das escolas no Brasil apresentam estrutura elementar ou básica, isto é, possuem água, banheiro, energia, esgoto, cozinha, sala de diretoria e equipamentos como TV, DVD, computadores e impressora; sendo que 44% delas apresentam a estrutura elementar, apenas com água, banheiro, energia, esgoto e cozinha. Somente 0,6% das escolas apresenta infraestrutura avançada, com sala de professores, biblioteca, laboratório

de informática, quadra esportiva, parque infantil, laboratório de ciências e dependências adequadas para atender estudantes com necessidades especiais.

Contudo, existem escolas em condições ainda piores, como aquelas sem divisão de salas, em que alunos de diversas séries assistem aulas simultaneamente; aquelas que não possuem carteiras e/ou cadeiras, além daquelas que sofrem com falta segurança ou são de difícil acesso. Sem olvidar o fato de que existem diversas regiões do país onde não existem escolas, e as mais próximas ficam a várias quilómetros de distância, dificultando o transporte dos alunos, principalmente na zona rural, fato comprovado pelos dados do Censo Escolar 2009, que atestam que aproximadamente 65% dos alunos matriculados em escolas rurais não possuem acesso ao transporte escolar público.

A desigualdade social é outro fator causador do problema aqui debatido. Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD, de 2009, o Brasil possui uma população de 56,8 milhões de pessoas com idade até 17 anos, sendo que crianças de idade entre 06 e 14 anos somam 30,2 milhões de brasileiros, dos quais 2,4% estão excluídos do sistema escolar. Entre os adolescentes de 15 a 17 anos há uma massa de aproximadamente 10,4 milhões de pessoas, sendo que 14,8% não frequentam a escola. Analisada sob uma perspectiva econômica, deparamo-nos com os seguintes dados: 3,5% das crianças de idade entre 06 e 14 anos que possuem uma renda domiciliar *per capita* de até ¼ do salário mínimo estão excluídas da escola, enquanto crianças da mesma faixa etária com rendimento maior que 5 salários mínimos, perfazem apenas 0,2%. Quanto aos jovens de 15 a 17 anos, 19,2% que fazem parte de famílias cuja renda não ultrapassa ¼ do salário mínimo por pessoa, não frequentam a escola, sendo que adolescentes da mesma idade que possuem renda domiciliar *per capita* superior a 5 salários mínimos totalizam 3,7%.

É fato notório que a acumulação de renda por parte das famílias é inversamente proporcional ao acesso das crianças e adolescentes à educação. Podemos observar dois planos educacionais distintos para crianças que atingem a idade escolar mínima. O primeiro deles seria o de crianças de famílias economicamente estruturadas, que frequentam o sistema privado durante o período da escolaridade básica, mas adentram em universidades públicas no ensino superior. De outro lado, as crianças originárias de famílias sem recursos econômicos suficientes, completam o ensino básico na rede pública, optando por um dos seguintes caminhos após a conclusão do ensino médio: abandono dos estudos ou ingresso no ensino superior por meio de faculdades e universidades particulares (SOUZA, 2008, p. 82).

Além da desigualdade econômica, que afeta significativamente a desigualdade na educação, podemos citar diversos outros padrões de dessemelhanças. No país, há uma acentuada exclusão no acesso à escola de índios e negros com relação a brancos, assim como há grande divergência no percentual entre os que residem na zona rural e na zona urbana. Pessoas que moram em quilombos e comunidades indígenas, ou são ribeirinhos, pequenos produtores, extrativistas, e que exercem demais funções nestas áreas, possuem maior dificuldade de transporte e desafios próprios ao enfrentamento da exclusão escolar, porém o problema também ocorre nas periferias das grandes cidades e de lugares com baixa densidade demográfica.

Entretanto, os dados citados até então se referem somente à matrícula, e não à frequência escolar. Quando analisamos o ensino sob o aspecto desta, nos deparamos com uma grave questão decorrente da má qualidade de ensino: a evasão escolar, conceituada como o abandono do aluno em relação aos estudos. Dentre os fatores que a provocam, podem ser elencados a pobreza, que leva crianças e adolescentes a trabalharem para contribuir com a baixa renda familiar; o cometimento de crimes; o uso de bebidas alcoólicas e substâncias entorpecentes; a estrutura familiar frágil; e a gravidez na adolescência, isto é, obstáculos que não permitem boas condições para a criança ou adolescente prosseguir com seus estudos.

Segundo o Relatório de Desenvolvimento 2012, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - Pnud, o Brasil possui a 3ª maior taxa de evasão escolar entre os 100 países com maior Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Assim, 24,3% dos alunos, um em cada quatro, deixa de frequentar a escola. Além dos impedimentos acima citados, cerca de 40,3% dos adolescentes entre 15 e 17 anos afirmam que deixam de frequentar a escola por considerá-la desinteressante, de acordo com a pesquisa Motivos da Evasão Escolar, de 2009, da Fundação Getúlio Vargas.

O último fator aqui citado será o da desvalorização dos docentes da educação básica. É notório que, no Brasil, a maior parte dos professores trabalha mais por vocação do que por atrativo profissional relevante, fato relacionado, principalmente, a sua insuficiente remuneração mensal, inadequadas condições de trabalho e falta de segurança pessoal.

No tocante ao pagamento, de acordo com a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), a média do salário dos profissionais da área da educação que possuem formação superior, é aproximadamente 50% menor comparada à media dos salários de profissionais de outras categorias com o mesmo nível de formação. Segundo levantamento realizado pelo site Terra, dez Estados brasileiros não cumprem com o

piso nacional de R$ 1.567,00 para pagamento de professores, sendo que alguns deles incorporam gratificações para justificar o não cumprimento da remuneração do piso salarial, o que influencia posteriormente na aposentadoria dos profissionais, calculada de forma a ficar aquém do real valor que deveria ser recebido.

Segundo pesquisa feita pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), o salário do professor no Brasil é o 3º pior do mundo. A pesquisa abrangeu 40 países e evidencia problemas da educação como: porque poucos profissionais se interessam pela área, ou a razão pela qual professores deixam de se atualizar. Podemos destacar do estudo que apenas 21,6% dos professores primários têm diploma universitário, caracterizando a ausência de formação desses profissionais.

Desse modo, os cursos universitários destinados à área educacional não atraem os melhores alunos, fazendo com que muitas Universidades, até mesmo públicas, fechem cursos de licenciatura, pelo fato de não haver alunos suficientes para tal. Isso também reflete na qualidade da educação, outro empecilho para a plenitude da educação no Brasil, pois grande parte dos docentes recebeu, igualmente, uma educação sem a qualidade necessária para que os tornassem grandes mestres, situação que, concorrendo com a baixa remuneração, não incentiva o profissional a se especializar e desenvolver seus métodos de ensino.

O fundamento mencionado pelo Poder Público para justificar os problemas nos sistemas criados para o oferecimento dos direitos sociais, inclusive o educacional, é o caráter oneroso de sua efetivação. A justificativa mais corrente é de que o legislador estabelece uma garantia que o Estado Brasileiro não pode ministrar, devido à falta de receita para sua concretização. O contraponto é de que estamos rodeados de péssimos gestores do dinheiro público, ou seja, a receita é considerável, mas não é aplicada como deveria, fato evidenciado através dos diversos casos de corrupção no governo. Isto é, os investimentos geralmente são gastos em proveito próprio dos governantes e seus aliados, e não em benefício da sociedade, que possui os direitos sociais para a obtenção de uma vida plena e digna, com a finalidade de satisfazer suas necessidades básicas. Ou seja, a receita é repassada, mas não alcança o seu destino final: a construção de escolas, o aumento do salário dos docentes, o maior oferecimento de vagas, a melhoria da infraestrutura, entre outros.

CONCLUSÃO

Estão evidentes no ordenamento jurídico as atribuições do Estado em relação ao direito à educação, mas, embora existam políticas públicas para a solução do problema, concluímos que grande parte é ineficiente ou fica somente no papel, sendo o maior exemplo o Plano Nacional da Educação (Lei n. 10.172/2001), referente ao decênio 2001-2011, que estabelece metas ainda não atingidas, e prorrogadas para o próximo plano, ainda em trâmite no Congresso Nacional, por discricionariedade do Poder Público.

Entretanto, embora seja dever da Administração Pública cumprir a lei, visto que o Estado tem o dever de proteger os direitos de seu administrado, o interesse público e o bem-estar da população, o presente artigo deixa claro, através dos dados demonstrados, que o Poder Executivo não desempenha de maneira efetiva a sua obrigação primária, que consiste no oferecimento das condições básicas para a plenitude da educação. Desse modo, ainda não se faz tão necessário pleitear sobre a qualidade da educação, que vive uma realidade ainda pior, mas cuja base aperfeiçoadora ainda não se encontra totalmente alicerçada.

Por isso, faz-se necessária uma interação entre as políticas públicas relacionadas à educação e instrumentos legais, mobilização e proteção social, garantindo direitos e a redistribuição de recursos, além da fundamental observação às diversidades de identidade dos sujeitos, como forma de promover uma proposta institucional e pedagógica ajustada à sua realidade. Ainda, devem a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, concretizar os planos curriculares nacionais para a educação básica, em seus níveis e modalidades, visando, sobretudo, a completa formação de professores, para um bom desempenho perante os alunos.

Como já mencionado, nos últimos anos o Brasil alcançou objetivos políticos e econômicos muito significativos, que cominaram na mudança de sua imagem perante a comunidade internacional. Porém, há muito que ser feito no campo social, principalmente na educação, que embora seja garantida no ordenamento jurídico pátrio, não possui plenitude, assim como todos os outros direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Helena Wendel. **Considerações sobre a tematização social da juventude no Brasil.** Publicado na *Revista Brasileira de Educação* n. 5-6, mai./dez., 1997, especial sobre Juventude e Contemporaneidade.

ABRAMOVAY, Miriam, ANDRADE, Eliane R., ESTEVES, Luiz C. G. (Org.) **Juventudes:** outros olhares sobre a diversidade. Brasília, DF: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

BARRETO, Ângela Rabelo; CODES, Ana Luiza; DUARTE, Bruno. **Alcançar os excluídos da educação básica:** crianças e jovens fora da escola no Brasil. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002163/216306por.pdf> Acesso em 15 jul. 2013.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Do direito de aprender:** base do direito à Educação. In: ABMP, Todos pela Educação (Org.). *Justiça pela qualidade na Educação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 104-116.

CURY, M.; AMARAL E SILVA, A. F.; MENDEZ, E. G. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** Disponível em <http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/ConteudoId/9c1c82fb-c19c-4819-bfec-27732bdf3a93/Default.aspx>. Acesso em 18 jul. 2013

Miriam Abramovay, Eliane
Ribeiro Andrade, Luiz Carlos Gil Esteves. – Brasília : Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; Unesco 2007.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente:** doutrina e jurisprudência. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

KIM, Richard Pae; PEREZ, José Roberto Rus. **Responsabilidades públicas, controles e exigibilidade do direito a uma Educação de qualidade**. In: ABMP, Todos pela Educação (Org.) *Justiça pela qualidade na Educação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 711-791.

LÓPEZ, Néstor. **¿Hacia el fin de las políticas focalizadas?:** Notas para pensar un nuevo universalismo en la educación. Brasília: Mimeo, 2009.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. **O direito à educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MELUCCI, Alberto. **Juventude, tempo e movimentos sociais.** Publicado originalmente na *Revista Young*. Estocolmo: v. 4 n. 2, 1996, e republicado pela *Revista Brasileira de Educação*

n. 5-6, mai./dez. 1967, especial sobre Juventude e Contemporaneidade, na tradução de Angelina Teixeira Peralva.

PERALVA, Angelina. **O jovem como modelo cultural.** Publicado na *Revista Brasileira de Educação*, n. 5-6, mai./dez. 1997, especial sobre Juventude e Contemporaneidade.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O direito educacional no sistema jurídico brasileiro**. In: ABMP, Todos pela Educação (Org.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55-103.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **A efetividade dos direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL: UMA CRÍTICA À TEORIA DO RISCO INTEGRAL

Cláudia Karina Ladeia BATISTA[470]

RESUMO

O tema proposto encontra amparo na proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado assegurada pela Constituição Federal de 1988, bem como no dever por ela imposto ao Poder Público e à coletividade de zelar por tal equilíbrio. A importância da abordagem decorre da natureza de direito fundamental inerente ao meio ambiente, cuja preservação, repisa-se, incumbe a todos e ao Estado, que deve atuar diligentemente para prevenir, punir, reparar ou fazer com que se repare os danos ambientais causados por seus agentes ou por terceiros. Para o desenvolvimento do tema faz-se necessário analisar, à luz da Carta Magna, os dispositivos de lei que tratam da responsabilidade civil por dano ambiental, apresentar as características do meio ambiente e do dano a ele causado para, somente então, analisar as diversas teorias desenvolvidas para a classificação da responsabilidade civil decorrente do dano ambiental. Objetiva-se ainda demonstrar que a teoria do risco integral como informante da responsabilidade civil do Estado, como pretendem muitos autores, é alvo de críticas, conclamando o leitor a compreender a que a responsabilidade integral pode, em última análise, implicar na socialização dos prejuízos decorrentes do dano ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Dano ambiental. Meio ambiente. Responsabilidade Civil do Estado. Teoria do risco integral.

ABSTRACT

The topic to be discussed is supported by the ecologically balanced environmental protection – which is guaranteed by the Federal Constitution of 1988 - as well as by the obligation, imposed by this Constitution, on the Government and on the collectiveness in order to take care of this balance. The importance of this approach comes from the nature of the fundamental right concerning the environment, and to reiterate, its preservation is everybody and the State's duty. They must act diligently with a view to prevent, punish, repair or make the damages caused by their agents or others to be repaired. Aiming the development of this theme, first, it is necessary to analyze the Constitution and its laws related to the civil liability for environmental damage. After that, the characteristics concerning the environment and the

[470] Doutoranda em Direito pela ITE – Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP. Docente nos cursos de graduação e pós graduação em direito da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

damage caused to it should be examined. Subsequently, the several theories developed on the classification of the civil liability as consequence of the environmental damage should be studied. The objective of this work is to demonstrate that the integral risk theory as an informant of the State civil liability - as some jurists intend to do – can be criticized. It is possible to happen because this interpretation instigates the reader to understand that the integral liability can, in the final analysis, imply in the socialization of the financial loss originated from the environmental damage.

KEY WORDS: Environmental damage; Environment; State Civil responsability; Integral risk theory.

INTRODUÇÃO

O meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida vem, há muito, sofrendo a ação indiscriminada do homem. Protegido de longa data em nosso ordenamento jurídico foi erigido à condição de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988[471]. SARLET (1998, p. 52) o considera um direito difuso de terceira geração, acompanhado de outros autores[472].

Não obstante as Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1947 já apresentassem alguns dispositivos regulando a exploração de recursos naturais, SÁ e CARREIRA (1999, P.37) apontam que as previsões constitucionais não se pautavam no intuito de preservação ambiental, mas representavam disposições de caráter utilitarista, destinadas a regular os aspectos econômicos que envolviam a exploração de recursos naturais. A regulação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na Carta Magna de 1988 tem estreita relação com a Declaração de Estocolmo de 1972, cujos ideais encontram origem na Declaração Universal dos Direitos Humanos[473]. Ao contrário das que lhe antecederam, a atual constituição estabelece normas de direito ambiental fundadas em princípios preservacionistas.

---

[471] Art.225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[472] SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livravia do Advogado, 1998; FREITAS, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a efeitividade das normas ambientais. São Paulo: RT, 2000, p.25; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos Humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional.*. Porto Alegre: Sergio Fabris,1993, p.51.

[473] Declaração de Estocolmo

Princípio I "O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar e tem a solene obrigação de proteger e melhorar esse maio para as gerações presentes e futuras".

CANOTILHO (2008, p. 81) explana que o caráter de direito fundamental é verificado no aspecto formal e material. Formalmente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser fundamental porque assim considerado pelo legislador constituinte. É materialmente fundamental por ser parte integrante da estrutura elementar do Estado.

Embora a preservação ambiental tenha ganhado maior conotação a partir de sua importância revelada no texto constitucional, a origem de sua proteção, segundo MILARÉ (2001, p.79), é classificada em remota e próxima. Tratando da origem próxima da preocupação ambiental, a evolução legislativa data de pouco mais de um século, embora tenha se tornado objeto de maior importância em razão do desejo desenfreado de crescimento no pós-guerra. Quanto à origem remota, já se verifica preocupações ambientais com proibição de corte de árvores em Deuteronômio[474].

Ocorre que notadamente após a Revolução Industrial a interferência humana no campo ambiental tem se tornado cada vez mais freqüente. O desenvolvimento industrial indispensável ao crescimento econômico e social, nem sempre é pautado na sustentabilidade. Aliás, este termo ganhou relevo no cenário jurídico nacional após a Constituição Federal de 1988, que condicionou em seu artigo 170 a ordem econômica à defesa do meio ambiente, instituindo ainda possibilidade de tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços desenvolvidos.

Feita a primeira análise da proteção ambiental assegurada pelo legislador constituinte e pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, passa-se a considerar o meio ambiente e classificá-lo.

A expressão meio ambiente designa, segundo SILVA (2007, p.22) "a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas". O meio ambiente não se resume, portanto, à mera idéia já arraigada de recursos naturais finitos. Compreende, mais amplamente, o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, turístico, arqueológico e urbanístico, além do meio ambiente de trabalho.

O direito ambiental segundo MACHADO (2005, p.126) aborda a sistematização e a interdependência da matéria, de modo que não de deve compartimentar seus elementos, mas

[474] Deuteronômio 20:19 "Quando sitiares uma cidade por muitos dias, pelejando contra ela para a tomar, não destruirás o seu arvoredo, metendo nele o machado, porque dele poderás comer; pelo que não o cortarás; porventura a árvore do campo é homem, para que seja sitiada por ti ?"

sim considerá-los parte de um todo. Não se pode, porém, ignorar as especificidades da água, da atmosfera e da fauna, por exemplo, mas buscar a integração destes elementos sob a égide do Direito Ambiental.

Muito embora a expressão meio ambiente seja de fato consolidada, há que se apresentar críticas a ela atribuídas a título de redundância, sob o argumento de que a palavra "meio" já compreende no sentido axiológico a palavra "ambiente". O uso simultâneo das duas implica em pleonasmo[475]. A despeito das críticas existentes, a expressão meio ambiente foi empregada na redação da Lei 6938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, bem como no artigo 225 da Constituição Federal de 1988. Acrescenta-se ainda que a expressão guarda em si a idéia intrínseca de ligação entre o homem e os elementos que compõem o meio em que vive, razão pela qual a expressão meio ambiente será a empregada no desenvolvimento do presente trabalho, objetivando reforçar tal indissociabilidade.

A importância atribuída à preservação ambiental é fruto da constatação de que o ideal de qualidade de vida confronta com a utilização de certas tecnologias e modelos de gestão. A idéia inicialmente difundida de que o progresso tecnológico implicaria em melhoria da qualidade de vida já não é, há algum tempo, vista como absoluta. Segundo os autores LEITE e AYALA, discorrendo acerca dos conflitos de interesse entre o progresso tecnológico e econômico e a necessidade de preservação do meio ambiente concluem que "é nesse espaço que se localiza com segurança o domínio do Direito Ambiental" (2003, p. 20).

A responsabilização civil dos causadores de dano ambiental tem por escopo assegurar o chamado direito de igualdade intergeracional, ou seja, permitir que as gerações futuras possam conhecer e usufruir um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para tanto é necessário que se pondere os interesses da humanidade no incremento da economia e da produção industrial e a necessidade de preservação do meio ambiente. Somente através do desenvolvimento econômico fundado do crescimento sustentável é que se assegurará às gerações futuras o direito ao meio ambiente saudável e capaz de proporcionar não só a vida humana, mas a vida humana com dignidade.

1.O DANO AMBIENTAL COMO ENSEJADOR DE RESPONSABILIDADE CIVIL.

[475] Nesse sentido, Ramón Martim Mateo, citado por José Afonso da Silva reitera que "se utiliza decididamente *Derecho Ambiental* em vez de *Derecho del Meio Ambiente*", p. 9.

Objetivando melhor compreensão das teorias que versam sobre a responsabilidade civil por dano ambiental é imprescindível conceituá-lo. O fundamento da relevância de apresentação de conceito encontra respaldo no pensamento do jurista alemão Robert Alexy. Segundo o autor, quanto maior a clareza analítico-conceitual, maior a racionalidade da ciência. Tal consideração se mostra ainda mais importante nas disciplinas diretamente relacionadas ou sujeitas a experiências empíricas (1997, p.30).

No Brasil o dano ambiental é previsto e definido no artigo 3º, II da Lei 6938/81(Lei da Política Nacional do Meio Ambiente)[476].

Dano ambiental, segundo LEITE e AYALA (2003, p. 34), é "uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamado meio ambiente [...] O dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses". Assim sendo, o dano ambiental para os autores "pode ser compreendido *lato sensu*, abrangendo também todos os componentes do meio ambiente, inclusive o patrimônio cultural" (2003, p.100).

Álvaro Luiz Valery Mirra, em sua obra *Ação Civil Pública e reparação do dano ao meio ambiente*, conceitua o dano ambiental como ofensa ao macrobem, de titularidade difusa e indisponível que, segundo o autor:

> Pode ser definido como toda degradação do meio ambiente, incluindo os aspectos naturais, culturais e artificiais que permitem e condicionam a vida, visto como bem unitário imaterial coletivo e indivisível, e dos bens ambientais e seus elementos corpóreos e incorpóreos que o compõem, caracterizadora da violação do direito difuso fundamental de todos à sadia qualidade de vida em um ambiente são e ecologicamente equilibrado(2002, p.89).

Amelise Monteiro Steigleder, sintetizando o pensamento de Jorge Bustamante Alsina, apresenta a idéia que o dano ambiental, tutelado pelo direito ambiental de natureza eminentemente difusa, pode compreender também a ofensa a direito específico de alguém. Nesse sentido:

---

[476] Art. 3º. Para fins previstos nesta lei entende-se por:
I [...]
II – Degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente.

> O conceito de dano ambiental pode designar tanto o dano que recai sobre o patrimônio ambiental, que é comum à coletividade, como aquele que se refere ao dano por intermédio do meio ambiente ou dano em ricochete a interesses legítimos de uma determinada pessoa, configurando um dano particular que ataca um direito subjetivo e legitima o lesado a uma reparação pelo prejuízo patrimonial ou extrapatrimonial (ALSINA *apud* STEIGLEDER, 2004, p. 117).

O Brasil adota a proteção ambiental em sentido amplo, admitindo como vítimas do dano ambiental não só o meio ambiente, macrobem indisponível, indivisível e de titularidade difusa, como também o indivíduo cuja afetação direta ou indireta pelo dano ambiental tenha sofrido prejuízo de alguma espécie. Nesse sentido, a legislação brasileira admite a responsabilidade civil do degradador que, lançando indiscriminadamente substâncias tóxicas em um rio, por exemplo, afeta tanto a coletividade como um todo, titular do direito constitucionalmente assegurado a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como individualmente um ou alguns pescadores, que dependiam economicamente da atividade pesqueira naquelas águas.

O conceito de dano ambiental é importante não só para a identificação das condutas nocivas ao meio ambiente e aplicação das sanções cabíveis aos responsáveis, como também para a compreensão de que a ofensa ao *oikos*[477] acaba por comprometer a qualidade de vida e a própria dignidade humana. A expressão meio ambiente, conforme já exposto, não se limita aos fatores naturais, mas também contempla os elementos artificiais e culturais. Porém, conforme bem explana Norberto Bobbio, "o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído" (1992, p. 76).

A expressão dano ambiental é utilizada no presente trabalho em seu sentido mais amplo, compreendendo áreas de domínio público ou privado. Como consectário dos princípios da precaução e prevenção, também pode se ampliar compreensão de dano ambiental como sendo risco de dano ou potencialidade de dano ambiental.

Mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei 6938/81 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente já versava sobre a responsabilidade civil por dano ambiental em seu artigo 14, §1º que dispõe: "sem prejuízo das penas administrativas

[477] Do grego: casa, abrigo, local em que se vive.

previstas nos incisos do artigo, o poluidor é obrigado, **independentemente de culpa**, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiro, afetados por sua atividade". (g.n.). A referida lei adotou a responsabilidade objetiva do agente poluidor, afastando a necessidade de comprovação da culpa. Para a responsabilização do agente basta, nos termos da lei, a conduta, o dano e o nexo de causalidade, não se admitindo exceções (escusas) à responsabilidade do agente degradador.

A responsabilidade civil por dano ambiental foi mantida na Constituição Federal de 1988[478], que atribui a qualquer pessoa física ou jurídica o dever de reparar o meio ambiente de quaisquer danos a ele causados. Trata-se de obrigação decorrente da exploração de qualquer atividade danosa ao meio ambiente, entretanto não se resume a ela. A interpretação conforme a hermenêutica constitucional amplia o alcance da norma, não compreendendo somente as atividades lesivas ao meio ambiente, mas também aquelas potencialmente lesivas cujo dano, ainda que não previsível, deve ser evitado pelo explorador da atividade e por todos que dela direta ou indiretamente participem.

2.A SOLIDARIEDADE ENTRE OS CAUSADORES DO DANO AMBIENTAL

Considerando a indivisibilidade do dano ambiental e a impossibilidade de se identificar precisamente a parcela atribuída a cada responsável, de modo a dimensionar com exatidão a responsabilidade pelo dano decorrente, a restituição do meio ambiente ao estado anterior, ou o ressarcimento pecuniário pode ser exigido indistintamente de um, de alguns ou de todos (MIRRA, 2002, p. 203).

Os ensinamentos de NERY (1993, p. 285) apontam entendimento idêntico:

> O causador de dano ambiental é que tem o dever de indenizar. Havendo mais de um causador, todos são solidariamente responsáveis pela indenização, segundo o art. 1.518, *caput*, segunda parte, do CC, que determina a solidariedade na responsabilidade extracontratual, independentemente de concerto prévio, unidade de propósitos, etc [...]

[478] Art. 225 (...)
§3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A justificativa para a adoção da responsabilidade solidária decorre da própria natureza do direito ambiental – macrobem indivisível. A solidariedade encontra amparo na idéia de fraternidade advinda da Revolução Francesa de 1789 e se justifica *in concreto* na impossibilidade de se atribuir a cada agente a parcela cabível do dano provocado. Donald Armelin *apud* MIRRA esclarece que a solidariedade não encontra razão em sendo identificável a responsabilidade de cada agente na ocorrência e sendo esta mensurável segundo a atuação de cada um. Nesse sentido explana o autor:

> As várias causas da poluição podem ser independentes entre si ou manterem vinculação mais ou menos intensa. Assim, há que se distinguir: inexistindo vínculos entre as causas da poluição, ou seja, sendo perfeitamente possível separar os efeitos pertinentes a cada uma das causas, não há como se falar em solidariedade entre seus agentes. Diferentemente sucederá, se impossível a dissociação de efeitos com especificação das respectivas causas.(Armelin apud Mirra, 2008, p.13)

Defendendo a teoria do risco integral e a solidariedade do Estado em toda demanda que versar sobre dano ambiental, MILARÉ (2001.,p.425) apresenta entendimento cuja clareza, a despeito das críticas, merece transcrição:

> O Poder público poderá *sempre* figurar no pólo passivo de *qualquer* demanda dirigida à reparação do meio ambiente; se ele não for responsável por ter ocasionado diretamente o dano, por intermédio de um de seus agentes, o será, ao menos solidariamente, por omissão no dever de fiscalizar e impedir que tais danos aconteçam. A propósito, vale lembrar que a Constituição Federal impôs ao Poder Público o *dever* de preservar e defender o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Ao Estado restará, no entanto, voltar-se regressivamente, no último caso, contra o causador do dano e, naquele outro, contra o agente que, por culpa, deu causa à danosidade ambiental. (grifos do autor)

Este é também o entendimento compartilhado por Paulo Affonso Leme Machado (2005, p.328). Ainda sobre a responsabilidade solidária do Estado ensina SILVA (2007, p. 317) que "há quem sustente que o Estado também é solidariamente responsável podendo a ação dirigir-se contra ele que, depois de reparar a lesão, poderá identificar e demandar solidariamente os poluidores (Ferraz, Milaré, Nery Jr, Mancuso)".

Atenta-se, porém, para o fato de que a compreensão extensiva da solidariedade implica na possibilidade de inclusão indiscriminada do Estado como responsável solidário por todo e qualquer dano ambiental provocado por terceiro, sob o fundamento de que ao Estado compete o cumprimento do dever constitucional de promover a defesa do meio ambiente. Esta postura enseja em diversas conseqüências danosas que ao final serão expostas.

3.DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL

Na contramão do posicionamento exposto, entende-se que a responsabilidade civil do Estado por dano ambiental não merece ser tratada como um todo indivisível cuja solução jurídica seja una em todos os casos. Há que se analisar e distinguir os fatos ensejadores da responsabilidade Estatal para, somente então, passar a definir e delimitar sua responsabilidade.

No intuito de melhor analisar a responsabilidade civil do Estado por dano ambiental, faz-se necessário aclarar o objeto de estudo e compartimentá-lo, dividindo a responsabilidade estatal por dano provocado por seu próprio agente e dano provocado por terceiro.

No que concerne à responsabilidade civil do Estado decorrente de dano ambiental provocado por seu agente não se encontra maiores divergências. A responsabilidade civil no caso está diretamente vinculada à identificação do agir ou deixar de agir do agente público, que no desempenho de suas funções institucionais não proceder conforme os interesses ambientais e as disposições de lei.

Entretanto a responsabilidade civil do Estado não se limita à ação norteada pela imprudência, imperícia ou negligência de seus agentes. Tais circunstâncias ensejadoras da culpa, conforme já exposto, sequer precisam ser comprovadas *in concreto*, posto que a responsabilidade civil do estado por danos provocados por seus agentes é objetiva, não cabendo perquirir culpa do agente, notadamente por não comportar discussões acerca da

previsibilidade ou inevitabilidade do dano por ato comissivo ou omissivo. Ao Estado caberá apenas a ação regressiva contra seu agente que, por ação ou omissão desencadeou o dano.

Maiores problemas decorrem da responsabilização solidária do Estado por dano ambiental provocado por terceiro. Dentro deste campo específico, questiona-se a inclusão indiscriminada do Estado no pólo passivo da ação sob o argumento de que é dever do mesmo zelar pela preservação ambiental. A despeito da existência de celeuma entre renomados juristas[479], entende-se que não se pode considerar unicamente a responsabilidade do estado como objetiva, tampouco admitir indiscriminadamente a solidariedade e a responsabilidade fundada na teoria do risco integral. Faz-se necessário o estudo das diversas possibilidades ensejadoras de responsabilidade estatal, de modo a conferir a cada uma delas tratamento condizente. Para tanto, considera-se: a) a responsabilidade solidária do Estado por ação ou omissão de agente público que contribui indiretamente para a ocorrência do dano provocado por terceiro; b) a responsabilidade solidária do Estado decorrente do descumprimento do dever de agir, ainda que não haja concretamente o conhecimento pelo agente estatal da atuação danosa de terceiro, feita na clandestinidade; c) a responsabilidade solidária no Estado nos casos em que tenha agido estritamente conforme a legislação e, ainda assim, não tenha impedido a ocorrência do dano.

No primeiro caso, a responsabilidade Estatal decorreria de um ato ou omissão de um agente que deixando de proceder conforme as determinações legais, ou agindo em desconformidade com as mesmas, acaba com permitir a ocorrência do dano ambiental. É o caso, por exemplo, do policial ambiental que conhecendo a existência de um dano provocado por terceiros não toma as providências necessárias a impedir sua cessação. É ainda, por exemplo, a concessão de licença ambiental por parte do agente público à empresa cujo estudo de impacto ambiental não recomendava a exploração da atividade, por que inexistentes as condições mínimas de operação sem dano ao meio ambiente.

Para estes casos entende-se possível responsabilizar solidariamente o Estado. No primeiro caso ela encontra justificativa na falha do Estado no dever constitucional de proteção

[479]Helli Marques de Oliveira, *apud* SILVA, sustenta que a responsabilidade do Estado por dano provocado por seu agente é objetiva e a responsabilidade solidária decorrente de dano de terceiro depende da prova da atuação culposa do agente estatal, sendo, portanto, subjetiva. O próprio José Afonso da Silva analisa com reservas a responsabilidade objetiva e solidária do estado por dano ambiental provocado por terceiros, tanto sob o aspecto político quando pelo temor de socialização do dano. Entretanto o autor considera de difícil sustentação a responsabilidade civil subjetiva do Estado por dano decorrente de terceiro, posto que implicaria em restrição do dever imposto pela Constituição ao Estado de zelar pelo meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 317.

ambiental. No segundo, a despeito da discricionariedade administrativa sustentada por alguns autores na concessão de licenças ambientais, vislumbra-se atuação imprudente do agente estatal que atua em sentido diverso do que determina a legislação, concedendo indevidamente licença ambiental à indústria que não apresentava condições mínimas de operar em segurança.

Nestes dois exemplos expostos, a responsabilidade do estatal é decorrente de culpa grave do agente estatal, caso em que seria admita a inclusão do Estado como solidariamente responsável pelo dano provocado por terceiro, desde que provada a culpa do agente público. A despeito de entendimento predominantemente contrário que prima pela responsabilidade objetiva, Helli Alves de Oliveira *apud* SILVA (2007, p. 317) sustenta a responsabilidade subjetiva do Estado:

> O artigo 37, §6º da Constituição só admite a responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas de Direito Público por danos causados por seus agentes, nessa qualidade. Portanto, sua responsabilidade por dano de terceiros funda-se na culpa. Só quando ocorra omissão, negligência, imperícia, provadas em relação à atividade causadora do dano ficam elas responsáveis pela reparação.

Defendendo igual posicionamento MELO (1993, p. 463) sustenta a responsabilidade subjetiva do Estado, condicionando-a à prova da existência de culpa grave.

Quando se trata, porém, da omissão Estatal de atividade cuja atribuição lhe competia como, por exemplo, o tratamento do esgoto e a destinação adequada para o lixo urbano, não há que se falar em responsabilidade solidária. Para MIRRA (2008, p. 22) “nestes casos a responsabilidade estatal é direta e sua omissão é a causa, senão exclusiva, pelo menos primeira e principal do dano verificado”. Neste caso também não há que se falar em responsabilidade fundada em culpa, posto que o dano ambiental decorre da atividade do próprio Poder Público e não de terceiro, estando, portanto, sujeito à responsabilidade objetiva. LEITE compartilha do mesmo entendimento “eis que a omissão estatal é causa direta do dano” (2003, p. 205).

Feitas as considerações acerca da responsabilidade do Estado por dano provocado por seu próprio agente e dano provocado por terceiro, cumpre analisar a responsabilidade do Estado decorrente da falha no dever de fiscalizar, ainda que o ato danoso provocado por

terceiro não tenha chegado ao conhecimento do agente público. Pertinente se faz um questionamento: poderia o Estado ser compelido a responder solidariamente por todo e qualquer dano ambiental com fundamento no descumprimento do dever constitucional de agir, sendo responsabilizado objetivamente inclusive pelo dano ambiental praticado na clandestinidade?

Embora possa parecer hipótese semelhante à do policial que deixa de atuar sendo conhecedor do dano, no segundo caso não há identidade de condutas ante o desconhecimento da existência de ação danosa por parte do agente público. No primeiro caso, o policial que deixa de agir diante de uma agressão conhecida ou esperada comete omissão injustificável que caracteriza culpa grave e culmina com a conseqüente inclusão do Estado no pólo passivo da ação, mediante a prova da omissão no poder de polícia. No segundo, a responsabilidade do Estado advém de evento danoso intentado na clandestinidade. Entende-se por dano cometido na clandestinidade aquele em que o Estado, atuando diligentemente com os contingentes de fiscalização disponíveis não possa identificar ante a vastidão da área territorial sob guarda, por exemplo.

A adoção da teoria da culpa grave ou a do risco integral é determinante para o afastamento ou não da responsabilidade solidária do Estado no caso. Pela teoria da culpa grave ter-se ia a responsabilidade solidária do Estado mediante a comprovação da culpa do policial que deixa de agir conhecendo o dano e a não responsabilização Estado no caso do dano provocado na clandestinidade, por ausência de culpa grave.

A aplicação da teoria do risco integral implica, por sua vez, na identidade de tratamentos jurídicos conferidos aos dois casos, incluindo-se o Estado no pólo passivo da ação com fundamento na responsabilidade objetiva e solidária. Segundo tal teoria, a omissão diante de um fato conhecido ou esperado guarda, ao menos no aspecto da responsabilidade civil, mesmo tratamento jurídico que ausência de atuação escusável, ante a insuficiência de recursos para a promoção da proteção adequada, por exemplo. Segundo Steigleder, tal fato é decorrência de que a teoria do risco integral imputa a responsabilidade com fundamento no risco inerente à atividade, segundo um juízo de probabilidade (2004, p.220)

Na terceira hipótese proposta, estuda-se a possibilidade de responsabilizar, solidária e objetivamente o Estado por ter autorizado a exploração de atividade que, mesmo desenvolvida segundo os padrões exigidos para o atendimento das normas ambientais, gera dano ao meio ambiente. Oportuna outra indagação: pode o Estado, mesmo agindo conforme a

legislação e autorizando o funcionamento de determinada indústria, ser responsabilizado solidariamente no desenvolvimento de atividade lícita e essencial ao desenvolvimento? O entendimento também não é pacífico. Aos que se filiam à responsabilidade civil com fundamento na teoria do risco integral, o Estado pode ser incluído no pólo passivo da ação para responder, solidariamente com o explorador da atividade, pelos danos ambientais fundados nos riscos inerentes à própria atividade. Nesse sentido ensina MELLO:

> O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos nocivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por uma causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseguinte, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito (1996, p. 330).

A teoria do risco integral implica em atribuir ao explorador da atividade (e ao Estado com fundamento na solidariedade) a integral responsabilidade por qualquer dano dela decorrente, independentemente da atuação voluntária do agente, da conformidade de sua atuação com a lei, ou da licitude da atividade autorizada. A responsabilidade é objetiva e não admite exclusões de qualquer natureza, nem mesmo na ocorrência de caso fortuito, força maior, atuação de terceiros e da própria vítima. É revelada pela interpretação do Art 14, § 1º da Lei 6938/81 recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

O estudo ora realizado não permite a adoção da teoria do risco como informante da responsabilidade civil do particular que atua conforme a legislação, tampouco da responsabilidade Estatal que autoriza o exercício de atividade lícita, precedida de prévio estudo de impacto ambiental cujo resultado autorizava a concessão da licença. O estabelecimento de critérios diferenciados é imprescindível posto que “a função da norma é precisamente estabelecer discriminações, valorizando situações e desvalorizando outras, submetida sempre à métrica da razoabilidade” (CASTRO, 2008, p.131).

Contrapondo-se à teoria do risco integral, tem-se a teoria do risco criado, segundo a qual poderiam ser responsabilizadas objetivamente apenas as atividades que demandassem periculosidade e que efetivamente pudessem causar lesão ao meio ambiente. Nos casos em que a atividade não é potencialmente danosa, a teoria do risco criado comporta as excludentes

de responsabilidade. Entretanto a interpretação mais formalista da Lei 6938/81 não admite valoração acerca do risco da atividade, admitindo amplamente a responsabilidade objetiva tanto para o desenvolvimento de atividades que importem riscos ambientais, como para aquelas em que o risco não é inerente (STEIGLEDER, 2004, p.199)[480].

Prossegue a autora tecendo importantes considerações acerca da teoria do risco integral, que ora são ora transcritas:

> A teoria do risco integral supõe que a mera existência do risco gerado pela atividade, intrínseco ou não a ela, deverá conduzir a responsabilização. [...] Basta que o dano possa estar vinculado à existência do fator risco, o qual será imputado "causa" do dano, pelo qual qualquer evento condicionante é equiparado à causa do prejuízo, sem a exigência de que este seja uma conseqüência necessária, direta e imediata do evento. Fundamenta-se na adoção do mero fator risco (STEIGLEDER, 2004, p. 204)

Em magistral exposição acerca dos efeitos negativos da aplicação indiscriminada da responsabilidade solidária do Estado por dano de terceiro, sustenta Álvaro Luiz Valery Mirra:

> A objeção que tem sido levantada, aqui, é a de que, acionar indiscriminadamente o Estado, em caráter solidário com o terceiro degradador, pela sua omissão em fscalizar e impedir a ocorrência do dano ambiental, significaria, no final das contas, transferir à própria vítima da degradação – a sociedade – a responsabilidade pela reparação do prejuízo, com todos os ônus daí decorrentes, quando , na verdade, a regra deve ser da individualização do verdadeiro e principal responsável, evitando-se, assim, com isso, indesejável socialização dos encargos necessários à reparação de danos ambientais praticados por particulares – pessoas físicas e jurídicas – que podem ser determinados (2008, p. 19).

[480] Amelise Monteiro Steigler aponta que Benjamim, Athias, Cavalieri Filho, Milaré, Nery Junior e Ferraz

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada permite concluir que o acolhimento da doutrina da responsabilidade objetiva do Estado por todo e qualquer dano ambiental não aparenta ser a melhor solução para os problemas do meio ambiente, tampouco a aplicação pura e simples da teoria do risco integral o é. Para atribuir de forma equânime a responsabilidade civil por dano ambiental faz-se necessário fixar critérios lógico-jurídicos, a fim de que indiscriminada responsabilização do particular e do próprio Estado não cause efeitos reversos como o desestímulo ao crescimento econômico e a ausência de investimento público em obras de infra-estrutura, igualmente necessárias à sadia qualidade de vida.

Não se trata de priorizar critérios econômicos em detrimento da proteção ambiental, ou observar o problema ambiental sob a ótica puramente antropocentrista. Trata-se de responsabilizar efetivamente o causador do dano ambiental, evitando a impunidade, bem como impedindo a indiscriminada responsabilização de qualquer agente público ou privado que não tenha dado causa à degradação ambiental.

A inclusão do Estado no pólo passivo da ação depende, pois, de classificação própria da natureza e extensão da responsabilidade civil.

Conclui-se com o presente estudo, que a responsabilidade objetiva do Estado incide sobre os danos por ele provocados no desempenho das atividades que lhe são próprias ou ainda por pessoas jurídicas de direito privado que explorem função pública (concessionária de serviço público, permissionário etc). A responsabilização solidária do Estado por dano ambiental provocado por terceiros melhor se acomoda, a despeito do entendimento contrário já externado, na responsabilidade fundada na culpa do agente.

A teoria do risco integral implica na impossibilidade de consideração das excludentes de responsabilidade. Sua adoção como informante da responsabilidade civil em face do particular que explora a atividade e dela extrai lucro tem encontrado acolhimento, sendo adotada inclusive para ensejar a responsabilização pós-consumo[481]. Entretanto conclui-se da pesquisa feita que não é possível aplicar a teoria do risco integral como fundamento da responsabilidade solidária estatal, sob pena de se atribuir ao Estado a obrigação decorrente de toda e qualquer atividade explorada que implique (ainda que apenas potencialmente) em risco

[481] A responsabilização pós-consumo tem sido adotada para determinar que industrias de pilhas e baterias, pneus, agrotóxicos, entre outras, sejam compelidas a recolher e dar destinação própria aos rejeitos de seus produtos. Tal princípio foi inclusive fundamento de decisão proferida em Ação Civil Pública que condenou indústria de refrigerantes a recolher embalagens tipo “pet”determinou à indústria de refrigerantes TJPR. Apelação Cível 18652100, 8ª Câmara Cível. Rel. Dês. Ivan Bortoletto, j. 05.08.2002.

ambiental. Aplicar ao Estado a teoria do risco integral, responsabilizando-o solidária e irrestritamente por dano ambiental causado por terceiro implica em socializar o dano ambiental, ou seja, transferir à sociedade, mediante a utilização de recursos públicos, a obrigação de reparar dano produzido por terceiro.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de los Estúdios Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4a reimpressão. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: 2ª ed. 2008.

CASTRO, Celso Luiz Braga de. Reparabilidade do dano ambiental – aspectos polêmicos**.** In AGRA, Walber de Moura et out.(coord) **Constitucionalismo – os desafios do terceiro milênio.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELO, Celso Antonio Bandeira de.**Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** 5.ed. São Paulo: RT, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____.A noção do poluidor na Lei 6938/81 e a questão da responsabilidade solidária do Estado pelos danos ambientais causados por particulares. In MARQUES, José Roberto (Org.) **Leituras Complementares de Direito Ambiental.** Salvador: Podium, 2008.

NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria B.B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In BENJAMIN, Antonio Herman (Org.) **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em:<http://www.vitaecivilis.org.br/anexos/Declaracao_direitos_humanos.pdf> acesso em: 15 set. 2008.

_____. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (Declaração de Estocolmo)** Disponível em: <http://www.vitaecivilis.org.br/anexos/Declaracao_Estocolmo_1972.pdf> acesso em: 15 set. 2008.

SÁ, Elida e CARRERA, Francisco.**Planeta Terra: uma abordagem de Direito Ambiental.** Rio de Janeiro. Lumen Juris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito ambiental constitucional.** 6.ed. São Paulo:Malheiros, 2007.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental – As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993).

A REMISSÃO DA PENA À LUZ DA ATIVIDADE LABORATIVA, ENFOQUE NA RESSOCIALIZAÇÃO DO CONDENADO

Daniel Gatzk de ARRUDA[482]

Luiza Rodrigues Minghini de CAMPOS[483]

RESUMO

A pena privativa de liberdade é uma das bases na qual se fundamenta o sistema penal, pois nela se garante a possibilidade de punir o infrator da lei, da sua conduta contraria ao ordenamento. Porém, é direito do autor do tipo ser reintegrado à sociedade, após o cumprimento da pena imposta, e para que isto ocorra de forma eficaz é importante seguir algumas etapas no processo de execução da pena que colaboram tanto na reinserção à sociedade, quanto em tentar evitar a reincidência. São estas etapas que serão tratadas no presente artigo, no tocante ao trabalho do preso, do direito à remição da pena a partir dos dias trabalhados, e quando o Estado, por sua ineficácia estrutural, deixa de fornecer condições para o indivíduo exercer a atividade laboral que lhe é garantida por lei e, por consequência, ficar a mercê por negligência estatal. Finaliza com a análise da possibilidade de tempo remido pelo trabalho artesanal, como alternativa encontrada em locais em que se torna inviável o fornecimento de trabalho por parte da estrutura penitenciária, garantindo ao presidiário, em termos, o direito à remição e a remuneração, além do cumprimento da pena com maior dignidade, estimulando a reintegração na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: negligência estatal; remição; direito do preso; trabalho artesanal; ressocialização;

ABSTRACT

The custodial sentence is one of the basis, in which the penal system is grounding, because it ensure the possibility to punish de lawbreaker, from your behavior against the legal order. However, it is an entitlement for the lawbreaker to be reintegrated into the society, after serve the sentence imposed, and for it to occur efficiently is important to track some steps on the sentence execution process that will help, both in the reintegration into the society and in the

[482] Daniel Gatzk de Arruda: Advogado, bacharel em direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: danielsetti@gmail.com

[483] Luiza Rodrigues Minghini de Campos: Estudante, acadêmica do terceiro ano de direito na Universidade do Norte do Paraná. E-mail: minghiniluiza@gmail.com

avoiding the relapse. This article will approach this two steps, regarding the prisoner work, of his entitlement to the remission of the penalty from days worked, and when the State, for its structural ineffectiveness, ceases to provide conditions to the prisoner do the labor activity that is ensured to it by the law, and therefor at the mercy of the state negligence. It ends with the analyses of the possibility to remission the penalty from the craftsmanship, as an alternative for places where in unviable the work provision from the penitentiary structure, ensuring to the prisoner some entitlement to the remission and remuneration, and the enforcement of the sentence with more dignity, promoting the society reintegration.

KEYWORDS: state neglect; remission; entitlement of the prisoner; craftsmanship; resocialization;

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem a finalidade de fazer uma abordagem sobre o sistema penal, na área de execução da pena, no que diz respeito ao trabalho do preso e sua possibilidade de remição da pena, bem como a negligência, por parte do Estado, em fornecer poucos recursos para a real eficácia na reintegração do apenado à sociedade. A crise no sistema carcerário é cada vez mais intensa e evidente, perdendo sua função originária, que é a retirada do infringente da norma do convívio social, para um período de reabilitação e posteriormente reinseri-lo. O Estado não fornece condições apropriadas para a reeducação e visa somente à punição intensa e imediata ao autor do fato, com sua segregação do meio social, ficando apenas no plano das ideias a preparação do condenado para o retorno ao convívio social.

As penas privativas de liberdade são executadas de maneira progressiva, em conformidade com o Art. 33, § 2º, do Código Penal Brasileiro, ou seja, o preso inicia seu cumprimento de pena em um tipo de regime (fechado, semiaberto ou aberto) e de acordo com sua conduta e seus méritos poderá galgar regimes menos rigorosos e, paulatinamente, a liberdade. Uma das condutas é o trabalho obrigatório, objeto de tópico no presente trabalho, que deve ser exercido pelo preso, obrigatoriamente, com finalidade educativa e produtiva, na forma do art. 28 da Lei 7.210/84 de Execução Penal, e não como trabalho forçado que é, inclusive, proibido pela Constituição Federal por ferir o princípio da dignidade humana. Ademais, também atrelado a este tema está o direito do preso em de ter os dias da pena remidos a partir do trabalho realizado na prisão, garantido pelo art. 126 da lei 7.210/84.

Busca-se, também, através deste artigo, demonstrar a realidade do sistema prisional brasileiro, no quesito de infraestrutura para a realização do trabalho do apenado, direito seu e dever do Estado em fornecer. O que gera questionamento sobre se o preso poderá ficar sem o direito à remição da pena pelo trabalho por negligência estatal. Acredita-se que é por este motivo que o sistema prisional se encontra em uma grave crise, de difícil solução, vez que é de seu interesse (Estado) que o indivíduo volte recuperado para o convívio, tentando evitar, assim, a posterior reincidência.

E, por último, não menos importante, a possibilidade da remição pelo trabalho artesanal, em locais em que o Estado não fornece estrutura para o trabalho dentro do cárcere, possibilitando um cumprimento de pena digno e estimulando ao preso a produzir mais, ser remunerado, e ter maior vontade de se tornar uma pessoa melhor, para voltar a viver em sociedade.

Cumpre salientar que as proposições apresentadas neste artigo não pretendem encerrar o debate sobre quaisquer destas questões, mas sim promover uma discussão sobre a qualidade do sistema prisional, sua estrutura para receber o preso, e a influência que o trabalho, desempenhado na prisão, exerce sobre o indivíduo e sua reinserção na sociedade.

1 ANÁLISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E A INFLUÊNCIA DO TRABALHO NO CUMPRIMENTO DA PENA.

O sistema prisional brasileiro é baseado no sistema progressivo inglês, criado pelo Capitão da Marinha Real, Alexander Maconochie, que consistia em três etapas, Rogério GRECO (2012, p. 479) explica:

> No primeiro deles, conhecido como período de prova, o preso era mantido completamente isolado, a exemplo do que acontecia no sistema pensilvânico; como progressão ao primeiro estágio, era permitido o trabalho comum, observando- se o silêncio absoluto, como preconizado pelo sistema auburniano, bem como o isolamento noturno, e, o terceiro período permitia o livramento da condicional.

No Brasil, as penas privativas de liberdade são executadas de forma progressiva (art. 33, § 2º, Código Penal), ou seja, o preso pode mudar de regime mais severo para o menos

severo e, posteriormente, alcançar a liberdade, se preencher os requisitos necessários no momento da progressão do regime, que são a boa conduta do agente, o seu mérito, e a quantidade de tempo cumprido do regime estabelecido inicialmente. Observa-se que o sistema inglês era extremado e abusador, mas tinha uma inovação que era a possibilidade de galgar melhorias no cumprimento da pena. O sistema adotado hoje, no Brasil, traz uma maior perspectiva ao preso, de que sua boa conduta lhe trará benefícios no cumprimento da pena, estimulando-o a ser melhor, como GRECO (2012, p.495) consagra:

> A progressão é um misto de tempo mínimo de cumprimento da pena (critério objetivo) com o mérito do condenado (critério subjetivo). A Progressão é uma medida político criminal que serve de estímulo ao condenado durante o cumprimento de sua pena. A possibilidade de ir galgando regimes menos rigorosos faz com que os condenados tenham esperança de retorno paulatino ao convívio social.

O trabalho é uma forma de estimular o preso, para melhorar sua conduta, e também de trazer maior eficácia no seu posterior retorno à sociedade. É um direito do preso poder exercer uma atividade laborativa, que tem finalidade produtiva e educativa, garantido pelo art. 28 da Lei 7.210/84 de Execução Penal. Vale destacar que o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho interno, resguardadas à sua capacidade e aptidão (art. 31 LEP). O trabalho obrigatório não se confunde com trabalhos forçados, uma vez que já é extinta a escravidão e este subentende uma prática de violência no caso do seu descumprimento, ferindo um dos princípios basilares da Constituição Federal, que é o Princípio da Dignidade Humana e o art. 5º, XLVII, c, que veda a pena de trabalhos forçados.

O trabalho executado pelo condenado é remunerado, não sendo possível exigir do preso que trabalhe sem uma contraprestação, de acordo com o art. 29 da LEP. A remuneração não pode ser inferior a ¾ do salário mínimo, e o valor recebido tem uma finalidade específica, que consiste em indenizar os danos causados, se não foram indenizados por outro, assistência familiar, despesas pessoais e o ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado. No que tange à carga horária, o art. 33 da LEP, define que a jornada de trabalho não será inferior a seis horas e nem superior a oito horas, com descanso nos domingos e feriados, podendo ser atribuído horário especial. O trabalho do preso também não está sujeito à Consolidação das Leis Trabalhistas, uma vez que o trabalho faz parte da execução da pena.

O Trabalho dignifica o cumprimento da pena, tendo uma extrema importância e influência no comportamento do preso, como aduz GRECO (2012, p. 505) “A experiência demonstra que nas penitenciárias onde os presos não exercem qualquer atividade laborativa o índice de tentativas de fuga é muito superior ao daquelas em que os detentos atuam de forma produtiva”.

Além da remuneração, o trabalho também possibilita a remição da pena, ou seja, de acordo com o art. 126 da LEP, a cada três dias trabalhados o preso tem direito de remir um dia da pena. Como preleciona NUCCI (2013, p. 311)

> Remição trata-se do desconto na pena do tempo relativo ao trabalho ou estudo do condenado, conforme a proporção prevista em lei. É um incentivo para que o sentenciado desenvolva uma atividade laborterápica ou ingresse em curso de qualquer nível, aperfeiçoando sua formação. Constituindo uma das finalidades da pena a reeducação, não há dúvida de que o trabalho e o estudo são fortes instrumentos para tanto, impedindo a ociosidade perniciosa no cárcere.

O benefício da remição pelo trabalho só se aplica aos condenados que estão cumprindo a pena no regime fechado ou semiaberto, uma vez que, no regime aberto o trabalho se torna indispensável para preencher as regras do regime. Segundo MIRABETE (1990, p.320.) “A remição é um direito privativo dos condenados que estejam cumprindo a pena em regime fechado ou semiaberto, não se aplicando, assim, ao que se encontra em prisão albergue, já que a este incumbe submeter-se aos papéis sociais e às expectativas derivadas do regime, que lhe concede, a nível objetivo, a liberdade do trabalho contratual”.

O trabalho é um importante instrumento utilizado pelo direito para tentar ressocializar o praticante da conduta delituosa, e mesmo que ele seja obrigatório, para o condenado em pena privativa de liberdade, sendo, assim, um dever, ao agregá-lo com a possibilidade de remição da pena, ele se transforma em um direito, o direito de trabalhar para conseguir diminuir o tempo na prisão, fortalecendo mais ainda a possibilidade do retorno ao convívio social de forma saudável.

Pela breve análise, conclui-se que o trabalho é um estímulo ao preso em se tornar uma pessoa melhor, é um instrumento psicossocial, que deve ser amplamente utilizado pelo Estado, para tornar mais efetivo o sistema prisional. Não que cesse aí o problema deste

sistema, mas é um forte elemento para melhorar sua eficácia, no que tange ao retorno social do indivíduo.

2 RESPONSABILIDADE ESTATAL NA ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO.

O trabalho exercido pelo preso é tanto um direito, quanto um dever, e deve ser garantido pelo Estado, para que se tenha dignidade no cumprimento da pena. Porém, o Estado possui estruturas falhas e, nem sempre, por sua má administração, consegue cumprir com seus deveres garantidores, negligenciando o sistema prisional e, consequentemente, deixando a parcela social de carcerários à mercê de sua incapacidade, ou seja, não possibilita de forma eficaz o cumprimento da pena, muitas vezes por causa do excesso de presos na cela, falta de estrutura para o trabalho interno, abuso de autoridade por parte daqueles que detêm o poder, dentre tantos outros problemas que assolam o sistema penitenciário brasileiro e impede de ser um sistema eficiente e reestruturador da sociedade.

O Estado, muitas vezes, não garante a estrutura e o fornecimento de trabalho para o preso, e este fica sem o seu direito à remição, uma vez que, não conseguiu trabalhar por negligência estatal. Posicionando- se, GRECO (2012, p. 490):

> O trabalho é um direito do preso, segundo o inciso II do art. 41 da Lei de Execução Penal. Por essa razão, se o Estado, em virtude de sua incapacidade administrativa, não lhe fornece trabalho, não poderá o preso ser prejudicado por isso, uma vez que o trabalho gera o direito à remição da pena, fazendo com que, para cada três dias de trabalho, o Estado tenha que remir um dia de pena ao condenado. Se o Estado não está permitindo que o preso trabalhe, este não poderá ficar prejudicado no que diz respeito à remição de sua pena. Assim, excepcionalmente, deverá ser concedida a remição, mesmo que não haja efetivo trabalho.

No entanto, há entendimento de parte da doutrina de que conceder remissão de pena ao preso que não trabalhou, mesmo que por culpa exclusi'va do Estado que não forneceu trabalho, é uma alternativa falha de suprir uma falta do Estado, uma vez que, o intuito do trabalho é tornar o apenado uma pessoa melhor, para seu retorno à sociedade, conceder a remição sem que o preso tenha merecido, é o mesmo que não colaborar para a eficácia da reeducação carcerária, que é uma das funções básicas do sistema prisional. Assim, o

condenado não poderia ser prejudicado pela negligência estatal, mas não poderia auferir benefícios a partir dela. De acordo com CAPEZ (2011, 415) “O preso que pretende trabalhar, mas não consegue porque o estabelecimento não lhe oferece condições (como no caso de cadeias superlotadas), não tem direito ao desconto, pois a mera vontade de trabalhar não passa de um desejo, uma boa intenção, uma mera expectativa de direito. Para ter acesso ao benefício é imprescindível o efetivo trabalho”.

E segundo NUCCI (2013, p. 311)

> Se o Estado não providencia trabalho ou estudo ao preso, falha no seu dever de manter e fazer funcionar a contento o estabelecimento penitenciário sob seu controle e administração. Esse vício dá ensejo à propositura do incidente de desvio da execução. Cabe ao magistrado utilizar seu poder de fiscalização para obrigar o órgão competente a tomar as medidas cabíveis a suprir a deficiência. Porém, não podemos aceitar, como tempo remido, o período passado em pleno ócio por parte do sentenciado. Fosse admissível, desvirtuar-se-ia a finalidade da remição, que é a redenção plena pelo esforço pessoal.

Esses doutrinadores apontam que uma maior fiscalização por parte do juiz de execução, com a estrutura penitenciária, cobrando os órgãos competentes a encontrarem uma solução alternativa, para que o Estado consiga suprir de forma digna sua carência, e, também, a humanização das sentenças, ou seja, a análise individual, no caso concreto, de cada execução penal, de acordo com os méritos e circunstâncias em que se encontram os presos, seria uma forma de melhorar, e, não acabar, com os problemas existentes no sistema prisional.

Vale dizer, ainda, que o próprio Estado dispõe na Lei de execução Penal, no art. 36, a possibilidade do condenado ao regime fechado, o trabalho externo, ou seja, fora do estabelecimento prisional, com algumas regras, as quais são serviço ou obras públicas realizadas por órgãos de administração direta ou indireta, ou entidades privadas, tomando as devidas precauções contra a fuga. Como assinala NUCCI (2013, p. 207) “Trabalho externo não deve ser regra, mas exceção. O ideal, como viemos defendendo em notas anteriores, é que o Estado providencie, dentro dos estabelecimentos penais (regimes fechado e semiaberto), as condições e instalações necessárias para o desempenho do trabalho obrigatório dos sentenciados.” O trabalho externo é uma alternativa encontrada pelo Estado em suprir sua

deficiência, se cumprido de maneira eficiente, pode trazer benefícios, tanto para o preso, pois, também concede a remição por dia trabalhado, e, ainda há remuneração, quanto para a sociedade, que se beneficia com a reeducação do preso e sua futura reintegração.

No que tange à responsabilidade do Estado em fornecer estrutura para o preso poder trabalhar, segue o seguinte acordão:

> Ementa: EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. REMIÇÃO. META ESTABELECIDA PELO SISTEMA INVIÁVEL DE SER ALCANÇADA. CULPA EXCLUSIVA DO ESTADO. RESTABELECIMENTO DA DECISÃO DE 1º GRAU. ORDEM CONCEDIDA. **I - A remição pelo trabalho é concedida à razão de 3 dias de trabalho para cada dia remido de pena, com jornada diária de 6 a 8 horas. Portanto fica remido 1 dia de pena para cada 18 a 24 horas de trabalho, funcionando o instituto como incentivo ao preso para que busque seu aprimoramento como forma de facilitar o convívio socioeconômico em liberdade. II - Não alcançando o preso a meta de trabalho estabelecida pelo sistema penitenciário por culpa exclusiva do Estado, não pode o apenado ser penalizado pela deficiência estatal.** III - Decisão de 1º grau restabelecida. IV - Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HC 178.876/ RS. Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJE 14/10/2011). (grifo nosso).

Assim, verifica-se que o Poder Judiciário brasileiro possui entendimento de que o preso não pode ser penalizado pela deficiência estatal, possibilitando a remissão da pena nos lugares onde o Estado não fornece atividade laborativa ao preso.

Dessa maneira, como o trabalho é uma das formas mais eficazes de reestruturação social, é imprescindível que o Estado garanta, de uma maneira ou de outra, a sua execução, uma vez que é de grande interesse da sociedade que o preso, que anteriormente foi segregado do convívio social, volte reabilitado e capacitado para viver da melhor maneira possível, tentando diminuir, também, a chance de sua reincidência.

3 O TRABALHO ARTESANAL, UMA ALTERNATIVA PARA O DIREITO.

A Lei de execução penal dispõe em seu art. 32.:

> "Art. 32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.
>
> **§ 1º Deverá ser limitado, tanto quanto possível, o artesanato sem expressão econômica, salvo nas regiões de turismo..."** (grifo nosso)

Como aduz Marcelo Uzeda de FARIA (p.39) "Salvo naquelas regiões em que a atividade econômica seja fortemente ligada ao turismo, deve-se evitar o artesanato sem valor comercial. Tal medida se justifica porque o objetivo do trabalho do preso não é dar-lhe um mero "passatempo", mas prepara-lo para a reinserção no mercado de trabalho." (grifo do autor).

O trabalho artesanal sem expressão econômica é vedado pela LEP, porque não prepara o preso para o retorno à sociedade, somente evita a ociosidade oriunda do cárcere, sendo assim, não há o direito a remição da pena. Porém, há um crescimento na atividade artesanal, com valor econômico significativo, não restrito a regiões de turismo, podendo assim, por analogia ser comparado ao trabalho produtivo do preso, e sendo possível a concessão da remição por parte do magistrado.

Como ensina Juarez Cirino dos SANTOS (2012, p.483):

> Idêntica analogia deve existir entre trabalho produtivo e trabalho artesanal para efeito de remição parcial da pena, na hipótese de inexistência de trabalho produtivo na instituição penal: afinal, o direito ao trabalho não constitui faculdade ou privilégio do condenado, mas dever social e condição de dignidade humana, nos termos da definição legal (art. 28, LEP). Por isso, se o condenado pretende cumprir o dever social de trabalhar, promovendo a própria dignidade humana, então o direito de remir parcialmente a pena privativa de liberdade pelo trabalho não pode ser cassado ou denegado pela administração penitenciária, sob alegação de inexistência de trabalho produtivo no estabelecimento penal. Nessa hipótese, parece suficiente a comprovação substitutiva de trabalho artesanal para remição de 1 dia de pena, a cada 3 dias em que o condenado se apresentar para o trabalho produtivo – porque dignidade humana não é simples garantia legal, mas um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O trabalho artesanal, pode se tornar uma alternativa, para os locais em que o Estado, inviabiliza o trabalho interno e externo do preso, por falta de estrutura, possibilitando ao encarcerado, exercer uma atividade laboral eficiente, que se assemelha a atividade de produção, garantindo o cumprimento da pena com maior dignidade, pois, este, também traria os benefícios oriundos do trabalho produtivo, que são a reestruturação psicossocial do apenado, a remuneração e o direito à remição.

A fiscalização do trabalho artesanal fica por parte do diretor da prisão, ou da penitenciária, este fornece um atestado para comprovar a atividade laboral exercida pelo detento, e considera a cada 6 horas trabalhadas, como um dia, e a cada três dias trabalhados, um dia remido da pena, de acordo com o art. 33 da LEP, a jornada de trabalho não pode ser inferior a seis horas e nem superior a oito horas, se o preso trabalhar oito horas diárias, conta-se seis horas como um dia, e às duas horas restantes, acumulam- se, para contagem posterior. Como pontua Fernando CAPEZ (2011, p. 415) "'A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público' (LEP, art. 126, § 3º). Somente pode ser considerada, para os fins de remição, a jornada completa de trabalho, ou seja, aquele que trabalhar menos de 6 horas em um dia não terá direito ao desconto; por outro lado, não é possível ao condenado aproveitar o que exceder a 8 horas de trabalho em um dia". (grifo do autor).

Diante da importância do atestado da autoridade diretora do estabelecimento prisional, para a comprovação da atividade laboral, para a concesssegue alguns julgados do Tribunal de Justiça do Paraná:

> RECURSO DE AGRAVO EXECUÇÃO PENAL REMIÇÃO DA PENA ARTESANATO ATESTADO DE REALIZAÇÃO DE ATIVIDADE LABORAL E CONTAGEM DE TEMPO PELO DIRETOR DO PRESÍDIO LEGITIMIDADE DA DECLARAÇÃO PELA PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE FÉ PÚBLICA EFEITOS RESSOCIALIZADORES DO TRABALHO CARCERÁRIO ALEGAÇÃO DE DESVIO NA EXECUÇÃO PELA CONCESSÃO DE PRISÃO DOMICILIAR IMPOSIÇÃO DAS CONDIÇÕES DO REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DO SEMIABERTO ENQUANTO AGUARDA REMOÇÃO PARA A COLÔNIA PENAL AGRÍCOLA CORRETA A CONCESSÃO PELO JUÍZO "A QUO" DECISÃO MANTIDA RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1- **O atestado fornecido pelo diretor da cadeia é meio idôneo a**

comprovar a atividade laboral do detento, haja vista a presunção de fé pública. 2 - Uma das funções do trabalho no meio carcerário é proporcionar uma futura reintegração do condenado ao meio social, de forma com que o preso, por meio da atividade produtiva e honesta, consiga ser ressocializado e aprenda a viver em comunidade respeitando as regras vigentes na sociedade. 3. O réu não pode aguardar em regime mais gravoso sua implantação no regime semiaberto, visto que caracterizaria constrangimento ilegal. (TJPR - 5ª C.Criminal - RA 869088-4 - Ponta Grossa - Rel.: Marcus Vinicius de Lacerda Costa - Unânime - J. 29.03.2012) (grifo nosso).

RECURSO DE AGRAVO DE EXECUÇÃO - PEDIDO DE ADEQUAÇÃO DE REMIÇÃO DA PENA - DECISÃO QUE CONCEDEU AO SENTENCIADO O DIREITO DE REMIR DA SUA PENA 141 DIAS - AGRAVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ALEGAÇÃO DE QUE A ATIVIDADE DE ARTESANATO NÃO PODE SER ENTENDIDA COMO TRABALHO NA ACEPÇÃO JURÍDICA - LEI DE EXECUÇÃO QUE NÃO VEDA O ARTESANATO - CERTIDÕES DA AUTORIDADE POLICIAL DANDO CONTA SOBRE OS DIAS TRABALHADOS, CARGA HORARIO EXERCIDA, LOCAL DE TRABALHO E RESPONSÁVEL PELA FISCALIZAÇÃO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE - MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE DECLARAÇÃO A REMIÇÃO DA PENA - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1**. "O trabalho artesanal realizado em cadeia pública que não possui infra-estrutura suficiente para oferecer outro tipo de qualificação profissional ao apenado justifica a remição da pena detentiva aplicada, desde que comprovada a atividade laboral por autoridade responsável do presídio."** (RT 742/65). (TJPR - 5ª C.Criminal - RA 808343-8 - Foz do Iguaçu - Rel.: Eduardo Fagundes - Unânime - J. 15.09.2011) 2. **"Documento hábil para instruir pedido de remição de pena é o atestado oficial emitido por autoridade administrativa informando, dia a dia, sobre o trabalho realizado bem como sem o que não deporá (sic) concluir pelo deferimento ou não do número de dias a serem remidos."** (TJPR 5ª C. Crim. AC nº 0331662-9 Rel. Des. Lauro Augusto Fabrício de Melo DJ 01/09/2006). (TJPR - 4ª C.Criminal - RA 833705-7 - Ponta Grossa - Rel.: Carvilio da Silveira Filho - Unânime - J. 15.12.2011) (grifo nosso).

O detento que deseja trabalhar, com a finalidade de remir sua pena, e receber a remuneração, estará colaborando ao seu retorno à sociedade de forma saudável, ao negar a possibilidade de trabalho por ineficiência estatal, estaria usurpando o mínimo da dignidade da pessoa humana, encontrada no trabalho honesto, e garantida pela Constituição Federal, no cumprimento da pena. Por isso, o trabalho artesanal, seria uma alternativa encontrada pelo Direito, nas regiões em que o Estado não possui estrutura para fornecer trabalho produtivo adequado, para garantir o direito à remição e ensinar ao poucos como viver em sociedade novamente.

Como já salientado, os problemas do sistema carcerário não cessam, o trabalho artesanal seria uma alternativa para a falta de estrutura do Estado, para o detento não ser prejudicado de forma mais intensa, principalmente no que tange ao direito de remir sua pena, pois, a falta de espaço, de acomodação para todos, de conforto, de acesso à saúde, à educação e à justiça, são os principais problemas do sistema, impossibilitando o cumprimento da pena privativa de liberdade da forma desejada pela Constituição Federal, que é com inteiro respeito ao princípio da dignidade humana.

CONCLUSÃO

É inegável que a atividade laborativa acende um sentimento de responsabilidade nos indivíduos, não significando demasia conceituá-lo como pilastra da ressocialização e reeducação do encarcerado, principal objetivo da prisão, e que deve ser estimulado e, acima de tudo, garantido.

E recompensando o trabalhador recluso adequadamente por suas atividades laborativas, em consonância com os ditames do Direito e da Justiça, gerará no recluso, na maioria das vezes, um sentimento de que o trabalho “vela a pena” e trará a esperança concreta de que ele conseguirá, após cumprir sua pena, ser realocado na sociedade.

A remição da pena pelo trabalho traz grande ajuda para ressocializar os encarcerados, devendo surgir de dentro das penitenciárias as oportunidades, gerando nos presos a valorização e reconhecimentos como pessoas dignas de confiança e daí serem inseridos na sociedade.

Valorizar o recluso como pessoa humana, dignificando-o mesmo na prisão, é um meio para que ele se regenere.

Diante de tantos argumentos, sobram subsídios para apontar a importância da atividade laborativa para o bom retorno do encarcerado à sociedade, restando ao Estado, também, a necessária, justa e eficaz concessão à remição por atividades artesanais, quando não há outra forma de trabalho disponível, vez que não pode o apenado ser penalizado pela deficiência estatal.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL, Centro de apoio operacional das promotorias criminais, do júri e de Execuções Penais.*http://www.criminal.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1171* acesso em: 29/07/2013.

BRASIL, *Código penal*, Decreto-Lei 2.848 de 07-01-1942. Rio de Janeiro.

BRASIL, *Lei de execução penal*, 7.210 de 11-7-1984. Brasília.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. HC 178.876/ RS. Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, DJE14/10/2011.*https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=201001268950&data=14/10/2011* acesso em: 15/07/2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

FARIA, Marcelo Uzeda. *Execução Penal Lei nº 7210/84*. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 3. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e processuais Comentadas*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A LIBERDADE DE IMPRENSA E O JULGAMENTO DA ADPF N.º 130/DF: AUSÊNCIA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Daniela Martins MADRID[484]
Nathan Barros OSIPE[485]

RESUMO

O presente trabalho estuda a censura no período ditatorial até chegar ao constitucionalismo da atualidade como forma de analisar a colisão e a ponderação de valores constitucionalmente garantidos. Dentro da problemática levantada busca-se, por meio de um olhar crítico, verificar como o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando no caso concreto e, dentro deste objetivo, passa-se a analisar o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 130/DF, que não recepcionou a Lei n.º 5.250/67 (Lei de Imprensa) e que trouxe como um de seus fundamentos a prevalência da "plena" liberdade de imprensa sobre os direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Objetiva-se, também, demonstrar que embora a Constituição Federal de 1988 tenha conferido plenos poderes à liberdade de imprensa esta jamais poderá ser absoluta ao ponto de diminuir e afastar a efetivação dos demais direitos fundamentais – uma vez que aquela precisa ser observada de forma flexível/dúctil – sendo imprescindível averiguar o momento histórico pós-ditadura em que a Constituição Federal foi promulgada e tecer uma interpretação que abrace não só o texto normativo, mas também a realidade e o contexto atual. Além disso, torna-se necessário apontar o domínio e o controle exercido pela imprensa sobre a sociedade sendo indispensável, desse modo, que ocorra um processo de libertação deste cenário, respeitando-se a dignidade da pessoa humana, com uma consequente redemocratização ou regeneração democrática. Para atingir esta finalidade, o trabalho está centralizado/delimitado seguindo os métodos dedutivo e comparativo além das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

[484] Discente do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Professora Universitária, Supervisora de Prática Profissional e Supervisora de Monografia/TC das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente e advogada.

[485] Discente do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Técnico Judiciário da Justiça Federal de Primeiro Grau do Paraná.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de Imprensa. Ponderação de Valores. Supremo Tribunal Federal. ADPF n.º 130/DF. Constituição Federal de 1988. Efetivação de Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This paper studies the censorship during the dictatorship until today's constitutionalism as a way to analyze, the collision and weighting values constitutionally guaranteed. The goal is to see, within the raised issue and through a critical eye, how the Supreme Court is positioning itself in concrete case and, within this goal, shall analyze the trial of Allegation of Disobedience of Fundamental Precept (ADPF) n.º 130/DF, which did not accept the Law n. º 5.250/67 (Law Press) and brought as one of its foundations the prevalence of "full" freedom of the press on the image, honor, intimacy and privacy rights. The purpose is also to show that although the Constitution of 1988 has conferred full powers on freedom of the press that can never be absolute to the extent of reducing and eliminating the enforcement of other fundamental rights – since it must be observed flexibly/ductile – being essential to ascertain the historical post-dictatorship in which the Constitution was issued and weave an interpretation that embraces not only the normative text, but also the reality and the current context. Furthermore, it is necessary to point the domain and the control carried by the press about the company being essential, therefore, that occurs a process of liberation of this scenario, respecting the dignity of the human person, with a consequent redemocratization or democratic regeneration. In order to achieve this purpose, this paper is centralized/delimited following the deductive and comparative methods in addition to the techniques of documentary research and literature.

KEYWORDS: Freedom of the Press. Weighting Values. Supreme Court. ADPF n.º 130/DF. Constitution of 1988. Enforcement of Fundamental Rights.

INTRODUÇÃO

O estudo ora proposto enfocou a censura praticada no período da ditadura militar até se chegar à questão que envolve os choques de valores – previstos na Constituição Federal de 1988 – dentro da sua devida e necessária ponderação, selecionando como material de análise a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 130/DF que não

recepcionou a Lei n.º 5.250/67 (Lei de Imprensa) que estabelecia toda e qualquer forma de censura.

A justificativa e a relevância social de se abordar este objeto de estudo estão relacionadas ao fato de que os argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, na referida ADPF n.º 130/DF, deixaram claro à impossibilidade atual de qualquer forma de censura prévia da atividade da imprensa por parte do Estado, mesmo em face de outros direitos fundamentais – tais como os direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada – que deverão, de acordo com mencionada jurisprudência, ser tutelados em momento posterior, por meio de responsabilização pelos danos e direito de resposta, visão esta que precisa ser revista e superada.

Destarte, a problematização central levantada reside no seguinte apontamento: a Constituição Federal ao prever a "plena" liberdade de imprensa em seu artigo 220, parágrafo 1º teria posto este direito sempre em primeiro lugar em detrimento de outros direitos fundamentais que possam afetar a própria democracia e a dignidade da pessoa humana?

Nesta linha de raciocínio, o objetivo posto em foco foi apontar que os argumentos utilizados pelos julgadores da ADPF n.º 130/DF merecem uma reflexão mais detida e cautelosa, principalmente quando se olha para o quadro atual da imprensa nacional, que há muito vem desempenhando outros papéis além do de informar e servir como alternativa à versão do Estado. Assim, como instrumento formador de opinião nas mãos de poderosos grupos sociais, a mídia tem se desviado da sua finalidade, atuando como meio de alienação, de propagação de falácias, equívocos e exageros.

Dessa forma, o presente trabalho também teve como objetivo afastar os argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, à luz do momento histórico que passou e passa a Constituição Federal de 1988 com um olhar voltado para a "ductilidade" constitucional em que a interpretação e, consequente, aplicação da Constituição Federal devem sempre ser realizadas de maneira flexível para garantir a máxima efetivação de todos os direitos fundamentais previstos formalmente.

Para que fosse possível entender o problema levantado tornou-se vital a delimitação de seu estudo e a sua estruturação da seguinte maneira: análise da censura e do constitucionalismo atual como forma de apontar a colisão e a ponderação de valores previstos e garantidos na Constituição Federal de 1988; estudo do caso concreto: apontamentos sobre o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 130/DF realizado pelo Supremo Tribunal Federal e, por fim, a elaboração de sua análise crítica com a

necessidade de libertação deste quadro atual de monopólio da imprensa em prejuízo da democracia e da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, o presente estudo teve como principal referencial teórico – que serviu como base de sustentação da pesquisa – as ideias trabalhadas por Pietro de Jesús Lora Alarcón, Gustavo Zagrebelsky, Luís Roberto Barroso, Carlos Santiago Nino, Sérgio Cruz Arenhart, Gelson Amaro de Souza, Gilberto Giacóia, Eduardo Cambi, Fernando de Brito Alves, Enrique Dussel e John Rawls.

Como forma de solucionar o questionamento levantado acima, foi utilizado – para a realização do presente trabalho – como método principal/de abordagem o método dedutivo, uma vez que se partiu de uma visão geral sobre a censura brasileira no período ditatorial e a colisão e a ponderação de valores no constitucionalismo da atualidade até chegar ao ponto específico que é a verificação se há ou não aplicação desta teoria pelo Supremo Tribunal Federal, tendo como foco o julgamento da ADPF n.º 130/DF.

Para que se pudesse atingir a finalidade mencionada foi empregado, também, como método acessório o método comparativo visto que foi realizado um estudo comparativo entre o momento pós-ditadura em que foi promulgada a Constituição Federal de 1988 e o período de sua aplicação atual.

Como técnica de pesquisa foi utilizada – como forma de coletar e analisar os materiais pesquisados – a pesquisa indireta bibliográfica (por meio de doutrinas, revistas jurídicas, artigos científicos e demais publicações científicas) e a documental (por meio da análise da jurisprudência ADPF n.º 130/DF, da Lei n.º 5.250/67 – Lei de Imprensa – e da Constituição Federal de 1988).

2 DA CENSURA AO CONSTITUCIONALISMO ATUAL: A COLISÃO E A PONDERAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS

Para as pessoas que viveram o horror da ditadura militar, em que imperava a censura e a repressão, a imprensa livre era vista como um sonho e simbolizaria uma grande conquista. Naquele tempo, toda e qualquer informação passava pelo cunho prévio do Estado, que manipulava as notícias impedindo o cidadão de ter real acesso à verdade.

Neste período, verifica-se que “o objetivo principal era passar à população a ideia de que o país se encontrava na mais perfeita ordem, os jornais foram calados, obrigados a

publicarem desde poesias até receitas no lugar das verdadeiras atrocidades pelas quais o país passava" (SANTANA, 2007, s.p.).

A censura chegou a dominar até mesmo a música popular brasileira[486] que era tratada como algo nocivo pelo Estado, capaz de fazer mal à população por ser considerada como uma ofensa às leis, à moral e aos costumes em geral (SANTANA, 2007, s.p.).

Neste cenário, surge a Lei n.º 5.250/67 – denominada Lei de Imprensa – que passa a representar o grande trunfo e poder do Estado para a censura prévia de qualquer forma de mídia.

Dessa maneira, segundo Daniel Aarão Reis e Denise Rollemberg (2012, s.p.) a censura passa a desempenhar um "papel fundamental na implantação e na consolidação da ditadura, silenciando uns e servindo a outros".

Assim, passaram a existir duas realidades com a censura: de um lado haviam os jornalistas que resistiram ao arbítrio e, de outro, os que estiveram a favor do arbítrio, "louvando em suas páginas *os grandes feitos dos militares, suas conquistas econômicas e a pacificação do país, celebrando a eliminação dos terroristas e dos maus brasileiros que ameaçavam a ordem e o progresso"* (REIS e ROLLEMBERG, 2012, s.p.) (Grifo do autor).

Neste último caso, verifica-se que já era marcante o uso da imprensa como forma de controle social e manipulação da própria democracia, uma vez que a imprensa acabava "vendendo" – sobre o manto da esperada imparcialidade – os objetivos ardis e nefastos de uma mínima parcela autoritária que detinha e controlava o poder.

Contudo, com o advento da Constituição Federal de 1988, que consagrou a Liberdade de Imprensa como um direito "pleno", a referida Lei n.º 5.250/67 passou a ser contestada e foi alvo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 130/DF[487], em que teve como julgamento o reconhecimento da não recepção de mencionada Lei pela atual Constituição.

Todavia, antes de se adentrar ao julgamento da ADPF n.º 130/DF – objeto de estudo do presente trabalho – e traçar uma análise detida e crítica sobre a fundamentação exposta pelo Supremo Tribunal Federal, mister se faz, para uma melhor análise do caso ora proposto, observar o momento constitucional em que se encontra inserida a sociedade brasileira, bem como identificar qual a forma de solução de conflitos entre valores e direitos constitucionalmente garantidos.

---

[486] Cita-se como exemplo a música "Pra não dizer que não falei das flores" de Geraldo Vandré que teve a sua execução proibida pela ditadura militar e que era a mais cantada pelos manifestantes (SANTANA, 2007, s.p.).

[487] Que será analisada mais profundamente no próximo tópico.

Neste ínterim, não se pode deixar de olhar, também, o momento de feitura da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que muitas vezes o teor de suas regras pode ser compreendido analisando-se o contexto histórico em que a mesma foi elaborada.

De acordo com Pietro de Jesús Lora Alarcón (2011, p. 122):

> [...] não há como negar, [...], que a Constituição reproduz normativamente o estágio em que se encontra a luta entre os diversos atores políticos e econômicos de uma sociedade determinada ou que, em últimas, reflete uma decisão sobre a forma de ser do Estado durante uma etapa histórica (Grifou-se).

A relevância dessa luta e das pressões estabelecidas pelos diversos grupos sociais é exposta por Carlos Santiago Nino (2010, p. 7) ao dispor que o direito – como um instrumento de mudanças sociais de natureza variada – "é o reflexo de ideologias e de esquemas valorativos dominantes e enfrenta a resistência de diferentes grupos e de diversas circunstâncias sociais e econômicas".

Prova disso é que, no período da ditadura militar, os atores políticos entenderam que, naquele momento histórico, era necessária a censura por meio da Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67) como uma forma de controle social, uma vez que esta luta retratava a mera ideologia e os valores reinantes de uma esfera minoritária, mas dominante, que detinha e manipulava o poder. Já em outro período histórico – como forma de afastar a censura praticada no período ditatorial e evitar as atrocidades que foram cometidas – surge a Constituição Federal de 1988 consagrando em seu artigo 220[488], parágrafo 1º a plena liberdade de informação e proibindo Leis que pudessem conter dispositivos que fossem contra esta liberdade.

Assim, em cada percorrer da história, é possível observar a evolução e a modificação do direito que caminha ao lado das próprias mudanças sociais. Nesta linha de raciocínio, é possível afirmar que a sociedade modifica o direito e, o direito, por sua vez, altera e afeta a sociedade, sendo este um ciclo interminável e indissolúvel.

---

[488] **Art. 220**. A manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
§ 1.º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5.º, IV, V, X, XIII e XIV.

Destarte, o direito permeia a própria vida social, ou seja, o direito é "marmorizado"[489], está envolto à sociedade e enraizado nela, sendo considerado como um fenômeno, uma vez que ele "existe", é "perceptível" e "onipresente". Destaca-se que, como um fenômeno, o direito possui duas características: ele é um fenômeno histórico e cultural.

Neste patamar, o direito é um fenômeno histórico porque é dialético e está em constante modificação, posto que, o direito nasce, se desenvolve e acompanha a própria sociedade, sendo que a morte do direito se dará com o falecimento do último ser humano.[490]

Além disso, o direito evolui, ou seja, há fatos que antes eram proibidos e hoje não o são mais, como por exemplo, no período da ditadura militar havia censura dos meios de comunicação, uma vez que nem toda informação estava autorizada a ser divulgada e, atualmente, com a Constituição Federal de 1988, isto não se verifica mais.

Soma-se a isso o fato do direito também ser um fenômeno cultural, uma vez que se trata de uma criação/construção humana e não do mundo natural, sendo assim, o direito é um elemento cultural onde constantemente se atribui juízos de valores, tendo em vista que a ação humana é suscetível de infindáveis valorações o que torna o direito, consequentemente, o resultado de um processo construtivo e permanente[491].

Nesta linha de argumentação é importante destacar que:

> [...] muito embora exista uma pluralidade conceitual, é possível afirmar com tranquilidade que o Direito tem natureza social, que é uma criação humana, que obedece a uma lógica resultado da inteligência e da criatividade do ser humano e que é uma construção de alta tecnicidade. É, portanto, resultado da cultura dos povos. Daí poder-se reconhecer que o Direito, embora molde realidades diferentes, é também impactado e moldado por elas. (ALARCÓN, 2011, p. 29) (Grifou-se).

[489] Expressão utilizada pelo Prof.º Pietro de Jesús Lora Alarcón na disciplina Teorias da Constituição ministrada na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), em Jacarezinho/PR no ano de 2012.
[490] Anotações de aula da disciplina Teorias da Constituição ministrada pelo Prof.º Pietro de Jesús Lora Alarcón na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), em Jacarezinho/PR no ano de 2012.
[491] Anotações de aula da disciplina Teorias da Constituição ministrada pelo Prof.º Pietro de Jesús Lora Alarcón na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), em Jacarezinho/PR no ano de 2012.

É por essas influências – no momento de feitura da Carta Constitucional – que o aplicador do direito, durante seu *munus*, deverá exercer seu papel criativo com os olhos voltados para o momento em que vive, sempre tendo em vista a história e a cultura que o rodeia uma vez que nada, absolutamente nada, há ou existirá fora da história. Por este motivo, a Constituição Federal deverá sempre dialogar com as inúmeras realidades ao seu redor.

Segundo Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 9) "lo que cuenta em última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia".

Neste contexto, é importante saber qual a ideia de direito que a sociedade possui e observar que "[...] o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade", ou seja, algo imutável ou "engessado", uma vez que "todos os objetos estão sujeitos à interpretação" sendo que isto é especialmente válido "para o Direito, cuja matéria prima é feita de normas, palavras, significantes e significados" (BARROSO, 2002, p. 351).

Pode-se até mesmo completar a afirmação de Luís Roberto Barroso, feita acima, para dizer que a matéria prima do Direito é constituída também – e, acima de tudo – de pessoas, sendo que cada uma possui as suas infindáveis e diferentes necessidades. Por este motivo, a lei não pode ser um molde rígido e fechado onde será "encaixada" toda e qualquer situação fática, o que acaba por reafirmar a importância da interpretação que nunca poderá conduzir a uma única e definitiva decisão/solução.

Seguindo esta linha de raciocínio é possível retratar que o Direito Constitucional define onde o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça uma vez que terá que fazer uma escolha – e, consequentemente, realizar uma interpretação – dentre as inúmeras possibilidades existentes (BARROSO, 2002, p. 352).

Isso porque a Constituição Federal de 1988 "institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação" (BARROSO, 2002, p. 352).

Por esta razão, é preciso analisar o contexto histórico atual a respeito da aplicação da Constituição Federal de 1988, uma vez que de acordo com Pietro de Jesús Lora Alarcón[492] a Constituição Federal deve ser um ponto de chegada de seus atores e um ponto de saída de

[492] Anotações de aula da disciplina Teorias da Constituição ministrada pelo Prof.º Pietro de Jesús Lora Alarcón na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), em Jacarezinho/PR no ano de 2012.

efetivação dos direitos fundamentais. Desse modo, só se reconhece um Estado de Direito Constitucional quando se estabelece o objetivo de proteger os direitos fundamentais (ALARCÓN, 2011, p. 120).

Desse modo, de nada adianta a mera previsão de direitos eleitos como fundamentais, dentro do rol da Constituição Federal, sem a preocupação com a sua devida efetivação, uma vez que garantir direitos apenas de maneira formal é utopia e está muito longe da real concretização dos direitos fundamentais.

Além disso, não se pode negar que o momento histórico que passa o Brasil é de maximização do alcance da Constituição, tendo em vista que esta "[...] deixou de ser considerada uma mera receita sobre o funcionamento do Estado, de cunho exclusivamente político ou até, documento de meras intenções" (ALARCÓN, 201, p. 121) (Grifou-se).

É importante destacar, neste sentido, o entendimento de Luís Roberto Barroso (2002, p. 379):

> O direito constitucional brasileiro vive um momento virtuoso. Do ponto de vista de sua elaboração científica e da prática jurisprudencial, duas mudanças de paradigma deram-lhe nova dimensão: a) o compromisso com a efetividade de suas normas; e b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional. Passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições, superada a fase em que era tratada como um conjunto de aspirações políticas e uma convocação à atuação dos Poderes Públicos.

Atualmente fala-se inclusive em constitucionalização dos diversos ramos do direito, que deverão ser interpretados a partir do texto constitucional (BARROSO, 2002, p. 380). Assim, a Constituição Federal de 1988 tornou-se o centro do sistema jurídico sendo que todas as demais legislações precisam ser observadas à luz da atual Constituição Federal, o que aumenta o compromisso do Estado em garantir a efetivação dos direitos fundamentais afastando-os da letra morta e descompromissada da lei.

Se, conforme dito acima, o Estado Constitucional é caracterizado por proteger direitos fundamentais (no plural), obviamente que estabelecer um deles como principal[493] em detrimento dos demais[494], ao invés de ponderá-los, não é a atitude esperada do aplicador do direito – uma vez que isso afetaria a própria efetividade e eficácia dos demais direitos fundamentais – mas sim ponderar valores de modo a maximizar o exercício de cada um dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

A "ductilidade" constitucional apresentada por Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 9) convida o aplicador do direito – em especial da Constituição – a não tratar as questões de forma rígida. A aplicação e interpretação Constitucional deverão ser, assim, realizadas de forma flexibilizada de modo a garantir a máxima efetividade de todos os seus princípios e direitos fundamentais, uma vez que a forma jamais poderá ser posta acima do próprio direito.

Neste sentido, Gelson Amaro de Souza (2004) afirma que sempre que o direito estiver em perigo, entre sacrificar o direito material ou sacrificar a forma que seja esta sacrificada. Entre a forma e o direito deve se dar preferência a este.

Neste ponto, a ductilidade ou flexibilidade da Constituição resulta da coexistência harmônica de valores por ela previstos. Afinal, são muitos os valores que orientam a elaboração de um texto Constitucional sendo necessário que eles apresentem-se com um caráter não absoluto (ZAGREBELSKY, 2007, p. 14).

Dessa forma, se de um lado há a liberdade da sociedade, do outro há a necessidade de reformas sociais; de um lado a igualdade perante a lei, de outro o reconhecimento de situações de especialidade; de um lado direitos dos indivíduos e do outro direitos da coletividade; e, de um lado a liberdade plena de imprensa, de outro há os direitos à imagem, à honra, à intimidade e à vida privada. Todos esses valores colocados devem ser ponderados e interpretados de forma flexível, para que se possa chegar ao melhor denominador possível.

Nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho (1991, p. 174), deve haver solidariedade entre os princípios fundamentais, bem como entre as ideias positivadas na Constituição.

Luís Roberto Barroso (2002, p. 370) também defende a ponderação entre princípios constitucionais ou entre direitos fundamentais. Para ele, os critérios de solução de conflitos

[493] Como, por exemplo, o direito à imprensa.
[494] Neste caso os direitos: à imagem, honra, intimidade e vida privada.

normativos (hierárquico, cronológico e especialidade) não solucionam o conflito estabelecido entre princípios constitucionais ou entre direitos fundamentais.

Neste diapasão, é importante destacar que:

> A denominada *ponderação de valores* ou *ponderação de interesses* é a técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. [...] deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. (BARROSO, 2002, p. 371) (Grifou-se).

Uma vez demonstrada à importância da ponderação de valores constitucionalmente garantidos no Estado Constitucional Brasileiro, torna-se de suma importância analisar como o Supremo Tribunal Federal vem aplicando as considerações elencadas acima no caso concreto.

Dessa maneira, selecionou-se – como objeto de estudo – a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130/DF proposta contra a Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67), para que fosse possível fazer uma análise mais detida de seu julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal e, depois, verificar se os julgadores atuaram de acordo com o exposto no presente capítulo.

3 O JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) 130/DF[495]

Frisa-se que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130/DF foi proposta como forma de atacar a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), uma vez que a Constituição Federal de 1988 garantiu a "plena" liberdade de imprensa, ao passo que a referida Lei trazia hipóteses de censura prévia aos órgãos de comunicação, além de outras possibilidades de responsabilização.

[495] STF. ADFF n.º 130/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. Data de julgamento: 30 abr. 2009.

Primeiramente, com relação à adequação, é importante destacar que a ADPF é o instrumento hábil a contestar referida lei, uma vez que a mesma é anterior à Constituição (BARROSO, 2009, p. 301).

Este foi inclusive o entendimento adotado no julgado ora analisado:

> A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação. (STF. ADFF n.º 130/DF. Relator: Ministro Carlos Britto. Data de Julgamento: 30 abr. 2009).

Sobre o assunto, Gilmar Ferreira Mendes (2007, p. 56) assinala que "[...] caberá também a arguição de descumprimento quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal [...] inclusive anteriores à Constituição (leis pré-constitucionais)".

Já no tocante ao mérito, os principais argumentos utilizados pelos ministros, de forma resumida – destacando-se principalmente os que serão analisados no presente trabalho – foram os seguintes:

a) A Constituição teria reservado à imprensa todo um bloco normativo, caracterizando-a como uma instituição-ideia, que tem poder de influenciar as pessoas e formar a opinião pública. De acordo com a fundamentação de referida ADPF a imprensa teria o direito de "controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade", servindo como alternativa à explicação/versão Estatal de todos os fatos que possam emergir dentro da sociedade, sendo que a relevância da imprensa seria reforçada por seu pensamento crítico, que seria aquele "plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas";

b) Além disso, a Constituição teria posto como sinônimos liberdade de informação jornalística com liberdade de imprensa e, assim, qualquer censura prévia estaria afastada dessa liberdade, que seria o penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana e do mais evoluído Estado de civilização;

c) Para os julgadores, a expressão contida no artigo 220, da Constituição Federal – "plena" liberdade de informação – demonstra que este direito (sinônimo de liberdade de imprensa) estaria "à salvo de qualquer restrição em seu exercício";

d) O conflito entre a liberdade de imprensa e os direitos de intimidade, vida privada, imagem e honra, seria de mútua excludência, no sentido de que a primeira se anteciparia aos

demais direitos citados na questão temporal por tratar-se de um sobredireito. Seguindo a fundamentação de referido julgado prevaleceria, antes de tudo, as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado. Assim, teria privilégio, no primeiro momento, à liberdade de imprensa sendo que qualquer tutela dos demais direitos (vida privada, honra, imagem) deveria ser analisada em momento posterior, vedada qualquer forma de censura prévia;

e) De acordo com o julgado, o reconhecimento posterior do segundo bloco de direitos – mediante direito de resposta e responsabilização *a posteriori* – seria suficiente para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa;

f) A imprensa seria, ainda, como uma "irmã siamesa da democracia", o que seria demonstrado por um pluralismo que impede o oligopólio e a monopolização do setor;

g) A regulação Estatal que incidiria no plano das consequências ou responsabilizações seria eficiente para inibir os abusos da imprensa. Também serviriam como antídoto aos abusos da imprensa o próprio padrão de seletividade do corpo social.

Além dos argumentos acima elencados, que serão considerados no capítulo seguinte, o referido acórdão alegou a incompatibilidade material entre a Constituição Federal e a Lei n.º 5.250/67 e a impossibilidade de recepção parcial da mesma Lei, uma vez que a mesma teria sido "ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo *pro indiviso"*.

Uma vez expostos os principais argumentos motivadores da decisão do Supremo Tribunal Federal, a seguir os mesmos serão analisados à luz do contexto Constitucional brasileiro e da ponderação de valores e princípios constitucionais expostos no capítulo anterior.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JURISPRUDÊNCIA ANALISADA

Antes de qualquer pontuação, importante deixar claro que a censura nos moldes que foram praticados pela ditadura é odiosa e deve ser repudiada sempre. Da mesma forma, é fundamental destacar o papel histórico da imprensa que também teve influência no processo de democratização do país, principalmente no momento final da época ditatorial e nos anos subsequentes.

Por esse papel importante da imprensa, naquele período histórico, é que a Constituição Federal de 1988, promulgada em um momento pós-ditadura, deixou claro e garantido o direito à "plena" liberdade de imprensa – vedando qualquer forma de censura

prévia, que era praticada pelo regime militar dominante no país – tendo em vista que aquela ocasião exigia esta atitude.

Entretanto, a Constituição Federal de 1988 já consta com mais de vinte anos. Em que pese o fato dela ganhar cada vez mais força com o passar do tempo[496] é fundamental que o aplicador do direito tenha consciência do momento histórico pós-ditadura em que ela foi promulgada e do contexto atual de aplicação do próprio direito.

Torna-se salutar, portanto, analisar e questionar o que se encontra atrás do direito, bem como a sua ideia, assim como é pontuado e defendido por Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 9).

Ainda, sobre o momento constitucional, Luís Roberto Barroso (2002, p. 380) ressalta que, não obstante o esplêndido avanço obtido, a Carta Magna é um produto heterogêneo, que sofreu influência de diferentes atores, uma vez que para referido autor "a Constituição de 1988 não é a Carta da nossa maturidade institucional, mas das nossas circunstâncias".

Neste cenário, Edgar de Moura Bittencourt (1982, p. 103), pontua que os juízes, ao exercerem sua atividade julgadora, "[...] pendendo-se pouco sobre o passado, devem colocar a lei no meio social atual, que muita vez é diverso daquele em que ela foi formulada".

Soma-se a isso o fato de que, "a moderna dogmática jurídica já superou a ideia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso" (BARROSO, 2002, p. 351).

Este argumento ganha mais força quando se trata de um conflito entre dois direitos garantidos pela própria Constituição, em que nenhuma solução adotada negará a força desta Lei Maior, mas tão somente tentará enquadrá-la no contexto atual de sua aplicação.

Destarte, a interpretação não abrange apenas o texto normativo, mas, também, os fatos que permeiam determinada realidade. Neste diapasão, de acordo com Luís Roberto Barroso (2002, p. 351) "a objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece".

Com base nestas considerações e, analisando-se a decisão dos ministros do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 130/DF, nota-se que os mesmos não observaram as pontuações elencadas cabalmente acima – o que torna questionável o posicionamento adotado por eles – assim como será demonstrado nas argumentações sequenciais.

Referidos julgadores, primeiramente, definiram dois "blocos" de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e antinômicos no caso concreto: de um lado a

[496] O momento histórico-jurídico de maximização da Constituição, abordado anteriormente, exemplifica e confirma esta afirmação.

comunicação social como um todo, incluindo a liberdade de imprensa e, de outro, alguns direitos e garantias individuais como a honra, a privacidade, a imagem e a vida privada.

Tratando-se todos de direitos garantidos constitucionalmente, a análise ou sopesamento deles de acordo com o contexto atual em que a sociedade brasileira vive não implica, de modo algum, negar importância à Constituição Federal de 1988.

Na sua função, o julgador não pode justificar a aplicação de determinada regra jurídica apenas com base nela mesma. A decisão de aplicar a regra e determinar sua extensão deve ser sempre motivada (NINO, 2010, p. 6).

Assim, o simples fato da norma constitucional prever a "plena" liberdade de imprensa não é argumento suficiente para afirmar que em nenhuma situação essa liberdade poderá ser mitigada[497], principalmente quando em face de outros direitos fundamentais constitucionais – tais como vida privada, direitos à imagem, honra e intimidade – ou até mesmo quando estiver em choque questões que permeiam a própria efetividade dos direitos fundamentais.

Neste quadro, verifica-se que, na atividade de julgar, o juiz deve considerar e balancear razões morais que apontam para direções diversas, tecer a sua interpretação e proferir a sua decisão de forma motivada. (NINO, 2010, p. 6).

Desse modo, surge "a constatação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento[498] – revelação do sentido de uma norma pré-existente –, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam" (BARROSO, 2002, p. 352).

Neste ponto, é importante ressaltar que, na aplicação da lei ao caso concreto, não pode o juiz deixar de levar em consideração o contexto social em que vive.

Neste sentido, Carlos Santiago Nino (2010, p. 7) entende que:

> A interligação entre o direito e as cosmovisões dominantes, concepções éticas vigentes, circunstâncias sociais e econômicas, pressões de diferentes grupos sociais ou as relações entre os que controlam os diferentes fatores de produção econômica etc., faz com que o direito não possa ser ignorado pelos estudiosos da realidade social. (Grifou-se)

[497] Por fazer parte, em tese, de um outro bloco de direitos fundamentais, assim como defendido pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 130/DF.
[498] Assim como trabalhado anteriormente.

É por isso que, para uma análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 130/DF, é importante observar as atuais circunstâncias sociais e as relações dos que controlam o papel atual da imprensa dentro da sociedade brasileira.

Em que pese o fato de este ser um trabalho jurídico, não é preciso um profundo conhecimento sociológico para notar que a atuação da imprensa no Brasil – ou pelo menos de grande parte dela – já não mais justifica a alcunha política de principal órgão de controle da atividade estatal o que cai por terra a argumentação dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Não mais atua ela com a função precípua de oferecer uma visão alternativa à informação dada pelo Estado. Pelo contrário, a mídia – principalmente a grande mídia, que alcança um maior número de pessoas – é muitas vezes instrumento de manipulação e controle utilizado por determinados setores da sociedade. Ainda que se deixe de lado a programação cotidiana de conteúdo fraco e alienante – de quase ou nenhum engajamento – restam às reportagens tendenciosas, na maioria das vezes inverídicas, distorcidas e equivocadas, que defendem ou promovem interesses de alguns grupos dominantes em detrimento de outros.

A imprensa – cuja atuação é defendida como protetora da coletividade em face do Estado – tem sido, muitas vezes, usada em detrimento daquela tendo em vista que, diferentemente do que fora sustentado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, a imprensa não está “plenamente comprometida com a verdade ou essência das coisas”.

É óbvio que não se apregoa aqui o fim da imprensa ou um controle constante sobre sua atividade. Não se pode negar que ainda nos dias de hoje a imprensa tem sim um papel fundamental de levar informação aos seus espectadores e, nessa atividade, tem-se a concretização do direito constitucional de acesso à informação (artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988). No entanto, não se pode ignorar, por outro lado, que a imprensa não é um instrumento totalmente imparcial de veiculação de informações assim como argumentaram os julgadores da ADPF n.º 130/DF.

É sabido que atualmente operam sobre o Estado forças corrosivas, interna e externamente. É visível a formação de centros de poderes alternativos e concorrentes que atuam nos campos político, econômico, cultural e religioso (ZAGREBELSKY, 2007, p. 11). Dessa maneira, no contexto atual, a imprensa tornou-se um instrumento de promoção de vários desses centros de poder, não atuando de forma igualitária ou imparcial.

Também não é mais cabível o argumento utilizado na jurisprudência analisada de que o pluralismo na imprensa impede a monopolização do setor. Embora existam várias emissoras, jornais, revistas e periódicos, é notório que a mídia de grande alcance – grandes

emissoras, jornais e revistas – está nas mãos de pequenos e poderosos grupos político-econômicos, caracterizando verdadeiro oligopólio dos intrumentos de comunicação, o que pode trazer graves danos à democracia, pois grande parte da população é fortemente influenciada pelo o que é divulgado por esses veículos de informação, afastando, também, dessa forma, o entendimento dos ministros do Supremo Tribunal Federal de que a sociedade teria um próprio padrão de seletividade do corpo social que funcionaria como um "antídoto aos abusos da imprensa".

Dentro desta linha de raciocínio, é notório que as pessoas recebem as informações que lhe são transmitidas pela imprensa, sem indagar a origem, a fonte, o motivo e a veracidade daquilo e, acabam repassando aquele "conhecimento" como se fosse uma verdade inatingível e inabalável.

Nas palavras de Gilberto Giacóia (2012, p. 2) é importante obervar que "segue ele educação imposta pelos veículos oficiais de comunicação. É praticamente obrigado a enxergar imagens e a ouvir sons nem sempre desejados, que violam seu domicílio projetando modelo que não é o seu" (Grifou-se).

Portanto, as pessoas apenas repetem atitudes sem pararem para pensar o porque da repetição[499]. Passam a viver dentro de seus próprios "mundos" ideais fechando-se para a verdadeira realidade; assim "está hoje o homem recolhido, cada vez mais, em sua casa, seu reduto, seu reino, seu castelo" (GIACÓIA, 2012, p. 2).

Neste diapasão, merece destaque um trecho da obra "Grande Sertão: Veredas" de João Guimarães Rosa (1970, p. 51-52) que diz:

> A gente vive repetido, o repetido, e, escorregável, num minuto, já está empurrado noutro galho. Acertasse eu com o que depois sabendo fiquei, para de lá de tantos assombros... Um está sempre no escuro, só no último derradeiro é que clareiam a sala. Digo: o real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia. Mesmo fui muito tolo! Hoje em dia, não me queixo de nenhuma coisa. Não tiro sombras dos buracos. Mas, também, não há jeito de me baixar em remorso. Sim, que só duma coisa. E dessa, mesma, o que tenho é medo. Enquanto se tem medo, eu acho até que o bom remorso não se pode criar, não é possível. (Grifou-se).

[499] Uma vez que é mais fácil repetir o que é transmitido do que parar para questionar a realidade ao seu redor.

Observa-se, desse modo, que até mesmo a literatura – e não só o mundo científico – preocupa-se com a aceitação de padrões prontos que são absorvidos e repetidos pela sociedade como se àquilo representasse uma verdade absoluta. Assim, João Guimarães Rosa retrata em sua obra que as pessoas vivem “repetindo o repetido” simplesmente por terem medo, sendo que o medo impede a criação e o próprio questionamento do mundo ao seu redor. Neste contexto, o próprio autor coloca que não se pode “tirar sombras do buraco” sendo necessário que as pessoas busquem o verdadeiro conhecimento, ou seja, passem a criar, a questionar e não reproduzir apenas uma mera aparência imposta pela imprensa porque isto conduz à alienação e estagnação.

Neste patamar, as pessoas passam a acreditar, por exemplo, por meio de uma visão distorcida de uma notícia transmitida pela televisão, que toda a pessoa que mora na periferia é uma ameaça à sociedade e, que todos são criminosos, ou seja, passam a enxergar o “mundo real” com os olhos preconceituosos de outra pessoa – no caso, com os olhos do próprio telejornal – pois não param para pensar se aquela informação se aplica realmente e, apenas, começam a seguir e a repetir parâmetros que foram transmitidos o que contribui, ainda mais, com o aumento da exclusão social.

Neste cenário, como é possível afirmar que a imprensa seria a “irmã siamesa da democracia”, assim como defenderam os ministros do Supremo Tribunal Federal, se a imprensa acaba por controlar a própria opinião pública como se a coletividade fosse constituída de meras e descartáveis “marionetes”?

A democracia vai muito além da simples informação transmitida pela imprensa e nunca poderia ser posta como se fosse sinônima de imprensa uma vez que esta – assim como exposto anteriormente – jamais será totalmente igualitária e imparcial porque resguarda interesses de particulares acima do próprio interesse coletivo e social.

Verifica-se, assim, que o que deveria funcionar de forma plena no Brasil seria o regime democrático e não a liberdade de imprensa. No entanto, o bom funcionamento do regime democrático implica e, tem relação direta, com o grau de informação da população. Por outro lado, a maior parte da informação obtida pelas pessoas advém da imprensa – e não da Educação de qualidade – que manipula a própria informação e se preocupa em transmitir a sua versão sobre os fatos, ou seja, a versão que “venderá” mais ou implicará em mais pontos no IBOPE.

Destarte, a imprensa, ao invés de ser hoje a "irmã siamesa da democracia" – assim como creditado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal – acabou se tornando um controle direto da própria democracia transformando-a em uma democracia, apenas, teórica e simbólica, ou seja, atualmente o Brasil vive um regime democrático de direito, apenas, na letra morta da lei, sem operacionalização, uma vez que a população só age dentro das estreitas e pequenas "brechas" que a imprensa autoriza e manipula, sendo que a maioria da população nem ao certo sabe o real alcance e poder do termo democracia.

Neste ponto, observa-se que quando a mídia quer que a população atue e teça juízos de valores ela confere uma ampla divulgação da notícia capaz de envolver e comover amplamente toda a Nação. Contudo, quando o interesse é exatamente o contrário, a imprensa apenas noticia um fato sem dar relevância a ele[500].

É preciso, portanto, que a democracia direta e participativa caminhe ao lado da representativa e que ocorra uma forma legítima de aperfeiçoamento das instituições – sobretudo da própria imprensa – "tendo como consequência o *reencontro* da nação com os representantes do povo, da sociedade com o Estado, da democracia com o governo e do cidadão com o administrador (CAMBI, 2011, p. 190) (Grifo do autor") e, consequentemente, da imprensa imparcial e comprometida com a verdadeira democracia e, por sua vez, da democracia com a população, uma vez que a democracia tem que ser sentida e vivida na prática e não apenas de maneira formal.

Desse modo, torna-se imprescindível uma redemocratização ou uma regeneração democrática, processo este necessário e inevitável para garantir o cumprimento e concretização dos direitos fundamentais. Neste contexto, quando a imprensa começa a ser considerada como suprema e ilimitada em detrimento da própria vida privada, imagem, honra e intimidade[501] é preciso rever este posicionamento e retornar ao valor vida como forma de garantir a própria dignidade da pessoa humana, pois esta jamais será resguardada com uma mera indenização posterior, assim como quer fazer acreditar os ministros do Supremo

---

[500] Neste ponto, merece destaque a crítica realizada em forma de música ("Sou Classe Média") do compositor Max Gonzaga (s.d., s.p) que retrata:

"[...] Mas se o assalto é em Moema
O assassinato é no "Jardins"
A filha do executivo é estuprada até o fim
Ai a mídia manifesta a sua opinião regressa
De implantar pena de morte, ou reduzir a idade penal
E eu que sou bem informado concordo e faço passeata
Enquanto aumenta a audiência e a tiragem do jornal [...]" (Grifou-se).

[501] Assim como fundamento pelos ministros na ADPF n.º 130/DF.

Tribunal Federal. Pensar de forma diferente é rasgar todo o direito que fora paulatinamente conquistado e desconsiderar a própria história.

Neste ínterim, Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 18) destaca que "[...] la plenitud de la vida, tanto individual como social, no puede reducirse a abrazar obstinadamente un solo valor y a encerrarse em la ciega defensa del mismo".

Assim, como é possível reduzir os demais direitos fundamentais e a sua efetivação em favor de uma irrestrita e "plena" liberdade de imprensa? A ductilidade constitucional[502], por sua vez, propõe uma coexistência harmônica entre valores constitucionais e não a predominância absoluta de um sobre os demais. Somando-se a isso a situação atual da imprensa, a conclusão necessária será a de que não se pode absolutizar o direito à liberdade de imprensa, minimizando outros direitos igualmente fundamentais (como o direito à imagem, honra, intimidade e vida privada), uma vez que isso importaria na não efetivação dos demais direitos fundamentais o que não deve prosperar.

Para Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 16), o imperativo teórico da não contradição não deveria obstaculizar a atividade de tentar realizar positivamente a concordância prática das diversidades e contradições.

Não se pode amputar potencialidades constitucionais, mas sim construir soluções cumulativas, combinatórias, compensatórias, que venham a conduzir e alcançar os princípios constitucionais e as ideias contidas na Constituição, com o escopo de alcançar-se um desenvolvimento conjunto. (ZAGREBELSKY, 2007, p. 16)

Por sua vez, Carlos Santiago Nino (2010, p. 9) diz que o acadêmico de direito não pode deixar de identificar o direito em uso em certa comunidade e os fatores sociais que incidiram em sua configuração. No caso em tela, o julgador precisa compreender que o momento histórico em que a Constituição Federal foi promulgada era favorável a uma ilimitada liberdade de imprensa, uma vez que o passado recente mostrava casos atrozes de censura e de manipulação de informações por parte do Governo. Mas se atualmente parte da imprensa atua de forma iníqua em detrimento da democracia e do direito à informação correta não se pode mais invocar uma proteção absoluta à sua atuação.

Não se pretende, com o presente trabalho, resgatar os tempos de censura que viveu o Brasil, nem se ignora o fator importantíssimo que a imprensa teve e, ainda tem, no que diz respeito à veiculação de informações. Apenas não se pode conceber que essa atividade seja considerada tão importante e intocável a ponto de excluir, em um momento inicial, a tutela a

[502] Trabalhada por Gustavo Zagrebelsky (2007).

qualquer outro direito fundamental individual, como dito no julgamento da ADPF n.º 130/DF, tendo em vista que o papel da Constituição Federal é garantir a máxima efetividade dos direitos fundamentais e não o seu "engessamento" ou ausência.

Observa-se, assim, que a não recepção da Lei n.º 5.250/67 foi uma decisão acertada, principalmente por ter servido como instrumento de repressão em um momento tão importante da história brasileira. No entanto, a argumentação utilizada pelos ministros aponta para a impossibilidade atual de qualquer forma de controle prévio, mesmo judicial, da atividade de imprensa, em face do outro bloco de direitos de personalidade, e esta rigidez é que ora se combate.

Obviamente não se pretende reviver o sistema preventivo de exercício dos direitos fundamentais, no qual o Poder Público controla *a priori* todo exercício da liberdade das pessoas. Luis Prieto Sanchís (2000, p. 205), por sua vez, sustenta que o sistema repressivo, em que as pessoas exercem seus direitos sem uma censura prévia, podendo apenas ser sancionados pelo excesso, deve ser a regra. Contudo, essa vedação de controle prévio não pode estar acima de todo e qualquer direito fundamental contraposto.

Por exemplo, caso seja sabido e demonstrado que determinado veículo de comunicação está promovendo uma reportagem claramente enganosa, tendenciosa, visando denegrir a imagem de uma pessoa pública ou de uma determinada classe, não poderia o Judiciário ser chamado para evitar a veiculação da referida reportagem, visando resguardar outros direitos fundamentais como honra, imagem, e privacidade? Ainda, imagine-se que determinado veículo de informação esteja divulgando uma série de cinco reportagens diárias "denunciando" algum grupo social, e que as duas primeiras reportagens tenham sido clara e demonstradamente equivocadas, depreciativas e tendenciosas. Não pode o Judiciário, acionado por quem foi prejudicado, impedir a continuidade das reportagens? Verifica-se, dessa forma, que nesses casos poderá, sim, haver um controle prévio da atividade de imprensa.

Há inclusive quem vá além desse pensamento. Sobre o conflito entre liberdade de imprensa e direitos individuais, Sérgio Cruz Arenhart (2000, p. 95) afirma o seguinte:

> De qualquer forma, é bom advertir-se: na dúvida, o privilégio sempre há de ser da vida privada. Diante da impossibilidade concreta de se encontrar a fronteira entre os conceitos, sempre é preferível tutelar a vida privada, em detrimento da liberdade de informação. Isto por uma razão óbvia: este direito, se lesado, jamais poderá ser

> recomposto em forma específica; ao contrário, o exercício do direito à informação sempre será possível a posteriori, ainda que, então, a notícia não tenha mais o mesmo impacto (Grifou-se).

Dessa maneira, na dúvida, sempre deve-se resguardar a vida privada em detrimento da liberdade de informação, tendo em vista que aquele direito uma vez lesado jamais voltará ao seu estado anterior por mais ressarcimento de ordem pecuniária que possa existir[503].

Nesta linha de desenvolvimento é muito conhecida a crônica de que as penas de um travesseiro jogadas do alto de um prédio jamais poderão ser reunidas e guardadas novamente. Assim é o poder da mídia de macular a imagem de alguém ou de certo grupo social. Ressalte-se que esse poder tem-se demonstrado cada vez mais forte e com inúmeros casos de iniquidade intencional. Ou seja, um direito fundamental tem sido usado para prejudicar, e não para garantir informação, acesso à versão alternativa dos fatos, dentre outros. Para esses casos, o direito de resposta ou a responsabilização não serão suficientes para sanar os prejuízos causados.

É por isso que, diante da ideia de ponderação e sopesamento de valores constitucionalmente estabelecidos, deve a liberdade de imprensa ser colocada ao lado dos demais direitos fundamentais e não sobre os mesmos e, neste ponto específico, critica-se a decisão proferida pelo STF.

Seguindo este raciocínio, é importante destacar o entendimento de Gustavo Zagrebelsky (2007, p. 9-10):

> De la visión general se obtiene una idea del derecho que parece exigir una profunda renovación de numerosas concepciones jurídicas que hoy operan em la práctica. Se pone en cuestión lo que hay detrás del derecho de los textos oficiales, es decir, las ideas generales, la mentalidad, los métodos, las expectativas, las estructuras de pensamiento, los estilos jurídicos heredados del pasado y que ya no encuentran justificación en el presente.

[503] Exemplo desta afirmação é o caso da Escola Base de São Paulo em que devido à veiculação precipitada e equivocada de uma notícia de que os dirigentes eram pedófilos e abusavam das crianças a emissora Rede Globo foi condenada ao pagamento de uma indenização de R$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil) a cada dono e ao motorista. Todavia, este valor jamais apagará da vida, dos que foram tidos como acusados, o abalo moral de terem sido julgados e condenados injustamente pela opinião pública – que por sua vez fora instigada pelos meios de comunicação – o que resultou na depredação, falência e fechamento da escola. (CASO, 2012, s.p.).

Observa-se, desse modo, que atualmente é necessário ocorrer uma profunda renovação/modificação da visão jurídica que opera e domina a realidade brasileira, uma vez que "la idea del derecho que el actual Estado constitucional implica no ha entrado plenamente en el aire que respiran los juristas" (ZAGREBELSKY, 2007, p. 10).

Esta afirmação é visualizada dentro da decisão proferida na ADPF n.º 130/DF onde os ministros tiveram um entendimento diferente do que é apregoado pelo Estado constitucional sendo que, o produto final desta interpretação, resultou na referida jurisprudência, que entrou em colisão com toda a argumentação exposta pela ciência jurídica.

É necessário ocorrer, portanto, uma "libertação"[504] deste pensamento como forma de afastar a não efetivação dos direitos fundamentais ligados à honra, vida privada, intimidade e imagem e, abolir toda e qualquer forma de medidas que promovam a exclusão social, como, por exemplo, colocar a imprensa em um pedestal "pleno" e absoluto em detrimento de direitos mais significativos, porque isso conduziria as pessoas às margens do direito[505], diante de um descontrole e desrespeito com todos os cidadãos.

De acordo com Gilberto Giacóia (2012, p. 6) "a salvaguarda dos direitos do indivíduo, num mundo cada vez mais conturbado por ideologias truculentas atualizadas sob o signo do avanço tecnológico, torna-se impositiva na construção de sociedades verdadeiramente democráticas e modernas".

Portanto, é imprescindível um despertar não só dos juristas, mas também de toda a população para que seja possível viver plenamente a democracia e resgatá-la como forma de resguardar a própria dignidade humana.

É preciso despertar para um novo Brasil que tenha como necessidade a constante inclusão e respeito com o "Outro" para que este possa se reconhecer como um cidadão detentor de direitos e, sobretudo, de deveres capaz de afastar o cenário de aceitação inconsciente de manipulação da imprensa e se enxergar, também, como um responsável por esta mudança, uma vez que as pessoas não podem ser limitadas a meros "papagaios de todo telejornal"[506] e nem continuar acreditando na "imparcialidade da revista semanal"[507].

É tempo de mudança e de reação! Acorda Brasil! A sua hora é agora!

---

[504] Na feliz concepção de Enrique Dussel (2005) em sua obra "Filosofia da Libertação".
[505] Expressão utilizada por Fernando de Brito Alves (2010).
[506] Trecho da letra de música "Sou Classe Média" de Max Gonzaga (s.d., s.p.).
[507] Trecho da letra de música "Sou Classe Média" de Max Gonzaga (s.d., s.p.).

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se afirmar que a liberdade de imprensa jamais poderá ser absoluta e colocada acima de outros direitos fundamentais, assim como entendido pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na ADPF n.º 130/DF. É necessário sempre interpretar a norma constitucional levando em consideração o momento histórico em que ela foi elaborada e, o momento de sua aplicação, ou seja, a realidade atual/o caso concreto, adotando-se critérios como o da "ductilidade"/flexibilidade e o da ponderação de valores constitucionalmente garantidos.

Não se pode para afastar um erro – no caso a censura no período ditatorial – ocasionar outro erro, ainda mais grave, que é a ideia da "plena" e ilimitada liberdade de imprensa que entra em choque e, leva a segundo plano, a efetividade dos direitos fundamentais ligados à honra, vida privada, intimidade e imagem, sendo que esta ideologia fere a dignidade da pessoa humana e abala a concepção que se tem de democracia, uma vez que a imprensa não atua de forma imparcial, pois controla e direciona a forma de pensar das pessoas.

É preciso, ainda, que a mídia tenha a plena consciência da implicação e das consequências da divulgação de uma notícia e sempre pare para sopesar os direitos dos cidadãos, da dignidade da pessoa humana e da democracia ao lado do direito de imprensa.

Neste contexto, é preciso ir além. É fundamental que ocorra uma "libertação" de toda forma de exclusão social gerada pela imprensa e um processo de encontro da população com a cidadania e com a dignidade humana para que ocorra, dessa forma, uma regeneração democrática ou uma redemocratização em que as informações sejam buscadas na Educação de qualidade e não, apenas, por meio dos olhos da imprensa.

Torna-se, imprescindível um despertar de todos os filhos deste solo para a verdadeira inclusão social – com a máxima concretização/efetivação dos direitos fundamentais – e que todos percebam que é tempo de enxergar o mundo com os seus próprios olhos, removendo-se o "véu da ignorância"[508] para que se sinta e se ecoe em uma única voz:

> *"[...] Vem, vamos embora*
> *Que esperar não é saber*
> *Quem sabe faz a hora*
> *Não espera acontecer [...]"*[509]

[508] Expressão utilizada por John Rawls (2000).
[509] Crítica realizada na música "Pra não dizer que não falei das flores" de autoria Geraldo Vandré (s.d., s.p.).

REFERÊNCIAS

ALARCÓN. Pietro de Jesús Lora. **Ciência política, Estado e direito público:** uma introdução ao direito público da contemporaneidade. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

_____. Anotações de aula da disciplina Teorias da Constituição. Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Jacarezinho, 2012.

ALVES, Fernando de Brito. **Margens do direito:** a nova fundamentação do direito das minorias. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória na vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Direito e Democracia,** Canoas**,** v. 3, n. 2, p. 345-383, jul-dez. 2002.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTENCOURT, Edgar de Moura. **O Juiz:** Carreira Função e Personalidade do Magistrado Contemporâneo. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1982.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** de 5 de outubro de 1988. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Lei n.º 5.250/67 (Lei de Imprensa). **Site do Planalto.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 10 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: **ADPF n.º 130 DF.** Parte(s): Partido Democrático Trabalhista (PDT) e outros. Relator: Ministro Carlos Brito. Brasília, 30 abr. 2009**.** Disponível em: < http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14714009/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-130-df-stf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CASO Escola Base: Rede Globo é condenada a pagar R$ 1,35 milhão. **Site Pragmatismo Político.** 17 dez. 2012. Disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2012/12/caso-escola-base-rede-globo-e-condenada-pagar-r-135-milhao.html> Acesso em: 09 jan. 2013.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação**: crítica à ideologia da exclusão. 3. ed. São Paulo: Paulus, 2005.

GIACÓIA, Gilberto. **Liberdade – resistir é preciso**. Disponível em: < http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Gilberto%20Giacoia.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2012.

GONZAGA, Max. **Sou classe média.** Disponível em: < http://letras.mus.br/max-gonzaga/471737/> Acesso em: 8 jan. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: comentários à Lei n.º 9.882, de 3.12.1999. São Paulo: Saraiva, 2007.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradutora Elza Maria Gasparotto. 1. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria de Justiça.** Tradutores Almiro Piseta e Lenitan M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REIS, Daniel Aarão; ROLLEMBERG, Denise. Censura nos meios de comunicação. **Site Memórias Reveladas:** para que não se esqueça, para que nunca mais aconteça. Disponível em: < http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/campanha/censura-nos-meios-de-comunicacao/>. Acesso em: 27 dez. 2012.

ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: Veredas.** 7. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1970

SANCHÍS, Luiz Prieto. La protección estatal de los derechos humanos. In: **Diccionario Crítico de llos Derechos Humanos**. Universidad Internacional de Andalucia, sede Iberoamericana. Huelva. 2000.

SANTANA, Miriam Ilza. Censura no período da ditadura. 2007. **Site do InfoEscola.** Disponível em: < http://www.infoescola.com/historia/censura-no-periodo-da-ditadura/>. Acesso em: 17 dez. 2012.

SOUZA, Gelson Amaro. Dever de declaração da incompetência absoluta e o mito da nulidade de todos os atos decisórios. **Revista Jurídica**, v. 320, p. 22-36, Porto Alegre: Notadez, jun. 2004.

VANDRÉ, Geraldo. **Pra não dizer que não falei das flores.** Disponível em: < http://letras.mus.br/geraldo-vandre/46168/> Acesso em: 10 jan. 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Tradutora Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

RELEITURA DA TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES NO MODELO DE MONTESQUIEU: UMA ANÁLISE EM BUSCA DA EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

Flávio PIEROBON[510]

RESUMO

A Constituição Federal Brasileira, principalmente no que concerne às normas de direito fundamental, carecem ainda de maior efetividade. Os indivíduos, que se vêem impedidos de exercer direitos que estão positivados constitucionalmente, recorrem, normalmente, ao Poder Judiciário, para que este possa dar respaldo aos interesses dos cidadãos e fazer com que o previsto na Constituição Federal realmente se efetive. Contudo, muitas vezes a atuação do poder judiciário se vê obstada pela impossibilidade de atuar em searas que são destinadas, teoricamente, às outras atribuições do Estado, a saber, o Legislativo e o Executivo. Devido a previsão constitucional de independência de cada um dos poderes em relação ao outro, o Judiciário pode ficar impedido de tornar efetivo o que prevê a Constituição Federal, pois, para tanto, deve ordenar a um outro poder que sejam tomadas certas atitudes, o que, para muitos é inaceitável, haja vista, a impossibilidade de ferir o princípio da tripartição de poderes. No entanto, os tempos atuais requerem do princípio da separação de poderes uma releitura para se conceder certa interdependência entre as três funções do Estado, desde que para fazer efetivo o que o plano constitucional estabeleceu, principalmente porque as normas de direito fundamental têm aplicabilidade imediata, segundo determinação da própria Constituição Federal (art. 5º, §1º).

PALAVRAS-CHAVE: Separação de Poderes, efetividade constitucional, direitos fundamentais.

ABSTRACT

The Brazilian Federal Constitution, especially with regard to the fundamental rules of law, lack of even greater effectiveness. Individuals, who are impeded from exercising rights that are constitutionally positivized, resort, normally the judiciary, so that it can provide support to

[510] Professor de Direito Constitucional da FAAT, Advogado, mestrando em Ciência jurídica pela UENP.

the interests of citizens and make the provisions of the Federal Constitution actually become effective. However, often the role of the judiciary finds himself hampered by the inability to act on crops that are designed theoretically to other tasks of the state, namely the legislature and executive. Because of the constitutional provision of independence from each of the powers in relation to each other, the judiciary may be unable to make effective the Federal Constitution which provides, for to do so, shall order another power that certain actions are taken, which for many is unacceptable, given the impossibility of injuring the principle of tripartition of powers. However, the current times require the principle of separation of powers to grant a rereading some interdependence between the three functions of the state, since to do effectively what established the constitutional level, mainly because the fundamental rules of law have immediate applicability, as determined by the Constitution itself (art. 5, § 1).

KEYWORDS: Separation of powers, constitutional effectiveness, fundamental rights

INTRODUÇÃO

A teoria da separação de poderes, já tem na doutrina nacional e internacional, trabalhos de grande magnitude, o que muitas vezes torna qualquer abordagem uma mera repetição do que já fora por outros grandes autores discutidos à exaustão.

O presente trabalho se presta a outra finalidade, terá sim, como pano de fundo, a teoria proposta por Charles Louis de Secondat (Montesquieu), mas não se limitará a abordá-la exclusivamente. Por outro lado, tentará fazer, a partir desta já bem formada teoria, o núcleo da abordagem em busca da efetivação dos preceitos fundamentais previstos na Constituição do Brasil de 1988.

O trabalho se desenvolverá na busca de uma evolução da teoria da separação de poderes, juntamente –quando possível-, com a evolução dos direitos fundamentais. Contudo, o paradigma que se põe, é a Constituição Federal, mais precisamente ao comando previsto no seu artigo 5º, §1º, que garante aplicabilidade imediata às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

Justifica-se tal centralização em torno da teoria de separação de poderes, visto a necessidade de impor a uma das três funções estatais – o Poder Judiciário- em última análise, a defesa e imposição da Constituição Federal, por ser nesta esfera de atribuição, e não nas

outras duas, que o cidadão ainda encontra “as portas abertas” para poder solicitar a proteção dos direitos e garantias fundamentais, que lhe são conferidos pela lei maior do Estado brasileiro.

Desde já cabe salientar que, como se sabe, o poder é uno e indivisível, mas estabelecer-se-á um pacto semântico, de que será aqui utilizado com o significado de funções ou atribuições.

A discussão que se objetiva fazer parte da ideia de separação de poderes proposta por Montesquieu e que ganhou ares de universalidade –ao menos em relação as constituições do lado ocidental do mundo-, mas apenas para dessa teoria pode retirar a ideia de que às funções do estado é assegurado o poder-dever de tornar a constituição algo que é realizável na prática, em especial em relação aos direitos fundamentais.

Assim, a questão será menos de verificar a atualidade da teoria de Monstesquieu, mas partindo da ideia de separação de poderes, quer-se analisar a possibilidade de o Poder Judiciário tomar decisões que numa análise literal da teoria orgânica/funcional de Montesquieu cabem a outros poderes.

O recorte para a análise apenas do poder judiciário é feito com base na realidade atual do direito brasileiro. A atuação destacada do Poder Judiciário, em especial pela pena dos ministros do Supremo Tribunal Federal, tem suscitado criticas e elogios de várias áreas da sociedade e de vários juristas nacionais.

Contudo, a análise acerca da atuação do STF em especial e do Poder judiciário também não é o porto de chegada, é apenas pano de fundo para o presente trabalho, quase como uma ponte que permite o debate da efetividade das normas constitucionais definidoras de direitos sociais.

1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA TEORIA DE SEPARAÇÃO DE PODERES

A idealização da separação de poderes não é recente, mas advém já da Grécia antiga, principalmente com Aristóteles, que em seu livro a Política, já identificava a existência de três poderes que, segundo o filósofo, eram inerentes a todos os governos.

Os três poderes a que se refere Aristóteles eram poder deliberador, a magistratura e o judiciário (Aristóteles, 2002, p. 127).

É de se notar, que estes poderes, muito se parecem com o modelo que se adota até hoje na maioria das constituições dos modernos Estados de direito, é claro, com as devidas proporções e com atribuições mais delimitadas.

Depois de Aristóteles, outros ainda trataram do assunto (Clève, 2000, p. 23-24), entre eles, John Locke, pensador inglês, que também idealizou uma teoria de separação de poderes, contudo, sem tanto sucesso quanto o barão de Montesquieu, que é a quem se deve a mais bem elaborada teoria da separação de poderes (Bastos, 1999, p. 151).

Importante ressaltar que para PIÇARRA (1989, p. 122), Montesquieu não foi o mais inovador dos teóricos da separação, mas teve fundamental importância para transformar a doutrina da separação de poderes em dogma dos estados constitucionais Modernos.

Mas Antes ainda de se analisar o modelo proposto por Montesquieu, deve-se primeiro, entender o momento histórico-social em que o filósofo francês, desenvolveu a sua tão festejada teoria da separação de poderes.

Em 1748, que é quando foi publicado O espírito das Leis, a Europa ainda passava por um momento de grande evolução e, portanto, de grande alteração social e política.

O Estado Moderno já experimentava nesta época, a força do monarca, que agora, dentro de um território determinado, era o "dono do Estado", qualquer norma, qualquer sentença, tudo se manifestava pela "boca" do soberano.

O modelo absolutista de Estado se apresentou com antagonismo à forma de governo da idade Média, onde os feudos representavam cada um, um ordenamento diferente do outro. Contudo, este novo modelo –absolutista- já não mais atendida aos interesses que começavam a se manifestar na sociedade em geral.

O monarca, que podia tudo, era empecilho aos interesses da classe que já despontava como dominante –a burguesia-. A tributação excessiva, as possibilidades de ingerências do monarca nas atividades negociais e a constante intervenção e limitação das liberdades política e social, geravam total insegurança aos comerciantes burgueses, que se apressavam em promover mudanças.

É exatamente no momento em que o monarca começa a se tornar um óbice na atividade econômica e na liberdade dos indivíduos, que os chamados filósofos iluministas, começam a dar contribuição significante aos interesses burgueses, Locke, Montesquieu e

Rousseau, foram os que melhor expressaram a necessidade de racionalização e limitação da atividade estatal, começa a surgir aqui, o ideário do Estado de direito constitucional, que vincula a atividade do governante aos preceitos predeterminados pela Constituição.

É assim que, principalmente a partir de 1789, a separação de poderes e a definição de direitos fundamentais começam a surgir nas constituições dos Estados -ao menos na Europa.

A constituição tem, neste primeiro momento, o intuito de limitar o poder do Estado e de garantir a liberdade política e social dos indivíduos.

1.1 A separação de poderes em Montesquieu

Montesquieu publica em 1748 o seu livro O Espírito das Leis, trabalho que fez para contrapor-se ao modelo de governo que imperava na França no século XVIII, qual seja, o absolutismo.

Para este iluminista, os poderes não devem ficar estanques como quiseram depois os burgueses, pois isto seria descabido (Bastos, 1999, p. 155), mas deveriam ficar bem separados, cada poder exerceria a sua função sem impor-se ao outro, isto evitaria que a mesma pessoa pudesse exercer ao mesmo tempo mais de uma das funções essenciais do Estado.

No livro XI do Espírito Das Leis o filósofo iluminista trata da liberdade política, liberdade esta que é identificada em dois planos, um em relação com a Constituição e outro em relação com o cidadão, é sobre a primeira que Montesquieu desenvolve a teoria que depois se tornou modal de várias constituições em todo o mundo.

No entanto, Montesquieu equivoca-se quando usa de modelo para a sua teoria a Constituição inglesa onde não há uma verdadeira separação de poderes, mas sim uma falsa imagem desta limitação (Bonavides, 1996, p. 45).

O Barão assevera que somente os governos moderados é que podem garantir a liberdade política, no entanto, muitas vezes nem mesmo os governos moderados o fazem, pois comumente quem tem o poder tende a utilizar-se dele de maneira tirânica, acabando assim, com qualquer forma de igualdade, pois a tirania gera no cidadão o medo do tirano e não há liberdade onde há medo (Montesquieu, 2002, p. 166).

A solução apresentada por Montesquieu é exatamente a de que o uso arbitrário do poder se dá até o momento em que este encontre limites e, para que não se permita que se instaure a tirania faz-se necessário que as coisas se organizem de modo que o poder limite o próprio poder (Montesquieu, 2002, p. 164 e 165).

A pergunta que se faz é, de qual poder Montesquieu está falando? A resposta está no próprio livro, quando o filósofo garante que todo o governo tem em suma três poderes, o poder de legislar, o poder executivo do Estado e o poder de julgar. Estes são os poderes que devem ser contidos mutuamente, assevera ainda o filósofo

> (...) tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares (Montesquieu, 2002, p. 165 e 166).

É assim que Montesquieu enxerga, já no século XVIII, que as três funções essenciais do Estado devem se autolimitar, para que não haja em qualquer tipo de Estado e governo, o surgimento da tirania.

Contudo, a separação de poderes proposta por Montesquieu não é apenas esta dividida entre as funções estatais e os órgãos do estado –divisão orgânica-funcional. Montesquieu também estabelece uma divisão social entre os estamentos que existiam na Inglaterra da época e que também se aplicava a França pré-revolucionária (Piçarra, 1989), as partes que integravam estes estamentos eram o monarca, os nobres e o Povo.

Esta divisão é na verdade uma das grandes características da teoria da separação e poderes e que já podia ser verifica inclusive com John Locke (Piçarra, 1989). Assim, a divisão de poderes se dava também com o exercício de cada Poder por um estamento próprio.

Para Montesquieu, cada um desses estamentos deveriam estar vinculados a um dos poderes. A monarquia com o Executivo, o legislativo com a nobreza. Ao judiciário, dada a importância e o perigo que representa, não deveria pertencer a nenhuma classe especificamente, pois era exercido pelo corpo dos intermédios (Piçarra, 1989).

Em relação ao Poder Judicário, na Inglaterra, na visão de Montesquieu, era exercido por indivíduos eleitos de parte do Povo.

Para Montesquieu, a separação de poderes é, na verdade uma separação social. Contudo, o Barão não adepto de uma divisão total dos poderes. Para Montesquieu, o executivo é exercido pelo Monarca e pelos Ministros. O legislativo é exercido pelo Monarca (com direito de veto e de proposição de leis) e pelos nobres.

É importante ressaltar que o ideal de monarquia de Montesquieu é a monarquia mista ou moderada.

Por fim, em relação a separação social dos poderes, Montesquieu entende que os estamentos devem exercer o poder em harmonia sendo extremamente perigoso que um estamentos do corpo social exerça sozinha mais de um dos poderes estatais.

Sabe-se que o estudo teoria da separação de poderes necessitaria de muitas mais páginas, principalmente para expressar a sua grandeza e importância, contudo, aqui servirá apenas de parâmetro, para que se possa fazer uma leitura atual, desta já secular teoria de separação de poderes.

2 O ESTADO DE DIREITO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

O surgimento do Estado Moderno significou o rompimento com o antigo modelo medieval e deu início a uma época marcada pela riqueza dos pensamentos filosóficos e das constantes alterações político-sociais que marcaram o século XVIII como o século das luzes.

Foi a partir desta época que os indivíduos começaram a ter outra postura frente ao Estado, a Revolução Francesa faz despertar no terceiro Estado o sentimento de cidadania, que aqui ainda é limitada à participação com o voto nas vontades do Estado.

2.1 O liberalismo como fonte do Estado de direito

A passagem do modelo absolutista para o modelo liberal de governo, marca a evolução deste Estado Moderno. O liberalismo, que surge principalmente no pós-revolução francesa, como negação ao modelo absolutista, onde o rei se manifestava como “dono do

Estado", debruça os ideais burgueses sobre as atividades estatais, e impõe ao Estado uma nova postura, principalmente nas atividades econômicas.

Contudo, esta nova postura do Estado, -Estado mínimo- precisa ser limitado juridicamente, a ponto de não permitir que o monarca ou qualquer outro que esteja no exercício do poder estatal, possa vir a fazer uso deste poder de maneira totalitária, como já fizera no antigo modelo absolutista, é assim, que surge, eivado de interesses liberais, o Estado de direito.

O instrumento jurídico de que se faz uso a burguesia liberal para legitimar este novo Estado de direito, onde a atividade estatal está previamente positivada e a sua atuação se dá sempre em atenção à norma, é a "criação" da "carta política" do Estado, a Constituição, que se presta a simplesmente organizar politicamente o Estado e a preservar certos valores ditos fundamentais.

É exatamente neste momento, que a teoria formulada por Montesquieu ganha força e surge como grande instrumento de limitação do poder estatal (Saldanha, 1976, p.44).

2.2 A constitucionalização dos direitos fundamentais e a inserção da separação de poderes nas constituições

É nesta sociedade liberal que a teoria da separação de poderes surge como mito de garantia da liberdade e da limitação do poder, é aqui também que começa a se destinar atenção aos chamados direitos fundamentais, chegando–se ao ponto de se ter elencado no artigo 16 da declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789, que: "a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição".

O grande marco da afirmação da separação de poderes e da proteção aos direitos individuais se dá com a revolução francesa, que se prestou a consolidar a burguesia como classe dominante e com a Constituição dos Estados Unidos da América.

A tripartição de poder surge em tempos diversos na América do Norte e na Europa ocidental, pois naquela, já aparece logo após a revolução das treze colônias em 1776, que acabou na independência dos Estados Unidos da América. Contudo, só se materializou com a promulgação da Constituição norte americana em 1787.

Na Europa, principalmente na França, surge mais tarde, apenas com o advento da revolução francesa, que incidiu na declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789 e na Constituição francesa de 1791.

Após, principalmente, a Constituição francesa, as demais constituições dos Estados do Ocidente adotaram a separação de poderes como norma constitucional. A limitação do poder, pela divisão das funções essenciais do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário, torna-se então dogma constitucional (Bonavides, 1996, p.44), sob o qual recai a função de impedir que as garantias e os direitos fundamentais sejam lesados.

É de notar-se que no século XIX há novamente forte alteração no pensamento político-social mundial, o modelo liberal não mais cabia, pois mostrou-se incapaz de alcançar o bem comum, sendo, ao contrário, um verdadeiro legitimador de diferenças sociais, tendo utilidade quase que exclusivamente aos interesses dos burgueses.

Com o advento das revoltas socializadoras no século XIX e início do século XX, os Estados que não se tornaram socialistas, passaram elencar como norma constitucional fundamental, valores referentes à igualdade.

Assim, altera-se novamente o paradigma, pois agora cabe ao Estado, com condutas positivas, proporcionar o acesso a direitos sociais, são os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão (Sarlet, 2010).

Ao contrário do que possa parecer, a tripartição de poderes tem aqui também a sua importância, pois se no liberalismo, se prestava a limitar o poder, agora a sua necessidade como dogma constitucional se dá como mecanismo para que o Estado aja com mais eficiência (Dallari, 2000, p. 215).

Assim, se as atribuições essenciais do Estado fossem divididas em órgãos, a prestação e garantia aos direitos fundamentais de primeira e segunda dimensão seria mais eficaz.

Se no liberalismo o que se esperava era uma não atividade estatal e por isso se fazia necessário dividir o poder para limitá-lo, aqui, o que se espera do Estado são condutas positivas, que visem a proporcionar o acesso a certos direitos sociais, o que a separação de podres proporciona com maior efetividade (Canotilho, 2001, p. 250).

A evolução dos direitos fundamentais, chegando aquilo que se convencionou chamar de direitos de terceira dimensão, são direitos que valorizam principalmente a solidariedade e a fraternidade, surgem após um momento complicado da humanidade, o segundo pós-guerra.

A mundialização de tais valores se dá principalmente com as declarações da ONU e para estes direitos em especial, com a declaração Universal os Direitos do Homem.

É a partir do surgimento dos direitos de terceira dimensão que aparecem para o direito os interesses difusos e uma preocupação toda especial com o consumidor. Diferencia-se dos dois primeiros por trazer um conteúdo mais coletivo enquanto que nos primeiros o valor protegido era eminentemente individual.

3 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A SEPARAÇÃO DE PODERES

Em relação às constituições brasileiras, a separação tripartite de poderes sempre esteve presente. A exceção fica por conta da primeira Constituição brasileira que data de 1824. A constituição do império se baseou na teoria de Benjamim Constant, e elencou uma divisão quatripartite do poder, ao contrário das tendências mundiais que já aceitavam plenamente, a teoria proposta por Montesquieu.

O modelo adotado na Constituição imperial tem explicitamente a intenção de fortalecer o monarca, mas sob uma cortina descentralizada do poder.

Os quatro poderes eram o legislativo, o judiciário, o executivo e o poder moderador, estes dois exercidos pelo monarca, sendo ainda que este último deveria ser um poder “neutro”, pois através dele o monarca poderia corrigir a atuação desmedida dos outros três poderes, ficando na verdade acima destes, o que em suma, delegava, se utilizado de maneira errada, um poder absoluto ao monarca (Bastos, 1999, p. 99).

No entanto, já em 1891 na primeira Constituição republicana do Brasil, o modelo adotado foi o da tripartição do poder, modelo este que se repete até a Constituição de 1988.

Em relação à atual Constituição brasileira, a separação de poderes vem elencada no título I “Dos princípios fundamentais”, logo no artigo 2º da Constituição. A última constituinte elevou ainda, a separação de poderes ao caráter de cláusula pétrea (art.60 §4º III), o que mostra a importância da separação de poderes para o modelo de Estado que o Brasil adota.

Tal preocupação em limitar o poder é também reflexo do período que antecedeu a constituição de 1988, marcado pela atuação de governos totalitários.

Quanto às características da Constituição brasileira, esta se mostra altamente programática e também protecionista de valores fundamentais. A Constituição não se limitou a apenas organizar politicamente o Estado, mas abordou um grande número de matérias, fazendo desta Constituição uma Constituição analítica, repleta de direitos e garantias fundamentais.

A Constituição da República Federativa do Brasil tem em seus vários artigos, um imenso rol de direitos fundamentais, individuais e sociais. Importante dizer que a "carta constitucional" brasileira tem como núcleo a dignidade da pessoa humana, que é na verdade o centro de todo o ordenamento jurídico, o que faz presumir que os direitos fundamentais devem ser atendidos e prestados pelo Estado em qualquer hipótese, primeiro por terem aplicabilidade imediata e segundo porque se assim não for, estar-se-á ferindo o núcleo constitucional brasileiro da dignidade da pessoa humana.

4 A INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS TRÊS PODERES; EM BUSCA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A relação que há entre a teoria da separação de poderes, no modelo proposto por Montesquieu com a efetividade dos direitos fundamentais está na identificação de quem tem a incumbência constitucional de dar efetividade a tais direitos.

Tal constatação não é um problema que cientificamente se coloca, ao menos não em relação a constituição brasileira, visto que está expresso na constituição de quem é o dever de tornar real os direitos fundamentais.

O problema se coloca exatamente no fato de que a ordem constitucional não é obedecida. Seja pela ausência de legislação (direito de greve dos servidores públicos) seja pela ausência de políticas públicas que tornem efetiva a promessa constitucional.

Antes de se desenvolver melhor essa idéia, é importante que seja delimitado aquilo que se entende por efetividade constitucional.

O fenômeno da positivação ou constitucionalização dos direitos fundamentais é marco caracterizador da teoria clássica do direito constitucional.

Contudo, como bem lembra Canotilho (2003, p. 378) a simples positivação não é capaz de tornar os direitos fundamentais "só por si, realidades jurídicas efetivas".

A doutrina estabelece uma diferenciação entre eficácia jurídica, ligada ao tema da aplicabilidade, e eficácia social, voltada para análise da efetividade das normas constitucionais.

A análise da eficácia e da operatividade dos direitos fundamentais terá caminhos diferentes se o objetivo for dissecar a aplicabilidade ou a efetividade dos direitos fundamentais, tomando-se ambos como espécies do gênero eficácia.

O presente trabalho preocupa-se com o problema da efetividade dos direitos fundamentais, sobretudos os direitos fundamentais sociais.

A eficácia das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais sociais é problema que reside no centro do estudo do direito constitucional contemporâneo que tem o condão de criar nos indivíduos uma sensação de ineficácia constitucional, criando com isso a sensação de que o texto constitucional não passa de mera folha de papel, nos termos como concebidos por Ferdinand Lassale.

Contudo, do ponto de vista jurídico, sabe-se que não há norma destituída de eficácia (SILVA, 1982). No entanto, a eficácia jurídica não implica eficácia social, posto que “uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social”.

Neste ponto, seguindo as lições de Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 235), o estudo do tema da eficácia dos direitos fundamentais decorre, dentre outros, do “desafio de outorgar à ordem constitucional e, de modo especial, aos direitos fundamentais nela consagrados, sua plena operatividade e eficácia, como condição para a sua efetividade”.

Neste sentido, vem a calhar a já bem conhecida lição de Norberto Bobbio (1992, p. 24): "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político".

Para esse fim, o Poder Judiciário em geral e o Supremo Tribunal Federal em especial, surgem como protagonistas na busca pela efetividade constitucional, acompanhando um movimento internacional que, no ocidente, advém do pós-guerra (VIANA, 2007).

A atuação do Supremo Tribunal Federal na efetivação dos direitos fundamentais realça a nova fase do direito brasileiro, onde o Poder Judiciário assume papel preponderante na solução cada vez maior de conflitos sociais e, neste contexto, o juiz se torna “protagonista direto na questão social” (VIANA, 2007) em detrimento dos demais poderes do Estado.

As discussões acerca da efetividade das normas constitucionais, principalmente de normas que instituem direitos fundamentais, devem ser feitas à luz do que prevê o artigo 5º, §

1º, que determina, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, pouco importando, se tais direitos fundamentais são individuais, coletivos ou difusos.

Merece também ponderações a tese de que os direitos sociais não tem aplicabilidade imediata por necessitarem de uma prestação positiva e financeira do Estado. Ora, o Estado existe exatamente para garantir a proteção de certos direitos fundamentais, sendo eles individuais ou sociais, com atividades positivas ou negativas.

A importância da teoria de Montesquieu mais uma vez salta aos olhos, principalmente, porque normalmente os comandos constitucionais têm direção certa para o poder executivo. É o caso que se pode ver, quando da previsão constitucional contida no artigo 5º, XLVIII ou no artigo 7º, I, ambas obrigações postas ao Poder Executivo, mas que ao mesmo tempo, apenas por estarem previstas no corpo da Constituição, geram aos indivíduos, um direito subjetivo.

Não se trata aqui de intentar que o poder judiciário avance as divisas das atribuições constitucionais e atue no lugar do poder executivo ou do legislativo, isto seria legitimar o autoritarismo judiciário.

O que se vislumbra é uma sensível atuação em casos concretos em que ao executivo ou ao legislativo se imponha cumprir a ordem constitucional, nada mais, sem possibilidade de escusa ou tergiversações.

Ressalta-se apenas nas palavras de Canotilho que " a sobreposição das linhas divisórias de funções não justifica, por si só, que se fale em 'rupturas de divisão de poderes'" (Canotilho, 2002, p.252).

Assim, o poder judiciário, é quem pode e deve garantir a efetividade da Constituição, pois se obriga a fazer valer os preceitos que o poder constituinte erigiu como fundamentais.

Não há que se falar, nos casos que tratem de direitos fundamentais, em agressão ao princípio da separação de poderes, mas sim, de atenção aos princípios da aplicabilidade imediata e da efetividade, que são inerentes aos direitos fundamentais, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil (art.1º, III).

Importante ressaltar, que não se quer aqui negar a importância da teoria da separação de poderes, muito pelo contrário, é de se ressaltar a sua importância à garantia da democracia, mas não se pode também falar em separação de poderes para limitar a efetividade de direitos, que a própria teoria da separação de poderes se pôs a proteger.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema da falta de efetividade constitucional e, principalmente em relação aos direitos e garantias fundamentais sociais, definitivamente não se dá porque estes direitos estão inseridos na constituição, ao contrário, é melhor que pelo menos exista a proteção a tais direitos do que não haver nenhuma garantia, a sua não aplicação é um problema que tem cerne estrutural, político, social e não apenas de cunho jurídico, podendo, neste sentido, trazer a lume o debate de DWORKIN (2001) acerca dos fundamentos políticos para as decisões judiciais.

Contudo, tais questões invariavelmente acabam por desembocar no poder judiciário. Essa implicação não é um fenômeno apenas brasileiro podendo-se encontrar desde a Roma antiga e o direito oriental, exemplos de atuação ativa do Poder Judiciário mesmo que diante de uma certe inércia legislativa (Cruet, 1809)

É importante anotar que, ao contrário de querer aumentar o poder de uma função estatal em detrimento das outras, quer-se na verdade é demonstrar que a separação de poderes deve ser agora compreendida, não mais com órgãos estanques e incomunicáveis.

Os poderes devem ainda ser independentes, mas a sua autonomia deve ser agora relativizada, para permitir-se uma interdependência entre as três funções do Estado brasileiro, é esta interdependência, que poderá fazer, com que a Constituição Federal a separação de poderes alcance maior efetividade.

Assim, a título de investigação preliminar, pode-se verificar que a teoria da separação de poderes não é óbice para a atuação do Poder judiciário na efetivação de direito fundamentais sociais. Os limites desta atuação merecem pesquisa mais aprofundada, visto que envolve outras questões que não cabem na apertada analise que aqui se propôs fazer.

É importante salientar que a constituição enquanto norma jurídica reclama aplicabilidade e efetividade. Os contornos materiais e limites na busca pela efetivação da

constituição por obra do Poder judiciário é algo que ainda deverá ser determinado, sendo o debate entre o substancialismo e o procedimentalismo uma das questões que decorrem dessa análise.

Ao cabo e ao fim, imagina-se que a efetividade constitucional é, talvez, um problema de interpretação -apenas(?)-, e, neste ponto, o Poder judiciário tem sido o campo mais fértil para a realização concreta da interpretação constitucional.

BIBLIOGRAFIA

Aristóteles. **A Política**. Traduzido por Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4.ed. São Paulo: Saraiva,1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20.ed atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Traduzido por Carmem C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais, Renzo Dini. 5. ed. São Paulo: UnB, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; KOUCHNER, Évelyne Pisier-. **História das Idéias Políticas**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CHEVALLIER, Jean Jacques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a Nossos Dias**. Traduzido por Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: AGIR, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis.** Coimbra: José bastos & C, 1908.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000.

DWORKIN, ronald. **Uma questão de princípios.** Traduzido por Luis Carlos Borges. São Paulo: Matins Fontes, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Traduzido por Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

PIÇARRA, Nuno. **Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**, Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e o Constitucionalismo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Revista e atualizada, Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácoa e efetividade do direito á saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica Sobre Reforma do Estado (RERE).** Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Pùblico, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na internet: <HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 02 de fevereiro de 2012.

Vianna, Luiz W., Burgos, Marcelo, e Salles, Paula. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social, revista de sociologia da USP**. São Paulo, disponível na internet em <http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/mostraArtigo.php?id=453>. Acesso em 16 de dezembro de 2011.

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA – UMA ANÁLISE DO CASO DAMIÃO XIMENES LOPES Vs. BRASIL

Francisco Antonio Nieri MATTOSINHO[511]

RESUMO

O presente trabalho objetiva apresentar uma análise não exaustiva dos direitos humanos ligados às pessoas com deficiência, principalmente aquelas acometidas por patologias intelectuais. Apresenta uma análise cronológica dos direitos humanos e sua proteção, culminando na atual realidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos que está atrelado à possibilidade de responsabilização internacional dos Estados que, ao ratificarem documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, assumiram o compromisso de velar pela sua eficácia. A fim de ilustrar essa situação, também é apresentada uma breve análise do Caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil, oportunidade em que a República Federativa do Brasil foi condenada, pela primeira vez, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos, pessoas com deficiência, responsabilidade internacional.

ABSTRACT

The current article intends to present a brief analysis about disabled people´s human rights, especially mental illness people´s human rights. It presents a chronological analysis of human rights and its protection, achieving at the current reality of the International Law of Human Rights which is related to the possibility of the State´s international responsibility that, after ratifying international treaties of human rights protection, are compromised with human rights efficacy. To illustrate such situation, it is also presented a brief analysis of the Case Damião Ximenes Lopes Vs. Brazil, when the Federative Republic of Brazil was convicted by the Inter-American Court of Human Rights for the first time.

KEYWORDS: human rights, disabled people, international responsibility.

---

511 Graduando do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP e estagiário da Procuradoria da República no Município de Ourinhos/SP.

1. OS DIREITOS HUMANOS, O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E O CONTEXTO BRASILEIRO NO CENÁRIO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

A construção dos direitos humanos ao longo da história ilustra as conquistas políticas que antecedem a positivação e a conscientização dos povos acerca do núcleo dos direitos fundamentais de todos os seres humanos. A partir do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como cerne irradiante de direitos é que os direitos humanos foram alçados à categoria atual.

A evolução dos direitos humanos passou por uma fase em que eram vistos a partir de um prisma divino, pois, se cada pessoa, como filho de Deus, foi criada à sua imagem e semelhança, logo era dotada de direitos intangíveis e invioláveis. Mais tarde, já na idade moderna, esses direitos eram vistos como direitos inerentes às pessoas por sua condição de seres humanos dotados de dignidade, o que evoluiu por meio de declarações que proclamavam um número cada vez maior de direitos, considerados essenciais à própria sobrevivência. Dessa forma, partiu-se de um momento de consagração dos "direitos naturais", passando pelo processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, ao atual estágio de internacionalização do reconhecimento desses direitos e dos seus meios de proteção e controle.

Cronologicamente, a primeira preocupação dos direitos humanos como inerentes das pessoas por sua própria natureza frente ao Estado pode ser alocada na história com um marco inicial na Magna Carta de 1215, na Inglaterra. Depois, e de maneira sucessiva, em instrumentos como o *Habeas Corpus Act* de 1679, a *Bill of Rights* de 1689, a Declaração de Independência das Treze Colônias de 1776, a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, a Declaração de Direitos da Revolução Francesa de 1789, a Constituição Francesa de 1848, a Convenção de Genebra de 1864, a Constituição Mexicana de 1917, a Constituição de Weimar ou Alemã de 1919, a Convenção de Genebra sobre a Escravatura de 1926, a Convenção Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra de 1929, a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Convenção para a Repressão do crime de Genocídio de 1948, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e, mais recentemente, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Direitos dos Povos de 1981.

Esse ponto da evolução histórica e política dos direitos humanos, que envolve toda a humanidade na defesa dos direitos e garantias das pessoas frente aos Estados e até mesmo frente a seus semelhantes, demonstra o patamar que atualmente se encontra a proteção dos direitos humanos. A ideia de proteção dos direitos humanos no Brasil, no entanto, caminhou a passos lentos em razão dos episódios ditatoriais sofridos pela nação brasileira durante o século XX. Mas, a fim de romper com os laços que prendiam o país ao passado marcado por violações a direitos humanos, em 1988 a Constituição Cidadã nasce para trazer esperança e dias melhores ao povo brasileiro.

A Constituição brasileira vigente é um reflexo da vontade do país de sair da penumbra em relação à defesa dos direitos humanos e caminhar em direção à luz. Deve-se lembrar, ainda, que a Constituição é mais que um documento legal. É um documento com intenso significado simbólico e ideológico – refletindo tanto o que nós somos quanto sociedade, como o que nós queremos ser[512]. O processo de redemocratização brasileira originou-se por meio da liberalização do próprio regime autoritário – diante de situações estruturais internas que não conseguiram ser solucionadas – para que a sociedade civil opositora ao regime se beneficiasse da transição, o que permitiu o fortalecimento da nova organização da sociedade brasileira e importantes conquistas sociais e políticas.

Mesmo por meio desse processo lento e gradual, a Carta de 1988 representa um marco jurídico que alargou de maneira significativa o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando o Brasil em uma posição respeitável no cenário internacional por possuir uma das Constituições mais avançadas no mundo no que diz respeito à matéria[513].

E dessa forma, o Texto brasileiro passou a se sustentar no princípio da dignidade da pessoa humana, em que a própria ordem jurídica encontra sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada para a hermenêutica constitucional contemporânea[514]. O princípio da dignidade da pessoa humana, então, é visto como um verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno.

Na mesma esteira, Ronald Dworkin[515] defende que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências

512 PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional – 11. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21.
513 *Idem*, p. 25.
514 *Cfr.* STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito – 10 ed. rev. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
515 *Cfr.* DWORKIN, Ronald. *Taking human rights seriously.*

de justiça e dos valores éticos. E para Habermas[516], os princípios morais, de origem jus-racional, são, hoje, parte integrante do direito positivo. E, em razão disso, que a interpretação constitucional assume uma forma cada vez mais jusfilosófica.

Essa técnica hermenêutica se justifica, principalmente, quando se tenta visualizar e conceituar a dignidade da pessoa humana. Esse princípio, de modo diverso ao que ocorre com os demais direitos fundamentais, não é um direito específico da existência humana, como nos casos do direito à propriedade, à vida, à saúde, à integridade física, mas, sim, de uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano[517].

Para Kant, a razão prática sobrepõe-se à razão teórica. A moralidade denota a libertação do homem e o eleva como um ser livre. Dessa forma, o homem ocupa uma posição finalística, que faz da pessoa um ser livre e dotado de dignidade própria[518].

Extrai-se dos ensinamentos de Kant que o homem é um fim em si mesmo e, sendo assim, possui um valor que alcança o absolutismo. Este valor inerente à pessoa humana apresenta-se como a dignidade. O homem é considerado agente de valor e por isso não pode ser considerado mero instrumento ou mero objeto.

É este valor, da dignidade da pessoa humana, que atrai a realização dos direitos fundamentais e compõe o elemento de habilitação do sistema positivo de direito de uma sociedade que tenha a pessoa humana como fundamento máximo[519].

A dignidade humana, consequentemente, se estabelece como princípio orientador do constitucionalismo contemporâneo. A proteção desses direitos passa a ser não só como de domínio reservado do Estado, mas de interesse mais amplo (internacional), resultando em uma mudança da concepção tradicional (segundo Hobbes) da soberania do Estado, para uma visão de soberania centrada na cidadania universal (conforme Kant), em prol da proteção dos Direitos Humanos.

Insta ressaltar que Direitos Humanos e Direitos Fundamentais não devem ser confundidos como expressões sinônimas, porque aqueles são mais extensos do que estes.

Assim leciona Brega Filho:

---

516 *Cfr.* HABERMAS, Jugen, Direito e Moral, p. 39.
517 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 40.
518 KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Quintela, 2003, p. 77.
519 COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 30.

> […] embora em muitos pontos os direitos humanos possam ter o mesmo conteúdo dos direitos fundamentais, o certo é que os primeiros são mais amplos e imprecisos, enquanto os direitos fundamentais possuem um conteúdo mais restrito e preciso, pois estão limitados aos direitos reconhecidos pelo direito positivo de determinado povo.[520]

A Constituição de 1988 apresenta uma nova configuração ao tratar dos direitos fundamentais, apresentando em seus primeiros capítulos uma verdadeira declaração de direitos e garantias, elevados, inclusive, à categoria de cláusula pétrea na forma do artigo 60, §4º, IV.

Se já não bastasse pioneira defesa dos direitos fundamentais, o constituinte brasileiro atentou-se para a imagem do país no cenário internacional, fixando valores como norte a orientar a agenda internacional do Brasil. O próprio artigo 4º do Texto determina que o Brasil se rege, nas suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (inciso II).

Esse compromisso assumido pela República Federativa do Brasil contribui substantivamente para o êxito da ratificação de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Nas palavras do então Ministro Celso Lafer:

O princípio da prevalência dos direitos humanos foi um argumento constitucional politicamente importante para obter no Congresso a tramitação da Convenção Americana dos Direitos Humanos – o Pacto de San José da Costa Rica. Foi em função dessa tramitação que logrei depositar na sede da OEA, nos últimos dias de minha gestão (25-09-92), o instrumento correspondente de adesão do Brasil a este significativo Pacto.[521]

Além desse importante momento histórico para o país, insta ressaltar a relação do próprio texto constitucional com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois se apresenta de suma importância a redação do art. 5º, §2º da Carta de 1988, que determina que

520 BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 73.
521 Celso Lafer, prefácio ao livro de Pedro Dallari, *Constituição e relações exteriores*, p. XIX, cit. por PIOVESAN, op. cit., p. 41.

os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.

E conforme as práticas consuetudinárias e principiológicas internacionais, os tratados internacionais, como acordos assumidos pelos Estados diante de concessão de parte de sua soberania, são obrigatórios e vinculantes, o que é traduzido no brocardo do *pacta sunt servanda*, previsto no art. 31, §1º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Atualmente, eles constituem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.

Questão controvertida ainda na jurisprudência brasileira é a incorporação dos tratados na ordem jurídica interna. Para Flávia Piovesan, "ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados"[522].

Pedro Dallari, ao interpretar o art. 5º, §2º da Constituição de 1988, sugere:

> Essa norma constitucional, concebida precipuamente para disciplinar situações no âmbito interno do País, pode e deve ser vista, se associada ao inciso II do art. 4º, como instrumento que procura dar coerência à sustentação do princípio constitucional de relações exteriores em pauta e que, por isso mesmo, possibilita ao Brasil intervir no âmbito da comunidade internacional não apenas para defender a assunção de tal princípio, mas também, para, em um estágio já mais avançado, dar-lhe materialidade efetiva[523].

Para Antônio Augusto Cançado Trindade:

> Assim, a novidade do art. 5º, §2º da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, no elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito

522 PIOVESAN, *op. cit.*, p. 52.
523 DALLARI, Pedro. Constituição e relações exteriores. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162.

Internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista[524].

Por fim, José Joaquim Gomes Canotilho caminha na mesma direção quando leciona:

> As Constituições, embora continuem a ser pontos de legitimação, legitimidade e consenso autocentrados numa comunidade estadualmente organizada, devem abrir-se progressivamente a uma rede cooperativa de metanormas ('estratégias internacionais', 'pressões concertadas') e de normas oriundas de outros 'centros' transnacionais e infranacionais (regionais e locais) ou de ordens institucionais intermediárias ('associações internacionais', 'programas internacionais'). A globalização internacional dos problemas ('direitos humanos', 'proteção de recursos', 'ambiente') aí está a demonstrar que, se a 'Constituição jurídica do centro estadual', territorialmente delimitado, continua a ser uma carta de identidade política e cultural e uma mediação normativa necessária de estruturas básicas de justiça de um Estado-Nação, cada vez mais ela se deve articular com outros direitos, mais ou menos vinculantes e preceptivos (*hard law*), ou mais ou menos flexíveis (*soft law*), progressivamente forjados por novas 'unidades políticas' ('cidade mundo', 'europa comunitária', 'casa europeia', 'unidade africana').[525]

Em razão desses ensinamentos é que o Poder Constituinte dos Estados e, consequentemente, as Constituições nacionais estão hoje cada vez mais sintonizadas e harmonizadas com as preocupações internacionais de defesa dos direitos humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a ser um referencial de validade para as Constituições cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional.

Essas últimas normas exigem profundo conhecimento para se entender esse fenômeno intrigante que é a submissão da própria Constituição, norma que ocupa o ápice da

524 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 631.
525 CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 18.

pirâmide kelsiana, às normas dos tratados internacionais, frutos das vontades conjugadas da comunidade internacional em busca de um fim comum para a boa convivência da humanidade.

O *jus cogens* internacional, nas palavras de Valério Mazzuoli, podem ser vistas como um "terceiro conjunto de regras não convencionais imperativas, que se sobrepõem à autonomia da vontade dos Estados e não podem ser derrogadas quer por tratados, quer por costumes ou por princípios gerais de Direito Internacional[526]".

Assim, conforme se pode depreender da Convenção de Viena de 1969, o *jus cogens* passa a figurar na mais alta posição da escala hierárquica das normas. Essas normas passam a ser superiores a quaisquer tratados ou costumes internacionais, e superiores, até mesmo, ao próprio Direito Internacional Público. São, pois, um mínimo legal de direitos assegurados pela ordem mundial, o que demonstra, além de tudo, a crescente institucionalização da sociedade internacional.

Encerra esse raciocínio, até aqui levantado sobre a posição dos direitos humanos na hierarquia do ordenamento jurídico dos Estados, o argumento favorável de que os direitos enunciados em tratados internacionais possuem *status* constitucional por conta da natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais.

Mais uma vez, Canotilho traz a lume esse argumento:

> Ao apontar para a dimensão material, o critério em análise coloca-nos perante um dos temas mais polêmicos do direito constitucional: qual é o conteúdo ou matéria da Constituição? O conteúdo da Constituição varia de época para época e de país para país e, por isso, é tendencialmente correto afirmar que não há reserva de Constituição no sentido de que certas matérias têm necessariamente de ser incorporadas na constituição pelo Poder Constituinte. Registre-se, porém, que, historicamente (na experiência constitucional), foram consideradas matérias constitucionais, 'par excellence', a organização do poder político (informada pelo princípio da divisão dos poderes) e o catálogo dos direitos, liberdades e garantias. Posteriormente, verificou-se o 'enriquecimento' da matéria constitucional através da inserção de novos conteúdos, até então considerados de valor jurídico-constitucional irrelevante, de

526 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 135.

> valor administrativo ou de natureza subconstitucional (direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de participações e dos trabalhadores e constituição econômica[527].

Superada a questão do estágio atual em que se encontra a proteção dos direitos humanos e a incorporação dos tratados internacionais pela Constituição brasileira de 1988, faz-se mister analisar a questão da pessoa como detentora de direitos subjetivos que devem ser respeitados, protegidos e implementados em face de outras pessoas e do Estado.

Essa titularidade de direitos humanos adquiriu tamanha importância que se reconhece a possibilidade do indivíduo se socorrer das instâncias internacionais quando esses direitos forem desrespeitados e as instâncias internas nada fizerem para corrigir as violações ou repararem as suas consequências.

Até certo momento, somente os Estados podiam comparecer perante os tribunais internacionais para resolver conflitos entre Estados. Com a celebração de tratados e convenções sobre direitos humanos é que se passou a reconhecer aos indivíduos o *status* de sujeitos de direito internacional com capacidade e legitimidade para arguir uma violação de direitos humanos que atentava contra a sua dignidade.

Lembra-nos Cançado Trindade:

> Foi tão somente nos tempos modernos que se veio a aceitar, na teoria e na prática, que não havia impossibilidade lógica ou jurídica de normas de direito internacional se dirigirem diretamente aos indivíduos como pessoas protegidas a nível internacional […]. Fator determinante da posição dos indivíduos em um sistema de proteção internacional reside no reconhecimento de sua capacidade processual, i.e., de seu direito de recorrer a um órgão de supervisão internacional[528].

Dessa forma, foram criados sistemas de proteção dos direitos humanos. O mais amplo e mais antigo é o "sistema universal" de proteção, que, no âmbito da Organização das Nações Unidas, foi criado para supervisionar e controlar o respeito aos direitos humanos a todas as nações que fazem parte da ONU.

---

527 CANOTILHO, op. cit, p. 68.
528 CANÇADO TRINDADE, *op. cit.*, p. 6-7.

A fim de fortalecer ainda mais essa proteção, “sistemas regionais” também foram criados. Tratam-se de sistemas criados por Estados de uma determinada região, que, por meio de convenções e tratados, buscam proteger as realidades regionais de maneira mais próxima com o contexto sociocultural e histórico da região.

Nas Américas, a Declaração Americana de Direitos Humanos antecedeu à própria Declaração Universal, e foi adotada em abril de 1948 pela Conferência Internacional que aprovou a criação da Organização dos Estados Americanos – OEA. Mais tarde, os Estados americanos redigiram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, aprovada em 1969 e ratificada pelo Brasil somente em 1992, momento que reflete o processo de redemocratização e de preocupação com os direitos humanos, por meio do Decreto nº 678. A Convenção, além de reafirmar os direitos fundamentais descritos na Declaração, estabelece direitos e garantias até mais avançados que o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU.

A Convenção Americana, embora não tenha criado a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, regulamentou sua estrutura, competências e procedimentos. Dessa forma, como órgão de supervisão e controle dos direitos humanos nos Estados-partes, a Comissão tem poderes consultivos e investigativos, e recebe petições individuais, as quais processa até uma solução final, que pode ser a prolação de um parecer ou conclusão, a publicação de informes, ou o encaminhamento do caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão competente para julgar os Estados que aceitaram a sua competência contenciosa. A República Federativa do Brasil aceitou submeter-se à jurisdição obrigatória da Corte em dezembro de 1998.

No quadro regional, o Brasil também é signatário da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura (Dec. 98.286/1989), da Convenção sobre os Direitos da Criança (Dec. 99.710/1990), da Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto Legislativo 107/1995) e, de maior interesse para esse artigo, a Convenção Americana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (Dec. 3.956/2001).

2. A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA E SUA PROTEÇÃO INTERNACIONAL

O ser humano, produto da natureza e que dela faz parte, apresenta um caminhar biológico regrado por infinitas variáveis, muitas deles já conhecidas e desmistificadas, outras, nem tão precisadas como se desejaria.

A ciência, principalmente no campo da medicina, enfrenta os temas mais profundos na incessante busca pela determinação das razões de patologias e anomalias que assolam o *Homo sapiens sapiens.* Além de questões congênitas, comorbidades ou restrições adquiridas no curso da vida dos seres humanos impulsionam as pesquisas e as descobertas para que o bem-estar das pessoas seja garantido de maneira digna e respeitável, tornando as restrições anatômicas, sensoriais ou intelectuais detalhes a ser entendidos e lidados com naturalidade pela comunidade.

No entanto, as questões pertinentes aos seres humanos portadores de deficiências, sejam elas genéticas ou adquiridas, nem sempre foram tratadas com a atenção e compreensão merecidas. O percurso histórico da incorporação gradativa das pessoas com limitações à estrutura social ocorreu por meio de um processo não-linear e marcado por trajetórias individuais e casos marcantes.

Difícil visualizar-se um movimento contínuo e homogêneo de integração, pois a sociedade, por meio de seus sentimentos e sua maneira como enxergava as pessoas portadoras de deficiência, variava de um país para outro num mesmo contexto histórico.

Pode-se imaginar que, nas primeiras sociedades humanas, a sobrevivência no ambiente natural, rodeado por predadores e situações que exigiam habilidades mínimas de sobrevivência[529], onde a luta incessante pela vida ocorria diuturnamente de maneira individualista, as deficiências genéticas e outras patologias congênitas restringiam o próprio desenvolvimento dos seres humanos que nasciam dependentes de cuidados de outros indivíduos num ambiente hostil.

Platão, no livro “A República”, e Aristóteles, no livro “A Política”, trataram do planejamento das cidades gregas, indicando as pessoas nascidas “disformes” para a eliminação, que podia ocorrer por exposição, ou abandono, ou ainda, atiradas do aprisco de uma cadeia de montanhas chamada Taygetos, na Grécia.

No trecho da obra de Platão:

529 SILVA, Otto Marques da. A epopeia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: CEDAS, 1986, p. 69.

> Pegarão, então, os filhos dos homens superiores, e levá-los-ão para o aprisco, para junto de amas que moram à parte num bairro da cidade; os dos homens inferiores, e qualquer dos outros que seja disforme, escondê-los-ão num lugar interdito e oculto, como convém[530].

Já segundo Aristóteles:

> Quanto a rejeitar ou criar os recém-nascidos, terá de haver uma lei segundo a qual nenhuma criança disforme será criada; com vistas a evitar o excesso de crianças, se os costumes das cidades impedem o abandono de recém-nascidos deve haver um dispositivo legal limitando a procriação se alguém tiver um filho contrariamente a tal dispositivo, deverá ser provocado o aborto antes que comecem as sensações e a vida (a legalidade ou ilegalidade do aborto será definida pelo critério de haver ou não sensação e vida)[531].

As leis romanas não eram favoráveis às pessoas nascidas com deficiência. Aos pais era permitido matar as crianças que nascessem com deformidades físicas, imediatamente ou por afogamento, conforme a própria Lei das XII Tábuas, trazida por Cícero (106 a 43 a.C.), na obra "*De Legibus*":

> Tábua IV – Sobre o Direito do Pai e do Casamento – Lei III – O pai de imediato matará o filho monstruoso e contra a forma do gênero humano, que lhe tenha nascido recentemente (Tabula IV – *De jure Patrio et Jure Connubii. Lex III – Pater filium monstrosum et contra formam generis humanae, recens sibi natum, cito necato*)[532].

Dentre os legados do Cristianismo, a inclusão dos deficientes, que passaram a ser criaturas de Deus, também contemplados com o destino imortal e merecedores de cuidados, deu-se por meio da dissociação da deficiência com a figura do pecador, pois, revelou-se que a pessoa deficiente não se relacionava com eventuais falha espirituais do indivíduo, e nem de seus ancestrais.

---

530 A República, Livro IV, 460 c.
531 A Política, Livro IV, XIV, 1335 b – *Da educação dos filhos na cidade perfeita.*
532 SILVA, 1986, op. cit., p. 128.

Pode-se ilustrar esse ensinamento com a seguinte passagem bíblica:

> EVANGELHO – Jo, 9, 1-4: Naquele tempo, Jesus encontrou no seu caminho um cego de nascença. Os discípulos perguntaram-Lhe: 'Mestre, quem é que pecou para ele nascer cego? Ele ou os seus pais?' Jesus respondeu-lhes: “Isso não tem nada que ver com os pecados dele ou dos pais, mas aconteceu assim para se manifestarem nele as obras de Deus'. […] Dito isto, cuspiu em terra, fez com a saliva um pouco de lodo e ungiu os olhos do cego. Depois disse-lhe: 'Vai lavar-te à piscina de Siloé'; ele foi, lavou-se e voltou a enxergar […][533].

Na condição de pessoa carecedora de cuidados, os cristãos tomavam duas atitudes em relação às pessoas com deficiência. A primeira era a segregação, encarado como um gesto de caridade pelo qual abrigo e alimentação eram garantidos. No entanto, as paredes escondiam e isolavam do convívio social aquele ser considerado inútil. A segunda solução era a caridade como punição, pois buscava-se a salvação da alma do cristão das garras dos demônios, livrando, com isso, a sociedade das condutas antissociais do deficiente.

Durante a Idade Média, as referências históricas enfatizam concepções místicas, mágicas e misteriosas sobre a população com deficiência. Ademais, os sérios problemas urbanísticos daquele período criavam dificuldades de níveis aceitáveis de higiene e saúde. Com isso, a população convivia com a ameaça de epidemias ou doenças mais sérias. As deficiências físicas, os problemas mentais e as malformações congênitas eram considerados, na maioria das vezes, sinais da ira divina, taxados como “castigo de Deus”. A própria instituição da Igreja Católica adota comportamentos discriminatórios e de perseguição, deixando a caridade de lado e rejeitando aqueles que fugiam da “normalidade”.

Questão pertinente ao presente trabalho, o modo como as pessoas assoladas por deficiências mentais eram tratadas revela uma evolução ainda mais paulatina. Isso porque seus casos eram associados de maneira direta com a influência de forças malignas que passavam a controlar esses indivíduos, causando-lhes o mal e ferindo, inclusive, pessoas da própria família.

Mais uma vez, ensinamentos bíblicos ilustram essa realidade:

---

533 JOÃO. In A Bíblia: tradução Ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

> EVANGELHO – Ma. 5, 1-20. Eles atravessaram o mar e foram para a região dos gerasenos. Quando Jesus desembarcou, um homem com um espírito imundo veio dos sepulcros ao seu encontro. Esse homem vivia nos sepulcros, e ninguém conseguia prendê-lo, nem mesmo com correntes; pois muitas vezes lhe haviam sido acorrentados pés e mãos, mas ele arrebentara as correntes e quebrara os ferros de seus pés. Ninguém era suficientemente forte para dominá-lo. Noite e dia ele andava gritando e cortando-se com pedras entre os sepulcros e nas colinas. Quando ele viu Jesus de longe, correu e prostrou-se diante dele e gritou em alta voz: "Que queres comigo, Jesus, Filho do Deus Altíssimo? Rogo-te por Deus que não me atormentes!". Pois Jesus lhe tida dito: "Saia deste homem, espírito imundo!" Então Jesus lhe perguntou: "Qual é o seu nome?". "Meu nome é Legião", respondeu ele, "porque somos muitos". […] Quando se aproximara de Jesus, viram ali o homem que fora possesso da legião de demônios, assentado, vestido e em perfeito juízo; e ficaram com medo[534].

O tratamento dispensado às pessoas acometidas por transtornos mentais foi, de certa forma, institucionalizado, criando uma áurea mística e, na maioria dos casos, discriminatória em relação à situação dessas pessoas. A própria passagem bíblica acima demonstra o tipo de tratamento dispensado: "ninguém conseguia prendê-lo, nem mesmo com correntes; pois muitas vezes lhe haviam sido acorrentados pés e mãos, mas ele arrebentara as correntes e quebrara os ferros de seus pés".

Em sua tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Saúde Pública da Universidade Federal de Minas Gerais[535], Helian Nunes de Oliveira apresentou como resultados de sua pesquisa dados sobre a violência sofrida pela população com transtornos mentais. Constatou-se a prevalência de "violência física, sexual e verbal nesta população". Sendo que "82% das mulheres relataram ter sofrido violência na vida e 77% dos homens". Quanto à violência sexual, "27% e 13%, respectivamente". Já em relação à

534 MARCOS. In A Bíblia: tradução Ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

535 Oliveira, Helian Nunes de. Violência contra indivíduos com transtorno mental [manuscrito]: Projeto Pessoas./Helian Nunes de Oliveira. - - Belo Horizonte: 2012. 149f.: il. Orientador: Mark Drew Crosland Guimarães. Co-Orientadora: Carla Jorge Machado. Área de concentração: Saúde Pública. Tese (doutorado): Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Medicina. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS92PP5C/tese_violencia_contra_individuos_com_transtorno_mental_helian_nunes_de_oliveira_sa_de_p_blica_ufmg_2012.pdf?sequence=1. Último acesso em 02/07/2013.

violência verbal, “63% e 59%, respectivamente, e a violência física por 58% em ambos os sexos”.

A tese, ainda, traz como conclusões:

> É alta a prevalência do relato de ter sofrido violência na vida entre os pacientes com transtorno mental, comparando-se com dados referentes à população em geral. Estas prevalências são semelhantes as encontradas em populações vivendo em situações de extrema pobreza no país. As mulheres com transtorno mental sofrem mais violência, mas é importante assinalar que os homens também sofrem violência, mesmo sexual na vida adulta. Fatores sociodemográficos e clínicos indicam vulnerabilidade para sofrer violência e associação com comportamentos e situações de risco par HIV/DST, incluindo uso de substâncias psicoativas, com diferenças quanto ao sexo do paciente. É importante agir precocemente na prevenção da violência, devido aos relatos de início da violência contra estas pessoas na infância e no ambiente doméstico. É necessário treinar as equipes assistenciais e realizar uma triagem da história de violência na admissão nos serviços de saúde mental no Brasil, com vistas a realizar intervenções para diminuir a vulnerabilidade dos pacientes com transtorno mental. [536]

O sítio eletrônico da ONU contém a afirmação de que as pessoas com deficiência estão mais expostas a serem vítimas de violência e têm menor chance de obtenção de intervenção eficaz da polícia e dos órgãos de fiscalização de proteção jurídica ou de cuidados preventivos, segundo estudo realizado na Inglaterra em 2004[537].

A violência a que está exposta a pessoa com deficiência, seja ela criança, jovem ou adutal, é mais contundente na pessoa idosa e está atrelada ao estigma da deficiência e à falta de compreensão de que as incapacidades e as desvantagens ocasionadas pela deficiência são geradas no próprio meio.

A revelação desse fenômeno ocorre e se fundamenta basicamente no preconceito e na prática de atos de discriminação; com a falta de acessibilidade nos ambientes, nas vias

536 Oliveira, Helian Nunes de. *Op. cit.*
537 Disponível em: ONU, Faits e chiffres sur Le hadicap, http://www.un.org/french/disabilities. Ùltimo acesso em 02/07/2013.

públicas, no transporte, na vida comunitária e cultural; com a falta de capacitação de profissionais das áreas de atendimento à saúde, assistência e serviços públicos em geral.

Nesse diapasão, instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos foram redigidos, com o objetivo de nortear a preocupação dos Estados em relação a essa população mais vulnerável.

A Declaração Americana de 1948 e a Convenção Americana de 1969 são instrumentos internacionais que consagram a dignidade da pessoa humana como objetivo a ser perseguido por todos os Estados, a quem incumbe implementar medidas necessárias para a consecução desse objetivo. Nesse contexto, insere-se a criação da Convenção Americana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, que, ao reafirmar o princípio da igualdade entre todos os seres humanos, reafirma a isonomia como corolário do princípio da dignidade humana, sendo a discriminação, portanto, sua maior violação.

Essa reafirmação está presente no próprio preâmbulo da Convenção que traz o compromisso de que “as pessoas portadoras de deficiências têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não serem submetidos à discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano”.

Os direitos das pessoas portadoras de deficiência vêm sendo reconhecidos em todos os planos das “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos. Quer no plano de proteção individual – direitos de primeira “geração”, como o direito à não discriminação, à igualdade, à liberdade de locomoção – quer no plano de proteção econômica, social e cultural – direitos de segunda “geração”, como o direito a adequadas condições de trabalho, de atendimento de saúde, igualdade de oportunidades e de melhores condições de vida.

A Convenção apresenta a estrutura tradicional dos demais textos internacionais que tratam sobre direitos mais específicos. Em seus primeiros artigos, trata de definir alguns conceitos, como por exemplo, do que seja “deficiência” e do que significa “discriminação” para seus efeitos.

Assim, nos termos da Convenção, “deficiência significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e

social"[538]. Da mesma maneira, o texto define a discriminação como "toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e suas liberdades fundamentais"[539].

Grandes lições podem ser extraídas do art. 3º da Convenção, que elenca as medidas que os Estados devem adotar para alcançar seus objetivos. Para o presente trabalho, o §2º, "b" do artigo 3º deve ser analisado de maneira mais atenta.

Conforme sua redação:

> Para alcançar os objetivos desta Convenção, os Estados Partes comprometem-se a: 2. Trabalhar prioritariamente nas seguintes áreas: b. Detecção e intervenção precoce, tratamento, reabilitação, educação, formação ocupacional e prestação de serviços completos para garantir o melhor nível de independência e qualidade de vida para as pessoas portadoras de deficiência[540].

Assim, o Brasil, como Estado-Parte dessa Convenção, assumiu todas essas obrigações para com seus cidadãos portadores de deficiência. E, nesse sentido, conforme o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabeleceu-se que as obrigações *erga omnes* que têm os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção, e de assegurar a efetividade dos direitos, projetam seus efeitos para além da relação entre seus agentes e as pessoas submetidas a sua jurisdição, pois se manifestam na obrigação positiva do Estado de adotar medidas necessárias para assegurar em determinadas circunstâncias a proteção efetiva dos direitos humanos nas relações interindividuais. A partir disso é que se pode gerar a responsabilidade internacional do Estado por omissões em seu dever de prevenir as violações aos direitos humanos cometidas por terceiros.[541]

---

538 Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. Adotada em Cidade de Guatemala, Guatemala, em 7 de junho de 1999, no vigésimo nono período ordinário de sessões da Assembleia Geral da OEA. Disponível em http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/o.Convencao.Personas.Portadoras.de.Deficiencia.htm, último acesso em 31/05/2013.
539 *Idem.*
540 *Idem.*
541 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe sobre los derechos de las personas privadas de

3. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO QUANTO À VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E O CASO DAMIÃO XIMENES LOPES VS. BRASIL

Quando se estuda o tema da responsabilidade internacional, verifica-se que esta decorre do direito costumeiro, e, cada vez mais, da jurisprudência dos tribunais internacionais, tanto os estabelecidos por tratados multilaterais quanto os tribunais arbitrais. Essa jurisprudência reconhece a responsabilidade internacional do Estado como sendo um princípio geral do Direito Internacional, qual seja: a violação de normas internacionais atribuível a um Estado gera para este responsabilidade internacional e o consequente dever de reparação. Nesse sentido, assinala André de Carvalho Ramos que:

> A responsabilidade do Estado consolidou-se no Direito Internacional graças a uma série de casos internacionais que atestou a existência de um princípio de Direito Internacional reconhecido pelos Estados de responsabilização e reparação de fatos internacionalmente ilícitos[542].

O Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho representam referenciais do processo de internacionalização dos direitos humanos. Para se alcançar esse objetivo, foi necessária a redefinição do âmbito e do alcance do tradicional conceito de soberania estatal. Somente após essa nova compreensão do tema é que se permitiu o advento dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional. Foi, também, necessário redefinir o *status* do indivíduo no cenário internacional, para que se tornasse verdadeiro sujeito de Direito Internacional.

Nas lições de Flávia Piovesan:

> Contudo, a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial. Nas palavras de Thomas Buergenthal: "O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às

---

libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. Washington, D.C., p. 27, §74.

542 RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse"[543].

Traçados alguns entendimentos acerca da responsabilidade internacional do Estado, faz-se mister, nesse momento, voltar a atenção para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, principalmente, no que diz respeito ao caso das pessoas portadoras de deficiências.

Como comentado anteriormente, esse grupo de pessoas, em razão de fatores sociais, culturais e até mesmo relacionados às suas diferenças e necessidades especiais, está mais vulnerável e sujeito a sofrer violações de direitos consagrados e tutelados por meio de tratados e convenções internacionais.

No caso do Brasil, por exemplo, o caso conhecido como Damião Ximenes Vs. Brasil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, constitui um divisor de águas e um marco histórico do país em relação à tutela dos direitos humanos, mais especificamente, em relação às pessoas portadoras de deficiências mentais.

Damião Ximenes Lopes tinha 30 anos quando, em outubro de 1999, foi internado por sua mãe na única clínica psiquiátrica que havia no Município de Sobral, no Ceará. Damião apresentava um intenso quadro de sofrimento mental, razão pela qual foi levado por sua mãe àquela instituição para ter cuidados médicos.

A clínica, chamada Casa de Repouso Guararapes, era credenciada ao Sistema Único de Saúde (SUS). Pelos testemunhos apresentados à Comissão Interamericana, o histórico de violência contra os pacientes que ali eram internados já registrava ao menos duas mortes[544]. Quatro dias após a sua internação, sua mãe foi visitá-lo e o porteiro da clínica não quis deixá-la entrar. Mesmo assim, ela conseguiu entrar na instituição e começou a procurar por seu filho. Naquele mesmo dia, após ver as desumanas condições em que seu filho se encontrava, a mãe acompanhou a morte de Damião.

Ele tinha sido sujeitado à contenção física, amarrado com as mãos para trás. A necrópsia em seu corpo revelou que ele sofrera diversos golpes, apresentando escoriações

543 PIOVESAN, *op. cit.*, p. 121.

544 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2004. Demanda no Caso Damião Ximenes Lopes (Caso 12.237) contra a República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/ximenes/dcidh.pdf. Último acesso em 31/05/2013.

localizadas na região nasal, ombro direito, parte anterior dos joelhos e do pé esquerdo, equimoses localizadas na região do olho esquerdo, ombro homolateral e punho.

Conforme relatado pela Comissão Interamericana na demanda apresentada perante à Corte Interamericana:

> Ele (Damião) veio até ela (mãe) caindo e com as mãos amarradas atrás, sangrando pelo nariz, com a cabeça toda inchada e com os olhos quase fechados, vindo a cair a seus pés, todo sujo, machucado e com cheiro de excrementos e urina. Ele caiu a seus pés dizendo: polícia, polícia, polícia, e que ela não sabia o que fazer e que pedia que o desamarrassem. Damião estava cheio de manchas roxas pelo corpo e com a cabeça tão inchada que nem parecia ele[545].

Essa cena, infelizmente, não é exclusiva do caso de Damião. A violência institucionalizada no tratamento de pessoas com deficiência mental faz parte da história médica do país e das clínicas espalhadas por todo o território nacional há muitas décadas. Mesmo profissionais capacitados e graduados ainda carregam alguns preconceitos e utilizam de métodos violentos para o tratamento de alguns quadros clínicos crônicos. Na própria Casa de Repouso Guararapes, o relato da Sra. Maria Expedita Sousa Lira, ouvida pela Polícia Civil de Sobral em 15 de fevereiro de 2000, revela os maus-tratos sofridos por sua mãe, Sra. Raimunda Ferreira de Sousa, que acabaram a levando à morte.

O caso de Damião surpreende pela própria negligência dos agentes médicos e pela tentativa de se omitir as reais causas de sua morte. A família, suspeitando da morte em decorrência de maus-tratos, pediu que a necrópsia fosse realizada, o que não tinha sido requisitado pelo médico da Casa de Repouso. Quando o corpo foi levado ao Instituto Médico Legal, o exame no corpo de Damião foi realizado pelo mesmo médico da Casa de Repouso, que registrou no atestado de óbito “morte real de causa indeterminada”.

Todavia, para André Carvalho Ramos, o relatório do exame identificou sinais e marcas no corpo de Damião que sinalizaram para a prática de tortura[546].

---

545 *Idem.*

546 RAMOS, André de Carvalho. 2006. Reflexões sobre as vitórias do caso Damião Ximenes. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiao_ximenes. Último acesso em 31/05/2013.

Logo após a morte de Damião, a família ajuizou ações criminal e civil indenizatória contra o proprietário da clínica e apresentou uma petição contra o Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). No caso em tela, dois pontos foram discutidos: as supostas violações de direitos estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, por meio de atos de seus agentes – a Casa de Repouso Guararapes, seus médicos e demais funcionários –, e se estas violações decorreram da falha em prevenir, investigar e punir os fatos que ocorreram contra a vítima, principalmente, em razão de sua condição de portador de deficiência.

Os autores da ação alegaram que, como Estado Parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Brasil violou artigos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos sobre direito à vida (artigo 4º), direito à integridade pessoal (artigo 5º), direito às garantias judiciais (artigo 8º) e direito à proteção judicial (artigo 25). O caso foi analisado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que decidiu pela admissibilidade da petição[547], e depois encaminhado à Corte, a quem cabe julgar os países signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que reconheceram a competência jurisdicional da Corte, entre os quais, o Brasil.

A ação teve como autores a própria Comissão, a irmã de Damião, Irene Ximenes Lopes, e o Centro de Justiça Global – organização não-governamental dedicada à defesa e à promoção dos direitos humanos no Brasil. O Brasil teve três oportunidades para prestar informações à CIDH sobre a acusação de omissão pela morte de Damião nas dependências da mencionada Casa de Repouso, porém, segundo o relatório nº 38/02 da Comissão, datado de 9 de outubro de 2002, o Brasil "não apresentou nenhuma resposta aos fatos alegados pela peticionária e tampouco questionou a admissibilidade da petição". Ademais, de acordo com o mencionado relatório, a irmã de Damião, Irene Ximenes Lopes, alegou que o Estado não estava cumprindo sua obrigação de investigar e responsabilizar os culpados pela morte de seu irmão. Também sustentou que o governo brasileiro era responsável por permitir o funcionamento de uma clínica que "dispensa tratamento cruel e desumano aos seus pacientes".

Em dezembro de 2003, a Comissão fez recomendações ao Estado brasileiro no sentido de investigar a fundo e adotar medidas para que novos casos como esse não viessem a

547 Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 38/02. Admissibilidade. Petição 12.237. Damião Ximenes Lopes. Brasil. 9 de outubro de 2002. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/brasil12237.htm. Último acesso em 03/07/2013.

ocorrer. Também determinou que fosse reforçado o monitoramento e a supervisão desse tipo de serviço. No que se refere ao julgamento do caso, o mesmo teve, de um lado, a organização não governamental Justiça Global, representando a família de Damião, e de outro, o governo brasileiro, representado por uma equipe de advogados dos ministérios e da Advocacia-Geral da União (AGU). A família queria que o governo assumisse a responsabilidade pela morte de Damião, investigasse e punisse os responsáveis, garantisse a não repetição de maus-tratos a pessoas com transtornos mentais e pagasse uma reparação pecuniária.

A primeira audiência do julgamento aconteceu no dia 30 de novembro de 2005, em San José, na Costa Rica, com apresentação de alegações finais e depoimento de testemunhas de defesa e acusação. A Secretaria Especial dos Direitos Humanos, a Advocacia-Geral da União, o Ministério da Saúde e o Ministério das Relações Exteriores, ao elaborar a defesa do Brasil perante a Corte, alegaram que o país estava mudando o tratamento psiquiátrico, substituindo o modelo de exclusão da internação por processos alternativos. O Estado brasileiro, no entanto, reconheceu parcialmente sua responsabilidade em relação ao caso. O reconhecimento deu-se em relação aos artigos 4º e 5º, já que a violação do direito à vida e à integridade física foi consequência da insuficiência, à época do ocorrido, de resultados positivos na implementação das políticas públicas de reforma dos serviços de saúde mental que possibilitassem procedimentos de credenciamento e fiscalização mais eficazes de instituições privadas de saúde. A fim de demonstrar à Corte os avanços implementados no Brasil, em consequência do caso Damião, os agentes do Estado citaram o fechamento da clínica onde ocorreu a morte de Ximenes, a tramitação na justiça estadual de ações criminais e civis contra os funcionários e proprietários da clínica, a concessão de pensão mensal vitalícia em favor da mãe da vítima, e a inauguração do primeiro Centro de Atenção Psicossocial da cidade de Sobral, batizado de “Damião Ximenes Lopes”, como demonstração de que o Estado brasileiro vinha procurando reparar simbolicamente a memória de seu cidadão.

A defesa do Brasil destacou os avanços na implementação da política de saúde mental, que enfatiza os direitos humanos das pessoas com transtornos mentais e a não-internação, com base em décadas de atuação dos movimentos da luta antimanicomial e da reforma psiquiátrica. A Lei nº 10.216/2001, que determinou a reforma no sistema de saúde mental no Brasil, foi orientada pela percepção de que as instituições manicomiais, como teria sido o caso da clínica onde Damião foi morto, representavam fontes de violações de direitos humanos das pessoas ali internadas.

De acordo com informações da AGU, o atual sistema prioriza o atendimento residencial ou ambulatorial dos pacientes e não mais a privação de sua liberdade. O município de Sobral, em particular, é hoje considerado modelo em termos de política de saúde mental no Brasil, tendo recebido o prêmio David Capistrano da Costa Filho de "Experiências Exitosas na Área da Saúde Mental", o que atesta as transformações ocorridas desde o acontecido.

Desse modo, o caso abriu um precedente para outras pessoas, também vítimas da omissão da justiça brasileira, a recorrerem aos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos. Além disso, percebe-se que a ação internacional referente ao caso Damião Ximenes contribuiu para a melhoria dos serviços de assistência psiquiátrica oferecidos no Brasil, com base na garantia dos diretos humanos das pessoas com transtornos mentais.

Isso confirma o entendimento de Flávia Piovesan, para a qual, "A ação internacional e as pressões internacionais podem, assim, contribuir para transformar uma prática governamental específica, no que se refere aos direitos humanos, conferindo suporte ou estímulo para reformas internas[548]."

CONCLUSÕES

O Direito, como fenômeno cultural e regulamentador das relações sociais, atento para o dinamismo das relações interpessoais, promove a renovação e a descoberta do homem para consigo mesmo. O reconhecimento e a evolução dos direitos humanos demonstra essa característica essencial da ciência jurídica. Compreender os momentos históricos e avaliar a necessidade de positivação e aplicação dos direitos subjetivos mínimos a uma existência digna faz com que a conquista dos direitos humanos seja gradativa.

Avaliando-se o caminhar dos direitos humanos e as vitórias decorrentes de sua evolução na história, percebe-se que não se vive uma crise filosófica dos direitos humanos, em dizer que, não se vive uma crise de pensar os direitos humanos nas suas mais diversas gerações ou dimensões. Mas sim, vive-se uma crise política dos direitos humanos, pois, uma vez pensados esses direitos, medidas políticas tomadas por aqueles que foram democraticamente eleitos pelo povo de uma nação devem se fazer presente no cotidiano das populações, sob pena do Estado, ao violar um direito consagrado internacionalmente, ser responsabilizado por outros Estados, de acordo com os termos dos tratados e compromissos ratificados.

548 Piovesan. *Op. cit.* p. 313-314.

Assegurar uma garantia efetiva aos direitos humanos amplia e aprofunda o aspecto do duplo dever de prevenção e repressão das violações de direitos humanos frente a todos os indivíduos sob a jurisdição de um Estado. O Estado garante, por meio das obrigações contraídas na defesa dos direitos humanos, o não descumprimento das garantias mínimas dos cidadãos por conta de seus agentes e funcionários. Quando ratifica o *corpus juris* internacional de proteção, o Estado aceita ser monitorado internacionalmente quanto ao modo pelo qual os direitos humanos são observados em seu território.

Essa situação reafirma o princípio geral de direito internacional de que, pela violação de normas internacionais nasce sua responsabilidade internacional. O monitoramento da República Federativa do Brasil se dá, num primeiro plano, por seus próprios agentes e sociedade civil, passando, já no plano internacional, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, por fim, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A efetividade tanto da fiscalização quanto do cumprimento das recomendações encaminhadas pela Comissão aos Estados-partes da Convenção insere-se dentro do objetivo geral do Direito Internacional dos Direitos Humanos: alcançar a efetiva proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

A Bíblia: tradução Ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

ARISTÓTELES. A Política.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 2004. Demanda no Caso Damião Ximenes Lopes (Caso 12.237) contra a República Federativa do Brasil.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório nº 38/02. Admissibilidade. Petição 12.237. Damião Ximenes Lopes. Brasil. 9 de outubro de 2002.RAMOS, André de Carvalho.

Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe sobre los derechos de las personas privadas de libertad en las Américas. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 64. Washington, D.C..

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. Adotada em Cidade de Guatemala, Guatemala, em 7 de junho de 1999, no vigésimo nono período ordinário de sessões da Assembleia Geral da OEA.

DALLARI, Pedro. Constituição e relações exteriores. São Paulo: Saraiva, 1994.

DWORKIN, Ronald. Taking human rights seriously.

HABERMAS, Jugen, Direito e Moral.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Quintela, 2003.

LAFER, Celso. Prefácio ao livro de Pedro Dallari, *Constituição e relações exteriores.*

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Helian Nunes de. Violência contra indivíduos com transtorno mental [manuscrito]: Projeto Pessoas./Helian Nunes de Oliveira. - - Belo Horizonte: 2012.

ONU, Faits e chiffres sur Le hadicap.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional – 11. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.

PLATÃO. A República.

RAMOS, André de Carvalho. 2006. Reflexões sobre as vitórias do caso Damião Ximenes.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Otto Marques da. A epopeia ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: CEDAS, 1986.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito – 10 ed. rev. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

JUSTIÇA E NÃO AUXÍLIO-RECLUSÃO

Ingridy Jessica Gomes de OLIVEIRA[549]

RESUMO

O presente trabalho visa elucidar questões acerca do pagamento do benefício do auxilio-reclusão aos familiares de réus condenados a pena privativa de liberdade no Brasil. Popularmente conhecido como "bolsa bandido", o beneficio em questão suscita diversas críticas sociais, bem como divergências doutrinárias. Com uma visão voltada ao social, o trabalho tende a proporcionar reflexões sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Auxílio-Reclusão. Vítimas. Justiça.

ABSTRACT

The presented work aims to bring questions about the payment of reclusion aid to the families of criminal defendants condemned to privative penalties in Brazil. Commonly known as "thief aid", this benefit excites social discussions as well as divergence. Focused to the social part, this work tends to provide thoughts on what is really fair as well as to show who are the real victims that depend on such aid to live.

KEYWORDS: Reclusion Aid. Victims. Justice

INTRODUÇÃO

O auxílio-reclusão teve sua primeira previsão constitucional com o avento da Constituição Federal de 1988, não sendo sequer mencionado pelas Constituições anteriores.

O benefício foi instituído com o fundamento de que a reclusão do infrator privaria seus dependentes da renda auferida por aquele. De modo que, sendo o Estado o "responsável" pela privação da liberdade do segurado da Previdência Social, também estaria obrigado a suprir as necessidades básicas daqueles que dependiam do detento de baixa renda.

[549] Discente do 7º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Ingridy_oliver@hotmail.com.

Os defensores do auxílio-reclusão alegam ainda a individualização da pena como uma forma de justificar a existência do benefício, sustentado que a família do autor do delito não poderia pagar pelos atos por ele praticados, já que são eles quem sofrem com as consequências da privação da liberdade do réu, passando por inúmeras dificuldades financeiras.

Deste modo, inspirados por estes ideais, nosso legislador infraconstitucional teve a preocupação de atribuir ao sistema previdenciário a obrigação de amparar os dependentes do recluso ou detento de baixa renda, sendo a prisão tratada como um risco social a ser protegido, de modo que o segurado que vir a ser preso terá o direito de ter o sustento de seus dependentes assegurado pela Previdência Social.

Data vênia a tal posicionamento, temos que levar em conta quem são as reais vítimas do fato delituoso, já que não são raras às vezes em que aqueles que dependiam da vítima encontram-se em situação igual ou mais degradável do que os dependentes do réu, tendo que suportar a dor da perda de seu ente querido e ficar privados do sustento que era propiciado por este.

O ordenamento jurídico brasileiro não traz nenhum dispositivo especifico que garanta qualquer beneficio aos familiares de vítimas fatais que não sejam seguradas da Previdência Social, contudo, estabelece um tratamento específico que garante o sustento à família do infrator, restando à família da vítima, por vezes, ainda suportar esta conta social através do pagamento de tributos.

Desta forma, se faz necessário o desenvolvimento do presente trabalho como uma forma de compreender a criação e evolução do benefício previdenciário do auxílio-reclusão, bem como os questionamentos hodiernos que incidem sobre o tema.

1. CONCEITO DOUTRINÁRIO E NATUREZA JURÍDICA

Mariana Vasques Duarte (2005, p. 214) conceitua o auxílio-reclusão como sendo um “beneficio muito semelhante à pensão por morte. A diferença básica é que no auxílio-reclusão o segurado está impossibilitado de exercer atividade remunerada por estar recluso ou detido”.

Complementando o pensamento acima citado, vale destacar a definição trazida por Ionas Deda Gonçalves (2005, p. 184): “o auxílio-reclusão é beneficio de prestação continuada

substitutivo do salário de contribuição do rendimento do trabalho, devido ao conjunto dos dependentes de segurados de baixa renda, recolhidos à prisão".

Assim, ao observamos os conceitos doutrinários apresentados, podemos definir o auxílio-reclusão como sendo um benefício concedido aos dependentes do preso, segurado pela Previdência Social. É um benefício que tem por finalidade substituir a renda auferida pelo segurado de baixa renda, assegurando o sustento dos seus dependentes.

No tocante a natureza jurídica do instituto Mirian Vasconcelos Fiaux Horvath (2005, p. 116) apresente o seguinte posicionamento:

> O auxílio-reclusão tem natureza de prestação previdenciária com as características de beneficio, uma vez que se trata de prestação pecuniária exigível, se preenchidos os requisitos legais, de caráter familiar, com cláusulas suspensivas e pagamento continuado.

1.1 Histórico Legislativo do Auxílio-Reclusão

Como já mencionado anteriormente, o auxílio-reclusão teve sua primeira previsão constitucional com o advento da Constituição de 1988, estando o tema tipificado em seu artigo 201, que assim dispõe:

> Art. 201- A Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a:
>
> (...)
>
> IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
>
> V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o dispositivo no § 2°.

Novos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais ampliaram o rol de dependentes que podem receber o auxílio-reclusão, estendendo, por exemplo, a dependência aos casais homossexuais. A hierarquia entre os dependentes para o recebimento do benefício está prevista pelo artigo 16, § 2° da Lei n. 8.213/91, embora existam questionamentos sobre a validade da regra legal, sob o fundamento que tal hierarquia é inconstitucional porque fere o principio da isonomia Nesse sentido:

> A Carta Magna não descreve que a pensão por morte é para um ou para o outro dependente, e sim que é para um e para o outro dependente caso exista, ou seja, a pensão por morte é devida a todos os dependentes em geral, independente da classe em que ele esteja. Pois dependentes são dependentes e ponto final (ALVES, Hélio Gustavo, 2007, p. 80).

A legislação brasileira infraconstitucional somente positivou pela primeira vez o auxílio-reclusão como benefício previdenciário em 1933, com a organização do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos – IAPM, através do Decreto n° 22.872 (que foi revogado pelo Decreto s/n de 1991), cujo artigo 63 previa:

> Art. 63. O associado que não tendo família houver sido demitido do serviço da empresa, por falta grave, ou condenado por sentença definitiva que resulte perda do emprego, e preencher todas as condições exigidas neste decreto para a aposentadoria, poderá requerê-la, mas esta só lhe será concedida com metade das vantagens pecuniárias a que teria direito se não houvesse incorrido em penalidade.
>
> Parágrafo único: caso o associado esteja cumprindo pena de prisão, e tiver família sob sua exclusiva dependência econômica, a importância da aposentadoria a que se refere este artigo será paga ao representante legal de sua família, enquanto perdurar a situação de encarceramento.

O Decreto n° 54, de 12 de setembro de 1934, adveio do Decreto n° 24.614, que criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários – IAPB, fazendo menção ao benefício em seu artigo 67, nos seguintes termos:

> Art. 67. Caso o associado esteja preso, por motivo de processo ou cumprimento de pena, e tenha beneficiário sob sua exclusiva dependência econômica, achando-se seus vencimentos suspensos, será concedido a seus beneficiários enquanto perdurar essa situação, pensão correspondente à metade da aposentadoria por invalidez que teria direito, na ocasião da prisão.

Por fim, a Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS, ou seja, Lei n° 3.807, de 26 de junho de 1.960, tipificou o auxílio-reclusão e implementou modificações no tocante ao beneficio, aumentando o rol de dependentes e estabelecendo uma carência de 12 (doze) meses para sua concessão, nos seguintes termos:

> Art. 43. Aos beneficiários dos segurados, detentos ou reclusos, que não percebam qualquer espécie de remuneração da empresa, e que houver realizado no mínimo doze contribuições mensais, a previdência social prestará auxílio reclusão na forma dos artigos 38, 39 e 40 desta lei.
>
> § 1° O processo de auxilio reclusão será mantido com certidão do despacho da prisão preventiva ou sentença condenatória.
>
> § 2° O pagamento da pensão será mantido enquanto durar a reclusão ou detenção do segurado que será comprovado por meio de atestados trimestrais firmados por autoridade competente.

1.2 Valor, requisitos e termo inicial para obtenção do benefício

O valor do auxílio-reclusão corresponderá ao equivalente a 100% do salário-de-benefício, é calculado conforme a média dos 80% maiores salários-de-contribuição do período contributivo, a contar de julho de 1994.

Para o segurado especial (trabalhador rural) que não contribuiu facultativamente, o valor do auxílio-reclusão será de um salário-mínimo.

Atualmente, o valor pago a cada família que faz jus ao auxílio- reclusão é de R$ 730,00 (setecentos e trinta reais) ao mês, ou seja, é superior ao salário mínimo vigente (R$ 678,00).

Existem dois requisitos que devem ser preenchidos cumulativamente para que se tenha direito ao recebimento do auxílio-reclusão: a condição de dependente de quem o requer e a condição de segurado de baixa renda daquele que se encontra recolhido à prisão, que não receba remuneração da empresa nem esteja em gozo de auxílio doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Hélio Gustavo Alves (2007, p. 62) possui uma definição clara e objetiva acerca da qualidade de segurado do recluso ou detento, lecionando o seguinte:

> Segurado é todo cidadão que estiver inscrito e filiado na previdência social e estiver em dia com suas contribuições previdenciárias ou dentro do período de graça previsto em lei, estará em gozo da qualidade de segurado, fenômeno que garante ao segurado exigir seus direitos previstos pelo sistema normativo previdenciário, conforme vai atingindo o direito adquirido ao respectivo benefício.

Os beneficiários do auxílio-reclusão são definidos conforme um critério pessoal, desta forma, a Lei n° 8.213/01 define quem são estes e, ainda, determina uma ordem hierárquica preferencial entre eles, conforme os seguintes parâmetros:

> - 1ª Classe: o cônjuge, companheira (o) ou o filho (a) a ele equiparado, não emancipado, menores de 21 anos ou inválidos;
>
> - 2ª Classe: os pais;
>
> - 3ª Classe: os irmãos não emancipados, de qualquer condição, desde que, sejam menores de 21 anos.

Predomina o entendimento de que há presunção de dependência com relação aos elencados na primeira classe, enquanto que para os das demais se faz necessária a comprovação da dependência.

Acerca do tema dispõe Miguel Horvath Junior (1995, p. 115 e 116):

> "Só se poderia falar em presunção relativa se a prova da inocorrência de dependência econômica fosse causa de perda da qualidade de dependente, o que não ocorre no nosso sistema legislativo. A atual previsão legislativa que presume a dependência econômica na classe 1 sofre críticas. Melhor seria a lei exigir de todos os dependentes comprovação da dependência econômica, suprindo a presunção da dependência. Isso evitaria sérias distorções como, por exemplo, aquela em que o segurado falece deixando cônjuge em plena possibilidade de auto-sustento e pais que dependiam economicamente do segurado dele. Neste caso conquanto o cônjuge sobrevivente não dependesse economicamente do segurado falecido é ele que tem à pensão por morte em detrimento dos pais do "de cujus".

O artigo 16, §2º da Lei 8.213/01 expressa claramente à intenção do legislador em se estabelecer uma hierarquia entre os dependentes do segurado, ao preceituar que: "A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes".

A despeito disso, alguns doutrinadores entendem que a questão deve ser vista pelo prisma constitucional, neste sentido, assim se manifesta ALVES (2007, p.78):

> Apesar do art. 16 da Lei n° 8.213/91 e o artigo 16§ 2° do Decreto n° 3.048/99 regularem a hierarquia de classes entre os dependentes, é preciso avaliar com bastante cautela este dispositivo, analisando os princípios primordiais da Previdência Social e a Constituição Federal em seu art. 201, V, à luz da LOPS em seu art. 37.

O critério material visa verificar se a condição econômica dos sujeitos ativos da relação (segurados) se coaduna aos parâmetros financeiros pré-fixados pela Previdência

Social, restringindo o benefício ao segurado de baixa renda, que não receba qualquer outra espécie de remuneração da empresa, nem dos benefícios de aposentadoria, auxílio doença ou abandono por permanência em serviço. Portanto, entende-se por segurado de baixa renda aquele que tenha um salário de contribuição conforme os seguintes parâmetros[550]:

PERÍODO	SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO TOMADO EM SEU VALOR MENSAL
A partir de 1º/01/2013	R$ 971,78 – **Portaria nº 15, de 10/01/2013**
A partir de 1º/01/2012	R$ 915,05 – **Portaria nº 02, de 06/01/2012**
A partir de 15/07/2011	R$ 862,60 – **Portaria nº 407, de 14/07/2011**
A partir de 1º/01/2011	R$ 862,11 – **Portaria nº 568, de 31/12/2010**
A partir de 1º/01/2010	R$ 810,18 – **Portaria nº 333, de 29/06/2010**
A partir de 1º/01/2010	R$ 798,30 – Portaria nº 350, de 30/12/2009
De 1º/2/2009 a 31/12/2009	R$ 752,12 – Portaria nº 48, de 12/2/2009
De 1º/3/2008 a 31/1/2009	R$ 710,08 – Portaria nº 77, de 11/3/2008
De 1º/4/2007 a 29/2/2008	R$ 676,27 - Portaria nº 142, de 11/4/2007
De 1º/4/2006 a 31/3/2007	R$ 654,61 - Portaria nº 119, de 18/4/2006
De 1º/5/2005 a 31/3/2006	R$ 623,44 - Portaria nº 822, de 11/5/2005
De 1º/5/2004 a 30/4/2005	R$ 586,19 - Portaria nº 479, de 7/5/2004
De 1º/6/2003 a 31/4/2004	R$ 560,81 - Portaria nº 727, de 30/5/2003

[550] Fonte: Previdência Social

A restrição consistente na baixa renda auferida pelo segurado surgiu em decorrência da Emenda Constitucional número 20/98, que proibiu o pagamento do auxílio-reclusão aos dependentes dos segurados que possuíssem um salário de contribuição superior ao patamar definido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

A partir disso, a renda a ser levada em consideração para a concessão do benefício do auxílio reclusão é aquela que era recebida pelo segurado preso, e não aquela recebida pela família deste.

Mas, ao não se levar em consideração a renda auferida pelos dependes, e sim aquela auferida pelo segurado, cria-se a possibilidade da concessão do benefício aos familiares do segurado que possuam uma renda elevada, ou mesmo deixar de concedê-lo aos dependentes necessitados, apenas porque o segurado tinha um salário de contribuição superior ao limite legal.

Ademais, a definição do limite do valor máximo do salário de contribuição é feita de forma aleatória e administrativamente, sem se pautar por qualquer critério objetivo ou social.

Por isso, há quem alegue a inconstitucionalidade do artigo 13º da Emenda n° 20/98, sob o fundamento de que, ao se estabelecer um valor de salário de contribuição como uma forma para a concessão do auxílio-reclusão, o legislador feriu direitos e princípios constitucionais fundamentais como, por exemplo, isonomia, proteção à família, erradicação da pobreza e solidariedade social.

Aliás, em verdade, a mencionada Emenda Constitucional focou a renda do dependente e não a do segurado como requisito para concessão do auxílio-reclusão, tanto que seu artigo 13º preceitua que:

> Art. 13 - Até que a lei discipline o acesso ao salário-família e auxílio-reclusão para os servidores, segurados e seus dependentes, esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R$ 360,00 (trezentos e sessenta reais), que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Destarte, o requisito da “baixa renda do segurado”, a rigor, não veio com a Emenda Constitucional 20/98, mas com o Decreto 3.048/99 que, ao disciplinar a norma constitucional, estabeleceu que:

> Art. 116 - O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que seu último salário de contribuição seja inferior ou igual a R$ 360,00 (trezentos e sessenta reais).

Por fim, cabe aferir a partir de quando os beneficiários possuem o direito ao percebimento do auxílio-reclusão. Nesse rumo, a Lei n° 9.528 alterou a redação do artigo 74 da Lei n° 8.213/91, incluindo três incisos, que modificaram o termo inicial para o recebimento do benefício, da seguinte forma:

> - desde a data do reconhecimento do segurado à unidade prisional, se requerido dentro do prazo de trinta dias.
>
> - Passados trinta dias da data da prisão, conta-se a DIB (data do início do benefício) a partir da data de entrada do requerimento (DER).
>
> - Havendo dependentes menores ou incapazes, conta-se a DIB desde a data da prisão, mesmos passados mais de trinta dias.

A extinção do direito ao recebimento do auxílio-reclusão ocorre com a liberação do preso do cárcere, morte do dependente ou do segurado, concessão da aposentadoria do preso encarcerado, com a maioridade de seus filhos ou a emancipação, salvo os inválidos, a não ser pela cessação da invalidez e pela extinção da última cota individual do dependente.

Segundo o disposto no Capitulo II, subseção IX, artigo 293, da Instrução Normativa INSS/DC N° 118, de 14 de abril de 2005:

> Art. 293. Fica resguardado o direito ao beneficio de auxilio reclusão aos menores ou incapazes, desde a data do efetivo recolhimento a prisão do segurado, mesmo que o requerimento do benefício tenha ocorrido após o transcurso de trinta dias do fato gerador, observadas as disposições referidas na subseção IX do Capítulo II desta IN.
>
> § 1° A habilitação posterior de outro possível dependente que importe na exclusão ou inclusão de dependentes somente produzirá efeitos a contar da data da habilitação, conforme disposto no artigo 107 do RPS.

2. OS VERDADEIROS DESAMPARADOS

Como discorrido, uma vez preenchidos os requisitos legais, os familiares daqueles que praticaram delitos fazem jus ao recebimento do auxílio-reclusão, um benefício previdenciário que, em parte, tem seu custo suportado por toda sociedade.

Porém, enquanto muitos presos ficam em paz em suas celas, com a certeza de que seus familiares estão amparados pela sociedade, inúmeros brasileiros, incluindo os familiares das vítimas daqueles presos, ficam jogados à própria sorte em relação ao seu sustento, sem qualquer proteção social.

Atualmente o Governo Federal conta com diversos projetos de apoio às famílias necessitadas, podendo ser citados, como exemplos, o: Bolsa Família, Auxílio Gás e a atual e ainda não implantada “Bolsa Crack”, dentre outras formas de apoio que visam à proteção de famílias carentes.

Nesse diapasão, os dependentes da vítima de um crime, caso não tenham direito a qualquer benefício previdenciário, são atendidos exclusivamente pelos projetos sociais governamentais.

Se é assim, em havendo outros meios da família do preso ser amparada, não há qualquer fundamento racional que justifique a existência de um auxílio previdenciário especifico aos dependentes do criminoso, pois tal auxílio acaba por incentivar e “premiar” a criminalidade.

Sergio Pinto Martins (2002, p. 405) possui uma visão lúcida sobre o tema, dispondo neste sentido:

> Eis um benefício que deveria ser extinto, pois não é possível que a pessoa fique presa e ainda a sociedade como um todo tenha que pagar um benefício à família do preso, como se estivesse falecido. De certa forma, o preso é que deveria pagar por se encontrar nessa condição, principalmente por roubo, furto, tráfico, estupro, homicídio, etc.
>
> Na verdade, vem a ser um benefício de contingência provocada, razão pela qual não deveria ser pago, pois o preso dá causa, com seu ato, em estar nessa condição. Logo, não deveria a Previdência Social ter que pagar tal benefício. Lembre "se que se o acidente de trabalho é provocado pelo trabalhador, não faz jus ao benefício.

Em contrapartida ao posicionamento acima mencionado, podemos citar o defendido por Victor Mozart Russomano (1981, p. 214):

> "O criminoso, recolhido à prisão, por mais deprimente e dolorosa que seja sua posição, fica sob a responsabilidade do Estado. Mas seus familiares perdem o apoio econômico que o segurado lhes dava e, muitas vezes, como se fossem os verdadeiros culpados, sofrem a condenação injusta de gravíssimas dificuldades.
>
> Inspirados por esses ideais, desde o inicio da década de 1930, isto é, no dealbar da fase de criação, no Brasil, dos Institutos de Aposentadoria e Pensões, nosso legislador teve o cuidado de enfrentar o problema e atribuir ao Sistema da Previdência Social o ônus de amparar, naquela contingência, os dependentes do segurado detento ou recluso".

É evidente que a tese defendida por Russomano é um posicionamento mais antigo e conservador, não se enquadrando no contexto social em que vive nossa sociedade.

A compreensão desta realidade já fez com que alguns países reconhecessem o direito dos familiares das vítimas em receberem benefícios e amparos sociais.

De acordo com os dados publicados pela revista Veja, datada de 08 de maio de 2012 (VEJA, 2013, p. 88 e 89), apenas o Brasil e alguns estados americanos, como Washington e Virginia, oferecem ajuda financeira aos familiares de criminosos de baixa renda, porém, os

americanos também fornecem auxílio financeiro às vítimas de crimes violentos e seus familiares, reconhecendo os reais detentores do direito ao benefício, enquanto que o Brasil prefere restringir tal ajuda somente aos que dependem dos criminosos.

A Argentina e o Chile não prestam qualquer tipo de ajuda financeira aos familiares dos criminosos. Quanto à família das vítimas, estas recebem um assessoramento jurídico e psicológico.

A Dinamarca não oferece nenhum tipo de auxílio aos familiares dos presos, porém, os familiares das vítimas recebem apoio psicológico, consultoria jurídica e compensação financeira.

A França não oferece auxílio à família do encarcerado, contudo, presta acessória jurídica e psicológica para os familiares das vítimas, além de uma ajuda financeira.

No Reino Unido, a família do infrator não recebe qualquer tipo de apoio, e os familiares das vítimas também não contam com qualquer auxílio financeiro, podendo somente realizar consultorias para os tramites legais e práticos referentes ao pós-morte, como por exemplo, o enterro da vítima.

Já em nosso país, como explanado, os dependentes de segurado recluso que possua baixa renda recebem da Previdência Social um auxilio de R$ 730,00 (setecentos e trinta reais) ao mês. Por sua vez, caso a vítima seja segurada e venha a falecer, seus dependentes, em princípio, terão direito à pensão por morte, no entanto, caso a vítima não seja segurada do INSS, seus dependentes não receberão qualquer auxílio previdenciário ou específico do Estado.

3. A AMPLIAÇÃO DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO E O PESO SOCIAL

As estatísticas revelam um enorme crescimento do requerimento e concessão do auxílio-reclusão, seja em razão do aumento da criminalidade ou pela popularização do conhecimento sobre o direito ao benefício.

Nessa linha, o número de dependentes de criminosos que obtiveram o auxílio-reclusão aumentou cerca de 550% de 2000 a 2012.

Segundo uma reportagem publicada na data de 11 de maio de 2013 (VEJA, 2013, pag. 89), o número de benefícios concedidos mais que sextuplicou, enquanto que a população carcerária pouco mais que dobrou.

No ano de 2000, foram 5.791 (cinco mil, setecentos e noventa e um) benefícios concedidos pela Previdência Social, em 2006, 18.150 (dezoito mil, cento e cinquenta) e por fim, no ano de 2012, foram concedidos 37.899 (trinta e sete mil, oitocentos e oitenta e nove) benefícios de auxílio-reclusão no Brasil.

Os gastos do governo com o "auxílio-reclusão" atingiram a marca de R$ 203,2 milhões até o mês de junho do ano de 2013.

De acordo com o Boletim Estatístico da Previdência Social (Beps), o INSS efetuou o pagamento de 33.544 benefícios de auxílio-reclusão na folha de janeiro de 2012, em um total de R$ 22.872.321. O valor médio do benefício por família, no período, foi de R$ 681,86.

Em maio de 2012, o Ministério da Previdência Social apontava que 35.348 segurados eram beneficiados pelo auxílio-reclusão, recebendo um valor médio de R$ 681,40. Destes, 31.927 se enquadravam em agrupamento "urbano" e 3.421 em "rural".

Não se deve olvidar que o artigo 195 da Constituição Federal estabelece que "A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta".

Assim, o que se tem é que, de alguma forma, todos os membros da sociedade, inclusive os familiares das vítimas, financiam o pagamento do auxílio-reclusão aos dependentes do criminoso.

Enfim, a expansão da concessão do aludido benefício acarreta, por decorrência, um aumento da carga financeira a ser suportada por toda a sociedade, ampliando a perplexidade social, que se vê obrigada a se sacrificar cada dia mais para acolher os dependentes do criminoso, em detrimento aos familiares das vítimas, verdadeiros merecedores de guarida.

CONCLUSÃO

O auxílio-reclusão é o benefício concedido pela Previdência Social aos dependentes dos encarcerados que sejam seus contribuintes e que se enquadrem dentro do conceito de baixa renda auferido por esta. No mais, o Instituto Nacional do Seguro Social é uma Autarquia do Governo Federal brasileiro, sendo custeado por todos nós. Mesmo os que não contribuem com a Previdência Social de uma forma direta, pagam esta conta através dos tributos recolhidos.

O legislador brasileiro entende que, com o encarceramento do individuo, sua família resta privada dos rendimentos auferidos por este, fato que gera um risco social e aumenta o número de miseráveis que vivem no país.

Frisa-se que o benefício do auxílio-reclusão não foi implementado com a finalidade de proteger o próprio segurado, como a maioria dos demais benefícios oferecidos pela Previdência Social, mas sim resguardar condições mínimas de sobrevivência aos que dele dependam. O que há na realidade é a substituição da renda que o recluso auferia em liberdade por um benefício previdenciário que é oferecido por prazo determinado, ou seja, em regra, até que o encarcerado seja colocado em liberdade.

Deste modo, podemos claramente verificar que o fundamento do auxílio-reclusão consiste na idéia de que o Estado é considerado o "responsável" pelo encarceramento do indivíduo, e, assim, deve criar meios para amenizar as consequências deste ato em relação às pessoas que dependiam daquele que foi retirado do convívio social.

Entretanto, o legislador se limitou a estabelecer a responsabilidade do Estado somente quanto ao encarceramento do individuo, se esquecendo que também cabe àquele zelar pela segurança pública. É notável a sua falha diante da morte de um pai de família que teve sua vida ceifada pela criminalidade, mesmo estando tal cidadão sob a proteção da segurança pública que deveria ser assegurada por este mesmo Estado.

Os dependentes das vítimas que não são seguradas pela Previdência Social ficam sem qualquer amparo por parte desta, sendo que somente serão beneficiários da pensão por morte os dependentes de vítimas contribuintes. Assim, se faz necessário a instituição de um benefício que ampare os familiares das vítimas que não são asseguradas pela Previdência Social, pois estas também são privadas da renda auferida por parte da vítima.

Como já mencionado, os gastos com o pagamento do auxílio-reclusão são suportados por toda a sociedade brasileira, sendo altíssimos os custos para a manutenção do benefício, restando evidente o aumento em sua concessão nos últimos anos. Contudo, nada é feito em favor dos dependentes das vítimas que não contribuem com a Previdência Social, restando estes totalmente desamparados.

Dentre os países pesquisados no presente trabalho, o Brasil é o único que oferece o beneficio do auxílio-reclusão somente aos familiares dos presos, não se estendendo também aos que dependem das vítimas. Alguns estados norte-americanos concedem o benefício do

auxílio-reclusão aos dependentes de seus encarcerados, porém não se esquecem de quem são as reais vitimas da criminalidade, tendo assim, instituído um beneficio que ampare também os familiares destas.

Desta forma, a implementação do benefício do auxílio-reclusão somente aos dependentes dos criminosos gera um quadro de distorção de princípios e injustiça social, pois enquanto aqueles que ferem nossa legislação descansam em paz com seus dependentes amparados pelo Estado, os que foram vítimas de tal ato não podem contar com o mesmo conforto.

Assim, através de uma ponderação de valores podemos concluir que diante da necessidade dos dependentes dos criminosos e a dos que dependem da vítima, devemos optar pelos últimos de forma preponderante. É incompatível com a realidade social em que vivemos que somente os dependentes dos criminosos sejam amparados pela sociedade, enquanto que o número de famílias vítimas da criminalidade se multiplica sem qualquer amparo social.

Se o Estado é o responsável por privar a liberdade do indivíduo, também é dele a responsabilidade por não ter prestado a devida segurança as vítimas da criminalidade. A segurança pública deve ser garantida pelo Estado desde a prevenção à prática de delitos até, na medida do possível, a reparação dos danos sociais causados pelo crime.

É de extrema necessidade a criação de um benefício previdenciário específico ao amparo dos dependentes das vítimas da criminalidade que não auferem qualquer renda em razão de uma falha do Estado em garantir a segurança de seus cidadãos. O Governo Federal já oferece aos idosos e aos deficientes o benefício do Amparo Assistêncial, sendo este solicitado nas Agências da Previdência Social mediante o cumprimento de exigências legais, acredito na possibilidade da implementação de um benefício semelhante aos famíliares que dependiam financeiramente do ente que perdeu para o crime.

Enfim, enquanto o Estado não cria um benefício compatível ao caso em questão, a melhor decisão a ser tomada é a compatibilização dos recursos destinados ao auxílio-reclusão, devendo este suprir primeiramente as necessidades dos dependentes das vítimas, mesmo não sendo estas contribuintes da Previdência Social e, somente depois, em caráter subsidiário, é que deveria ser destinado o saldo remanescente aos dependentes dos criminosos.

REFERÊNCIAS

ALVES, Hélio Gustavo. Auxílio Reclusão Direitos dos presos e de seus familiares. São Paulo. 2007.

ANDRÉ, Éler; LOBER, Fabricio; COURA, Kalleo; LEITÃO, Leslie; FOLTRAM, Rafael. Condenados pela Impunidade. Revista Veja. São Paulo. 2013.

ARAÚJO, Luis Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição. São Paulo. Editora Saraiva.2003.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado. 1988.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 1997.

DUARTE, Mariana Vasques. Direito Previdenciário. São Paulo: Saraiva. 2005.

GONÇALVES, Ionas Deda. Direito Previdenciário. São Paulo: Saraiva. 2005.

HORVALTH, Mirian Vasconcelos Fiau. Auxílio Reclusão. Editora Quartier Latin do Brasil. 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da Seguridade Social. 19ª Ed. São Paulo: Editora Atlas. 2002.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1981.

RAZÕES PARA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: Como os Juízos de Prognóstico Jurídicos Podem Ser Beneficiados Pela Visão Econômica

Guilherme Prado Bohac de HARO [551]

RESUMO

O presente trabalho trata-se de "recorte" de um capítulo da dissertação de Mestrado a ser apresentada perante a Universidade Estadual de Londrina-PR. Contém razoável adaptação para o formato articulista e pretende abordar o conteúdo da Análise Econômica do Direito, bem como apresentar razões para proceder a uma averiguação sob a ótica econômica dos fenômenos e institutos jurídicos. Perpassando por uma constatação de que a Ciência do Direito não é, há tempos, pura, e de que mecanismos científicos (e empíricos) de outras áreas do conhecimento humano podem lhe ser benéficas (proveitosas), o presente artigo tem a intenção de demonstrar que juízos de prognósticos de conteúdo jurídico podem gerar um resultado de eficácia e bem estar social muito maior se amparados em instrumentos de análise econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Econômico. Análise Econômica do Direito. Justificativas e Perspectivas.

INTRODUÇÃO

As condutas humanas, principalmente das massas, podem ser, sob certa perspectiva, razoavelmente previsíveis ou esperadas.

[551] Advogado e Professor. Atualmente é Professor de Direito Econômico e Empresarial das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Advogado integrante do "Rufino Campos Advogados Associados". Dá aulas em Cursos Preparatórios para Concursos. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico e Empresarial. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestrando em Direito Negocial perante a Universidade Estadual de Londrina, na Área de Concentração de "Direito Empresarial". *E-mail*: guilherme.pbh@hotmail.com.

A Ciência do Direito tornou-se exímia em regrar a conduta do homem e fixar suas consequências. Existe, então, um emaranhado de juízos de previsibilidade que visam trazer segurança jurídica ao mundo fenomênico.

Entretanto, existem fenômenos (ou consequências) para os quais a análise pautada exclusivamente no Direito (puro) não satisfaz, na melhor medida possível, o anseio social.

Por esta razão, cada vez mais a Epistemologia Jurídica vem se abeberando de outras áreas do conhecimento, como a Filosofia, a Sociologia, a Política, a Psicologia e, voltando-se especificamente ao nosso objeto, a Economia.

A Economia, como a ciência capaz de determinar a alocação dos recursos humanos de forma eficiente, quando conjugada ao Direito, pode ganhar um novo atributo, ou seja, pode viabilizar uma alocação "justa" dos recursos disponíveis.

O Direito, por sua vez, como a ciência capaz de dizer o que é certo ou errado, pode, quando aliado dos preceitos da Economia, ganhar outros qualificativos, como aquilo que é mais "eficazmente" correto ou, ao revés, "economicamente" inviável.

Em verdade, Direito e Economia são ciências irmãs, ambas fazendo parte da grande área do conhecimento que estuda o comportamento humano, as Ciências Sociais Aplicadas.

No passado – tempos em que não havia graduação em Economia –, a aproximação era tamanha que as Ciências Econômicas eram ensinadas nos bancos de graduação em Direito[552]. Uma vez adquirindo autonomia, o curso de Economia passou a se distanciar do Direito – e este daquele.

Hoje, o contrário vem ocorrendo, dando origem no Direito de área que se convencionou chamar de Análise Econômica do Direito (ou somente AED) e, no âmbito da Economia, da novíssima Análise Jurídica da Economia.

O presente capítulo[553] buscará trazer razões – ou, ao menos, sementes para reflexão – para uma análise econômica[554] do Direito.

---

[552] Neste sentido Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 75): "A relação entre o Direito e Economia é tão antiga quanto a última embora, embora seja vista com alguma coisa marginal, de pouca importância, e é imensa a contribuição que o diálogo entre o Direito e Economia (Ciências Sociais aplicadas) pode oferecer ao propor soluções para questões atuais, ao contrário do que afirmam os detratores dessa corrente de estudos".

[553] Lembrando que este artigo é uma adaptação de um capítulo da dissertação.

[554] Em minúsculas, pois não se refere, nesta acepção, ao ramo da Ciência Jurídica, este sim, um substantivo.

No decorrer de seus parágrafos, em um momento ou outro se perceberá a influência do objeto principal deste trabalho (Infrações à Ordem Econômica) dissertativo nos exemplos e no enfoque do discurso, entretanto, a intenção é fixar um panorama geral daquilo que se entende por Análise Econômica do Direito.

1 O DIREITO E SUA PUREZA

A "pureza" que aqui se busca referir não é aquela referente ao positivismo kelseniano, que intencionou afastar qualquer influência de outros ramos do conhecimento humano (como a Filosofia dos Valores) ao Direito, tornando-o uma Ciência "pura".

Embora a formulação teórica do autor supracitado esteja longe de ser descartada, a evolução científica do Direito demonstrou que ele não pode viver longe de conhecidos elementos como a moral, os valores (da humanidade) e os princípios não positivados. O movimento epistemológico que teria superado o positivismo é conhecido por neopositivismo[555].

Os elementos acima citados (como os princípios implícitos), hodiernamente, fazem parte do Direito. Embora a Teoria Geral da Norma esteja em constante evolução, é possível, hoje, afirmar que já existe um "desenho" bem formulado dos contornos do nosso sistema normativo. Entretanto, não é esta pureza a qual se quer referir.

Busca-se acenar, então, ao movimento epistemológico que o Direito vem tomando, consistente na influência, cada vez mais presente, dos outros ramos científicos. Em outras palavras, o que se vê hodiernamente é uma tendência, no mínimo curiosa, dos outros ramos da ciência humana no Direito, se unirem para colaborar na evolução do entendimento sobre seus vários institutos.

O interessante é que os novos institutos surgem em todos os ramos científicos, veja o tema da alienação parental, por exemplo, trazido pela Psicologia. Assim como sempre foi com a Política e com a Filosofia – esferas do conhecimento humano que colaboram com o Direito há incontáveis anos.

---

[555] Embora alguns teóricos mencionem como sinônimos neopositivismo e pós-positivismo, em verdade, pelo que se vê na doutrina, o movimento pós-positivista qualifica o positivismo de "segundo momento", ou seja, aquele que surgiu logo após as primeiras críticas elaborada por aqueles que advogavam pelo necessário reconhecimento de valores extranormativos.

O Direito, portanto, deixou de ser "puro"[556], no sentido que não se mostra mais suficiente uma visão exclusivamente jurídica dos seus institutos, mas é extremamente importante que outros ramos do pensamento humano (ainda mais quando os institutos jurídicos são fulcrados neles) colaborem na interpretação dos fenômenos de Direito, qualificando esta Ciência em um novo nível de eficácia social.

Longe de ser uma fórmula infalível, a Análise Econômica do Direito vem se mostrando como um mecanismo extremamente eficiente para avaliar não só a tomada de decisões, mas também a formulação de políticas públicas[557].

Existem setores do Direito para os quais a Análise Econômica se mostra praticamente indispensável[558]. São exatamente aqueles campos em que a questão econômica é tão imanente (e presente) que uma abordagem exclusivamente jurídica se apresentará deficiente ou ineficiente.

Nas palavras de Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 76-77):

> Os campos em que o diálogo entre o Direito e Economia se demonstra fecundo abrangem matérias como propriedade, contratos e responsabilidade civil, operações em mercados, em que é mais evidente a existência de interesses comuns, particularmente aquelas operações que envolvem instituições sociais e institutos jurídicos. Em outras áreas do Direito, a visão econômica é mais difícil de aceitar, dizem muitos, notadamente em áreas nas quais os efeitos patrimoniais são considerados secundários, como é o caso das relações de família.

A utilização da ótica econômica é indispensável, como principal exemplo, quando se buscar entender, regrar e controlar aquilo que se conhece como poder econômico.

---

[556] Saliente-se que a dita impureza não tem nenhuma conotação pejorativa, pelo contrário, demonstra um novo momento evolutivo da Epistemologia Jurídica. Fala-se, inclusive, em Direito Intercultural, vide: HOFFE, Otfried. Derecho Intercultural. Primeira Edição Barcelona: Editorial Gedisa, 2008. Tradução: Rafael Sevilla.

[557] O que não deixa de ser, em última análise, um conjunto de tomada de decisões.

[558] Em sentido contrário, existem outros ramos ou institutos que a Análise Econômica é dificilmente conciliável, como o Direito de Família. Entretanto, mesmo neste, é possível verificar, mormente quando se trata de direitos patrimoniais, a crescente influência da Análise Econômica. Não só isso, é possível verificar também em seções do Direito de Família em que vigoram conceitos abstratos, como o afeto, o carinho, etc, a presença de uma visão econômica, veja-se, v. g., as crescentes indenizações por abandono afetivo vista em nossos tribunais.

2 O PODER ECONÔMICO

Não é possível negar a existência deste poder.

A história traz infindáveis exemplos de sua força. Países, hora ou outra, se veem orientados por ele. O poder econômico chega a ditar, em vários níveis, o rumo político de uma nação e a implementação, ou não, de determinados direitos fundamentais.

A nossa Constituição de 1988 o reconheceu, e determinou que seu "abuso" seja punido (art. 173, § 4º).

Sobre, é o que leciona Sérgio Varella Bruna (2001, p. 104):

> Assim, pode-se dizer que, para efeitos de sua disciplina jurídica, *poder econômico* é a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, em condições diversas daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro. Poder econômico é não só, mas fundamentalmente, o controle sobre os preços, uma vez que a concorrência, muito embora também possa ocorrer em relação à qualidade dos produtos (*concorrência não de preços ou concorrência pela qualidade),* com muito maior frequência terá nos preços o foco principal[559].

A justificativa da existência deste poder chega a ser simples, pois ele decorre da própria natureza humana.

Anote-se, neste sentido, os ensinamentos de Fonseca (2007, p. 338):

---

[559] Em outros parágrafos (p. 104-105), na mestra obra, o Autor ainda exara: "O poder econômico expressa, claramente, esta relação antitética com a noção tradicional de mercado. Para as finalidades de sua disciplina jurídica, o conceito de poder econômico, assim, abrange aqueles produtores cuja participação na oferta global lhes confira a capacidade de reduzir a oferta com o objetivo de, aumentando os preços, maximizar seus lucros, ao mesmo tempo em que também compreende as situações de monopsônio e oligosônio, onde o controle se dá pelo lado da procura, cuja retratação pode ensejar uma redução forçada de preços. Não há por que se adotar um conceito que inclua uma dessas situações e exclua a outra". (...) "Tido o conceito de poder econômico, assim, como a capacidade de determinar comportamentos econômicos alheios, diversamente do que decorreria em condições puramente concorrenciais, ou seja, fundamentalmente a capacidade de controlar os preços, importa verificar qual o montante de poder econômico necessário para assumir relevância sob o ponto de vista do Direito Econômico".

> A marca fundamental dos poderes da mente humana se exterioriza a partir do momento em que o homem descobre que pode organizar a própria vida individual e a vida em sociedade em que se situa. O poder é visto e explicado em lei como decorrência da razão humana. Quando os textos constitucionais afirmam "o poder emana do povo e em seu nome será exercido", estão a aceitar pressupostos racionalistas que, em lugar de aceitar um fatalismo, ou um determinismo ou uma intromissão do divino na condução dos negócios humanos, atribuem ao homem o poder de reger sua própria vida. Esse poder se estende a todos os campos da vida social: a organização política e a organização econômica. Aquela foi de imediato objeto do estabelecimento de normas nos textos constitucionais, esta só mais tardiamente veio a se impor. Aceita-se então que o povo possa se *organizar economicamente*, fazendo com que a atividade econômica se reja segundo as exigências da organização política e social. O homem se capacita de que pode introduzir uma *organização econômica no plano social*, não somente no plano da individualidade ou no plano corporativo, como forma de concretizar a democracia, que é então entendida como *participação de toda uma coletividade.*

A sociedade capitalista é integrada por seres pensantes que, em menor ou maior grau, avaliam suas condutas conforme o resultado econômico que elas podem produzir. A Economia sempre compreendeu isso. Seja na atitude de comprar um relógio, seja na atitude de matricular seu filho na escola, é natural que o ser racional avalie as repercussões econômicas destas posturas comportamentais.

Em quase todo momento de um dia o ser humano faz ponderações econômicas ou economicamente aferíveis.

Neste sentido Ivo Dantas (2006, p. 57);

> A vida social implica, necessariamente, conforme leciona RAYMOND BARRE, em *atividade econômica* que, "em sua essência é rígida, para uma sujeição progressiva dos meios adequados à luta contra a escassez: é orientada para o crescimento e o progresso", encontrando "seu impulso e estímulo nas relações humanas ao desafio da escassez e nas oportunidades materiais pelo meio econômico".

É claro que o dia do homem capitalista não é só isso. Existem momentos nos quais ocorre um distanciamento da questão econômica, como nas atitudes carregadas de sentimentos (mormente os mais elevados), como em outras que refletem diversos aspectos da psique humana (doar recursos para um orfanato, rezar, meditar, etc.).

Entretanto, em maior ou menor medida, os fenômenos jurídicos, quase em sua totalidade, podem ser economicamente avaliados[560]. Exemplos ajudarão a aclarar o raciocínio.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, para homologação do plano de recuperação judicial não é necessária a apresentação de certidão tributária negativa (REsp. 1187404). Esta decisão, sem dúvida, repercutirá no próprio desempenho econômico do país.

Mesmo decisões muito pontuais, sobre demandas envolvendo partes bem delimitadas, considerando que podem gerar precedentes, possuem reflexos econômicos (Ex. juiz da Vara de Família que, visando resolver partilha em demanda de divórcio, mesmo envolvendo partes casadas sob o regime de separação absoluta, decide que os bens adquiridos na constância do casamento devem ser partilhados).

A compra de um imóvel, a decisão perante uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, a portaria de um Ministério, a Emenda à Constituição sobre matéria previdenciária, a busca e apreensão de um veículo, a nulidade de um contrato, o casamento, e infinitos outros fenômenos jurídicos podem gerar repercussão econômica.

Como se vê, o Direito produz, em todo momento, efeitos econômicos.

Além de produtor (combustível) destas implicações econômicas, o Direito é capaz de interagir (modificar, limitar, etc.), do mesmo modo, com o poder econômico. Aliás, todos nós, em menor ou maior grau, cotidianamente, interagimos com tal poder: a decisão de não comprar determinado produto é exercício de, ao menos diminuto, poder econômico.

---

[560] Tratando sobre os "bens", mas em raciocínio que pode ser transportado para este momento do texto, neste sentido Lalaguna (1992, p. 185): "Cualquier bien al que se puede poner um precio tiene um valor sobre el que se puede ostentar la titularidade del derecho. Lo que quiere decir que sólo séram convertibles em derechos (en matéria de proteccion jurídica) aquellos bienes que san susceptibles de ver valorados economicamente. Esto significa que todos los bienes pasan a ser patrimoniales, em la medida em que precisamente porque lo son se hacen objeto de uma defensa jurídica". (...) "De acuerdo com el principio económico, el bien es considerado como tal em la madida em que se le atribuye um precio, y por tanto se entende que tiene um valor susceptible de defensa jurídica. Esto implica que todos los derechos individuales son evaluados desde la interpretación económica: y que por tanto el valor del bien viene dado por la contraeprestación o beneficio o precio que se le atribuye".

Entretanto, o poder econômico que se mostra juridicamente (mais) relevante é aquele capaz de influenciar ou produzir um número extraordinário de consequências jurídicas.

Neste sentido, Cuéllar e Moreira (2004, p. 39):

> Em sua acepção clássica, o poder consiste na possibilidade de alguém impor sua vontade sobre o comportamento de outras pessoas. É capacidade de agir autonomamente.
>
> O poder econômico, enquanto manifestação específica do poder, é a possibilidade que tem uma entidade de tomar certa decisão econômica independente, face a determinadas circunstâncias, como fixação de preços, ou a escolha do volume de trabalho, e de se impor sobre os concorrentes. Trata-se de posição de força, opção negocial autônoma, passível muitas vezes de acarretar atuação monopolística da empresa detentora do poder no mercado.

A História dá notícias de nações que, praticamente, foram à ruína com o rompimento de relação com determinada corporação empresarial ou, ainda, de líderes políticos que perderam seu cargo por influência do poder econômico de certo grupo empresarial.

O poder econômico, sendo uma realidade, pode (e deve) ser controlado mediante instrumentos que só o Direito – ciência do dever ser – é capaz de construir.

Ocorre que os mecanismos jurídicos construídos poderão ser qualificados (robustecidos) se dermos a eles um olhar com base na ciência econômica. É essa uma das pretensões da Análise Econômica do Direito.

3 RAZÕES PARA UMA ANÁLISE ECONÔMICA

Algumas razões já foram apontadas logo acima, para justificar a necessidade de regular um poder que se adjetiva de “econômico” por meio de mecanismos que lhes são familiares, ou seja, os instrumentos econômicos. As linhas seguintes visarão prosseguir e fortalecer esta argumentação.

O raciocínio da Economia é o seguinte: sendo a conduta dos seres humanos (economicamente) previsíveis e, considerando algumas constantes, é possível antever alguns eventos.

De outra forma: considerando que muitas condutas são esperadas diante de determinadas causas, é possível fazer um juízo de prognóstico, visando antever a realidade factível que se busca provocar e obter resultados mais eficientes.

Por exemplo, imaginemos que uma lei seja promulgada determinando que todas as instituições financeiras enviem, mensalmente, para todos seus clientes, o extrato impresso (tipo carta) da conta corrente. Sob uma ótica exclusivamente jurídica, poder-se-ia elogiar a lei, pois ampliaria o direito de informação do consumidor e daria novo qualificativo aos princípios estampados na legislação consumerista.

Entretanto, sob a ótica econômica, trata-se de lei odiosa, péssima. Ademais, sem dúvida, é mais prejudicial que benéfica ao consumidor.

Em primeiro lugar porque, considerando os estágios atuais de informatização, desnecessária esta providência (no passado existiu, pois se justificava).

Sem dúvida, em um segundo momento, após o início da vigência desta lei, as instituições financeiras embutirão este pesado custo em seus serviços, aumentando a taxa de juros, por exemplo, e prejudicando, então, uma infinidade de consumidores.

A Análise Econômica do Direito poderia ter evitado o surgimento desta lei, enquanto a perspectiva pura do Direito, muito provavelmente, levaria o outro caminho interpretativo.

Existem várias formas de se analisar economicamente determinado fenômeno jurídico, pode-se utilizar, por exemplo, determinada teoria ou conjunto de teorias, certo cálculo econômico ou específico instrumento da Economia. Com relação a estes últimos, a seção seguinte tratará de forma mais específica, ante a tradicionalidade com que se apresentam na Ciência Econômica.

3.1 Os Instrumentos Econômicos (teorias econômicas)

A intenção neste âmbito de indagação não é explicar cada um dos instrumentos econômicos existentes, mas tão somente chamar a atenção para suas funcionalidades e possibilidades de aplicação ao Direito.

Em verdade, a Economia possui um elevado número de instrumentos (teorias) econômicos, tornando inviável, inclusive, a menção de um a um.

Tendo como base notável obra de Pedro Mercado Pacheco (1994, 127-165) é possível identificar algumas teorias econômicas básicas.

Segue a nomenclatura de cada teoria mencionada, com o respectivo comentário:

- Ciência (Teoria) Econômica Geral e Teoria Microeconômica: o Autor não a diferencia no tempo e apenas a apresenta para demonstrar a crítica que faz ao conceito de concorrência perfeita e a falta da observância das externalidades (jurídico e política-institucional) que permeavam estas teorias.

- Teoria Econômica do Bem-estar ou Economia do Bem-estar ou Estado de Bem-estar: pressupondo um conceito pré-compreendido deste fenômeno político-econômico (pois não dá seus contornos), o Autor esclarece que este modelo econômico, superando a análise anterior, assume a realidade da concorrência imperfeita e a existência de falhas mercadológicas, para, compreendendo estas questões, buscar justificar a presença do Estado na sua solução. Visando introduzir a teoria seguinte, o Autor critica o fato desta teoria não ter considerado a "variável institucional" e o "custo do processo de tomada de decisões" em suas formulações. Por esta razão, o Autor denomina de Teoria do Bem-estar "Convencional".

- Teoria da Escolha Pública ("Public Choice" ou "Elección Pública"): trata-se de teoria relativamente moderna e bem "amarrada", passando a considerar as externalidades, provocadas por decisões estatais, no conteúdo do seu sistema de regras. Partindo de um estudo dos agentes econômicos na esfera pública, buscar apresentar uma teoria geral da economia pública que permite realizar, no âmbito escolha pública, o que se tem feito há anos no campo da microeconomia de mercado. Em outras palavras, a Teoria da Escolha Pública busca internalizar o "fator Estado" no sistema de regras econômicas.

O Autor ainda subdivide as "teorias que consideram a questão pública" em duas subteorias: "teoria das falhas do setor público" e a "teoria das falhas do mercado".

- Teoria dos Direitos da Propriedade ("Property Rights"): teoria que tem como centro de estudo os "custos das transações". Pressupondo que toda negociação tem seu custo (colocação do produto, publicidade, alocação, necessidade de informação da qualidade, do preço etc.), busca incrementar a análise institucional na compreensão de uma teoria econômica. O Autor chega a chamar de "teoria das instituições".

- Teoria do Ótimo de Pareto: segundo o Autor, é caracterizada pelo fato de que nenhum indivíduo poderá melhorar sua situação (seu bem-estar) sem prejudicar a situação de outro. Assim, visa buscar um “equilíbrio” na alocação econômica. Trata-se de uma das teoria econômicas das mais fundamentais e, mesmo atualmente, com elevado grau de importância científica.

- Teoria de Pigou: teoria que retrata muito bem os efeitos da externalidades no desenvolvimento de uma atividade por um agente econômico. Segundo esta teoria, caberia ao Estado, por meio de seu aparato administrativo-fiscal, compensar (onerando ou subsidiando) os agentes econômicos que tivessem sofrido influência das externalidades ou as provocado.

- Teoria de Coase: mais uma teoria que visa esclarecer, superando a anterior, o problema das externalidades. Coase demonstra que o remédio fiscal nem sempre é o mais eficaz para a compensação dos fenômenos externos, apresentando que, muitas vezes, pode ser provocada uma situação de maior ineficácia alocativa quando utilizados instrumentos de imposição de tributos ou subsídios.

Segundo tal teoria, o Estado não pode ser considerado como instrumento “a priori” de resolução das externalidades, porquanto muitas delas podem (ou poderiam) ser resolvidas pela autorregulação do próprio mercado.

Desse modo, segundo o teórico, os próprios agentes econômicos, imbuídos da intenção de resolver o problema provocado pela externalidade, procurariam “negociar entre si”, visando alcançar uma solução “ótima”. Coase apresenta duas condições fundamentais para essa solução negociada: 1- que existe uma perfeita regulação sobre a questão da distribuição dos recursos escassos; 2- que os custos dessa transação sejam zero.

Uma vez cumpridas tais condições, os efeitos externos se internalizariam de uma forma eficiente.

Como se vê, diversas são as teorias que buscam estabelecer regras para o problema da alocação e da eficiência (econômica) social.

Todas elas, em maior ou menor grau – a depender do problema enfrentado, é claro – são capazes de ser aproveitadas ao cientista do Direito.

Um correto instrumento econômico pode ser adequado para respostas que dificilmente o Direito (sozinho, puro) é capaz de encontrar: veja-se, por exemplo, a questão do nível democrático de um país.

O Direito seria capaz de dizer quanto de Democracia possui uma nação? Ou ainda, seria capaz de atestar o nível de democracia, a ponto de afirmar, de antemão, que determinada medida aumentará ou diminuirá o grau de implementação democrática em uma sociedade?

Tomemos por base o seguinte exemplo: enquanto essas linhas são redigidas, percorre por todo o país relevante movimento social buscando a reforma do Estado em seus vários âmbitos. Um dos pleitos busca a extinção do voto secreto (sigiloso) em todas as matérias das seções plenárias de ambas as casas do Congresso Nacional.

Ocorre que muitos cientistas políticos avaliam que a medida, embora tomada de nobre mister, poderá ser, em alguns aspectos, democraticamente desvantajosa. A guisa de exemplo, dizem os analistas que o voto de derrubada do veto presidencial é extremamente importante que continue sendo secreto, sob pena de uma ditadura presidencial nos casos em que o Chefe do Poder Executivo possui uma maioria representada nas casas legislativas.

O Direito, portanto, por si só, não é capaz de afirmar se, neste caso, haverá mais eficiência democrática se a proposta for ampla (não existe mais voto secreto, em nenhuma hipótese) ou relativa (para algumas matérias, é conveniente que o voto continue sendo secreto).

Considerando aquilo que já se afirmou, ou seja, que os mecanismos econômicos são métodos eficazes de prever racionalmente o comportamento da sociedade, a Análise Econômica do Direito poderá gerar extraordinário contributo na avaliação desta questão.

Existem algumas teorias do Direito para as quais a AED se mostra praticamente indispensável; veja-se a questão da vedação do retrocesso. Pois bem.

Embora não seja teoria que está no seu apogeu científico (faltam, ainda, algumas “amarras”, que a AED pode solucionar), muitas vezes, em uma análise concreta, é difícil de saber se houve ou não retrocesso (ou, sob a ótica reversa, avanço).

Os exemplos são variados e não é preciso muita complexidade para encontrarmos imbróglios quase insolúveis. A política de flexibilizar a legislação trabalhista ou de diminuição dos encargos tributários voltados à indústria, v. g., estão neste âmbito.

Ora, tudo dependerá da perspectiva que se adota, pois, na visão dos trabalhadores, a flexibilização de seus direitos será um retrocesso, enquanto para o meio empresarial, não. Isso também se aplica no outro caso, sob a ótica do fisco, a diminuição de encargos tributários será um retrocesso, mas, para as empresas, não.

Veja que o Direito não é capaz (se aplicado isoladamente) de responder se, em um futuro próximo, toda a sociedade será beneficiada pela flexibilização de algum[561] direito trabalhista, em razão do aumento dos postos de trabalho, por exemplo. Também não é capaz de prever se a medida de desoneração, em um momento posterior, poderá beneficiar, necessariamente, o consumidor.

Neste sentido, demonstrando a pertinência da AED, Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 75): "Comum aos estudos de *Law and Economis* é a percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando torná-las cada vez mais eficientes".

Entretanto, os instrumento econômicos (e a AED) são[562] capazes de demonstrar não só os vários cenários de eficiência possível, mas, também, dizer – segundo determinada teoria – qual é a solução socialmente mais eficiente.

3.2 Juízos de Prognósticos

Antever aquilo que pode ocorrer não tem nenhuma vinculação necessária com qualquer misticismo. Aliás, fazemos isso todos os dias e a todo momento.

É relativamente fácil, por exemplo, prever que, logo após a bola que atravessa a rua virá uma criança em sua busca. Assim, o motorista diligente e cauteloso deverá, ao ver uma bola cruzando sua frente, diminuir a velocidade a um patamar seguro.

---

[561] Parece já haver consenso que não se devem flexibilizar todos os direitos.

[562] O leitor certamente já deve ter percebido que, de alguma forma, os juristas já fazem uma Análise Econômica do Direito, pois, em algumas questões jurídicas existe tanto atrelamento à questão econômica (veja o Direito Concorrencial, veja o Direito Financeiro e as leis orçamentárias) que é quase impossível se esquivar se juízos de eficiência. Neste sentido Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 75): "É importante lembrar, ainda, que, no primeiro quartel do século XX, Aaron Director, estudioso da concorrência, ressaltou a estreita ligação entre Direito e Economia chamando a atenção dos juristas que atuam nessa área sobre a importância de observarem comportamentos e análises econômicas a fim de entenderem melhor as questões referentes à competição em mercados. É que, quanto a mercados e concorrência qualquer regulação prestável passa por prévia e competente análise econômica, seja para evitar super-regular as condutas, seja para que os efeitos regulatórios, no médio e longo prazo, não inviabilizem a atividade".

No Direito faz-se previsão em todos os âmbitos do Poder. O Legislativo produz normas visando (juízo de previsão) atingir um fim – em tese – juridicamente desejado. Diz-se o Direito, no âmbito de uma decisão jurisdicional, buscando – em tese – resolver uma pendência de Justiça. O Executivo administra a coisa pública visando favorecer – em tese – toda a sociedade.

O juízo de antevisão, de prognóstico, não é tão complexo de se fazer.

Imaginemos um viajante caminhando por uma estrada deserta e existe um sujeito o qual está no alto de uma montanha e o avisa sobre a existência de um leão logo após a segunda curva, mais a frente. Absorvendo a "orientação", o viajante toma muito cuidado e adota atalho que o desvia da segunda curva (consegue, inclusive, confirmar que ali havia um leão) e se encontra na cidade com o sujeito que o avisou do perigo.

Na cidade, alguns poderiam atribuir ao sujeito do alto da montanha o título de visionário ou profeta, mas o que aconteceu foi muito simples: utilizando-se dos instrumentos adequados (visão e altitude privilegiada) foi capaz de antever um futuro provável e, com outro instrumento (voz alta), conseguiu evitar o evento indesejado.

Saindo do exemplo metafórico, o mesmo raciocínio é perfeitamente aplicável ao Direito.

Lançando mão dos instrumentos adequados, os fenômenos jurídicos podem ser, também, razoavelmente antevistos.

Um instrumento se mostra tanto mais adequado (e eficiente) quanto mais permitir antever os contornos de uma realidade que se deseja provocar ou prevenir-se.

Isso significa que existem vários instrumentos disponíveis para fazer juízos prognósticos, assim na vida em geral[563], como no Direito.

Os mecanismos de análise econômica são um deles. Aliás, quanto mais se aproximar de averiguar quais as repercussões econômicas de um evento jurídico (lei, decisão, ato administrativo), tanto mais será provável que um mecanismo econômico permita um juízo prognóstico de maior qualidade ao revés de qualquer outro tipo de perscrutação.

[563] Basta imaginar quantas são as possibilidades de se avistar o leão e de comunicar sua existência no exemplo acima.

Ora, como se viu, o Poder Econômico existe e está fortemente presente nas atuais sociedades capitalistas. Havendo seu exercício, ou seu abuso, ou ainda, havendo a necessidade de sancionar determinado comportamento econômico, são exatamente os mecanismos (antigos ou não) da Ciência Econômica que se mostram os mais eficazes.

3.3 Maximização, eficiência e equilíbrio

As teorias econômicas, clássicas e modernas, muito constantemente levam em conta três elementos: maximização (das posições particulares), eficiência (de produção, de consumo, de implementação, etc.) e equilíbrio (do mercado, por exemplo).

Esses elementos podem ser extremamente úteis para a Análise Econômica do Direito.

É sabido que tanto o consumidor quanto as sociedades empresárias buscam a maximização de suas posições, de modo que o consumidor sempre buscará o produto de maior qualidade com relação ao preço (custo-benefício) e as sociedades buscarão vender seus produtos ou serviços no maior preço praticável sem que isso lhes diminua o número de vendas ou o lucro líquido.

Em outras palavras, cada uma das pontas da relação busca “ganhar mais”.

Esta conduta, de procurar maximizar suas posições, está permeada de uma racionalidade social extremamente previsível.

Corroborando a asserção, Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 75):

> A racionalidade dos agentes, um dos postulados econômicos, que leva à procura da maximização de utilidades, e a eficiência alocativa, segundo essa visão, vão ao encontro da ideia de solidariedade e geração de bem-estar coletivo.

Sabendo disso – e, veja, tal constatação permite um juízo de prognóstico, pois é possível prever a conduta dos envolvidos – o Direito pode antecipar-se a esse fenômeno (e muitas vezes o faz), fixando regras.

Por exemplo, em relação às sociedades empresárias: 1- podem-se estabelecer conceitos do que se entende por posição dominante e por abuso desta; 2- pode-se tributar o lucro líquido e não o bruto; 3- pode-se requerer uma apresentação atuarial ou contábil para que esta sociedade participe por licitações, fixando-se critérios para desclassificação; entre outras normas.

Em relação aos consumidores: 1- podem-se fixar regras sobre informações dos produtos e diminuir as garantias padrões caso todas as informações sejam fornecidas; 2- podem-se editar normas que informem ao consumidor o nível de tributação incidente em cada produto ou serviço; entre várias outras.

Por sua vez, a eficiência é elemento estudado pela Economia desde o nascedouro desta Ciência. O Direito pode se aproveitar em várias situações deste conceito.

A título de exemplo, imagine que em uma pequena cidade existe uma fábrica que emprega a maioria dos trabalhadores e que fica no meio rural. Entretanto, esta empresa, para alcançar sua produção, polui o ar, fazendo sofrer, com a poluição, não só o meio rural, como parcela relevante da cidade.

Para resolver o problema, várias opções se apresentam: 1- fechar a fábrica; 2- determinar um limite para sua produção sustentável, que não polua a cidade, embora continue poluindo o rio; 3- determinar um limite de produção que não polua a cidade nem o rio, mas que reduza drasticamente os lucros; 4- impor que a fábrica coloque filtros nas chaminés poluentes, que custarão o lucro de três anos desta; 5- impor que a empresa não utilize mais determinado insumo para aquecer seus fornos, mas outro, mais caro e que produz poluição em níveis toleráveis; 6- impor que a fábrica pague determinada taxa voltada para o tratamento da saúde dos habitantes da cidade; entre várias outras opções.

Lembrando que todas as opções acima são, em tese, juridicamente viáveis e que existe, é claro, um número ainda maior de escolhas.

O Direito é capaz de dizer quais das opções acima podem ser, juridicamente (de acordo com a Constituição e com as leis existentes) implementadas, mas não é capaz de dizer qual delas é mais eficiente.

E, saliente-se, dependendo da ótica que se tome, é possível optar pela escolha mais eficiente (é possível encontrar vários tipo de eficiência) “para a sociedade”. Nestes casos,

todos ganham. A Análise Econômica do Direito, considerando que utiliza dos mecanismos econômicos na busca da eficiência é capaz de responder este tipo de questão.

Por fim, o equilíbrio é conceito muito familiar aos economistas. Sabe-se que os eventos sociais possuem momentos de tensão, mas, em um segundo estágio, estabelece-se uma espécie de equilíbrio, uma situação em que as coisas "se ajeitam" naturalmente.

O cenário de equilíbrio, segundo as teorias econômicas é, também, elemento que permite juízos de prognósticos, ademais, caso seja possível prever a situação de normalização (equilíbrio) esta pode ser, juridicamente, provocada.

Como se vê, mesmo os conceitos mais básicos das teorias econômicas são capazes de qualificar as avaliações e tomadas de decisões no Direito.

Eis a pretensão da Análise Econômica do Direito.

3.4 A Ordem Econômica e a Análise Econômica

Se existe um capítulo do texto constitucional que merece uma interpretação especialmente calcada na Análise Econômica do Direito é aquele que trata de Ordem Econômica.

Não só pela adjetivação, mas também pela necessidade de equalizar (lembre-se do "equilíbrio" acima descrito) valores muitas vezes opostos, como a livre iniciativa e a proteção do meio ambiente.

Aliás, o Direito Concorrencial – ramo do Direito Econômico – foi uma das primeiras áreas da Ciência do Direito a se preocupar com a análise econômica (seria quase impossível estabelecer, por exemplo, o conceito de mercado relevante sem algum mecanismo econômico).

Realmente, aquilo que se deseja "ordenar" não pode ser feito por meios exclusivamente jurídicos, sob pena de não se alcançar a desejada ordenação. Muitas vezes o Direito, agindo isoladamente, não é capaz de conter uma atitude econômica. O poder econômico muitas vezes é tamanho que somente um mecanismo que considere os fatores da mesma natureza é capaz de regulá-lo.

Almeida (2004, p. 87) buscando estabelecer os contornos do que significa um estudo da ordem econômica assim leciona:

> Analisar a ordem econômica de um país é analisar os pacotes formais e materiais da gestão econômica nele vigentes. Isso significa compreender as condições determinantes da produção, distribuição, circulação e consumo que vigoram em uma determinada sociedade em um determinado momento histórico. Do ponto de vista econômico, os bens ou riquezas devem ser originariamente *produzidos;* em um segundo momento, passam a circular no mercado de oferta e de procura, quando são colocados à disposição do consumidor; em seguida, surge o processo de *distribuição* dos bens e serviços. E na etapa final do processo econômico, as riquezas e serviços são encaminhados ao *consumo.* Entretanto, esta perspectiva sincrônica, para que possa ser adequadamente entendida, pressupõe uma análise diacrônica, a fim de que seja possível identificar e avaliar as condições que influenciam a formação da ordem econômica em questão. Da mesma forma, apresenta-se como indispensável o domínio de determinados conceitos fundamentais, de modo a permitir o trânsito pelo interior do universo que caracteriza o objeto analisado.

Além disso, José Eduardo Faria (2002, p. 141) bem delineia o modelo econômico do Estado moderno – que ele chama de Estado-nação, “in verbis”:

> No âmbito específico do Estado-nação, suas instituições jurídicas acabaram sendo progressivamente reduzidas, no que se refere ao número de normas e diplomas legais, e tornadas mais ágeis e flexíveis, em termos processuais. Evidentemente, O Estado continuou legislando, inclusive em matéria econômica, financeira, monetária, tributária, previdenciária, trabalhista, civil e comercial. Mas passou a fazê-lo agora, e esse fato novo digno de nota diminuído em seu poder de intervenção e, muitas vezes, constrangido a compartilhar sua titularidade de inciativa legislativa com diferentes forças que transcendem o nível nacional. Ou seja: limitado em suas políticas fiscais, em seus instrumentos de direção e em suas estratégias de planejamento; obrigado a levar em conta antes o contexto econômico-financeiro internacional do que as

> próprias pressões e anseios, expectativas e reivindicações nacionais; e restrito papel de articulador e controlador da "autorregulação", tendo por função (a) preservar a complexidade das diferentes racionalidades dos setores e agentes produtivos e (b) induzir processos de mútuo entendimento entre eles. O que tende a levar o direito positivo desse Estado a disciplinar não tanto os comportamentos, mas, isto sim, os procedimentos. Dito de outro modo, a voltar-se menos ao estabelecimento de sanções para o não cumprimento do que foi originariamente acordo ou aceito e mais os ajustes processuais que se fizerem necessários em face da evolução das diferentes relações de forçano sistema econômico e de suas inúmeras cadeias produtivas cujo caráter eminentemente policêntrico e multipolar na prática impossibilita a imputação simultânea e múltipla das responsabilidades tanto de cada elo ou conexão dessas cadeias quanto de seus núcleos dominantes.

Nestes casos, aplicar o Direito isoladamente seria o mesmo que ministrar o antídoto errado buscando alcançar a cura de um mal. Como se sabe, não se vai a uma guerra sem armas[564].

Compelindo o jurista a buscar novos ares para qualificar a Ciência do Direito, Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 75) assim expõem:

> Por que, então, não associar eficácia à eficiência na produção de normas jurídicas? Eficácia como aptidão para produzir efeitos e eficiência como padrão para atingir o melhor resultado com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento, alcançar a função prevista de maneira a mais produtiva. Elas deveriam ser metas de qualquer sistema jurídico. A perda de recursos/esforços representa custo social, indesejável sob qualquer perspectiva que se empregue para avaliar os efeitos.

A Análise Econômica do Direito é instrumento de observação indispensável ao jurista que pretende adentrar os meandros da regulação econômica.

---

[564] Sobre penas e eficácia econômica veja: Oliveira e Grandino Rodas, p. 343/353.

CONCLUSÃO

Conforme adiantado na seção de “resumo”, o presente trabalho articulado trata-se de adaptação de capítulo de dissertação de Mestrado a ser futuramente finalizada e apresentada perante o Programa de Pós-graduação “Stricto Sensu” em Direito Negocial da UEL-PR.

Sendo assim, não é possível, neste ambiente, um arremate conclusivo daquilo quanto foi apresentado, senão apenas uma conclusão parcial.

Conforme se discorreu, o Direito não é mais Ciência pura, tendo se aproveitado dos contributos dos vários outros ramos do pensamento humano para criar (e modificar) novos institutos jurídicos, bem como evoluir no tratamento daqueles já existentes.

Os instrumentos da Economia podem ser perfeitamente aplicáveis em favor das análises e das tomadas de decisões de cunho jurídico. Tanto mais se mostram pertinentes os mecanismos de análise econômica, quanto mais “econômicos” forem os institutos, como os elementos da Ordem Econômica, o Direito Concorrencial, etc.

Ao considerar que a sociedade se comporta de maneira racional diante dos fenômenos jurídicos, é possível, com parâmetros em instrumentos econômicos há décadas teorizados, optar pelo caminho de maior nível de eficácia (e proveito) social.

É certo que a Análise Econômica do Direito não é a solução mágica para todos os problemas jurídicos, é certo também que não se pode aplicá-la em benefício de todos os institutos da Epistemologia Jurídica, mas é possível afirmar que, em muitos deles, a AED se mostra não somente importante, como também imprescindível se a intenção for atingir níveis de eficiência social economicamente desejados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de. **Direito Constitucional Econômico**. Curitiba: Juruá, 2004.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. **Direito econômico**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Presidência da República: Brasília, 2011.

BRIONES, Juan et al. **El control de concentraciones en la unión europea**. 1. edição São Paulo-sp: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, S.A., 1999.

BRUNA, Sérgio Varella. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1. ed, 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CUELLAR, Leila. **Estudos de direito econômico**, Ergon Boockmann Moreira. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico**. 1. ed. (ano 1999), 7. tir. Curitiba: Jaruá, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

HOFFE, Otfried. **Derecho Intercultural**. 1. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008. Tradução: Rafael Sevilla.

LALAGUNA, Paloma Durán Y. **Una Aproximación al análisis económico del derecho.** Granada (espanã): Comares, 1992-1993.

OLIVEIRA, Gesner e Rodas, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PACHECO, Pedro Mercado. **El análisis economico del derecho:** uma recontruccion teorica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

ZYBERSZTAJN, Decio. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elseiver, 2005. 6ª reimpressão.

LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO ESTADO AO DIREITO DE IR E VIR: UMA FORMA DE EFETIVA-LO OU RESTRINGI-LO?

Heloisa Camilo PARDO[565]
Victória ROMANO BRUM[566]

RESUMO

O presente artigo tem a finalidade de demonstrar a evolução do Direito de ir e vir no Ordenamento Jurídico Brasileiro e como ele se encontra atualmente garantido pela vigente Constituição Federal de 1988. Busca-se evidenciar sua estrita ligação com outro direito também garantido constitucionalmente e de grande abrangência no cenário jurídico, o direito à Liberdade. Esta ligação fica evidente ao ser estudado o dispositivo Habeas Corpus, visto que esse vem tutelar o direito à liberdade quando esta for restringida ou atacada de alguma forma, trazendo um caso em que o STF julga e mostra a sua posição quanto a este dispositivo. Por outro lado, trata das limitações que também estão inseridas no texto constitucional a esse direito. Nesse contexto, fazer uma analise da relação que o estado mantem com essas limitações, o seu poder de tributar e como lança mão do direito de usa-los para não limitar, mas sim efetivar esse direito, como verá ao tratar dos transportes públicos coletivos e dos pedágios.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the evolution of the law to come and go in the Brazilian Legal System and how it is currently guaranteed by the current Federal Constitution of 1988. Seeks to highlight its strict connection with other rights guaranteed in the Constitution and also of great scope in the legal scenario, the right to freedom. This connection is evident when studying the device Habeas Corpus, since this is defending the right to freedom when it is restricted or attacked in some way by bringing a case in which the Supreme Court judges and shows your position on this device. On the other hand, deals with the limitations that are also inserted in the Constitution this right. In this context, making an analysis of the relationship that the state maintains with these limitations, its power to tax and how to lay hold of the right to use them not to limit, but realizing this right, as you will see when dealing with public transport and collective.

[565] Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP
[566] Graduanda em Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

PALAVRAS CHAVE: Direito de ir e vir. Liberdade. Habeas Corpus. Limitações. Poder de tributar. Efetivação pelo Estado. Transportes Públicos. Pedágio.

1. O DIREITO DE IR E VIR

Norberto Bobbio já enquadrava esse direito nos direitos de “primeira geração”, atrelado aos direitos à vida, liberdade, à dignidade humana, à segurança, à liberdade dentro outros direitos fundamentais inerentes a essencialidade da natureza humana.

Levando em consideração que ele era garantido aos cidadãos da Grécia e da Roma, não se pode considera-lo como direito novo. Na Idade média após terem acabado os tumultos provocados pelas invasões bárbaras, ressurgiu a vontade de lutar pela proteção à liberdade de locomoção. Foi dessa forma assegurada pela Magna Carta, outorgada há 800 anos pelo Rei conhecido como ‘’João Sem Terra’’.

Após esta proclamação várias surgiram ao longo dos anos como por exemplo ‘’ Declaração de Direitos da Virgínia’’ de 16 de junho de 1776 garantindo o direito á vida, liberdade e garantida do devido processo legal na seção I e na seção VIII respectivamente; Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos, datada de 26 de agosto 1789.

O documento mais importante o qual se relaciona com aos direitos humanos certamente é a Declaração Universal dos Direitos Humanos – proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas – o direito de ir e vir é assistido pelo art. 13 que dispõe:

> I) todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
> II) todo homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

2 . EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO DE IR E VIR

A primeira Constituição, outorgada em 1824, consagrou alguns princípios idênticos ao da Constituição Portuguesa de 1822, a qual se dedicava aos direitos individuais do cidadão e definiu-se que liberdade torna – se tudo o que a lei não proíbe expressamente. A de 1824

garantiu de modo implícito o direito de locomoção exercendo o direito de cada um, em tempos de paz, poder entrar em território nacional ou sair dele com suas fortunas e bens.

Por conseguinte, a Constituição de 1934, basicamente manteve os direitos individuais garantidos pela constituição anterior, apesar de restringi-los em alguns pontos como é o caso de exigir o passaporte para a saída livre do território nacional. Vale ressaltar que nessa época o país estava sendo governado por Getúlio Vargas, que procurava sempre manter um controle maior sobre a liberdade embora respeitasse os direitos humanos, acabava ferindo o direito de ir e vir das pessoas em atos que o governo considerasse subversivos à ordem social.

Com o advento da Carta de 1937 assegurada por seu artigo 122, II, foi garantido o direito de circulação apenas para os brasileiros, deixando de citar como ficaria a situação dos estrangeiros. Já a constituição de 1943, feita por Eurico Gaspar Dutra, reconsagrou todas as liberdades já existentes mas que haviam sido retiradas em 37, assegurou-se no entanto, o direito de qualquer pessoa – brasileiro ou estrangeiro- de circular pelo território brasileiro.

Esta garantia veio se consagrar com a criação da Emenda Constitucional n 1/69, artigo 153 §26.

2.1 CONSTITUIÇÃO DE 1988

A atual Constituição brasileira, 1988, trouxe uma defesa infalível nas questões democráticas, o que assegura uma maior gama de garantias para o cumprimento dos direitos fundamentais que nela estão positivados. Como disposto em seu artigo 5, inciso XV:

> é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

O direito de ir e vir é uma exteriorização de várias situações cotidianas, como é o caso de homossexuais que lutam por suas igualdades, podendo andar livremente pelas ruas sem ao menos serem julgados pela escolha do sexo. Situação esta que se encontra muito presente em discussões informais até chegarem nas formais - decididas por magistrados, ministros – os quais procuram da melhor maneira possível solucionar o caso, embora o Novo Código Civil tenha se mantido em silêncio ignorando regras que os tribunais, na prática, já

estão adotando, inclusive criando jurisprudências que demonstram o quanto o Judiciário está à frente do Legislativo.

Nesta esteira, a 3ª Vara Previdenciária de Porto Alegre concedeu liminar que equiparou os direitos previdenciários de homossexuais e heterossexuais, com abrangência nacional.

Entretanto, vale ressaltar que o direito de ir e vir não é absoluto, tendo em vista que ele está sujeito às limitações contidas na própria Constituição, mas especificamente no Título II – que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais - . Nem mesmo o bem supremo – vida - , está caracterizado como absoluto, como garante o inciso XLVII do art 5. ‘’ O exercício da liberdade pode ser pleno e incondicional , mas não absoluto, pois comporta restrições mesmo quando não forem explicitadas’’ (MONTEFUSCO, 2004)

3 DIREITO DE LIBERDADE ATRELA-SE AO DE IR E VIR

A liberdade está assegurada pelo ordenamento jurídico vigente o qual garante seu exercício através de meios processuais adequados e previstos á sua defesa. José Joaquim Gomes Canotilho desdobra o direito á liberdade em 3 conceitos interligados e interdependentes: a) conceito de direito – engloba os interesses juridicamente previstos e protegidos que são inerentes ao homem como individuo ou como participante da vida política; b) a liberdade como campo de atuação do individuo imune á intervenção do Estado; c) garantidas, que reside nos meios processuais adequados para a defesa dos direitos juridicamente protegidos.

Porém , o conceito liberdade não tem uma fácil definição. Abraham Lincoln, presidente dos Estados Unidos da América costumava afirmar:o homem nunca encontrou uma definição para a palavra liberdade.

Segundo Friedriche, no ocidente liberdade ganhava sentido em raízes da tradição cristã – ênfase ao livre arbítrio. Já na cultura grega a liberdade não centrava-se no homem mas sim no cidadão. Muito mais uma questão política do que individual.

4 HABEAS CORPUS

Entende-se por *Habeas Corpus*, uma das garantias constitucionais adquirida pelo Estado Democrático de Direito em face das lutas pelo deferência aos direitos do cidadãos.

Visa tutelar direito a liberdade quando este for restringido por algum motivo ou estiver prestes a ser atacado.

Pedro Lessa, tinha a ideia de liberdade como:

> em um direito fundamental, condição do exercício de um sem número de direitos: para trabalhar, para cuidar de seus negócios, para tratar de sua saúde, para praticar os atos de seu culto religioso, para cultivar seu espírito, aprendendo qualquer ciência, para se distrair, para desenvolver seu sentimento, para tudo, em resumo, precisa o homem de liberdade de locomoção, do direito de ir e vir. (MINAGE, 2012).

Este instrumento, cuja função é o de proteger a liberdade da pessoa humana, veio a cada constituição promulgada, se mostrando relevante e tornando – se cada vez mais importante dentro do ordenamento jurídico. Uma das maiores demonstrações é demonstrada na Magna Carta, XXIX, datada em 19 de junho de 1215.

Conforme aponta Pinto Ferreira,"o habeas corpus nasceu historicamente como uma necessidade de contenção do poder e do arbítrio. Os países civilizados adotam-no como regra , ordem do habeas corpus, pois a significa, em essência uma limitação às diversas formas de autoritarismo." (VIEGAS, 2011).

Concomitante a isso, entende-se como sendo uma garantia individual objetivando tutelar liberdades físicas do indivíduo, liberdade de ir, vir e ficar.

Já no Brasil, este remédio constitucional, veio a surgir no Código de Processo Criminal, em 1832, implícito em seu artigo 340. Foi de certo modo se adaptando ás singularidades brasileira, sendo ampliado e autorizando qualquer juiz, independentemente de petição, dar ordem de habeas corpus, ‘’ex officio’’ todas as vezes que houver prisão ilegal. Na atual Constituição - de 1988 - este direito está previsto no artigo 5, inciso LXVIII. Nelson Távora subdivide-o em três categorias: 1) o preventivo – dá oportunidade à emissão de salvo conduto; 2) repressivo ou liberatório – objetiva a soltura do individuo preso ilegalmente; 3) suspensivo – o sujeito ainda não foi preso porém existe o constrangimento ilegal.

STF, conceitua habeas corpus no seguinte sentido: "medida que visa proteger o direito de ir e vir. É concedido sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Quando há apenas ameaça ao direito, o habeas corpus é preventivo". (STF, acesso 2013)

4.1 O HC e a violação do direito de ir e vir

Uma violação deste direito é estabelecida extensa, por isso as garantias devem também seguir a mesma amplitude. Visto que, a lesão a liberdade de locomoção deve ser compreendida como efetiva no momento em que perceber vestígios que possa vir a ocorrer tal violação não somente no exato momento de sua efetivação.

Dessa forma, a concretização do que é aferido no artigo 5º da Constituição Federal, inciso LXVIII, nota-se no momento em que percebe uma absoluta violência e coação, onde quer que surja, por um desses meios. Em março de 2013, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), substanciou nesse mesmo sentido, o que visa um enquadramento maior em ameaças reflexas ou até remotas a tal direito.

Nota-se, portanto, que o acesso dos indivíduos aos sistemas individualizados que visa aos direitos fundamentais à pessoa humana, é assegurado pelo Judiciário, o qual possui um papel essencial com o consenso de efetivar o direito do cidadão brasileiro de ir e vir.

4.2 STF e o *habeas corpus*

Foi julgado um Habeas Corpus perante o Supremo Tribunal de Justiça em face de C.W.S.O e o relator do processo – Gilmar Mendes – concedeu-o , remetendo ao STJ para que fosse feito julgamento no mérito do HC lá impetrado. No entanto, a corte regional condenou parcialmente o habeas corpus lá impetrado.

O HC em questão dispunha sobre um conflito em face da expedição feita pelo juízo da 10ª Vara Federal em Brasília, de um mandado de busca e apreensão de documentos e equipamentos na empresa mencionada, tendo em vista que o sócio fora acusado de crime contra a ordem tributária e sonegação de contribuições previdenciárias. O que a defesa veio a alegar perante o TRF, é a falta de justa causa, já que o suposto débito fiscal ainda não foi constituído oficialmente, temendo que a suposta acusação venha se transformar em ação penal, dessa forma ameaçando o direito de ir e vir do autor do recurso.

O então ministro Gilmar Mendes afirmou que é cabível em casos de ameaças imediata à liberdade de ir e vir fazer uso do Habeas Corpus, o que nesse caso em questão ficou claro no momento em que se validou o mandado de busca e apreensão sem justa causa e com violação do principio do juiz natural. Foi dessa forma, apoiado pelo ministro Celso de Mello. E o Presidente da Turma proferiu sua decisão proclamando três argumentos: ofensa ao principio da colegialidade, justa causa para o mandado de busca e apreensão e por fim, a

incompetência do juízo. Portanto o colegiado concedeu, por unanimidade, o Habeas Corpus a C.W.S.O.

5 – LIMITAÇÕES COMO FORMA EFETIVADORA DO DIREITO DE IR E VIR

Assim como outros direitos que também possuem garantias constitucionais, o Direito de ir e vir não são absolutos, encontrando suas limitações dentro da própria carta Constitucional ou por documentos extras - constitucionais, mas que possuem existência garantida dentro dela.

Como limite natural desse Direito, e também de tantos outros temos, o Direito do outro. Ou seja, ninguém poderá exercer um direito desrespeitando o direito de outra pessoa. Um exemplo é uma pessoa permanecer em um lugar e dessa forma obstruir o direito de outra pessoa de exercer a livre circulação.

Na própria descrição desse direito encontramos um fator limitante: " XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;", ou seja, a expressão "nos termos da lei" já condiciona que as pessoas poderão exerce-lo desde que estejam respeitando a lei, uma lei extra constitucional que irá regulamentar tal assunto.

Dentro do atual contexto social fica evidente além da necessidade da garantia da livre circulação, uma efetividade por parte do poder público em fazer o direito de ir e vir se tornar algo acessível à população. Além da garantia visa-se a eficiência do Direito. Devido a essa necessidade de garantia efetiva, algumas limitações acabam por se tornarem necessárias, como quando ocorre a terceirização para empresas privadas para construção de vias, porém para isso é cobrado um taxa para a circulação, ou seja, cria-se uma via para a possível circulação, mas esta não é livre.

5.1 O poder de tributar e suas limitações

Para o Estado cumprir sua função e gerir o bem estar social faz-se imprescindível a tributação estatal. Sendo a população geradora das riquezas do Estado que posteriormente deverão ser transformadas em politicas públicas revertidas à sociedade.

Sabbag afirma que o Estado deve disponibilizar ao cidadão, que é contribuinte, os serviços inerentes às necessidades coletivas, de modo que a cobrança de tributos visa garantir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, como a garantia do

desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º da Constituição Federal).

Porém, o direito que o Estado possui de tributar possui suas limitações nas normas de competência tributária e nos princípios constitucionais tributários. Garantindo dessa forma maior segurança jurídica aos contribuintes.

As normas jurídicas de competência tributária repartem o poder tributante do Estado de forma privativa às esferas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), conforme os artigos 153, 154, 155 e 156 da Constituição Federal. Os princípios constitucionais tributários, integrantes do mundo complexo do Sistema Tributário Nacional, são comandos de garantia ao contribuinte, e estão expostos nos artigos 150, 151 e 152 da Constituição e são consideradas cláusulas pétreas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

5.2 Transportes públicos

O acesso ao transporte é fundamental em nossa configuração social, visto que, esta diretamente atrelada, é meio necessário e condiciona a efetivação de outros direitos constitucionalmente garantidos. O acesso a alguns fins essenciais a todos, como aos centros de educação, saúde, cultura e lazer em grandes centros urbanos depende de uma política de transporte acessível e de qualidade.

Dentro da vida em sociedade o interesse coletivo deve se sobressair em vista do direito individual, no transporte também deve se manter essa diretriz. Por isso deve-se levar com prioridade o Transporte Coletivo em detrimento dos transportes individuais. Na prestação desse serviço, devem-se elaborar políticas Publicas que levam em conta vários pontos fundamentais, tais como tempo, conforto e custo.

Em nossa atual Constituição, no seu artigo 30, inciso V, vem a seguinte redação: "Compete aos municípios: organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.".

Porém, esse texto não exime a responsabilidade também dos Estados e da União, as quais são, segundo essa mesma Carta, responsáveis por transportes intermunicipais, regulamentação dos transportes interestaduais e internacionais de passageiros, respectivamente.

Diante do exposto, vemos que ao investir em transporte público esta o Estado investindo no direito de ir e vir do cidadão. Mesmo quando terceiriza e privatiza tal tarefa,

desde que com tarifas acessíveis e com linhas que atendam as demandas populacionais esta propiciando aos cidadãos uma forma eficaz de locomoção. Como forma dessa efetivação pelo estado existe os transportes públicos coletivos.

5.2.1 Transporte Publico coletivo

Seguindo a linha de pensamento baseada no interesse coletivo acima dos particulares, deve-se pensar em um meio de transporte que respeite essa noção e que também seja viável economicamente ao Poder Público.

Os benefícios do transporte coletivo vão das questões ambientais, visto que quanto menos número de veículos nas vias, menor o grau de poluição gerado por esse setor, até uma maior mobilização nos espaços e devido a essas questões deveriam ser aderidos por todos na sociedade como uma forma de contribuição social e ambiental.

Transporte Público é aquele proporcionado pelo Estado, e este é responsável por aquele mesmo quando não atua diretamente e utiliza a prestação de serviços de empresas particulares, e é coletivo visto que é de acesso a todos os cidadãos, sem distinção ou qualquer tipo de fator discriminante.

Portanto para efetivar essa minucia de atender a todos, questões como acessibilidade aos que tem necessidades especiais e um preço justo, além de um sistema de transporte que visa à demanda da sociedade como pontos principais para seu planejamento, devem ser colocadas como primordiais. Além de outros requisitos de uma boa política de transporte, como por exemplo, segurança, conforto, regularidade, controle, entre outros.

5.3 Pedágio

Sempre em grande destaque dentro das discussões jurídicas que atrelam o direito de ir e vir com o direito tributário do Estado em cobrar taxas, sendo essas necessárias para a viabilidade desse direito, a cobrança do pedágio vem se tornando algo corriqueiro nas vias de transito brasileiras. Ele vem assegurado no seguinte artigo da atual Constituição vigente, de 1988:

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

> V – estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

Devido a essa definição dentro da Constituição, sua origem vem do Poder Constituinte Originário, portanto não se fala em inconstitucionalidade do pedágio. Visto que todas as normas constitucionais coexistem e se relacionam harmonicamente.

Há grande discussão ante a natureza Jurídica do pedágio, se esse se caracteriza como uma taxa ou tarifa. De grande importância para a prática é esta diferença, visto que se caracterizando o preço destes como uma taxa, essas estão sob a luz das leis tributárias, empregando-as os limites dos princípios constitucionais ao poder de tributar. Segue uma definição dada a tarifa segundo Sabbag: “De outra banda, se presenciarmos uma desvinculação deste serviço com a ação estatal, inexistindo óbice ao desempenho da atividade por particulares, vislumbrar-se-á a tarifa” (SABBAG, 2011, p. 441).

Portanto, muitos são os fatores que se pode utilizar para essa diferenciação, um deles é o fator gerador, se oriundo do Estado, estamos diante da taxa, se oriundo de particulares, vislumbramos a tarifa. Um outro critério seria a compulsoriedade do serviço, se este for o único meio para passagem, estamos tratando de uma taxa, se esse for um opção, falamos de tarifa.

Seguindo a historicidade desse disposto nas Constituições Brasileiras, vemos que na Constituição Federal Brasileira de 1946, o pedágio era entendido como tributo na modalidade taxa. Na Constituição de 1967, o dispositivo da antiga Constituição foi apenas ratificado, caracterizando a natureza tributária dos pedágios, sendo ele uma taxa. Após a Emenda Constitucional nº 1/1969 e o Decreto-Lei nº 971/1969 este passou a ser entendido não mais como uma taxa, passando a figurar um tarifa.

Diante do exposto pela historia Constitucional e pela prática atual no Brasil, que cerne aos pedágios, que estes podem ter natureza jurídica tributária ou não tributária, dependendo por quem for explorada a atividade: sendo o Estado, configura-se a taxa (tributo); sendo as concessionárias ou permissionárias, ter-se-á a tarifa (preço público), casos regulamentados pela Lei nº 8.987/1995.

A solução majoritária dos doutrinadores é a caracterização do pedágio como sendo uma taxa (tributo), pois em seu dispositivo encontramos a palavra “utilização” e além do mais importante observar que este dispositivo constitucional está previsto em capítulo destinado aos tributos.

5.3.1 – Pedágio e o Direito de Ir e vir

Embora com sua existência garantida constitucionalmente, deve o pedágio existir em conformidade com os outros direitos que a Constituição visa resguardar, como o direito de ir e vir, direito à liberdade, locomoção, entre outros. Deve-se observar se estes seguem princípios e as bases que regem todo o ordenamento jurídico para que esse mantenha sua harmonia.

Atrelado ao Direito de ir e vir em questão, o pedágio nas vistas de muitos da população existe apenas como uma forma de limitação deste e dos outros direitos acima citados, e sua existência parece incompatível com todos esses outros. É evidente que em casos onde o preço é altamente abusivo e não compatível com a realidade do trecho utilizado pelo cidadão, encontramos uma real afronta.

Parece paradoxal imaginar que uma norma elaborada pelo poder constituinte originário seja inconstitucional, pois uma lei constitucional não pode, manifestamente, violar a si mesma. Contudo,para o autor, deve-se distinguir as normas constitucionais de significado secundário, meramente formal, e aquelas de “grau superior”, que contêm preceitos materiais fundamentais para a Constituição. A partir daí, as normas ditas inferiores que contrariassem aquelas seriam inconstitucionais ou não vinculativas, carecendo, portanto, de obrigatoriedade jurídica, já que a sua efetivação poderia ferir direito supralegal. No entanto, Bachof acredita que não é sempre que se encontra uma pretensa incompatibilidade entre normas constitucionais de graus diversos, que se estará diante de uma inconstitucionalidade, pois há a possibilidade do legislador constituinte originário, autônomo, criar exceções ao direito estabelecido. Não se trataria, nesse caso, de uma contradição do legislador constitucional, mas sim de regra e exceção. Ao admitir as exceções, o legislador constituinte deve ter cautela para não infringir certas normas de direito supralegal, pois o autor afirma que o poder constituinte (até o originário) sofre limitação quanto à sua legitimidade. Assim, ele não admite que sejam criadas normas excepcionais sem concordância com os princípios constitucionais basilares, já que faltaria legitimidade ao legislador – caracterizando arbitrariedade –, sendo essas normas, portanto, inconstitucionais (não vinculativas). Pessanha (2007, p. 7)

Dentro desse pensamento, a Constituição deveria ser interpretada, pelas suas “clausulas pétreas” o pedágio seria inconstitucional nessa linha de pensamento, vez que a liberdade de tráfego (art. 5º, VX e, portanto, clausula pétrea) seria decepada por tal instituto. Visa salientar que este é o pensamento de uma corrente minoritária dentro dos doutrinadores brasileiros.

Seus defensores, maioria entre os doutrinadores brasileiros o tratam como uma das maneiras de se tornar possível outros direitos e a sua não utilização na falta de recursos do Estado importaria em uma perda maior para a população, além do fato de ressaltarem sempre a sua garantia constitucional, como podemos ver pelo voto do Exmo. s.r.Ministro, TEORI ZAVASCKI ao julgar em um caso, improcedente o pedido para sustação na cobrança de um pedágio:

> É certo que a referida cobrança importa forma de limitar o tráfego de pessoas. Todavia, essa mesma limitação, e em grau ainda mais severo, se verifica quando, por insuficiência de recursos, o Estado não constrói rodovias ou não conserva adequadamente as que existem, impondo aos usuários percursos mais longos ou desgastes e avarias em seus veículos. Consciente dessa realidade, a Constituição Federal autorizou a cobrança de pedágio em rodovias conservadas pelo Poder Público. (STJ, acesso 2013).

Em face das discussões acerca do instituto do pedágio, não podemos coloca-lo em desconformidade com a Constituição Federal visto que este vem garantido na própria e sua regulamentação se faz pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

O direito de ir e vir, como tanto outros encontram suas restrições e devem limitar-se às necessidades do convívio em sociedade e à expansão das vantagens, quer de ordem econômica, quer de conforto, trazidas pelo progresso tecnológico, que muitas vezes o Estado não pode arcar, lançando mão nesses casos do dispositivo dado à ele, as concessões.

CONCLUSÃO

Assegurado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XV, o Direito de ir e vir se reveste das garantias e da força que cabe às normas constitucionais. Sua evolução dentro das cartas constitucionais aconteceu de forma gradativa, de alguma forma sendo atrelado à liberdade, ao se dizer que tudo se podia, menos o que era proibido, em outros períodos tinha as garantia implicitamente dentro da interpretação constitucional, e, por conseguinte sofrendo algumas restrições em tempos onde buscava-se um maior controle da liberdade dos indivíduos, como na época da Constituição de 1934 e 1937. Porém em 1943 tivemos todas as liberdades reafirmadas e garantidas.

A liberdade é um direito de “primeira geração” e atrela-se em muitos pontos ao Direito de ir e vir. Como instrumento protetor desses direitos encontra-se no Habeas Corpus uma garantia individual que tem por finalidade tutelar liberdades físicas do indivíduo, liberdade de ir, vir e ficar. No entendimento do STF cabe o Habeas Corpus àqueles que tiverem violado seu direito de liberdade, ou que sentirem ameaça a este, sendo dessa forma também o Habeas Corpus visto como forma de prevenção.

Porém, como muitos outros direitos que também contêm a força de garantia constitucional o Direito de ir e vir sofre suas limitações. Estas também estão inseridas nas normas da mesma Constituição. Vale-se a indagação sobre a real limitação que se ocorre ao aplicar essas normas constitucionais ou se elas por mais que isso pareça contraditório, coexistem para a real efetivação.

Como limitação do Direito de ir e vir, citamos o pagamento de transportes públicos e a figura do pedágio. Visto muitas vezes como um desrespeito ao Direito da livre circulação, o pedágio esta sempre dividindo posições. É certo, que ele é fruto do Poder Constituinte Originário, vem garantido no artigo 150, inciso V, portanto sua constitucionalidade esta assegurada. Sendo caracterizado como uma taxa (tarifa) ele essas esta sob a luz das leis tributárias, empregando-as os limites dos princípios constitucionais ao poder de tributar. É evidente que existem os casos onde ocorre uma afronta pelos pedágios ao direito de ir e vir, por estes não respeitarem as regras e usarem de tarifas abusivas em trechos mal conservados, visando o enriquecimento ilícito.

Vista salientar, a obrigação que o Poder Público carrega em levar esses direitos formalmente garantidos para dentro do contexto social. E tornar através de Politicas Públicas eficazes, fazendo um mister de custas baixas, segurança e conforto, todos eles acessíveis à população. Assim sendo, o poder de tributar desde que de acordo com as normas de competência tributária e com os princípios constitucionais tributários e também o poder de terceirizar e privatizar suas funções, desde que ocorra de forma a atender as demandas sociais e tenha tarifas justas são soluções encontradas pelo Poder Público para suprir sua deficiência e efetivar o Direito de ir e vir dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo.**

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação –** São Paulo; USP

Disponível em: http://www.tudorondonia.com.br/noticias/2-turma-hc-nao-deve-restringir-se-ao-direito-imediato-de-ir-e-vir-,35368.shtml

LAGINSKI, Valdirene. Artigo da internet: Habeas Corpus no Direito Penal Brasileiro – Disponível em: <http://www.laginski.adv.br/artigos/habeascorpus.htm>. Acesso em abril 2013.

SABBAG, E**. Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 3ª ed., 2011.

Disponível em: http://comojadecidiuojudiciario.blogspot.com.br/2011/05/os-pedagios-e-o-direito-de-ir-e-vir.html . Acesso 19 de maio de 2011

DEFESA TÉCNICA DO INDICIADO SOCIALMENTE EXCLUÍDO

Homell Antonio Martins PEDROSO[567]

Alexandre Moreira VAN DER BROOCKE[568]

RESUMO

O inquérito policial é um procedimento administrativo conduzido pela policia judiciária que visa dar elementos de provas ao Ministério Público, no que toca materialidade e autoria de um delito para que este intente a ação penal. A par deste procedimento temos os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, das quais algumas deveriam ter reflexos no inquérito policial, mas que, na prática, não têm. Assim, o contraditório e a ampla defesa, o princípio da presunção da inocência e a assistência jurídica são garantias mitigadas no procedimento investigativo. A assistência de um defensor no inquérito pode proporcionar ao indiciado a grata satisfação de, sendo inocente, não responder a ação penal, tendo em vista a possibilidade de, diante das manifestações de seu defensor, ver o procedimento indiciário arquivado. Esta assistência jurídica que o afortunado tem, deve custeada pelo estado acaso o indiciado seja pessoa desprovida dos meios materiais para constituir um advogado.

PALAVRAS-CHAVE: Inquérito policial. Garantias fundamentais. Assistência jurídica.

ABSTRACT

The police investigation is an administrative procedure conducted by the judicial police, designed to provide evidences to the prosecutors, regarding materiality and authorship of a felony, wichwill allow the suit of a criminal action. There are fundamental rights and guarantees prescribed in the Constitution that should reflect in the police investigation procedure, but actually don´t. Thus, contradictory and full defense, the presumption of innocence and legal safeguards are mitigated in the investigative procedure. The presence of an attorneyduring the procedure can provide the indicted, the great satisfaction of being found innocent and, therefore, avoid a criminal action. This legal assistance must be funded by the state when the indicted doesn´t have enough resources to hire a lawyer.

---

[567]Advogado. Mestrando em ciências jurídicas no programa de pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (2002). Especialista em Processo Civil pela FIO - Faculdades Integradas de Ourinhos (2006).

[568]Juiz de Direito no Estado do Paraná. Mestrando em ciências jurídicas no programa de pós-graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

KEYWORDS: Police inquiry. Fundamental guarantees. Legal assistance.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal brasileira estabelece que aos acusados em geral sejam asseguradas a garantia ao contraditório e à ampla defesa em processo judicial e administrativo e também que o Estado tem o dever de assistir juridicamente de forma integral e gratuita os cidadãos que comprovarem falta de recursos para custear sua defesa técnica.

Apesar das diretrizes ortodoxas traçadas pela conservadora Teoria Geral do Processo, a fim de que se empreste concretude aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição da República, alguns paradigmas devem ser transpostos e, portanto, a premissa de que "processo penal" só existe após o recebimento da denúncia deve ser ultrapassada, até porque o só fato da existência de um procedimento investigatório policial (inquérito), já é capaz de repercutir negativamente na esfera de interesses do indivíduo.

Desta feita, temos que o processo penal é composto por duas fases, uma administrativa e outra judicial, a primeira o inquérito, a segunda a ação penal. Nesta segunda fase, caso o réu não constitua advogado o juiz obrigatoriamente nomeará a ele um defensor dativo ou sua defesa será colocada a cargo de um defensor público, isto independente da capacidade financeira e da vontade do réu.

Na fase processual do inquérito policial, a situação já é diversa, posto que não há nomeação de advogado dativo ou defensor público, ficando o investigado à sorte das conclusões da Polícia Judiciária, sem que, por vezes, sejam observados os princípios orientadores do Direito Penal, em especial o da presunção de inocência.

A persecução penal, exceto no que concerne aos crimes de menor potencial ofensivo, inicia-se com o inquérito policial, que é a fase administrativa do processo penal, momento o qual a finalidade do Estado é coletar provas que irão subsidiar o Ministério Público na propositura da ação penal.

Nesta fase, o cidadão com poder aquisitivo consegue custear o acompanhamento dos atos inquisitórios por um advogado constituído, o qual detém conhecimento técnico para vislumbrar a necessidade de trazer ao caderno inquisitorial a contra prova, o que de fato não ocorre com o cidadão desprovido de recursos financeiros, que permanece então, excluído deste direito previsto constitucionalmente.

A justificar a ausência deste direito fundamental geralmente se levanta como primeiro argumento, o de que no inquérito policial não existe defesa e contraditório, ou

melhor, é ele diferido, posto que exercido *a posteriori,* quando então a ação penal estiver em andamento.

Como segundo fundamento para "justificação" da prescindibilidade de assistência jurídica durante o inquérito, tem-se o fato de que a Polícia Judiciária é órgão comprometido com a verdade dos fatos em favor da sociedade, tanto do réu como também da vítima, ou seja, deve pautar-se pela observância dos direitos e garantias fundamentais do réu, sendo que seus atos gozam de presunção de legitimidade.

O propósito deste trabalho é mostrar, ainda que de forma singela, que no inquérito policial deve existir margem para a ampla defesa e para o contraditório, ainda que não da mesma forma em que são observados na fase judicial do processo, mas ao menos se proporcione ao investigado ou indiciado a possibilidade de fazer a contra prova, proporcionando uma igualdade social com aqueles que, tendo recursos financeiros contratam um defensor particular para acompanhar o processo.

Diante disso, é imprescindível que se dê ao indiciado sem condições financeiras, o direito de assistência de um advogado a ser disponibilizado pelo Estado, por força da vontade do constituinte originário que fez constar no titulo dos direitos fundamentais o assistência jurídica gratuita.

1. **DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

A Constituição da República de 1988, carinhosamente denominada de Constituição Cidadã, inaugurou a adoção formal de um modelo de Estado condizente com os desafios que se colocavam ao Brasil, um país periférico, em que as promessas da modernidade não haviam sido cumpridas.

Em razão disso, é importante tecer algumas breves considerações acerca do papel central desempenhado pelos direitos e garantias fundamentais no arcabouço constitucional brasileiro.

O termo direito esta relacionado ao poder de domínio que alguém possui sobre determinado bem, como exemplo, podemos citar o direito à propriedade ao qual correspondem garantias consistentes em mecanismos legais postos à disposição do cidadão para proteção do gozo do direito abstratamente previsto na norma constitucional, tal como o acesso à justiça.

Assim, direito e garantia não são sinônimos, mas sim tem relação de complementaridade, ou seja, a garantia complementa o direito. Jorge Miranda (1990) faz uma diferenciação clara entre os dois institutos, vale a apena conferir:

> "Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias acessórias e, muitas delas adjectivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se as garantias estabelecem-se." (MIRANDA, 1990, p.88-89)

Os direitos e garantias que adquirem um lugar de relevo na Constituição de uma nação adquirem o status de fundamentais, e assim são considerados porque representam um esteio democrático a sustentar a ordem jurídica estabelecida, contra ação dos particulares em linha horizontal, mas com muito mais razão contra o próprio poder instalado para gerir o bem comum.

Os contornos do modelo de Estado adotado com a Constituição Federal de 1988 levam à conclusão de que os direitos fundamentais se apresentam como forma eficaz de consolidação da democracia, algo de extrema importância considerando-se que no momento histórico imediatamente anterior à entrada em vigor da carta Constitucional, o Brasil emergia de aproximadamente duas décadas de regime de exceção.

Erigidos à condição de cláusula pétrea, os direitos fundamentais, a par de servirem de empecilho a um trágico regresso ao autoritarismo, atendem ao propósito de resguardar os interesses da minoria, prevenindo que se instaure no Brasil uma tirania da maioria.

Trata-se, o conjunto de direitos e garantias individuais do cidadão, do núcleo duro da Constituição Federal, conquistas inegociáveis da luta pela democratização de um país cujas dimensões podem ser consideradas continentais, de fronteiras tão amplas quanto os vazios que separam as camadas mais abastadas da sociedade da imensa massa de excluídos.

Não há dúvidas de que é por intermédio dos direitos fundamentais e pela firme atuação do Estado na disponibilização dos meios materiais necessários à observância das garantias que lhes são correspondentes que as "metas" traçadas pelo constituinte de 1988 serão cumpridas.

Nos tópicos seguintes iremos tratar de forma sintética de algumas garantias constitucionais que devem ser observadas no processo penal, a fim de que se dê uma resposta justa para um fato reconhecido como injusto. Ditas garantias são a ampla defesa e o contraditório no inquérito, os desdobramentos do princípio da presunção de inocência e a assistência jurídica integral e gratuita.

2. **INQUÉRITO POLICIAL**

O nosso ordenamento jurídico comporta a legislação penal e a de processo penal. Como exemplo da primeira, tem-se o Código Penal que vai tratar das condutas infracionais e da cominação de penas. Já a segunda se refere a normas autônomas, porém instrumentais, que regulam o processo na persecução penal.

Deste modo, tendo ocorrido uma infração penal que não seja de menor potencial ofensivo, a Polícia Judiciária, por intermédio do Delegado de Polícia, instaura o inquérito policial para apurar os fatos e a autoria da infração penal, podendo, sua instauração, ser originário de flagrante delito ou por portaria.

Este inquérito posteriormente é remetido ao Ministério Público para eventual propositura de ação penal.

Como já esclarecido, rompendo com a visão conservadora da Teoria Geral do Processo, considera-se que o inquérito policial é a primeira fase do processo penal e sua finalidade é amealhar todas as provas que possibilitem identificar a infração penal e descobrir quem foi o autor, que será evidentemente responsabilizado.

Este procedimento administrativo é atribuído à Polícia Judiciária por força do artigo 144 da Constituição Federal, sendo o Delegado de Polícia a autoridade que é responsável pelo indiciamento, nos moldes do que prescreve o artigo 2°, §6°, da Lei n° 12.830/13.

No que toca ao inquérito policial, interessa-nos, nesta oportunidade, a reflexão acerca da forma de observância de certas garantias e direitos constitucionais fundamentais na fase administrativa do processo penal.

O exercício da ampla defesa e do contraditório, ainda na fase indiciária, certamente propiciaria a certeza da concretização dos desdobramentos do principio da presunção de inocência, bem como a salvaguarda da imparcialidade na reconstrução dos fatos por meio das provas, objetivos estes que somente serão atingidos com a assistência de um advogado ou defensor público no transcurso do procedimento.

Nesta toada, caso o réu não tenha condições financeiras de arcar com o pagamento dos honorários de um causídico constituído, o Estado deverá, por força de comando constitucional nomear-lhe um advogado dativo, sob pena de promover a exclusão social do cidadão, vedando-lhe o acesso ao direito fundamental de assistência jurídica.

3. **AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO NO INQUÉRITO**

Morais (1997) é categórico quando leciona que, por ser, o inquérito, um procedimento preparatório à ação penal, não há razão alguma para que seja observado o contraditório, posição da qual ousamos discordar, ao menos em parte. A nosso sentir, a observância do contraditório e da ampla defesa não é obrigatória no inquérito, mas também não é, em absoluto, vedada.

Entende-se plenamente viável que o indiciado possa colaborar na elucidação dos fatos, até mesmo para que possa evitar ser submetido a uma ação penal inútil, ou pior, injusta, que lhe trará muitos dissabores.

Acerca da participação do indiciado nos atos integrantes do procedimento investigatório, versa o artigo 14 do Código de Processo Penal que o ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

É inegável que este artigo abre para o réu, a possibilidade de juntar documentos, indicar testemunhas, requerer diligências, enfim, prover todos os meios de prova de que dispuser, tanto ao Delegado quanto ao Ministério Público, a fim de evitar ser conduzido ao banco dos réus injustamente.

Deste modo, importando o contraditório em ciência e participação, que possibilitam a contra prova, não há dúvidas que mesmo não havendo acusação formal (denúncia), já existem indicativos da presença das duas componentes do contraditório no inquérito, como quando, por exemplo, o Delegado intima o réu para prestar declarações.

Assim procedendo, o Delegado de Polícia está dando ciência ao indivíduo de que figura como investigado em procedimento administrativo e poderá ser levado à condição de indiciado, razão pela qual suas declarações são colhidas como forma de participação no procedimento.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2012, p. 66), depois de tecer comentários sobre a inexistência do contraditório no inquérito, faz a seguinte afirmação: Malgrado estas observações, o Estatuto da Advocacia confere ao advogado o direito de examinar, em

qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante ou de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos a autoridade, podendo copiar e tomar apontamentos.

É possível afirmar então que o indivíduo com poder aquisitivo capaz de contratar um advogado poderá ter ciência dos fatos sob investigação e com base no Estatuto da Advocacia acima citado, produzir provas no inquérito e sendo a investigação defensável, dar elementos que poderão colocar fim ao procedimento antes mesmo de se transformar em acusação formal.

Nelson Nery Junior e Rosa Nery (2009, p. 185), ao comentarem a Constituição, sustentam a inexistência de contraditório no inquérito, no entanto afirmam a conveniência da comunicação ao interessado para que apresente o que de direito, ensinando que no inquérito existe apenas colheita de elementos e não colheita de provas. Nada obstante, é conveniente que a autoridade administrativa que presida o inquérito propicie, aos juridicamente interessados, vista dos autos do inquérito para que possam manifestar-se como de direito.

Afinal, quanto ao exercício da ampla defesa não há dúvidas de que é plenamente possível no inquérito policial já que o Código de Processo Penal permite a propositura de *habeas corpus*, como remédio constitucional, para trancar o inquérito policial, quando este se mostrar arbitrário.

Daí a importância de se lançar um olhar crítico à ortodoxia da Teoria Geral do Processo e, principalmente, à sua aplicabilidade ao Processo Penal.

Não se afigura minimamente razoável que se adote modelo teórico único para o processo civil e para o processo penal, pois, enquanto o primeiro tem por objeto lides envolvendo interesses disponíveis e, em geral, meramente patrimoniais; o segundo se ocupa de contendas que contrapõem, de um lado, os interesses mais caros à sociedade, tais como a vida, a propriedade e a dignidade sexual, e, de outro, a liberdade do indivíduo (PEIRRANGELI, 2001, p.99).

Assim, há que se ampliar a esfera de abrangência do conceito de processo para que se lhe apliquem as regras constitucionais segundo a concepção democrática de Estado. Essa ampliação conceitual parece apontar no horizonte de possibilidades do pensamento jurídico, haja vista que a tradicional conexão estabelecida pela doutrina entre o conceito de processo e a relação jurídica processual perde força com o passar do tempo (FERNANDES, 2000, p.40-41).

Mantida a orientação doutrinária tradicional, segundo a qual no transcorrer do procedimento investigativo vige o Princípio Inquisitório, e que o Princípio Acusatório se

limita à fase judicial da persecução penal, chega-se à absurda conclusão de que durante o inquérito o investigado é objeto do processo e não sujeito do mesmo.

Dita conjuntura não se mostra compatível com os preceitos decorrentes da dignidade da pessoa humana e nem tampouco com o regime democrático inaugurado com a Constituição da República de 1988.

Um verdadeiro Estado Democrático de Direito deve contar com um Direito Penal Mínimo, em que se conviva com duas certezas: a primeira de que nem todos os crimes serão punidos; a segunda de que nenhum inocente será condenado (FERRAJOLI, 2006, p.103).

Para tanto, é imprescindível a atuação da defesa técnica já na fase do inquérito policial, ainda que respeitadas as peculiaridades do procedimento investigativo que culminam por reduzir (e não suprimir) o alcance do contraditório.

Percebe-se, então, que existe permissivo legal para que se dê o exercício da ampla defesa em sede de inquérito policial, em especial por conta da previsão contida no artigo 7°, inciso XIII, do Estatuto da Advocacia.

Todavia, o que se verifica na prática é que apenas os indiciados que detenham poder aquisitivo suficiente para constituição de um advogado acabam dispondo dos meios necessários para exercer a ampla defesa ainda na fase indiciária do processo, questão que merecerá trato mais delongado em tópico próprio.

4. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E IMPARCIALIDADE DA POLICIA JUDICIÁRIA

Outro ponto que torna necessária a defesa técnica no inquérito policial, inclusive para aqueles que não podem arcar com o ônus econômico da constituição de um causídico, é a inobservância do princípio da presunção de inocência nesta fase indiciária do processo.

Não é de hoje que a sociedade se depara com uma publicização da intimidade, efeito imediato da popularização da internet e, em especial, das redes sociais. Também já se tornou corriqueira a superexposição, pelos meios de comunicação de massa, de pessoas investigadas.

Tem-se, nessas características da modernidade, mais um argumento para que se abandone as peias teóricas da tradicional Teoria Geral do Processo, uma vez que é óbvia a turbação que um indiciamento causa na esfera de intimidade do indivíduo, razão pela qual muitas vezes já é socialmente condenado quando nem mesmo existe um “processo” na acepção ortodoxa do termo.

O vilipêndio do princípio previsto no artigo 5° inciso LVII da nossa Constituição Federal, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o transito em julgado da sentença penal condenatória, ocorre repetidamente nos noticiários, subentendendo que a Policia Judiciária se coloca contra o réu e aliada ao órgão acusador.

A título de exemplo, vejamos: O delegado Rodolfo Chiarelli, que investigou Gil Rugai em 2004, ano da morte de seu pai e da madrasta, afirmou que o ex-seminarista é culpado pelo crime que ocorreu há nove anos.

É certo que a margem de atuação do Delegado de Polícia é deveras restrita, uma vez que, instaurado o inquérito, não lhe é dado arquivá-lo sem intervenção judicial. Ademais, não parece adequado que, tomado por base o sistema legal ora vigente, confira-se à autoridade policial a discricionariedade para, avaliando os elementos de prova, entender pelo não indiciamento do investigado.

Isso porque assim o fazendo, valorando a prova colhida na fase indiciária, o Delegado de Polícia estaria invadindo a esfera de atribuição do Ministério Público e, em segunda análise, do próprio Estado-Juiz.

Assim sendo, ao menos no que diz respeito ao indiciamento, tudo indica que vige o princípio do *in dubbio pro societate*, haja vista que deixando de agir, ou seja, deixando de instaurar o inquérito quando existentes os requisitos mínimos para tanto (artigo 5°, §1°, do Código de Processo Penal), o Delegado de Polícia poderá ser responsabilizado na esfera administrativa e, também, criminal.

Se há dúvida quanto à necessidade de indiciamento, esta dúvida deve ser dirimida mediante a intervenção do Ministério Público, *dominus litis* da ação penal, bem como decisão judicial fundamentada. Tanto assim que a recém promulgada Lei n° 12.830 de 20 de junho de 2013 teve vetado o seu §3°, do artigo 2°, o qual versava que o Delegado de Polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade.

A mensagem de veto da Presidente da República indicou os motivos que levaram ao veto do dispositivo da seguinte maneira:

> Da forma como o dispositivo foi redigido, a referência ao convencimento técnico-jurídico poderia sugerir um conflito com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Desta forma, é preciso buscar uma solução redacional que assegure as prerrogativas

funcionais dos delegados de polícias e a convivência harmoniosa entre as instituições responsáveis pela persecução penal.

Percebe-se, então, que quando do indiciamento, vige, ainda que implicitamente, o princípio *in dubbio pro societate*. O mesmo não se pode dizer a respeito da prisão em flagrante que, além de submeter o indivíduo à condição de investigado, cerceia-lhe a liberdade.

Em casos tais é evidente que o Delegado de Polícia, diante de sérias dúvidas acerca da efetiva caracterização da situação de flagrância, poderá deixar de lavrar o auto de prisão, limitando-se, porém, a instaurar o inquérito.

Justamente por conta dessa aplicação implícita do princípio *in dubbio pro societate* e em razão da exceção sub-reptícia da presunção de inocência, é que a defesa técnica se afigura essencial à salvaguarda dos direitos fundamentais do indiciado.

Partindo desta premissa, é imperioso afirmar que em qualquer procedimento investigativo criminal, em que se possa verificar o atentado contra direitos e garantias fundamentais do indivíduo, deveser viabilizada a defesa técnica por meio da assistência de um advogado ou defensor público.

Somente assim poderá ser garantida, já na fase indiciária do processo, a concretização da justiça segundo os parâmetros estabelecidos pelos direitos fundamentais, e evidentemente dar eficácia aos dispositivos elencados na nossa Constituição Federal, que trás em seu bojo a marca de um povo sofrido e marginalizado durante toda a história da América do sul, e que viu uma luz de esperança neste documento tão importante, promulgado no dia 05 de outubro de 1988.

5. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

O ordenamento jurídico vigente permite que o indiciado ou investigado com possibilidade financeira contrate um advogado para lhe assistir no inquérito policial, mas esta assistência não é disponibilizada quando se trata de indiciado que não conta com recursos para constituir um defensor, isso apesar de ser esta uma garantia constitucional positivada no artigo 5° da Lei Maior, vejamos:

> "LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo lhe assegurada a assistência da família e de advogado."

"LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos."

O inquérito policial, como já exposto anteriormente, tem por finalidade a reunião de elemento de provas que possam subsidiar o Ministério Público de elementos necessários para o ajuizamento da ação penal. É nesse contexto que se insere a necessidade de um profissional habilitado para acompanhar os atos investigativos e contribuir, se for o caso, para evitar que um inocente seja submetido a uma ação penal para, ao final de um longíssimo trâmite, ser absolvido.

Ocorre que as provas a serem fornecidas pelo indiciado já na fase inquisitorial podem oferecer um contraponto a uma prova obtida unilateralmente pela Polícia Judiciária e, assim, aumentar o horizonte de perspectivas do Ministério Público quando da análise da presença dos requisitos para o oferecimento da denúncia.

A título de exemplo podemos, de forma hipotética, imaginar uma situação em que a vítima acusa o indiciado de um crime e, tendo ele assistência jurídica, que lhe proporciona conhecimento técnico do inquérito, indica uma prova idônea que vai, sem titubear, mostrar que naquele dia e hora ele estava em outro lugar e, portanto, não poderia ter cometido o crime.

Acaso se espere a propositura da ação penal para, somente então, com a defesa técnica, apresentar esta prova, a infâmia, o *strepitusfori* decorrente da só existência do processo judicial já terá maculado a honra do investigado. De outro turno, acaso se disponibilize a assistência da defesa técnica já no transcorrer da fase indiciária, talvez nem mesmo a ação penal seja proposta.

Eis aí a raiz da importância da defesa técnica durante o inquérito, meio pelo qual o cidadão que está na iminência de sofrer uma ação penal por um crime que não cometeu pode livrar-se da possibilidade de se tornar réu.

Nessa esteira, e demonstrada a importância da defesa técnica no transcurso do procedimento investigativo, a assistência judiciária gratuita se coloca como instrumento legal imprescindível à efetivação do direito fundamental positivado no artigo 5°, inciso LXIII, da Constituição da República.

Sabe-se que, na atual conjuntura social, em que os indivíduos se medem pela régua do ter e não do ser, o direito penal acaba se interpondo como forma de manutenção do *status quo* no que diz respeito à permanência dos excluídos à margem da esfera de abrangência da cidadania.

Não é de hoje que o direito penal vem demonstrando uma obscura faceta seletiva que torna a condição de réu ou indiciado ainda mais penosa àqueles que, desprovidos de meios materiais para serem considerados iguais pelos seus semelhantes, são alijados dos direitos e garantias individuais (THOMPSON, 2007, p.87).

Um sinal claro dessa predisposição conservadora do sistema jurídico, não só penal, mas também nas demais esferas de atuação da justiça, é o fato de que a regulamentação da assistência judiciária gratuita data de meados do século passado, e em alguns casos neste nosso século.

Diante de todas as drásticas transformações por que passou a humanidade na segunda metade do século XX, sagazmente denominado de *Era dos Extremos* pelo historiador britânico Eric Hobsbawm (HOBSBAWM, 2006), o legislador se manteve inerte, mantendo incólume a redação da septuagenária Lei n° 1.060/50, ressalvadas pequenas alterações pontuais.

De toda sorte, ainda que inadequada, a Lei n° 1.060/50 serve ao propósito de afastar os nefastos efeitos da exclusão social dos indiciados pobres, posto que plenamente aplicável na fase indiciária do processo penal.

Atente-se que no artigo 16, parágrafo único, alínea "b" do referido diploma legal, há expressa menção à assistência judiciária gratuita para os casos em que a vítima deseje representar pela instauração de inquérito quando se trate de crime de ação penal privada ou pública condicionada.

Ora, se é dado à vítima que se faça assistir por advogado cujos serviços sejam custeados pelo Estado, com muito mais propriedade deve o indiciado poder ser orientado por defesa técnica.

Aliado a isso, tem-se, ainda, a previsão de que trata o artigo 4°, da Lei Complementar n° 80/94, a Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, a qual prescreve normas gerais para as Defensorias Públicas Estaduais, *verbis*: *Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado*.

Nota-se que o arcabouço legal para a concretização da garantia fundamental estabelecida no artigo 5°, inciso LXIII, da Constituição Federal já existe, porém é solenemente ignorado, em especial porque o próprio titular da assistência judiciária gratuita desconhece seu direito e, invariavelmente, ignora sua condição de cidadão e, principalmente, de igual.

CONCLUSÃO

A modernidade demanda que a eficácia plena dos direitos e garantias fundamentais na ordem estabelecida deixe de ser mero discurso. Neste passo, a vigilância dos órgãos de controle do Estado, e da própria sociedade civil, deve ser constante para que não se permita a efetivação de circunstâncias fáticas, descoladas dos preceitos constitucionais e legais, que perpetuem a constante tendência de alargamento do degrau social que separa os despossuídos do restante da coletividade.

A duras penas o Brasil fincou pé no modelo democrático de Estado, após mais de duas décadas de regime de exceção. Desta feita, há que se empreender um esforço contínuo e incansável na busca da consolidação das conquistas da constituinte de 1988, posto que é justamente nelas que reside a segurança contra um retrocesso ao autoritarismo.

Ainda que se tome por extremamente improvável o regresso ao regime de exceção, visto que o país vive a primavera de um Estado Democrático de Direito, não é o que se percebe dos noticiários, em que se mostram ataques violentos a direitos fundamentais de inocentes por parte dos órgãos repressores da criminalidade, em especial quando o indivíduo, além de inocente, é miserável.

Verifica-se que, na atual conjuntura, a riqueza material é condição imprescindível ao gozo da condição de ser humano e que a pobreza é a porta de saída da cidadania, uma porta pela qual passam inúmeros excluídos, “apátridas de fato” confinados nas grades da miséria e relegados ao desterro do esquecimento social.

Diante disso, é necessário que o Estado disponibilize um defensor ao indiciado, principalmente quando a fase indiciária se inicia pelo auto de prisão em flagrante. Dita medida se impõe por ser ela uma garantia prevista na nossa constituição, bem como por conta dos dispositivos legais que são diuturnamente ignorados pelas autoridades policiais, ministeriais e judiciais país afora.

O contraditório é bem-vindo no inquérito policial, não com a intensidade e as características que ostenta em Juízo, mas de modo a garantir um mínimo de certeza de que o réu não esta sendo vítima das isoladas colocações da suposta vítima ou de conclusões equivocadas do próprio órgão encarregado da investigação.

É dever do Estado-Administração, por meio dos Delegados de Polícia, providenciar que os presos e indiciados, ignorantes de seus direitos, tenham acesso à defesa técnica. É dever do Ministério Público, na condição de fiscal externo da polícia, verificar se o direito à

defesa técnica no transcurso do inquérito teve seu exercício disponibilizado ao investigado necessitado.

É dever do Estado-Juiz, quando da autorização de diligências no bojo dos inquéritos, averiguar se o investigado foi indagado acerca de sua condição econômica, tendo sido informado que é seu direito dispor de defensor pago pelo Estado e finalmente, é dever da sociedade civil, por meio da via democrática, cobrar de tais autoridades que não deixem que o indiciado pobre veja sua humanidade se esvair pela sarjeta da indiferença do Estado, cobrando que lhe seja nomeado um defensor.

Enfim, espera-se que em pouco tempo a defesa técnica para o socialmente excluído deixe de ser discurso para ser realidade, em ambas as fases do processo segundo um conceito amplo e não ortodoxo, tal qual proposto neste artigo. Afinal, a advocacia é órgão essencial à justiça, devendo ter seu exercício viabilizado pelo Estado em qualquer circunstância, sob pena de que naufrague a justiça e, com ela, o substrato que confere solidez à democracia.

> *BEM SEI QUE UMA CONFISSÃO ARRANCADA PELA VIOLÊNCIA VIOLENCIA DA TORTURA NÃO TEM VALOR ALGUM; MAS, SE NÃO CONFIRMARES AGORA O QUE CONFESSASTE, FARTE – EI ATORMENTAR DE NOVO. (BECCARIA – 1794)*

REFERENCIAS

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas.** 4ª Ed. São Paulo: Atena.

BRASIL. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 10 jul 2013.

_____. Casa Civil. **Código de Processo Penal** (DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941) . Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 10 jul 2013.

_____. Casa Civil. **Estatuto da Advocacia** (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994) . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm> Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. Casa Civil. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm> Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. Casa Civil. **Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm> Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. Casa Civil. **Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm> Acesso em: 10 jul. 2013.

CHIARELLI, R. **Delegado diz que Gil Rugai é culpado**. Disponível em <http://noticias.band.uol.com.br/cidades/noticia/?id=100000576414> Acesso em 14 mar 2013.

FERNANDES, A. S. **Processo Penal Constitucional**. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.

FERRAJOLI, L. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: RT, 2006.

HOBSBAWM, E. **Era dos Extremos: o breve século XX**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

MIRANDA, J. **Manual de Direito Constitucional, tomo IV: Direitos Fundamentais**, Coimbra: Coimbra, 1990.

MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais.** São Paulo: Atlas, 1997.

NERY JUNIOR, N. NERY, R. M. A. **Constituição Federal Comentada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

THOMPSON, A. **Quem são os Criminosos?** 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOURINHO FILHO, F. C. **Manual de Processo Penal.** São Paulo: Saraiva, 2012.

PEIRRANGELI, J. H. (org.). **Considerações acerca da Inadmissibilidade de uma Teoria Geral do Processo in Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

POLÍTICAS PÚBLICAS, ACESSO À SAÚDE PELA VIA JUDICIAL E PARAMETRIZAÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXÃO CRÍTICA

João Paulo Angelo VASCONCELOS[569]
Adriana Aparecida Alves Martins de FREITAS[570]

RESUMO

Este artigo traz reflexão crítica à resposta do Judiciário à busca do acesso à saúde no ambiente processual-judicial. Conquanto pareça inevitável, especialmente diante do papel conferido ao juiz no constitucionalismo contemporâneo, a judicialização não é a melhor amiga das políticas públicas, cuja definição quer-se democrática e construída segundo critérios técnicos, condicionamentos qualitativos que melhor se observam na atuação dos Poderes Legislativo e Executivo. Não faltam críticas à judicialização excessiva e ao ativismo judicial. A despeito, a Suprema Corte, invadindo funções atribuídas aos demais Poderes, entendeu por bem fixar parâmetros para a atuação dos juízes, permitindo a substituição de programas e ações ajustadas pelos gestores, segundo a normatização do sistema, por medidas liminares. Lei de iniciativa do Senado, que dispõe sobre a incorporação de novas tecnologias em saúde, se afigura consentânea com o Estado democrático e descarta a parametrização definida no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas. Direito à saúde. Processo judicial. Supremo Tribunal Federal. Parâmetros. Crítica.

ABSTRACT

This article brings critical reflection response of the judiciary to seek access to environmental health-judicial proceedings. While it seems inevitable, especially given the role given to the judge in contemporary constitutionalism, judicialization is not the best friend of public policies whose definition you want to democratic and built according to technical criteria, qualitative constraints that are best observed in the actions of the legislative and executive. Abound criticism of excessive judicialization and judicial activism. Despite the Supreme

[569] Mestrando da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.
[570] Mestranda da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

Court, invading functions assigned to other branches, saw fit to set parameters for the performance of judges, allowing replacement of programs and actions set by managers, according to the rules of the system, by injunctions. Law Initiative of the Senate, which provides for the incorporation of new technologies in health care, it seems consistent with the democratic state and the rule parameter defined in the Supreme Court.

KEYWORDS: Public policies. Right to health. Lawsuit. Supreme Court. Parameters. Critical.

INTRODUÇÃO

É inegável a existência de intensa intervenção do Judiciário nas políticas públicas, notadamente quanto aos planos, programas e ações estatais na área da saúde. Para muitos, esse movimento se justifica na omissão do Estado Social e encontra validade no constitucionalismo moderno, na força normativa da Constituição, que atribui ao juiz função de *construtor da norma*.

A judicialização da saúde, iniciada na década de 90, ganhou contornos ativistas com a justiciabilidade dos direitos sociais e a procura por correção de problemas graves comuns a realidade brasileira, o pior deles a exclusão social. Todavia, de antídoto a dose prescrita (sem critérios técnicos) no âmbito do processo judicial pode tornar-se letal.

Não faltam críticas ao ativismo, à atuação jurisdicional que se diz excessiva, as quais também emergem assentadas em valores constitucionais: democracia (contramajoritariedade e défice democrático), igualdade (microjustiça) e (inobservância da) reserva do financeiramente possível.

Em busca de solução mais viável ao problema, coube ao Supremo Tribunal Federal (STF), após convocação e realização de audiência pública, traçar parâmetros segundo os quais a intervenção judicial dar-se-ia com respeito às normas constitucionais[571]. Seguindo a onda intervencionista, a Corte chancelou a ingerência. E sua orientação, hoje se revela incompatível com o quanto estabelecido na Lei n. 12.401/2011, que alterou a lei Orgânica do Sistema Único de Saúde (SUS) ao trazer novas regras para a incorporação de tecnologias em saúde.

O estudo ora empreendido não prescinde da definição do significado de política pública e exige seja destacado que a sua formação se dá a partir de estudos técnicos e seguindo fases ou estágios, constituindo o chamado ciclo das políticas públicas. Abordar a

[571] Tal se deu no julgamento, pelo Plenário, do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE (STA 175).

justiciabilidade do direito fundamental à saúde e a estruturação do sistema público na Constituição Federal se faz inadiável.

Como o tema concerne à judicialização e ao ativismo, importante tratar do exercício da jurisdição e do processo e sua efetividade na contemporaneidade, seguindo-se a explicitação das críticas àquele fenômeno. Finaliza-se o trabalho com a análise de dois documentos relevantes: a decisão do Plenário do STF, que estabeleceu critérios de validade da intervenção judicial na área da saúde, e a Lei 12.401/2011.

1 POLÍTICAS PÚBLICAS

A Constituição Federal brasileira adotou o modelo de Estado Social (e Democrático de Direito), o que importa nova concepção dos fundamentos da organização econômica, do exercício da atividade econômica e das funções do Estado, e a ruptura do constitucionalismo liberal.

Houve um *reposicionamento no campo econômico* que informa a *implementação das políticas públicas* voltadas à concretização da Constituição. (HORTA, 2003, p. 260-261)

No que diz respeito às políticas públicas na área da saúde, nossa Carta é expressa:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
>
> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
>
> I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
>
> II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
>
> III - participação da comunidade.

Estabelecida essa premissa, passa-se à definição de políticas públicas.

Ao discorrer sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, Celso Antônio Bandeira de Mello expõe um significado para políticas públicas: “É o conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objeto comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país.” (2009, p. 808)

Por sua vez, Valter Foleto Santin conceitua políticas públicas como “execuções das normas legais e constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um *law enforcement* (reforço para execução da lei).” (2004, p. 33-34) Para o autor, políticas públicas não se limitam a atos meramente políticos, de governo, atos de gestão, antes, configurando meios de planejamento para a execução dos serviços públicos ou desempenho das atividades estatais. Acrescenta que, enquanto programa, obrigam o Estado às prestações positivas que podem ser vindicados pelo cidadão. (SANTIN, 2004, p. 40-41)

“A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social. E de tal forma isso se institucionaliza que o próprio direito, neste quadro, passa a manifestar-se como uma política pública – o direito é também, ele próprio, uma política pública”. (Eros Grau, 2008, apud GONÇALVES, 2009, p. 185)

Já Maria Paula Dallari Bucci as conceitua como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato.” (2006, p. 241)

A mesma publicista, reportando-se a Odete Medauar, diz que as políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos (procedimentos coordenados pelo governo para a interação entre sujeitos ou entre estes e a Administração, com o exercício do contraditório) que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a identificação dos interesses públicos reconhecidos pelo direito. (2006, p. 264-265)

O conceito de *políticas públicas* é polissêmico.

Daí Walter Claudius Rothenburg (2011, prefácio) ter apresentado alguns significados, aspectos ou dimensões da expressão.

Quanto ao *aspecto político*, reconhece que, conquanto “políticas públicas” tenham menos a ver com ideologia, partidos e poder, e mais com meios e modelos a atender o interesse público, o fundamento ideológico influencia na elaboração e implementação dos

programas de governo. Logo, o modo de tratar o mesmo tema, por exemplo, a geração de renda, varia de acordo com a orientação do grupo que está no governo, se neoliberal ou assistencial. Quanto à *formulação*, destaca a necessidade de um plano, uma diretriz, que orientará a sua constituição e servirá de referência para a execução, a avaliação e o controle. O autor aponta como aspecto mais evidente das políticas públicas o da *execução*, isto é, "essencialmente a implementação de planos, a consecução dos objetivos, a materialização das diretrizes.", e destaca a participação colaborativa dos diversos atores sociais no alcance do interesse público, especialmente o "terceiro setor". Adverte sobre a necessidade de se incluir a *dimensão normativa* no conceito de políticas públicas, pois, afora a execução das políticas públicas às disposições normativas, são elas formuladas ou planejadas no nível legislativo ou normativo. A esses quatro aspectos o autor acrescenta o da *pluralidade de sujeitos*, segundo o qual "as políticas públicas não se resumem à atuação protagonista do Poder Executivo. Todos os órgãos do Poder Público desenvolvem políticas públicas."

E seu planejamento, seus atos e meios eleitos para implementação são determinados segundo um procedimento. Veja-se:

Tatiana Wargas de Faria Baptista e Mônica de Rezende relataram a preocupação da ciência com a explicação do *processo político e a identificação de fases distintas neste processo*, pioneirismo creditado a Harold Lasswell, um cientista social que iniciou nos anos 1930/40. Narram que em 1951, em livro coeditado com Daniel Lerner (The Policy Sciences), Lasswell propôs uma simplificação e divisão do processo de construção e desenvolvimento da política pública em sete estágios, circunscritos ao âmbito governamental, a saber: informação, promoção, prescrição, invocação, aplicação, término e avaliação. Salientam que, nos anos 1990, Howlett e Ramesh condensaram as fases do processo da política pública em cinco etapas, a saber, 1) montagem da agenda, 2) formulação da política, 3) tomada de decisão, 4) implementação e 5) avaliação, que denominaram "Improved model", no qual prevalece a ideia de que uma política se inicia a partir da percepção de problemas, passa por um processo de formulação de propostas e decisão, segue sendo implementada, para enfim ser avaliada e dar início a um novo processo de reconhecimento de problemas e formulação de política. Esta é a ideia de ciclo da política que até os dias atuais é bastante divulgada e trabalhada nos estudos de política. (2011, p. 139-142)

Observa-se, assim, uma clara substituição da noção de ato administrativo – próprio da visão liberalista-legalista da atuação estatal – pela de atividade.

Com isso, a atividade administrativa exprime não a decisão isolada e pessoal do agente público, mas escolhas politicamente informadas, o que contribui para a *redução do défice democrático* e a maximização da probabilidade de adoção de ações eficientes.

Das diferentes abordagens acima citadas, pode-se afirmar que não existe um consenso acerca do significado de políticas públicas, um conceito único, fechado. Como também é certo que elas são desenvolvidas em etapas, fases, podendo-se falar na existência de um procedimento de forma cíclica, um ciclo que tem início na constatação de um "problema" a ser enfrentado, passa pela implementação e execução e resta avaliado, dando-se origem a um novo ciclo.

Na verdade, política pública é uma exigência do Direito que se constitui de elementos verificadas nas sucessivas fases (plano, programa, ação, ato, meio, instrumento), é formulada e executada segundo o parâmetro normativo próprio e tem por finalidade atender ao interesse público.

Portanto, se a Constituição (art. 196) assegura o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, à prestação do serviço público de saúde precede um *planejamento* do Estado, que certamente não tem - e não deve ter - gênese no Poder Judiciário.

2 DIREITO À SAÚDE

Porque direito fundamental[572] de natureza social prestacional e de caráter programático as normas constitucionais que preveem o direito à saúde, entende-se não ser possível exigir a respectiva prestação positiva com fundamento no próprio texto constitucional, tese esta sustentada com base na unidade da Constituição e sua interpretação sistemática, sobretudo quando a concretização é judicial, por desafiar a separação dos poderes (BARCELLOS, 2002, p. 206).

Porém, "extraordinariamente relevante à vida humana" (SILVA, 2009, p. 308), o direito à saúde "configura um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, ao qual é imposto o dever de prestá-lo [...]" (MENDES; COELHO; BRANCO 2009, p. 1421).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1981 apud SARLET, 2005, p. 308), a natureza aberta e a formulação das normas definidoras de direitos fundamentais não impedem a sua aplicabilidade imediata e plena eficácia, pois constitui tarefa precípua dos tribunais a

[572]Direitos fundamentais são instrumentos jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas; interesses jurídicos necessários para a existência da vida humana digna (BREGA FILHO, 2002, p. 66-67)

determinação do conteúdo dos preceitos normativos por ocasião de sua aplicação. Exigir a intervenção legislativa significa dar mais força à lei do que à Constituição. Assim, a lacuna deixada pela ausência da atuação do legislador pode ser suprida, no caso concreto, pelo Judiciário.

Desse tema também se ocupou Kazuo Watanabe:

> "A grande dificuldade do Judiciário, diante da existência de inúmeros direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição, está em saber se cabe, em relação a todos eles, o seu controle sob a ótica da constitucionalidade. Vale dizer, se todos eles são dotados da possibilidade de tutela jurisdicional, ou alguns deles dependem de prévia ponderação de outros poderes do Estado, consistente em formulação específica de política pública para sua implementação." (2011, p. 2)

Ingo Sarlet (2005, p. 292-294) tem entendimento ponderado a respeito do assunto. Não nega que as normas constitucionais que dispõem sobre direitos sociais prestacionais são de cunho programático e contém baixa densidade normativa ou normatividade insuficiente, donde necessária a intermediação legislativa para gozo de tais direitos. Ao tratar da plena justiciabilidade, ou não, dos direitos fundamentais à prestação, o autor recorre aos princípios do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, que segundo ele estão na base de todos os direitos sociais. Ressalta que é no âmbito do direito à saúde, positivado em norma de cunho programático, que esses dois princípios se manifestam de forma mais contundente. (SARLET, 2005, p. 325-326) Constata que os direitos sociais contem um padrão mínimo de segurança material por meio de direitos fundamentais a conferir direito subjetivo a determinada prestação, porém que o reconhecimento desse direito subjetivo se encontra intimamente vinculado ao questionamento dos próprios limites do Estado social de Direito, a reserva do possível (SARLET, 2005, p. 348-351).

O direito à saúde admite aplicabilidade imediata, conforme preconiza a própria Carta Política no parágrafo 1º de seu artigo 5º: "As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (BRASIL, 1988). Isto é, contempla direito subjetivo à prestação por parte do Estado, justicialidade que, todavia, se restringe ao padrão mínimo extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, que por sua vez "contém, de fato, um campo livre para a deliberação política". (BARCELLOS, 2002, p. 253).

Interpretada à luz do neoconstitucionalismo e inspirada na doutrina da efetividade, à Constituição Federal se emprega força normativa e às suas normas se confere aplicabilidade direta e imediata.

Essa discussão em torno da aplicabilidade imediata de direitos sociais prestacionais diretamente a partir da Constituição parece ter sido deixada em segundo plano diante da promulgação e vigência da Lei n. 8.080/90, cujas normas visam a viabilizar a concretização do direito fundamental à saúde e a estruturação do sistema. Não obstante, é verdade que ainda subsistem demandas e decisões cujo fundamento é exclusivamente a Carta de 88, especialmente para reconhecer a insuficiência da atuação do legislador e da Administração Pública quanto à concretização integral do interesse.

É atual a investigação a respeito do papel do juiz em tais causas e dos limites (contenção) a essa atuação proativa e criacionista.

3 O JUIZ NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Conquanto exerça função ordenadora, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social e de controle social, o direito não é suficiente para evitar conflitos gerados pela insatisfação desses interesses. Surge, então, a jurisdição como função estatal pacificadora, que se desenvolve segundo o sistema processual. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p. 19-25)

A teoria do processo e, consequentemente, o seu instituto fundamental, a jurisdição, são marcados pela noção de Estado própria de um determinado momento histórico. As normas constitucionais traçam as linhas mestras do processo e a atividade jurisdicional deve realizar os fins do Estado segundo o modelo traçado na Constituição. (MARINONI, 2000, p. 21)

No modelo do Estado de direito liberal, erigido o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição, o juiz foi reduzido a "boca da lei" – definição de Montesquieu. Sendo a lei o direito, e o direito a certeza, recusava-se ao juiz o exercício de juízos de verossimilhanças, cumprindo-lhe a busca da verdade (real). (MARINONI, 2000, p. 41-43)

O positivismo jurídico (direito é norma imposta pela vontade política dominante), consectário da concepção liberal de direito (lei), manteve-se no sistema do Estado social, igualmente limitando a atividade jurisdicional à mera aplicação mecânica das normas jurídicas. (MARINONI, 2007, p. 29-30) Mas o surgimento dos *novos direitos* (direitos

humanos econômicos, sociais e culturais - DHESC), ganha impulso a definição do acesso à justiça como garantia de sua realização, pois sem mecanismos para impor respeito a tais direitos eles não passariam de meras promessas ou declarações políticas.

Com o *neoconstitucionalismo*, no segundo pós-guerra, há um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, levando à mudança de paradigma e criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral. Esse constitucionalismo moderno tem marco filosófico no pós-positivismo, segundo o qual, sem abrir mão do direito posto, emprega-se uma leitura moral do direito. A interpretação e aplicação do ordenamento pauta-se numa teoria de justiça segundo novos paradigmas do Estado de Direito (a normatividade dos princípios), tornando-se o intérprete, notadamente o juiz, coparticipante do processo de "criação do direito", completando o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre as possíveis. (BARROSO, 2005, p. 8)

Fala-se na constitucionalização do direito, fenômeno consistente no efeito expansivo das normas constitucionais para todo o ordenamento, na expansão do conteúdo material e axiológico das normas constitucionais, e do seu conteúdo normativo, a todo o sistema jurídico. Essa constitucionalização repercute na atuação dos Poderes. (BARROSO, 2003, p. 351-352) A centralidade da Constituição torna toda interpretação jurídica também interpretação constitucional. Expande-se a *jurisdição constitucional*[573] e o controle de constitucionalidade, no Brasil exercido pelo juiz singular.

Com isso, recorrer à justiça deixa de ser considerado mero acesso ao processo, cuja "finalidade principal é proporcionar a ordem jurídica justa, assegurando àquele que tem direito, tudo o que efetivamente merece e faz jus em face do direito material." (SOUZA; SOUZA FILHO, 2012, p. 231).

Fala-se na busca da *efetividade do processo*, que pressupõe a eliminação de obstáculos que ameaçam a realização de uma decisão justa relacionados a alguns aspectos: a universalização da jurisdição e admissão ao processo mediante a eliminação dos custos e a substituição da concepção individualista pela tutela dos interesses coletivos, um juiz mais participativo, "protagonista do drama processual" e decisões justas e úteis. (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2000, p. 34-35)

Daí as minirreformas porque passou o Código de Processo Civil desde a década de 90, das quais se destacam as modificações quanto à *recorribilidade* de decisões e aos *efeitos*

[573] "A expressão jurisdição constitucional designa a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. No caso brasileiro, essa competência é exercida por todos os juízes e tribunais, situando-se o Supremo Tribunal Federal no topo do sistema." (BARROSO, 2012, p. 3)

dos recursos (Leis 9.139/95, 10.352/2001, 11.187/2005, 11.232/2005 e 11.276/2006), o instituto da *antecipação dos efeitos da tutela* (CPC, artigo 273), o *princípio da atipicidade dos meios executivos* – mitigação do princípio da congruência ou adstrição (CPC, artigo 461, §5º), a substituição da execução autônoma do título judicial pela fase de *cumprimento de sentença* (CPC, artigo 475-I), o novo rito do *mandado de segurança* (Lei 12.016, de 07 de agosto de 2009), a *repercussão geral*, a *súmula vinculante* e, principalmente, a inserção, no texto constitucional, pela EC 45/2004, da cláusula da *razoável duração do processo* (artigo 5º, inciso LXXVIII).

Como se pode inferir, o sistema processual propicia, para além do acesso à justiça, o acesso à ordem jurídica justa e isso fomenta o ativismo judicial.

4 Judicialização da saúde

Conforme Luís Roberto Barroso,

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. [...] (2009, p. 3)

No Brasil, a judicialização das políticas públicas de saúde tem marco temporal na década de 90, na busca de medicamentos para enfrentar o avanço do vírus HIV. Liminares obrigavam o Estado a fornecer gratuitamente remédios de alto custo prescritos nos receituários médicos, que não constavam da lista do SUS e não tinham registro no Brasil, alguns em fase experimental, mas que haviam sido aprovados há pouco por órgãos de controle nos Estados Unidos. O auge de demandas com essa natureza ocorreu entre os anos de 1998 e 2000.

O modelo social e democrático do Estado brasileiro (redemocratização), a constitucionalização de direitos, o acesso amplo ao Judiciário e a otimização do controle de constitucionalidade, de um lado (BARROSO, 2009, p. 3-4), a omissão e a incapacidade do Estado para entregar direitos sociais, de outro, são fatores que alimentaram a judicialização de interesses sociais clausulados na Carta de 88.

Essa transferência de poder para o Judiciário permitiu, é claro, a implementação, *in concreto*, do direito à saúde em sua definição mais ampla, bem assim o cometimento de excessos e irresponsabilidades por órgãos da Justiça.

Juízes incorporam medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para dispensação no âmbito do SUS, a um custo expressivo e mesmo havendo fármaco disponível na rede de atendimento, criam solidariedade passiva sem se ater ao princípio da descentralização e às regras de uma Lei Orgânica. Agem segundo sua consciência - por ideal ou caridade – e, desconhecendo a realidade administrativa e orçamentária, colocam em risco a continuidade de programas de atendimento amplo e geral (universalização), definidos e organizados pelos gestores na formulação das respectivas políticas públicas.

Com essa postura proativa, ativista-intervencionista, o Judiciário usurpa a função dos outros Poderes e, sem base técnica e científica, estabelece política pública no caso concreto, realizando a microjustiça.

4.1 Críticas

A expansão da jurisdição constitucional recebe várias críticas[574], dentre as quais duas que este texto se ocupa, brevemente, por considerá-las mais importantes sob o prisma político e porque fundamentadas em valores constitucionais: a democracia (contramajoritariedade e défice democrático) e a igualdade (microjustiça).

Sobre a atuação do Judiciário nessa seara, e especialmente a da Suprema Corte, Gelson Amaro de Souza e Karina Denari Gomes de Mattos referem-se às declarações de JJ Gomes Canotilho, em entrevista ao jornal Valor Econômico, questionando a atuação de nossa Corte. O Jurista lusitano analisa-a como "um caso paradigmático de evolução da discussão sobre os entendimentos entre os poderes" e surpreende-se com a utilização de uma metodologia única no mundo, "pois não julga partindo das normas, mas procura agir a partir de problemas concretos e tenta encontrar soluções práticas.' (SOUZA; MATTOS, 2011, p. 240)

Falta ao Judiciário *legitimidade democrática*.

[574] Citamos, por todos, Luís Roberto Barroso (2012, p. 9-11), que as sistematiza em críticas (1) político-ideológica (dificuldade contramajoritária e Judiciário visto como instituição tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade), (2) quanto à capacidade institucional (o juiz está preparado para realizar a justiça no caso concreto, a microjustiça) e (3) quanto à limitação do debate (que resta elitizado e exclui aqueles que não dominam a linguagem e nem têm acesso aos *locus* da discussão jurídica).

Como já estudado, as políticas públicas, "programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados" (BUCCI, 2006, p. 241), são vistas como procedimentos coordenados pelo governo para a interação entre sujeitos ou entre estes e a Administração, que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a identificação dos interesses públicos reconhecidos pelo direito (Odete Medauar, apud BUCCI, 2006, p. 264-265).

A escolha, a decisão, portanto, deriva de um processo de construção e desenvolvimento (da política pública), que se divide em estágios circunscritos ao âmbito governamental, o que se convencionou designar fases do ciclo das políticas públicas, prevalecendo a ideia de que uma política se inicia a partir da percepção de problemas, passa por um processo de formulação de propostas e decisão, segue sendo implementada, para enfim ser avaliada e dar início a um novo processo de reconhecimento de problemas e formulação de política. (BAPTISTA; REZENDE, 2011, p. 139-142)

A definição do plano, do programa, da ação, enfim, da política pública, não é decisão isolada e pessoal do gestor, e sim escolha politicamente informada, discutida e da qual participa ou deve participar a população.

A decisão judicial faz o caminho inverso. Não há discussão, e sim a imposição normalmente via medida liminar.

Contrariando a deliberação política tomada no âmbito da Administração Pública (Executivo) segundo o parâmetro definido pelo Legislativo, cujos membros são escolhidos pelo povo, o Judiciário impõe ao sistema desconsiderar o plano, o programa, a ação, para, desdobrando-se, atender ao reclamo individual[575].

Há, então, um *défice democrático* na atuação do juiz, sem prejuízo do desatendimento ao *princípio da igualdade*, à equidade.

Ora, o sistema quer-se universal, mas, à medida que decisões judiciais são proferidas em benefício de alguns indivíduos, impondo-se ao Estado a realocação de recursos financeiro-orçamentários (que se sabem escassos, finitos) para, por exemplo, adquirir medicamentos não relacionados na política de dispensação, todos os contemplados na política pública de caráter geral restam afetados.

---

[575] Referimo-nos às decisões judiciais que inovam em termos de incorporação de "tecnologias em saúde" - procedimentos, medicamentos, instalações, próteses e órteses. **Estão excluídas das críticas inerentes à dificuldade contramajoritária e à igualdade as decisões que condenam o Estado a cumprir uma prestação já decidida no âmbito da própria Administração Pública**, mas não satisfeita, isto é, atuação judicial que pacifica um conflito provocado por uma crise de satisfação e não de certeza quanto à obrigação.

O juiz não avalia - e não tem como avaliar - o impacto de sua decisão no âmbito da prestação de serviço de saúde, podendo colocar em risco a eficiência e continuidade do programa definido tecnicamente no bojo da formulação da política pública.

A intervenção judicial que, por exemplo, determina o fornecimento de medicamento de alto custo, realiza a justiça individual, mas, simultaneamente, exclui outros tantos, ante a necessidade de reavaliação dos investimentos, programas e aplicação dos recursos disponíveis.

A título de ilustração, reporta-se a um caso divulgado na imprensa[576], que envolve um medicamento de altíssimo custo, não vendido no Brasil e não registrado na ANVISA, ao qual alguns pacientes passaram a ter acesso pela via do processo judicial. Trata-se do medicamento de nome comercial Soliris (eculizumab), desenvolvido e produzido pela empresa multinacional Alexion Pharmaceuticals.

Conforme consta da matéria jornalística, cada frasco de 30 mililitros custa mais de R$ 11 mil, resultando num custo de R$ 35 mil a cada 15 dias, cerca de R$ 70 mil por mês, ou mais de R$ 800 mil por ano por paciente. É uma opção terapêutica alternativa ao transplante de medula, procedimento indicado para a patologia e contemplado no âmbito do SUS.

A reportagem ainda dá conta que nem todos os países disponibilizam o fármaco aos indivíduos, sendo que na Inglaterra o governo garante o Soliris apenas aos pacientes que tenham recebido pelo menos quatro transfusões de sangue no último ano, enquanto que a Escócia não o distribui. Nos Estados Unidos, alguns planos de saúde oferecem o remédio, a maioria não o garante e o Medicare, sistema público de saúde para maiores de 65 anos, paga a droga apenas em raras situações. No Canadá, que dispõe de um sistema público de saúde abrangente, apenas uma província (Quebec) garante o Soliris. No Chile e na Argentina, alguns doentes conseguem o remédio ao processar os planos de saúde ou os governos.

Aqui no Brasil, diz a reportagem, há o empenho da própria indústria farmacêutica na obtenção de liminares. Por quê? Ora, este expediente impositivo da aquisição do medicamento (a decisão judicial) pelo Estado dispensa o registro perante o órgão regulador e o alforria da sujeição à Câmara de Medicamentos. Houvesse o registro e na sequência sua venda ao Estado, obrigatoriamente haveria o desconto sobre preço cobrado, nos termos da Resolução n° 04, de 18 de dezembro de 2006 da Câmara de Medicamentos.

De outro lado, quando o medicamento é fornecido por decisão judicial e este não é registrado na ANVISA, o laboratório que o vende fixa o preço do produto ao seu livre

[576] Revista Época, disponível em http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html> Acesso em 27 jun. 2013.

arbítrio, bem assim escapa da incidência das normas de regulação do mercado farmacêutico brasileiro.

Situações como a relatada exigem a reavaliação dos fenômenos da judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial na área da saúde, porquanto, a par de buscarem a concretização do direito social, revelam comportamento discriminatório.

Calha, aqui, a observação de Edinilson Donisete Machado a respeito do controle judicial dos demais Poderes, que deve tomar por referência as pautas constitucionais. (2012, p. 119) Em sua crítica ao ativismo judicial, deflagrada no estudo da tensão entre constitucionalismo e democracia, o autor, reportando-se a Robert Dahl (2001), Arend Lijphart (2003), Jeremy Waldron (2003), Michel Troper (2003) e Oscar Vilhena Vieira (1999 e 2006), conclui que as decisões judiciais que determinam a "implementação de políticas públicas que não foram discutidas e aprovadas na seara competente, ocasionam a preterição de outras" (discutidas e aprovadas), e o que é pior, tutelam os interesses de uns indivíduos em detrimento de outros. (MACHADO, 2012, p.122)

Na verdade, a despeito de incentivado pelo espírito que contagia o processo civil, o ativismo culmina por se afastar da democracia e da igualdade, o que torna o acesso à saúde pela via judicial injusto, ao menos sob a ótica da macrojustiça, da (não) universalização do atendimento.

Assim, sem democracia e igualdade o acesso à saúde pela via judicial não é justo, ao menos sob a ótica da macrojustiça, da universalização do atendimento. Em tais demandas, o processo não atende à sua finalidade principal.

Há, contudo, críticas ao reducionismo da atuação judicial no controle das políticas públicas.

Amplamente favorável à justiciabilidade imediata de direitos fundamentais a partir da Constituição Federal, Kazuo Watanabe sustenta:

> "Ao Poder Judiciário brasileiro, como consequência da assunção de novas atribuições que lhe foram conferidas pela Constituição Federal de 1988, dentre as quais se inclui o controle de constitucionalidade das leis, atos e atividades de todos os órgãos do Estado, incumbe proceder ao controle das políticas públicas, com o exame de sua implementação, adequação ou correção, na conformidade dos mandamentos constitucionais. (WATANABE, 2011, p. 2)

Enfático na defesa da legitimidade democrática do Poder Judiciário para exercício do controle judicial das políticas públicas, que, diz, decorre da Constituição Federal, Valter Foleto Santin dispara que "os concursados são representantes do povo, escolhidos dentre os cidadãos por um certame em que a capacidade de representação popular é definida pelas provas e títulos; é uma forma de eleição." (2004, p. 224) Daí afirmar que o controle judicial tem legitimidade constitucional, porque os constituintes estabeleceram a acessibilidade à Justiça na lesão ou ameaça a direito, controle este benéfico à população. (SANTIN, 2004, p. 225-226)

Eduardo Cambi enfrenta a questão do controle das políticas públicas pelo Judiciário a partir da efetividade dos direitos fundamentais. Conquanto faça a distinção do controle enquanto criação (*make public choices*) e "conformação, modelação e efetivação dos direitos fundamentais consagrados no Estado Democrático de Direito." (2011, p. 269), admite a possibilidade formulação judicial de política pública a partir do próprio texto constitucional (p. 279). Arremata:

> "A legitimidade do Judiciário, ao tutelar os direitos fundamentais, e, inclusive, ao formular ou executar políticas públicas, está fundada no caráter democrático da Constituição, não na vontade da maioria. Não decorre das urnas, mas está baseada na noção de democracia em sentido substancial, cabendo aos juízes a tutela constitucional dos direitos fundamentais." (CAMBI, 2011, p. 280)

Outros argumentos favorecem a judicialização das políticas públicas: a ideia de democracia não se limita ao princípio majoritário; o constitucionalismo moderno (neo), sedimentado no pós-positivismo jurídico, rompeu com a neutralidade política do Judiciário e a interpretação judicial tem sim dimensão política; e mais, a dialética do processo judicial, especialmente no caso de ações coletivas, permite a participação democrática, à medida que o Judiciário possibilita o diálogo com o poder público.

4.2 A posição do STF na STA 175 e a Lei n. 12.401/2011

Esse cenário conduziu à avaliação e revisão dos parâmetros do exercício da atividade do juiz na concretização do direito fundamental à saúde. Por encerrar questão de relevante ordem pública, coube à Suprema Corte convocar a realização de audiência pública, que se realizou nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

Fazendo remissão ao referido ato público, a Corte, em decisão do Plenário, sedimentou, à unanimidade, o seguinte entendimento a respeito da intervenção judicial nas políticas públicas de saúde.

Admite-se a intervenção em três situações, a saber: ***a)*** se a pretensão diz respeito a uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), negada ao indivíduo, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento, e é evidente a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde; ***b)*** se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS por falta de evidência científica, já que o sistema filiou-se à Medicina Baseada em Evidências[577], **e** o tratamento alternativo existente no âmbito do sistema for comprovadamente ineficaz para o paciente, por razões específicas de seu organismo (reclama prova da ineficácia ou impropriedade do tratamento existente no SUS); e ainda ***c)*** se não houver tratamento disponível na rede pública, devendo-se nesta hipótese distinguir se se trata de novo tratamento não experimentado e não incorporado na rede pública ou de tratamento experimental, neste caso não sendo possível obrigar o sistema público a custeá-lo.

Por outro lado, ***não se admitirá a intervenção judicial na política pública de saúde***: ***a)*** se o tratamento pretendido não estiver registrado na ANVISA, restrição sem caráter absoluto, uma vez que a Lei n. 9.782/99 dispensa o registro e permite a importação de medicamento sem registro para uso em programas de saúde pública; ***b)*** se o SUS decidiu não custear por entender que **inexistem evidências** científicas suficientes para autorizar sua inclusão, e existe tratamento alternativo no sistema; ***c)*** se não comprovada que a política de saúde existente ineficaz ou imprópria; e ***d)*** quando se tratar de fornecimento de produto terapêutico em caráter experimental.

Esse precedente foi bem recebido por alguns, pois estabeleceu alguns critérios limitadores do ativismo judicial na área da saúde. É a posição de Rafael José Nadim de Lazari. (LAZARI, 2012, p. 368).

---

[577] "Do ponto de vista jurídico, evidências são dados e informações que comprovam achados e suportam opiniões. E aqui nos aproximamos mais da noção de evidência utilizada em MBE. Neste sentido, pode ser definida como **um critério de maior certeza de determinados achados e opiniões, apoiado em dados e informações cuja análise é feita dentro de padrões previamente estipulado**s. Em outras palavras: em MBE, denominamos evidências externas as informações e os dados coletados, na literatura médica recente, cuja validade e importância são aferidas por determinados critério [...]. Estas evidências podem ser distribuídas em gradações (fortes, intermediárias e fracas) e, do ponto de vista clínico-epidemiológico, apresentam as seguintes características: 1) valorizam desfechos clínicos de significância ao paciente e à sociedade; 2) permitem a definição de graus de evidência científica para as condutas clínicas; 3) apresenta dados para análise objetiva do potencial impacto das condutas clínicas. (DRUMMOND; SILVA; COUTINHO 2002, p. 3).

Todavia, o entendimento da Corte, embora aparentemente razoável, coloca na mão do juiz a decisão sobre a formulação ou criação da política de fornecimento de medicamentos. Não apenas sua conformação, eficiência ou efetividade.

Pouco importa a deliberação do Poder Público, por exemplo, se a não incorporação se deu por falta de evidência científica a respeito da eficácia e eficiência terapêuticas. A Corte fez uma apologia à judicialização e não colocou contenção ao ativismo judicial.

Delimitado em seu objetivo, este trabalho não comporta discussão a respeito do alcance do *princípio da integralidade*, se amplíssimo (integralidade turbinada) ou se condicionado à MBE[578]. Sabe-se, porém, que o Sistema único de Saúde se filiou à esta.

Dando sequência ao que se propôs, cumpre analisar abstratamente a normatização trazida com a Lei n. 12.401/2011, no que concerne à assistência terapêutica e à incorporação de novas tecnologias no âmbito do SUS.

Referida lei é fruto de dois projetos de lei do Senado, os PLS's n. 219/2007 e n. 338/2007. Ou seja, a modificação quanto à política pública para a decisão sobre inclusão, exclusão ou manutenção de terapias (incluindo medicamentos) no âmbito do SUS, resultou de iniciativa do Poder Legislativo, o que não deixa de ser um dado relevante para a avaliação da democratização do sistema, ou ainda, para a redução do défice democrático que permeia a conduta dos gestores públicos.

Desde sua vigência, o sistema tem em funcionamento, além das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite e dos Conselhos Nacionais de Secretários de Saúde (CONASS) e de Secretarias Municipais de Saúde (CONASENS), a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), competente para emitir relatórios e pareceres conclusivos destinados a assessorar o Ministro da Saúde na tomada de decisão quanto à incorporação, exclusão ou alteração de novas tecnologias em saúde, e cujo Plenário (órgão de onde emanam as decisões) é composto de 13 membros dirigentes do Ministério da Saúde e de suas Secretarias Executivas, da ANS, da ANVISA, do CNS, do CNASS, CONASENS e do Conselho Federal de Medicina.

Forte naquela concepção de políticas públicas enquanto procedimento organizado em estágios, que se desenvolve de maneira cíclica e se propõe democrático, a nova legislação, posterior à decisão do Supremo Tribunal Federal na STA 175, prevê um processo deliberativo que possibilita a participação de qualquer interessado, notadamente mediante a realização de consultas e audiências públicas[579].

---

[578] Sobre o tema, cf. *Fornecimento de medicamento e medicina baseada em evidências: assistência integral, eficiência e reserva do possível*. (VASCONCELOS, 2012)

[579] Lei 8.080/90 (redação dada pela Lei 12.402/2011):

CONCLUSÃO

A judicialização das políticas públicas é um fenômeno recente, e atual o estudo dos limites à intervenção do Judiciário nas funções dos Poderes Legislativo e Executivo. Cá entre nós, essa ingerência na área da saúde tem marco temporal na década de 90, decorre da omissão estatal e encontra validade na doutrina da efetividade contida no constitucionalismo moderno, que atribui ao juiz função de *construtor da norma*.

A despeito da real concretização de direitos na via judicial, a formação das políticas públicas não se insere na competência decisória do juiz, com o que não faltam críticas à atuação jurisdicional que se diz excessiva, as quais vêm alicerçadas em valores constitucionais: défice democrático, promoção da desigualdade e inobservância da reserva do financeiramente possível. É que política pública se desenvolve segundo um processo cíclico e, embora uma exigência do Direito (no caso da saúde, v. art. 196 da CF), se constitui de elementos verificados nas sucessivas fases, é formulada e executada segundo o parâmetro normativo próprio e visa à atender ao interesse público. Isto é, à prestação do serviço público de saúde precede um *planejamento* do Estado, que certamente não tem - e não deve ter - gênese no Poder Judiciário.

Não obstante, a constitucionalização do direito repercute na atuação dos Poderes e faz expandir a *jurisdição constitucional.* Com isso, o acessar o Judiciário significa atender a ordem jurídica justa e, para tanto, o sistema processual, após minirreformas voltadas à efetividade do processo, passa a fomentar a judicialização e o ativismo judicial.

Mas a intervenção judicial excessiva na formulação de políticas públicas, apesar de incentivada por esse espírito que contagia o processo civil, se afasta da democracia e da igualdade, o que torna o acesso à saúde pela via judicial injusto sob a ótica da macrojustiça emergente da Constituição Federal, que exige do sistema a universalização do atendimento.

Diante desse ambiente de insegurança e incerteza, coube ao Supremo Tribunal Federal sedimentar entendimento a respeito da intervenção judicial nas políticas públicas de saúde, o tendo feito no julgamento da STA 175.

Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa)
dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.
§ 1o O processo de que trata o caput deste artigo observará, no que couber, o disposto na Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais:
I - apresentação pelo interessado dos documentos e, se cabível, das amostras de produtos, na forma do regulamento, com informações necessárias para o atendimento do disposto no § 2o do art. 19-Q;
II - (VETADO);
III - realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS;
IV - realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento.

A posição adotada pelos Ministros, à unanimidade, aparentemente razoável, na verdade libera a magistratura a não apenas exercer o controle de legalidade e eficiência da política pública da saúde, mas a decidir sobre a formulação e criação desta.

Contenção há na nova legislação que trata da assistência terapêutica e da incorporação de novas tecnologias no âmbito do SUS, porquanto a normatização trazida com a Lei n. 12.401/2011, posterior à decisão do Supremo Tribunal Federal, prevê um processo deliberativo que possibilita a participação de qualquer interessado, notadamente mediante a realização de consultas e audiências públicas.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em 17 set. 2010.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2009. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf Acesso em 10 fev. 2012.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/ view/1794> Acesso em 27 jun. 2013.

BAPTISTA, T. W. F.; REZENDE, M. A ideia de ciclo na análise de políticas públicas. In MATTOS, R. A.; BAPTISTA, T. W. F. *Caminhos para análise das políticas de saúde*, 2011. p.138-172. Disponível em www.ims.uerj.br/ccaps. Acesso em 10 mar 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços

correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm.> Acesso em 08 mar. 2012.

_____. Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei n] 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência farmacêutica e a incoporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm. Acesso em 03 mar. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental na suspensão de tutela antecipada 175/Ceará. Rel. Min. Presidente: Brasília, DF, 17 mar. 2010. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255 Acesso em 14 mar. 2012.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DRUMMOND, José Paulo; SILVA, Eliezer; COUTINHO, Mário. Medicina baseada em evidências. 2ª ed. São Paulo: Atheneu, 2002.

GONÇALVES, Leonardo Augusto, 2009. O Ministério Público na tutela dos direitos sociais: atuação no âmbito das políticas públicas. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da FUNDINOPI - UENP / Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG), Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação (CONPESQ), Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n. 11 (julho-dezembro) – Jacarezinho, 2009, p. 183-216.

GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2008.

HORTA, Raul Machado. Constituição e ordem econômica e financeira. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 111, p. 05-20, jul./set. 1991.

LAZARI, Rafael José Nadim de. Ativismo judicial e acesso à justiça: uma faca de dois gumes. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis (Org.). Acesso à justiça: uma

perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. 1ª ed. Birigui/SP: Boreal Editora, 2012, p. 355-372.

MACHADO, Edinilson Donisete. Ativismo judicial: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. Ver. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Curso de processo civil. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 1.

ROTHENBURG, Walter Claudius. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando Brito. (Org.). Políticas públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade... 1ª ed. Birigui/SP: Boreal Editora, 2011, prefácio.

SANTIN, Valter Foleto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço... São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 32ª ed. São Paulo, Malheiros, 2009.

_____. Aplicabilidade das normas constitucionais. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Gelson Amaro de; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. Processo e acesso à justiça. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis (Org.). Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. 1ª ed. Birigui/SP: Boreal Editora, 2012, p. 229-248.

SOUZA, Gelson Amaro de; MATTOS, Karina Denari Gomes de. Ativismo judicial e políticas públicas de saúde: o impacto da tutela jurisdicional de medicamentos no SUS. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando Brito. (Org.). Políticas públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade... 1ª ed. Birigui/SP: Boreal Editora, 2011, p. 239-257.

VASCONCELOS, João Paulo A. Fornecimento de medicamento e medicina baseada em evidências: assistência integral, eficiência e reserva do possível... In: CONPEDI/UFF (Org.). ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. et al. (Coord.). Direitos sociais e políticas públicas II.

Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5553cfaf751a4b14> Acesso em 27 jun. 2013.

WATANABE, Kazuo. Controle Jurisdicional das políticas públicas, mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. Revista de Processo, vol. 193, p. 13, Mar/2011. Disponível em http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document/retrieval?&... Acesso em 27 fev. 2013.

REFUGIADOS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO FRENTE ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DE DIREITOS

Lucyellen Roberta Dias GARCIA [580]

Bruna Carvalho DE PIERI [581]

RESUMO

O presente artigo busca discutir a formação de um novo grupo de migrantes no mundo: os refugiados ambientais. Desde sua definição ao levantamento das causas desse movimento populacional, procura-se levar em conta as consequências da degradação ambiental. Há a necessidade de se conhecer melhor o ordenamento jurídico a respeito e, principalmente, discutir soluções para o problema. A pesquisa examina a problemática do refugiado ambiental, abarcando as questões conceituais em torno do tema, características e fatores impulsionadores do fenômeno. Esclarece que a dificuldade encontrada em estabelecer um sistema de garantias efetivo para este contingente de pessoas ocorra porque no momento estas não se encontram protegidas por quaisquer normas de direito internacional específica, o que consequentemente não vincula os Estados soberanos no comprometimento com a causa. Neste contexto, buscou-se aferir a responsabilidade do Estado no tocante a forma de acolhimento destes indivíduos e satisfação das garantias mínimas de sobrevivência, o que não vem sendo respeitado a contento, notadamente no Brasil, conforme exemplos vivificados pela população geralmente mais vulnerável economicamente que sofrem com as secas, enchentes, dentre outros fenômenos naturais. Por fim, buscou-se apresentar soluções viáveis a serem desenvolvidas tanto na órbita internacional, através de um estatuto especifico de proteção ao refugiado ambiental, como no plano nacional, mediante a realização de políticas públicas que priorizem os princípios da solidariedade, cooperação internacional, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: refugiados ambientais, direito ambiental, direitos humanos,

[580] Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Professora de Direito Ambiental e Agrário nos cursos de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Faculdade do Norte Pioneiro (FANORPI-UNIESP).

[581] Acadêmica de graduação no segundo ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

responsabilidade do Estado, garantias constitucionais.

ABSTRACT

This paper discusses the formation of a new group of migrants in the world: environmental refugees. Since your definition to the survey of the causes of population movement, seeks to raise the consequences of environmental degradation. There is a need to know more about the legal and mainly discuss solutions to the problem. Clarifies that the difficulty in establishing a system of effective guarantees for this contingent of people occurs because the moment they are not protected by any specific rules of international law, which consequently does not bind the sovereign States on commitment to the cause. In this context, we sought to assess the responsibility of the State regarding how to host these individuals and meet the minimum guarantees of survival, which is not being met satisfactorily, especially in Brazil, as examples quickened by the population generally more vulnerable economically than suffer from droughts, floods, among other natural phenomena. Finally, we sought to present viable solutions to be developed both on an international level, through a specific protection status to environmental refugees, and national levels, through the implementation of public policies that prioritize the principles of solidarity, international cooperation, proportionality and human dignity

KEYWORDS: environmental refugees, environmental law, human rights, state responsibility, constitutional guarantees.

INTRODUÇÃO

Nas três últimas décadas, uma questão tem assolado e preocupado a sociedade mundial: o meio ambiente. Certa de que os recursos naturais são findáveis, a sociedade moderna encontra-se frente ao dilema de manter sua maneira de viver ou mudar radicalmente seu estilo de vida[582].

Tragédias naturais recentes trouxeram à tona a realidade dos refugiados ambientais, pessoas que se deslocam de sua área em função de um evento natural que torna impossível a subsistência em sua maneira original na área afetada.

Há uma necessidade de expandir significativamente o conceito de refugiado para

[582]OLIVEIRA, M.J.G.S. Refugiados ambientais: uma nova categoria de pessoas na ordem jurídica internacional. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 7, p. 123-132, junho 2010. Disponível em <http://www.reid.org.br/arquivos/00000177-11-maria.pdf > acesso em 29 jul. 2013.

incluir a categoria de refugiados ambientais. Neste sentido, as questões ambientais não podem ser dissociadas dos fluxos de movimento em massa para outro território, que causam, em consequência, um grande impacto sobre o meio ambiente da área de acolhimento, o que nem sempre tem os meios e a capacidade de manter estes populações migrantes.

Este novo fenômeno da migração causada por desastres naturais ou ecológicos torna cada vez mais importante repensar o conceito de refúgio político e entender também esses novos fatores que forçam as pessoas a se mover [583].

O deslocamento das pessoas de seus territórios está relacionado intrinsicamente ao aumento populacional, o que determina o surgimento de novas demandas e conflitos de ordem política, econômica, racial e cultural, obrigando os mais vulneráveis a abandonar sua identidade em troca de um abrigo que ofereça segurança e a própria sobrevivência.

Evidentemente que os fatores que determinam o deslocamento territorial reflete na segurança, economia e paz das comunidades que se encontram circundadas na zona de risco, o que prejudica, pela via reflexa, o desenvolvimento econômico do país, favorecendo, ao revés, a marginalização dos pobres, que neste caso tem sua situação de vulnerabilidade acentuada por conta da divisão de classes que se estabelece entre ricos e pobres.

O objetivo da pesquisa é demonstrar a necessidade de proteger a integridade dos refugiados ambientais, aplicando-se os instrumentos de direitos humanos existentes, ou criando-se um regime jurídico específico de eixo internacional que vincule os Estados soberanos, determinando o seu comprometimento para com a implantação de politicas públicas que estabeleçam a colaboração da comunidade local, ONG's, governo e iniciativa privada para atingir a plena integração dos deslocados ambientais forçados.

O ponto de partida, portanto, da pesquisa científica é estabelecer um panorama acerca da regulamentação jurídica envolvendo os refugiados ambientais, seja no âmbito internacional, como no nacional, e o atual cenário de riscos e ameaças a que está exposto esse contingente de pessoas, bem como toda a comunidade local que o acolhe, dando ensejo a uma série de problemas socioeconômicos que afetam a ordem jurídica e econômica como um todo, comprometendo o sistema de garantias constitucionais.

A abordagem se mostra atual e desperta o interesse da pesquisa científica, considerando que o termo "refugiados ambientais" não se encontra categorizado em Estatuto específico, muito menos nos instrumentos internacionais de proteção aos refugiados convencionais ou outros grupos migratórios abarcados por convenções ou tratados

[583]Suhrke A.,*Pontos de Pressão: Degradação Ambiental, Migração e Conflito*, papel ocasional de Projeto sobre Mudança Ambiental e Conflito Agudo, Academia Americana de Artes e Ciências, em Washington, DC, 1993.

internacionais.

Busca-se através da reflexão das causas ambientais que determinam o deslocamento de pessoas do seu país para outros ou dentro deste, aferir outros fatores que de forma complementar são consideradas determinantes no ensejo do processo migratório. O caráter multicausal atribuído ao deslocamento ambiental tem sido apontado pela doutrina como fator impeditivo para a criação de um Estatuto específico a tratar dos refugiados ambientais, dadas as dificuldades em se estabelecer um nexo causal entre o dano, a causa e o direito postulado.

No primeiro capítulo pretendeu-se posicionar a temática dos refugiados ambientais dentro do contexto internacional, trazendo a normativa condizente à proteção dos refugiados convencionais e os principais fatores que determinam a dificuldade em categorizar este contingente cada vez maior de pessoas, cujas garantias constitucionais vêm sendo tolhidas.

No segundo capítulo identificaram-se as causas que determinam o deslocamento ambiental das pessoas, as quais foram analisadas e posicionadas como fatores complementares para o ensejo da migração.

Adentrando no terceiro capítulo, foram exploradas as limitações dos instrumentos internacionais no tocante a proteção dos refugiados ambientais, identificando-se, na sequencia, alternativas possíveis de serem implementadas para contribuir com o tratamento jurídico e proteção dos refugiados.

Finalmente, no quarto e último capítulo buscou-se analisar a responsabilidade do governo local para com a satisfação das garantias previstas na Constituição Federal e nos tratados de direitos humanos em prol dos refugiados ambientais, bem como possíveis soluções para a reversão do quadro de degradação e exclusão a que estão expostos não somente os refugiados ambientais, mas toda a comunidade que o acolhe.

Neste contexto, baseado nas diversas concepções que a problemática trazida pela pesquisa impõe, a metodologia utilizada foi a dedutiva, na medida em que foram exploradas premissas gerais, auto-evidentes, calcadas em fatos sociais de relevância para a pesquisa, leis e proposições fenomenológicas para que se pudesse concluir um raciocínio lógico à solução do problema proposto.

Também se utilizou do método ecológico, o qual objetiva o estudo das relações existentes entre o homem e o meio em que vive e a interação entre os fatos sociais e os elementos da natureza.

Por fim, baseou-se o presente estudo em pesquisas bibliográficas e documentais, buscando explorar ao máximo a doutrina pátria, bem como a legislação internacional e

nacional, enfatizando a sua correlação com os fatos sociais que imprimem consequências alarmantes no processo de formação da identidade social do ser humano.

A temática abordada é relativamente nova, e vem despertando a atenção da comunidade internacional acerca da necessidade de estabelecer medidas protetivas que estejam em consonância com as normas de direito ambiental, cuja abordagem se encontra mais adiantada e abarcada por instrumentos normativos, de modo a possibilitar uma igualdade plena de direitos entre todos os cidadãos, mediante uma ação conjunta entre todos os entes responsáveis por estas garantias, seguindo-se o vetor da solidariedade, cooperação e dignidade da pessoa humana.

1. OS REFUGIADOS AMBIENTAIS: UMA ABORDAGEM À LUZ DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS EXISTENTES

A Conferência da ONU, em Estocolmo (1972) produziu a Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano e criou o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (PNUMA), com o objetivo de monitorar o avanço dos problemas ambientais do mundo.

No documento que aprovou a criação do PNUMA, foi introduzida a expressão *Environmental Refugees* – Refugiados Ambientais, a qual representa todo aquele grupo de "pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona onde tradicionalmente vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razoes naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência desses indivíduos torna-se perigosa"[584].

Apesar disso, a figura jurídica do refugiado ambiental ainda não é reconhecida pela Organização das Nações Unidas.

Embora as estimativas variem muito, avalia-se que 25 milhões de pessoas encontram-se deslocadas atualmente. Os estudos a respeito de população, demografia e movimento de pessoas normalmente incluem o movimento de migrantes econômicos, refugiados e pessoas deslocadas no amplo conceito de migração, sendo esta analisada como um processo.

Todavia, tal inclusão não tem sido aplicada, na prática, ao termo '*migrante*', que não é entendido como um termo genérico, abrangendo várias categorias, tais como os refugiados, os deslocados e os migrantes econômicos. Um migrante é, em geral, considerado como um migrante econômico ou um trabalhador migrante e se diferencia de um refugiado ou outras

[584]LISER – Living Space for Environmental Refugees. Disponível em www.liser.org, acesso em 29/07/2013.

pessoas que foram forçadas a se deslocar por causa da intervenção de um fator externo à sua vontade [585].

As migrações podem ser assim, classificadas em migrações forçadas ou migrações voluntárias. As voluntárias abrangem todos os casos em que a decisão de migrar é tomada livremente pelo indivíduo, por razões de conveniência pessoal e sem a intervenção de um fator externo.

Aplicam-se, portanto, a pessoas e membros de sua família que se mudam para outro país em busca de melhores condições sociais e materiais de vida para si e seus familiares. Essas pessoas podem ter um '*status*' de migração regular ou irregular, em função de sua entrada e permanência no país de residência, tenham ou não sido observados os requisitos legais previstos no país. Já as migrações forçadas ocorrem quando o elemento volitivo do deslocamento é inexistente ou minimizado e abrangem uma vasta gama de situações[586].

De acordo com El-Hinnawi[587] e Pentinat[588], existem três categorias de refugiados ambientais: (i) aqueles que foram temporariamente deslocadas devido às pressões ambientais, como um terremoto ou um ciclone e que são susceptíveis de regressar ao seu habitat original, (ii) aqueles que foram deslocados permanentemente devido a mudanças permanentes de habitat, tais como represas ou lagos, e (iii) aqueles que mudaram permanentemente em busca de uma melhor qualidade de vida, porque o seu habitat original é incapaz de prover suas necessidades básicas devido à degradação progressiva do recursos naturais básicos.

A identificação desses diversos grupos de imigrantes confunde a discussão. No primeiro caso, há um movimento temporário devido ao perigo físico, a segunda categoria envolve os projetos de desenvolvimento que forçam as pessoas a recuperar dentro da mesma região e não se sabe quantos desses refugiados internos são gerados por esses processos, e o terceiro reflete um movimento voluntário.

Para a correta compreensão da problemática, faz-se necessário esclarecer uma

---

[585]JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci. OS. *A necessidade de Proteção internacional no âmbito da migração.* **Rev. Direito GV** , São Paulo, v 6, n. 1, junho de 2010. Disponível a partir do <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100013&lng=en&nrm=iso>. acesso em 29 de julho de 2013.

[586]_____. *Complementary protection and Beyond:* how States deal with human rights protection. United Nations High Commissioner for Refugees. *Working Paper n. 118*, 2005 . Disponível em http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b66c39e1.pdf , acesso em 29/07/2013

[587]El-Hinnawi, E., Refugiados Ambientais, Programa das Nações Unidas para o Ambiente, 1985 e Jacobson, J., *Refugiados Ambientais: um critério de habitabilidade* , Worldwatch Paper No. 86, World Watch Institute, Washington, DC

[588]PENTINAT, Susana B. *Refugiados ambientales*: El nuevo desafio del derecho internacional del médio ambiente, Revista de Derecho, p. 95, v. 19, n. 2, dezembro de 2006. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200004&lng=es&nrm=iso> Acesso em 29 jul. 2013

questão de ordem terminológica. De acordo com a classificação trazida pela literatura jurídica, amparada nas normas e princípios de vertente internacional, o termo “refugiados” remete ao grupo de pessoas que cruzam as barreiras juridicamente definidas do Estado soberano em razão de perseguição determinada por fatores diversos, a saber, religião, raça, nacionalidade, dentre outros. Contudo, quando não houver essa transposição de fronteiras, tratando-se de mero deslocamento interno, atribui-se o nome de “deslocados internos”.

Nos termos da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, são considerados como tais, todas as pessoas que:

> [...], em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de janeiro de 1951, e devido ao fundado receio de ser perseguida em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas se encontre fora do pais de quem tem a nacionalidade e não possa, ou em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após os acontecimentos. não possa, ou em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.[589]

Os deslocados internos, por sua vez, objeto de estudo em questão, na falta de um diploma especifico que o tutele de forma efetiva, tem sua definição consagrada nos princípios orientadores dos Deslocados Internos adotado pelas Nações Unidas em 1998:

> Para a aplicação destes princípios, os deslocados internos são pessoas, ou grupo de pessoas forçadas ou obrigadas a fugir ou abandonar as suas casas ou seus locais de residência habituais, particularmente em consequência de, ou com vistas a evitar os efeitos dos conflitos armados, situações de violência generalizada, violações de direitos humanos ou calamidades humanas ou naturais e que não tenham atravessado uma fronteira internacionalmente reconhecida de um Estado. [590]

Tal diferenciação não apresenta relevância no presente trabalho, o qual se reportará de forma genérica sobre a problemática pertinente a ausência de regulamentação em prol do

---

[589] BRASIL, *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. Promulgada pelo Decreto 50.215 de 18 de janeiro de 1961. Disponível em www.mre.gov.br/dai/refugiados, acesso em 30/07/2013.

[590] Os princípios orientadores relativos aos deslocados internos foram elaborados por uma equipe internacional especialistas em direito em colaboração com agencias internacionais e ONGs. O texto integral encontra-se disponível em www2.ohchr/english/issues/idp/GPPortuguese.pdf. Acesso em 30/07/2013.

contingente de pessoas que sofrem com a exclusão promovida pelas alterações climáticas e calamidades naturais, e a responsabilidade do Estado em fornecer amparo jurídico e estrutural para recebê-los a contento.

Considerando que inexiste regramento específico que ofereça suporte jurídico aos refugiados ambientais, mormente aqueles que se deslocam internamente, há que se refletir acerca da responsabilidade dos governos locais em acolher os componentes do grupo de pessoas que se enquadre nesta condição e, ainda, qual o grau de comprometimento que deve existir por parte da comunidade internacional na efetivação dos direitos humanos dos deslocados internos, haja vista a possibilidade de advir situações de risco em que se torne dificultosa a assistência necessária pela autoridade local.

Há que se ressaltar neste aspecto que a proteção internacional conferida aos deslocados internos (aqui não adstritos à causa ambiental propriamente dita) deixa a desejar pelo fato de inexistir um regramento específico na esfera internacional, mas tão somente princípios orientadores, que embora baseados nos direito humano internacional, de forma alguma vinculam os países soberanos enquanto não recepcionados por seus respectivos ordenamentos.

Neste sentido, desnecessária a discussão em torno da questão terminológica, ou seja, se o individuo cruzou ou não as barreiras de um Estado. A verdade é que sequer existe um regime legal que os proteja internacionalmente, o que contrasta com o aumento considerável de pessoas que se deslocam forçosamente do seu *habitat* natural por conta de fatores ocasionados pela degradação ambiental.

Segundo os ensinamentos de Raiol:

> O que se busca ao utilizar a expressão refugiado ambiental é uma garantia mais firme e concreta de que os milhões de seres humanos, colocados em mobilidade compulsória, receberão o cuidado e assistência da comunidade das nações, para a salvaguarda dos interesses mais básicos, tais como alimentação, habitação, saúde, educação, segurança e, sobretudo o respeito à dignidade da pessoa humana do refugiado. [591]

O foco da discussão deve voltar-se, evidentemente, para o flagrante desrespeito aos

[591] RAIOL, Ivanilson Paulo Correia. *Ultrapassando fronteiras*: a proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 213.

direitos humanos de pessoas que diariamente sofrem com o descaso e omissão do Estado e de organismos internacionais que tapam os olhos para um problema de alcance mundial alarmante. O deslocamento ambiental é multicausal estando, pois, associado a todos os fatores (sociais, econômicos, culturais) que determinam um déficit na qualidade de vida do ser humano, o que chama a atenção da pesquisa para a responsabilidade do Poder Público para com o acolhimento dessas pessoas e a correta distribuição dos direitos fundamentais sociais a que fazem jus.

Devido à ausência de normas internacionais especificas que vinculem e obriguem os Estados a adotar medidas mitigadoras dos impactos provocados pelas tragédias ambientais, que se alternam de forma lenta e abrupta, tem-se colocado em destaque as normas internacionais de proteção ao meio ambiente como meio de complementar os direitos do homem que lhe conferem dignidade e uma vida saudável. [592]

Como solução para a problemática Ramos propõe a seguinte solução:

> Faz-se necessário, portanto, uma definição abrangente e de alcance global e critérios de categorização que permitam adotar soluções específicas, adequadas e duradouras para os vários aspectos que envolvem o reconhecimento dessa categoria especial de pessoas em todas as fases de deslocamento (reconhecimento, proteção e assistência humanitária, recuperação do meio ambiente, reassentamento, medidas de prevenção de riscos e desastres/acidentes).[593]

Sobre a questão, Luciana Durães Diniz Pereira sustenta que a ausência de um estatuto específicos e políticas públicas para a proteção dos "refugiados ambientais, se justifica em razão da sobrecarga financeira que essa nova ordem resultaria aos organismos internacionais e governos, estando pois fora de cogitação qualquer intervenção no sentido de abarcar essa nova categoria de migrantes em crescimento denominados "ambientais".[594]

Ainda que muitas questões pairem sobre o real motivo que determina uma lacuna na ordem jurídica internacional no tocante a proteção dos refugiados ambientais, certo é que o

---

[592] SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Serie entender o mundo. Vol. 2, Barueri: Manole, 2003, p. 173.

[593] RAMOS, Erika Pires. *Refugiados Ambientais:* em busca de reconhecimento pelo direito internacional. p. 77. Disponível em http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=1. Acesso em 29 jul. 2013

[594] PEREIRA, Luciana Durães Diniz. *O direito internacional dos refugiados*: análise crítica do conceito de refugiado ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 118.

principal argumento utilizado para justificar a desídia seria a ausência de uma linha definidora deste contingente de pessoas.

As mudanças climáticas, embora determinantes, não tem sido o único motivo que levam essas pessoas, geralmente economicamente desfavoráveis, a se deslocar internamente ou para outros países. Trata-se de um fenômeno multicausal que engloba outros fatores, notadamente os socioeconômicos e culturais, que representam um entrave quanto a categorização dos cidadãos que se enquadram nessa situação de risco.

A existência de variáveis no tocante às causas que determinam o deslocamento do individuo de seu território evidentemente requer soluções diversas. Neste caso, considerando que as mudanças climáticas estão associadas a outros fatores sociais e econômicos que de forma complexa resultam no deslocamento do individuo, a comprovação de um nexo causal seria de rigor na hipótese de se estabelecer um Estatuto específico para tutelar a situação dos refugiados ambientais.

Segundo Mariana Rocchi Matins Mattar:

> Apesar das mudanças climáticas causar impactos reais na vida das pessoas, em especial daqueles que vivem em países mais vulneráveis, na maioria dos casos a mudança climática é apenas uma dentre muitos motivos que fazem com que os indivíduos decidam se deslocam para outras regiões dentro ou fora do seu país. A mudança climática tende mais a multiplicar estresses pré-existentes (como pobreza, conflito generalizado, falta de oportunidade) do que ser a única causa do deslocamento humano. [595]

Enquanto persiste intacta a lacuna atual que se perfaz no tocante a um sistema de proteção ao refugiado ambiental, o que provavelmente se estenderá por um período razoável até que se alcance o almejado amadurecimento e sensibilização acerca da problemática, os governos locais poderiam ao menos, como forma de minimizar os impactos que o fenômeno provoca neste grupo vulnerável de pessoas estabelecer medidas acolhedoras tais como concessão de vistos de residência permanente justificado pelo viés humanitário, bem como concessão de moradias, como forma de compensar os bens materiais afetados pelas tragédias naturais, dentre outras medidas.

---

[595] MATTAR, Marina Rocchi Martins. *Deslocamentos Ambientais:* o caso dos pequenos países insulares. p. 13. Disponível em http://www.proceedings.scielo.br/pdf/enabri/n3v3/a23.pdf. Acesso em 20 de julho de 2013.

3. AS CAUSAS DO DESLOCAMENTO

A necessidade de a comunidade internacional reconhecer oficialmente os refugiados ambientais pode proporcionar uma maior compreensão da grande questão da migração ambiental. Neste sentido, são identificadas como as principais causas ambientais que provocam o deslocamento forçado da população, por exemplo, a desertificação, a subida do nível do mar e conflitos ambientais. Outros autores apontam para a migração como resultado de desmatamento, mudanças no nível do mar, a desertificação e a seca, degradação do solo e a degradação da água e do ar [596].

Também muitas vezes há a distinção entre refugiados de catástrofes naturais, a degradação da terra de recursos, o reassentamento involuntário, acidentes de trabalho, de um pós-guerra e as mudanças climáticas [597].

Além das causas acima mencionadas, os estudos focam naquelas que são atualmente consideradas as mais devastadoras e aquelas que mostram o maior deslocamento, por razões não só políticas, mas do meio ambiente, causada por atividades humanas. A dependência de certas atividades humanas sobre os recursos naturais contribui para o processo global de mudança ambiental e da vulnerabilidade das populações que sofrem de alterações ambientais que prejudicam a sua subsistência.

3.1 As alterações climáticas

As pessoas estão deslocadas de suas áreas em função da seca, da desertificação, da erosão do solo, de desastres naturais, etc [598]. No Brasil, a situação é alarmante, tendo em vista a expressiva deterioração ecológica a qual o país está submetido.

As alterações climáticas, se devem em parte, em primeiro lugar e mais fundamentalmente, ao próprio fato de o desenvolvimento ainda não ser sustentável para todos os países e todos os povos. Na prática, o rápido aperfeiçoamento da ciência e do conhecimento dos sistemas naturais do planeta está esclarecendo os efeitos do desenvolvimento insustentável na mudança climática, degradação ambiental e escassez de

[596]SUHRKE, A..Uphill into the Future. *International Migration Review*, New York, v. 35, n. 1, p. 284-302.
[597]TROLLDALEN, JM, Birkeland, N., Borgen, J. Scott, PT,*Refugiados Ambientais: um documento de reflexão*, a Fundação Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento e pelo Conselho Norueguês para os Refugiados, Oslo, 1992 e Fornos, W., *Departures Desperate: O vôo de refugiados ambientais*, Instituto da População, Washington, DC, 1992.
[598]MYERS, N.. Deslocamentos ambientalmente induzidas: o estado da arte, em: *População ambientalmente induzido, deslocamentos e impactos ambientais decorrentes da migração em massa.* Organização Internacional para as Migrações com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e Grupo de protecção dos refugiados, Simpósio Internacional, 21-24 de Abril de 1996 Genebra, p. 72-73.

recursos.[599]

Apesar da adoção da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática e seu Protocolo de Quioto, as emissões anuais globais de dióxido de carbono advindas da combustão de combustível aumentaram em aproximadamente 38% entre 1990 e 2009, com uma taxa de crescimento mais rápida após 2000 do que na década de 90. Mesmo com a ação agressiva para reduzir as emissões, o mundo ainda enfrenta desafios para limitar o aumento global da temperatura a 2°C em relação aos tempos pré-industriais.

Na realidade, ainda não se pode dizer que o mundo está tomando medidas agressivas em relação à mudança climática. O nível global de dióxido de carbono chegou a 389 partes por milhão em 2010 e, na ausência de mudanças significativas nas políticas, está a caminho de ultrapassar 450 partes por milhão nas próximas décadas.

Em seu Relatório das Disparidades nas Emissões de 2010, o Programa do das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) concluiu que os níveis de emissão atualmente previstos para 2020 coadunavam com trajetórias que levariam a um provável aumento da temperatura de 2,5 a 5°C até o final do século XXI, colocando milhões de vidas em risco por causa do aumento da desnutrição, doenças ou lesões causadas por ondas de calor e desastres meteorológicos e mudanças no alcance geográfico de alguns vetores de doenças infecciosas.[600]

A humanidade não pode se adaptar aos crescentes danos para sempre: mais cedo ou mais tarde, a causa subjacente do aumento nas concentrações dos gases de efeito estufa deve ser enfrentada e estabilizada. Ao colocar a humanidade face a face com a insustentabilidade dos modelos de desenvolvimento atuais, os impactos da mudança climática e os custos de enfrentá-la nos forçarão a fazer mudanças substanciais em nossos padrões de produção e consumo, apesar de isso não necessariamente implique menores padrões de vida.

Haverá também grandes oportunidades conforme tais mudanças forem se sucedendo, com novos empregos surgindo em setores que contribuam para o crescimento econômico e melhorias no bem-estar global. Ao contrário, qualquer demora em agir irá piorar o problema, aumentar os custos e reduzir os benefícios.

A mudança climática pede que o mundo embarque em processos sustentados de inovação e renovação econômica, social e institucional; responda a novos desafios à paz e à segurança internacional; e enfrente questões fundamentais sobre justiça na distribuição de

[599]Painel de Alto Nível do Secretário-Geral das Nações Unidas sobre Sustentabilidade Global (2012). *Povos Resilientes, Planeta Resiliente: um Futuro Digno de Escolha. Nova York:* Nações Unidas. Disponível em <http://www.pnuma.org.br/admin/publicacoes/texto/gsp-integra.pdf>, acesso em 29 jul. 2013

[600]Ibidem

responsabilidades e riscos.

3.2 A escassez de recursos

De maneira semelhante, a escassez de recursos – especialmente de energia, alimentos, terras, florestas e água – se estabeleceu de maneira firme no radar dos governos e está relacionada diretamente ao problema de padrões insustentáveis de produção e consumo. As preocupações com a escassez podem recuar às vezes se os preços caírem temporariamente, mas os fundamentos subjacentes – de maior demanda por recursos de todos os tipos, níveis de uso insustentáveis de recursos tanto finitos quanto renováveis e investimento inadequado (mesmo que crescente) em sistemas de uso de recursos sustentáveis – tornam provável que a escassez e as preocupações com a sustentabilidade dos recursos voltará a ter papel de destaque na agenda de políticas em pouco tempo.

Atualmente, a maioria das pessoas vive em cidades. Nos últimos 20 anos, a população urbana cresceu mais de 60% em todo o mundo e projeta-se que nas próximas duas décadas a população vivendo em áreas urbanas crescerá mais 1,4 bilhão – de 3,5 bilhões em 2010 para 4,9 bilhões em 2030 – com a maior parte do crescimento ocorrendo em cidades de porte médio (aquelas com população entre 500.000 e 1 milhão de pessoas) nos países em desenvolvimento.

4. PROTEÇÃO JURÍDICA AOS DESLOCADOS

Os refugiados são os migrantes forçados que contam com o sistema mais completo de proteção internacional. Tal sistema traz uma definição clara das pessoas na condição de refugiadas e dos direitos e deveres que decorrem de tal situação. Em âmbito doméstico, cada Estado é livre para legislar internamente, ampliando a proteção conferida pelo refúgio a outras hipóteses não previstas nos instrumentos internacionais. Todavia, o direito internacional atualmente confere proteção em conformidade com o previsto na Convenção de 1951 e no Protocolo de 1967.

A proteção a ser conferida aos deslocados por razões ambientais tem sido objeto de debate internacional [601]. O direito internacional do meio ambiente desenvolveu-se com normas preventivas e punitivas no que diz respeito à degradação ambiental, e o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário tratam dos efeitos

[601]LOPEZ, Aurelie. *The protection of environmentally-displaced persons in International Law*, v. 37, p. 365-409, 2007. Disponível em: <*http://www.lclark.edu/org/envtl/objects/37-4_Volume_Index.pdf*>. Acesso em 29 jul. 2013.

adversos da degradação ambiental nos seres humanos.

Nos dias atuais, a diferença entre o *status* de refugiado e a situação de migrante econômico não é fácil quando se está em jogo a violação a direitos econômicos, sociais e culturais. Historicamente, há que se recordar que, em função dos conflitos ideológicos que marcaram o período da Guerra Fria e se refletiram na doutrina e na normativa internacional de direitos humanos, os direitos econômicos, sociais e culturais foram por muito tempo considerados por alguns autores e Estados como aspirações, e não direitos humanos. Todavia, cumpre buscar pelos elementos definidores do *status* de refugiado e verificar se uma pessoa deslocada por questões de direitos econômicos, sociais e culturais pode recorrer ao refúgio, ou deve ser concedido a ela outro tipo de proteção.

Ao se considerar a necessidade da existência de um fundado temor de perseguição para a caracterização do *status* de refugiado, a motivação decorrente de violação de direitos econômicos, sociais e culturais fica mais complicada, visto que a violação desses direitos ocorre mais pela negligência do que por meio de um ato formal ou de ações concertadas de um agente perseguidor.

Além disso, quase sempre é difícil separar a situação de um indivíduo das condições gerais no seu país de origem ou residência habitual. Contudo, há casos em que há uma interseção entre o fato de se pertencer a um grupo social e o acesso à educação e à saúde. Mas, nesses casos, a perseguição pode ser caracterizada por pertencimento a grupo social.

Como a assistência do governo está limitada a intervenção de desastre, as populações devem estar preparados para enfrentá-los. Portanto, a prevenção e mitigação de desastres pode ser uma estratégia crucial para a sobrevivência. Evitar a degradação ambiental aumenta a melhoria da qualidade de vida e contribui para reduzir a probabilidade de gerar o deslocamento [602].

Uma das medidas que podem reduzir o número de refugiados ambientais é uma maior consciência do homem como diretamente responsáveis pela degradação ambiental e deterioração das condições de vida no planeta.

Outras medidas estão diretamente relacionadas às estratégias de planejamento necessárias para reduzir a vulnerabilidade das áreas expostas a ameaças ambientais previsíveis e conhecidas. Em suma, os problemas ambientais causados pela necessidade de proteger as populações especialmente vulneráveis, que podem se tornar futuros deslocados e, ao mesmo

[602]BORRAS PENTINAT, Susana. *Refugiados ambientales*: El nuevo desafio del derecho internacional del médio ambiente. Rev. derecho (Valdivia), Valdivia, v. 19, n. 2, dic. 2006 . Disponivel em http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 29 jul. 2013.

tempo, proteger os refugiados aumenta a necessidade de proteger o meio ambiente.

5. A QUESTÃO NO BRASIL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

O problema dos refugiados ambientais existe há décadas no Brasil, na figura dos retirantes nordestinos, pessoas que migram do perímetro das secas em busca de melhores condições de vida no sudeste brasileiro. O governo não tratou com a devida seriedade o deslocamento de uma grande massa populacional nos últimos 50 anos, trazendo problemas de superpopulação para diversos centros urbanos como São Paulo e Rio de janeiro.

O Brasil também tem sofrido com as alterações climáticas, principalmente na região sul com as enchentes, como foi o caso de Santa Catarina, e na região nordeste com ameaça de desertificação. A Bahia, por exemplo, corresponde a 9,3% da superfície estadual (52,5 mil km²) a área em processo de desertificação, localizada na margem direita do rio São Francisco, abrangendo o sertão de Paulo Afonso. As áreas suscetíveis à desertificação são as regiões de clima semi-árido ou sub-úmido seco, encontrados no Nordeste brasileiro e norte de Minas Gerais.

A cada ano, o número de áreas desertificadas está aumentando, desregulando a diversidade biológica dessas regiões, e as condições de vida de seus moradores. A Amazônia também se encontra ameaçada e poderá ser tida como dos possíveis cenários de refugiados ambientais, pela possibilidade de eventos climáticos que provoquem desaparecimento de espécies e perda de diversidade biológica, o que afetaria diretamente os povos indígenas da região[603].

Denota-se que no Brasil, a proteção aos refugiados encontra-se consubstanciada na própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, que estabelece reger o Brasil, sem suas relações internacionais, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos e concessão de asilo político.

Da mesma forma tal qual ocorre no âmbito internacional, também na legislação brasileira inexiste qualquer mandamento que forneça suporte jurídico em favor daquelas pessoas que são obrigadas a se deslocar do seu país e no seu próprio interior por conta das alterações climáticas a que estão sujeitas.

Vale observar que não obstante a ausência de uma normativa específica para regulamentar a situação dos refugiados no Brasil, este é considerado um potencial receptor

[603]GARCIA, Evelin Naiara; GONÇALVES, Allyson Julio. *Refugiados ambientais: um desafio internacional.* **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2374, 31 dez. 2009 . Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14128>. Acesso em: 29 jul. 2013.

deste contingente de pessoas, em razão da extensão territorial característica do país, além se ser considerado o primeiro país do Cone Sul a ratificar a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (ACNUR, p. 5, 2001)

O retrato jurídico que floresceu no âmbito nacional vertendo para a proteção dos refugiados não englobou em seu contexto a figura do refugiado ambiental, e junto dele toda a problemática que persiste em torno do meio ambiente e a ineficácia de sua proteção.

De fato, também no âmbito nacional existe um descompasso imenso entre a retórica ambiental que busca mudanças e resultados positivos em prol do meio ambiente e as catástrofes naturais que assolam o país, tais como enchentes, secas, gerando o êxodo de comunidades inteiras e sua consequente exclusão social.

A ineficiência do Estado em estabelecer políticas públicas que acolham esse contingente de pessoas, afetado material e moralmente por conta da perda abrupta sofrida, por si só, representa grave violação aos direitos humanos. Evidente que o Estado detém a responsabilidade de oferecer suporte material e formal para que as garantias fundamentais da pessoa humana sejam plenamente executadas, de modo a garantir-lhe um mínimo existencial.

Não há duvidas que os refugiados ambientais do Brasil passaram a ocupar, e ainda o fazem, as grandes periferias urbanas, engrossando o índice de pobreza do país, não porque almejam melhoria em seu padrão de vida, mas porque buscam atingir um mínimo de dignidade e respeito após serem vítimas de um penoso e sofrido processo de perda da própria identidade.

Ora, a migração seletiva que se opera no país, direcionando a população mais vulnerável economicamente para as periferias, dentre os quais se enquadram os refugiados ambientais representa um retrocesso em termos de proteção aos direitos humanos. Cabe ao Estado, neste aspecto, no âmbito de suas três esferas de competência, propor e executar medidas emergenciais que promovam a integração de pessoas vítimas não só dos desequilíbrios ambientais como também sociais.

Em suma, a pretendida mudança do cenário de tragédias de quem tem sido palco países do mundo todo pressupõe uma ação conjunta operada tanto no âmbito internacional, considerando que o deslocamento global tem alcançado índices alarmantes, e dos próprios governos locais, através de projetos cooperativos que promovam o regresso voluntario sustentável ou a integração no local com a participação da comunidade voltada para o objetivo do acolhimento dos refugiados.

Tais atitudes retratam a própria essência do principio da solidariedade, o qual

compõe o núcleo dos direitos fundamentais de terceira geração.

É necessário, pois, um pacto a ser estabelecido entre todos os agentes envolvidos na prevenção e recuperação do meio ambiente (enquadrando-se, aqui, Poder Público, empresas e sociedade civil), de modo a evitar o surgimento de novas tragédias e catástrofes ambientais, e a comunidade internacional e nacional atuando em parceria para firmar acordos políticos sólidos, além de novos instrumentos de pacificação que vinculem os países não somente em seu aspecto legal, mas principalmente ético e moral.

CONCLUSÃO

A problemática em torno da situação vivenciada pelos refugiados ambientais suscita uma reflexão necessária no sentido de explorar as causas relacionadas à ausência de proteção específica desse contingente de pessoas no âmbito internacional, o que vai de encontro a todo o sistema de proteção dos direitos humanos e garantias fundamentais estabelecidos pelos ordenamentos jurídicos pátrios.

Considerando que o número de pessoas que se deslocam de seus territórios por conta das alterações climáticas a que estão expostos é relevante, alcançando índices globais alarmantes, evidente se mostra a necessidade de se adotar uma convenção internacional específica, cuidadosamente elaborada para proteger os interesses dessa nova categoria de pessoas denominada refugiados ambientais.

A responsabilidade pela proteção e assistência que deve ser ofertada a essas pessoas é da comunidade internacional, Poder Público local e sociedade, devendo estes em conjunto executar medidas que promovam os ideais de solidariedade, cooperação e cooperação.

Neste contexto, o Estado assume papel preponderante na tarefa de reestruturar ações voltadas ao reassentamento desse grupo vulnerável de pessoas e integração plena com a comunidade aonde essas pessoas se encontram inseridas, promovendo mudanças que estabeleçam a assistência material e jurídica às vítimas de tragédias naturais.

Em suma, o drama vivenciado pelos refugiados ambientais remete a reflexão de que todos são iguais perante a lei, merecendo igual tratamento e o mínimo de condições para se viver com dignidade. As intempéries ambientais que atingem, de forma inesperada e não anunciada a vida de pessoas, deixando um rastro de sofrimento e abandono imensurável, tem como causa a ação do homem guiada pelo instinto cada vez mais acentuado do consumismo.

Neste sentido, não pode o Estado fechar os olhos para um problema que exige medidas emergenciais no sentido de conter o que pode se tornar uma constante se o despertar

dos principais responsáveis pela vida do planeta vir a tardar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Angela Maria de Oliveira et. al. *Violência, exclusão social e desenvolvimento humano: estudos em representações sociais.* Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental.* 11 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lunen Juris Editora, 2008.

ANTUNES. Paulo de Bessa. *Dano ambiental:* uma abordagem conceitual. 1 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Trad. Carlos N. Coutinho. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. Promulgada pelo Decreto 50.215 de 18 de janeiro de 1961. Disponível em www.mre.gov.br/dai/refugiados, acesso em 30/07/2013

BORRAS PENTINAT, Susana. *Refugiados ambientales:* El nuevo desafio del derecho internacional del médio ambiente. **Rev. derecho (Valdivia)**, Valdivia, v. 19, n. 2, dic. 2006 . Disponivel em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em 29 jul. 2013.

CARVALHO, Edson Ferreira de. *Meio ambiente e direitos humanos.* 1 ed., 6 reimp., Curitiba: Juruá Editora, 2010.

El-HINNAWI, E., Refugiados Ambientais, Programa das Nações Unidas para o Ambiente, 1985 e Jacobson, J., *Refugiados Ambientais: um critério de habitabilidade* , Worldwatch Paper No. 86, World Watch Institute, Washington, DC

_____. Complementary protection and Beyond: how States deal with human rights protection. United Nations High Commissioner for Refugees. *Working Paper n. 118*, 2005 . Disponível em http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b66c39e1.pdf , acesso em 29/07/2013

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro.* 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Evelin Naiara; GONÇALVES, Allyson Julio. *Refugiados ambientais: um desafio internacional*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2374, 31 dez. 2009 . Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14128>. Acesso em: 29 jul. 2013.

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci. OS. A necessidade de Proteção internacional no âmbito da migração. **Rev. Direito GV** , São Paulo, v 6, n. 1, junho de 2010. Disponível a partir do <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100013&lng=en&nrm=iso>. acesso em 29 de julho de 2013.

_____. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

LISER – Living Space for Environmental Refugees. Disponível em www.liser.org, acesso em 29/07/2013.

LOPEZ, Aurelie. *The protection of environmentally-displaced persons in International Law*, v. 37, p. 365-409, 2007. Disponível em: <*http://www.lclark.edu/org/envtl/objects/37-4_Volume_Index.pdf*>. Acesso em 29 jul. 2013.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente:* doutrina, jurisprudência e glossário. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MYERS, N.. Deslocamentos ambientalmente induzidas: o estado da arte, em: **População ambientalmente induzido, deslocamentos e impactos ambientais decorrentes da migração em massa.** Organização Internacional para as Migrações com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados e Grupo de protecção dos refugiados, Simpósio Internacional, 21-24 de Abril de 1996 Genebra, p. 72-73.

OLIVEIRA, M.J.G.S. *Refugiados ambientais*: uma nova categoria de pessoas na ordem jurídica internacional. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 7, p. 123-132, junho 2010. Disponível em <http://www.reid.org.br/arquivos/00000177-11-maria.pdf > acesso em 29 jul. 2013.

PEREIRA, Luciana Durães Diniz. *O direito internacional dos refugiados*: análise crítica do conceito de refugiado ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PENTINAT, Susana B. Refugiados ambientales: El nuevo desafio del derecho internacional del médio ambiente, Revista de Derecho, p. 95, v. 19, n. 2, dezembro de 2006. Disponível em <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502006000200004&lng=es&nrm=iso> Acesso em 29 jul. 2013

POCHMANN, Marcio et al. *Atlas da exclusão social no Brasil, volume 2: dinâmica e manifestação territorial*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2004.

RAIOL, Ivanilson Paulo Correia. *Ultrapassando fronteiras*: a proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 213.

RAMOS, Erika Pires. *Refugiados Ambientais:* em busca de reconhecimento pelo direito internacional. p. 77. Disponível em http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=1. Acesso em 29 jul. 2013,

SOARES, Guido Fernando Silva. *A proteção internacional do meio ambiente*. Serie entender o mundo. Vol. 2, Barueri: Manole, 2003, p. 173.

MATTAR, Marina Rocchi Martins. *Deslocamentos Ambientais:* o caso dos pequenos países insulares. p. 13. Disponível em http://www.proceedings.scielo.br/pdf/enabri/n3v3/a23.pdf. Acesso em 20 de julho de 2013.

SUHRK. A.,*Pontos de Pressão: Degradação Ambiental, Migração e Conflito*, papel ocasional de Projeto sobre Mudança Ambiental e Conflito Agudo, Academia Americana de Artes e Ciências, em Washington, DC, 1993.

TRINDADE, Antonio A. C. *O direito internacional em um mundo de transformações.* Rio de Janeiro. Renovar, 2002.

TROLLADEN JM, Birkeland, N., Borgen, J. Scott, PT,*Refugiados Ambientais: um documento de reflexão*, a Fundação Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento e pelo Conselho Norueguês para os Refugiados, Oslo, 1992 e Fornos, W., *Departures Desperate: O vôo de refugiados ambientais,* Instituto da População, Washington, DC, 1992.

JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: DA IMPRESCINDIBILIDADE DA DEMOCRACIA E DO EQUILÍBRIO DOS TRÊS PODERES

Patrícia Naomi ASAKURA[604]

Thaís de Fátima PEREZ[605]

RESUMO

A divisão dos três poderes já é uma garantia fundamental assentada no cenário internacional, entretanto, com o advento do Estado democrático de Direito, surgiram outras prioridades, além das já conquistadas liberdades e garantias políticas: os direitos de segunda e terceira gerações. Com isso, muitas vezes a lei acaba não sendo suficiente para suprir a demanda pela efetivação dos direitos e a população socorre-se ao poder judiciário para ver-se satisfeita. Vislumbra-se nesse cenário uma desfiguração da divisão dos poderes, e é justamente esse embate entre os poderes representativos e as cortes que o presente artigo procura compreender, passando pela teoria da separação de poderes e da democracia, para enfim discorrer sobre as razões e contrarrazões das interferências de um sobre o outro, mais especificamente no que se refere ao controle de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria dos três poderes. Democracia. Controle de Constitucionalidade. Judicialização. Ativismo Judiciário.

ABSTRACT

The division of powers already is a fundamental right established in the international enviroment, however, with the advent of the Democratic State of Law, other priorities have arisen, besides the already conquered politic rights and liberties: human rights of second and third generations. This way, very oftenly just the law isn't enough to suppress all the demands for rights, and thus people go to the judges' aid seeking tohave their necessities fullfilled. In doing so, the theory of separation of powers seem to be weakened, and it's this quarell that is the main topic of this paper. Firstly, it visits the theory of division of powers and democracy

[604] Acadêmica do terceiro ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus de Jacarezinho/PR.

[605] Acadêmica do segundo ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus de Jacarezinho/PR.

and then discourses about the benefits and disadvantages of such interferences, paying special attention to the institute of judicial review.

KEYWORDS: Theory of separation of powers. Democracy. Judicial review. Judicialization. Judicial activism.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, não foram poucos os julgamentos do Supremo Tribunal Federal que causaram grande comoção nacional, sendo foco de interesse da população em geral, entrando para a história como julgamentos notórios e notáveis, dentre os quais podem-se citar o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nº 3999 e nº 4086, concernentes à perda de cargos eletivos por infidelidade partidária; da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510, que liberou as pesquisas com células-tronco embrionárias; e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, que descriminalizou a antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo.

Mesmo em tempos de muitas conquistas para o Brasil, como o crescimento econômico nacional e sua maior visibilidade e força no cenário internacional, seu povo se vê desiludido com seus representantes, tanto do legislativo, como do executivo, e sai às ruas para mostrar o que quer, que sabe dos seus direitos e, portanto, os vem reivindicar. Ao mesmo tempo, vislumbra na mídia um judiciário cada vez mais visível, e quem sabe, assim também, mais acessível, veem-se ministros da suprema corte fazendo a tão ansiada justiça.

E essa justiça, muitas vezes celebrada e aplaudida, é também criticada, pois, apesar de se buscar respaldo na Constituição e procurar se manter atrelada ao Direito, por vezes, questiona-se se tais julgamentos não invadiram o campo da política, afastando-se assim do seu âmbito jurídico e adentrando a competência dos poderes executivo e legislativo; se decisões tão importantes poderiam ser tomadas por indivíduos não legitimados, isto é, não eleitos pelo povo para tanto; se a formação jurídica dos magistrados lhes permitiriam tomar decisões adequadas em questões que envolvam outras áreas do saber; entre outras controvérsias.

Para se responder a estas inquisições, essencial revisitar a teoria da separação dos três poderes e da própria democracia em si, além de se buscar compreender melhor o instituto

do controle judicial de constitucionalidade, mecanismo por meio do qual o poder judiciário verifica a concordância ou não de diversos dispositivos legais perante a Constituição.

Destarte, o presente artigo se divide em duas partes: primeiro procura assentar uma base teórica recordando a teoria da divisão dos três poderes e da democracia, para então, alicerçando-se sobre ela, levantar questões e tecer apontamentos a fim de se procurar alumiar as dúvidas quanto a viabilidade da convivência do instituto do controle de constitucionalidade com a democracia, bem como o bom convívio dos três poderes.

Para tanto, utilizou-se do método indutivo, e pesquisa bibliográfica em clássicos da teoria política e da doutrina jurídica nacional e internacional.

1 DOS TRÊS PODERES E A DEMOCRACIA

Não há como iniciar esta explanação sobre a separação dos poderes sem antes buscar sua origem na Antiguidade grega, desenvolvida por Aristóteles em sua obra *Política*. Na referida obra, o pensador vislumbra a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano: formular normas gerais, as quais deveriam ser observadas por todos; administrá-las de modo que possam ser aplicadas aos casos concretos; e compor os conflitos decorrentes da vigência das normas gerais. O célebre filósofo, embora trouxesse esta inovação quanto à distinção das três funções estatais mantém o poder de exercê-las nas mãos de um único soberano.

Passados alguns séculos, no anseio pelo Estado liberal burguês, Montesquieu, em *O espírito das* leis, embasou-se nos ensinos aristotélicos, porém, não se estagnou na identificação simplória da divisão de três funções estatais, avançando ao que estas três funções distintas devem ser exercidas por três órgãos distintos, independentes e autônomos entre si, contrapondo-se, assim, ao absolutismo, onde o poder estava unicamente nas mãos do soberano. Esta teoria de Montesquieu, cumulada com o descontentamento e anseio popular por mudanças na estrutura de poder contra a soberania absolutista, consagrou-se em diversos movimentos sociais e consolidou-se, enfim, no art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão: “Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Deste modo, com a fixação das funções desempenhados por cada órgão, cada qual portador de autonomia e independência, surge a denominada teoria dos freios e contrapesos, a

qual vem sendo adotada por diversos Estados modernos, que a empregam adequando-a às suas realidades históricas-sociais. Também há que se falar na abrangência estatal alcançada com esta adequação da separação das funções do Estado em órgãos harmonicamente desenvolvidos, conforme observa José Afonso (2013, p.111):

> A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolve-se as técnicas da *independência orgânica e harmonia dos poderes*.

No que tange à função de cada órgão correlata com o Estado, Celso R. Bastos (1997, p. 340) explica: “Os órgãos são, em consequência, os instrumentos de que se vale o Estado para exercitar suas funções, descritas na Constituição, cuja eficácia é assegurada pelo Estado que a embasa”. Portanto, a constituição é o laço que envolve os três órgãos independentes ao Estado no qual atuam.

A Constituição brasileira, por sua vez, dispõe sobre a divisão dos órgãos de Poder da seguinte forma: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Estes órgãos atuam no âmbito de suas competências estabelecidas constitucionalmente e foram alçados à categoria de cláusula pétrea, conforme consigna a Constituição: “Art. 60. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes”.

No Estado brasileiro a divisão de poderes projeta-se sobre dois fundamentos, como discorre José Afonso (2013, p. 111):

> A *divisão de poderes* fundamenta-se, pois, em dois conceitos: (*a*) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congressos, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função orgânica; ao Judiciário, a função jurisdicional;

> (*b*) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independe dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. (grifos do autor)

Destarte, em geral, os poderes mantêm sua individualidade à medida que cada um exerce sua função específica, conforme estipulação constitucional, e no exercício desta, mantêm-se livres e autônomos.

Quanto a essas atribuições desempenhadas por cada órgão, são elas exclusivas, inerentes à sua natureza, ou seja, não podem ser delegadas a outro órgão, exceto quando houver previsão legal por parte do poder constituinte originário, fundando-se, assim, o princípio da indelegabilidade de atribuições.

Ademais, este ponto é essencial no progresso e harmonia do Estado: além da divisão de competências, há também o controle do poder exercido por cada um destes órgãos sobre os demais, aplicando-se assim a teoria dos freios e contrapesos. Com ela, procura-se minimizar ao máximo a sobreposição de poderes, que, caso ainda existisse, seria um retrocesso para a democracia.

Nesse sentido, afirma José Afonso (2013, p. 112):

> A *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados. (grifo do autor)

Desta forma, a divisão de poderes nada mais é do que uma distribuição dos atos praticados pelo Estado, sobre o qual recai o poder uno e indivisível. Estes atos apresentam-se de formas distintas, de acordo com o órgão que o emanou, haja vista a necessidade de equilibrar a atuação dos poderes desempenhados por cada órgão. Assim sendo, criaram-se modos de interpenetração entre os poderes, que além de suas funções predominantes, exercem também funções atípicas, as quais são típicas dos dois outros órgãos, mas que podem ser

exercidas por expressa permissão legal, visto serem indispensáveis ao seu bom e independente funcionamento. Exemplos dessas funções atípicas são encontradas na própria Constituição, como a capacidade do legislativo em exercer competências de natureza do executivo quanto à sua organização, como promoção de cargos e controle de funcionários, e função de natureza jurisdicional, atribuído ao julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade; do executivo que exerce competências de natureza legislativa quando, por exemplo, adota medida provisória e função de natureza jurisdicional, pois, julga, apreciando defesas e recursos administrativos; o mesmo se observando no judiciário ao exercer competências de natureza legislativa criando o regimento interno dos tribunais e função executiva ao conceder licença e férias aos magistrados e serventuários.

Com relação às previsões constitucionais referentes a este tema e o controle do poder exercido por cada órgão, discorre Hans Kelsen (2007, p. 240):

> A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que, portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.

Este e alguns princípios pré-estabelecidos em nossa Constituição criam modos legais de manter e preservar a harmonia indispensável entre os três poderes, nesta esteira aduz José Afonso (2013, p. 113):

> Tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro.

À vista disso, quando os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário atuam concomitantemente, o Estado é fortalecido e a nação observa esta harmonia tão ensejada pela Constituição. Esta limitação do poder político é a exigência nuclear do moderno Estado Constitucional no qual vivemos.

Ainda, a Constituição resguarda em seu seio a essência da ordem emanada pelo Estado, Hans Kelsen (2007, p. 130) dispõe:

> Através das múltiplas transformações que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a ideia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender.

Conforme apresentado acima, a constituição organiza e estipula sobre a separação de poderes, que não é em todo absoluta, mas, por pretender a harmonia e equilíbrio das funções exercidas por cada órgão, permite a eles desenvolver suas atividades cumuladas com funções de competência de outro órgão. José J. G. Canotilho (2005, p. 881) desenvolve perfeitamente as previsões constitucionais somadas com sua efetivação no âmbito de cada órgão:

> Embora não sejam tradicionalmente incluídos nos mecanismos de defesa da constituição, têm também carácter garantístico a ordenação constitucional de funções e o esquema de controlos interorgânicos e intra-orgânicos dos órgãos de soberania. O principio da separação e interdependência dos órgãos de soberania tem, assim, uma função de garantia da constituição, pois os esquemas de responsabilidade e controlo entre os vários órgãos transformam-se em relevantes factores de observância da constituição.

Esta forma de divisão tripartite do poder se manifesta nas democracias, nas quais, normalmente, o poder é dividido contra si mesmo. Esta divisão se faz necessária para que o poder, segundo suas habilidades e capacidades, atue da forma mais eficaz.

A democracia não possui como aspecto dirigente apenas o fato de apresentar em sua essência o governo do povo, para o povo e com o povo; ela é mais que uma prerrogativa de governo, e durante os séculos, tem influenciado diversos países e nações ao redor do mundo, podendo apresentar-se de diversos modos, como acentua José J. G. Canotilho (2005, p. 288):

> O principio democrático, constitucionalmente consagrado, é mais que um *método* ou *técnica* de os governantes escolheram os governados, pois, como principio normativo, considerado nos vários aspectos políticos, econômicos, sociais, e culturais, ele aspira tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade. (grifo do autor)

Este impulso dirigente demonstra-se no poder que o povo detém sobre o poder legislativo e executivo, ele é exercido através da livre escolha de seus governantes e representantes e caracteriza-se por ser a institucionalização da liberdade. É na democracia que os cidadãos, além de terem seus direitos garantidos, tanto da maioria quanto da minoria, possuem o compromisso de participar no sistema político através de eleições imparciais, às quais todos os cidadãos têm acesso. A participação da população nas deliberações políticas da nação tem ocasionado o alargamento da democracia na sociedade contemporânea, segundo elucida Norberto Bobbio (2007, p. 155):

> O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também, e sobretudo, através da extensão da democratização — entendida como instituição e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo — a corpos diferentes daqueles propriamente políticos.

Da participação e representação dos cidadãos na democracia, expõe José J. G. Canotilho (2005, p. 288):

> Em primeiro lugar, o principio democrático acolhe os mais importantes postulados da **teoria democrática representativa** – órgãos representativos, eleições periódicas,

> pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o principio democrático implica **democracia participativa**, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos. (grifos do autor)

Nessa mesma direção é que Bobbio (2007, p. 157-158, passim) elabora dois conceitos que são primordiais ao presente embate: a democracia formal e a democracia substancial. A primeira seria o que se entende por "democracia do povo", de tal modo que ela se legitimaria pelos meios com que se governa e pelos quais as decisões são tomadas. Por sua vez, a democracia substancial seria a "democracia para o povo", no sentido de que o que realmente importaria seria efetivar os direitos fundamentais de cada cidadão. Destarte, podem-se encontrar democracias formais, que embora legítimas, não consigam cumprir tudo a que se propõe no que se refere às garantias constitucionais, bem como democracias substanciais, que apesar de utilizarem-se de meios autoritários e não democráticos, consigam satisfazer os anseios da população. O ideal, em verdade, seria que ambas as democracias se apresentassem sempre em conjunto.

O processo democrático, ao longo do século XX, travou uma intensa disputa ao final de cada guerra mundial, sendo que na primeira metade do século o debate estava focado na desejabilidade da democracia, conforme análise de Boaventura de Sousa Santos (2003, *passim*). Isto influenciou a garantística e inovadora Constituição de 1934 e ampliou-se com o novo texto de 1987, como assim referem-se Paulo Bonavides e Paes de Andrade (2003, p. 479):

> Apesar das condições muito especiais da Constituição de 1934 com a representação classista e da Constituição de 1946 com a presença das esquerdas, inclusive do Partido Comunista Brasileiro, foi a de 1987 a que obteve maior participação popular.

Afinal, foi na Constituição de 1988 que a República Federativa do Brasil constituiu-se em o Estado Democrático Brasileiro, tendo uma democracia participativa, baseada em um sistema híbrido, resguardando-se quanto aos atributos da democracia direta, de acordo com o

previsto em seu texto: “Art. 1º. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”.

Assim, apresentada a democratização do poder como o fenômeno histórico que é, além da conjectura das garantias e direitos fundamentais por ela trazidos, bem como o estabelecimento do Estado Democrático de Direito, a Constituição, com sua supremacia estabeleceu o caráter vinculante dos direitos fundamentais que caracterizam o Estado Constitucional. Diante da dinâmica atuação dos três poderes em meio às garantias e direitos fundamentais, sigamos para o próximo tópico.

2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A DEMOCRACIA

Uma vez revisada a teoria dos três poderes e ratificada a importância da democracia, é possível prosseguir para o tópico principal do presente estudo:

O Controle de Constitucionalidade, ou *Judicial Review*, em sua língua mater, tem suas origens no famoso caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte Norte-americana. Trata-se do primeiro precedente naquele país a declarar inconstitucional uma lei federal por violação aos termos da Constituição.

O que se passou foi que, em 1800, Thomas Jefferson foi eleito na eleição presidencial daquele ano, derrotando John Addams, o qual concorria para a reeleição, e diante de tal ocorrência, nomeou diversos juízes para cargos relevantes, em uma tentativa de ainda manter algum poder. Entretanto, o mandato de John Addams expirou sem que todos os cargos fossem devidamente homologados, e o secretário de justiça do novo presidente, James Madison, negou-se a dar continuidade com a nomeação dos cargos, alegando que já se encontravam inválidas com a mudança do chefe do executivo.

Dentre os magistrados não efetivados, encontrava-se William Marbury, que, por sua vez, apresentou um mandado de segurança perante a Suprema Corte Norte-Americana, exigindo a entrega do diploma de sua nomeação. O processo foi relatado pelo Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall, o qual concluiu, que a lei federal que permitia a Suprema Corte emitir tal mandamus não tinha competência para tanto, competência esta que seria exclusiva da Constituição, e como a Lei Magna nada apresentava sobre a questão, a lei federal deveria ser considerada inconstitucional e a Corte não poderia exigir a nomeação de Marbury.

Com essa decisão, Marshall implementou o Controle de Constitucionalidade, ao afirmar o dever do poder judiciário em assegurar a supremacia constitucional, de forma que a Constituição seja a "lei suprema", e todas as demais leis devam existir em harmonia e concordância com esta, mesmo que isso signifique que o poder judiciário deva revisar e, por vezes, até anular atos do poder legislativo e do executivo.

Desde então, com o avanço da justiça constitucional, tal história se repetiu, de forma semelhante, em diversas partes do mundo, multiplicando-se os exemplos de casos em que as cortes protagonizaram grandes decisões envolvendo questões políticas, remetendo-se a memória de tais exemplos à introdução do presente trabalho, uma vez que no Brasil também tal situação se verificou.

Esse fenômeno, o ministro Luís Roberto Barroso (online, p. 3) denomina judicialização, e o conceitua conforme se transcreve:

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

É ainda o eminente professor e ministro Barroso quem esclarece de forma didática as causas dessa transferência de poder (online, p. 3-4; 2010, p. 7): primeiramente, a redemocratização por que passou nosso país, que ao fortalecer a democracia, reavivou a cidadania, e garante aos indivíduos uma gama de direitos sem precedentes nas constituições anteriores, direitos dos quais a população está cada dia mais consciente; outra causa seria justamente essa constitucionalização abrangente, materializada por uma carta fundamental ambiciosa, que trata dos mais diversos assuntos de interesse da nação, extrapolando suas funções essenciais de organização do Estado e de garantia dos direitos fundamentais; além de uma certa desilusão com a política majoritária, diante da crise de representatividade e funcionalidade do legislativo; bem como o fato de que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é um dos mais abrangentes do mundo, tendo em vista que se trata de um sistema misto (também conhecido como híbrido), ao combinar o modelo americano de controle incidental e difuso, pelo qual tal controle pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal,

diante de cada caso concreto, e a fórmula europeia do controle por ação direta, segundo a qual o controle será feito por meio de ações específicas, sobre matérias determinadas, perante uma corte constitucional.

Convém anotar que o presente trabalho dará mais enfoque ao controle pelos moldes europeus, face sua maior repercussão em todo território nacional.

Diante de tais causas e do crescente número de demandas judiciais com fortes consequências políticas e sociais, é fácil perceber que esta é uma realidade em nosso país. Entretanto, mister se faz compreender até que ponto esta realidade é viável, e se é justo e democrático esse mecanismo de efetivação de direitos diante do que preceitua a Constituição, conforme se propõe a esclarecer no tópico que segue.

2.1 Razões e contrarrazões do protagonismo judiciário

Preceitua a Constituição Federal: "Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal", acrescente-se, ainda, o parágrafo primeiro desse mesmo artigo, qual seja, a competência para apreciar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tem-se assim basicamente a essência do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil.

A primeira informação importante que se extrai do trecho legal é que a carta fundamental incumbe ao STF a função de "guardiã da Constituição", noção esta que se deve manter em mente e não se pode perder ao longo da leitura do presente.

O ponto seguinte diz respeito à sua atividade, isto é, processar e julgar, e aqui já se encontram as primeiras críticas.

Diz-se que com a revisão jurisdicional, um órgão do poder judiciário estaria a invadir competência do legislativo, ao inovar na aplicação da lei, chegando mesmo a, de certa maneira, legislar, diante da eficácia erga omnes e efeito vinculante dessas decisões (art. 102, §2º, CF), em um movimento que se denomina "ativismo judiciário".

Primeiramente, a fim de se desatar essa questão, cumpre distinguir “ativismo judiciário” de “judicialização”, distinção esta, muito bem explanada pelo sempre citado mestre Barroso (online, p. 6):

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Dessa forma, não se podem confundir: o “ativismo judiciário” pressupõe uma postura ativa por parte do judiciário, com manifesta interferência na seara dos outros poderes; diante de sua inércia, urge ao judiciário tomar providências, as quais podem ser: a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis, a aplicação da norma fundamental em situações não expressamente previstas, ou mesmo a imposição de condutas ou abstenções ao poder público (Barroso, online, p.6).

Por sua vez, a “judicialização” é reflexo do princípio da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Art. 5º, XXXV, CF), de tal modo que, uma vez procurado por aquele que tem seu direito ofendido, o judiciário deve atendê-lo.

Ronald Dworkin (2000, p. VIII) apresenta tal ideia com muita clareza:

> Quando questões políticas vão ao tribunal – como sempre acontece, mais cedo ou mais tarde, nos Estados Unidos, pelo menos – exigem uma decisão que seja, ao

> mesmo tempo, específica e calcada em princípios. Devem ser decididas pormenorizadamente, na sua plena complexidade social, mas a decisão deve ser fundamentada como a emanação de uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça porque, em última análise, é isso que o império da lei realmente significa. A análise jurídica, nesse sentido amplo, é mais concreta que a filosofia política clássica, mais embasada em princípios que a prática política. Ela proporciona o campo apropriado para a filosofia do governo.

Diante disso, a censura permanece pelo fato de que, ainda que o judiciário não esteja de forma proativa, "legislando", isto é, tomando decisões políticas, visto ter sido provocado, e não agindo por pura e espontânea vontade, ainda há o risco de que, uma vez incitada sua jurisdição, venha a tomar referidas decisões políticas, ao que Dworkin (2000, p. IX) esclarece:

> Rejeita a opinião popular, mas irrealista, de que tais convicções não devem representar absolutamente nenhum papel nessas decisões, que o Direito e a política pertencem a mundos inteiramente diferentes e independentes. Mas também rejeita a visão oposta, de que Direito e política são exatamente a mesma coisa, que os juízes que decidem casos constitucionais difíceis estão simplesmente votando sua convicções políticas pessoais como se fossem legisladores ou delegados de uma nova assembleia constituinte.

Destarte, embora seja inevitável que questões políticas cheguem ao tribunal, é possível que as cortes julguem sem decidir "politicamente". Como ensina o jusfilósofo norte-americano, existem dois tipos de argumentos que podem fundamentar decisões: os argumentos políticos, que tentam convencer que seu posicionamento é o correto, porque assim a sociedade estaria melhor, baseando-se assim no objetivo, de modo que os fins justificariam os meios; enquanto os argumentos de princípio têm por base os direitos, independentemente de se a comunidade de forma geral será beneficiada, conquanto o direito de um indivíduo esteja resguardado.

É o que elucida Dworkin (2000, p. 6), in verbis:

> É a distinção […] entre argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público.

Pois é nisso que reside o maior temor em haver uma "politização do judiciário", que a justiça deixe de ser a materialização da máxima "dar a cada um o que é seu", nos termos da lei, do que lhe for de direito, e fique submetida a um valor tão amplo e abstrato, qual seja, o bem-estar geral ou o interesse público; subordinada a satisfazer a maioria (ou uma minoria dominante, ou ainda, uma minoria que concentre o poder – e aqui o temor se aterroriza com o excesso de poder nas mãos dos "reis togados", ou dos "juízes filósofos", no "ativismo judicial").

Apesar de preferir a expressão "juridificação" para denominar o fenômeno aqui analisado, Ingo Sarlet (2011, p. 61) partilha do mesmo posicionamento:

> Assim, a juridificação política não é produzida por um "ativismo judicial", mas pela impossibilidade da inação do judiciário frente ao descontrole político que afronta, e depois confronta o mandamento constitucional, especialmente frente à inevitabilidade da eficácia do sistema de direitos fundamentais e garantias constitucionais que provocam uma ampliação de intervenção dos tribunais na ambiência política.

Dessa forma, o que ocorre não é uma posição ativa do judiciário visando a invadir competências alheias, mas a impossibilidade de ele se quedar inerte uma vez provocado pela sociedade que roga-lhe sua atenção, como consequência do princípio da inafastabilidade jurisdicional já supra referida.

Assim sendo, é plenamente possível que coexistam justiça, democracia e decisões em matéria política, e a garantia disso é o princípio das decisões motivadas, como prescreve a Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade[...]". Assim sendo, é vedado o "ativismo judiciário", por meio do qual os juízes decidiriam as

causas livremente, ao sabor de suas convicções pessoais, impondo sua vontade sobre os cidadãos, pois antes de tudo, a Constituição impõe-se, e as decisões devem ser devidamente motivadas e fundamentadas em preceitos legais, sob pena de serem eivadas de nulidade.

Nesse diapasão, é o ministro Celso de Mello, quem didaticamente explica esse princípio, em seu voto como relator do HC 68.530/SP:

> A exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável, que traduz, em sua concepção básica, poderoso fator de limitação do próprio poder estatal, além de constituir instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades públicas. Atos jurisdicionais, que descumpram a obrigação constitucional de adequada motivação decisória, são atos estatais nulos.

Outrossim, cabe esclarecer que decidir sobre matéria política, ou mesmo decidir politicamente, nada têm a ver com questões de partidos políticos, como aponta Dworkin (200, p. 3-4):

> Um juiz que decide baseando-se em fundamentos políticos não está decidindo com base em fundamentos de política partidária. Não decide a favor da interpretação buscada pelos sindicatos porque é (ou foi) um membro do Partido Trabalhista, por exemplo. Mas os princípios políticos em que acredita, como por exemplo, a crença de que a igualdade é um objetivo político importante, podem ser mais característicos de um partido político que de outros.

Remete-se, nesta controvérsia, aos argumentos de princípio como garantia e meio de se evitar tal confusão. Acerca desta querela, Cambi (2012, p. 93), traz preciosa lição, ao recordar Peter Häberle, como a seguir se transcreve:

> O controle da atividade judicial deve ser exercido a partir do cumprimento rigoroso do dever constitucional de motivação das decisões (art. 93, inc. IX, CF). Neste âmbito, é importante sedimentar a noção da reserva da consistência, que exige que o Judiciário formule critérios seguros para a concretização de direitos

fundamentais,(em especial, quando demandem à implementação de políticas públicas).

Para concluir este tópico, sem entretanto, ambicionar dar um ponto final na questão, resta meditar sobre situações em que ao se procurar o fundamento legal da decisão, não se encontrem leis que tratem da matéria, e nem a própria Constituição satisfaça tal premência. Novamente, Dworkin (2000, p. 15) apresenta um caminho a se seguir :

> Se, portanto, surgem alguns casos sobre os quais o texto jurídico nada diz, ou se as palavras estão sujeitas a interpretações conflitantes, então é correto perguntar qual das duas decisões possíveis no caso melhor se ajusta aos direitos morais de fundo das partes. Pois o ideal da prestação jurisdicional, modelo centrado nos direitos, é de que, na medida em que isso é praticável, os direitos morais que os cidadãos efetivamente possuem devem ser acessíveis a eles no tribunal.
>
> Mas ele não pode aplicar tal princípio a menos que este, como princípio, seja compatível com a legislação, no seguinte sentido: o princípio não deve estar em conflito com os outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável de outras regras.

Com isso, estaria superado o risco de uma “ditadura da toga”: não poderiam os magistrados inventar princípios ao seu bem querer, de tal forma que, nunca seria suficiente para justificar salvar ou sacrificar uma vida, alegar princípios feitos de ar, como um princípio da felicidade, sem qualquer alicerce legal.

Há, ainda, a crítica da democracia (Dworkin, 2000, p.17). Para os censores, seria uma grande perda para a democracia se o poder judiciário pudesse tomar decisões que caberiam legitimamente aos poderes legislativo e executivo, tendo em vista que o primeiro não seria um órgão que propriamente representativo do povo, como os segundos que foram eleitos e, portanto, têm o respaldo e confiança popular para tomarem decisões políticas.

Entretanto, a fim de se contornar tal inquisição, cabe analisar o seguinte artigo constitucional:

> **Art. 101** - O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
>
> **Parágrafo único -** Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

Desta feita, se os poderes legislativo e executivo têm legitimidade por serem eleitos pelo povo, e assim são confiados a tomar decisões políticas, qual seria o óbice em se considerar os membros do judiciário também legitimados, uma vez que há um parâmetro a ser observado ("notável saber jurídico e reputação ilibada") e a partir do momento em que é o representante do executivo quem os nomeia, e a maioria absoluta do senado os aprova, e o povo realmente confia nesses dois poderes, então vai confiar também naqueles que eles escolherem para compor a suprema corte.

Neste ponto, importante trazer a advertência trazida pela professora Maus (1989 p. 129-147, *passim*), que aponta os riscos de se ter a personalidade dos juízes como uma garantia para a justiça, de forma que esta só poderia ser executada por "seres humanos livres, dignos, dotados de clareza interior, portadores ao mesmo tempo de um grande senso de responsabilidade e de satisfação na execução desta", os quais comporiam, assim, uma "elite da nação", tal como ocorria no Estado nacional-socialista alemão. Para a filosofa, também a transformação da Constituição em uma "carta de valores", imprecisa e gananciosa, é bastante perigosa, por atentar contra a segurança jurídica, e mesmo contra a própria justiça. Ela teme que o poder judiciário subrogue-se ao poder executivo, e a história se repita com uma tirania dos reis togados. Se a Constituição for tida como um texto fundamental, do qual se possa extrair a Verdade, a exemplo da Bíblia ou do Corão, quando na verdade, tais juízes estivessem de forma velada impondo sua própria vontade, e baseando-a em princípios que não apresentem nenhum respaldo legal, não só a democracia, como toda a sociedade estaria ameaçada.

Questiona-se, ainda, quanto à capacidade dos juízes em tomar decisões políticas, tendo em vista que, em sua grande maioria, eles possuem formação jurídica apenas, e não conseguiriam assim tomar decisões das mais acertadas em questões que envolvam problemas

sociais e políticos, pois extrapolariam sua área de *expertise*. Argumenta-se outrossim que o poder legislativo estaria mais bem dotado para tomar tais decisões pois possui representantes dos mais diversos setores e áreas do conhecimento. Entretanto, tais afirmações devem ser tidas com cautela: certamente que aos juízes seria impossível dominar todas as áreas do conhecimento, mas da mesma forma com que o poder representativo se vale de várias forças para conseguir conhecer dos mais diversos assuntos para formular as leis da melhor maneira possível, pode também o poder judiciário valer-se de consultas a especialistas para melhor direcionar suas decisões, como se dá com a atuação dos peritos nos processos comuns, e como explica Cambi (2012, 93-94):

> Consequência disto também é a necessidade de reconhecer as limitações do Poder Judiciário, a exigir sua auto-contenção, quando faltar-lhe capacidade institucional para implementar suas decisões ou quando os seus efeitos sistêmicos evidenciarem obstáculos orçamentários, cuja aplicação não se pode fazer imediatamente. Por outro lado, exige-se a ampliação das técnicas capazes de promover a democracia participativa, como a admissibilidade de *amicus curiae* nos processos coletivos ou individuais repetitivos, bem como da institucionalização de audiências públicas, no curso do inquérito civil ou dos procedimentos anteriores à propositura de ações civis públicas complexas. (grifo do autor)

Esses dois mecanismos apontados pelo professor já vêm sendo muito utilizados pela suprema corte, como nas ações que julgaram a antecipação de parto de fetos anencéfalos, ou a dos pneus usados. O *amicus curiae* (“amigo da corte”) é a intervenção no processo de uma entidade que pode contribuir para o desenvolvimento da lide, trazendo pluralidade à questão, podendo contribuir com informações importantes sobre assuntos complexos, e juntamente com as audiências públicas, servem como preciosas ferramentas para a democracia se manter nas decisões.

Além disso, a legitimidade para propor as ações do controle concentrado é bem ampla, compreendendo representantes das mais diversas áreas, conforme dispõe a Constituição:

> Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
>
> I - o Presidente da República;
> II - a Mesa do Senado Federal;
> III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
> IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
> V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
> VI - o Procurador-Geral da República;
> VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
> VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
> IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Desse modo, pode-se dizer que o controle de constitucionalidade seria bastante democrático pela possibilidade de, de alguma maneira, qualquer indivíduo ter acesso a ele.

Além disso, o simples fato de os poderes representativos agirem com autorização do povo, não significa que eles vão realmente agir em prol dele, isto é, uma democracia formal nem sempre é sinônima da democracia material. Por vezes, os órgãos políticos podem não funcionar por estarem corrompidos, por haver disputas de interesses, ou ainda, um problema estrutural que afeta muitas nações: a desigualdade econômica e social, como bem observa Dworkin (2000, p. 31):

> Sem dúvida, é verdade, como descrição geral, que numa democracia o poder está nas mãos do povo. Mas é por demais evidente que nenhuma democracia proporciona a igualdade genuína de poder político. Muitos cidadãos, por um motivo ou outro, são inteiramente destituídos de privilégios. O poder econômico dos grandes negócios garante poder político especial a quem os gere.
>
> Devemos levá-las em conta ao julgar quanto os cidadãos individualmente perdem de poder político sempre que uma questão sobre direitos individuais é tirada do legislativo e entregue aos tribunais. Alguns perdem mais que outros apenas porque têm mais a perder.

Assim, oportuno relembrar que a corte constitucional funciona como “guardiã da Constituição”, devendo atuar no sentido de assegurar sua máxima efetividade, a fim de se realizarem seus objetivos precípuos, quais sejam: a garantia dos direitos fundamentais e a proteção das minorias.

Na mesma esteira, preciosa é a lição trazida por Jairo Neia Lima (2012, p. 113):

> O mais conveniente é que os direitos fundamentais sejam concretizados pelo legislador. Somente na ausência dessa regulamentação é que tais direitos se aplicariam de forma direta. Sendo assim, infere-se que a medida concretizadora não é condição necessária para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Mas também não é proibida, ou seja, se já houver a adequada regulamentação do direito fundamental em legislação infraconstitucional, não há necessidade de se recorrer à eficácia direta, desde que a norma seja suficiente para proteger o direito fundamental lesado numa relação entre agentes privados.

Nesse sentido, a transferência do poder de efetivar os direitos da esfera legislativa e executiva para a judiciária, pode ser a única solução para os grupos vulneráveis, que veem seus direitos violados, e até mesmo ignorados, por não terem poder ou visibilidade suficientes para terem seus direitos resguardados pelo poder legislativo, o qual pode ter deixado de o fazer por falta de interesse, ou mesmo falta de tempo e recursos. Mas como muitas necessidades são urgentes, a saída mais viável acaba sendo recorrer ao judiciário, que deve cumprir os deveres da decisão motivada e da inafastabilidade jurisdicional, além de contar com a assistência judiciária, como mais uma garantia de amplo acesso aos hipossuficientes.

No entanto, veja-se bem, essa atuação judicial deve ser meramente subsidiária, servir como última ratio para a proteção dos direitos fundamentais, quando os órgãos competentes se mostrarem deficientes ou insuficientes, sob pena de se ver prejudicada a democracia, ante a perda da garantia da divisão dos três poderes, já que o desequilíbrio, o excesso de poder concentrado é sempre perigoso, como uma bomba prestes a explodir.

Nesse diapasão, preciosa é a conclusão trazida por Barroso (online, p. 9-10):

> O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade.

Com isso, e diante de tudo que se procurou expor até aqui espera-se que seja possível vislumbrar a importância do poder judiciário como "guardião da Constituição" e sua viabilidade. Apesar da sombra do ativismo, a favorabilidade do protagonismo judiciário responsável a serviço do Estado Democrático de Direito (expressão utilizada por Cambi, 2012, p. 94), bem como a premência de uma reforma política que resgate a confiança e a efetividade dos órgãos representativos, de modo que todo o aparelho estatal consiga se dedicar completamente ao bem geral e felicidade de todos.

CONCLUSÕES

A difusão de ideias ao longo do tempo tem proporcionado conquistas incalculáveis quanto à relação Estado x Cidadãos. Desde a antiguidade clássica até a metade do século XX, o poder e as funções desempenhadas por ele tem sido alvo de grandes transformações a partir de célebres pensadores como Aristóteles, Montesquieu, Weber, Kelsen e tantos outros.

A limitação do poder político constitui a essência do moderno Estado Constitucional, sob o qual vive centenas de países ao redor do mundo, entre eles o Brasil, cominada com a separação de competências e cooperação dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim, o Estado é caso especial da descentralização.

Com isso, a democratização atinge, em termos garantísticos, o ápice de seus ideais, ainda que reste ainda sua real efetivação, a Constituição é quem resguarda os direitos e garantias fundamentais que dão ao povo o poder e os meios de exercer o que só a eles

pertence. Portanto, o relacionamento entre o povo, seus legitimados e seus defensores possui como garantia a lei máxima de um Estado.

No Brasil, a Constituição de 1988 trouxe, como nunca antes no sistema político brasileiro, a maior participação popular no cenário nacional, mas com isso, a população se torna mais consciente e exigente com relação aos seus direitos, e veem-se nos últimos anos diversas manifestações populares nesse sentido, bem como o aumento das demandas judicias requerendo a efetivação dos direitos encartados na lei fundamental e a efetiva justiça.

Ocorre que, nessa busca pela efetivação dos direitos, a divisão dos poderes como se conhece acaba se afetando, de modo que o poder judiciário atua atingindo as funções típicas dos demais poderes, sobrepondo-se em matérias às quais ainda não foram elucidadas, por exemplo, pelo poder legislativo.

A essa atuação por meio do qual o judiciário, supostamente vem interferindo no poder representativo, tem-se dado nomes diversos, dentre eles, juridicização, ativismo judiciário e judicialização, termo este adotado para o presente trabalho.

Verifica-se assim uma maior visibilidade e certo protagonismo em questões de grande repercussão nacional, como é o caso dos julgados pelo controle de constitucionalidade difuso, mecanismo este que foi o foco principal deste estudo, dos quais pode-se apontar a título de ilustração, a possibilidade de antecipação de parto de fetos anencéfalos e da pesquisa com células tronco embrionárias.

A questão principal é que se questiona se o poder judiciário realmente teria legitimidade para tomar tais decisões de tamanha repercussão política, uma vez ele não é um órgão democrático, representativo do povo, devidamente eleito, como o é o poder legislativo. Além disso, teme-se o risco de em se permitindo que tal quadro continue, sobrevenha uma ditadura do judiciário, que reinaria impondo sua vontade, ou a "vontade da Constituição" sobre a população. Também a oposição afirma que o "notável saber jurídico" dos magistrados por si só não seria suficiente para enfrentar a soma dos conhecimentos gerais de um órgão que tem representantes das mais diversas áreas. Inquirem-se outrossim diversas outras tópicas colocando a atuação do judiciário como um óbice à democracia.

Entretanto, importante ressaltar que o poder judiciário é o "guardião da Constituição", e à medida que esta protege a democracia, aquele está longe de procurar subvertê-la, buscando assim, na verdade, igualmente protegê-la.

Ainda que a proliferação de princípios seja outra situação a ser vista com ressalvas, é nos princípios da decisão fundamentada e da inafastabilidade da jurisdição que se encontram as melhores armas contra uma supremacia jurisdicional, uma vez que, com isso os juízes estão impedidos de impor sua própria vontade, visto não poderem agir ativamente, necessitando sempre de provocação para funcionar, e quando do exercício de suas funções, deverão sempre fundamentá-las com dispositivos legais, de modo a ratificarem o que o povo, por meio dos órgãos representativos escolheu para si.

Diante deste aspecto, nota-se que a judicialização tem suprido as lacunas deixadas pelo poder Legislativo, assim, não desequilibrando a divisão de funções, mas harmonizando-a, afinal o Estado existe, como premissa, para servir o povo, através de seus órgãos respectivos. Todavia é necessário que o poder Legislativo inove, sem temor para enfrentar temas polêmicos e indispensáveis, pois somente assim o Judiciário recorrerá à matéria legislativa concernente com os conflitos sócias que precisa resolver.

Diante de tudo isso, pode-se afirmar que a democracia e a separação dos poderes são bens dos mais importantes para a sociedade, pois, as sociedades democráticas empenham-se nos valores da tolerância, cooperação e compromisso. Afinal, para alcançar o consenso e harmonia indispensável para todos é preciso que haja consenso e compromisso. Para tanto é preciso impedir qualquer tipo de sobreposição de poderes que impliquem no desequilíbrio do Estado democrático de Direito e sempre procurar formas de utilizá-los para o bem do povo, sendo o Judiciário um agente à serviço da população, não como um mero guardião, mas, junto com os demais poderes, trabalhando com equidade e justiça, princípios enaltecidos por todos os cidadãos brasileiros.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf >. Acesso em 15/07/2013.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial:** Direito e Política no Brasil contemporâneo. Revista Jurídica da Presidência, vol. 12, n. 96, fev.-maio/2010. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf > . Acesso em

15/07/2013.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** Para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil.** Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

CAMBI, Eduardo. **Protagonismo judiciário responsável.** In: Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. n. 16 (janeiro/julho) – Jacarezinho, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 5ª edição. Livraria Almedina. Coimbra: 2002.

Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em 25/07/2013.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução: Luís Carlos Borges . São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LIMA, Jairo Néia. **Direito fundamental à inclusão social:** eficácia prestacional nas relações privadas. Juruá. Curitiba: 2012.

Marbury v. Madison case. Disponível em: <http://www.lawnix.com/cases/marbury-madison.html>. Acesso em 15/07/2013.

MAUS, Ingeborg. **Justiz als gesellschaftliche Über-Ich - Zur Funtion von Rechtsprechung in der 'vaterlosen Gesellschaft'**, *in* Werner Faulstich e Gunter Grimm (orgs.): *Sturz der Götter*. Frankfurt am Main: Suhkamp, 1989, 1a ed., p. 121-149. Tradução de Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia:** os caminhos da democracia participativa. 2ª edição. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; Molinaro, Carlos Alberto. **Democracia – Separação de Poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro.** Observatório do Direito à Saúde. Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG . Porto Alegre: 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 36ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA TELEVISIVA NA SOCIEDADE: NECESSIDADE DE REGULAÇÃO NO CASO BRASILEIRO

Paulo Henrique Borges da ROCHA[606]

Lidiane Mauricio dos REIS[607]

RESUMO

O *working-paper* apresentado tem como objetivo analisar e discutir a sociedade e as mídias de massa, com ênfase na televisão, demonstrando, a partir da diferenciação entre a massa e o público, que gera a opinião pública, a influência das mídias de massa e as características externadas pelo sujeito receptor. Devido a televisão ser um instrumento que atinge mais o emocional do que o intelectual da sociedade receptora, ela não propicia o pensamento, portanto, o sujeito pertencente a uma massa passa a ser movido pela emoção e não pela razão. A partir desta análise, enfatiza-se a necessidade de uma regulação, no sentido de evitar abusos e arbítrios no uso dos meios de comunicação em massa.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de massa; Comunicação em massa; Censura; Regulação.

ABSTRACT

The *working-paper* presented aims to analyze and discuss the society and the mass media with emphasis on television, demonstrating, from the difference between the mass and the public, which creates public opinion, the influence of mass media and characteristics externadas the subject receiver. Because television is an instrument that reaches more emotional than intellectual of the host society, it does not provide the thought, so the subject belonging to a mass starts to be moved by emotion rather than reason. From this analysis, we emphasize the need for regulation in order to prevent abuse and wills in the use of means of mass communication.

KEYWORDS: Mass society, Mass media, Censorship, Regulation.

[606] Mestrando em Direito com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Especialista em Pedagogia Jurídica pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Bacharel em Direito pela Faculdade Pitágoras Campus Divinópolis.

[607] Mestranda em Direito com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Bolsista FAPEMIG. Especialista em Ciências Penais pelo IEC - Puc Minas. Especialista em Direito Público – UNIDERP. Advogada.

INTRODUÇÃO

O *working-paper* visa realizar um estudo sobre a sociedade de massa e suas peculiaridades. Inicialmente, analisou-se as comunicações em massa, com ênfase na televisão, por ser a mídia mais utilizada e influente no Brasil. Após, o trabalho procura discutir a sociedade de massa e as mídias de massa, verificando sua influência no sujeito inserido nelas e vislumbrando se há a necessidade de uma melhor regulação da televisão no Brasil.

As relações sociais são "construídas" por meio da comunicação. A comunicação define o mundo. A sociedade baseia-se nessa comunicação e por esse motivo as alterações na forma de comunicação altera a sociedade como um todo.

Antes do advento do jornal, que foi o primeiro meio de comunicação em massa, a comunicação ocorria de forma que havia o mesmo número de pessoas expondo e recebendo as informações, debatendo elas de forma igualitária, criando um círculo de discussões. Essas pessoas levavam as discussões de um grupo para outro, gerando, com isso, a opinião pública. Já na comunicação em massa, o que ocorre é que, uma pessoa ou um pequeno grupo de pessoas falam para milhares de pessoas, sem que elas possam debater o que está sendo transmitido, criando uma massa e não a opinião pública de outrora, o que gera uma massa replicadora de opiniões e não "construtora" de opinião.

As massas são movidas pela emoção, não pela razão. Elas são unidas pela libido, sendo essa libido que as conduz. Nas massas todos se igualam, todos se assemelham, tendo elas um caráter formatador.

O sujeito pertencente a uma massa por não raciocinar com a razão, pode agir contra seus próprios interesses, indo de encontro com sua própria "natureza" de autopreservação.

Nas massas, o líder detém o prestígio, o líder detém o prestígio que lhe dá a garantia de não ser questionado, somente seguido. Nas mídias de massa não há mais a "construção" de uma opinião pública, mas sim uma transmissão da opinião do líder, que é considerado um "formador de opinião".

As palavras definem o mundo, mas elas não são neutras, nelas contém um simbolismo. Até mesmo a forma de transmitir a informação altera o significado das palavras, sendo tão importante, ou até mais, o como se transmite ao o que se transmite. As massas sofrem o efeito da sugestão, e, por meio dela, o líder envolve toda a massa em um único pensamento.

Quando a mídia de massa estereotipa certo grupo de pessoas, como os negros, as mulheres, os homoafetivos, etc., cria um pensamento que divide o mundo entre "nós" e "eles". Isso ocorre quando é dada ênfase as diferenças existentes entre os grupos. Mas se no

lugar de focar nas diferenças, for transmitido as semelhanças, essa divisão de mundo não existirá, pois haverá um pensamento onde todos são iguais mesmo sendo diferentes. Ao dividir o mundo, garante-se a manutenção do *status quo*, além de justificar todo ato cometido contra certo grupo de pessoas, pois se "eles" são diferentes, "eles" são ruins, "eles" não são humanos como "nós".

A cada dia que passa as pessoas estão mais inseridas na massa que a televisão cria, sendo necessário assistir o que passa nela para compreender as próprias experiências. Por ser um meio de comunicação tão utilizado e importante no Brasil, é certo que suas práticas devem ser reguladas.

A regulação é um problema que há anos vem sendo enfrentado no Brasil, no entanto, a resolução é dificultada pelos obstáculos inseridos pelas elites econômicas que dominam o sistema de comunicação do país. Para a garantia da liberdade de expressão, exige-se uma postura positiva do Estado, no sentido de exercer o papel atribuído constitucionalmente, evitando abusos e arbítrios no uso dos meios de comunicação em massa.

A metodologia aqui empregada é de análise de conteúdo teórico e filosófico da sociedade de massa e da comunicação em massa, que integra a nossa realidade e a nossa cultura. Não se trata de fazer um estudo meramente descritivo da realidade, mas fundamentalmente de entender e criticar a realidade jurídica que ambas estão inseridas.

Para esse trabalho foi utilizado a seguinte construção do conhecimento: primeiro foi analisado a sociedade de massa, posteriormente foi descrito a comunicação de massa, dando ênfase na televisão, para, ao final, verificar se há a necessidade de maior regulação para essa mídia.

2. SOCIEDADE DE MASSA: O SUJEITO NAS MASSAS

Com o advento da comunicação de massa, a sociedade se modificou. Antes, as informações eram passadas de uma pessoa para outra ou de um grupo para outro, com pessoalidade, por meio da fala, podendo gerar discussões. O resultado das discussões era a chamada opinião pública[608]. Após a criação do primeiro veículo de comunicação em massa, o jornal, a sociedade como um todo foi alterada[609]. Isso porque as informações começaram a serem transmitidas a milhares de pessoas ao mesmo tempo, perdendo, desta maneira, a

[608] De forma simplista pode-se considerar a opinião pública como sendo um juízo, compartilhado por inúmeras pessoas, sobre algo na esfera pública. Qualquer um dos indivíduos formadores dessa opinião pública relatará o fato de forma similar. A opinião pública é formada através da discussão, entre as pessoas, sobre um fato.

[609] A sociedade é definida pela comunicação, ao se modificar a forma de comunicar modifica-se toda a sociedade. Antes do jornal as pessoas discutiam de forma igualitária, após sua criação as informações contidas nele não abriam a possibilidade de serem discutidas.

pessoalidade e a possibilidade de discussão, criando uma falsa ideia de que com mais informação a população estaria mais bem instruída.

A sociedade atual está massificada[610]. Essa massificação, ou transformação da sociedade em uma massa, ocorre por vários motivos, sendo que um desses é a perda da pessoalidade. Hoje se tem nas indústrias uma "produção em massa"[611], nos comunicamos por meio das "mídias de massa", pensamos, consumimos, vivemos, como uma massa. Esse efeito há muito tempo já foi constatado e desde então está sendo estudado[612].

As massas não raciocinam, elas são movidas pela emoção e não pela razão, elas desejam o espetáculo. "[...] as massas funcionam mais como um gigantesco buraco negro que inflete, submete e distorce inexoravelmente todas as energias e radiações luminosas que se aproximam."[613] Ou seja, as massas absorvem tudo e neutraliza, não há uma racionalização do que está sendo absolvido. As informações absolvidas pelas massas são anuladas sem antes terem sidas analisadas criticamente, não há senso crítico nem mesmo racionalidade nas massas.

As pessoas que estão nas massas são anuladas[614]. As massas têm o caráter formatador, onde todos se assemelham. "Na massa desaparece a polaridade do um e do outro".[615] Segundo Sigmund Freud, na massa desaparece as singularidades do sujeito, o "[..] inconsciente racional vem ao primeiro plano, o heterogêneo se perde no homogêneo[...]", fazendo com que os fundamentos semelhantes, dos indivíduos componentes da massa, se torne visível.[616] Assim, todos os membros da massa se tornam um, em pensamento, agem todos da mesma forma, "emburrecendo" todos até chegarem ao mesmo patamar.[617] "Desse

---

[610] Massificação ocorre quando o sujeito não é mais uma pessoa, mas sim um número. Um indivíduo massificado ele age como um número, seguindo o líder, e é visto apenas como mais um número. Isso ocorre porque um sujeito em uma massa perde seu raciocínio crítico tornando-se simplesmente emotivo. O raciocínio crítico que define o ser humano.

[611] Produção em massa ocorre com a substituição do artesanato pela industrialização. Assim retirando a pessoalidade da produção, visando somente maior produção.

[612] No ano de 1895, LE BON escreveu seu livro: "Psicologia das Multidões", tentando explicar as multidões, antes dele já havia essa preocupação, mas ele quem trouxe o estudo mais relevante sobre a psicologia das multidões. Em 1916, TROTTER escreveu seu livro "Os institutos do rebanho na paz e na guerra", com as massas como foco, em 1920, MCDOUGALL lançou os livros: "A mente grupal" e "Uma nota sobre a sugestão", no mesmo ano, FREUD lançou o livro "Psicologia das massas e análise do eu". Esses são alguns autores que estudaram as massas, foram trazidos aqui somente como forma de exemplificar os estudiosos e mostrar que esse estudo vem de longa data.

[613] BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas:* o fim do social e o surgimento das massas. Tradução: Suely Bastos. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 14

[614] Quando é dito que as pessoas em uma massa são anuladas refere-se que sem o pensamento crítico e o raciocínio lógico que cada indivíduo pode produzir a pessoa deixa de ser um ser e passa ser somente um número. A homogeneização criada pelas massas que anula os indivíduos pertencentes a ela.

[615] BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas:* o fim do social e o surgimento das massas. Tradução: Suely Bastos. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 12

[616] FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013. p.43

[617] FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM,

modo se produz um caráter médio nos indivíduos da massa."[618] Neutralizando toda forma de pensar, o sentido das massas é a inércia. A massa é a "Caixa preta de todos os referenciais, de todos os sentidos que não admitiu, da história impossível, dos sistemas de representação inencontráveis, a massa é o que resta quando se esqueceu tudo do social".[619] As massas são formações não sociais, pois o social necessita de atuação, de interação e não de neutralidade.

"Na multidão, todo sentimento, todo ato é contagioso, e isso em grau tão elevado que o indivíduo muito facilmente sacrifica seu interesse pessoal ao interesse coletivo."[620] Essa condição é contrária a "natureza" humana, o indivíduo só age contra seus próprios interesses em favor dos interesse "coletivo", quando ele é membro de uma massa. Quando ele é membro de uma massa, a racionalidade é excluída de tal forma que ao agir por impulso, juntamente com a massa, o indivíduo é capaz de atos que o prejudique. Nas massas tudo é contagioso, as emoções cativam e contagiam são efeitos da sugestão.[621] Os indivíduos expostos a uma massa estão mais suscetíveis à sugestão, isso pelo fato de não agirem com racionalidade nem com sensu crítico, mas apenas com a emoção. O sujeito em uma massa "[...] não tem mais consciência de seus atos"[622]

A opinião pública sempre foi criada através da discussão entre as pessoas sobre um fato ocorrido. Essa opinião pública é importante, pois é ela que ilustra o pensamento coletivo, mostrando os desejos e as preocupações da população. "Na IMAGEM PADRÃO do poder e decisão, nenhuma força é considerada mais importante do que o Grande Público [...]. Longe de ser apenas mais um controle, esse público é tido como base de todo o poder legítimo."[623] Assim, todas as importantes decisões, oficiais ou particulares tomadas levam em consideração esse público, justificando as ações como sendo para o bem estar desse público, utilizando-o como blindagem, como desculpa, "[...] todas as proclamações formais são feitas em seu nome"[624]. O público gera a opinião pública, diferente da massa. Mills explica público e massa da seguinte maneira:

2013. p.43

[618] FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013. p.43

[619] BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas:* o fim do social e o surgimento das massas. Tradução: Suely Bastos. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 12

[620] FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013. p.45

[621] FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 45

[622] FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 46

[623] MILLS, C. Wright. *A elite do poder*. Tradução: Waltensir Dutra. 2ª ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p. 350

[624]MILLS, C. Wright. *A elite do poder*. Tradução: Waltensir Dutra. 2ª ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p. 350

> Num *público*, como podemos entender a expressão, 1) praticamente o mesmo número de pessoas expressa e recebe opiniões. 2) A comunicação pública é organizada de tal modo que há a possibilidade imediata e efetiva de responder a qualquer opinião expressa em público. A opinião formada por essa discussão 3) prontamente encontra uma saída na ação efetiva, mesmo contra – se necessário – o sistema de autoridade predominante. E 4) as instituições de autoridade não penetram no público, eu é mais ou menos autônomo em suas operações. [...]
>
> No extremo oposto, na *massa*, 1) o número de pessoas que expressam opiniões é muito menor que o número de pessoas para recebe-las, pois a comunidade de públicos se transforma numa coleção abstrata de indivíduos que recebem impressões através de veículos de comunicação em massa, 2) As comunicações que predominam são tão organizadas que é difícil ou impossível ao indivíduo responder imediatamente, ou com qualquer eficiência. [...] A massa não tem autonomia em relação às instituições – pelo contrário, os agentes de instituições autorizadas nela penetram, reduzindo-lhe a independência que possa ter na formação da opinião pela discussão.[625]

O público se auto-organiza de forma que crie um ambiente propício para o debate, ao contrário do que ocorre na massa, onde a organização é para a propagação de ideias e não discussão sobre elas. No público é gerada, através do debate, a opinião pública, já nas massas o que ocorre é a propagação da opinião dos "formadores de opinião". Sendo assim, o público goza de autonomia, pois todos os integrantes desse público tem a possibilidade de responder diretamente a uma informação ou opinião proferida em um debate, já na massa, não há essa autonomia, por sua estrutura ser formada de forma a repelir essa possibilidade de embate entre ideias, há somente o desejo de propagar ideias e não discuti-las nas massas.[626]

Uma peculiaridade é que, quando se qualifica massas, ou seja, quando se diz massas de trabalhadores ou as massas de camponeses de outrora, por exemplo, está incorrendo em um

---

[625] MILLS, C. Wright. *A elite do poder*. Tradução: Waltensir Dutra. 2ª ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p. 356

[626] O público e a massa podem ser distinguidos mais facilmente pelos seus modos predominantes de comunicação: numa comunidade de públicos, a discussão é o meio de comunicação fundamental, e os veículos de comunicação em massa, quando existem, apenas ampliam e animam a discussão, ligando um "*público primário*" com as discussões de outro. Numa sociedade de massa, o tipo de comunicação dominante é o veículo formal, e os públicos se tornam apenas simples *mercados desses veículos*: expostos que são ao conteúdo dos veículos de comunicações em massa. (MILLS, 1968, p. 356-357).

erro, pois as massas não são nem sujeito nem objeto. Desta maneira, as massas não podem definir um grupo, as massas não definem nada.

> Querer especificar o termo massa é justamente um contra-senso – é procurar um sentido no que não o tem. [...], só se comportam como massa aqueles que estão liberados de suas obrigações simbólicas, "anulados" (presos nas infinitas "redes") e destinados a serem apenas o inumerável terminal dos mesmos modelos, que não chegam a integrá-los e que finalmente só os apresentam como resíduo estatístico. A massa é sem atributo, sem predicado, sem qualidade, sem referência. Ai está sua definição, ou sua indefinição radical. Ela não tem "realidade" sociológica.[627] (Grifos nossos).

As massas não são algo que se possa evitar, ou mesmo anular. Na verdade, as massas não são algo, mas momentos. Ninguém consegue seguir a racionalidade a todo o momento, haverá momentos que agirá como massa. Na realidade, a maior parte do tempo as pessoas agem como massa.

> Um antagonismo profundo, que obriga a uma inversão de todos os cenários aceitos: o sentido não seria mais a linha de força ideal de nossas sociedades, sendo o que escapa apenas um resíduo destinado a ser reabsorvido qualquer dia – ao contrário, é o sentido que é somente um acidente ambíguo e sem prolongamentos, um efeito devido à convergência ideal de um espaço perspectivo num momento dado (a História, o Poder, etc.), mas que na realidade nunca disse respeito senão a uma fração mínima e a uma camada superficial de nossa "sociedade". E isso também é verdadeiro para os indivíduos: nós somos apenas episodicamente condutores de sentido, no essencial e em profundidade nós *nos comportamos como massa*, vivendo a maior parte do tempo num modo pânico ou aleatório, aquém ou além do sentido.[628]

A sociedade de massa não tem como ponto principal o sentido, o sentido deixa de ser a força ideal. O sentido torna-se algo secundário que escapa da sociedade, que pode reabsorvê-lo a qualquer momento. O sentido ocorre episodicamente a uma fração

---

[627] BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas:* o fim do social e o surgimento das massas. Tradução: Suely Bastos. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 11-12

[628] BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas:* o fim do social e o surgimento das massas. Tradução: Suely Bastos. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 15-16

insignificante da sociedade, não sendo ele relevante para as ações da massa. A massa age com a emoção do momento, não com a razão, agindo somente por impulso. Um indivíduo quando está em uma massa "sua afetividade se intensifica extraordinariamente e sua capacidade intelectual se limita de maneira notável, [...]".[629] Isso ocorre pelo fato de que o indivíduo em uma massa não racionaliza suas ações, ele age emotivamente.

Segundo Freud as massas se mantém unidas pelo libido[630]. "A essência da formação das massas consiste em ligações libidinosas de um novo tipo entre seus membros."[631] O afeto é primordial para a formação e a manutenção de uma massa.

As características principais de um indivíduo integrante de uma massa são:

> Desaparecimento da personalidade inconsciente, orientação dos pensamentos e dos sentimentos na mesma direção por meio da sugestão e do contágio, tendência à execução imediata das ideias sugeridas. O indivíduo não é mais ele mesmo; tornou-se um autômato desprovido de vontade.[632]

Ao perder sua vontade própria, o sujeito se torna mero número a mercê da vontade de outrem. Nas massas ocorre "[...] a sugestão mútua dos indivíduos e o prestígio dos líderes".[633] Esse é um dos complicadores quando se trabalha com a comunicação de massa. O problema é que a comunicação de massa cria uma massa, seja ela, de telespectadores, leitores ou ouvintes, mas a massa criada não tem a sugestão mútua dos indivíduos, isso porque não há um contato direto entre eles, nem mesmo entre o indivíduo e o meio de comunicação. Dessa maneira, sobra apenas o prestígio dos líderes, prestígio esse que é gerado pela libido. Assim, somente os líderes irão utilizar a sugestão na massa, criando uma massa que apenas replica o que seu líder diz, o que ocorre devido a ausência de racionalidade do indivíduo na massa.

As massas são movidas pela emoção. Quando as comunicações de massa, além de comunicar, se preocupam em entreter, cria uma confusão no indivíduo. As massas querem a ilusão. Esse entretenimento cria empatia, gerando uma "voz" nas massas. Essa "voz" é vista na figura do líder que será seguido a qualquer preço. "Além disso, a massa está sujeita ao

---

[629] FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 69

[630] Libido para Freud significa amor. Todo e qualquer tipo de amos é a libido.

[631] FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 96.

[632] FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 47.

[633] FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 70.

poder verdadeiramente mágico das palavras, que podem provocar na sua psique as mais terríveis tempestades e também acalma-las."[634]

As comunicações de massa utilizam-se do prestígio[635] para atingir a massa. Após atingí-la, utilizam da sugestão para fazer a massa agir no sentido que ela desejar. Esse prestígio está ligado à libido. Prestígio pode ser considerado uma forma de domínio, quando se tem prestígio domina quem o prestigia.

As massas não raciocinam, não têm consciência, não têm senso crítico, seguem seus líderes sem os confrontar. Isso se torna um problema quando se trata de comunicação de massa, pois se os líderes dessa massa chegar a um prestígio grande o suficiente para que suas palavras sejam reproduzidas sem nenhum questionamento ele torna-se "autoritário", mas se isso não ocorre ele utiliza da manipulação como forma de propagar as suas ideias.

A televisão, sendo o meio de comunicação em massa mais utilizado na sociedade brasileira atual, será o foco desse estudo.

3. COMUNICAÇÃO EM MASSA: E A DEFINIÇÃO DE MUNDO

Atualmente existem várias formas de comunicação em massa, como a televisão, o rádio, os jornais impressos e online, as redes sociais, os blogs, entre outros, cada uma dessas formas de comunicação em massa tem suas peculiaridades. A escolha pela televisão, para tratar sobre o assunto abordado neste artigo, foi feita pelo fato de a televisão ser o meio de comunicação em massa mais utilizado no Estado brasileiro.

No Brasil, os canais de televisão são "concessões públicas", mas essa é apenas uma nomenclatura utilizada. Isso porque:

> [...] no Brasil, concessão de televisão, mesmo que se chama concessão – o dispositivo jurídico-administrativo típico da prestação de serviços públicos – não é de serviço público. Concessão no Brasil não contém obrigações de universalização, nem de continuidade [...] Concessão de televisão no Brasil é, esdruxulamente, um serviço privado, deixado pelo Estado à mercê do funcionamento dos mercados [...]

---

[634] FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 53.

[635] "O prestígio é uma espécie de domínio que um indivíduo, uma obra ou uma idéia exerce sobre nós. Ele paralisa toda a nossa capacidade crítica e nos enche de assombro e de respeito. Ele seria capaz de produzir um sentimento semelhante ao da fascinação na hipnose." (Freud, 2013, p. 56)

> [...] o papel da televisão é informar, e formar, a cidadania, e não desinformar, e deformar, consumidores.[636]

Ao não normatizar de forma adequada as concessões de televisão, deixa as emissoras a mercê do mercado, não atingindo os objetivos de uma comunicação. Não é somente informar, mas deve ser informado de forma isenta, ou ao menos de forma clara (deixando clara a ideologia empregada pela emissora), não podendo ser aceito formas de manipulação executadas por meio da sugestão. Quando as emissoras ficam a bel prazer do mercado, elas são utilizadas para a formação de mercado consumidor, seja de produtos, ideologias ou qualquer outro tipo de consumo.

Há a teoria utópica sobre a comunicação de massa, que diz que "a verdadeira função de um Estado Democrático deve ser "ética", "educativa", de "impulso histórico", de "elevação intelectual e moral das massas"".[637] Utópica por não haver essa possibilidade, pelo fato de que as massas não tem um raciocínio crítico, apenas emocional. Baudrillard, como já mencionado anteriormente, explica que nas massas tudo se neutraliza, sendo impossível utilizar qualquer forma de comunicação de massa para elevar o intelecto e a moral das massas, basicamente porque esse intelecto e essa moral são inexistentes nas massas.

Freud explica que a palavra tem muita influência nas massas, sendo mais importante a forma que a informação é transmitida do que a própria informação. "As massas nunca conheceram a sede da verdade".[638] Elas necessitam de ilusão, ilusão essa irrenunciável por elas. Nas massas, o irreal tem mais influência que o real, as massas tendem a não distinguir o real do irreal.[639] Essa necessidade das massas deve ser levada em consideração, por esse motivo elas são facilmente influenciadas.[640]

A televisão utiliza a imagem e a palavra, isso traz mais prestígio à informação transmitida pelo líder. O problema é que, tanto a imagem quanto a palavra, podem ser

---

[636] SCORALICK, Kelly. *A representação das minorias marginalizadas no telejornalismo.* Revista de Ciências Humanas, vol. 9, nº 2, Jul/Dez. Viçosa/MG, 2009. Disponível em: <http://www.cch.ufv.br/revista/pdfs/artigo2vol9-2.pdf>. Acesso em: 10 de jul. de 2013. p. 200.

[637] SEMERARO, Giovanni. *Da sociedade de massa à sociedade civil:* A concepção da subjetividade em Gramsci. Revista Educação & Sociedade, ano XX, nº 66, Abril, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v20n66/v20n66a3.pdf>. Acesso em: 10 de jul. de 2013. p. 70.

[638] FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 54

[639] FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013. p. 54

[640] A massa é extraordinariamente influenciável e crédula; é desprovida de crítica; para ela, o improvável não existe. Ela pensa por imagens que se evocam associativamente umas às outras, tal como ocorre ao indivíduo nos estados do livre fantasiar, e nenhuma instância razoável afere sua correspondência com a realidade. Os sentimentos da massa são sempre muito simples e muito exagerados. Assim, a massa não conhece nem a dúvida nem a incerteza. (Freud, 2013, p. 50)

rearranjadas de forma a transparecer para o grande público[641] o que, os transmissores da informação desejarem. Orlandi explica que "a linguagem não é transparente, não é neutra. Carregada de um simbolismo, através dela nos confortamos com o mundo, com os outros sujeitos, com os sentidos e com a história contribuindo, com o nosso pensamento e ação, para reproduzi-los ou transforma-los."[642] Lacan ensina que o sujeito é formado através da convivência com os outros sujeitos. Ou seja, a formação da pessoa é diretamente influenciada pelas pessoas com quem ela convive. As experiências do sujeito influenciam na construção do seu "self"[643]. A televisão por não apenas informar, mas também, entreter seus telespectadores, cria uma "ponte" ao mostrar realidades cotidianas mesmo que estereotipadas, influenciando diretamente na construção e reconhecimento que as pessoas têm delas mesmas. Essa "ponte" criada pela televisão gera uma ligação libidinosa forte, gerando prestígio para a emissora com a massa, que se identifica com as representações, mesmo que exageradas, da vida cotidiana.

A televisão de uma forma geral tem como objetivos "[...] formar mentalidades, construir valores e narrar a realidade à sua maneira, interferindo na construção de identidades"[644]. A televisão, assim como os demais meios de comunicação, definem a realidade, não apenas a reproduz. Os efeitos da comunicação nas massas são gerados não pelo conteúdo da informação, mas sim pela forma com que esse conteúdo é repassado. "[...] A forma como a informação nos é repassada pode servir como quebra ou manutenção do estereótipo a determinado grupo social ali representado"[645]. A televisão nem sempre faz uma conexão entre a informação transmitida por ela e o cotidiano de seus telespectadores. Essa conexão ocorre somente quando a emissora entende como necessária[646], desperdiçando a possibilidade de promover uma reflexão crítica sobre o mundo e seus acontecimentos. A televisão não apenas forma a identidade do sujeito da massa, mas também forma a

---

[641] Grande público nesse trabalho quer significa o público que forma a opinião pública é utilizado à definição de Mills como forma de facilitar o estudo.

[642] ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de discurso: princípios e procedimentos.* Campinas: Pontes, 1999. p. 15

[643] Self para Lacan significa a forma como o sujeito de vê.

[644] SCORALICK, Kelly. *A representação das minorias marginalizadas no telejornalismo.* Revista de Ciências Humanas, vol. 9, nº 2, Jul/Dez. Viçosa/MG, 2009. Disponível em: <http://www.cch.ufv.br/revista/pdfs/artigo2vol9-2.pdf>. Acesso em: 10 de jul. de 2013. p. 192

[645] SCORALICK, Kelly. *A representação das minorias marginalizadas no telejornalismo.* Revista de Ciências Humanas, vol. 9, nº 2, Jul/Dez. Viçosa/MG, 2009. Disponível em: <http://www.cch.ufv.br/revista/pdfs/artigo2vol9-2.pdf>. Acesso em: 10 de jul. de 2013. p. 199

[646] Os meios de comunicação proporcionam muitas informações e notícias sobre o que ocorre no mundo, mas nem sempre permitem ao ouvinte ou espectador ligar sua vida quotidiana com esses acontecimentos maiores. Não ligam a informação que proporcionam sobre as questões públicas com os problemas experimentados pelo indivíduo. Não aumentam a percepção racional das tensões nem as do indivíduo, nem as da sociedade que se refletem no indivíduo. Pelo contrário, distraem e obscurecem sua oportunidade de compreender-se ou compreender seu mundo, atraindo sua atenção para excitações artificiais que se resolvem dentro da moldura do programa, usualmente pela ação violenta ou por aquilo que chamam de humor. (MILLS, 1968, p. 368)

identificação sobre os demais sujeitos, formando a concepção de mundo dos sujeitos da massa.

Quando a televisão reafirma os estereótipos, está priorizando as diferenças entre as pessoas ou grupo no lugar de suas igualdades. As pessoas tendem a reconhecer seus pares, rejeitando os diferentes. Ao reafirmar estereótipos, a televisão os consolida ainda mais, podendo gerar uma "opressão", onde o olhar da maioria é exaltado em detrimento do olhar dos "outros", ou seja, das minorias. Isso pode trazer à tona a ideia que a maioria é boa e que a minoria é ruim. Esse processo cria uma divisão do "mundo" entre "nós x eles"[647], onde "eles" são os "bárbaros" capazes de fazerem as maiores barbaridades, "eles" são ruins, desqualificados, marginais, enquanto "nós" somos os bons, os bonitos, os civilizados. Essa divisão estimula a exclusão e a televisão, por ser o meio de comunicação mais utilizado no Brasil, deveria minimizar essas diferenças e não as amplificar. Essa minimização ou ampliação dos estereótipos é feita de forma discricionária, a depender da ideologia da emissora e o que ela deseja passar para as massas. Por ser uma concessão pública, as emissoras de televisão deveriam a todo o momento combater as nomeações, aproximando as pessoas ao mostrar as igualdades entre elas, e não suas diferenças. "Combater as nomeações, a sacralização de determinados nomes, significa defender a democracia, o pluralismo, significa o reconhecimento de um sujeito que não ignora os particulares, mas que ultrapasse este [...]"[648].

Quando há a nomeação de grupos ou pessoas, com o intuito de mostrar suas diferenças, pode iniciar um processo de exclusão. "Esse processo de exclusão extrai das pessoas seus direitos à cidadania simplesmente por pertencerem a uma determinada classe ou grupo social."[649] Essa exclusão ocorre de forma irracional pela reação em massa. As massas procuram a verdade da forma mais fácil e rápida possível e por esse motivo aceitam as verdades impostas ou transmitidas pelos meios de comunicação sem as confrontar e, nem

---

[647] José Luiz Quadros de Magalhães explica a teoria Nós x Eles, como sendo a coisificação do outro. Diz ele que: "Porque o espanhol, português, inglês, holandês, francês, enfim, porque o invasor europeu condenava as práticas bárbaras ou selvagens a partir de um humanismo cristão e não era capaz de enxergar sua própria barbárie. Primeiro devemos lembrar que o que fundamenta a lógica "nós x eles", sobre a qual se constrói a modernidade, é o "fato" de que "eles" não são iguais a "nós". "Eles" não têm alma ou são animalizados ou coisificados. Segundo, existe sim, um espelho, mas este espelho é um espelho de narciso: mostra apenas o que queremos enxergar, ou seja, "nossa" superioridade, "nossa" enorme beleza. Trata-se de um espelho que não revela, mas encobre. Este é um dispositivo perigoso, pois, quando denunciamos a falta do espelho, quando afirmamos que este "nós" comete as "selvagerias" ou "barbáries", "nós" retruca mostrando o espelho de narciso: "veja, não há nada de mal aqui", ou ainda, "o mal que há não é de nossa responsabilidade, a responsabilidade é deles que recebemos tão bem em nossa terra"."(MAGALHÃES, 2012, p. 27-28)

[648] MAGALHÃES, José Luiz, Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional moderno.* Curitiba: Juruá, 2012. p. 35

[649] SCORALICK, Kelly. *A representação das minorias marginalizadas no telejornalismo.* Revista de Ciências Humanas, vol. 9, nº 2, Jul/Dez. Viçosa/MG, 2009. Disponível em: <http://www.cch.ufv.br/revista/pdfs/artigo2vol9-2.pdf>. Acesso em: 10 de jul. de 2013. p. 194

mesmo, refletir. “Aceitar opiniões tal como são colocadas é conseguir o bom sentimento sólido de estar certo sem ter de pensar.”[650] Isso é procurado pela massa que não quer a realidade, deseja apenas uma interpretação, mesmo que irreal, de mundo. A televisão tem muita influência na sociedade, pois essa é gerada de forma discursiva. Atualmente, os meios de comunicação, principalmente a televisão, dão ao homem da massa identidade, aspirações, técnica e fuga[651]. Ou seja, a televisão diz para o homem da massa quem ele é, o que ele deseja ser, como chegar a seus desejos e como esse sujeito deve se sentir quando estiver quase chegando a seus objetivos, criando assim “um pseudomundo, inventado e mantido por esses meios.”[652]

Dividir o “mundo” entre “nós” os bons e “eles” os maus é uma forma de garantir a continuidade do *status quo*. Essa divisão possibilita, e até em certa medida justifica, a exclusão ou a inclusão. Quando não se enxerga o “outro” como igual, não deseja-se saber o que o levou a tal ato, ou o porquê há a diferença. Apenas se aceita ou não o outro de forma irracional. Determinar que é ou não aceito “é uma forma de demarcar fronteiras, de classificar o sujeito e de normatizar. A normatização é uma forma sutil de manifestação do poder e de hierarquização das identidades e das diferenças.”[653] , o que gera a falsa ideia de que há pessoas superiores e inferiores. A televisão deveria ser um mecanismo integrador, mostrando que todos são iguais, mesmo havendo diferenças, e não o contrário.

Diante da influência e importância que a televisão tem atualmente no Brasil, se faz necessário uma legislação que regule as emissoras. Se for deixado ao bel prazer do mercado, o sujeito de massa estará muito vulnerável a se influenciar com o que se passa na televisão. Por esse motivo será vislumbrado no próximo título as possibilidades de regulação.

---

[650] MILLS, C. Wright. *A elite do poder*. Tradução: Waltensir Dutra. 2ª ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p. 366

[651] Muito pouco do que julgamos saber da realidade social do mundo foi verificado diretamente. A maioria dos “quadros mentais” que temos são produtos desses meios de comunicação – a tal ponto, que muitas vezes não acreditamos realmente no que vemos à nossa frente, enquanto não lemos a respeito no jornal ou ouvimos no rádio. Os meios de comunicação não nos proporcionam apenas a informação – orientam nossas experiências mesmas. Nossos padrões de credulidade tendem a ser realidade, determinados por eles, e não pela nossa experiência pessoal fragmentária.
Assim, mesmo que o indivíduo tenha uma experiência direta, pessoal, dos acontecimentos, esta não será realmente direta e pessoal: está organizada em padrões e estereótipos. É necessário um longo preparo para eliminar esses estereótipos e para que a pessoa veja as coisas puramente, de forma não-estereotipada. [...]
[...] Habitualmente, esse conhecimento direto não é aceito quando perturba fidelidades e crenças que o indivíduo já tenha. Para ser aceito, ele tem de reconfortar ou justificar os sentimentos que constituem as características básicas de sua fidelidade ideológica. (MILLS, 1968, p. 365)

[652] MILLS, C. Wright. *A elite do poder*. Tradução: Waltensir Dutra. 2ª ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968. p. 368

[653] SCORALICK, Kelly. *A representação das minorias marginalizadas no telejornalismo.* Revista de Ciências Humanas, vol. 9, nº 2, Jul/Dez. Viçosa/MG, 2009. Disponível em: <http://www.cch.ufv.br/revista/pdfs/artigo2vol9-2.pdf>. Acesso em: 10 de julho de 2013. p. 194

4. EMISSORAS DE TELEVISÃO: A NECESSIDADES DE REGULAÇÃO

Rogério Faria Tavares assevera que no Brasil as normas que tratam da comunicação social não encontram-se reunidas em um código específico, pelo contrário, encontram-se dispersas por todo o ordenamento, com graus diferentes de abrangência[654]. "Apesar de se reconhecer que a legislação brasileira ao logo das décadas apresentou avanços, ainda é enorme o espaço de manobras políticas envolvendo a comunicação social no Brasil"[655]. A promulgação da Constituição Federal implantou novas diretrizes para o setor, mas "os principais artigos da Constituição Federal relativos a comunicação social permanecem sem regulamentação"[656].

"Esta confusão jurídica e o caráter ultrapassado de nossa legislação acabaram por concretizar uma situação de vazio regulatório"[657]. A ausência de um conjunto normativo coeso autoriza a difusão de mesmas opiniões, bloqueando, como consequência, os pensamentos diferentes.

A necessidade de se criar uma norma jurídica para regulamentar as práticas das emissoras de televisão, e assim, democratizá-la, é um problema que há anos é apresentado no Brasil, dificultado pelos obstáculos inseridos principalmente pelas elites econômicas que dominam o sistema de comunicação do país.

Atualmente, para facilitar as discussões, fala-se da implementação de uma auto-regulação pelas emissores, que teriam a autonomia para se controlar e se auto-fiscalizarem. No entanto, nenhuma medida expressiva foi efetivada. "O que se observa é quem nem os empresários, nem os políticos, nem a sociedade civil organizada, nem os intelectuais e tampouco as instâncias de regulação/regulamentação sabem ao certo o que fazer (...)[658]".

Apesar da regulação dos meios de comunicação já existir em várias democracias do mundo, a temerosidade de uma devida regulamentação no Brasil ampara-se na difusão da ideia de que a regulamentação gera censura, por controlar e impedir a liberdade de expressão, bem como a circulação de informação. É um reflexo da recente democracia brasileira.

---

[654] TAVARES, Rogério Faria. *A lei e os programas policialescos*. Disponível em <www.eticanatv.org.br>. acesso em 1 de jul. de 2013. p. 1.
[655] PIERANTI, Octavio Penna. "Políticas para a mídia: dos militares ao governo Lula". Lua Nova, 68 (2006), p. 109.
[656] BARBOSA, Bia e MODÉ, Giovanna. *A sociedade ocupa a TV: O caso Direito de Resposta e controle público da mídia*. São Paulo: Intervozes, 2007, p. 312.
[657] SOUZA, Guilherme Canela. *Comunicação no Brasil: da confusão legal à necessidade de regular*, trabalho apresentado ao NP 10 – Políticas e Estratégias de Comunicação, do IV Encontro dos Núcleos de Pesquisa da Intercom, 2004, p. 10.
[658] REBOUÇAS, Edgar. "Lobby nas políticas e estratégias de comunicações: a movimentação dos atores sociais no Brasil e no Canadá", p. 11.

> Alexandre Ditzel Faraco argumenta que não se pode entender que qualquer iniciativa de regular o conteúdo leve necessariamente à censura. Para o autor, "o fato de algum nível de controle poder ser encontrado em países com tradição democrática muito maior do que o Brasil (...) já seria suficiente para demonstrar isso. Por outro lado, no caso brasileiro, é a própria Constituição Federal, de inegável caráter democrático, que estabelece a exigência de a programação de rádio e televisão observar certos conteúdos, ao mesmo tempo em que veda a censura[659].

Para o ministro das comunicações, a regulação da mídia é necessária, respeitando os limites da Constituição Federal, que estabelece no art. 220, por exemplo, a vedação da censura, bem como o controle de conteúdo, resaltando que a regulação não é fácil e não pode ser votada a "toque de caixa"[660].

É atribuição do Ministério das Comunicações monitorar o conteúdo da programação das emissoras concessionárias, contudo, por falta de suporte legal, a função não tem sido exercida. Neste sentido, o controle do conteúdo no Brasil ocorre apenas no âmbito de classificação indicativa, considerando o grau de violência, cenas de sexo, dentre outros elementos.

Para a garantia da liberdade de expressão, exige-se uma postura positiva do Estado, no sentido de exercer o papel atribuído constitucionalmente, evitando abusos e arbítrios no uso dos meios de comunicação em massa.

Diante deste quadro, o que se verifica que no Brasil a televisão é utilizada para manter hegemonias, em especial no campo político, que concentra um número significativo dos detentores de concessão da televisão para a sua exploração.

A televisão é o instrumento que atinge mais o emocional do que o intelectual da sociedade receptora, não propiciando o pensamento. Atingindo mais o lado emocional do que racional, a sociedade é atingida, passivamente, por informações que não são devidamente processadas. A manipulação produzida pelo sensacionalismo da mídia retira o olhar crítico do receptor.

---

[659] FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e internet*. Tese de livre docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2007, p. 196.

[660] Disponível em <http://oglobo.globo.com/tecnologia/paulo-bernardo-defende-regulacao-da-midia-mas-sem-censura-8200035>. acesso em 18 de jul. de 2013.

> As emoções fortes criadas pela imagem são sentidas pelo telespectador. O sujeito não fica do lado de fora da notícia, mas a integra. A mensagem cativa o receptor, levando-o a uma fuga do cotidiano, ainda que de forma passageira. Esse mundo-imaginação é envolvente e o leitor ou telespectador se tornam inertes, incapazes de criar uma barreira contra os sentimentos, incapazes de discernir o que é real do que é sensacional[661].

Por ser um meio de comunicação em massa, a televisão infiltra em todos os níveis sociais, econômicos e intelectuais, e o telespectador torna-se vulnerável ao conteúdo ideológico vendido.

Neste sentido, é certo que deve existir a menor regulação possível, considerando que a intervenção do poder público gerará um aumento ou diminuição de lucros. A ausência de regulamentação por parte do Estado culmina na adoção de critério exclusivamente econômico para a propriedade dos meios de comunicação em massa. Em um sistema democrático os representantes eleitos não podem sucumbir os interesses outros.

CONCLUSÃO

Por tratar de um *working-paper* não há a pretensão de finalizar a discussão sobre o assunto, na verdade o que se deseja é amplia-la, sendo, esse, o primeiro trabalho sobre o tema.

Busca-se com os elementos teóricos aventados, não propor uma solução para os problemas apresentados pelas mídias de massa, em especial a televisão, na sociedade de massa, mas sim, mostrar que a regulação se faz necessária devido a evidente influência no sujeito inserido nesta sociedade.

Salienta-se que a mídia televisiva é o meio de comunicação mais importante e utilizado no Brasil, em que um grupo reduzido de pessoas transmite, sem possibilidade de debate, o conteúdo programado, que é reproduzido pela massa receptora de opinião.

Devido a massa ser movida pela emoção, sem considerar a razão, a efetividade do sujeito receptor aflora-se, limitando sua capacidade intelectual e reduzindo o senso crítico, a ponto de permitir o prestígio e o domínio do discurso dos líderes da massa, sem nenhum questionamento.

O que se verifica atualmente é que a televisão brasileira é utilizada para manter hegemonias tanto no campo político como econômico, e o Estado permanece inerte, mantendo um quadro regulatório vigente a anos e inaplicável em um estado democrático.

---

[661] VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

Enfim, espera-se que esse esboço teórico sirva de fundamento, mas principalmente, de ponto de partida para compreensão da relevância da mídia televisiva para a efetivação da democracia contemporânea, em que o poder público deve estabelecer mecanismos de controle para afastar os resultados negativos que o sensacionalismo da mídia causa a sociedade massificada, considerando que quanto maior o poder de um determinado setor, maior a necessidade de regulação por parte da sociedade. Sendo responsabilidade do Estado resguardar o melhor interesse de seus cidadãos.

REFERÊNCIAS

BAUDRILLARD, Jean. *À sombra das maiorias silenciosas:* o fim do social e o surgimento das massas. Tradução: Suely Bastos. São Paulo: Brasiliense, 2004;

BARBOSA, Bia e MODÉ, Giovanna. *A sociedade ocupa a TV:* O caso Direito de Resposta e controle público da mídia. São Paulo: Intervozes, 2007

FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação – rádio, televisão e internet*. Tese de livre docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2007

FREUD, Sigmund. *Psicologia das massas e análise do eu.* Tradução: Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2013;

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O estado plurinacional e o direito internacional moderno.* Curitiba: Juruá, 2012;

MILLS, C. Wright. *A elite do poder*. Tradução: Waltensir Dutra. 2. ed., Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968;

ORLANDI, Eni Puccinelli. *Análise de discurso:* princípios e procedimentos. Campinas: Pontes, 1999;

PIERANTI, Octavio Penna. *Políticas para a mídia:* dos militares ao governo Lula. Lua Nova, 68 (2006):

REBOUÇAS, Edgard. *Lobby nas políticas e estratégias de comunicações:* a movimentação dos atores sociais no Brasil e no Canadá. XXVII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – Intercom. Porto Alegre, Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2004.

SCORALICK, Kelly. *A representação das minorias marginalizadas no telejornalismo.* Revista de Ciências Humanas, Viçosa, v. 9, n. 2, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://www.cch.ufv.br/revista/pdfs/artigo2vol9-2.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013;

SEMERARO, Giovanni. *Da sociedade de massa à sociedade civil:* A concepção da subjetividade em Gramsci. Revista Educação & Sociedade, ano XX, n. 66, abril 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v20n66/v20n66a3.pdf>. Acesso em: 10 jul. de 2013.

SOUZA, Guilherme Canela. *Comunicação no Brasil:* da confusão legal à necessidade de regular. trabalho apresentado ao NP 10 – Políticas e Estratégias de Comunicação, do IV Encontro dos Núcleos de Pesquisa da Intercom, 2004.

TAVARES, Rogério Faria. *A lei e os programas policialescos*. Disponível em <www.eticanatv.org.br>. Acesso em 1 de jul. de 2013.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo Penal e Mídia*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

INCAPACIDADE E LIMITES DE LIBERDADE E DE INCLUSÃO SOCIAL POR MEIO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BCP/LOAS)

Paulo Takayuki TAMURA[662]

RESUMO

A incapacidade é um conceito equívoco, presente em vários ramos do direito com diferentes significados. Foram condensados conceitos normativos existentes no sistema normativo. Analisamos alguns pontos conflitantes entre proteção e restrição de direitos dos incapazes, assim como o seu sistema de tutela jurisdicional. Percebeu-se a distância entre os apontamentos legais e a realidade vivenciada diariamente. Em parte, pela pouca preocupação com o outro, numa resposta civilizatória precária e inconsistente da própria comunidade com os ditames do Estado Democrático de Direito. Enfrentamos também o paradoxo do Benefício de Prestação Continuada, que faz ao mesmo tempo a inclusão e a exclusão social, esta decorrente os limites ao exercício laboral dos deficientes, limitando seu direito social ao trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: incapacidade, proteção e restrição de Direitos, Benefícios de Prestação Continuada, exclusão do direito ao trabalho.

ABSTRACT

The disability is a misconception present in various branches of law with different meanings. We condensed the normative concepts in the existing regulatory system. We analyze some conflicting points between protection and restriction of rights of the disabled, as well its judicial protection system. It was noticed the distance between law and the reality experienced daily. In part, the little concern for the other, a poor and inconsistent response from the community to the dictates of the Rule of Law. We also face the paradox from the continued

[662] Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-FUNDINOPI) Jacarezinho/Pr. Professor assistente da graduação de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) - Jacarezinho/Pr. Mestrando (Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da UENP). Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Gama Filho. Médico Graduado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Perito Médico (Associação Nacional dos Médicos Peritos). E-mail: paulo.tamura@ig.com.br

provision benefit which makes at the same time, the inclusion and exclusion of rights, limiting the possibility of employment as well their social work rights.

KEYWORDS: disability protection and restriction of rights, benefit of continued provision, exclusion of the right to work.

INTRODUÇÃO

O estudo sobre a incapacidade inicia-se com a percepção da dificuldade de especificação do objeto. Verifica-se a confusão de conceitos entre incapacidade e deficiência. Portanto, a análise da incapacidade como fator de exclusão traz à tona a necessidade da definição do objeto do estudo, identificando-o entre as várias espécies, entre elas aquelas presentes no Código Civil, Previdenciário, Trabalhista cada qual trazendo peculiaridades relacionadas às fontes de origem.

Nessa esteira, a pesquisa coloca em primeiro plano o art. 3º do Código civil, mas sem esquecer as repercussões e peculiaridade dos demais ramos do direito em relação às suas próprias sistematizações de "incapacidades", em especial o estudo da exclusão/inclusão decorrente do Benefício de Prestação Continuada pela Assistência Social.

São evidenciadas as características pouco estudadas da incapacidade, como por exemplo, a exclusão decorrente da dualidade proteção/restrição de direitos. Foi analisada a relação entre proteção e restrição de direitos dos incapazes em especial sob foco do Juiz, do Ministério Público e com o exemplo mais detalhado do Benefício de Prestação Continuada do Direito Previdenciário.

Percebe-se que a consciência social, no entanto, permanece ainda letárgica, persistindo as velhas ideias marginalizantes e excludentes, perpetuando-se a exclusão, mas que lentamente vem acordando para a necessidade de olhar com mais respeito e corrigir as injustiças. Efeito que deve ser corrigido veementemente na afirmação do Estado Democrático de Direito e principalmente na defesa dos princípios fundamentais constitucionais, pilares da nossa construção jurídica.

1. INCAPACIDADE

Inicialmente é necessário a identificação do objeto, já que os diversos ramos do direito entendem e tratam seus incapazes sob foco de suas matizes. Podemos citar entre os exemplos, o Direito Previdenciário, que tratam dos incapazes principalmente na concessão do benefício de prestação continuada (BCP), e nas espécies E-31 e E-91 dos benefícios previdenciários por doença e acidentários, lembramos ainda a incapacidade laboral e o nexo epidemiológico do Direito do Trabalho e em analogia, os inimputáveis ou semi-imputáveis do Direito Penal.

Nessa esteira, é mister entender quem é o incapacitado, suas características, seus limites. Sem essa análise torna-se imprudente qualquer formação de opinião sobre o assunto, que ficaria suspensa num tecnicismo diletante, muitas vezes distante da *práxis* concreta. Muito se escreve sobre a inclusão das pessoas com deficiências, porém pouco é anotado sobre qual exatamente é a deficiência de que se trata. Existem múltiplos tipos de deficiência, nas mais diversas áreas de atuação do homem. Mas sobre qual exatamente é o tipo e limites da deficiência a que se refere, muitas vezes os autores silenciam; o que dificulta a aplicação dos entendimentos e pesquisas, pois confundem-se os casos em estudo.

Destarte a existência dessa pluralidade de definições e tipologias da incapacidade, fixamos como o foco da nossa pesquisa os arts. 3º e 4º do Código Civil, a incapacidade absoluta e relativa, os portadores de enfermidade ou deficiência mental, que não tem o necessário discernimento para a prática desses atos. "Encontra-se nessa situação a pessoa a quem falte capacidade de fato ou de exercício, ou seja, que esteja impossibilitada de manifestar real e juridicamente a sua vontade." (GAGLIANO, p. 96, 2003). Entretanto serão renovadamente anotadas relações com outras incapacidades, como a laboral, a relativa, já que de difícil separação estanque, importantes também no processo de inclusão social conjunto.

É preciso diferenciar a incapacidade de exercício, da incapacidade de direito. "No direito brasileiro não existe incapacidade de direito, porque todos se tornam, ao nascer, capazes de adquirir direitos (CC, art. 1.º). Existe, portanto, somente incapacidade de fato ou de exercício. Incapacidade, portanto, é a restrição legal ao exercício de atos da vida civil. E pode ser de duas espécies: absoluta ou relativa." (GONÇALVES, p. 36, 2003)

Necessário se faz lembrar do grau de incapacidade. Nenhum deficiente é igual a outro. Existem os incapacitados limitados em funções fisiológicas e neurológicas em grau que impedem qualquer controle de suas decisões, mas também uma grande variação em intensidade e sequelas de uma mesma doença. Por exemplo, num acidente vascular cerebral

isquêmico (AVCI), à princípio incapacitante, mas que na realidade necessita de uma melhor avaliação, pois o grau de restrição pode ser desde inexistente até totalmente incapacitante, dependendo da área e extensão da lesão isquêmica. "Essas incapacidades decorrem ou da idade imatura ou de uma deficiência física ou mental determinada. Basicamente poder-se-ia dizer que a diferença entre incapacidade absoluta e a relativa é de grau apenas." (RODRIGUES, p.40, 2003)

> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. (BRASIL, Código Civil, 2002)

A incapacidade relativa além da definição etária do art. 4º, I, os ébrios habituais, viciados em tóxicos, discernimento reduzido. "Baseado em posição fundada em subsídios mais recentes da ciência médico-psiquiátrica, o novo Código Civil alarga os casos de incapacidade relativa decorrente de causa permanente ou transitória." (DINIZ,p.155, 2003) Em relação ao inciso III, excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, entende-se que serão estabelecidos por perícia médica. "Estabeleceu-se, assim, uma gradação para a debilidade mental: quando privar totalmente o amental do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, acarretará a incapacidade absoluta (art. 3.º, II); quando, porém, causar apenas a sua redução, acarretará a incapacidade relativa." (GONÇALVES, p. 42 2003).

Os princípios fundamentais que resguardam os direitos dos deficientes e, portanto, dos incapacitados, estão presentes em diversos artigos da Carta Magna, direta e indiretamente, assim como referência, o artigo 1º, II (cidadania), III (dignidade humana), art. 3º, I (sociedade livre, justa e solidária), III (erradicação da pobreza e marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais), IV (promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação), art. 7º, XXXI (proibição de discriminação em relação ao salário e critérios de admissão do trabalhador

portador de deficiência), art. 23, II (cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência), art. 24 (competência para a legislação sobre a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência), art. 37, VIII (percentual de cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência), art. 203, IV (habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária), V (garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei), art. 208, III (atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino), art. 227, § 1º, II (criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação).

A incapacidade é fator de exclusão principalmente em decorrência das limitações decorrentes do quadro físico ou psiquiátrico fonte do quadro excludente. A existência de numerosas patologias faz desse fato gerador uma multiplicidade de quadros clínicos, que dificultam uma padronização que facilitasse uma sistematização simples. Para a pesquisa atual, a multiplicidade terminológica será restringida com a utilização de parâmetros normativos na definição de incapacidade da Lei nº 3.298/99, art. 3º.

Dessa forma consideramos deficiência toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano. A deficiência permanente por sua vez é aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos.

Incapacidade é caracterizada como uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida. O Decreto 3.298/99, que regulamenta a Lei 7.853/89 e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência trouxe importantes subsídios conceituais:

> Art. 3o Para os efeitos deste Decreto, considera-se: I - deficiência - toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; II - deficiência permanente - aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; III - incapacidade - uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida. (BRASIL, Lei nº 3.298/99)

Em relação aos conceitos previdenciários, a definição de incapacidade para fins de Benefício de Prestação Continuada foi recentemente alterada pela lei 12.470/11. O texto que vinculava o benefício à capacidade de trabalho e a impossibilidade de vida independente, já descaracterizada pela súmula n. 29 da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais foi sepultada com os novos conceitos de funcionalidade e participação decorrentes Resolução OMS 54.21/01.

> Art. 20, § 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, LEI Nº 8.742/93, alterado pela lei nº 12.470/11)

Entre as limitações do BCP-LOAS, está o limite de renda capita familiar conforme anotado em seu parágrafo § 3º, considerando-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. A restrição limita significativamente a abrangência do benefício, além da impossibilidade de acúmulo de outro exercício laboral, à exceção do trabalho de aprendiz no

máximo por 2 anos. Desta forma restringindo muito a liberdade do exercício laboral, e a satisfação e inclusão social decorrente das relações do trabalho.

> § 2o A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício. (BRASIL, LEI Nº 8.742/93, alterado pela lei nº 12.470/11)

Importante ressaltar a nova perspectiva de análise de incapacidade e deficiência anotada na Portaria Conjunta MDS/INSS Nº1/11 baseado na Resolução OMS 54.21/01 que aponta conceitos importantes de Deficiências, Incapacidade, Participação e Funcionalidade:

> Deficiências: problemas nas funções ou nas estruturas do corpo, tais como, um desvio importante ou uma perda; Incapacidade: termo genérico envolvendo deficiências nas funções ou nas estruturas do corpo, limitação de atividades e restrição da participação, indicando os aspectos negativos da interação entre um indivíduo e os fatores ambientais e pessoais. Participação: envolvimento de um indivíduo numa situação de vida real e corresponde à perspectiva social da funcionalidade; Funcionalidade: funções, estruturas do corpo, atividades e participação, indicando os aspectos positivos da interação entre um indivíduo e os fatores ambientais e pessoais (BRASIL, Portaria Conjunta MDS/INSS Nº1/11).

Essas novas perspectivas da avaliação de incapacidades são novas ferramentas à disposição e já implementadas na análise dos pedidos via administrativas dos Benefícios de Prestação Continuada (BPC), que atualmente são feitas conjuntamente entre a Assistência Social e a Perícia Médica Previdenciária por meio do sistema SIBE utilizando ferramentas de funcionalidades.

2. EXCLUSÃO SOCIAL

Umas das mais perceptíveis formas de exclusão é proporcionada pela própria sociedade em segregar o estranho, o outro. De forma análoga ao Direito Penal, há uma

"rotulação" do estranho, daquele que foge à curva do considerado normal. Paradoxalmente, algumas formas de exclusão são originadas pelo próprio sistema jurisdicional, em geral na tentativa de proteção. Exemplo é a retenção de dinheiro e bens dos incapazes por decisão do juiz sem respaldo legal, antepondo-se à titularidade dos pais, "determinar-se que o dinheiro pertencente ao incapaz seja retido sem lei clara e expressa é ferir mortalmente a Constituição federal. A retenção de bem de qualquer pessoa somente poderá ocorrer quando prevista clara e expressamente em lei." (SOUZA, p. 34, 2006). Leciona ainda o mesmo autor:

> Além de não constar de texto de lei expresso, ainda que constasse seria a lei inconstitucional, pois feriria o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, que não permite a restrição de bens sem o devido processo legal (no caso, sem processo algum), é violar a norma constitucional, no que tem de mais puro, que são os princípios da livre administração e disposição dos bens, do devido processo legal, e ainda do direito à alimentação, educação e saúde [...] não só a inconstitucionalidade e ilegalidade da medida, mas, pior que tudo isto, a imoralidade, eis que retira alimento da boca do incapaz indefeso, para entregar o dinheiro em depósito a banco, que dele se utilizará, para todo o tipo de ágio, sem retribuição equivalente. Os direitos à privacidade e à administração dos bens familiares são integrantes do grande grupo dos direitos humanos e contrariá-los é o mesmo que contrariar também as garantias asseguradas pela Constituição Federal, dos direitos humanos (SOUZA, p. 34, 2006)

Vários são os dispositivos legais positivados em defesa dos deficientes, porém, a realidade concreta da práxis diária contradiz este argumento. A principal mudança, a da própria sociedade, não é alcançada. Uma dessas características é a da "rotulação" do incapaz como um "peso" à sociedade e não como um cidadão com necessidades especiais, que requerem por direito a tutela tanto do Estado como de toda a comunidade.

Interessante é a intervenção do Ministério Público, de acordo com o art. 82 do CPC, ou seja, nas causas em que o incapaz é parte. Não há controvérsia nos casos em que há a coincidência de interesses entre o público e o do incapaz. Imagine-se, no entanto, uma divergência de interesses tutelados pelo Ministério Público. Nesse caso, na existência hipotética de conflito entre o interesse público e o do incapaz é possível, neste caso específico, a possibilidade do incapaz não ter a garantia da proteção em analogia à atuação de defensor, contra si a outra parte, seu advogado e o próprio órgão do Ministério Público.

> A atuação do Ministério Público não está subordinada aos interesses dos incapazes, sendo que não se pode falar em nulidade quando a manifestação do Parquet é contrária aos interesses dos menores, pois o seu dever é manifestar-se segundo o direito" (Apelação n. 848878-8, rel. Paulo Roberto de Santana, Revista dos Tribunais, 807/266).

Nessa esteira, as proposições doutrinárias apontam três caminhos mais comuns para o exercício da função do Ministério Público. A primeira de maior tutela dos direitos do incapaz, considerando-se que nessa tutela está o interesse público primeiro. A segunda versão é a da distinção indiferente entre os interesses, prevalecendo o interesse público, inclusivo com a ideação de recorrer das hipotéticas sentenças favoráveis aos incapazes e contrários ao interesse público, e a terceira com uma percepção intermediária entre as primeiras.

3. O BCP/LOAS COMO FATOR DE INCLUSÃO E EXCLUSÃO SOCIAL

O benefício de prestação continuada (BPC/LOAS) é um benefício da Assistência Social, operacionalizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), representados pelas E87 e E88 (espécies), às pessoas de 65 anos ou mais e aquelas que apresentam alguma deficiência ou incapacidade que limite a sua possibilidade garantir a subsistência; além do requisito de renda per capita familiar de 1/4 do salário mínimo.

Segundo o boletim estatístico gerencial do INSS, no mês de março de 2013, do total de 30.489.621 benefícios previdenciários concedidos, alcançando o valor total de R$ 26.537.087.166,81; os benefícios de prestação continuada (BCP/LOAS) representam 3.848.869 benefícios, num total de R$ 2.602.717.910,12, Os números representativos apontam na correção de um desvio decorrente do processo de crescimento desordenado e da concentração de riqueza pátrio. No entanto, a atuação do Estado, por meio de suas medidas normativas restritivas à manutenção do benefício traz também efeitos contrários. É o que se observa no benefício de prestação continuada (BPC).

Em primeiro lugar, os limites de renda per capta exigidos, são estreitos e limitados, não alcançando os limites de miserabilidade para justificar o benefício. O valor de 1/4 do salário mínimo per capita não se sustenta em análise concreta do custo de vida hodierno. Em segundo, o que mais salta aos olhos: a limitação imposta ao exercício laboral daqueles que

portadores de deficiência, que apresentam redução da capacidade laborativa para a plena satisfação de suas necessidades, não podem à partir do recebimento do benefício, de exercer atividades laborais.

Desta forma, conseguindo o benefício, excluído está a possibilidade laboral, já que há incompatibilidade entre estes dois valores, com uma pequena exceção representado pelos aprendizes por um período máximo de 2 anos.

> Art. 21-A. O benefício de prestação continuada será suspenso pelo órgão concedente quando a pessoa com deficiência exercer atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual. (Incluído pela Lei nº 12.470, de 2011). § 2o A contratação de pessoa com deficiência como aprendiz não acarreta a suspensão do benefício de prestação continuada, limitado a 2 (dois) anos o recebimento concomitante da remuneração e do benefício. (BRASIL, Lei nº 8.742/93)

Os limites ao exercício laboral, no entanto, permanecem como óbices ao pleno desenvolvimento e inclusão social do deficiente. Não se pode definir o trabalho apenas como o meio de sobrevivência, de recursos financeiros, mas também a realização de cunho íntimo e social do deficiente, que muitas vezes se sente realizado contribuindo de alguma forma com a sociedade, haja vista, os exemplos dos portadores de síndrome de Down, que muitas vezes conseguem exercer uma função laboral e ter um grau de independência que colaboram em muito com a sua integração dentro da sociedade.

A restrição imposta aos beneficiários do BCP/LOAS também impactam na oferta de mão de obra disponível para o cumprimento de metas de porcentagem de portadores de deficiência nas empresas definidas no artigo 93 da Lei 8.213/91:empresas com até 200 empregados 2%; de 201 a 500: 3%; de 501 a 1000: 4%; acima de 1001:5%. O sequestro de grande parcela dos portadores de deficiência para o benefício sem a possibilidade de ingressar no sistema produtivo, traz como consequência a quase inexistência de trabalhadores que possam permitir que empregadores preencham as respectivas quotas.

Dessa forma, enfatizamos que a impossibilidade de trabalho daqueles que são portadores de deficiência e que são agraciados com o BCP/LOAS representa sim um limitador e ao mesmo tempo um fator de inclusão e de exclusão social, paradoxalmente. Acreditamos

que uma política de benefício que melhor atenda a essa demanda é necessária, por exemplo, numa perspectiva de direito a benefício de caráter social e securitário pela redução da capacidade laboral concreta.

4. PROMOÇÃO DA INCLUSÃO SOCIAL

A inclusão social é tema recorrente do legislador, no entanto, permanece o eterno descompasso entre as expectativas e a concretização destes direitos. A necessidade de um processo educacional coletivo e de aceitação dos ditames constitucionais para com o outro é fator essencial para a eficácia pretendida. As normas mostram-se insuficientes nesse sentido para o processo de inclusão dos incapacitados/deficientes. Diversos dispositivos vêm sendo editados nesse sentido há décadas.

Nesse sentido, a isenção dos impostos de importação de veículos especiais para o uso exclusivo de paraplégicos ou de pessoas portadoras de defeitos físicos, sem similar nacional (Lei nº 4.613/65), a pensão especial aos portadores da "Síndrome da Talidomida (Lei nº 7.070/82), a isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados para automóveis para pessoas portadoras de deficiência física (Lei nº 8.989/95).

O legislador ordinário indicou também por meio da Lei nº 7.853/89 a responsabilidade do Poder Público em relação aos portadores de deficiência, cabendo à ele e seus órgãos assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico, além de disciplinar a atuação do Ministério Público na defesa de seus direitos.

O Decreto nº 3.298/99 regulamentou a lei nº 7.853/89, dispondo sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolidando as normas de proteção e assegurando o pleno exercício dos direitos individuais e sociais das pessoas portadoras de deficiência. O art. 3º aponta para a classificação de deficiência, deficiência permanente e incapacidade, o art. 4º [663]especifica os casos de deficiência. A proposta aponta à

[663] Decreto nº 3.298/99 - Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

ação conjunta do Estado e a sociedade civil, para assegurar a plena integração da pessoa portadora de deficiência no contexto sócio-econômico e cultural, além de estabelecer instrumentos legais e operacionais para a concretização desta finalidade.

Com a finalidade de inserção dos deficientes , dependentes químicos, de acompanhamento psiquiátrico permanente, e outros grupos marginalizados, por meio do trabalho, a Lei nº 9.867/99 incentivou a constituição das Cooperativas Sociais, com intuito de reinserção social.

A proteção aos portadores de transtornos mentais e o modelo assistencial em saúde mental foi tratada na Lei nº 10.216/001, reafirmando a responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família.

Os egressos de internações decorrentes de doença mental, foram alentados com o auxílio reabilitação psicossocial pela Lei nº 10.708/03, programa de ressocialização "De Volta Para Casa", coordenado pelo Ministério da Saúde.

A língua brasileira de sinais (Líbras), ou seja, a forma de comunicação, visual-motora, com estrutura gramatical própria, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil foi reconhecida pela Lei nº 10.436/02 garantido pelo poder público e empresas concessionárias de serviços públicos, devendo ser incluídos nos cursos de formação especial, pelo sistema educacional federal, estaduais e municiais e do Distrito Federal.

O decreto nº 3.691/00, regulamenta a Lei nº 8.899/94, dispondo sobre o transporte de pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual, este por sua vez, concede passe livre aos portadores de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual.

O decreto nº 3.956/01 promulga a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência. Esta

---

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60^{o}; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

convenção[664] reafirma os direitos dos deficientes, da não discriminação, da dignidade e igualdade. Faz-se a definição de deficiência, significando uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social. Os objetivos são a prevenção e eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e a sua plena integração à sociedade. Nesse sentido os Estados Partes tem o compromisso de implementar medidas para eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração dos deficientes, por meio de acesso aos bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, o transporte, as comunicações, a habitação, o lazer, a educação, o esporte, o acesso à justiça e aos serviços policiais e as atividades políticas e de administração, definidos no decreto nº 3.956/01.

O Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) é aprovado pelo decreto nº 7.037/09. Entre suas diretrizes, a valorização da pessoa humana como sujeito central do processo de desenvolvimento, garantia dos Direitos Humanos de forma universal, indivisível e interdependente, assegurando a cidadania plena, garantia da igualdade na diversidade, educação não formal como espaço de defesa e promoção dos Direitos Humano, direito à Memória e à Verdade, entre outros.

A prioridade no atendimento e acessibilidade dos deficientes[665] ou com mobilidade reduzida entre outros, incluindo as pessoas com idade igual ou superior a sessenta anos,

---

[664] Tendo presente o Convênio sobre a Readaptação Profissional e o Emprego de Pessoas Inválidas da Organização Internacional do Trabalho (Convênio 159); a Declaração dos Direitos do Retardado Mental (AG.26/2856, de 20 de dezembro de 1971); a Declaração das Nações Unidas dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (Resolução nº 3447, de 9 de dezembro de 1975); o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas (Resolução 37/52, de 3 de dezembro de 1982); o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador" (1988); os Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental (AG.46/119, de 17 de dezembro de 1991); a Declaração de Caracas da Organização Pan-Americana da Saúde; a resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no Continente Americano [AG/RES.1249 (XXIII-O/93)]; as Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência (AG.48/96, de 20 de dezembro de 1993); a Declaração de Manágua, de 20 de dezembro de 1993; a Declaração de Viena e Programa de Ação aprovados pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, das Nações Unidas (157/93); a resolução sobre a situação das pessoas portadoras de deficiência no Hemisfério Americano [AG/RES. 1356 (XXV-O/95)] e o Compromisso do Panamá com as Pessoas Portadoras de Deficiência no Continente Americano [AG/RES. 1369 (XXVI-O/96)]; e Comprometidos a eliminar a discriminação, em todas suas formas e manifestações, contra as pessoas portadoras de deficiência(Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência,

[665]Decreto nº 5.296/04, art. 5º, I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei no 10.690, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias: a) deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de

gestantes, lactantes e pessoas com criança de colo, é anotada no decreto nº 5.296/04, que regulamenta as leis nº 10.048/00, e 10.098/00, ou seja, os órgãos da administração pública direta, indireta e fundacional, as empresas prestadoras de serviços públicos e as instituições financeiras deverão dispensar atendimento prioritário às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Entre os itens de acessibilidade, podem ser citados aqueles contidos no artigo 6º do referido decreto:

> Art. 6º O atendimento prioritário compreende tratamento diferenciado e atendimento imediato às pessoas de que trata o art. 5º. § 1º O tratamento diferenciado inclui, dentre outros: I - assentos de uso preferencial sinalizados, espaços e instalações acessíveis; II - mobiliário de recepção e atendimento obrigatoriamente adaptado à altura e à condição física de pessoas em cadeira de rodas, conforme estabelecido nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT; III - serviços de atendimento para pessoas com deficiência auditiva, prestado por intérpretes ou pessoas capacitadas em Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS e no trato com aquelas que não se comuniquem em LIBRAS, e para pessoas surdocegas, prestado por guias-intérpretes ou pessoas capacitadas neste tipo de atendimento; IV - pessoal capacitado para prestar atendimento às pessoas com deficiência visual, mental e múltipla, bem como às pessoas idosas;V - disponibilidade de área especial para embarque e desembarque de pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;VI - sinalização ambiental para orientação das pessoas referidas no art. 5o; VII - divulgação, em lugar visível, do direito de atendimento prioritário das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida; VIII - admissão de entrada e permanência de cão-guia ou cão-guia de acompanhamento junto de pessoa portadora de deficiência ou de treinador nos locais dispostos no caput do art. 5o, bem como nas demais edificações de uso público e naquelas de uso coletivo, mediante apresentação da carteira de

---

funções; b) deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz; c) deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60o; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; d) deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: 1. comunicação; 2. cuidado pessoal; 3. habilidades sociais; 4. utilização dos recursos da comunidade; 5. saúde e segurança; 6. habilidades acadêmicas; 7. lazer; e 8. trabalho; e) deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências; e II - pessoa com mobilidade reduzida, aquela que, não se enquadrando no conceito de pessoa portadora de deficiência, tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentar-se, permanente ou temporariamente, gerando redução efetiva da mobilidade, flexibilidade, coordenação motora e percepção.

vacina atualizada do animal; e IX - a existência de local de atendimento específico para as pessoas referidas no art. 5º. (BRASIL, Decreto nº 5.296/04)

As normas tem importante função doutrinária, indicando os limites e a obrigatoriedade da proteção do incapaz. Permanece porém distante da realidade perceptível nas ruas e na pouca importância que a própria comunidade dá a estes importantes marcos contra a marginalização e exclusão dos incapazes e deficientes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incapacidade tem definições normativas que facilitam a identificação de seu objeto. Porém permanecem entendimentos equívocos determinados pelos objetivos das definições nos diversos ramos do direito. Em síntese encontram-se no núcleo, os incapazes do art. 3º do Código Civil. Também chamados de excluídos dos excluídos, mantém como característica principal o comprometimento da vontade, ou da expressão da vontade. A evolução conceitual se alinha às novas interpretações decorrentes da Organização Mundial de Saúde e o conceito de funcionalidade, participação e efetiva participação social dos deficientes. Esta nova percepção das deficiências em plano concreto, participativo trarão maior possibilidade de inclusão social, à exemplo da nova metodologia de análise administrativa do Benefício de Prestação Continuada pela Previdência Social.

A necessidade de tutela por parte do Estado em relação aos incapazes, pode trazer como efeito adverso, a possibilidade de restrição de direitos, causando paradoxalmente uma exclusão não percebida. Exemplo é a retenção de valores pelo juízo até a maioridade, sem lei que a defina. Outra fragilidade é a defesa parcial pelo órgão do Ministério Público frente a uma divergência de interesse entre o público e o do incapaz em caso de não coincidência de valores. A própria proteção da assistência social é falha ao impedir o exercício laboral dos beneficiários, reduzindo as probabilidades de retorno ou ao exercício do trabalho, que traz indubitáveis benefícios de satisfação e realização.

Os limites laborais decorrentes do Benefício de Prestação Continuada (BCP/LOAS) deixam claro, fatores de exclusão em benefício assistencial de nítido caráter social. Não se pode menosprezar o desejo de muitos deficientes, que apesar das limitações impostas pelo destino ao seu desempenho, de quererem contribuir com a sociedade, de forma produtiva e

integrada. Neste caso há a necessidade urgente de ampliação da possibilidade de trabalho, não limitado apenas aos aprendizes em período menor que dois anos, mas que permita o desenvolvimento global do deficiente que queira exercer o direito social ao trabalho.

Não se descura da importância da inclusão social dos incapazes, deficientes, conforme se extrai das normas mencionadas. Permanece inerte ainda o espírito comunitário de respeito e sentimento de alteridade. A inserção social ainda não se concretiza, as diretivas normativas de saúde, educação, formação profissional, acessibilidade, comunicação, permanecem apenas como vitrine política eleitoreira, sem a necessária implementação de medidas eficazes de inserção. Não há possibilidade de inserção na sociedade sem a cultura do respeito ao próximo. Inexiste inclusão profissional sem a necessária educação e profissionalização em funções compatíveis com as deficiências, e assim cumprir as porcentagens reguladas por lei. Não se pode saber a extensão e realidade dos deficientes sem uma metodologia de pesquisa com verossimilhança que sequer quantifique seriamente a quantidade e qualidade dos nossos deficientes. O caminho é extenso conforme verificamos, mas cuja superação é fator crucial para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e terra, 2000.

BONAVIDES, Samia Saad Gallottii. *Direitos fundamentais e flexibilização dos procedimentos no processo jurisdicional*. In: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andréa Bulgakov; BRITO, Fernando de (org). Direitos fundamentais revisitados. 1ª ed. 1º reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

BONESSO, Allaymer Ronaldo. *Manual de licitação e contrato administrativo*. Curitiba: Juruá, 2009.

BREGA FILHO. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*: Conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais*. In: KLOCK, Andrea Bulgakov; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; ALVES, Fernando de Brito. Direitos fundamentais revisitados. 1. ed., 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

DAWALIBI, Marcelo. *Ação civil pública, escolhas políticas e litigiosidade*. In: MILARÉ, Edis. A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: teoria geral do direito civil. 20. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*: parte geral. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIACÓIA, Gilberto. *Justiça e dignidade.* Revista Jurídica Argumenta. Revista do programa de mestrado em ciência jurídica da Fundinopi, n. 2, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil*: parte geral. Sinopses Jurídicas. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. *As constituições brasileiras*: direitos fundamentais e cidadania. IN: KLOCK, Andrea Bulgakov; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; ALVES, Fernando de Brito. Direitos fundamentais revisitados. 1. ed., 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

MEDINA, Leila Regina Diogo Gonçalves. *A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira*. In: KLOCK, Andrea Bulgakov (org). Direitos fundamentais revisitados. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

SOUZA, Gelson Amaro de. *A falta de prova e a falsa coisa julgada*. Revista dialética de direito processual (RDDP) nº 93/dezembro 2010. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

SOUZA, Gelson Amaro de; SOUZA FILHO, Gelson Amaro de. *Prevalência do Juízo incompetente sobre o Juízo competente*. Revista dialética de direito processual (RDDP) nº 115/outubro 2012. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

SOUZA, Gelson Amaro de. *Direitos humanos e processo civil*. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em ciência Jurídica, da FUNDINOPI/Centro de Pesquisa e Pós-Graduação (CPEPG). Conselho de Pesquisa e Pós graduação (CONPESQ). Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. n.5, Jacarezinho, 2005.

VASCONCELLOS, Mércia Miranda. *Proteção internacional dos direitos humanos na realidade latino-americana*. Curitiba:Juruá, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Do objeto litigioso das ações coletivas*: cuidados necessários para sua correta fixação. In: MILARÉ, Edis. A ação civil pública após 25 anos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

A ASSUNÇÃO DO MONOPÓLIO DA JUSTIÇA PELO ESTADO E O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

Flávio Sergio Vaz PRADO[666]

RESUMO

Muitas das funções institucionais do Estado têm sido constantemente relegadas a segundo plano em função do aparente esgotamento da máquina orçamentária, fenômeno este explicado pelo princípio da reserva do possível, onde diante das necessidades ilimitadas do ser humano existe sempre uma possibilidade limitada do Estado em fazer frente. Políticas públicas ligadas à saúde, educação, lazer, assistência social, cultura, têm sido atingidas pela falência das reservas orçamentárias do Estado, não sendo raras as vezes em que os administradores se socorrem da teoria da reserva do possível para justificar o não atendimento de tais reclamos sociais. Sendo assim, quando devidamente justificada a situação de esgotamento orçamentário, determinadas políticas públicas são passíveis de atenuação, conduzindo muitas decisões no sentido da necessidade de atendimento ao mínimo essencial em respeito ao princípio da dignidade humana. Todavia, a função jurisdicional, cuja atividade foi assumida sob a forma de monopólio pelo Estado, não pode sofrer tais efeitos, eis que salvo as raras exceções permissivas, fica vedado ao homem o fazer justiça pelas próprias mãos, obrigando-se, portanto, a sujeitar-se às vontades e burocracias estatais. Um dos fenômenos que mais tem demonstrado a falência do Estado na sua tarefa de distribuir a jurisdição é justamente o atraso, morosidade, e até paralisação das demandas nos Tribunais, gerando um enorme acúmulo de processos relegados aos acervos, aguardando o andamento. É inegável que tal situação, por si só, possui o condão de gerar no cidadão uma sensação de completo distanciamento e mesmo descrença na justiça, fazendo crer injusta a própria justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Monopólio da justiça, reserva do possível, políticas públicas, dignidade humana.

ABSTRACT

Many of the institutional functions of the state have been consistently relegated to the background due to the apparent depletion of budget machine, a phenomenon explained by the

[666] Universidade Estadual do Norte do Paraná - Direito Jacarezinho.fs.prado@htmail.com

principle of reservation possible, where before the unlimited needs of the human being there is always a possibility of limited State tackle . Public policies related to health, education, recreation, social welfare, culture, have been affected by the bankruptcy of the state budget reserves, there are rare times that administrators rely upon the theory of the possible reserves to justify noncompliance with such social demands. Thus, when properly justified the state of exhaustion budget, certain policies are subject to attenuation, leading many decisions on the need for compliance to the essential principle of respect for human dignity. However, the judicial function, whose activity was assumed in the form of monopoly by the state, can not suffer such effects, behold, except for rare exceptions permissive, is inaccessible to do justice with their own hands, forcing himself therefore submit to the wills and state bureaucracies. One of the phenomena that has most demonstrated state failure in its task of distributing the jurisdiction is precisely the delay, delays, and even paralysis of the claims in the courts, creating a huge backlog relegated to the archives, awaiting progress. It is undeniable that this situation alone, has the power to generate the citizen a sense of complete detachment and even disbelief in justice, making believe unjust justice itself.

KEYWORDS: Monopoly of justice, booking possible, public policy, human dignity.

INTRODUÇÃO

Para o melhor entendimento faremos a divisão da figura Estado em Estado Administração e Estado Justiça, entendido aquele como o ente maior encarregado de gerir toda a seara de responsabilidades assumidas frente aos administrados e este como o ente criado pelo próprio Estado Administração, encarregado da tarefa da jurisdição, incluindo-se todos os órgãos e instituições cujas funções se dirigem ao fim precípuo de laborar a serviço da justiça para a resolução dos conflitos de interesse, seja a Magistratura, o Ministério Público, a Advocacia, a Polícia Judiciária, Conselhos Tutelares, Defensorias,...

- Estado Administração (todas as demais obrigações assumidas pelo Estado em face dos administrados)
- Estado Justiça (integra o Estado Administração e se destina a apenas as atribuições envolvidas na tarefa de dizer o direito, de distribuir a jurisdição)

Ante tal quadro, ao tratarmos do monopólio assumido pelo Estado frente à função jurisdicional, estaremos nos referindo à atuação do Estado Justiça e todo o aparato que

gravita a seu redor em sua função institucional de dizer o direito e cumprir com a tarefa assumida em razão do monopólio da justiça.

Parece-nos, pois, que fica patente a todos que se debruçam a estudar a tarefa jurisdicional, que a distribuição da justiça não está afeita tão somente ao Poder Judiciário, integrado por seus serventuários e estrutura própria, mas também a todas aquelas atividades que gravitam em torno deste poder, tais como as desenvolvidas pelo Ministério Público, Defensorias, Polícias, Advocacia...

Sendo assim, mais do que vivificar novos direitos, cabe ao Estado Administração encarar o desafio de fortalecer suas colunas no que tange ao Estado Justiça, como uma tarefa monopolizada de distribuir jurisdição, assumindo efetivamente o fato de que não está dando guarida às pretensões resistidas dos administrados e que o Estado Justiça está em ruínas, desacreditado e segurando uma cuia nas mãos para com as migalhas que lhe caem da mesa do Estado Administração, conduzir sua função.

1. O MONOPÓLIO DA JUSTIÇA

O Estado assumiu o monopólio da função de dizer o direito e aplicá-lo, impedindo os cidadãos de fazerem justiça pelas próprias mãos, salvo exceções expressamente delineadas na legislação, criando para tanto todo um paradigma de gestão dos conflitos, caracterizado principalmente pela completa submissão do cidadão a todo seu sistema de regras e alegorias.

Esse grande pacto firmado pela sociedade com o Estado foi na firme convicção de que a tarefa seria cumprida e que os cidadãos não seriam desamparados em seus reclamos quando do surgimento do conflito de interesses, sob pena de completa balbúrdia.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (FERREIRA FILHO, 2006, p.4) é enfático:

> O pacto social, para estabelecer a vida em sociedade de seres humanos naturalmente livres e dotados de direitos, há de definir os limites que os pactuantes consentem em aceitar para esses direitos. A vida em sociedade exige o sacrifício que é a limitação do exercício dos direitos naturais . não podem todos ao mesmo tempo exercer todos os seus direitos naturais sem que daí advenha a balbúrdia, o conflito.

Interessante notar que o Estado assume o monopólio da jurisdição justamente com o fito primordial de pacificar as relações sociais e resolver os conflitos de interesse. Todavia, deixando de aplicar a máxima efetividade no aparato do Estado Justiça, acaba, contraditoriamente, guinando justamente para a promoção dos conflitos em razão da descrença no próprio Estado.

Conforme frisado, salvo as exceções previstas no próprio ordenamento, o cidadão deve buscar no Estado sua proteção valendo-se dos meios que lhe são colocados à disposição, deve esperar no Estado o atendimento de seus reclamos inatendidos, deve sujeitar-se a suas regras e sistemas de organização e funcionamento, ainda que as demandas acumulem-se nos acervos em verdadeiras montanhas de autos de processo, tão somente à espera de um julgamento.

Ocorre que ao assumir o monopólio da justiça, assumiu também o ônus decorrente da necessária estruturação da máquina encarregada de todo o aparato justiça, em todos os aspectos, em todas as necessidades de aludida máquina, dando ao Estado Justiça toda a estrutura necessária para o desenvolvimento de suas atividades.

Enquanto em várias das atividades assumidas pelo Estado vem ocorrendo a cessão, terceirização, e conseqüente participação efetiva da iniciativa privada, beirando ao um neoprivatismo, no caso do Estado Justiça e sua função jurisdição, resolução de conflitos via judicial, tal fenômeno não ocorre ante o monopólio assumido constitucionalmente.

De modo que salvo raras hipóteses de desforço imediato e autorização para que os cidadãos transijam sobre seus direitos sem a interferência do Estado, o monopólio da jurisdição é ponto pacífico, não existindo possibilidade, portanto, pelos meios legais, do cidadão abrir mão da jurisdição estatal e construir para sua coletividade um universo paralelo de justiça.

Como exemplos gritantes de tais distorções podemos citar a deficiência da estrutura física dos fóruns, cadeias, penitenciárias, delegacias de polícia; baixos salários de servidores da justiça; ausência de concursos para superação do déficit de pessoal em todas as instituições ligadas ao Estado Justiça; falta de viaturas, falta de combustível, falta de investimentos em tecnologia de dados; computadores ultrapassados; pilhas de autos de processos acumulando-se em locais inadequados; falta de investimentos em formação e aperfeiçoamento de pessoal; atrasos na prestação efetiva da jurisdição em razão da ausência de pessoal...

Porém, o exemplo do que ocorre com as demais políticas públicas cujo não atendimento pode ser explicado e justificado sob o prisma da reserva do possível, não pode ser utilizado para a tentativa de justificar a falência da tarefa jurisdicional.

O visível fracasso da estrutura jurisdicional do país, envolvendo todos os setores encarregados da interação com a função de distribuir a justiça, não pode ser justificado sob o império do principio da reserva do possível justamente porque aludida função foi assumida sob a forma de monopólio pelo Estado e assim sendo, deve cumprir na totalidade a promessa dirigida aos cidadãos, a de fazer justiça.

Pois se o próprio Estado não cumpre com sua monopolizada atribuição, não presta aos cidadãos serviço de qualidade na justiça, como pode o mesmo Estado, de forma manifestamente contraditória, exigir dos cidadãos que se comportem conforme seus ditames e ainda aplicar-lhes pena pelos seus desvios?

É passada a hora da realização da completa reestruturação do Estado Justiça, para que assim, distribuindo jurisdição, tenha condições de amparar os demais anseios sociais, sob pena de aumentar cada vez mais o fosso entre os cidadãos e o próprio Estado.

2. A RESERVA DO POSSÍVEL

É fato corrente que muitas decisões judiciais determinando ao Estado Administração o cumprimento de reclamos inatendidos dos cidadãos são duramente criticadas sob o argumento da interferência de poderes e da impossibilidade de cumprimento por questões orçamentário/financeiras, sob a óptica da teoria da reserva do possível, segundo a qual, diante das necessidades ilimitadas dos administrados existe uma capacidade limitada do Estado em atender tais demandas.

É claro que cabe ao Poder Público demonstrar de forma clara e inequívoca a sua condição de incapacidade orçamentária, de forma a justificar a aplicação do princípio da reserva do possível, tal como afirma o professor EDUARDO CAMBI (CAMBI, 2011, p 401):

> A reserva do possível, quando considerada como uma limitação fática (v.g, alegação de inexistência de recursos) à implementação dos direitos fundamentais, exige que o Poder Público assuma o ônus da prova. Não basta dizer que não possui recursos, pela

> simples razão de que, pelo art. 333, II,do CPC, quem alega fato impeditivo da existência de um direito deve prová-lo, sob pena de a alegação ser considerada vazia e destituída de credibilidade.

A aceitação da mera alegação de ausência orçamentária para o cumprimento de determinadas políticas públicas não pode desta forma ser simplesmente acatada sem que ante o Poder Público demonstre efetivamente que existe uma situação excepcional de verdadeiro esgotamento orçamentário e que não se trata de caso típico de não alocação de verbas, o que poderia ser resolvido mediante a suplementação orçamentária e conseqüente reforço das dotações ditas deficitárias.

Todavia, o recurso ao argumento da exaustão orçamentária tem sido palco freqüente nas demandas envolvendo o Poder Público, e se devidamente amparadas por quadro demonstrativo das políticas públicas em desenvolvimento e da situação deficitária do orçamento, tem sido passíveis de aceitação em alguns casos que não venham a afetar diretamente o mínimo existencial.

Trata-se de eleger prioridades a serem atendidas pelo Poder Público, buscando conceituar o mínimo existencial, em atenção à dignidade do ser humano.

Assim afirma o professor EDUARDO CAMBI (CAMBI, 2011, p 396):

> Para a realização do amplo conceito de mínimo existencial, é indispensável verificar os aspectos financeiros. A sua concretização depende da análise da capacidade financeira do Estado e da eleição de prioridades concretas a serem enfrentadas.
>
> Na eleição das prioridades, a tentativa de conceituar “mínimo existencial” deve considerar os sujeitos destinatários da tutela jurídica . e, sob este prisma, construir outra *escala de prioridades*. Por exemplo, o art. 227 da CF/1988, ao afirmar que crianças e adolescentes são seres vulneráveis no grupo familiar e social, assegurou, com absoluta prioridade, um conjunto de direitos fundamentais, mencionando, expressamente, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Sendo assim, sob a proteção da famigerada teoria da reserva do possível, o Estado Administração tem se furtado em alguns momentos a cumprir sua obrigação frente aos administrados, eis que insuficientes as suas receitas frente às necessidades dos cidadãos, mas a garantia do mínimo existencial deve sempre ser o guia orientador das decisões tomadas, sob pena de lesão ao princípio da dignidade humana.

2.1 A não aceitação da reserva do possível na função jurisdicional

Enquanto fincada na aparente conformação pela garantia do mínimo existencial frente ao princípio da esgotabilidade orçamentária do Estado, a Administração tem se valido de tais argumentos para aparentemente justificar sua atuação. Todavia, quando tratamos da tarefa jurisdição, não nos parece plausível a aceitação de que tal argumento justifique por si só a falência do sistema.

O Estado Administração não pode fazer uso da reserva do possível para buscar justificar o não atendimento das expectativas por um sistema garantidor de direitos no que tange às necessidades específicas do Estado Justiça, porque tendo assumido de forma monopolizada aludida função, arca conseqüentemente com todos os encargos e obrigações decorrentes.

Devemos confrontar o monopólio assumido pelo Estado face à aplicação do direito com as implicações decorrentes da aplicação da teoria da reserva do possível, concluindo pela impossibilidade de albergar-se o Estado Administração no seio de aludida teoria a fim de justificar sua inércia frente às reais necessidades do Estado Justiça.

A orientação é no sentido da superação de dogmas positivistas, abrindo a visão para o fato de que limites traçados pela legislação têm sido facilmente contornados, servindo ora como incentivo ao gasto injustificado, ora como instrumento de barganha política.

Citemos mais uma vez o professor EDUARDO CAMBI (CAMBI, 2011, p 423):

> “A efetivação da Constituição exige a superação do positivismo jurídico e do formalismo processual. Em países de modernidade tardia, como é Brasil, é urgente o

despertar do sono dogmático, para forjar o pensamento crítico indispensável para fazer avançar o estudo do direito".

Ainda que sob o regime de permissão/concessão, muitas das atribuições do Estado Administração atualmente estão deslocadas para a gestão privada, notadamente saúde e educação. Todavia, já no que diz respeito ao Estado Justiça, tal atribuição é exercida exclusivamente pelo Estado, não restando margem para iniciativa de fundo privado, o que nos leva a concluir que a teoria da reserva do possível não pode ser aceita, notadamente sob o prisma estrutural, como desculpa pelas mazelas reveladas ao longo da administração da justiça.

Ao Estado Administração não é permitida a invocação da ausência de condições financeiras para o cumprimento de sua tarefa justiça, não havendo justificativa plausível para a má qualidade do serviço prestado, seja quanto à valorização do pessoal ou até mesmo por questões de ordem material/estrutural.

À guisa de exemplo citamos a exceção que tem se tornado regra na Justiça Estadual Paulista, o caso da cessão de servidores pelos Municípios para atuarem como verdadeiros escreventes junto aos fóruns, ilegalidade esta disfarçada sob a rubrica "Convênio", firmado junto ao Tribunal de Justiça. Ou seja, o Tribunal não realiza concursos para suprir os déficits de pessoal e firma convênios com municípios que encaminham servidores em sua maioria de baixo escalão administrativo para exercerem as funções destinadas ao escrevente técnico judiciário.

E sobre tal situação específica somemos ainda uma grande gama de problemas que vem atrofiando a distribuição da justiça:

- Deficiência da estrutura física dos fóruns, cadeias, penitenciárias, delegacias de polícia;
- Baixos salários de servidores da justiça;
- Ausência de concursos para superação do déficit de pessoal em todas as instituições ligadas ao Estado Justiça;
- Falta de viaturas, falta de combustível, falta de investimentos em tecnologia de dados;
- Computadores ultrapassados;

- Pilhas de autos de processos acumulando-se em locais inadequados;
- Falta de investimentos em formação e aperfeiçoamento de pessoal,...
- Celebração de “convênios” com Prefeituras visando a cessão de pessoal para realização de atividades típicas de servidores de carreira da justiça;

E assim, mais uma vez concluímos pela inadmissão do princípio da reserva do possível no que tange às exigências de manutenção do Estado Justiça, pois quem monopoliza e com isso chama para si a responsabilidade total sobre a atividade, não pode posteriormente pretender justificar sua inércia e/ou ineficiência com o simples argumento de que não dispõe de recursos suficientes.

Não se admite que sob a égide da lei, se busque justamente na lei, a desculpa para o descumprimento de uma das funções mais importantes assumidas pelo Estado e assim em tom de manifesta imperatividade se diga aos cidadãos que obedeçam cegamente porque se trata da lei e do Estado.

CARLOS MARIA CÁRCOVA (CÁRCOVA, 1998, p 24) dá magistral lição neste sentido:

> O princípio segundo o qual a lei deve ser aplicada porque obrigatória, independentemente do conhecimento que tenham os súditos de sua existência, parece ligado ao modelo de um Estado autocrático no qual a legitimidade dos mandatos remete-se exclusivamente a sua origem e ao a sua formas ou a seus efeitos, tampouco a seus procedimentos ou aos conteúdos que veiculam. Com efeito, num sistema autocrático, o único requisito com relação à virtualidade de uma norma é se ela emanou da vontade do soberano, do príncipe, do *führer* etc. e não se satisfaz uma determinada condição por si própria ou pelo mecanismo empregado em sua criação ou pelas conseqüências que previsivelmente lhe possam ser atribuídas. Quando o soberano absoluto dos séculos XVI ou XVIII emitia uma *ordre de cachet,* o destinatário, caso fosse achado, ia dar com os costados na masmorra e, provavelmente, a curto prazo, se iniciaria o triste itinerário que o levaria ao cadafalso, muitas vezes sem sequer saber o crime que lhe era imputado. Porque o único importante era que a ordem havia sido emanada do rei e que este estava (religiosa, política e juridicamente) facultado a ditá-la.

Tal citação serve para ilustrar o conceito que devemos ter da obrigação do Estado Administração em alimentar o Estado Justiça para que não passe fome, como vem ocorrendo. Não é porque existe a previsão legal de dotações orçamentárias manifestamente insuficientes para a manutenção do Estado Justiça, que os cidadãos devem comportar-se como camponeses do século XVI, cegos e obedientes ao soberano.

Mirar o horizonte na efetivação de direitos fundamentais é imprescindível, mas enxergar as mazelas decorrentes da inação do próprio Estado frente a sua tarefa de distribuir a jurisdição é antes de tudo uma questão de partida, para que assim tenha efetivamente condições de atender os demais setores.

3. A DIGNIDADE HUMANA

O princípio da dignidade humana está erigido ao ápice da cadeia de princípios orientadores do direito contemporâneo, funcionando como verdadeiro sistema de freios e contrapesos entre as escolhas políticas dos administradores e as necessidades dos administrados, de forma a garantir o mínimo existencial.

A garantia do mínimo essencial deve ainda ser permeada pela preocupação com os limites quantitativos das necessidades humanas, de forma a amoldar-se à realidade de cada momento.

Nesse sentido Eduardo Cambi (CAMBI, 2011, p 398):

> Quando se refere ao *mínimo existencial*, o que está em causa é a determinação, em uma certa sociedade concreta e em momento histórico delimitado, de quais são as *condições mínimas* que devem ser asseguradas pelo Estado para uma existência digna.
>
> Em conclusão, o conteúdo do direito fundamento ao mínimo existencial possui caráter variável, relativo e particular, devendo ser interpretado como um conceito flexível, por versar sobre *problemas quantitativos* (v.g., quantos meios de subsistência, quanta instrução, saúde, segurança ou assistência judiciária, quanto trabalho, que moradia?). Não merece ser rigidamente delimitado, mas, ao contrário, deve desenvolver-se em uma perspectiva aberta e casuística.

O tema da reserva do possível vem sendo bastante debatido perante a comunidade jurídica em razão da aparente sempre crescente necessidade dos administrados e conseqüente temor pelo esgotamento das possibilidades financeiras do Estado.

ANTONIO CARLOS WOLKMER (WOLKMER, 2001, p. 243):

> Evidentemente que, por serem inesgotáveis, espacial e temporalmente, as necessidades humanas nas sociedades modernas não podem ser completamente satisfeitas, principalmente tendo em conta as novas exigências, interesses e situações históricas que determinam a cada momento crescentes e permanentes objetivações. Ainda que a dinâmica das necessidades esteja vinculada à formação de identidades individuais e coletivas em qualquer tipo de sociedade, foi, entretanto, com a modernidade burguesa capitalista e industrial que adquiriu especificidades incomuns e ilimitadas.

Todavia, é necessário que se diga, a maciça maioria dos pensadores tem fincado a premissa de que o princípio da dignidade humana é que deve nortear toda a discussão em torno do direito posto, como um princípio mor, a ser observado irrestritamente pelo Estado.

O professor VLADIMIR BREGA FILHO (BREGA FILHO, 2002, p. 58) é claro quanto a imperatividade do atendimento do princípio da dignidade humana e da inconstitucionalidade de qualquer norma que o contrarie:

> Percebemos, então, que o intérprete terá por obrigação interpretar a Constituição observando este princípio, ou seja, qualquer interpretação que não garanta a dignidade humana haverá de ser tida como inconstitucional. (Direitos Fundamentais na Constituição de 1988- Conteúdo Jurídico das Expressões, Editora Juarez de Oliveira, 1ª Edição, pg. 58).

Afinal quanto vale a dignidade humana, é passível de mensuração financeira, é disponível? Parece-nos evidente que não tem preço e não está à venda, pois seu valor

intrínseco diz respeito à própria existência do ser humano enquanto pessoa e por essa razão paira sobre o ordenamento jurídico como um princípio mor, orientando toda decisão tomada pelo Estado e se insurgindo contra orientações que lesem sua essência.

Claro que as necessidades humanas são sempre inesgotáveis e por essa mesma razão haverá que se atentar para o atendimento daquelas que digam respeito ao núcleo central dos direitos fundamentais, a dignidade humana.

4. PROBLEMATIZAÇÃO

a) Abordar a antinomia existente entre a assunção do monopólio da justiça pelo Estado e a teoria da reserva do possível;

b) Analisar criticamente o desenvolvimento histórico da teoria da reserva do possível e suas limitações frente ao princípio da dignidade humana;

c) Pesquisar e propor soluções capazes de trazer ao Estado Justiça a imperatividade do atendimento de suas necessidades para o fim de cumprir o monopólio assumido pelo Estado Administração;

d) Demonstrar que o Estado Administração não pode fazer uso da teoria da reserva do possível sob o argumento de que não dispõe de condições para atender aos reclamos do Estado Justiça, sob pena de estar mitigando as obrigações decorrentes da assunção do monopólio da justiça;

5. A FALÊNCIA DO MONOPÓLIO DA JUSTIÇA

Gravitam sobre o ordenamento jurídico inúmeros princípios fundamentais da pessoa humana, exigindo aplicação imediata pelo Estado, de modo que uma grande gama de direitos fundamentais poderiam ser elencados como de imperatividade sistêmica.

Porém, antes mais do que reconhecer e exaltar a existência de novos direitos fundamentais, acima de tudo deve-se preocupar com a efetivação dos já existentes, dentre eles o respeito ao compromisso assumido quando do monopólio da justiça.

O professor doutor Wladimir Brega Filho, dá lume a tal raciocínio quando em sua obra Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, pg., 29, enfatiza categoricamente que:

> Baseados neste pensamento e na questão relativa ao surgimento de novas gerações de direitos, forçoso concluir que muito mais importante do que admitir o aumento do número de gerações de direitos fundamentais é possibilitar o exercício daqueles já garantidos.
>
> ...
>
> Concluímos, dessa forma, pela possibilidade do reconhecimento de novas gerações de direitos fundamentais, de quarta ou mesmo de quinta gerações, pois a evolução é uma das marcas dos direitos fundamentais, contudo, mais importante que este reconhecimento, é a efetivação dos direitos até aqui assegurados, especialmente nos países em desenvolvimento como é o caso do Brasil.

É uma clara alusão de que não basta ao Estado admitir outras figuras de direitos essenciais se não dá guarida aos já reconhecidos e muitas vezes tratados com relativo desprezo, o que nos leva a concluir que ainda mais no caso de atender ao Estado Justiça tal posição se justifica, por se tratar de um monopólio.

Eduardo Cambi, em sua obra "*Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*", enfatiza que os membros do Poder Judiciário não são eleitos; isto, contudo, não lhes retira a missão constitucional de concretização dos direitos fundamentais.

Em dado momento, aduz que:

> "a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades sempre infinitas a serem supridas com a implementação dos direitos. A concretização dos direitos tem custos, a serem suportados pelo Estado. Logo, a postura do ativismo judicial deve ser reservada à concretização materiais mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial)". (Panóptica, ano 1, n. 6, 2007, pg12-13).

Aludida posição do doutor Eduardo Cambi diz respeito a todas as necessidades essenciais do ser humano e não somente a de acesso à justiça, razão pela qual admite e aceita a teoria da reserva do possível a frear a figura do ativismo judicial, conformando-se com o atendimento do mínimo existencial.

Todavia, partindo-se de uma questão principiológica, aceitando-se que o Estado assumiu o monopólio da justiça, não podemos admitir a aplicação da teoria da reserva do possível em questões atinentes às necessidades do Estado Justiça para levar adiante com perfeição a obrigação assumida pelo Estado Administração perante os administrados.

Indubitavelmente toda uma nova gama de princípios fundamentais exsurgem face à própria dinamicidade do direito enquanto regulador das relações sociais.

Tais princípios não surgem do direito, mas este daqueles, razão pela qual, mais do que admitir a necessidade do reconhecimento de novas espécies, temos que cumprir fielmente as obrigações decorrentes daquelas já reconhecidas, tal como asseverou o professor doutor Wladimir Brega Filho na obra já citada.

Sendo assim, monopólio é monopólio, o que implica em atender a totalidade das obrigações dele decorrentes.

> "Antes ainda, impõe-se fazer dos princípios constitucionais, deliberadamente, ferramentas das tensões e intenções da população a que o ordenamento jurídico se reporta. A carga político ideológica, com suas fantasias, seus medos, seus anseios, seus preconceitos e seus desejos, deve refletir a realidade vivida, sentida e sonhada pelos participantes da aventura social. Em suma, os princípios têm mesmo de rechear-se com determinado conteúdo ideológico, e prestam-se magnificamente para tanto". (Walter Claudius Rothenburg, Princípios Constitucionais, 2003, Ed. Fabris, pg. 78).

> "Com efeito, deve ser aperfeiçoada a transparência quanto às opções públicas, contidas no orçamento, e sua execução. O orçamento representa o momento máximo da cidadania, onde as escolhas são feitas e, depois, devem ser fiscalizadas. Entretanto, há séria desconfiança quanto ao orçamento público brasileiro, porque, como asseverado, os recursos são vinculados aos mais diversos fins. Isso não apenas demonstra a incapacidade política de dar aos recursos as finalidades públicas, mas também revela a falta de um mínimo de organização necessária do Estado". (Eduardo Cambi, Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed, pg. 426).

Equacionar as prioridades orçamentárias de acordo com a proximidade que possuem com o princípio da dignidade humana.

> "A problemática da vinculação dos poderes públicos e das entidades privadas aos direitos fundamentais encontra-se estreitamente ligada ao tema da eficácia e aplicabilidade, já que a vinculatividade dos direitos fundamentais constitui precisamente uma das principais dimensões da eficácia". (Ingo Wolfgang Sarlet, A eficácia dos direitos fundamentais- Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, Editora Livraria do Advogado, 10ª Edição, pg. 365).

Ante os raciocínios expostos pelos renomados juristas citados supra, que a nosso ver se complementam e alimentam a pesquisa suscitada, podemos tranqüilamente partir para a conclusão de que em que pese a existência de um sistema de freios e contrapesos entre ativismo judicial e reserva do possível, existem direitos inafastáveis, inarredáveis, impostergáveis do administrado, e em se tratando de monopólio da justiça, encontramos neste ponto o calcanhar de Aquiles.

Walter Claudius Rothenburg enfatiza que:

> "Antes ainda, impõe-se fazer dos princípios constitucionais, deliberadamente, ferramentas das tensões e intenções da população a que o ordenamento jurídico se reporta. A carga político ideológica, com suas fantasias, seus medos, seus anseios, seus preconceitos e seus desejos, deve refletir a realidade vivida, sentida e sonhada pelos participantes da aventura social. Em suma, os princípios têm mesmo de rechear-se com determinado conteúdo ideológico, e prestam-se magnificamente para tanto". (pg. 78, Princípios Constitucionais, 2003, Ed. Fabris).

Exercer um controle eficiente sobre o orçamento público, priorizando políticas públicas e freando manobras evasivas de limites estabelecidos pela legislação.

> “Nem sempre é fácil ao intérprete afirmar se a política pública adotada pela autoridade pública é minimamente eficiente. A possibilidade de controle político e jurídico das escolhas do Estado, em matéria de políticas públicas, depende do acesso às informações adequadas sobre receitas e despesas públicas. Todos os cidadãos têm de saber quanto dinheiro o Estado tem e como ele está sendo gasto, salvo excepcionalmente, quando isto for constitucionalmente justificado”. (Eduardo Cambi, Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, editora Revista dos Tribunais, 2ª Ed, pg. 423).

CONCLUSÃO

Entendemos que o simples fato de admitirmos a possibilidade da existência e aplicação da teoria da reserva do possível no seio do direito/dever assumido pelo Estado Administração face às suas obrigações perante o Estado Justiça em razão do monopólio que assumira e buscarmos apontar saídas para a sua amenização/atenuação/extirpação, justifica a presente pesquisa, tendo em vista tratar-se de um dos temas mais relevantes para a manutenção da paz social, porque atinente à resolução dos conflitos de interesse postos à apreciação do Poder Judiciário.

Com efeito, as deficiências da máquina judiciária estatal, seja pelo estrangulamento orçamentário a que submetidas as instituições incumbidas do manejo da justiça e conseqüentemente cerceamento de investimentos; ou a aparente dificuldade do Estado Justiça na aplicação das normas decorrentes da atividade legiferante do Estado Administração, acabam por implicar na mitigação dos efeitos decorrentes do monopólio assumido pelo Estado em distribuir a justiça a seus jurisdicionados.

A nosso ver, trata-se de um tema de extrema relevância porque diretamente ligado à pacificação social, que somente ocorrerá se dentro dos paradigmas de democracia e legalidade, o Estado Justiça esteja devidamente amparado em suas necessidades estruturais.

Admitir o monopólio da justiça e buscar fontes de aprimoramento da máquina encarregada de sua distribuição contribuirá imensamente para o avanço do conhecimento sobre as próprias deficiências do Estado em cumprir seu dever institucional, assumido perante o povo.

Nosso plano de trabalho envolverá estudos sobre a teoria da reserva do possível perante a Administração Pública e sua aplicação na tarefa de jurisdicionar, buscando trazer enfoques históricos sobre as aparentes deficiências do Estado Justiça face ao descumprimento do dever assumido pelo Estado Administração.

Sendo assim, insistiremos na tese de que a assunção do monopólio da justiça pelo Estado não admite guarida na teoria da reserva do possível, não podendo aludida teoria socorrer-lhe diante do não cumprimento de suas obrigações para com o Estado Justiça, sob pena de negação do princípio mor da dignidade humana, pois o monopólio da justiça não é um pacto firmado com os administrados, mas uma imposição decorrente da própria criação do Estado.

> "A liberdade jurídica se converte em liberdade real, quando as pessoas conseguem desfrutar dos bens sociais materiais básicos para viverem dignamente. Nesse sentido, a liberdade não é apenas a ausência de interferência ou de coação externa, mas principalmente a ausência de dependência, que permite que a pessoa seja capaz de seu autogovernar, criando as condições mínimas para o seu desenvolvimento pessoal e social. Sem isto, a pessoa não tem condições de viver dignamente ou de ser considerada um cidadão livre". (Eduardo Cambi, Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, pag. 389.

Não se admite, portanto, a aparente falência do Estado Justiça que vem assoberbando nossos dias atuais, colocando em descrédito o sistema judiciário e praticamente quase todas as instituições encarregadas da tarefa de auxiliar a distribuição da jurisdição tão somente sob o argumento do esgotamento orçamentário.

Precisamos urgentemente de uma iniciativa mais ousada por parte dos governantes encarregados do Estado Administração no sentido de reconhecer a primordial tarefa do Estado Justiça e dotar-lhe a necessária estrutura a fim de cumprir com o monopólio assumido perante a sociedade.

REFERÊNCIAS

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais- Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, Editora Livraria do Advogado, 10ª Edição.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*: Editora Campus Elsevier, 2ª edição 2004.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*: Editora Fabris, 2ª edição 2003.

BREGA FILHO, Wladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988- Conteúdo Jurídico das Expressões, Editora Juarez de Oliveira, 1ª Edição.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição.

CÁRCOVA, Carlos Maria. A opacidade do direito, Editora LTR, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico, Editora Alfa-Omega, 3ª edição, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais, Editora Saraiva, 8ª edição, 2006.

IMPROBIDADE E RESPONSABILIDADE AMBIENTAL: CONTORNOS DA INEFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Raísa de Mello ZANCHETTA[667]

Flávia Elaine Soares FERREIRA [668]

RESUMO

O objetivo do presente trabalho científico é a análise acerca da implantação de Aterros Sanitários, conduta essencial à preservação do meio ambiente como bem jurídico da coletividade. A importância do Meio Ambiente foi positivada no capítulo VI, da Constituição Federal de 1988, com escopo de proteger o bem socioambiental. O estudo foi realizado com base nos impactos ambientais que geram consequências danosas, tais como a degradação do solo devido à destinação incorreta do lixo. Tal tema é de fundamental importância para a atualidade, uma vez que sem a adequada destinação do lixo, todos os demais direitos fundamentais terão a sua efetividade diminuída. Desta forma a adequada proteção do meio ambiente, desloca-se da seara da Ecologia e passa a ter reflexos na seara Jurídica. Assim, a implantação de Aterros Sanitários, prevista para 2014, unindo-se a outras medidas como a reutilização, reciclagem e a compostagem, para a devida destinação de resíduos sólidos urbanos é essencial para que seja possível a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. A efetivação desta implantação é de Responsabilidade do Estado, e, portanto, responsabilidade da Administração Pública, cuja omissão pode gerar Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa, disposta na Lei 8.429/1992.

PALAVRAS-CHAVE: Sustentabilidade. Responsabilidade do Estado. Improbidade Administrativa.

ABSTRACT

The purpose of this scientific work is the analysis about the implementation of Landfills, conduct essential to the preservation of the environment as well as the legal community. The importance of the Environment was positively valued in Chapter VI of the Constitution of 1988, with scope to protect the environmental well. The study was based on the environmental impacts that generate harmful consequences, such as soil degradation due to improper disposal of garbage. This issue is of fundamental importance for the present, since without the proper disposal of waste, all other fundamental rights have diminished its

[667] Graduanda em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos/SP
e-mail: raah_zanchetta@hotmail.com
[668] Advogada. Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Civil Contemporâneo e Direito Processual Civil. Especialista em Direito Constitucional.

effectiveness. Thus adequate protection of the environment, moves the harvest of Ecology and replaced by reflections in Legal harvest. Thus, the deployment Landfill, scheduled for 2014, joining other measures such as reuse, recycling and composting, for proper disposal of solid waste is essential to be able to a healthy quality of life of present and future generations . The effectiveness of this implementation is the responsibility of the State, and therefore the responsibility of the Public Administration, the omission of which can generate a Public Civil Action Administrative Misconduct, willing Law 8.429/1992.

KEYWORDS: Sustainability. State responsibility. Administrative Misconduct.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema a atual discussão sobre a criação de condições para a sustentabilidade, bem como da conscientização acerca de mudanças essenciais para um planeta mais saudável, levando em conta a questão da sustentabilidade e a falta de consciência ambiental da população, observada em pequenas atitudes, como a ausência de coleta seletiva de lixo.

A Carta Magna estruturou o Direito Ambiental, tutelando os valores ambientais, previsão que consta do art. 225 da Constituição Federal de 1988, que forneceu fundamentos básicos para a compreensão do bem ambiental que está em risco.

Os grandes problemas ambientais, atualmente enfrentados pela humanidade estão relacionados, diretamente, ao modo de vida da sociedade, e as repostas da natureza estão atreladas ao comportamento insustentável gerado pelo modelo de globalização industrial e consumista atual.

No tocante ao meio ambiente, como objeto de direito, no que diz respeito às suas formas artificial, cultural, natural e de trabalho, exige-se uma postura consciente e ética da sociedade, propiciando um desenvolvimento equilibrado da vida sob todos os aspectos.

Quando se fala de responsabilidade e proteção, surge a teoria do dano ambiental, que decorre de algum tipo de prejuízo aos recursos naturais indispensáveis à vida, tais como: o ar, a água e o solo. É uma questão de necessidade defender e preservar o meio ambiente como direto fundamental e essencial à vida; o poluidor responde por ações ou omissões em prejuízo ao meio ambiente objetivamente, ficando sujeito a sanções cíveis, penais e administrativas.

A sustentabilidade vem ganhando público e respaldo legal, uma vez que em razão as mazelas cometidas, e da repercussão ambiental deste desenvolvimento desenfreado, as consequências sociais geraram a necessidade de intervenção jurídica.

Não obstante, nota-se a dificuldade de realizar a conscientização, ameaçada pela falta de esclarecimento da sociedade de uma forma geral.

Dessa forma, cabe ao jurista, além de efetivar os mandamentos constitucionais, fazer parte da disseminação da informação a respeito da consciência ambiental.

Acerca da poluição do solo, que de certa forma polui as águas e o ar de maneira indireta, e até mesmo a poluição visual, e, considerando que o Brasil destina grande parte do lixo de maneira incorreta, cabe ressaltar a necessidade de estabelecer soluções e técnicas para alcançar qualidade de vida, destinando os resíduos sólidos não em "lixões", mas sim em aterros sanitários, unindo-se a outros métodos como a compostagem[669] e o consumo consciente, reduzindo o volume de lixo e também os gastos públicos.

Para o estudo da obrigação de implantação de aterros sanitários e das repercussões jurídicas desta, faz-se essencial uma análise, ainda que breve dos princípios que norteiam a legislação ambiental, bem como a Administração Pública, para somente então passar-se ao estudo da Política Nacional de Resíduos Sólidos e, finalmente adentrar ao tema da responsabilidade civil do Estado e do Administrador Público.

O objetivo deste estudo é a análise acerca da responsabilidade do Estado em efetivar o planejamento dod escarte de lixo, e na realização desta política de resíduos sólidos, analisar a possibilidade de o Administrado Público ser responsabilizado em razão de sua conduta omissa.

A análise da evolução da proteção ambiental como bem coletivo e com respaldo no ordenamento se faz necessária, a fim de que se possa criticar a conduta omissa do agente político e a eventua responsabilização deste, para tanto, utiliza-se o método de pesquisa bibliográfica a fim de que com posicionamentos doutrinários, seja possível percorrer esta análise, de forma a possibilitar a compreensão de eventual responsabilidade atribuída ao administrador público.

---

669 "É um método parcial de tratamento de resíduos sólidos que atua pela fermentação de sua matéria orgânica até a obtenção da estabilização, que se dá sob a forma de um composto orgânico (adubo). A compostagem ainda faz restar 50% de resíduo tóxico." (Guimarães Filho, 2005, p. 19)

Portanto, tem-se como mister desta pesquisa a análise acerca da implementação de aterros sanitários como condição de efetividade dos princípios constitucionais e eficácia dos direitos sociais, via implementação de política pública de correta destinação do lixo, como conduta fundamental à garantia da qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

1. CAOS AMBIENTAL: UMA ANÁLISE HISTÓRICA

O marco inicial foi a Revolução Industrial, período em que a população começou a migrar do meio rural para os grandes centros em busca de uma vida melhor e trabalho, resultando no crescimento exagerado da população numa concentração urbana o que ocasionou outros fenômenos como o desemprego, o desenvolvimento de favelas, pobreza e a criminalidade.

Com a degradação do meio ambiente, surgiram os problemas econômico-sociais, a inutilização dos serviços e o tratamento de lixo que ocasionou vários problemas relacionados à saúde, como a peste negra, doença causada por ratos, responsável pela mortandade de muitas pessoas.

O fenômeno da urbanização atinge de maneira considerável os valores ambientais, no qual está inserido o lixo urbano, constituindo a depreciação da qualidade de vida, pois "atinge de forma mediata e imediata os valores relacionados com saúde, habitação, lazer, segurança, direito ao trabalho e tantos outros componentes de uma vida saudável" pontifica Fiorillo (2012, p. 366).

Importante salientar que o lixo ligado ao fenômeno da urbanização agride o meio ambiente natural, bem como o ambiente cultural, desconfigurando os valores estéticos do espaço urbano.

Por mais lamentável que seja, muitas pessoas utilizam-se do lixo como um bem de consumo, tirando o sustento dos resíduos urbanos, merecendo um destaque para demonstrar quanto é amplo o conceito de meio ambiente, quando diz respeito aos direitos de natureza jurídica difusos desses sobreviventes relacionadas à qualidade de vida, existindo o perigo de utilizarem o lixo como bem de consumo, cabendo ressaltar o descumprimento da responsabilidade do Estado.

Os resíduos sólidos se classificam em perigosos, não perigosos, não inertes e inertes, e, de acordo com suas substâncias, pode-se considerar como lixo hospitalar, radioativo ou nuclear, químicos e comuns. Cabe ressaltar que “o gerenciamento dos resíduos sólidos não se submete a um regime jurídico único, porquanto varia de acordo com a localidade onde são gerados e com o seu conteúdo” de acordo com Fiorillo (2012, p. 371).

Existem alguns tipos de tratamento de Resíduo Urbano, sendo eles a deposição (depositar o lixo nos famosos lixões a céu aberto), a aterragem (enterrar o lixo, com uma vida útil de 03 a 05 anos) e a compostagem (transformar o lixo em adubo, de maneira direta ou indireta como a reciclagem).

A progressiva geração de resíduos com alta potencialidade de riscos ao meio ambiente, em decorrência do acentuado processo de urbanização, exige a intervenção do poder público nos diversos setores da sociedade, com o propósito de transformar o meio e criar novas formas urbanas.

1.1 Diferenciação entre lixão, aterro controlado e aterro sanitário

Lixão é a área de deposição final de resíduos sem nenhuma preparação para o solo; é um grande espaço destinado apenas a receber lixo, onde os resíduos ficam a céu aberto, não havendo tratamento para o chorume que é um “líquido altamente tóxico que resulta do acúmulo de resíduos orgânicos sólidos em decomposição, principalmente quando dispostos no solo, e entram em contato com a água da chuva que se infiltra pela terra, podendo alcançar os lençóis freáticos” (Guimarães Filho, 2005, p. 18-19), penetra pela terra contaminando a água e o solo. O lixo fica exposto atraindo animais e contaminando as pessoas que sobrevivem disso, trazendo consequências ambiental e social negativas.

Aterro Controlado é um intermediário entre o lixão e o aterro sanitário, pois nesse há cobertura diariamente com terra, argila e grama, visando a evitar o mau cheiro e a poluição visual. Quanto ao chorume é coletado e levado para cima da pilha de lixo, diminuindo a sua absorção pelo solo.

Aterro Sanitário é a disposição mais adequada dos resíduos sólidos urbanos, sendo que o lixo é depositado em local impermeabilizado e o terreno nivelado e selado com base de argila e lonas plásticas de PVC extremamente resistentes, impedindo o vazamento do

chorume para o subsolo, que é coletado por drenos – chamados de PEAD[670] – e encaminhados para um poço de acumulação, por seis meses o qual será recirculado sobre a massa do lixo aterrado; após, serão dirigidos à estação de tratamento de efluentes, que são tubulações que captam o metano, o gás liberado pela decomposição de matéria orgânica, o qual, por sua vez, será utilizado para gerar energia. Diariamente, o material é coberto com equipamentos específicos para esse fim, não ocorrendo a proliferação de vetores, mau cheiro e poluição visual.

Segundo Borges "o futuro da humanidade começa a ser excluído quando as condições que propiciam a vida humana na Terra se modificam com intensidade e velocidade tais que a espécie humana não consegue acompanhar nem a elas se adaptar" (1999, p. 17-18), por isso é indispensável a utilização do direito para exercer a proteção ao meio ambiente, pois a crise ecológica precisa de uma postura consciente e ética da sociedade como um todo, repensando no desenvolvimento, prevenindo, reprimindo e tentando reparar a degradação ambiental, para que esse momento não se transforme na exclusão do futuro.

2. DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL

A Constituição Federal de 1988 deu o maior passo em relação ao direito ambiental em esfera internacional, "rompendo a tradição anterior de tratar questões ambientais apenas de forma pontual, geralmente relacionadas à saúde" (Leuzinger e Cureau, 2008, p. 25).

Observou-se o meio ambiente na sua amplitude e com toda proteção dedicada no Capitulo VI de seu texto legal, formado pelo art. 225, seus parágrafos e incisos, apresentando vários preceitos fragmentados, amparando os valores ambientais e ressaltando a importância e a existência da diversidade dos recursos naturais, estabelecendo que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.[671]

O Direito Ambiental é um direito moderno, que trata do meio ambiente como objeto de Direito, um bem jurídico protegido que integra o conjunto de elementos natural, artificial e cultural que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.

O meio ambiente passou a integrar a ordem jurídica constitucional, pois é mais do que a natureza e mais do que a ecologia, é uma ambiência que se move, desenvolve, atua e

[670] Polietileno de Alta Densidade. Disponível em: < http://www.sertecbrasil.com.br/>. Acesso em: 26 de maio de 2013.
[671] Previsão no art. 225, *caput* da Constituição Federal de 1988.

expande a vida; está fundado numa realidade que considera o ser humano como parte integrante, em cujas relações econômica, social e política se constroem por recursos naturais.

O texto constitucional reconhece que os problemas ambientais são de vital importância para a nossa sociedade, aferindo, também, a proteção ao patrimônio cultural, sendo uma escala ampla e que precisa ser desenvolvida em todas as suas potencialidades, assim "se faz necessária a proteção ambiental de forma que se possa assegurar uma adequada fruição dos recursos ambientais e um nível elevado de qualidade de vida" para Antunes (2012, p. 65).

Como bem acentuado no *caput* do art. 225 da Constituição Federal de 1988, que forneceu fundamentos básicos do direito difuso, merecendo destaque o termo "todos", que faz referência que todas as pessoas têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, o meio ambiente tem como destinatário todo e qualquer ser vivo, não exigindo a condição de cidadão e tendo, como seu centro, o indivíduo humano.

O art. 3º, inciso I da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), sob o nº 6.938/1981 traz o conceito normativo de meio ambiente como sendo "o conjunto de condições, leis, influências, e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas", mas o aborda como uma forma de proteção da saúde humana, e não como um bem merecedor de tutela autônoma. Sustenta-se que o meio ambiente, apesar de ser um bem ambiental de uso comum da sociedade, deve ser observado do ponto de vista biológico, e não do ponto de vista social.

Como bem acentua Einsten, numa concepção de certa maneira imperialista de que "ambiente é tudo que não seja eu" (*apud* Antunes, 2012, p. 6), nesse passo com uma forte preocupação que os danos causados ao planeta vão refletir diretamente na nossa vida cotidiana, a consciência da coletividade e o Poder Público tendo o dever de proteger direito ambiental como objeto que é passível de exploração, mas deve ser conservado e preservado, tendo em vista não alterar o equilíbrio natural.

A propósito, todas as futuras gerações dependem dos investimentos feitos pelas gerações de agora, portanto todos os recursos aplicados em educação são sempre bem vindos, é imprescindível a participação dos entes constituintes e da informação e conscientização da população no que traz à relação indivíduo-ambiente, para obter recursos e meios de contribuir com diretrizes voltadas à preservação do meio ambiente.

No compasso do desenvolvimento do bem ambiental, a consciência é uma questão cultural, como um dos principais obstáculos. Com esse escopo, Mukai enfatiza “há que se admitir, entretanto, que existem diversas concepções da mencionada relação do homem e o ambiente que o envolve. Desse modo, ao envolver, muitas vezes, questões subjetivas, surgem sérios entraves à sistematização desse ramo do direito.” (2004, p.166).

Nesse cenário, a Constituição Federal, que trata da questão ambiental de forma abrangente que pretende alcançar efeitos no mundo jurídico, está cumprindo sua promessa. Com o passar do tempo, as normas protetivas do meio ambiente sempre vão surgindo e a população tem que se adaptar com ideias, consciência e comportamentos para que o direito ambiental tenha eficácia, para que possamos utilizar os recursos ambientais sem esgotá-los, de forma a permitir o desenvolvimento sustentável.

2.1 Dos Princípios aplicáveis à proteção do meio ambiente

Princípio é a origem de algo que traz a ideia de fundamentalidade de qualquer ciência; entende-se como a base, o alicerce para auxiliar na interpretação e aplicação de normas orientando as condutas a serem seguidas, evitando conflitos e incertezas jurídicas e definindo a lógica do sistema normativo.

Os doutrinadores têm os princípios como fontes normativas por representarem mandamentos básicos, no caso das dificuldades perante o Direito Ambiental que é uma disciplina nova e, apesar de possuir seus próprios princípios diretores no art. 225 da CF/88, carece de princípios que guiem o modo de agir daqueles que se submetem ao direito, pois, na inexistência de norma legal específica, há que se recorrer aos diferentes elementos formadores do Direito.

O Direito Ambiental se utiliza de princípios próprios de outros ramos do Direito que o acompanham, “ainda que a produção legislativa ambiental cresça em velocidade exponencial, ele não é capaz de atender a todas as diferentes situações que surgem do dia a dia.” (Antunes, 2012, p. 22).

Destacam-se como princípios jurídicos próprios do Direito Ambiental, os que são encontrados na Constituição Federal, são conhecidos como explícitos, e os implícitos decorrem do texto constitucional, porém ainda não estão positivados. Os princípios têm

fundamentos éticos que iluminam as relações entre os seres humanos e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Apesar de banalizado nas decisões judiciais o princípio dos direitos humanos, conhecido também como princípio da ubiquidade, diz respeito ao direito ao meio ambiente protegido, sendo um direito fundamental previsto no art. 5º, 6º e 225 da CF/88 e no art. 2º da Lei 6.938/1981, e consagrado nos princípios 1 e 2 da Declaração de Estocolmo de 1972 e reafirmado na Declaração do Rio de 1992, esta que traça, em seu princípio 1, o seguinte objetivo: "Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza", defende a preservação da qualidade de vida no âmbito social e global, com a conservação dos recursos naturais.

Já o princípio do desenvolvimento sustentável, conhecido também como ecodesenvolvimento trata dos recursos da biodiversidade e tem como escopo o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo assim visa à proteção do meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico para a melhoria da qualidade de vida do homem; tem previsão legal no art. 225, *caput* e art. 170, VI, ambos da CF/88, criando regras jurídicas que estabeleçam critérios para a coexistência harmônica entre o meio ambiente e economia.

Leuzinger e Cureau (2008, p. 24) afirmam que:

> Uma política de valorização sustentável deve manifestar uma preocupação protecionista com a utilização dos recursos numa perspectiva de desenvolvimento durável, a fim de que os seus benefícios resultem numa melhoria de qualidade de vida dos indivíduos, sem descurar os limites e possibilidades do bem cultural.

A proteção do meio ambiente e o fenômeno do desenvolvimento, que se formaram num Estado de concepção liberal, depara-se com diversas dificuldades de adequação à sociedade moderna. Nesse passo, para alcançar seus objetivos, pressiona o Estado com a pretensão de que esse tome uma atitude para suprir os valores ambientais, sendo que "o grau maior de proteção ambiental é uma razão direta do maior nível de bem-estar social e a renda da população. Por isso as principais declarações internacionais sobre o meio ambiente sempre enfatizam a necessidade de desenvolvimento econômico, o qual deverá ser sustentável" premissa fixada por Antunes (2012, p. 25-26).

Quanto ao princípio democrático, assegura-se ao cidadão o direito de informação e participação na forma da lei, voltadas para a organização e proteção do meio ambiente no campo de políticas públicas na esfera legislativa, administrativa e processual. Insta salientar que, na esfera legislativa, o cidadão poderá exercer diretamente a soberania popular por meio do plebiscito, referendo ou iniciativa popular (art. 14, incisos I, II e III da CF/88); já no plano administrativo, o cidadão pode utilizar-se do direito de informação, do direito de petição e do estudo prévio do impacto ambiental (art. 5º, incisos XXXIII e XXXIV, e art. 225, IV ambos da CF/88) e, no âmbito processual, o cidadão pode servir-se da ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, ação civil de responsabilidade por improbidade administrativa e da ação direta de inconstitucionalidade (art. 5º, incisos LXX e LXXIII, art. 37, § 4º, art. 103 e art. 129, inciso III todos da CF/88).

O princípio da prevenção, conhecido também como princípio da cooperação "é preceito fundamental, uma vez que os danos ambientais, na maioria das vezes, são irreversíveis e irreparáveis." (Fiorillo, 2012, p. 126), refere-se aos danos ambientais já manifestos, ou seja, quando existe o conhecimento dos efeitos de determinadas atividades e das medidas para as quais se impõem ações no sentido de evitá-las ou, pelo menos, minimizá-las. Nesse sentido pontifica Leuzinger e Cureau (2008, p. 14):

> Por todas essas razões, quando se começou a pensar em proteção do ambiente natural, tendo em vista nossa absoluta dependência dos bens e serviços que a natureza nos oferece, já foi constatado, em consequência das características dos prejuízos a ela causados, que seria melhor previni-los do que tentar, mais tarde, revertê-los.

Pois bem, a aplicação deste princípio se dá nos casos de impactos ambientais já conhecidos, restando certa a obrigatoriedade do licenciamento ambiental e do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) que são alguns dos principais instrumentos de proteção do meio ambiente, sendo que a efetiva prevenção deve-se a medidas aplicadas pela sociedade, pelos Estados, e impõe também a cooperação entre os países e entre os seus povos, desenvolvendo-se através de políticas ambientais a consciência ecológica. Essa educação ambiental proporcionará êxito na batalha preventiva do dano ambiental, reforçada na ótica do Poder Administrativo e no Poder Judiciário, com previsão legal no art. 225, *caput* da CF/88 e no art. 2º da Lei 6.638/1981.

Oportunamente, o princípio da precaução, um dos que mais geram debates, afirma que “é necessário que se defina o que se pretende prevenir e qual o risco a ser evitado” (Antunes, 2012, p. 31) é considerado, quando o risco de dano ambiental é elevado (não se confunde risco com o dano). Mesmo sem a certeza de comprovação cientifica do dano, este princípio tem a finalidade de defender a diversidade biológica, prevista na Declaração do Rio de 1992, em seu princípio 15. Os princípios da prevenção e o da precaução, de certa maneira, são parecidos; apesar de distintos um complementa o outro, esclarece Teresa Ancona Lopes para quem “o princípio da precaução está colocado dentro do princípio da prevenção e ambos fazem parte da prudência” (*apud* Fiorillo, 2012, p. 131).

O princípio do equilíbrio tem como objetivo balancear as consequências em todos os âmbitos na aplicação de projetos ambientais por meio da consciência em relação à necessidade do meio ambiente, levando em conta o custo-benefício e o resultado global, voltado para que a administração pública adote soluções para alcançar o desenvolvimento sustentável.

Com base no princípio do limite, denominado também como capacidade de suporte, o objetivo é fixar parâmetros para não causar danos ao meio ambiente, condições que estão ligadas à tecnologia, à economia, e têm o objetivo de controlar a emissão de partículas, ruídos e fiscalizar a presença de corpos estranhos no meio ambiente, e nesse ínterim proteger a vida, as pessoas e seus bens, preceituado no art. 225, inciso V, § 1º da CF/88.

É importante observar o princípio do poluidor pagador e do usuário pagador, que menciona sobre o fato de que quem polui o meio ambiente fica obrigado a corrigir e reparar o dano causado, independente da existência de culpa, sendo atribuída à responsabilidade objetiva, devendo suportar os encargos resultantes de sua ação ou omissão.

Pois bem, o princípio do poluidor pagador alega que os recursos naturais são insuficientes, portanto, sua produção e consumo geram reflexos, ora resultando na degradação e ora resultando na escassez. E, pela legislação brasileira, esse dano, causado à natureza origina uma responsabilidade civil na órbita ambiental em três estágios: civil, penal e administrativo. A propósito, Fiorillo (2012, p. 101) destaca:

> Vale observar que o princípio do poluidor pagador há incidência da responsabilidade civil, porquanto o próprio pagamento resultante da poluição não possui caráter de pena, nem de sujeição a infração administrativa, o que, por evidente, não excluiu a

> cumulatividade destas, como prevê a Constituição Federal no referido § 3º do art. 225.

Não se paga para poluir, mas para que se evitar o dano ao meio ambiente.

No tocante à incidência da responsabilidade civil objetiva nos danos, motivo que gera a reparação específica do dano ambiental, ressarcimento esse que pode ser feito *in natura*, ou por indenização em dinheiro, consoante a solidariedade entre os sujeitos passivos que devem suportar os danos causados ao meio ambiente, porém esse "princípio não objetiva tolerar a poluição por um preço, nem se limita a apenas compensar os danos causados, mas sim, precisamente, evitar o dano ao meio ambiente." (Guimarães Filho, 2005, p. 11).

O poluidor pagador pode ser pessoa física ou jurídica, sendo analisado sob as duas óticas: no caráter preventivo, quando lhe é imposto o dever de arcar com as despesas para evitar a ocorrência de danos ambientais; e no caráter repressivo, que, em decorrência do dano em razão da atividade desenvolvida, torna o poluidor responsável em assumir a reparação.

Todavia o usuário pagador estabelece que quem utiliza e se beneficia com o bem ambiental, deve suportar suas custas, desde que sua cobrança não resulte na imposição de taxas abusivas. Este princípio tem previsão legal no art. 225, § 3º da CF/88, nos princípios 15 e 16 da Declaração do Rio de 1992, e na Lei 6.938/1981, no art. 4º e no art. 14, § 1º.

Por fim o princípio da participação traduz o dever imposto constitucionalmente pelo art. 225, *caput*, § 1º, inciso IV da CF/88; a coletividade tem melhores condições para participar ativamente nas decisões focalizadas em preservar o meio ambiente. A efetividade desse princípio pressupõe o acesso adequado dos cidadãos às informações relativas ao meio ambiente e que disponham os órgãos e entidades do poder público, conforme Leuzinger e Cureau (2008, p. 18):

> Esse princípio se perfaz pela atuação de associações de defesa do meio ambiente, da iniciativa popular para a elaboração de leis de proteção ambiental, da consulta direta às populações interessadas relativamente a questões afetas ao meio ambiente, da participação em audiências publicas do ajuizamento de ações judiciais ou oferecimento de recursos administrativos visando à revisão de atos prejudiciais ao ambiente natural, dentre muitos outros.

A participação pode ser definida em um mecanismo de atuação com a ação e o dever da sociedade em conjunto, como elementos de um Estado Social de Direito, utilizando a informação e a educação ambiental numa relação de complementaridade e cooperação, quando o bem ambiental é administrado "sob a custódia do Poder Publico não elide o dever de o povo atuar na conservação do direito o qual é titular." (Fiorillo, 2012, p. 133).

A análise principiológica não é desprovida de um propósito, pelo contrário, ela é essencial para se possibilitar a aplicação do direito fundamental ao meio ambiente econologicamente equilibrado, exatamente em razão deste reconhecimento ter sido recente na seara jurídica, na qual, até pouco tempo imperava a autonomia privada e a propriedade privada, que, desprovidas de qualquer cunho social, tinham a proteção eminimentemente privatista do Código Civil anterior.

Diante da seriedade dos princípios ambientais, Antunes afirma que "os princípios do direito ambiental são extremamente importantes, visto que a proteção do meio ambiente se faz de forma dinâmica e não meramente estática." (2012, p. 53). Portanto são de todo aplicáveis a proteção do patrimônio cultural e têm a meta de equilibrar o relacionamento do homem com a natureza, colocando a sociedade como guardiã; esta, por sua vez tem a responsabilidade de não praticar atos que prejudiquem o meio ambiente, e promover a proteção ambiental.

3. DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Atualmente, uma das maiores preocupações ligadas ao Direito Ambiental tem como foco os danos causados pela degradação do ecossistema, por meio de poluição ou agressão ao bem ambiental, alterando as características ambientais, ligados aos direitos difusos, cujos indivíduos têm o direito de usufruir do bem ambiental e também têm o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ademais, os danos na esfera ambiental causados por ação humana, culposa ou não, geram ofensas a bens ou interesses públicos, que são protegidos por uma ordem jurídica, observados como macrobem[672] de interesse da coletividade; desse modo, as lesões são tidas como inaceitáveis, pois essas agressões causam impactos ambientais para os quais a

[672] Macrobem: o meio ambiente em sua máxima complexidade, em sua máxima extensão, todas as formas de vida interagindo entre si e com todas as suas manifestações e criações. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5927>. Acesso em: 26 de maio de 2013.

Constituição Federal de 1988 no "§ 3º do art. 225 estabelece que a agressão ao meio ambiente será punida." (Martins e Bastos, 2002, p. 996).

A responsabilidade na questão ambiental tem a concepção de que o agente que praticou ato ilícito tem que indenizar os prejuízos causados ao meio ambiente; portanto deve responder pela realidade de fatos no aspecto social. A penalidade a ser aplicada adota um sentido obrigacional, ou seja, condutas tipificadas que causam lesão ao meio ambiente serão punidas com sanções em três esferas autônomas: no âmbito penal (repressiva), são tipificadas as condutas dos crimes ambientais; já na esfera cível (reparatória), vigora a responsabilidade objetiva, que exige a prova do dano e o nexo causal, não sendo necessária a comprovação de culpa, e pela via administrativa (preventiva), as sanções são impostas pelo poder de polícia, cuja obrigação cabe ao poder público, em qualquer um dos três níveis federativos, sendo destinatário imediato o próprio mundo natural, reforçado pelo parecer de Martins e Bastos: "A expressão 'processo ecológico' é a mais abrangente possível, pois diz respeito à totalidade do meio ambiente, devendo o Estado adotar técnicas fundamentais a sua perpetuação" (2002, p. 968).

A Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), instituída pela Lei 6.938/1981, tem por escopo a preservação, a melhoria e a recuperação da qualidade ambiental que propicia a vida do meio ambiente ecologicamente equilibrado, estabelecendo fins e mecanismos com a aplicação de diretrizes para uma "mudança qualitativa no sistema de proteção ambiental, pois busca criar um sistema estruturado e organicamente coerente" (Antunes, 2012, p. 365) por um conjunto de orientações legais estabelecidas para atividades governamentais públicas ou privadas.

Em se tratando de impactos ambientais, este se refere juridicamente a alterações bruscas causadas ao meio ambiente, com efeitos exclusivos da ação humana, os quais modificam o ecossistema em suas propriedades física, química e biológica, que afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população, as atividades sociais e econômicas, a biota, as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente, a qualidade dos recursos ambientais,[673] com isso, contamos com a educação ambiental para conscientizar a sociedade a favor de evitar a poluição.

De fato a poluição é um mal que assola a sociedade; "podemos entender por fonte de poluição a atividade, o local ou o objeto que emanem elementos (poluentes) que degradem a

[673] Conceituado pela Resolução 001/1986, art. 1º do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA).

qualidade do meio ambiente" (Silva, 2000, p. 181), pois bem, não são simples de discriminar as muitas fontes de contaminação, pois todas estão, de certa forma, ligadas à vida, mas a maioria delas consiste em fontes urbanas de degradação, porém os "resíduos podem ser líquidos, gasosos, ou sólidos, provenientes de atividades humanas domésticas, profissionais, agrícolas, industriais ou nucleares" segundo Silva (2000, p. 82).

Em se tratando da poluição do solo, este por sua vez é um corpo vivo, de grande complexidade e muito dinâmico, chamado de terra que resultou de agentes externos (vento, chuva e umidade) e orgânicos (resto de animais e plantas), divide-se em fase sólida, que engloba matéria mineral e orgânica, e sua fase não sólida tem como componentes o ar e água. O solo é um recurso natural básico e deve ser encarado como um limite comum entre a atmosfera e a hidrosfera, e sempre que adicionarmos qualquer substância estranha à terra estaremos poluindo tanto o solo, como o ar e a água, de maneira direta ou indireta.

A Lei 12.305/2010 tem grande valia no nosso ordenamento jurídico; ela institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, de acordo com a origem dos resíduos e as substâncias que formam seu conteúdo, são classificados em comuns, químicos, hospitalares e radioativos ou nucleares; observando a necessidade da correta destinação de resíduos sólidos, foi criado também o Decreto 7.404/2010 que regulamentou a Política Nacional de Resíduos Sólidos, e criou o Comitê Interministral da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação da Logística Reversa.

Cabe ressaltar que o lixo urbano possui natureza jurídica de poluente e passou a ser uma questão de interesse global, a taxa de produção de resíduos sólidos está relacionada a hábitos de consumo e de cultura, pois representa uma grave ameaça à vida do planeta por dois fundamentos, pela quantidade de dejetos produzidos e devidos aos seus perigos tóxicos. São muitos os problemas, como o destino incorreto do lixo, a disposição inadequada, o impacto potencial ao meio ambiente, as consequências causadas à saúde humana.

O tratamento adequado do lixo envolve vantagens econômicas e ambientais, como preservação, saúde e qualidade de vida; fomentam, também, a preocupação no descarte de materiais que atinge de forma considerável os valores ambientais. Com a publicação da Lei 10.305/2010 que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), forma criadas as diretrizes gerais aplicáveis aos resíduos sólidos no país, regulamentando a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos. Consoante explana Fiorillo (2012, p. 367):

> A poluição na verdade, é gerada pelo próprio caos urbano, pela falta de uma política urbana, incumbência do Poder Público. Com isso responsabilizar a coletividade por essa atividade é sobrecarregá-la, uma vez que já possui o ônus de conviver com tais problemas.

A PNRS trata da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, observando as atribuições para a destinação final adequada dos resíduos. Por meio de acordos setoriais, ficam sob o encargo dos fabricantes, dos importadores, dos distribuidores e dos comerciantes, bem como, os consumidores também ficam obrigados a acondicionar adequadamente e de forma diferenciada resíduos sólidos gerados, bem como disponibilizar corretamente os materiais reutilizáveis e recicláveis para coleta e devolução. Os titulares de serviços públicos de limpeza urbana e manejo de resíduos ficam responsáveis pelo sistema de logística reversa, implantadas e estruturadas por ações do Poder Público, por meio do qual os produtos colocados no mercado com o ciclo produtivo completo fazem um caminho de volta, com o objetivo de reduzir os impactos ambientais e para o reaproveitamento.

Segundo a lei, a coleta seletiva é estabelecida por planos municipais, e tem o objetivo de avaliar e destinar quantitativa e qualitativamente a produção de resíduos, esses materiais, como papel, plástico, metal e vidro, são separados, recolhidos, reaproveitados, por vários meios como a reutilização, a compostagem, a recuperação, o aproveitamento energético, entre outras, priorizando a reciclagem em cooperativas de catadores de baixa renda.

Causas agravantes do lixo urbano, que acarretam muitos problemas à sociedade devido ao aumento de consumo e à produção de materiais artificiais devido a evolução tecnológica, “os países industrializados há muito utilizavam a exportação de resíduos como forma alternativa de eliminação do problema” (Fiorillo, 2012, p. 380), sendo assim, a lei proíbe a importação de resíduos sólidos perigosos e que causem danos ao meio ambiente e veda o lançamento de resíduos sólidos em praias, no mar ou em quaisquer corpos hídricos e in natura a céu aberto, exceto no caso de mineração, também não será permitida a queima de resíduos a céu aberto, ou recipientes, instalações e equipamentos não licenciados para essa finalidade.

Diante disso, Antunes reforça que “a educação ambiental para adequada gestão de resíduos sólidos é parte integrante da Política Nacional de Resíduos Sólidos e tem, como objetivo, o aprimoramento do conhecimento, dos valores, dos comportamentos e do estilo de vida relacionados com a gestão e o gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos

sólidos.” (2012, p. 782-783). Estima-se a existência de locais adequados para a deposição de lixo. O Decreto 7.404/2010 assenta os princípios para a execução da Política Nacional de Resíduos Sólidos, estimulando a adoção de padrões sustentáveis para a redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, atingindo a meta de disposição final ambientalmente adequada no prazo de quatro anos a partir da publicação da lei, previsto no art. 54 da Lei 12.305/2010, que foi publicada em 02 de agosto de 2010.

Nesse cenário, a legislação ressalta a importância dos aterros sanitários, sendo essa a maneira mais adequada para a supressão correta do lixo, ou seja, a menos prejudicial; o prazo expira em 03 de agosto de 2014, para estar em funcionamento os aterros que devem substituir os “lixões”, o que está gerando grandes problemas aos responsáveis pela implantação dos aterros sanitários. Devido à falta de programação e à demora no acolhimento do imposto pela lei, alguns entes públicos estão apresentando propostas a fim de remediar o destino do lixo.

Medidas fundamentais para o início da mudança, envolvem a sociedade a fim de promover a educação ambiental, por meio de aterros controlados, coleta seletiva e triagem para cooperativas de catadores. Nesse passo, observa-se que os dispêndios para levantar um aterro não são nada baratos; alguns municípios resolveram se unir e montar um aterro intermunicipal, porém, uma questão fundamental a ser discutida reside na localização desses depósitos sanitários, devido ao aumento da produção de lixo, à perda da qualidade de vida, à desvalorização de imóveis, ao trânsito de caminhões, ao deslocamento de catadores, entre outros. Tudo isso gera uma enorme oposição das comunidades atingidas pela medida, o que leva a administração pública a procurar novas áreas para a implantação dos aterros sanitários, ou até mesmo tentar novas soluções, para a disposição dos resíduos.

Sobressai que o diferencial do aterro sanitário é a responsabilidade de como tratar o lixo para evitar danos ao meio ambiente e, consequentemente, à saúde pública, portanto, é necessário um projeto de engenharia que, com muita cautela, escolhe a área de preparação do terreno, observando a vida útil do aterro e a recuperação do solo após o encerramento das atividades de disposição.

Destarte, o terreno é preparado com selagem de argila e mantas de PVC, impermeabilizando o solo, para que o chorume que sai do lixo não contamine o lençol freático. Sendo assim esse líquido tóxico é captado por tubos e encaminhados a um poço de acumulação onde fica recirculando por seis meses sobre a massa de lixo aterrada, depois do que é dirigido à estação de tratamento de efluentes, com um sistema de captação e

armazenamento, ou queima do gás metano resultante da decomposição da matéria orgânica, que é transformado em fonte de energia.

Os resíduos depositados no aterro têm quantidade controlada e são cobertos todos os dias, para evitar a poluição visual, a propagação de vetores e o mau cheiro. Ao final da vida útil do aterro sanitário, os operadores responsáveis pelo aterro, ficam encarregados por efetivar um plano para recuperação do terreno.

Os aterros sanitários reduzem o impacto ambiental e a degradação do meio ambiente, pois reduzem os lixões e aterros clandestinos e, com o tempo observa-se uma significativa redução de gastos estatais. Através de programas de conscientização, a educação ambiental vem sendo implementadas na sociedade, e as funções são exercidas de maneira plena, onde cada uma faz a sua parte; a comunidade com ação, a administração pública com diretrizes e estratégias para o desenvolvimento urbano e o bem ambiental que é utilizado de maneira racional e sustentável.

4. ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Observa-se que o Estado estabelece diversos limites e condições a fim de que o interesse público seja preservado, sendo assim tem o controle preventivo e o punitivo dos atos que definem as normas do poder de polícia, que visa a regulamentar e evitar com que atividades particulares prejudiquem o interesse do grupo social, por meio de fiscalização, restrição de direitos e aplicando punições. Nesse sentido, Meirelles (2006, p. 142) ensina:

> Em verdade, a polícia sanitária dispõe de um elastério muito amplo e necessário à adoção de normas e medidas específicas, requeridas por situações de perigo presente ou futuro que lesem ou ameacem lesar a saúde e a segurança dos indivíduos da comunidade. Por essa razão o Poder Público dispõe de largo discricionarismo na escolha e imposição das limitações de higiene e segurança, em defesa da população.

Ao se analisar a questão que regulamenta a matéria ambiental, o poder administrativo pode ser dividido em poder de polícia e licenciamento ambiental. O primeiro tem por base o exercício de atividades dependentes de concessão, autorização, permissão ou autorização do

Poder Público, devido à poluição ou agressão à natureza; já o segundo é um procedimento realizado por órgão de competência ambiental definido em lei para conceder alvarás à localização, à instalação, à ampliação e à operação de empreendimentos e atividades que se utilizam de recursos ambientais.

Acerca dos atos preventivos da administração pública, esses são feitos por meio de autorização, para que as atividades efetuadas não causem prejuízo ao bem ambiental; de outro giro, os atos punitivos classificados na teoria da administração são instituídos por meio de multas, perda ou restrição de benefícios fiscais e de financiamentos para obtenção de crédito, podendo gerar, também, suspensão, redução ou interdição de atividades, ocasionando até mesmo o fechamento do estabelecimento com o embargo de obra. Nesse âmbito, Meirelles discorre que "o Direito Administrativo impõe as regras jurídicas de organização e funcionamento do complexo estatal." (2006, p. 63).

Feitas tais considerações, é bom reforçar que a sociedade tem função importante na atuação proativa no cumprimento da legislação, atuando no papel de fiscal e exigindo condutas ambientalmente corretas junto ao governo em constante vigilância.

Na Supremacia do Interesse Público, conhecido como supraprincipio, prevalece o interesse coletivo, observando que o Estado não pode deixar de atender às demandas públicas em que prevalece o interesse coletivo, sob pena de responder por omissão; tem o caráter de poder-dever, o legislador, faz, edita e se vincula a norma no mesmo lapso temporal. Meirelles (2006, p. 105) frisa que "se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade. É que o Direito Público ajusta ao poder do administrador o dever de administrar".

Os princípios constitucionais aplicáveis ao Estado encontram-se expressos no texto legal do art. 37, *caput* da CF/88 e esquematizam os parâmetros a serem seguidos pelo Poder Público, dizendo que "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".

Enseja o princípio da legalidade a supremacia da lei, ou seja, o administrador público tem que estar em conformidade com a legislação expressa, encontrando o fundamento e o limite para a realização dos atos administrativos.

Quanto ao princípio da legalidade, Meirelles (2006, p. 88) explica que “a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito”.

Caracteriza-se o princípio da impessoalidade que a administração pública deve agir sempre de maneira impessoal, com isenção e sem privilégio, sendo vedada a promoção pessoal, o administrador público não pode se beneficiar da sua condição, segundo Di Pietro afirma que “o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.” (2007, p. 62).

O princípio da moralidade administrativa é considerado requisito de validade dos atos da administração e “ficou consagrada pela Justiça como necessária à validade da conduta do administrador público” (Meirelles, 2006, p. 91), pois exige respeito aos padrões éticos de boa fé e honestidade, que formam o conceito de boa administração por entendimento doutrinário “a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade quanto aos fins (desvio de poder).” (Di Pietro, 2007, p. 69).

Sustenta o princípio da publicidade a ampla divulgação dos atos praticados pela administração pública, baseado no subprincípio da transparência, tratando do direito à informação com a divulgação oficial dos atos praticados pela administração, atendendo às exigências legais, não se podendo alegar ignorância dos fatos. Cabe exceção nos casos de segredo de justiça, tendo em vista a preservar informações sigilosas, desde que devidamente fundamentadas.

Em suma, o princípio da eficiência inserido pela emenda constitucional 19/1998, que ficou conhecida como reforma administrativa, diz respeito à atuação do agente público que deve atuar com empenho, visando aos bons resultados, em comunhão com a organização, estrutura e disciplina para proceder numa boa prestação de serviço.

De outro vértice, os princípios infraconstitucionais, como o próprio nome diz não estão previstos no texto constitucional, porém, atuam com a mesma seriedade e importância jurídica dos princípios com previsão expressa na Constituição Federal de 1988.

Quanto ao princípio da autotutela, este diz respeito ao poder que a administração pública tem de revisar seus próprios atos, através de atos discricionários de controle interno; tem a faculdade de anular seus atos, nos casos de vícios que tornam os atos ilegais, e de

revogar seus atos, nos casos de conveniência e oportunidade, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Já quanto ao princípio da obrigatória motivação Mazza ensina que “a validade do ato administrativo está condicionado à apresentação por escrito de fundamentos fáticos e jurídicos justificadores da decisão adotada” (2011, p. 99); insta salientar a diferença de motivo e motivação. O primeiro diz respeito às razões ou pressupostos fáticos que embasam ato administrativo, já o segundo traz a imposição escrita do motivo. Nesse sentido, a teoria dos motivos determinantes define que feita a motivação, ela vincula o ato administrativo com as suas exposições fáticas.

O princípio da finalidade, intrínseco à legalidade, afirma que o administrador público não pode buscar objetivos diversos dos que estão previstos em lei, incorrendo na tresdestinação, também conhecido como desvio de finalidade; quando praticado ato para fim diverso do expressado na legislação, tal distorção torna o ato nulo.

A propósito Mukai (2004, p. 170) pontifica:

> Considerando que as regras jurídicas que compõe o direito ambiental são, em sua grande maioria, normas de natureza pública, esse direito está, obviamente, sob a égide dos princípios do direito público. Além disso, como dito anteriormente, por constituir-se primordialmente, de normas de direito administrativo, também aos seus princípios estará adstrito.

Configuradas as balizas do poder regulamentar, a legislação administrativa deve ser correlacionada com as leis ambientais de forma a observar e obedecer aos princípios de ambas as disciplinas, frisadas na Constituição Federal de 1988. Nesse cenário, destaca-se a improbidade administrativa ambiental que pode ser observada como afronta aos princípios administrativos, conforme dispõe o art. 11 da Lei 8.429/1992.

4.1 Ato de Improbidade do Administrador Público

A lei encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal de 1988, que menciona em seu art. 37, § 4º as sanções relativas aos atos de improbidade administrativa.

Para regulamentar esses atos foi promulgada a Lei 8.429/1992, na qual se configuram ações da administração que são bem abrangentes e se referem ao enriquecimento ilícito dos entes públicos, que causam prejuízos financeiros e atentam contra os princípios da administração pública.

A aplicação desta legislação se dá em relação às entidades governamentais e às entidades que recebam verbas públicas. Quanto às infrações praticadas, são cabíveis sanções por improbidade, deixando claro que a lesão da probidade administrativa corre sem prejuízo da ação penal cabível; em suma, as instâncias: administrativa, civil e criminal são independentes e autônomas. Di Pietro (2007, p. 752-753) ensina, de forma sintética e precisa, que "a primeira vai apurar o ilícito administrativo segundo as normas estabelecidas no Estatuto funcional; a segunda vai apurar a improbidade administrativa e aplicar sanções previstas na Lei 8.429/1992; e a terceira vai apurar o ilícito penal, segundo as normas do Código de Processo Penal".

Os atos da improbidade administrativa são analisados em três categorias: o enriquecimento ilícito[674], que aborda o aumento do patrimônio pessoal através de crimes contra os cofres públicos; os danos ao erário[675], quando há a diminuição do patrimônio público por conta do ato criminoso, e os atos contra os princípios da administração[676], que trata sobre o ato desonesto e imoral, quanto a isso "não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade da administração pública." (Di Pietro, 2007, p. 743).

Para Mazza (2011, p. 471):

> Os agentes públicos podem praticar, no exercício das funções estatais, condutas violadoras do Direito, capazes de sujeitá-los à aplicação das mais diversas formas de punição. Se o comportamento causar prejuízo patrimonial, pode ser proposta uma ação civil visando à reparação do dano. Sendo praticada conduta tipificada como crime, instaura-se um processo penal tendente à aplicação de sanções restritivas da liberdade. Já na hipótese de infração de natureza funcional, o Poder Público poderá instaurar um processo administrativo que, em caso de condenação do agente, resulta

[674] Previsão legal no art. 9º da Lei 8.429/1992.
[675] Previsão legal no art. 10 da Lei 8.429/1992.
[676] Previsão legal no art. 11 da Lei 8.429/1992.

na fixação de sanções relacionadas ao cargo público, como advertência, suspensão e até demissão do servidor.

Partindo da questão ambiental, as punições administrativas serão sempre pecuniárias, quanto aos danos causados estão condicionados a culpa ou dolo do agente que praticou a agressão ao meio ambiente, junto à possibilidade material e a capacidade financeira de reparar o dano. Em consequência disso, busca-se o acesso à jurisdição com *status* constitucional para prevenir ou reprimir danos ambientais, utilizando como instrumento processual a Ação Civil Pública, neste caso, disciplinada pela Lei 7.347/1985, com o objetivo de condenação em dinheiro, ou o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, podendo se valer do Ministério Público[677] ou outras entidades legitimadas[678] para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Ora, na análise vertente, o foco é o aterro sanitário, que é uma das fontes geradoras de problemas que causam danos ambientais, tendo como responsável o chefe do Poder Executivo do Município, que não pode alegar desconhecimento da necessidade de elaborar um Plano de Gerenciamento de Resíduos Sólidos (PGRS), que tem a função de cuidar da proteção ao meio ambiente e da saúde da comunidade, não podendo ser omisso em seus atos, pois, segundo Martins e Bastos, "para assegurar a preservação no futuro há, todavia, a necessidade de definir mecanismos no presente, cabendo ao Poder Público, e principalmente ao Ministério Público, tal função profilática, na salvaguarda desses direitos e interesses coletivos" (2002, p. 962).

O ônus da falta de elaboração e execução do PGRS por parte dos Municípios aponta a lastimável omissão na manutenção dos problemas de ordem socioambiental, prevendo, assim, ato de improbidade da administração pública, de acordo com art. 11, *caput* e inciso I da Lei 8.429/1992. A falta de atitude dos agentes públicos está prejudicando toda a sociedade devido à degradação do bem ambiental. Muitas vezes os órgãos responsáveis tentam justificar os compromissos não cumpridos, com base na falta de recursos financeiros.

É bem verdade que o orçamento para a implantação de aterros sanitários, em primeiro momento, assusta, pois os custos são realmente altos. Sucede que, nessa relação direta e de fácil compreensão, os custos diminuem e os benefícios aumentam, tanto do ponto de vista econômico, quanto do ponto de vista ambiental e social, até porque a administração

[677] Previsão legal no art. 129, incisos II e III da Constituição Federal de 1988.
[678] Previsão legal no art. 129, § 1º da Constituição Federal de 1988.

pública, no exercício da sua função, precisa praticar atos vinculados que pretendem concretizar objetivos por meio do interesse público para propiciar o bem-estar social.

Essa postura de implantação dos depósitos sanitários, junto aos meios alternativos para a destinação correta dos resíduos sólidos, como a coleta seletiva o lixo produzido pela sociedade e reutilizado, reciclado e submetido à compostagem, os custos se tornam menos expressivos, pois esses programas recebem incentivo fiscal ambiental, transferindo uma cota-parte do ICMS (Impostos sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços) para os municípios que cumprirem a legislação ambiental, com a destinação dos seus resíduos sólidos a um aterro licenciado[679].

Meirelles (2006, p. 582) destaca que:

> A proteção ambiental visa a preservação da Natureza em todos os elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, diante do ímpeto predatório das nações civilizadas, que, em nome do desenvolvimento, devastam florestas, exaurem o solo, exterminam a fauna, poluem as águas e o ar.

Constata-se que a violação aos princípios e normas de defesa do meio ambiente, causam muitas consequências ambientais danosas e irreversíveis, que decorrem da poluição causada pela prestação inadequada de serviço de coleta e tratamento de resíduos sólidos. Diante dessas omissões do Poder Público e o Poder Judiciário tem papel significativo para a aplicação eficaz do Direito, pois este "deixou de ser apenas um instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para a consecução de justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo" (Di Pietro, 2007, p. 60).

Atualemten, embora objeto de grandes críticas, o Judiciário tem grande influência nas diretrizes políticas do Estado, exercendo o controle jurisdicional e fazendo valer o regime democrático-participativo da sociedade, objetivando que a administração adote medidas necessárias à preservação da qualidade ambiental, visando à proteção a bens e recursos naturais.

Portanto, diante da omissão do agente político no cumprimento da legislação cabe ao cidadão a sua irresignação, ao Ministério Público e aos co-legitimados o ajuizamento da Ação

[679] Previsão legal no art. 158, inciso II da CF, e regulado pela Lei Complementar Federal nº 63/1990.

Civil Pública em razão da lesão ao bem jurídico ambiental e ao administrador caberia a responsabilidade por improbidade administrativa por desatender ao princípio da legalidade, deixando de cumprir com a regulamentação existente acerca da destinação adequada de resíduos sólidos.

CONCLUSÃO

O Direito Ambiental é um ramo jurídico, amplo e moderno, tutelado pela Constituição Federal de 1988 que por meio dos seus princípios intenta a preservação do meio ambiente, como bem jurídico fundamental.

O comportamento consumista da sociedade é prejudicial ao bem ambiental, gerando incontáveis danos à natureza, essas degradações ocasionadas pela falta de conscientização da coletividade ameaça a vida do planeta colocando em xeque o meio ambiente e a saúde da população.

Como traz no texto constitucional, o meio ambiente é direito de todos, como toda ação tem uma reação, todo direito implica num dever, sendo assim todas as pessoas têm direitos e deveres sobre o bem ambiental: direito de usufruir os recursos naturais e necessários à vida, e dever de preservar a qualidade do bem ambiental para as presentes e futuras gerações.

Diariamente produz-se muitos resíduos poluentes, agravados com o fenômeno da urbanização e a falha na educação ambiental da sociedade que, muitas vezes, por falta de conhecimento degrada o meio ambiente, causando impactos preocupantes aos recursos naturais como o ar, a água e o solo. Essas poluições podem gerar a responsabilidade objetiva do agente que praticou o evento danoso.

A produção desmedida de lixo nos centros urbanos traz riscos ao meio ambiente e à saúde da população. Observada a poluição em suas variadas formas, a Lei 12.305/2010, que implantou a Política Nacional de Resíduos Sólidos, também, previu a implantação até 2014 do Aterro Sanitário, que é a medida mais apropriada para a deposição de resíduos sólidos.

A responsabilidade na correta destinação dos resíduos sólidos é solidária, envolvendo o setor produtivo e o setor consumidor, porém, cabe ao Estado a elaboração e a execução de Políticas de Gerenciamento de Resíduos Sólidos, visando medidas educacionais na esfera

ambiental, incentivando a coleta seletiva em cooperativas de catadores, com a reutilização, reciclagem e a compostagem do lixo, e de uma forma especial: a implantação do aterro sanitário.

Desse modo, a omissão por parte dos agentes públicos causa lastimáveis danos ao meio ambiente, prejudicando toda a sociedade pela destruição de recursos ambientais, que devem ser resguardados e protegidos. A solução para a coletividade colocar em prática seus direitos na esfera ambiental, busca no Poder Judiciário, junto ao Ministério Público ou demais legitimados, alcançar providências cabíveis para que haja a imediata responsabilização da Administração Pública, por intermédio de Ação Civil de Improbidade Administrativa, devido ao descaso com a coisa pública, tendo em vista controlar a poluição, preservar os recursos naturais e restaurar os elementos destruídos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.305/2010**. Dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

_____. **Decreto nº 7.404/2010.** Regulamenta a Lei 12.305/2010.

_____. **Resolução nº 404/2008 do CONAMA.** Estabelece Critérios e Diretrizes para o Licenciamento Ambiental de Aterro Sanitário de Pequeno Porte de Resíduos Sólidos Urbanos.

_____. **Lei nº 9966/2000.** Dispõe sobre a Prevenção, o Controle e a Fiscalização da Poluição causada pelo lançamento de Óleo e outras Substâncias Nocivas ou Perigosas em Águas sob Jurisdição Nacional.

_____. **Lei nº 8.429/1992.** Dispõe sobre as Sanções Aplicáveis aos Agentes Públicos nos casos de Enriquecimento Ilícito no exercício de Mandato, Carga, Emprego ou Função na Administração Publica Direta, Indireta ou Fundacional e dá outras Providências.

_____. **Constituição Federal de 1988**.

_____. **Lei 7.347/1985.** Disciplina a Ação Civil Publica de Responsabilidade por Danos Causados ao Meio Ambiente, ao Consumidor, a Bens e Direitos de Valor Artístico, Estético, Histórico, Turístico e Paisagístico (Vetado) e dá outras Providências.

_____. **Lei nº 6.938/1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus Fins e Mecanismos de Aplicação, e dá outras Providências.

_____. **Ministério do Meio Ambiente.** Disponível em <http://www.mma.gov.br/>. Acesso em 26 de maio de 2013.

_____. Revista de Direito Ambiental 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 6 - julho/setembro de 2001.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BESSA ANTUNES, Paulo de. **Direito Ambiental.** São Paulo: Atlas S.A., 2012.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Função Ambiental da Propriedade Rural.** São Paulo: LTr, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2003.

GUIMARÃES FILHO, Sídali João de Moraes. **1000 Perguntas de Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Rio, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2006.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. **Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao Direito de Propriedade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários a Constituição do Brasil.** São Paulo: 8º Volume, Saraiva, 2002.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

MUKAI, Toshio. Temas Atuais de Direito Urbanístico e Ambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RIBAS, Luiz César. **A Problemática Ambiental.** São Paulo: De Direito, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2000.

TOLOSA FILHO, Benedito de. **Comentários a Lei de Improbidade Administrativa.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PNSB 2008: Abastecimento de Água chega a 99,4% dos Municípios, Coleta de Lixo a 100%, e Rede de Esgoto a 55,2%. Disponível em

<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=1691>. Acesso em 26 de maio de 2013.

LAY-ANG, Giorgia. **Aterro Sanitário.** Disponível em <http://www.brasilescola.com/biologia/aterro-sanitario.htm>. Acesso em 26 de maio de 2013.

Gestão do Lixo. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/sobre/meio-ambiente/gestao-do-lixo/aterros-sanitarios>. Acesso em 26 de maio de 2013.

Disposição de Resíduos. Disponível em <http://www.rc.unesp.br/igce/aplicada/ead/residuos/res13.html>. Acesso em 26 de maio de 2013.

CINTRA, Lydia. **Entenda a Diferença entre Lixão e Aterro Sanitário.** Disponível em <http://super.abril.com.br/blogs/ideias-verdes/qual-a-diferenca-entre-lixao-e-aterro-sanitario/>. Acesso em 26 de maio de 2013.

Lixão x Aterro. Disponível em: <http://www.lixo.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=144&Itemid=251>. Acesso em 26 de maio de 2013.

PERES, Jonas Guido. **O Objeto do Direito Ambiental.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5927>. Acesso em 26 de maio de 2013.

Introdução ao ICMS Ecológico. Disponível em <http://www.tributoverde.com.br/site/modules/mastop_publish/?tac=Introdu%E7%E3o_ao_ICMS_Ecol%F3gico>. Acesso em: 26 de maio de 2013.

NEVES, Carlos Roberto Pereira das. **A Política Nacional de Resíduos Sólidos e sua Relação Intrínseca com o Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/20027/a-politica-nacional-de-residuos-solidos-e-sua-relacao-intrinseca-com-o-codigo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em 26 de maio de 2013.

PEAD Sertec Brasil Distribuidora de Tubos Conexões e Soluções. Disponível em <http://www.sertecbrasil.com.br/>. Acesso em 26 de maio de 2013.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. SOLUÇÃO CONCRETA OU SIMBÓLICA PARA O COMBATE À CRIMINALIDADE?

Renato GARCIA[680]

RESUMO

O presente estudo objetiva uma análise sobre a questão da redução da maioridade penal e suas consequências práticas no combate à criminalidade. A perspectiva abordada visa demonstrar os efeitos concretos que a redução da maioridade penal provocaria na formação do adolescente em conflito com a lei, e sua contribuição no combate à violência. O tema apresenta relevância prática, pois, com a redução da maioridade, os adolescentes em conflito com a lei seriam lançados num sistema penal falido, superlotado e sujeito à atuação de grupos criminosos. A solução midiática para a redução da criminalidade é meramente simbólica, normativa, e não analisa, objetivamente, a realidade do sistema prisional brasileiro. Busca-se com o presente estudo demonstrar que o problema existente não é a qualidade da legislação nacional vigente, mas sim a sua falta de concretização. A repercussão negativa do envolvimento de infratores em crimes bárbaros, leva à conclusão equivocada de que: com a sua prisão como imputável, produziria o efeito de contenção da criminalidade. Na verdade, a redução da maioridade penal representaria efeito normativo simbólico, sem qualquer resultado prático na contenção do avanço da criminalidade. Isso porque a estrutura penal padece do mesmo vício de concretização das regras estatutárias. Com a medida pretendida e ventilada aos quatro ventos pela mídia, apenas se estaria chancelando o recrutamento de novos "soldados" para o crime organizado. A solução para o problema não é tão somente tornar imputável o infrator, mas permitir sua reinserção social como opção para a marginalidade. A medida midiática, aparentemente mágica para desacelerar o avanço da criminalidade, produziria mais efeitos negativos do que positivos. Essa conclusão se dá porque o sistema penal padece do mesmo vício de concretude do que as políticas da infância e da juventude.

[680] Mestrando pela Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP, área de Concentração: Estado e Responsabilidade – Questões Críticas. Juiz de Direito Titular da Comarca de Cambará/PR. Juiz Substituto da 32ª Seção Judiciária de Ibiporã/PR, com atuação nas comarcas de Ibiporã, Sertanópolis, Primeiro de Maio, Bela Vista do Paraíso, Assaí e São Jerônimo da Serra/PR (2009-2011) - Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor de Prática de Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Paraná – Londrina/PR (2009 a 2011). Juiz de Direito Substituto do Estado de Minas Gerais (2008-2009), tendo atuado na Comarca de Tupaciguara/MG. Advogado terceirizado do Banco do Brasil S/A (1994-2007). Bancário Banco do Brasil S/A (1981-1996). Graduado pela Faculdade de Direito de Bauru – ITE - Turma junho/1992. Contato: drrenatogarcia@uol.com.br.

ABSTRACT

This study aims an analysis on the issue about the reduction of criminal majority law and its practical implications in fighting crime. The approached perspective aims to demonstrate the actual effects that the criminal majority reduction would cause on the adolescents formation conflicting with the law and its contribution in combating violence. The topic has practical relevance, because with the age reduction, adolescents in conflict with the law would be launched in a failed criminal justice system, overcrowded and subjected to the criminal group actions. The media solution for reducing crime is merely symbolic, normative, and does not analyze objectively the prison system reality. The present study tries to demonstrate that the existing problem is not the current national legislation quality, but its lack of substantiation. The negative impact on the offenders involvement in barbarian crimes, leads to the mistaken conclusion which: with the offender arrest as imputable would produce the crime containment effect. In fact, lowering the criminal majority age could represent some normative symbolic effect without any practical result in curbing the crime spread. That is because the criminal structure suffers from the same addiction of statutory rules achievement. With the desired measure and its propagation by the media, we would be just corroborating for the new "soldiers" recruiting to organized crime. The problem solution is not only become the violator attributable, but also allow his reintegration into society as an option for the marginalized. The apparently magic media measurement to slow the spread of crime would produce more negative than positive effects. This conclusion is because the criminal justice system suffers from the same defect of concreteness of policies for children and youth.

PALAVRAS-CHAVE: Redução Maioridade Penal. Alteração simbólica. Controle da violência. Inserção social do adolescente.

KEYWORDS: Criminal majority reduction. Symbolic change. Violence control. Adolescents' social integration.

INTRODUÇÃO

O tema proposto acerca da redução da maioridade penal será abordado sob uma ótica concreta, como fator contributivo para a redução da criminalidade. A abordagem abrange um

estudo normativo da eficácia das políticas públicas atuais, seus resultados e progressos no complexo sistema de inclusão de crianças e adolescentes no contexto social da atualidade.

A alteração legislativa de redução da maioridade, pretendida pela proposição midiática, será questionada sobre o seu caráter meramente simbólico. A discussão analisará os efeitos da pretendida alteração e a possibilidade de absorção dessa nova massa de infratores (cuja imputabilidade se pretende ver reconhecida) pelo atual sistema de execução penal.

O assunto enfocado é relevante, principalmente quando não se tem a dimensão exata dos efeitos que a antecipação da maioridade pretendida acarretará. A ótica de abordagem do problema, alerta para o perigo de contribuir não para o controle, mas para o total descontrole da violência. Os efeitos da medida que se pretende poderá causar o efeito inverso, ou seja, além de contribuir para o aumento da violência e da criminalidade, geraria o colapso do sistema prisional.

O enfoque abrangerá um estudo normativo do Brasil e de suas políticas de reinserção social, bem como, os efeitos concreto de tais políticas no combate da criminalidade. A imputação da responsabilidade dos recentes casos de violência juvenil ventilados pela mídia nos últimos tempos, coloca em questionamento a eficácia dos métodos e programas estabelecidos pela Lei 8.089/90. A realidade mostra que o aumento da criminalidade não está apenas ligado à delinquência juvenil.

Na verdade a criminalidade atual está ligada à carência de políticas públicas eficazes à inclusão social. Tal situação gera uma série de consequências que incrementam a desigualdade social, estimulam a marginalização e exclusão. Levam jovens a formar um verdadeiro exército de delinquentes, atuando em prol dos grupos organizados. Surge um Estado paralelo, organizado e hierarquizado, vivendo à margem da sociedade e que, pouco a pouco, conquista os espaços não explorados nem atendidos pelo Poder Público instituído.

O argumento teórico a ser abordado neste singelo trabalho terá em mira a crítica à solução simbólica midiática apresentada para o problema. Ao se propor a redução da maioridade como solução para o problema, desconsidera-se o impacto que esta massa pessoas produziria ao ingressar no sistema penitenciário, já atualmente em crise.

Não se pretende aqui esgotar o assunto, muito menos apresentar uma fórmula mágica para a solução ao problema. Objetiva-se apenas lançar uma nova visão sobre o tema, fomentar o debate e um alerta sobre as consequências que a alteração simplista e simbólica pretendida na legislação poderá provocar no sistema de controle da violência atualmente vigente.

O alerta se faz necessário, pois a alteração açodada e não estruturada do sistema repressivo provocará o colapso da frágil estrutura estatal para o controle da violência e da

criminalidade. Sujeitará o cidadão a uma instabilidade ainda maior, já que mesmo condenado, o infrator não ficará afastado da sociedade para sempre.

Havendo colapso no sistema, o Estado não poderá executar e tornar concreto os comandos judiciais de repressão ao crime, pela falta de uma estrutura para cumprimento das penas impostas e, principalmente, de um programa efetivo reinserção social do criminoso. Ainda que condenado, o imputável terá uma pena a cumprir dentro da estrutura proporcionada pelo próprio Estado. O colapso do sistema prisional tornará incerta a concretude desse cumprimento. Tornará ainda mais incerta a probabilidade de reinserção social do infrator, visto que cumprida a pena e não havendo integração ao meio social, a probabilidade de reincidência é considerável.

É responsabilidade do Estado não só a viabilidade da execução das penas impostas aos imputáveis, mas também a implementação de políticas públicas de inclusão social, capazes de assegurar aos egressos, cada vez mais numerosos, uma opção digna de sobrevivência, sob pena de retornarem ao caos de exclusão e da marginalidade.

1. CONTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO MAIORIDADE PENAL

Segundo a doutrina penal existem três sistemas de apuração da imputabilidade. O sistema biológico (causa mental deficiente), o psicológico (capacidade de entender o caráter ilícito da conduta e determinar-se de acordo com esse entendimento) e o biopsicológico ou misto (causa mental deficiente agregada à capacidade de entender o caráter ilícito da conduta).

Como regra geral, o Brasil adotou o sistema biopsicológico.

Contudo, no que se refere à maioridade penal, vigora o sistema biológico.

A inimputabilidade decorre da simples idade do agente (inferior a dezoito anos), pouco importando se possui ou não consciência da ilicitude da conduta praticada. Com efeito, no Brasil a maioridade penal como causa de inimputabilidade é fixada pela própria constituição, art. 228 da CRFB.

O primeiro questionamento a ser feito é a natureza jurídica de tal regramento, ou seja, se constitui ou não garantia individual, sendo, portanto, cláusula pétrea.

A solução desse primeiro impasse apresenta importância ímpar de viabilidade da proposição, face à limitação constitucional materializada pelo art. 60, § 4º, inciso IV, da CRFB.

Sobre o questionamento apontado, há duas posições a respeito: uma no sentido de que se trata de cláusula pétrea (materialmente) e como tal inalterável. Outra posição é a de que não se trata de cláusula pétrea, quer formalmente, quer materialmente. Para essa corrente, a modificação dependeria de mera emenda à constituição, respeitado o devido processo legislativo.

Não obstante a respeitável posição contrária merece prevalecer a tese dos que defendem a possibilidade de emenda constitucional.

Isso porque o próprio Pacto de San Jose da Costa Rica (1979) prevê a possibilidade de imputação penal ao *menor*, desde que observados certos requisitos, ou seja: art. 5.5. "Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos ao tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento."

É a posição sustentada por Nucci (2012, p. 296):

> Por isso, a maioridade penal, além de não ser direito fundamental em sentido material, em nosso entendimento, também não o é no sentido formal. Assim não há qualquer impedimento para emenda constitucional suprimindo ou modificando o art. 228 da Constituição.

Noutra passagem, o mesmo autor arremata com um argumento evolutivo ímpar, em consonância com o tratado internacional (Pacto de San Jose da Costa Rica) e demonstrando a necessidade de adaptação do texto normativo à realidade social do momento (mutação legislativa):

> O menor de 18 anos já não é o mesmo do início do século, não merecendo continuar sendo tratado como pessoa que não tem noção do caráter ilícito do que faz ou deixa de fazer, sem poder conduzir-se de acordo com esse entendimento. A redução seria uma imposição natural, podendo-se como ocorre em outros pontos do globo, estabelecer uma nítida separação entre o local de cumprimento de pena para os maiores de 18 e para os menores que forem considerados penalmente imputáveis.

Ainda sob o mesmo argumento, é de ser destacada a existência de diversos critérios limitativos da imputabilidade pelo mundo. Vários dos países que aderiram ao Pacto de San

Jose da Costa Rica possuem diferentes critérios para aferição da maioridade penal. Segundo Soares (1996, p. 734):

> Do ponto de vista do Direito Penal Comparado, a idade fixada, para efeito de responsabilidade penal, em diversos países selecionados, é a seguinte: Haiti – 14 anos; Índia, Paquistão, Honduras, El Salvador, Iraque – 15 anos; Birmânia, Filipinas, Ceilão, Hongue-Congue, Bélgica, Nicarágua, Israel – 16 anos; Malásia, Polônia, Grécia, Costa Rica – 17 anos; Brasil, Tailândia, Áustria, Luxemburgo, Dinamarca, Finlândia, França, Suíça, Iugoslávia, Peru, Uruguai, Turquia – 18 anos; EUA - há variação de critérios nos diversos Estados-membros da Federação, pois adotam entre 16, 17, 18, 19 e 21 anos.
>
> Percentualmente, a variação de idade nos diferentes países, é a seguinte: 14 anos (0,5%); 15 anos (8,0%); 16 anos (13%); 17 anos (19%); 18 anos (55%); 19 anos (0,5%) e, 21 anos (4,0%).

Pelos dados supramencionados, é possível aferir que no contexto global, a maioria dos países ainda mantém os 18 anos como limite para a imputabilidade. Não obstante tal fato estatístico, é certo que a posição de Nucci e de todos aqueles que pregam a possibilidade de redução da maioridade, é a mais coerente com a realidade da sociedade moderna. O acesso à informação na época da edição do Código Penal (1940) ou mesmo da própria Constituição Federal (1988) era extremamente limitado e restrito a um número pequeno de privilegiados.

Hoje, o amplo e irrestrito acesso à informação, advindo da evolução tecnológica do computador e da internet, faz com que o adolescente de 16 anos tenha acesso a uma gama considerável de informações aprimorando sua visão de mundo e senso de responsabilidade. Além do mais, o atual estágio de desenvolvimento do ensino e até mesmo da consciência do homem, permite concluir que a redução da maioridade penal é medida inevitável e consequência natural da evolução dos tempos.

Seria ilógico conferir a alguém o direito de decidir o destino da nação na escolha de seus governantes (pelo voto) e não ter, essa mesma pessoa, a capacidade de responder penalmente pelos seus próprios atos.

Portanto, a redução da maioridade penal, sob a ótica da viabilidade jurídica é possível, não obstante o pensamento contrário a respeito. Também sob o viés da lógica, decorre da evolução dos tempos e do amplo acesso à informação, a todos democratizada.

2. A REALIDADE SOCIAL – PROTEÇÃO INTEGRAL

É cediço que o direito é dinâmico. Desde os primórdios, o homem compreendeu a necessidade da vida em sociedade, visando à mútua proteção. A lei dos mais fortes cede espaço à convivência harmônica dos homens, com respeito aos direitos individuais de cada um deles e dentro de um regramento universal de respeito mútuo.

O convívio social implica na limitação de uma parte dos direitos em prol do bem comum e da vida social.

Como já dizia ROUSSEAU (2012, p. 40) ao propor a necessidade do Contrato Social ao homem moderno: “Encontrar uma forma de associação, que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual se uniria a todos, obedecendo, entretanto só a si mesmo e permanecendo tão livre quanto antes.”

A partir desse pacto de convívio social, é pacífico que certos comportamentos humanos sofrem restrições em prol da convivência harmônica de todos os membros da sociedade organizada.

Essas regras de conduta, em prol do bem-estar social, também atingem as situações de adolescentes em conflito com a lei, já que impõe, também a eles, certa limitação de conduta em prol do bem estar social.

No âmbito infracional não se fala no caráter retributivo das medidas legalmente previstas, ou muito menos em sanção por conta de um ato praticado. Em matéria infracional se fala no princípio da proteção integral, medidas protetivas e socioeducativas, todas com a finalidade de integração social. Não só ao “menor” em “situação irregular”, mas também a todo e qualquer adolescente que esteja em desacordo com o ordenamento vigente.

Neste sentido CURY (2013. P. 17):

> Ao romper definitivamente com a doutrina da situação irregular, até então admitida pelo Código de Menores (Lei 6.697, de 10.10.79), e estabelecer uma diretriz básica e única no atendimento de crianças e adolescentes a doutrina da proteção integral, o legislador pátrio agiu de uma forma coerente com o texto constitucional e documentos internacionais aprovados com amplo consenso da comunidade das nações.

Como se o observa, os parâmetros de abordagem entre a sanção penal do imputável e as medidas socioeducativas do adolescente em conflito com a lei são diversas, porém, estas não são menos eficazes, quando concretizadas na forma prevista pela lei. Mas quanto aos efeitos concretos poderia se falar em ineficácia da legislação atual?

Esse é o âmago do debate aqui proposto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA, possui um amplo espectro de medidas de proteção passíveis de aplicação, tanto para crianças como para adolescentes. Envolve medidas protetivas desde os casos de desvio de conduta para crianças, como também, uma gama de medidas socioeducativas para os adolescentes em conflito com a lei.

Dessa forma, não se pode, em tese, falar em "impunidade" ou mesmo em ineficácia da legislação atual, haja vista que o regramento existe, o que falta, é uma política de concretização efetiva de tais medidas legais.

Quando se fala em proteção integral, busca-se a tutela não só da criança e do adolescente em *situação irregular*, mas de todo aquele que, em qualquer situação, exija a atuação estatal. A proteção da lei deve atuar de forma concreta e não como mero simbolismo, apenas para satisfazer uma pseudo segurança midiática.

Em recente artigo intitulado "toque de recolher" como medida de contenção da violência e em prol da segurança pública, SALIBA e BREGA FILHO (2013, p. 313) apontam para uma interessante regra de ponderação de direitos: "Note-se que não se estaria fazendo uma prevalência do direito fundamental à segurança, sendo evidente o excesso na aplicação de uma medida que cerceia a liberdade e direitos de adolescentes que não estão em conflito com a lei." Neste enfoque os autores questionaram a medida adotada em algumas cidades e repelida pelo ordenamento jurídico. A imposição de horários para a circulação de crianças e adolescentes no ambiente urbano. O cerceamento da liberdade em nada contribuiu, concretamente, com a redução da criminalidade. Pelo menos, nada de científico foi demonstrado. Muito pelo contrário, a medida simbólica tornou precária a situação das crianças e adolescentes que viviam nas ruas, sem qualquer política concreta de inclusão do Estado. Não podiam obedecer ao "TOQUE DE RECOLHER", pois não tinham para onde ir. Foi, na verdade, uma medida simbólica para contenção da violência, apenas como resposta midiática à sociedade. Nenhum estudo concreto demonstrou a efetividade das medidas. Dessa forma, também aqui a restrição da liberdade de locomoção não se mostrou adequada e proporcional com a redução da criminalidade esperada.

Mutatis mutandis poderia ser questionado: a redução da maioridade penal é realmente necessária para acabar com a impunidade? O regramento atual é suficiente para

coibir o avanço da criminalidade? Falta uma legislação mais rígida ou a atual é suficiente se for concretamente aplicada? É esta ponderação de valores e efeitos que deve ser questionada, antes de se adotar a solução simplista de mera modificação legislativa.

3. REDUÇÃO DA MAIORIDADE – SOLUÇÃO SIMBÓLICA PARA FALHA ESTRUTURAL DO SISTEMA

Quando se fala em impunidade dos atos infracionais praticados por adolescentes, há dois equívocos. O primeiro deles é que tais atos não são passíveis de "punição", mas de medidas socioeducativas visando a integração e reinserção social do adolescente em conflito com a lei. Não se trata de posicionamento paternalista, protetivo ou inconsequente, mas sim de uma tendência que, nos últimos anos, também tem ocorrido, inclusive, no âmbito da execução penal.

Protagonizada pela ampla divulgação midiática, a redução da maioridade penal vem sendo vista como a tábua de salvação para a contenção da violência e solução do problema do "menor".

Mas será que isso é verdade?

A questão necessita de análise crítica. Um aparte que se faz necessário. Resta um questionamento intrigante: Como anda o cumprimento das penas impostas aos imputáveis? Depois da sentença, o que ocorre com o condenado. O processo de execução penal caminha de forma razoável? Ao menos caminha? A verdade é alarmante.

O Conselho Nacional de Justiça tem divulgado e promovido intensas inspeções nos Tribunais de Justiça Estaduais, denominadas "inspeções carcerárias". Em diversos estados da federação o resultado encontrado foi surpreendente. Grande parte dos encarcerados não possui qualquer política de inclusão social. Simplesmente cumprem a pena de forma desumana, aglomerados em cubículos sem salubridade e sem qualquer possibilidade de integração digna com a sociedade. Muitos cumprem as sanções penais em delegacias, quase sempre, superlotadas.

Mas o que acontecem quando a pena é cumprida e são colocados em liberdade. Essa realidade muito pouco se fala. Somente quem lida com o direito é que pode testemunhar os efeitos nefastos que a falta de uma política concreta de inclusão digna proporciona ao ser humano. Não se trata aqui de levantar uma bandeira poética em favor dos encarcerados. Muito pelo contrário. Eles cumprem a dívida para com a sociedade. Mas o que ocorre depois?

A conclusão a que se chega, quando se analisa o sistema penitenciário atual é da iminência do caos. O Estado não dispõe de recursos, vagas e presídios suficientes para atender à demanda atual, causando, atendimento deficiente a essa população carcerária excluída.

Retomando-se o tema: Quando se fala em redução da maioridade, para onde seriam encaminhados esses jovens (novos imputáveis) em conflito com a lei? Com certeza integrariam a estrutura já falida do sistema carcerário brasileiro. Neste caso, qual a possibilidade de recuperação? Muito baixa. Quase nula, com certeza.

Em artigo recente, GONÇALVES (2012) apresentou interessante trabalho sobre a estrutura do sistema penitenciário brasileiro, para o caso da redução da maioridade penal. Também fez uma abordagem simbólica do problema, apontando que a solução, de fato, não é a alteração legislativa, mas a falta de políticas concretas de inclusão social. Do trabalho citado pode ser pinçado:

> Outrossim, o caráter de reparação do dano com a prisão, muitas vezes tem o ônus inverso, explique-se, nos dias atuais o sistema prisional com a lotação excedida, uma divisão inexistente dos delinquentes, ao invés do infrator ter um castigo, terá um aprendizado de criminalidade, muitas vezes saindo pior do que entrou, representando a prisão um "prêmio" à bandidagem.

Bem, mas se a realidade é essa, porque se falar em redução da maioridade como a fórmula mágica para a solução de todos os problemas? A resposta é o puro simbolismo midiático.

Segundo Neves (1994, p. 38):

> Também em relação à escalada da criminalidade no Brasil nas das duas últimas décadas, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álibi, eis que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos sócio-econômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor.

O Estatuto da Criança e do Adolescente possui mecanismos eficazes para conter a criminalidade juvenil, inclusive os desvios de condutas das crianças. Contudo, pela falta de

estrutura do Estado, vagas adequadas para o atendimento e de políticas públicas integrativas, os dispositivos legais vigentes não tem concretização. Causa assim, o aparente colapso, como se o responsável fosse a legislação, e não a estrutura do sistema insuficiente para atender à demanda atual.

Portanto, não é que a legislação estatutária seja ineficaz, muito pelo contrário, se aplicada de forma concreta, os resultados seriam outros e muito mais produtivos, já que viabilizaria a integração do infrator, impedindo que se transformasse no criminoso do amanhã.

Pela proposta atual, deve se indagar: até quando se pode conter um criminoso no sistema penitenciário? As penas aplicadas aos imputáveis são efetivamente cumpridas por eles? A resposta é negativa.

O sistema penitenciário, como já dito, não dispõe de vagas suficientes para conter toda a gama atual de condenados em cumprimento de pena. Tanto é verdade, que o próprio Superior Tribunal de Justiça editou entendimento segundo o qual, o condenado não poderá cumprir a pena em regime mais rigoroso do que o determinado na sentença. A hipótese é para a ausência de disponibilização da vaga adequada. Neste sentido:

> [...] 2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a inércia do Estado em disponibilizar vagas ou até mesmo estabelecimento adequado ao cumprimento de pena no regime semiaberto autoriza, ainda que em caráter excepcional, o cumprimento da reprimenda no regime aberto, ou, na sua falta, em prisão domiciliar. [...]. (AgRg no REsp 1367274 / SE AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2013/0051251-8).

Posicionamento idêntico existe no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ao estabelecer em seu Código de Normas, item 7.3.2.:

> **7.3.2** - A remoção do condenado a pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime semiaberto deve ser providenciada imediatamente, via *fax*. E, enquanto não ocorrer, não poderá o condenado permanecer todo o tempo preso na cadeia pública, devendo o juiz sentenciante, a cada caso, adotar medidas que se harmonizem com o regime semiaberto.

Portanto, é fácil perceber que a realidade do sistema penitenciário do Brasil não permitirá a concretização punitiva esperada pela sociedade com a redução da maioridade. Aliás, a falta de efetividade tão questionada no Estatuto da Criança e do Adolescente, também é vivenciada no sistema prisional. No entanto, a divulgação midiática a esse respeito é menos explorada e intensa. A população não sabe.

Como já restou enfatizado, a solução não é legislativa, mas sim estrutural, de implementação concreta das normas existentes. A discussão sobre a constitucionalidade ou não da redução da maioridade penal, na prática, não revela a importância que lhe é atribuída. O problema é outro, e mais grave. Importante relembrar aqui a conclusão de NEVES (1994, p. 41):

> A legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios. Neste caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas através do ato legislativo. Embora, porém, seja aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque, representa, a perspectiva da ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado.

É o que se vê na sociedade contemporânea. A discussão da constitucionalidade ou não da redução da maioridade é o menor dos problemas para a contenção da violência. Ficando da forma como está ou reduzindo-se a maioridade, o Estado continuará totalmente ineficiente para conter a escalada criminosa. Se houver mudança, surgirá uma nova gama de excluídos (recém imputáveis), sem qualquer perspectiva ou política concreta de integração ou inclusão.

O resultado será a reincidência a níveis alarmantes. Ineficiência da segurança pública em conter o novo contingente da criminalidade.

Se tudo isso não fosse o suficiente, ainda há a proliferação de grupos criminosos organizados, estruturados paralelamente ao Estado e que ganham, cada vez mais, destaque na sociedade. Lucram e se nutrem da miséria da população, da dependência química e da falta de política pública efetivamente de inclusão. Esta é a realidade vivenciada atualmente.

4. CONCRETIZAÇÃO DO REGRAMENTO ESTATUTÁRIO

Na verdade, a divulgação midiática do sistema de apuração, acompanhamento e solução dos atos infracionais é alarmante. Quem trabalha na área, com certeza, poderia confirmar essa premissa, não pela deficiência legislativa, mas pela falta de estrutura do Estado em prestar o atendimento preconizado pela legislação vigente.

Ainda que a concretização dos preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente esteja longe de ser efetiva, alguns projetos e trabalhos de grupos abnegados tem produzido resultado integrador dignos de respeito, já que, efetivamente, cumprem sua função social. Essa é a prova evidente de que, concretizadas as medidas previstas, o resultado produzido auxiliará, sobremaneira, no combate à criminalidade.

No entanto, o que se vê, na maioria das vezes e no dia a dia forense, é a falta de estrutura, ausência de implantação dos mecanismos de controle e das políticas de integração do infrator.

Há inúmeras situações de atos infracionais graves em que os adolescentes são liberados após cinco dias, (art. 185, da Lei 8.069/90), por falta de vagas nos estabelecimentos de internação adequados. Casos de dependência química severa, muitas vezes não são atendidos, pela falta de estabelecimentos adequados e de recursos financeiros que possam dar guarida a esse atendimento. Essa realidade demonstra que os mecanismos de controle do Estatuto da Criança e do Adolescente, como normas vigentes, existem e são efetivos, mas o que falta é a concretização dessas normas e das políticas públicas de prevenção e reinserção social. A falha é da estrutura do sistema e não dos regramentos existentes.

Quando a vaga de internação é obtida, os critérios de liberação do infrator internado são questionáveis, temerários e precipitados. A internação, como medida socioeducativa, não visa a punição, mas a reintegração social do infrator. Deve ser reavaliada a cada seis meses, com elaboração de laudo multidisciplinar relatando os avanços e progressos obtidos no período. Mas a verdade é que não se avalia, corretamente, a situação do adolescente e o seu estado de recuperação. Também não se perquire sobre o contexto familiar que o irá receber. Tal deficiência de análise gera a liberação precoce do adolescente. Favorece a reincidência infracional e causa indignação à população, numa crença de impunidade. Aparentemente há ineficácia da legislação atual. No entanto, reiteradamente se vê, que os laudos técnicos apresentados pelas equipes especializadas não refletem a realidade vivenciada pelo infrator (muito menos pela família que o irá receber). Se amoldam mais a uma necessidade do Estado em disponibilizar vagas do que, propriamente, em atender ao fim colimado na legislação

estatutária. A efetiva recuperação e inserção social do infrator ficam relegadas a um segundo plano (abstrato), menos contingencial.

Prova dessa realidade é o fato de que, muitas vezes, no mesmo dia em que é liberado do local de internação, o adolescente comete novo ato infracional, reinserindo-se no círculo vicioso da recidiva infracional.

Ressalto que não foi uma, nem duas, nem três vezes a constatação dessa realidade. Quem atua na prática forense sabe e está cansado de saber que, ao serem liberados, os adolescentes não estão efetivamente reintegrados. Voltam a delinquir poucos dias após deixar de cumprir a medida de internação, pela falta de estrutura familiar e social para recebê-lo.

Essa realidade se faz sentir em todos os Estados da federação, inclusive nos mais "desenvolvidos" como São Paulo. Recentes são os escândalos trazidos à mídia paulista no sentido de que, adolescentes são liberados sem a mínima condição de reinserção social.

Isso não significa dizer que os mecanismos de controle do Estatuto (normativos abstratos) são ineficientes, mas sim, que a política estatal de concretização das normas não atende à realidade brasileira.

É o que se enfatiza.

Portanto, não se pode afirmar que a impunidade impera em relação aos adolescentes infratores, já que mecanismos de contenção da criminalidade existem, ainda que abstratamente, na forma meramente normativa. O que realmente falta é a concretização desses mecanismos para tornar certa a resposta estatal, no sentido de solucionar o problema, não com o mero fim meramente retributivo, mas integrativo e ressocializador. Só assim os resultados serão alcançados.

5. EXECUÇÃO PENAL - CONCRETIZAÇÃO SIMBÓLICA

De outro lado, também a política de execução penal não se encontra em melhor posição. Como já dito, o sistema está em colapso, com regramentos normativos abstratos ideais, sem uma concretização efetiva.

Isso porque o sistema penitenciário não comporta a quantidade imensa de condenados que aguardam o cumprimento de suas penas. O que se observa, na maioria das vezes, é a inexistência de estrutura adequada, principalmente no cumprimento dos regimes semiaberto e aberto.

A realidade que se faz sentir é que, para os imputáveis, o cumprimento concreto da pena imposta pelo Estado somente se dá no regime fechado. No semiaberto, via de regra,

diante da ausência de vagas, o condenado é colocado em meio aberto “harmonizado” até que o “Sistema” disponibilize a vaga no local adequado para o cumprimento.

Essa disponibilização não ocorre e, na prática, o condenado apenas cumpre parte da pena que lhe é imposta, sem qualquer possibilidade de efetivação da sanção penal legalmente prevista, muito menos do processo de reintegração social previsto pela legislação.

Impera também aqui o simbolismo normativo.

O sistema de execução penal, além do caráter retributivo, também é concebido para efetivação da reinserção social de forma progressiva. Primeiramente o condenado é obrigado a cumprir a pena num regime fechado, em penitenciária. Num segundo momento, após o cumprimento dos requisitos objetivos (quantidade de pena) e subjetivos (mérito) o condenado passa ao regime semiaberto, cumprido em colônia agrícola, industrial ou congênere. Finalmente, no regime aberto, o condenado cumpre pena em “casa do albergado” (figura fictícia para a maioria dos municípios brasileiros), trabalhando durante o dia de forma desvigiada e recolhendo-se à noite, e nos finais de semana.

Esse é o regramento previsto, porém, pela falta de estrutura, não é implantado.

A realidade é que o condenado cumpre a pena no regime fechado. Obtida a progressão para o semiaberto, é colocado em liberdade (no regime aberto) pela falta de vagas no sistema penitenciário. A partir daí, se não houver falta grave, vai cumprindo sua pena até a extinção ou nova prisão, caso venha a reincidir. Esta é a realidade vivenciada no Brasil.

Mas a culpa por tal ineficiência ou pela reincidência não é exclusiva do Estado. A comunidade tem a sua parcela de contribuição ao não permitir ou contribuir para a reintegração social do infrator (imputável).

E será vítima da própria omissão. Neste sentido PRADO (2011, p. 38):

> Como se depreende do disposto no artigo 1.º da LEP, um dos objetivos da execução penal é propiciar a gradual e harmônica reinserção social do condenado. Tal escopo não pode ser alcançado sem o apoio da comunidade. Não é por outra razão que o artigo 4º estabelece que o *Estado deve recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.*
>
> O espírito normativo do aludido artigo é explicitado na exposição de motivos, onde se enuncia que ‘nenhum programa destinado a enfrentar os problemas referentes ao delito, ao delinquente e à pena se completaria sem o indispensável e contínuo apoio comunitário (item 24).

Dessa forma, sem políticas concretas de efetivação do texto normativo, (também do imputável) qualquer que seja a nomenclatura a ela atribuída, pouco resultado prático irá produzir.

CONCLUSÃO

Após a singela abordagem do tema proposto, restam questionamentos a serem respondidos: será ou não necessária a redução da maioridade penal? Esse é o problema do aumento da criminalidade?

Como já salientado, a resposta não está na natureza do regramento aplicado, mas sim na concretização das condutas adotadas.

Para os que defendem a total impossibilidade de mudança da maioridade penal, por se tratar de cláusula pétrea, há o desafio de concretização das normas vigentes. Esse é o resultado efetivo que a sociedade espera. É a revolução esperada na atualidade. Do contrário, permanecerá a inefetividade de atuação do Estado e da sociedade, em lidar com o crescente contingente de adolescentes em conflito com a lei. Excluídos, inseridos no mundo da droga, da criminalidade e recrutados pelos grupos criminosos organizados. Atuam como soldados da ilicitude, fazendo crescer a avalanche de violência que assusta e aterroriza toda a população na atualidade.

Se a opção for outra, ou seja, pela redução da maioridade penal, os desafios a serem enfrentados não serão menores. Pouco importa a redução pretendida para inserir os recém-imputáveis num sistema de execução penal falido. Seria apenas aumentar a massa dos encarcerados excluídos, fragilizando um sistema social em colapso. Mesmo nessa hipótese, ou seja, reduzindo-se maioridade penal, haveria ainda a necessidade de integração e engajamento dos membros da sociedade, visando a recuperação dos criminosos. Do contrário eles voltarão ainda mais violentos, já que brutalizados num sistema de execução penal degradado.

Não basta punir o condenado sem possibilitar a ele uma opção de integração social. Ao contrário, se assim não for, como marginalizado, não terá outra saída senão ingressar nas fileiras dos grupos criminosos, PCCs, CVs e outros de igual magnitude.

A proliferação desses grupos organizados, na atualidade, é um sinal característico da ineficiência estatal em coibir a criminalidade e, principalmente, dar concretização às políticas de integração e reinserção social. Não se oferece aos egressos do sistema prisional uma outra opção digna.

A situação caminha para o colapso social, pois a gama dos excluídos, ao contrário do que se pensa, não se trata de minoria, mas sim de uma maioria que vive à margem da sociedade, sem opções concretas de ascensão.

A conclusão a que se chega é no sentido de que a solução para o problema da violência exacerbada da atualidade não é um fenômeno afeto, tão somente, às crianças com desvio de conduta ou aos adolescentes em conflito com a lei. A violência é ampla e geral e decorre da falta de adoção de políticas inclusivas concretas. Basta ver a prática forense.

O que precisa ser questionado é a solução concreta do problema, e não a simples alteração legislativa abstrata e inefetiva. A norma simbólica não justifica a inaptidão e omissão do Estado e da sociedade em conter a criminalidade. Qualquer que seja a opção, não afastará o caos que se aproxima, pois o problema é estrutural e não normativo. É errôneo pensar que a simples alteração legislativa, diminuindo a maioridade penal ou aumentando o tempo de internação pelas regras do ECA, poderá solucionar o problema da violência. Se o Estado não dispuser de meios concretos para efetivar os comandos normativos vigentes, pouco irá adiantar a solução abstrata e dilatória da alteração legislativa. Isso porque em um ou noutro caso, o simbolismo dos resultados serão idênticos à política atual.

A legislação álibi não resolve o problema estrutural do Estado em lidar com o delinquente ou com o infrator. A concretização de políticas públicas que promovam a efetivação dos comandos normativos é a única saída viável para o caos da violência que a sociedade, atemorizada, vive atualmente.

Neste sentido NEVES (16.08.2011. Aula Magna):

> CONSTITUIÇÃO ÁLIBI – Prática penitenciária brasileira – penitenciárias brasileiras e o modelo de Estado de Direito previsto constitucionalmente. As normas constitucionais do campo de ação são praticamente as mesmas quanto ao conteúdo básico da Suíça, da Alemanha e do Brasil. O problema é o processo de concretização. [...]
>
> Se a constituição é o horizonte do agir, usa-se o álibi de que a solução é a mudança desse texto. Ex.: durabilidade razoável do processo. É um mero simbolismo, pois há normas e regramentos infraconstitucionais que garantem essa celeridade.
>
> O reformismo constitucional leva a um tipo de reconstitucionalização simbólica. A reforma constitucional atua como um álibi para o fracasso da incapacidade do governo de enfrentar os problemas estruturais do Estado.

Atribuindo-se o defeito ao texto, inverte-se o problema da falta de competência, apresentando-se a solução com uma simples alteração normativa.

Como se observa, os problemas estruturais do Estado não podem ser solucionados pela simples modificação normativa. Tal solução não concretiza qualquer resultado prático à solução do problema. Altera-se o âmbito de discussão para a abstração da norma, como se ela fosse a afetiva responsável pela ineficiência estatal.

Assim, as teses propostas por ambas as correntes, pró e contra a redução da maioridade, prendem-se a fatores normativos meramente abstratos, sem resultado prático e de nenhuma contribuição concreta.

A realidade vivenciada na prática permite concluir que o adolescente não possui políticas efetivas de inclusão e reinserção social. Atingindo a maioridade penal, ingressa, ainda que primário, no sistema da imputabilidade, também carente de medidas concretas de inclusão e reinserção social. Em pouco tempo, em regra antes de completar os vinte anos de idade, já será reincidente e como tal, fará parte do sistema carcerário falido.

Parafraseando Marcelo Neves, o simbolismo normativo aplicável ao caso, não importa para a solução do problema. Se a abstração imperar nas medidas normativas disciplinadores para conter a violência, não haverá interesse na nomenclatura adotada pela norma. O fracasso será evidente, quer como imputável, quer como inimputável.

O que precisa ser aferido, por uma análise de consenso, são as medidas concretas que o novo ou o antigo ordenamento jurídico poderão proporcionar para coibir o ilícito e reinserir o infrator.

Essas conclusões são importantes para focar o debate não apenas na norma abstrata aplicável, ou na legislação-álibi usada como justificativa ao problema estrutural. O debate deve centrar-se no âmbito da concretização das medidas, quer da norma vigente ou da norma proposta. Tal postura terá o condão de alterar, modificar e implementar uma realidade diversa da que nos é apresentada.

Do contrário, tanto a legislação estatutária como a penal representarão mero simbolismo abstrato da ineficácia estatal.

REFERÊNCIAS

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social – Princípios do Direito Político.** 3ª edição. Comentários e tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. Editora RT. 2012. p. 40.

SOARES, Orlando. **Comentários à da Constituição da República Federativa do Brasil**. Editora Forense, 8ª edição. 1996. p. 734.

SALIBA, Maurício Gonçalves; FILHO, Vladimir Brega. **Toque de recolher: reflexões acerca da sua utilidade e constitucionalidade**. Revista Argumenta nº 17. 2012. p. 313.

PRADO, Luiz Regis; HAMMERSCHMIDT, Denise; MARANHÃO, Douglas Bonaldi; COIMBRA, Mário. **Direito de Execução Penal**. 2ª Edição. 2011. p.38.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. Editora RT. 11ª Edição. 2012. p. 295.

NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica.** Editora Acadêmica. São Paulo. 1994. pp. 33-41.

NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica Revisitada.** Disponível em: <www.youtube.com/watch?v=l5V5uTLfi2c> e <http://tv-justica.blogspot.com/> Aula Magna. Acesso em: 23/07/2013.

CURY, Munir - coord. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Malheiros Editores. 12ª Edição. 2013. São Paulo. p. 17.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias. Artigo visualizado em 24 de julho de 2013. 2012. < http://www.procrim.org/revista/index.php/COPEN/article/view/59>

Decreto 678, de 06 de novembro de 1992 – Pacto de San Jose da Costa Rica. Site planalto. Visitado em 25 de julho de 2013. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>.

A EVOLUÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL E A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO PELOS DANOS SOFRIDOS

Cleiton Lixieski SELL [681]

Fátima Barasuol HAMMARSTRÖN [682]

RESUMO

Este trabalho está relacionado ao direito ambiental internacional e a função do Estado frente aos danos ambientais sofridos, pois o próprio direito ambiental nasce a partir da tomada de consciência da sociedade internacional da necessidade de uma proteção globalizada em relação ao meio ambiente, o que somente teve uma concretização maior no século XX, mais especificamente com a Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente Humano, realizada no ano de 1972 em Estocolmo. Nesse evento, foram discutidas perspectivas, que norteiam os Estados para estruturar uma legislação ambiental onde as questões econômicas não causassem danos irreparáveis ao meio ambiente. No ano de 1992, o Brasil foi sede da ECO-92, realizada no Rio de Janeiro, onde diversos documentos de preservação ambiental foram elaborados, sendo um dos mais importantes a chamada Agenda 21, a qual apresentou um planejamento visando a solução dos principais problemas ambientais mediante uma cooperação em nível global. Além da Agenda 21, ainda foi elaborada Declaração do Rio, a qual demonstra uma preocupação consciente com a proteção do meio ambiente, como um bem de responsabilidade das gerações presentes para que as próximas gerações possam receber de forma sadia e equilibrada, uma vez que, o planeta pede socorro, e será a espécie humana que sofrerá as consequências, que poderão inclusive afetar a própria perpetuação das espécies.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente. Direito Ambiental Internacional. Responsabilidade. Estado

ABSTRACT

This work is related to international environmental law and the role of the state against environmental damage suffered because his own environmental law arises from the awareness

[681] Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta. cleitonls.direito@gmail.com

[682] Mestre em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ ; pesquisadora da CAPES; membro do grupo de Pesquisa "O direito ambiental no contexto da sociedade de risco: em busca da justiça ambiental e da sustentabilidade" ; Docente da Graduação e Pós Graduação da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. fatima.advocacia@hotmail.com

of the international society of the need for protection against the globalized environment, which only had a greatest achievement in the twentieth century, specifically the International Conference on the Human Environment, held in 1972 in Stockholm. In that event, were discussed perspectives that guide states to structure an environmental law where economic issues would not cause irreparable damage to the environment. In 1992, Brazil hosted the ECO-92, held in Rio de Janeiro, where several environmental preservation documents were drawn up, one of the most important called Agenda 21, which presented a plan aimed at solving the main problems through environmental cooperation at the global level. Beyond Agenda 21, also was drawn Rio Declaration, which demonstrates a conscious concern with the protection of the environment, as well as a responsibility of present generations so that future generations can get a healthy and balanced, since the planet calls for help, and the human species will suffer the consequences, which may even affect the self-perpetuation of the species.

KEYWORDS: Environment. International Environmental Law. Responsibility. state

INTRODUÇÃO

As discussões em torno do meio ambiente deixaram de ser realizadas apenas no âmbito local para tomar uma dimensão internacional a partir do momento em que os problemas ambientais começaram a avançar de forma catastrófica, afetando diretamente a qualidade de vida global dos seres humanos. Assim, a questão ambiental precisou transcender as fronteira dos Estados e através do Direito Internacional Ambiental, convenções e tratados internacionais passaram a positivar normas diretas e específicas de prevenção e proteção ao universo em torno do meio ambiente.

Os problemas ambientais atingiram uma extensão que, não foi possível mais os Estados buscarem soluções de forma individual e internamente, uma vez que, os danos passaram a ultrapassar fronteiras territoriais. Com esse extremo a que se chegou, após serem implantadas diversas medidas internas, com resultados frustrados. Os Estados, entretanto, constaram a necessidade de buscar conjuntamente alternativas de proteção ambiental, sendo que em 1972, com a intervenção direta da ONU, foi realizada a Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente Humano, a qual é considerada como o ponto de partida do movimento ecológico tendo como foco os principais problemas ambientais que se apresentavam, bem como soluções imediatas a curto prazo.

A expressão Direito Internacional Ambiental, somente foi utilizada pela primeira vez na resolução que convocou os países para a conferência no Rio de Janeiro, versando sobre o meio ambiente, que veio a ocorrer em junho de 1992, passados vinte anos da Conferência de Estocolmo. Contudo, alguns anos após as grandes declarações que enfatizavam os direitos naturais, ocorreram à queda dos mesmos em decorrência de razões políticas e intelectuais, visto que todas as ideias de Direitos Humanos passaram a ser interpretadas como críticas ao bem comum e a vontade democrática. Os direitos individuais e a as limitações legais não estavam inseridas na primeira fase da modernidade, passando a surgirem nos meados do século XIX, entretanto, alguns anos após as grandes declarações que enfatizavam os direitos naturais ocorreu à queda dos mesmos em decorrência de razões políticas e intelectuais, visto que todas as ideias de Direitos Humanos passaram a ser interpretadas como críticas ao bem comum e a vontade democrática; uma vez que os direitos individuais e a as limitações legais que não estavam inseridas na primeira fase da modernidade.

Ainda colaborando nesse contexto, a teoria historicista defende que não existe igualdade na natureza humana, já que, cada indivíduo traz na sua bagagem a particularidade histórica, não sendo assim possível a fundamentação dos direitos humanos, onde sejam consideradas as experiências históricas de cada indivíduo.

1.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AMBIENTAL INTERNACIONAL

Pode se dizer que a preocupação com o meio ambiente é um fato recente, pois somente a partir do século XX, que foram observadas as primeiras concepções de ecologia, ainda estudada como ramo da biologia, que começou a desenvolver-se com um olhar para o meio ambiente, sendo algo que está interligado a existência dos seres vivos. Até então, o homem não tinha se dado conta dos danos e ameaças ao equilíbrio natural que suas ações desenfreadas causaram, como também, a sua despreocupação com o futuro do planeta terra.

A constatação dos danos causados por tais ações do homem acabaram por levar a uma consciência da necessidade de buscarem-se meios de prevenção e de reparação dos mesmos, o que forçou os países ao reconhecimento de que o meio ambiente é único para todos os povos, independente de continente ou Estado, não existindo a possibilidade de se discutir o meio ambiente individualmente em cada Estado-Nação. Isso fez com que os Estados passassem a pensar juntos meios de proteção e preservação, o que levou a surgimento de normas internacionais de regulamentação do direito ao meio ambiente.

Com essa política preventiva que passou a se adotar de um a forma geral, começaram novas buscas para que, realmente de fato, aja a implantação de métodos protetivos que surtem os efeitos esperados. Colaborando com esse pensamento, Soares afirma que, "[...] somente poderia haver resultado na prevenção de grandes tragédias ambientais desde que houvesse uma efetiva coordenação, em nível internacional, dos esforços e das políticas ambientalistas, adotados nos ordenamentos jurídicos nacionais[683]".

No tocante à história propriamente dita, existem inúmeras divergências quanto ao marco inicial do direito internacional ambiental. Entretanto, cabe ressaltar que, é pacífico o entendimento por parte dos doutrinadores, que somente após a constatação globalmente de ações conjuntas, é que se poderia evitar a continuidade da degradação. No entanto, ainda muito latente, as primeiras normas internacionais voltadas para o meio ambiente, tornam-se os maiores debates a cerca do tema intensificaram-se a partir dos anos 60.

Apesar da realização da Conferência de Estocolmo em 1972, é considerada como um dos pontos de partida para as discussões sobre meio ambiente. Foi nessa resolução que convocou os países para a conferência do Rio de Janeiro sobre meio ambiente, que se utilizou pela primeira vez a expressão Direito Ambiental Internacional, o qual passou a ter uma autonomia no âmbito jurídico e, vir a apresentar características peculiares em relação aos demais ramos do direito. Consoante, Oliveira exemplifica que o,

> [...] direito que passou a ter um desenvolvimento mais rápido no plano internacional do que no plano interno, muito embora, atualmente, já se verifique um equilíbrio entre ambos. [...]. Trata-se, portanto, de um direito com caráter horizontal, pois abrange diferentes ramos. Possui, ainda, ma natureza inter e multidisciplinar e que se apresenta influenciado por critérios finalistas, ao contrário dos demais ramos, em que o fim a ser atingido não é algo determinante, desde que as relações se processem de modo adequado[684].

A ONU, (Organização das Nações Unidas) desempenhou papel fundamental na criação e desenvolvimento do direito internacional ambiental, pois, foi através da Resolução nº 2.398 da Assembleia Geral que em 1968, que se recomendou a convocação o mais breve possível da Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente Humano. Mesmo assim, ainda

[683] SOARES, Guid Fernando Silva. *A Proteção Internacional do Meio Ambiente*. Barueri: Manole, 2003, p. 40.
[684] OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Direito Ambiental Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2007. p. 114.

decorram quatro anos de consulta entre os Estados e de trabalho preparatório, onde foram elaborados e discutidos os principais elementos as serem apresentados na citada Conferência.

Durante essas discussões, começaram a surgir às primeiras divergências entre países desenvolvidos e países em fase de desenvolvimento. Se de um lado, os primeiros pleiteavam colocar em pauta questões voltadas a poluição da água, do solo e da atmosfera, os segundos queriam que fossem discutidas políticas de preservação. A partir desse momento, identifica-se a despreocupação dos países desenvolvidos com os custos, uma vez que busca-se "[...] uma política de 'limpar o mundo a qualquer custo [...][685]". Por esse fator e outros tantos que podem ser citados, fazem com que alguns países de desenvolvimento não aceitassem positivamente a realização da Conferência, inclusive o Brasil, uma vez que, para estes existiam problemas considerados de maiores dimensões e com reflexos diretos como a fome, a pobreza, a educação.

Contudo, após inúmeras discussões e negociações preparatórias, foi marcada a Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente Humano, para ser realizada nos dias 05 a 16 de junho de 1972, na cidade sueca de Estocolmo, dando assim uma visão mundial e madura do direito ambiental internacional, sendo este momento considerado como o marco inicial do desenvolvimento de tal direito, uma vez que após a referida conferência, inúmeros foram os tratados e convenções firmados entre os países visando à proteção ambiental, sendo todos eles passados pelo crivo de órgãos especializados da ONU.

> A Declaração de Estocolmo constituiu um marco para o direito Ambiental Internacional, tendo em vista que a consciência acerca dos dilemas ambientais surgiu na década de 70. [...]. Com base na Declaração de Estocolmo consegue-se formalizar, num documento escrito, metas a serem seguidas pelos países para que se consiga alcançar um nível de desenvolvimento econômico e ambiental de forma a um não interferir negativamente no outro [...][686].

A referida conferência ainda contribuiu para a modificação da concepção de Direito Ambiental Internacional, o qual passou a ter mecanismos de "[...] regulamentação, administração e gestão de recursos ambientais mediante o estabelecimento de metas

[685] SOARES, Op. Cit., p. 47.
[686] OLIVEIRA, Op. Cit., p.138.

econômicas e ecologicamente aceitáveis [...][687]". No Brasil, os efeitos da Conferência tiveram grande amplitude, propiciando o surgimento de uma legislação interna bastante desenvolvida, especialmente com a criação da Secretaria Especial do Meio Ambiente em 1974, que foi a partir de quando começaram a surgir legislações que visavam às concepções de preservação do meio ambiente, chegando-se a uma positivação expressa na Carta Magna de 1988, através de um capítulo inteiro destinado a tratar do meio ambiente.

Os vinte anos subsequentes à Conferência Internacional sobre o Meio Ambiente Humano de Estocolmo, foram marcados pelo aumento da consciência mundial sobre as necessidades de preservação do meio ambiente, bem como, pelos inúmeros desastres ecológicos que, mesmo localizados geram repercussão internacional. Assim, ficou comprovado que, as medidas que estavam sendo tomadas de prevenção foram insuficientes para evitá-los, demonstrando assim, a necessidade de soluções globais.

Entretanto, a pedido da maioria dos países, a ONU convocou uma nova conferência internacional para discutir as medidas já existes e criar outras de proteção ao meio ambiente. Assim, através da Resolução nº44/288 de 22 de dezembro de 1989, a Assembleia Geral da ONU decidiu realizar, no ano de 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), com duração de duas semanas e, coincidindo com o Dia Mundial do Meio Ambiente, qual seja 05 de junho, na cidade do Rio de Janeiro.

A ECO-92 teve a representação de 188 delegações governamentais, e tinha por finalidade, analisar o estado em que se encontrava o meio ambiente e as mudanças que ocorrem desde a Conferência de Estocolmo, há 20 anos. Entretanto, a Declaração resultante da ECO-92, estabeleceu uma estreita conexão entre a pobreza mundial e a degradação do meio ambiente, gerando inúmeras regras do direito ambiental internacional como, a questão da responsabilidade internacional pelos danos causados além das fronteiras nacionais e o dever de adotar legislação ambiental efetiva. Portanto, segundo Soares, a ECO-92 trouxe dois grandes resultados:

> O primeiro grande resultado da ECO-92 foi a assinatura, pelos Estados participantes da conferência, de duas convenções multilaterais: a Convenção-Quadro da Nações Unidas sobre Mudanças do Clima e a Convenção sobre a Diversidade Biológica, [...]. O segundo grande resultado foi a subscrição de três documentos, em que se fixaram os grandes princípios normativos do direito internacional do meio ambiente para o

[687] Ibidem, p. 122.

futuro: a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Declaração de Princípios sobre as Florestas e a importante *Agenda 21*, [...][688]

Um dos documentos mais importantes adotado no decorrer da ECO-92, foi a Agenda 21, "[...] onde a comunidade internacional apresenta, em extenso documento, um planejamento destinado a solucionar até 2000 os principais problemas ambientais [...][689]". Em resumo, pode-se dizer que a Agenda 21 consiste em um programa de proteção ambiental para o Século XXI, tendo como temas principais, as dimensões sociais e econômicas do desenvolvimento; a conservação e gerenciamento de recursos naturais; o fortalecimento do papel de grupos e os meio de implementação[690].

Por ocasião da ECO-92, foram adotados compromissos pelos Estados em relação a questão do aquecimento global da Terra, ligadas à Convenção-Quadro sobre Mudanças do Clima, assinada por 154 Estados e criada a Comissão para o Desenvolvimento Sustentável, subordinada ao ECOSOC (Conselho Econômico e Social da ONU), onde esta, está encarregada de acompanhar a implementação da Declaração de Rio e da Agenda 21.

Para Soares,[691] a Declaração do Rio consagra a filosofia de proteção dos interesses das presentes e futuras gerações, inaugurando a temática de um direito intergeneracional em que as responsabilidades das gerações presentes, têm por base o direito das futuras gerações de herdarem um meio ambiente equilibrado, bem como, consagra o direito ao progresso em todos os níveis sociais, através da expressa luta contra a pobreza, a formulação racional de uma política demográfica e o reconhecimento formal da responsabilidade dos países industrializados pela degradação do meio ambiente internacional, além disso, estabelece regras e princípios de proteção ao meio ambiente.

Visando avaliar e discutir o andamento das propostas estabelecidas pelos Estados na ECO-92, em setembro de 2002, a ONU promoveu a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, conhecida também como Conferência Rio+10. Esse evento de âmbito mundial, foi realizado em Johannesburgo, na África do Sul, onde os principais enfoques da conferência voltaram-se à energia limpa, renovável, às consequências do efeito estufa, à conservação da biodiversidade, à proteção e uso da água, ao acesso à água potável, dentre outros. A principal meta estabelecida pela Rio+10, foi estipulado o comprometimento dos países participantes em

[688] SOARES, Op. Cit., p.56.
[689] SILVA, Op. Cit., 2002, p.38.
[690] GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2011.
[691] SOARES, Ob. Cit.

reduzir pela metade a população sem acesso a água potável e a saneamento básico até o ano de 2015.

Atualmente mediante a Resolução 64/236 da Assembleia Geral da ONU, de março de 2010, está sendo organizada a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, que será realizada na cidade do Rio de Janeiro em junho de 2012, tendo por objetivo, garantir o compromisso político dos Estados com o desenvolvimento sustentável, bem como, avaliar o progresso das medidas assumidas na Conferência de Estocolmo e, na ECO-92, além de discutir os novos problemas ambientais que se apresentaram após a realização das mesmas.

Trazendo para a realidade que se encontra a situação ambiental, existem registros históricos principalmente na década de 80, uma série de desastres que marcaram e ainda deixaram traços até os dias atuas. Dentre eles se encontra, em 1986, o incêndio a fábrica Sandoz de pesticidas, provocando um derramamento de 30 toneladas de pesticidas no Rio reno[692]; o vazamento do navio Exxon Valdez, vindo a derramar em pleno Alaska (EUA), aproximadamente 41 milhões de litros de petróleo[693]; o vazamento de gases letais da fábrica *Union Carbide Corporation*, onde estima-se que após o acontecimento cerca de 8000 pessoas vieram a morrer devido ao lançamento de gazes tóxicos na atmosfera[694]. São exemplos mais do que claros a respeito de infrações penais graves.

> Como os exemplos apontados da "longevidade" da degradação ambiental, é defensável que a tese de que o próprio movimento ambiental surgiu tardiamente em relação as primeiras experiências de destruição do meio ambiente. Ressalta-se a importância de uma menção a configuração do movimento ambientalista, haja vista sua dupla condição de difusor de informações ambientais e de receptor das mesmas, desencadeando dinâmicas de participação popular nos processos decisórios que concernem o ambiente[695].

---

[692] GERSTENBERG, Frank. *1986: Catástrofe ecológica no Reno*. Disponível em < http://www.dw.de/1986-cat%C3%A1strofe-ecol%C3%B3gica-no-reno/a-666757-1?maca=bra-uol-all-1387-xml-uol > Acesso em 13 Jul 13.

[693] GREENPEACE. *Desastre do Exxon Valdez: uma contínua história de mentiras.* Disponível em < http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/desastre-do-exxon-valdez-uma/ > Acesso em 13 Jul 13.

[694] ____. *Bhopal, Índia, O pior desastre químico da história 1984 – 2002.* Disponível em < http://www.greenpeace.org.br/bhopal/docs/Bhopal_desastre_continua.pdf > Acesso em 13 Jul 13.

[695] MENEGAZZI, Piero Rosa. *A efetivação do Direito à Informação no Meio Ambiente do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011, p. 48.

Como não há registros que afirmem precisamente as origens de movimentos de cunho ambiental, constam-se registros ao longo da história de alguns fatos que impulsionaram o movimento. O que pode se afirmar, é a gradativa evolução que acompanharam esses fatos. Contudo, ainda existe uma defasagem muito grande em relação às ações preventivas e as ações coercitivas com o intuito de minimizar os impactos que correm diariamente.

A crise ambiental de uma forma geral proporciona discussões em esfera nacional bem como internacional, uma vez que, a disputa que é travada para explorar cada recursos naturais, onde muitas vezes, extrapolam os limites de necessidade do ser humano, e passam a ser motivo de ganância e acumulo de riquezas.

2. A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO INSERIDA NO CONTEXTO AMBIENTAL

A proteção dos direitos do homem como responsabilidade do Estado é a essência jurídica da modernidade, sendo a lei o terreno onde o homem abstrato toma forma concreta. No entanto, a essência do Estado democrático é que, embora o poder e direito não estejam totalmente separados, o poder torna-se o objetivo do Direito e sua legitimidade o sujeito da disputa pública. Nesta nova configuração de poder e direito, os direitos humanos constituem o melhor exemplo de uma esfera que não é controlada e, na verdade, é programaticamente externa ao poder[696].

Com o crescimento do clamor a respeito da questão ambiental, que por sua vez são os reflexos que são herdados de geração a geração, ondem valores e ideais estão distorcidos pela inversão dos valores de uma população que contribui para o agravo do atual cenário que se apresenta. A competência para apurar as infrações penais, encontra-se disciplinado no art. 23, caput, e seuinc. VI, da CF/88[697]. Está elencado no art. 70 da Lei Nº 9.605/98[698], os responsáveis para lavrar como instaurar processos administrativos. Na responsabilidade administrativa, que teve seu forte amparo através da Política Nacional do Meio Ambiente, foi imposto o princípio do poluidor-pagador, bem como, ainda impor o reparo ao dano causado.

---

[696] DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Traduzido por Luiza Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

[697] BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 23. É de competência comum da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
[...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; [...]

[698] BRASIL. Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Art. 70 - [...] § 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SINAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitanias dos Portos, do Ministério da Marinha.

É importante frisar que, o Legislador ainda inseriu por exemplo, padrões de qualidade no meio ambiente, a avaliação dos impactos ambientais causados e o licenciamento ambiental.

Para que se tenha a devida fiscalização e correta aplicação das normas vigentes, toma forma no direito o termo "Poder de Polícia", que está conceituado no art. 78 do Código Tributário Nacional[699]. Com essa previsão legal, toma-se parte do princípio que deverá ser desempenhado por órgão competente da administração pública, pois, é de interesse da coletividade, logo, terá intervenção na esfera jurídica particular. Ainda nesse contexto, reitero a ideia de que esse poder de polícia é fruto do direito a partir da transição de um Estado liberal para outro modelo, um Estado do bem-estar social, onde são divididos por escalões especializados para cobrir a manutenção da ordem dos diversos Estados[700].

Em atenção à regulamentação que decorre da positivação dos ilícitos ambientais,

> [...] a importância da regulamentação dos ilícitos administrativos e criminais, em matéria de tutela ambiental, reside no fato de que essas esferas de responsabilidade não dependem da configuração de um prejuízo, podendo coibir condutas que apresentem mera potencialidade de um dano ou mesmo de risco de agressão aos recursos ambientais[701].

Consoante, pode-se identificar no art. 60 da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998[702], onde há uma discrepância no tocante ao peso da aplicação da sanção. No entanto, o direito ambiental procura por meio dos agentes credenciados, sancionar as infrações ambientais que ocorrem, contudo, cabe à administração publica intervir de e sancionar os devidos responsáveis, uma vez que, no âmbito penal e civil, é de competência do Poder Judiciário.

---

[699] BRASIL, Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Código Tributário Nacional.* Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinado direito, interesse ou liberdade, regula a prática ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais e coletivos.

[700] MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

[701] Ibidem, p. 878.

[702] Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Referente aos pressupostos que integram a responsabilização administrativa ambiental, pode se dispor, do art. 70 da Lei 9.605/98[703], onde são caracterizadas ações que configuram a conduta ilícita. Não obstante a isso, o dano ambiental por si só não gera responsabilidade, ou seja, tem que estar descrito em um tipo infracional, ou pelo menos ser o motivador da conduta violada.

Para poder ter um melhor entendimento a respeito da previsão legal da responsabilidade do Estado, observa-se o art. 3º, IV, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981[704]. Entretanto, não se fala aqui somente no agente poluidor, ao qual está inserida a responsabilidade do ente público, como, nas construções de pontes e estradas, aterros, linhas férreas, mas também quando são inobservadas os textos constitucionais que representam a proteção ambiental. Pode ser citado neste caso, a falta de fiscalização em todos os níveis de competência, bem como, a questão do licenciamento, que por sua vez, devem ser obedecidas as normas vigentes[705].

Contudo, é importante não esquecer que é a sociedade é quem paga as contas públicas, logo, para não penalizar a sociedade, por algum dano advindo de algum ilícito ambiental, o Estado é acionado quando há responsabilidade direta do dano. Esse entendimento seria no sentido de que, uma vez que, se a população de uma forma geral, pudesse escolher quem realmente seriam os responsáveis pelas condutas contrárias às normas ambientais, poderia de valer da questão que mais lhe interessasse, pois, já que o Estado obtém lucro com a atividade, por que iria imputar a responsabilidade na pessoa física.

Dentro da ideia de prevenção, em se tratando de direito ambiental, as legislações são direcionadas para evitar, ou seja, enfoca a questão dos cuidados que devem ser adotadas a respeito de qualquer tipo de dano. Quando já se concretizou a ocorrência, sua reparação é tempestiva e integral. Em outras palavras, quando em um caso concreto, se aplicar as normas de ordem civil ou alguma outra esfera, é deixado de lado a interferência de um direito criminal.

Os profissionais que trabalham com a questão da fiscalização para a correta aplicação das normas, possuem responsabilidade prevista especificamente, conforme parágrafo único, do art. 11 da resolução do CONAMA (Conselho Nacional do Meio

---

[703] Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

[704] Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...]
IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; [...]

[705] MILARÉ, Op. Cit.

Ambiente)[706]. Entretanto, na jurisprudência, a responsabilidade para o profissional possui fundamento em ato ilícito por parte do agente. No entanto, cresce de importância destacar que em casos ambientais, está se falando de responsabilidade objetiva, bastando que tenha o prejuízo de determinada atividade, presidindo a conduta do agente.

Ainda na questão da parte responsável, cabe ao empreendedor assumir os riscos possíveis da atividade. Mas nesse momento, entra a figura do Estado, que deverá, através de um de seus órgãos, restringir as consequências ambientais ocasionadas. Entretanto, poderá o empreendedor, se for comprovado a culpa exclusivamente do causador, seja por dolo ou culpa, entrar com ação regressiva, inclusive contra terceiros, que por hora tenham participado.

A culpabilidade do agente lhe imputará a responsabilidade de forma subjetiva. O agente, ou sujeito ativo, pode ser qualquer pessoa, ou seja, física bem como jurídica. Aqui se está em uma grande divisão, pois a atividade do infrator não está direcionado para o crime propriamente dito, mas sim, até benéfico, ou indispensável para alguns casos, onde se tornam meio de subsistência. Tratando-se de pessoa jurídica, está previsto em seu art. 225, § 3º, da CF/88[707], a condição de sujeito ativo, sendo responsabilizado por qualquer conduta de cunho infracional no tocante ao meio ambiente. Corroborando, nesse sentido em conformidade com o art. 3º da Lei 9.605/98[708], onde haverão as penalidades para as esferas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão de proteção ao meio ambiente somente passou a despertar a preocupação da sociedade internacional, a partir do momento em que inúmeros danos e catástrofes passaram a atingir diretamente os indivíduos, ultrapassando as fronteiras territoriais dos Estados. A percepção da sociedade de que a vida humana está diretamente interligada com o meio ambiente, e que a perpetuação da espécie depende deste, fez com que os Estados passassem a buscar medidas de prevenção e proteção aos danos ambientais. Entretanto, nasce

[706] Art. 11 – Os estudos necessários ao processo de licenciamento deverão ser realizados por profissionais legalmente habilitados, às expensas do empreendedor. Parágrafo único – O empreendedor e os profissionais que subscrevem os estudos previstos no caput deste artigo serão responsáveis pelas informações apresentadas, sujeitando-se às sanções administrativas, civis e penais.

[707] BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 225. Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como uso comum do povo e essencial e sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º - As atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. [...]

[708] BRASIL. Lei Nº Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Art. 3º - As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

o Direito Ambiental Internacional, decorrente de conferencias mundiais voltadas para um desenvolvimento sustentável, sendo de suma importância no sentido de compromissarem os Estados a adotarem atitude e desenvolverem políticas econômicas, para que ocorra um desenvolvimento sadio e equilibrado, destacando-se a Conferência de Estocolmo e a EC0-92.

Tais conferências serviram para marcar uma evolução significativa no Direito Internacional Ambiental, possibilitando a positivação de normas preservacionistas e da responsabilização da sociedade global pelos danos ambientais que o planeta terra sofre, tornando as estruturas primárias cada vez mais sensíveis, pois a ação antrópica não mede limites na questão da exploração de recursos naturais não renováveis.

A participação da ONU na regulamentação de assuntos voltados ao meio ambiente foi de suma importância para o progresso das discussões em torno da proteção ambiental, pois, não se procura apenas a mesma implementação de medidas internacionais de proteção, mas também, há uma busca constante de uma avaliação de tais medias para verificar se as mesas estão sendo surtindo os efeitos almejados nos compromissos firmados pelos Estados.

Com essa gama de fatos oriundos de discussões nos mais altos escalões, é nítido que as discussões em torno dos danos ambientais e a adoção de medidas preventivas, ainda esta pulsando no âmbito dos Estados, uma vez que, sendo o Direito Internacional Ambiental um ramo do direito em constante transformação, uma vez que não é possível uma previsão dos danos ambientais emergentes, é necessária uma busca incessante por medidas de prevenção de tais danos, passando pelo desenvolvimento de uma consciência da sociedade global, de que o meio ambiente é algo insubstituível, que pertence a todos e que é a única herança que indiscutivelmente será deixada pelas gerações presentes às futuras.

Diante dos argumentos que foram mencionados a respeito da responsabilidade do Estado perante aos atos lesivos contra o meio ambiente, devem ser confrontado com os textos constitucionais, onde sua garantia é suprema, cabendo às normas inferiores estarem alinhavadas com seus princípios. No entanto, a população está em meio a uma crise de ordem mundial, cuja maior relevância, está permeada pela consequência, pois, mais parece uma batalha entre os mais fortes. Um dos exemplos é a questão da água, que tornou-se motivo para conflitos, onde em determinadas regiões, o preço é superior a qualquer dinheiro pago, sendo meio de vida.

Quanto ao âmbito penal, é obedecido ao princípio da intervenção mínima, pois tal intervenção, segundo os doutrinadores, é aplicável para os casos onde, por exemplo, às sansões administrativas e/ou civis, não surtiram efeitos esperados. Entende-se, portanto que,

como se está em um Estado Democrático de Direito, onde a liberdade individual é tida como um direito fundamental de importância extrema, entretanto, qualquer ação, indiferentemente do conteúdo, mas que esteja em conexão a esse direito público, encontra dificultadas para prosseguir, pois está estritamente sob medida do necessário para cada finalidade em cada caso.

Com a constante evolução provocada e diretamente pela ação humana, e diante da atual perspectiva de vida, onde se busca na sociedade um status mais elevado, pode se dizer que na medida que está avançando na questão das novas fórmulas, técnicas, procedimentos, invenções, configura-se uma regressão de fato dos valores que agregam os princípios que estão previsto na Carta Maior. Da forma como está se encaminhando, logo não terá mais motivos para discutir soluções para os problemas ambientais, pois se tornarão inviáveis, se não impossíveis do ponto de vista técnico e científico. Contudo, o Estado como responsável pela aplicação pelos atos danosos, como também, podendo ser o sujeito ativo, que quase sempre procura obter lucro com a atividade, poderá incorrer em atos contrários á normatização.

Ter um ambiente ecologicamente equilibrado, constitui-se num ponto crucial a ser atingido pelo poder público em conjunto com a sociedade. Muito embora, a economia ser um importante determinador no fator de desenvolvimento de um país, onde estão inseridos valores específicos, ainda sim, são subordinados a uma ordem social, cuja abrangência é atingida para todos.

Dentre as diversas informações que circulam a respeito de direito ambiental, chega-se a conclusão que não há fiscalização suficiente para a demanda que vigora atualmente. Em meio a esse fator, o Brasil caminha a passos largos para cada vez mais importar produtos ou matéria prima do que propriamente produzir. Essa explicação é complexa, pois, como poderá aumentar a produção interna de um país, se não fornecer o mínimo para que isso ocorra. Entretanto, obriga as pessoas a utilizar métodos ilegais, para criar novas áreas para plantio, obrigando automaticamente a aumentar a fiscalização nas áreas, que dica se de passagem, o território brasileiro possui extensão quilométrica.

Contudo, diante da atual situação ambiental que se presencia, identifica-se uma série de fatores que influenciam diretamente na constante despreocupação com o meio ambiente. Uma vez que, se está em país onde o sistema capitalista sustenta a economia, podemos dizer que são os próprios consumidores que prejudicam e dificultam a proteção ambiental. A maior prova disso são os lugares inadequados para armazenar os lixos produzidos no dia-a-dia, tanto

urbanos, como também rurais, que por sua vez estes, são desconsiderados pela grande maioria das empresas fornecedoras de insumos e inseticidas aplicados nas lavouras.

REFERÊNCIAS

AGENDA 21. Disponível em < http://www.ecolnews.com.br/agenda21/ > Acesso em 13 Jul 13.

BOFF, Leonardo. *Compêndio para a sustentabilidade*: Ferramentas de Gestão de Responsabilidade Socioambiental. Disponível em < http://institutoatkwhh.org.br/compendio/?q=node/20 > Acesso em 13 Jul 13.

BRASIL, *Constituição Federal*, 1988.

____. Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Código Tributário Nacional.*

____. Lei Nº Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

CORDANI. Umberto G. *Ecos da Eco 92 na reunião da SBPC.* Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-01419920002000006&script=sci_arttext > Acesso em 13 Jul 13.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Traduzido por Luiza Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

GERSTENBERG, Frank. 1986: Catástrofe ecológica no Reno. Disponível em < http://www.dw.de/1986-cat%C3%A1strofe-ecol%C3%B3gica-no-reno/a-666757-1?maca=bra-uol-all-1387-xml-uol > Acesso em 13 Jul 13.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito Ambiental.* 2. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2011.

GREENPEACE. *Desastre do Exxon Valdez: uma contínua história de mentiras.* Disponível em < http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/desastre-do-exxon-valdez-uma/ > Acesso em 13 Jul 13.

____. *Bhopal, Índia, O pior desastre químico da história 1984 – 2002.* Disponível em < http://www.greenpeace.org.br/bhopal/docs/Bhopal_desastre_continua.pdf > Acesso em 13 Jul 13.

MENEGAZZI, Piero Rosa. *A efetivação do Direito à Informação no Meio Ambiente do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Santos de. *Direito Ambiental Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2007.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Direito Ambiental Internacional.* 2.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Thex, 2002.

SOARES, Guid Fernando Silva. *A Proteção Internacional do Meio Ambiente*. Barueri: Manole, 2003.

O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À MORADIA E SUA CONCRETIZAÇÃO

Tais Pagnan GARROCINI*

RESUMO

A moradia do cidadão é direito fundamental previsto na Constituição de 1988, sendo inerente à dignidade da pessoa humana, ou seja, ocupa lugar central no pensamento filosófico e político como valor fundamental da ordem jurídica de nossa sociedade, sustentando um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Constitucionalmente previsto como direito social pelo artigo 6º, impõe ao Poder Público intensa e constante preocupação com a forma de seu atendimento. Neste contexto, a atuação para evitar a criação de loteamentos clandestinos e a regularização dos já existentes assume importante papel, pois é a base para a prestação de uma série de serviços públicos. Além disso, no momento em que se regularizam tais ocupações, em qualquer uma de suas modalidades, estamos resolvendo problemas habitacionais e acalentando a tão sonhada tranquilidade das famílias que residem em áreas que não proporcionam segurança jurídica da posse e propriedade, muito menos oferecem serviços públicos adequados. Visa este trabalho, então, identificar os motivos do surgimento dos loteamentos clandestinos e como deve ser a sua regularização, bem como delinear os entraves urbanísticos e jurídicos que dificultam sobremaneira o processo. A problemática envolve questões jurídicas, fundiárias, urbanísticas e avaliação do desempenho das configurações espaciais, das atribuições do Poder Público e da capacidade de gestão.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana– Direito à Moradia – Responsabilidade do Estado.

ABSTRACT

The home of the citizen is a fundamental right laid down in the 1988 Constitution. Being inherent in human person’s dignity it occupies a central place in philosophical and political thought as a fundamental value of the legal system of our society, holding one of the pillars of the Democratic State of Law. Constitutionally entrenched social rights under Article 6, requires the Government’s intense and constant preoccupation with the shape its care. In this context, the actions to prevent the creation of slums and regularization of existing ones, plays

an important role because of its basis for the provision of a range of public services. Furthermore, at the time that regulate such occupations, in any of its forms, we are solving housing problems and cherishing the long awaited tranquility of families residing in areas that do not provide legal security of property, let alone provide adequate public services. This work means to identify the reasons for the rising of clandestine loteamento and how to regularize it, as well as outlining urban and legal barriers that hinder the process greatly. The issue involves legal matters, land, urban planning and performance evaluation of spatial configurations, the responsibilities of the Government and management capacity.

KEYWORDS: Dignity of the human person - Right to Housing - State Responsibility.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo principal estudar o direito constitucional à moradia, conjugado com o princípio da dignidade humana. Como objetivo específico se estudará como a existência dos loteamentos clandestinos ou irregulares violam tais direitos na medida em que não proporcionam aos seus moradores uma moradia digna. Ainda como objetivo específico, se estudará a atuação do Poder Público e as conseqüências de sua omissão.

Objetiva-se ainda definir a proteção do Estado a tal direito, determinando quais esferas públicas devem se envolver na questão, bem como de que maneira deve ser protegido o direito supracitado.

A validação paulatina de direitos referidos à dignidade da pessoa humana, em composição, os direitos humanos, postulados ao longo da história mundial, precederam a fomentação de direitos socias, econômicos e culturais. Nessa vertente, constituiu-se o Estado Liberal e, posteriormente, o chamado Estado Social, recorrente de medidas prestativas na consolidação dos direitos socias na vida da população. Dentre tais direitos, que devem ser velados pelo Estado, está o direito à moradia constante no art. 6º da Constituição Federal de 1988. O direito à moradia foi incluído tardiamente na Magna Carta, com a Emenda nº 26/2000, sendo certo que parcela da doutrina entendia que a Lei Maior já previa tal direito de maneira implícita. Este direito ingressou de maneira expressa na Constituição para atender à situação de hipossuficiência, considerando os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, quais sejam, construir uma sociedade justa e solidária e erradicar a pobreza e a

marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. A efetividade desse direito, assim como uma ferramenta indispensável no desenvolvimento do ser humano, tem caráter essencial na estruturação social mediada pelo Estado que, sustentado na devida Constituição deve permear a efetividade do direito á moradia, garantindo às pessoas o direito de morarem adequadamente, ou seja, com um mínimo de dignidade.

O conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene, conforto e estrutura, no qual, admitidos em meio a um ambiente acolhedor e seguro, verificado de dignidade para o prosseguimento decente da vida humana:

> O direito de moradia consiste na posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção contra a intempérie e, com resguardo de intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão. Trata-se de direito *erga omnes*. Nesse sentido, moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e os seus; daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção. (NOLASCO, 2008, p. 88)

A moradia em um loteamento irregular ou clandestino, representa para seus moradores a exclusão da cidade legal; a falta de titulação impede o acesso às fontes de financiamento habitacional, exercício do direito sucessório, enfim, a o loteamento irregular ou clandestino compromete a efetivação de vários outros direitos vinculados ao da moradia, daí a importância do Estado zelar pela urbanização regular.

O descumprimento das normas que regularizam a ocupação do solo não atinge somente aquelas pessoas que, diretamente, estão inseridas no contexto, como moradores e ocupantes locais, mas, de certa forma, à toda comunidade. A ocupação ordenada obediente às posturas públicas atinge a todos, inclusive sob a ótica das influências sócio culturais. Faz-se necessário, portanto, a manutenção do direito à moradia, previsto de modo expresso como direito social na Constituição Federal

> Percebe-se que o direito social à moradia somente se realiza quando observado o princípios da dignidade da pessoa humana. A habitação digna consiste naquela que possui acesso aos serviços públicos básicos com segurança jurídica preservada pela existência e titulação da propriedade do bem imóvel, bem como a segurança física, que está pautada no fato de não se localizar em área de risco. “Ou seja, para se analisar o direito à moradia faz-se necessário levar em conta diversos fatores e condicionantes que podem viabilizar ou impedir o acesso a este direito fundamental.” (GAZOLA, 2008, p. 114).

A história dos loteamentos clandestinos e irregulares mostra que têm sido tolerados e depois anistiados, sem cobrar dos loteadores a infra-estrutura que devem ao município e aos moradores.

Como se vê, a regularização dos loteamentos se dá em duas dimensões: urbanística e jurídica. Faticamente até se poderia trabalhar somente um dos aspectos. Entretanto, a história já nos mostrou que os resultados somente serão positivos quando as duas dimensões são avaliadas e trabalhadas.

A Regularização Fiduciária é justamente a regulação jurídica associada à urbanística, tem seu conceito legal no Projeto de Lei N. 20 de 2007 como sendo

> [...] o conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, promovidas pelo Poder Público por razões de interessa social ou de interesse específico, que visem a adequar assentamentos informais preexistentes às conformações legais, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CHUCRE, 2007)

Estando a ocupação devidamente inserida na cidade formal em decorrência da aprovação do estudo de viabilidade urbanística ou do projeto urbanístico e sua decorrente

implantação, necessário adequar o título de propriedade à realidade fática, dando início à política de legalização das áreas e dos lotes ocupados, gerando segurança jurídica aos moradores.

Dessa maneira, o equilíbrio entre as iniciativas urbanísticas e as garantias jurídicas deve efetivar o direito à moradia previsto na Constituição Federal, que, inclusive, parte da ideia de dignidade da pessoa humana, direito à intimidade e à privacidade.

1 PERSPECTIVA HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS E DO DIREITO À MORADIA

Embora já na Grécia e em Roma existissem discussões sobre igualdade e liberdade, somente com a queda do feudalismo que as idéias de direito divino dos reis foram superadas. Com a queda do Antigo Regime e o aparecimento da concepção Estado-Nação floresceram novas idéias, inspiradas pelo jusnaturalismo, que passaram a se debruçar sobre os fundamentos de liberdade e igualdade entre os homens. Tais idéias nortearam de maneira muito singela o Estado Liberal.

Numa análise da evolução histórica das constituições, Bonavides nos ensina que a primeira fase do constitucionalismo, a fase publicista, os direitos humanos fundamentais sequer faziam parte do texto das constituições dos Estados Liberais, eram somente apêndices de obrigatoriedade discutível e possuíam um valor de um simples manifesto político, consistiam em:

> [...] um mero conjunto de princípios gerais e abstratos, desprovidos de natureza jurídica, sem eficácia vinculante, de aplicabilidade duvidosa ou impossível; princípios meramente éticos aptos quando muito a inspirar o legislador segundo diretrizes ideológicas, mas de modo algum idôneo a obrigar os cidadãos ou órgãos estatais (BONAVIDES, 2006, p. 227).

Com a Constituição Belga, em 1832, os direitos humanos individuais foram incorporados na Carta Constitucional deixando de ser meras diretrizes para se converterem

em direitos positivos e acionáveis judicialmente. Esses direitos são denominados direitos de primeira geração, que são caracterizados basicamente pelas liberdade individuais, igualdade entre os homens e pelas salvaguardas individuais diante do abuso do Estado.

A propalada igualdade que fundamentava a não intervenção do Estado nas relações privadas permitia a espoliação dos fracos pelos mais fortes, o que propiciou o surgimento de novas idéias, como os movimentos sociais e filosóficos como o trabalhismo, socialismo e comunismo, derrubando o regime liberal nos Estados e inaugurando o Estado Social e uma nova fase constitucional.

As constituições sociais caracterizam-se pela obrigação do Estado em proporcionar ao cidadão o acesso à: saúde, educação, moradia, previdência, assistência, etc. Esses direitos são os denominados direitos de segunda geração. Os direitos humanos no Estado Social foram fortemente demonstrados pela Constituição do México de 1917 e de Weimar, em 1919.

A Constituição Mexicana de 1917, a primeira constituição social, já assegurava o direito à moradia digna em seu art. 4º. Esse assegurava que toda família tem o direito de desfrutar de uma moradia digna, remetendo para a uma lei regulamentadora o estabelecimento dos instrumentos e apoios necessários à concretização deste direito.

A Constituição de Weimar, além de reconhecer o interesse social que deve reger o direito de propriedade de forma que seja viabilizado a todos o direito à terra, confere ao Estado o dever e o direito de planejar a ocupação do solo de forma a impedir abusos e garantir a todos o acesso à moradia que viabilize uma moradia digna.

Embora as constituições sociais tenham incorporado ao texto o direito à moradia digna sem qualquer preocupação com sua efetividade, é bastante relevante o reconhecimento desse direito. Importante ressaltar que, no Brasil, este direito somente foi expressamente constitucionalizado no ano 2000, com a Emenda Constitucional 26.

Com o desenvolvimento do Estado Social tem-se um processo inverso ao liberalismo, inicia-se um processo de intervenção do Estado sem precedentes. Os direitos sociais, embora previstos nas Constituições, careciam de efetividade, suas normas eram interpretadas como mero programas, orientações a serem observadas pelo Estado quando e como o governante quisesse.

Dessa forma, a Constituição converte-se em um instrumento de manipulação, deixando de ser um "lugar jurídico para se tornar preponderantemente político" (BONAVIDES, 2006, p. 234) e o Estado em instrumento de controle de importantes segmentos da vida social e econômica.

Com o Direito dissociado dos valores éticos e um modelo de Estado centralizador, tem-se a conjunção de fatores facilitadores da instauração de regimes populistas e ditatoriais fundados em normas legais que se distanciam da justiça.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, diante dos campos de concentração e os horrores do holocausto, verificou-se que o Direito concebido pelo positivismo converteu-se em uma ficção dissociada de valores humanos, um verdadeiro instrumento de opressão e arbítrio.

Esse direito, que nem assegura a proteção do homem em face dos abusos do Estado, nem cumpre as promessas constitucionais, entrou em crise. Para combater a síndrome da inefetividade das constituições e da falta do compromisso do direito com a justiça, tem-se o retorno aos valores, a reaproximação do Direito com a Ética, da lei com os fundamentos axiológicos dos direitos humanos.

A lei aproximando-se de interpretações subjetivas respaldadas em importantes valores humanos após a Segunda Guerra Mundial, tais como, a vida, a boa fé e a probidade, conseqüentemente acabou por tutelar do direito fundamental à moradia, promovedor da dignidade humana. Assim, como resultado de mudanças advindas de modo anterior, os direitos sociais hoje são reconhecidos pelo Judiciário e, com isso, a todas as pessoas nasce o direito da aquisição do direito à moradia digna.

2 O DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À MORADIA

Direito natural do indivíduo, indispensável à proteção da vida, da saúde, da liberdade, em qualquer parte o homem procurou construir seu abrigo, seja numa caverna, na copa de uma árvore, nos buracos das penhas e, até mesmo, no gelo, protegendo-se das intempéries e dos predadores.

O direito à moradia digna integra o direito à subsistência, que é expressão mínima do direito à vida, porém o direito à vida digna e à integração social. Assim, o fundamento di

direito à moradia está na constatação de que é crescente a exclusão social, a marginalidade econômica, que redunda em marginalidade geográfica.

A Constituição Federal de 1988 não nominava o direito à moradia no rol dos direito mínimos. Certamente não se pode conceber dignidade em um ser humano vagando nas ruas, sem acesso à moradia digna. A omissão dos autores não significava exclusão desse direito dentre o mínimo existencial, posto que os direitos citados são exemplificativos e certamente decorrem da redação antiga do art. 6º da Constituição Federal. Com a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, o direito à moradia passou a constar expressamente em nossa Constituição.

A preocupação com a efetivação do conteúdo mínimo da dignidade também é expressa na Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000 "[...] atenta a um dos objetivos fundamentais da República – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais -, criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza" (MORAES, 2007, p. 183)

O direito à moradia é um direito de igualdade: em geral, direitos sociais de acesso, de oportunidade. São frutos de adscrição, não de capacidade econômica ou produtiva. Por meio deles, a sociedade exerce a justiça distributiva atribuindo: a) bens que não produziu, mas cuja administração detém (como a terra); b) bens produzidos com esfroço individual ou social (o capital, sob a forma de financiamento).

Segunda Rui Vianna, direito à moradia é:

> Direito humano rotulado de direito social, como se quis qualificar os instituto, inserido no art. 6º da Constituição, como se de menor expressão fosse do que os elencados no art. 5º, seu relevância, entretanto, o qualifica como imprescritível, irrenunciável, iniviolável, universal e, sobretudo, dotado de efetividade.

Há vínculo de dependência entre o direito da inviolabilidade e à constitucionalidade da proteção da moradia. O direito à moradia tende ao direito de morar e só se satisfaz com a aquisição deste em sua plenitude. Para isto, é preciso que concorram todos os elementos da moradia. Quem conseguiu o terreno mas não a casa, satisfez apenas em parte seu direito à

moradia. O mesmo acontece com quem possui a casa, mas não por tempo suficiente. Assim, ao direito de morar são extensivos os mesmo princípios que ordenam o direito à moradia.

Diante disso, claro está que o direito a moradia é um Direito Fundamental, uma vez que foi positivado pela Constituição Brasileira, cabendo ao Estado protegê-lo e implentá-lo através de leis e políticas públicas.

3 A IMPORTÂNCIA DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Ainda que o texto constitucional consagre a dignidade humana como princípio estruturante de nosso sistema jurídico, poucos habitantes de nossa cidade desfrutam do direito à vida segura e vivem em habitações dignas

É na cidade que vive nos dias de hoje a maioria da população brasileira. A gestão democrática, eqüitativa e justa deste espaço é um desafio ainda sem solução. Via de regra, o que encontramos é uma parcela da população da cidade vivendo legalmente, usufruindo plenamente da infra-estrutura urbana e outra parcela vivendo na ilegalidade, à margem da cidade legal, excluída e impossibilitada de usufruir o aparelhamento urbano.

Nesse contexto, coube ao Estado a criação de condições gerais para o desenvolvimento urbano, as quais foram tomadas quando já havia se iniciado um processo descontrolado de urbanização. As políticas públicas empregadas na tentativa de conter o crescimento desordenado das cidades se mostraram excludentes e de caráter discriminatório, gerando mais pobreza, marginalização, déficits habitacionais e degradação ambiental.

> Como o projeto para o nosso país foi traçado pela Constituição de 1988 compete a todos (representantes do povo no congresso; dirigentes políticos; servidores públicos, poder judiciário, empresas, sociedade civil organizada, ONGs), executar esse projeto e implementar as ações necessárias para o modelo, esboçado pelos representantes do povo na Assembléia Nacional Constituinte, se concretize, para que todos possam exercer cidadania plena. (GAZOLA, 2008, p. 51)

Os direitos sociais têm natureza coletiva, dependem e regram situações a serem criadas pelo Poder Público e sua eficácia está relacionada a uma atuação conjunta dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Os direitos sociais são direitos públicos subjetivos e devem ser alcançados através da justiça distributiva, vez que não são fruíveis individualmente.

Note-se que, a ação individual proposta com o intuito de gozar tais direitos não resolve, pois gera desigualdade no tratamento. Como exemplo citamos as ações individuais para conseguir remédios caros, para tratamento específico, cujo fornecimento é obrigatório por parte do Estado. O impetrante da ação individual alcança seu objetivo, mas isso em nada colabora na implementação do direito fundamental a saúde.

Existem distintos remédios jurídicos a serem utilizados na defesa dos direitos sociais, tais como, a Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Para criar uma situação nova, justa e com benefício para todos, se faz necessário compelir o Estado a criar e implementar Políticas Públicas, no caso do direito a moradia, Políticas Públicas habitacionais.

As políticas públicas são programas de ação governamental que resultam de processos ou conjunto de processos – eleitoral, legislativo, administrativo, orçamentário, judicial – juridicamente regulados, visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

As políticas públicas são metas coletivas conscientes, definem e norteiam a ação do Estado, permitindo que a sociedade acompanhe e fiscalize sua atuação.

Nesse contexto, o direito funciona como instrumento para a atuação estatal, ele é a principal ferramenta na implementação da política pública. É impossível compreender-se o Estado e orientar sua dinâmica sem o direito e a política, pois toda a fixação de regras de comportamento se prende a fundamentos e finalidades, enquanto a permanência de meios orientados para certos fins depende de sua inserção em normas jurídicas.

A questão habitacional e de uso e ocupação do solo urbano, figuram dentre os inúmeros problemas enfrentados pelo Estado na gestão das cidades. Para que a administração

pública consiga promover justiça social, cidadania e a sustentabilidade das cidades brasileiras, terá obrigatoriamente que se debruçar sobre essas questões. Para isso contará com uma legislação específica, destinada à questão urbana como uma espécie de molde da cidade ideal ou desejável.

É papel do Poder Judiciário aplicar justiça distributiva, forçando a criação e implementação de Políticas Públicas, promovendo as reformas sociais necessárias ao efetivo acesso à moradia digna por toda a população.

4 DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA

As ocupações irregulares existem em quase todas as cidades brasileiras, atingindo em maior grau aquelas mais urbanizadas e, em especial, as pertencentes a regiões metropolitanas. São formadas, em sua maioria, por população de baixa renda, que, em geral, não tem acesso à habitação formal.

Os moradores destes locais vivem em situação de insegurança, não têm título de propriedade, não podem acessar linhas de crédito para realizar melhorias na sua moradia e, muitas vezes, não contam com serviços básicos como distribuição de água, energia elétrica e saneamento.

Regularizar tais áreas traz segurança e dignidade aos moradores, gera riqueza à comunidade e permite a correta gestão do espaço urbano, pois insere estas áreas nos cadastros municipais.

O direito à moradia está previsto no artigo 6º da Constituição Federal como direito social fundamental, obrigando o Poder Público a desenvolver políticas públicas que lhe confiram real eficácia. E aos Municípios cabe promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (artigo 30, inciso VIII, da Constituição do Brasil).

Ao realizar a regularização fundiária, o Município dá eficácia ao direito à moradia digna e ordena o uso do solo urbano, convertendo meros locais de moradia em endereços formais, gerando informações para arrecadação de tributos, tornando possível o acesso a financiamentos e dando segurança aos ocupantes.

A regularização fundiária, atualmente, constitui política pública porque a dimensão da irregularidade urbana é de tal monta que deixa de ser um problema individual para ser um problema difuso, que afeta toda a coletividade. Por isso a necessidade de ponderar todos os aspectos, verificando como enfrentá-los, de forma a minimizá-los e melhorar as condições urbano-ambientais da coletividade.

O conceito de regularização fundiária está previsto no artigo 46 da Lei nº 11.977/2009, que estabelece:

> Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, ao realizar regularização fundiária é preciso atentar para os aspectos urbanísticos, que exigem o desenho das vias de circulação, a observância do tamanho dos lotes, a alocação de casas precárias ou situadas em situação de risco, tudo para que esse espaço urbano venha a realmente se integrar na cidade. Além disto, é imprescindível que se realize a regularização jurídica das áreas a fim de que se dê segurança aos moradores. E todo o processo deve levar em conta os aspectos ambientais e sociais, envolvendo toda a população.

A regularização fundiária é uma expressão do direito social à moradia, sendo, portanto, um direito que, para ser concretizado, necessita da atividade do Estado. Assim, a regularização fundiária passa a ser política pública permanente, relacionada ao Estado e não somente ao governo eleito a cada período eletivo, até porque, para ser implementada na íntegra, precisa ser trabalhada em mais de uma gestão.

Além disso, a regularização fundiária integra o conteúdo da ordem urbanística, que é um direito difuso, nos termos do que dispõe o Estatuto da Cidade. Dito de outra forma, atuar em regularização fundiária não é uma possibilidade para os governos municipais, mas uma

necessidade, um poder-dever decorrente da ordem jurídica que coloca este tema entre as políticas públicas de competência municipal.

Os parcelamentos irregulares e clandestinos fazem parte da realidade social e registral e representam hoje um dos maiores óbices à consecução dos direitos fundamentais à propriedade, à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Insuficientes vinham se mostrando as leis editadas para regularizá-los e combatê-los, o que forçou o legislador a buscar novos caminhos que pudessem superar dogmas até então irremovíveis.

Foi assim que, em 07 de julho de 2009, entrou em vigor a Lei n. 11.977/09, mais conhecida como a "Lei Minha Casa Minha Vida", que, em seu Capítulo III, introduziu novo cenário na complexa questão da regularização fundiária. Disposta a efetivamente regularizar os assentamentos irregulares, a Lei n. 11.977/09 teve em mira não apenas permitir o registro dos títulos no registro de imóveis, mas assegurar os preceitos Constitucionais da moradia, da função social da propriedade e do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para alcançar seu intento inovador, trouxe diversos mecanismos de regularização, como a demarcação urbanística, que é o procedimento pelo qual o poder público demarca o imóvel, definindo seus limites, área, localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses; a legitimação de posse, que é o ato destinado a conferir título de reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse; e a conversão da legitimação de posse em propriedade, sem intervenção do Judiciário, após cinco anos de seu registro (arts. 47, III e IV e 60).

Autorizou, ainda, que a regularização recaia também sobre imóvel de domínio público (art. 47, III, VI e VII), que alcance a parte ou o todo de um ou mais imóveis, ainda que de proprietários distintos (56, § 5º e 288-G, da LRP), ampliou o rol delegitimados a promovê-la (art. 50) e permitiu a cisão da regularização (art. 51 § 3º e 57, §§ 8º e 10º).

Ocorre que, mesmo após a edição da Lei n. 11.977/09, alguns pontos da regularização fundiária ainda não estavam sanados e outros geravam dúvidas.

Para esclarecê-los, sobreveio a Lei n. 12.424/11 que, dentre outras alterações, revogou o inciso III, do art. 59, que limitava em 250 metros quadrados o tamanho da área de

lote ou da fração ideal suscetível de legitimação de posse; permitiu a regularização também sobre áreas de preservação permanente (art. 54, § 1º); passou a prever expressamente que a legitimação de posse seja conferida ao titular de frações de cotas ou ideais, desde que exercido o direito em lote individualizado e identificado (art. 59, § 2º); dispensou a retificação do registro para a averbação do auto de demarcação urbanística e o registro do parcelamento decorrente de projeto de regularização fundiária (art. 213, § 11, IV); desobrigou o atendimento dos requisitos da Lei n. 6.766/79 para o registro do parcelamento de regularização fundiária (art. 65, parágrafo único); e conferiu ao Poder Público o poder de extinguir os contratos de concessão de uso especial para fins de moradia e de concessão de uso firmados anteriormente à intervenção da área a fim de viabilizar obras de urbanização em assentamentos irregulares (art. 71-A).

Essas premissas inovadoras pretendem otimizar e aperfeiçoar a função essencial do Estado de regularizar os assentamentos irregulares.

Regularizar, fiscalizar para que não surjam novas áreas irregulares, tensionar e exigir que os projetos novos a serem construídos com recursos públicos e privados cumpram os requisitos mínimos de infraestrutura e habitabilidade para que não sejam irregulares novamente, faz parte do esforço do estado brasileiro para a construção de cidades sustentáveis, mais sadias e inclusivas.

CONCLUSÃO

O direito à moradia digna foi consagrado pela Organização das Nações Unidas – ONU e erigido à categoria de direito social fundamental na nossa Carta Constitucional pela Emenda Constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000. Na esfera infraconstitucional, o Estatuto da Cidade também estabelece que a política urbana tem, entre suas diretrizes básicas, o direito do cidadão à terra urbana e à moradia, para as presentes e futuras gerações, no intuito de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

No entanto, a triste realidade de nossos centros urbanos demonstra que este direito não é de fácil efetivação. Um simples circular pelas cidades brasileiras demonstra o quão grave é a situação, já que grande parte da urbanização brasileira se efetivou de forma desordenada, sem nenhum planejamento ou controle estatal. Desta situação decorreram sérios problemas de ordem habitacional e urbanística, cuja gravidade provoca, em alguns casos, a

ausência de dignidade humana a moradores de unidades habitacionais brasileiras. Não é por outro motivo que esses problemas urbanísticos exigem a urgente implementação de soluções.

Se a realidade atual não está de conformidade com o projeto constitucional, tem-se claro o dever do administrados público e dos demais poderes: o dever de transformar esta realidade de forma que o Brasil se converta no país projetado em 1988. Como o direito à moradia historicamente tem sido relegado ao esquecimento, há muito a ser feito.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 18ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CHUCRE, Fernando. Projeto de lei 20 de cinco de fevereiro de 2007. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposições >. Acesso em: 15 de julho de 2013.

DALLARI, Adilson Abreu e FERRAZ, Sérgio (coordenador). Estatuto da Cidade. São Paulo: Malheiros, 2002.

GAZOLA, Patrícia Marques. Concretização do direito à moradia digna. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. A Função Social da Propriedade e da Cidade no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 7a ed. São Paulo: Atlas 2007.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. Direito fundamental à moradia. São Paulo: Pillares, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, oitava edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIANA, Rui Geraldo de Camargo. O direito à moradia. Revista de Direito Privado, p. 9-16. Abril/junho 2000.

ATUAÇÃO ESTATAL NA PREVENÇÃO DO DELITO E A SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL

Vanessa Rui FÁVERO[709]

RESUMO

O presente trabalho almeja analisar o importante papel que deve o Estado assumir frente à proliferação dos conflitos sociais e diante dos reclamos sociais por maior segurança. Não pode o Estado jamais abster-se do importantíssimo papel preventivo que deve assumir, devendo sempre prezar pelo aniquilamento do fenômeno criminal já em suas causas, sempre considerando as consequências maléficas da drástica intervenção do direito penal. Assim, será sempre preferível que a proteção de bens jurídicos a serem tutelados seja inicialmente levada a efeito pelos demais ramos do ordenamento jurídico, ao invés da utilização, já de início, da drástica intervenção do direito penal como meio de se atingir o controle social almejado. Na assunção de sua responsabilidade na contenção de conflitos sociais, não deve o Estado esquivar-se com a adoção de medidas imediatistas, mas prezar sempre pela implementação de políticas públicas fortes e engajadas com a realidade social que visa tutelar.

ABSTRACT

This study aims to analyze the important role that the state should take forward the proliferation of social conflicts and before the claims for social security. The State can not ever refrain from important preventive role to be assumed and must always cherish the annihilation of the criminal phenomenon already in their causes, always considering the evil consequences of the drastic intervention of criminal law. Thus, it is always preferable that the protection of legal interests to be safeguarded is initially undertaken by other branches of the law, instead of using, from the outset, the drastic intervention of criminal law as a means of achieving the social control desired. The assumption of responsibility in curbing social unrest, the state should not shirk the adoption of measures immediacy but always cherish the

[709] Acadêmica de graduação em Direito da Universidade Estadual Norte do Paraná e bolsista de Iniciação Científica PIBIC/UENP - Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FAADCT/PR), sob a orientação do Professor Doutor Valter Foleto Santin. – *vanessa_vrf@hotmail.com*

implementation of strong public policies and engaged with the social reality that seeks to protect.

PALAVRAS-CHAVE: Atuação estatal. Imediatismo. Poder punitivo do Estado. Limitação. Prevenção do delito. Implementação. Políticas públicas.

KEYWORDS: State action. Immediacy. punitive power of the State. Limitation. Prevention of crime. Implementation. Public Policy.

INTRODUÇÃO

Em tempos de instabilidade, frente à nossa realidade social contemporânea, muitas expectativas recaem sobre o direito penal o que faz com que as aspirações da sociedade civil busquem no sistema punitivo estatal mordaz instrumento de controle social punitivo institucionalizado no anseio da sensação de maior segurança que um sistema punitivo forte e perspicaz possa a trazer. Entretanto não pode o Estado esquivar-se de analisar minuciosamente todas as variáveis dos fenômenos sociais que circundam a problemática que deve por ele ser enfrentada de forma eficaz e certeira, não bastando a adoção de medidas imediatistas que apenas camuflem o problema – como forma de 'mostrar serviço' diante dos reclamos sociais por maior segurança – sem encará-lo de fato.

Tal fato demonstra o imediatismo da atuação estatal que acaba recorrendo ao direito penal como meio de tentar assegurar a ordem social, sem antes considerar as consequências maléficas da drástica intervenção do direito penal na sociedade, que, quando possível, deve ser substituída por outras formas de controle social.

Atualmente, podemos facilmente verificar a presença de reclamos sociais por maior segurança que acabam por serem depositados pelo Estado na conta do direito penal, uma vez que, a sociedade quer sentir-se segura e ver resultados, exigindo, dessa forma, soluções que surtam efeitos a curto prazo. Tentando atender a essa demanda, de forma irracional e imediatista, o Estado, lamentavelmente, acaba elegendo fórmulas drásticas e repressivas para camuflar o problema sem de fato encará-lo, utilizando-se erroneamente do direito penal para tal fim; quando a este deveria ser resguardado tão somente a proteção contra ataques de bens jurídicos, que não pudessem, de forma alguma, ser protegido por nenhum outro ramo do direito.

Deve o Estado, antes de qualquer coisa, sempre considerar as consequências maléficas da drástica intervenção do direito penal; devendo sempre verificar previamente a eficácia da prevenção dos delitos dirigida por outros ramos do ordenamento jurídico, quando estes se demonstrarem fortes o suficiente na proteção de determinado bem. É preferível que tal proteção seja por eles levada a efeito ao invés da utilização, de início, da intervenção do direito penal como meio de se atingir controle social almejado.

Conforme nos é lecionado já nas noções preliminares de Direito, este possui condição de oferecer formas diferenciadas de proteção aos conflitos sociais, podendo esta tutela ser civil, penal, administrativa, dentre outras. Somos instruídos ainda de que deve a tutela penal ser reservada apenas à proteção daquilo que efetivamente perturba o convívio social de forma tão drástica que as demais formas de controle social não conseguem sozinhas gerir; donde verificamos a célere designação do direito penal com *ultima ratio*.

Assim, por força do subprincípio da "subsidiariedade do direito penal", que deve ser utilizado com o significado de *ultima ratio* da política social, a intervenção penal só seria justificável quando outras instâncias formais ou informais de controle social não se apresentem mais como suficientes para a efetivação da tutela ao bem jurídico considerado.

A intervenção penal no conflito social é uma forma "tardia" de intervenção, uma vez que age apenas após a manifestação do conflito social que ela deveria buscar evitar. Esta forma de atuação estatal apresenta resposta apenas aos efeitos decorrentes do delito, e não a suas causas; podendo-se facilmente verificar, nesse contexto, a ausência de uma atuação estatal engajada e direcionada à gênese do problema a ser enfrentado. De fundamental importância demonstram-se os esforços para a delimitação do papel preventivo que o Estado deve assumir no gerenciamento dos conflitos sociais. Políticas públicas direcionadas ao enfrentamento da gênese dos problemas sociais são de fundamental importância diante da responsabilidade do Estado na contenção dos delitos de forma eficaz engajada com a realidade social que visa tutelar.

1. O PAPEL DO ESTADO NA PREVENÇÃO DO DELITO

O desdém com políticas públicas essenciais ao cidadão, como resultado perverso das escolhas econômicas que induzem e cegam a atuação do Estado, refletem diretamente sobre as condições de desenvolvimento e na qualidade de vida dos cidadãos, dando ensejo a uma infinidade de questões econômicas, políticas e sociais a serem enfrentadas; assim como também desencadeiam o fenômeno criminal ora tratado. Assim, buscar definir o papel que

deve ser encabeçado pelo Estado na busca de uma prevenção ao delito efetiva e que atenda aos anseios sociais sem iludi-la com meras medidas paliativas, é de fundamental importância, uma vez que, nas palavras de Carlos Alberto Baptista, "Os maiores desafios que o Brasil enfrenta são as imensas dificuldades jurídicas, políticas e operacionais de reestruturação do sistema de prevenção da criminalidade." (2007, p. 160). Alude ainda o mesmo autor que:

> O sistema penal é a forma mais violenta de controle social institucionalizado – *controle social punitivo institucionalizado* – pois, diferentemente das esferas civil e administrativa, incide sobre um bem fundamental do ser humano, de maior hierarquia depois do bem vida – a liberdade – o qual só pode ser relativizado em situações tais que justifiquem essa intervenção." (BAPTISTA, 2007, p. 220-221)

Dessa forma, torna-se necessário pontuar a forma como deve o Estado comportar-se na árdua tarefa de lidar com os infratores da ordem social preestabelecida ao assumir sua responsabilidade no combate e prevenção do delito, de forma que, Rogério Greco traz, em suas precisas lições, a forma que não deve o Estado agir. Assim temos que:

> O Estado não pode comportar-se como mero carrasco, ou como antigo "vingador de sangue", procurando simplesmente infringir dor àquele que praticou a infração penal. Deve, isto sim, procurar saber os motivos pelos quais alguém foi compelido a praticar a infração penal e tentar, a todo custo, evitar que novos delitos sejam cometido, não somente pelo agente que está sendo punido pelo Estado, como também pelos demais membros da sociedade, que devem sentir-se desestimulados a descumprir a lei penal. (GRECO, 2011, p. 459).

É ilusório acreditar que apenas com o recrudescimento do sistema através da implementação de leis penais mais severas, ou mesmo com o aumento do contingente policial espalhado nas ruas, será possível efetivar uma prevenção eficaz aos delitos. Essa é uma visão simplista do sistema preventivo, que como já aduzido, deve ser reestruturada para a obtenção da tão almejada segurança pública.

Como muito bem aduzem Gianpaolo Poggio Smanio e Humberto Barrinuevo Fabretti (2010, p.156) na prevenção de delitos, mesmo a drástica intervenção direito penal não

surte os efeitos esperados; uma vez que, como insistimos em todo o decorrer desse trabalho, ela não é direcionada à gênese do problema, e acaba operando apenas como medida paliativa. Em suas palavras temos que:

> De fato, mesmo o Direito Penal, que supostamente é instrumento mais eficaz à disposição do Estado para controlar o problema criminal, demonstra-se ineficaz na prevenção dos delitos. A intervenção no conflito social é tardia, pois não se dá enquanto o conflito é criado, mas somente quando este manifesta-se .Além de intervir tardiamente, intervêm mal, pois não apresenta uma resposta às causas do conflito (etiológica), mas somente uma resposta aos efeitos do delito (sintomatológica). (SMANIO, FABRETTI, 2010, p.156)

E finalizam os autores, ainda, afirmado que, "uma prevenção genuína e eficaz dos crimes deve ser programado em longo prazo e não buscada na sua estrita e negativa função intimidatória." (SMANIO, FABRETTI, 2010, p.156) de forma que o direito penal não é o único, mas apenas um dos instrumentos a serem utilizados; devendo-se sempre priorizar a prevenção não-penal, quando esta for possível, uma vez que suas consequências são mais eficazes e menos maléficas não só ao apenado como a todo o contexto social no qual ele encontra-se inserido.

Nessa toada, asseveram ainda Antônio Pablos-Gacía de Molina e Luiz Flávio Gomes (2008, p. 509-510) que os malefícios da intervenção penal na sociedade podem ser verificados não só pela estigmatização da pena deixada no infrator, frustrada sua função ressocializatória, como também é verificada por atingir, colateralmente, terceiros, como familiares e pessoas próximas ao condenado, que, embora não tenham cometido crime algum, permanecem também, assim como o apenado, estigmatizado e socialmente excluído. Atestam também que cabe ainda ressaltar, o fato de tal intervenção penal ser igualmente maléfica à própria sociedade em que o condenado está inserido, pois ao utilizar-se de tal meio de intervenção, evidencia-se a incapacidade da própria comunidade em solucionar seus problemas e conflitos sociais de maneira menos traumática; sem ter que recorrer aos elevados custos sociais que decorrem da drástica intervenção penal em sua estrita e negativa função intimidatória, como instrumento preventivo. (MOLINA, GOMES, 2008, p. 509-510).

Considerando ainda os comentários de Gianpaolo Poggio Smanio e Humberto Barrinuevo Fabretti (2010, p.156) sobre a intervenção penal no conflito social, a principal

crítica que podemos a ela dirigir consiste no fato de ser ela "tardia" uma vez que age apenas remediando o fenômeno criminal que deveria buscar evitar, alem do fato dela "intervir mal", visto que apresenta resposta apenas aos efeitos decorrentes do delito, e não a suas causas; tendo seu caráter preventivo pautado prioritariamente na função intimidatória da pena, que não tem se demonstrado eficaz dada à ausência de uma atuação estatal engajada e direcionada à gênese do problema a ser enfrentado.

Dessa forma, para a alteração da atual crise de insegurança social faz-se necessário que se coloque em pratica políticas públicas fortes, com objetivos bem definidos, e, acima de tudo, passíveis de efetivação.

Nilo Batista objetivamente e sem tapas ou vendas expõe a perversidade da ausência estatal em assumir suas obrigações – quando as deposita nas costas do direito penal – afirmando que "Propensão para o crime tem é o Estado que permite a carência, a miséria a subnutrição e a doença – em suma, que cria a favela e as condições subumanas de vida." (BATISTA, 1990. p. 159).

O ilustre autor afirma assim, que o cidadão tem seus direitos violados, tanto pela ação das organizações criminosas de uma forma geral, como também pela inoperância do Estado, que tem como um de seus deveres precípuos, garantir o direito de segurança individual e coletiva. Dessa forma, Nilo Batista (1990, p.159-160) deposita no Estado a responsabilidade pela ausência ou inefetividade de políticas públicas direcionadas à área social que influi, sem dúvida alguma, nas questões que ensejam a criminalidade aparente.[710]

Ponto marcante, para Carlos Alberto Baptista, do desafio que o Brasil deve enfrentar, são as imensas dificuldades jurídicas, políticas e operacionais de reestruturação do sistema de prevenção da criminalidade; afirmando o autor que os recursos mal direcionados acabam por fomentar as causas da crescente criminalidade (BAPTISTA, 2007, p. 160). Dessa forma, é de fundamental importância a constatação de que compete ao Estado criar as condições para que a segurança pública seja uma realidade a todos os cidadãos; direcionando políticas adequadas para cada fator de carência social que pode vir a desencadear conflitos. Assim temos que:

[710] Segundo lições de Rogério Greco (2009, p. 163) a "criminalidade aparente", como regra, existe em razão da impotência do Estado em gerir a coisa pública, sendo tais infrações geralmente praticadas pelas camadas sociais mais baixas da sociedade em função da precariedade das condições sociais a que estão relegados; uma vez que, não lhes são garantidos a concretização de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, devido à inexistência ou insuficiências de políticas públicas que lhes deveria ser dirigidas. Atesta assim o autor que tal precariedade na atuação estatal acaba por criar um verdadeiro abismo de desigualdade entre as classes sociais; evidenciando haver uma gritante diferença, substancial e de tratamento, entre a criminalidade oculta e a aparente, ora referida.

> Os desafios para o Estado brasileiro são, portanto, urgentes e imensos. E não menos para as políticas públicas, particularmente na área social, que acaba por imiscuir-se nas questões de criminalidade. Mostra-se necessária uma análise multidimensional da criminalidade capaz de mostrar com mais precisão que tipo de política é mais adequada para cada um dos fatores de seu surgimento. (BAPTISTA, 2007, p. 160)

Tratando-se de políticas públicas que antecedem a prática do delito, é de fundamental importância que elas sejam elaboradas com precisão e de forma engajada com a realidade social fática vigente, devendo as medidas propostas serem direcionadas exatamente para cada um dos fatores que visa regular.

Virgílio Luiz Donnici (1976, 94-95) já propunha que a planificação da defesa social deveria ser elaborada conjuntamente com o plano de desenvolvimento nacional visando atender as necessidades sociais a curto e longo prazo; obrigando, dessa forma, o Estado a estar atento à realidade social de seu país para planificar uma defesa social perspicaz e efetiva. Segundo o autor, a implementação de uma defesa social consistente, não pode deixar de passar pelo exame crítico do sistema penal e de sua legislação; não bastando a ela, limitar-se ao aumento da severidade de sua atuação atendendo aos clamores da opinião pública sem antes realizar uma análise multidimensional do fenômeno criminal que busque apresentar com precisão a política pública mais adequada para seu enfrentamento.

> Com o processo de desenvolvimento econômico da sociedade moderna, aceita-se sem discussão que a planificação da defesa social deve fazer parte da planificação do desenvolvimento nacional que deverá atender às necessidades sociais, a curto e longo prazo [...] A planificação da defesa social obriga, necessariamente, ao exame e a reforma da legislação penal de cada país, que deve estar atento às realidades sociais. Na sociedade moderna não mais é admissível a simples imposição de sanções penais cada vez mais severas, em que pese os clamores da opinião pública exigindo medidas contra o aumento da criminalidade. (DONNICI, 1976, p. 94-95)

Temos ainda que “As políticas públicas constituem um tema oriundo da ciência política e há uma estreita relação entre política e direito” (BAPTISTA, 2007, p. 156), de forma que as políticas públicas devem buscar munirem-se de uma visão jurídica centrada nas

garantias fundamentais dos cidadãos que devem ser implementadas pelo Estado, uma vez que este possui o dever constitucional de zelar pelo desenvolvimento nacional promovendo o bem de todos, sem qualquer forma de distinção, objetivando erradicar a pobreza a marginalização e reduzir as desigualdades sociais.[711]. Uma ordem jurídica bem estabelecida pode ser instrumento significativo de melhoria social, afirma Carlos Alberto Baptista.

Isto posto temos que as políticas públicas atuam no campo mais operacional do direito, sendo necessário dotar-lo com os instrumentos adequados para a concretização dos direitos e garantias fundamentais e sua promoção social igualitária para todos, o que consequentemente refletirá na gênese do fenômeno criminal, que deve ser agasalhado por uma prevenção eficaz aos delitos.

Insta ainda salientar interessantíssimo alerta trazido por Carlos Alberto Baptista (2007, 123), que ressalta merecer atenção a responsabilidade delegada aos Municípios, no que se refere à segurança pública, uma vez que este é o ente político mais próximo do cidadão e, portanto, o mais apto a possibilitar a efetivação da maioria de suas necessidades. Nas suas palavras, “Debitar as omissões institucionais apenas do governo federal é ‘empurrar com a barriga’.” (BAPTISTA, 2007, p. 123); de forma que o papel do Estado na prevenção do delito deve ser desempenhado da forma que melhor atenda o desempenho de suas responsabilidades, sendo fundamental atermo-nos à importância de uma atuação o mais próxima possível da realidade social em que o cidadão está inserido e, nesse ponto, é do Município essa posição privilegiada; logo sua atuação é de fundamental relevância.

Ponto que merece destaque por ser fundamental na construção de um sistema penal mais efetivo é a batalha pela aproximação entre a perspectiva ideal da realidade jurídico positiva, com as demais esferas do poder público e da sociedade civil responsáveis pelo advento de políticas públicas condizentes com as aspirações e o clamor social. Aproximação esta que deve buscar suprir as legítimas necessidades e carências presentes no seio da sociedade; de forma que deve também esta aproximação servir essencialmente como legítima norteadora de toda política criminal eficiente e engajada.

Assim, deve-se extrair todo o conteúdo axiológico do direito positivo com todos os valores que este deseja realizar, sem, no entanto, desprezar a realidade social fática que deve em última instância fundamentá-la de forma a consolidar as liberdades públicas e as garantias

[711] Art. 3º CF: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

individuais dentro das instituições vigentes em nossa sociedade visando à efetivação de uma eficaz política de prevenção aos delitos. Essa conexão da perspectiva ideal da realidade jurídica positiva deve legitimar toda e qualquer medida política tomada, que deve tratar com precisão e da forma mais adequada possível cada um dos fatores responsáveis pelo desencadeamento do fenômeno criminal.

Reafirma-se, dessa forma que se faz necessário um constante reexame crítico das instituições vigentes, com vistas a sua atualização e melhoria dentro dos ditames constitucionais que o orientarão. Críticas engajadas, presentes no seio da sociedade civil, podem firmar-se como as responsáveis pela promoção de um sistema de política criminal que efetivem um sistema penal garantidor dos direitos humanos e promovedor dos valores essenciais da humanidade.

Como ponto crucial desafiador do nosso sistema penal brasileiro faz-se necessária uma reforma estrutural generalizada; e como meio de uma nova defesa social apregoa-se a instituição de um sistema de política criminal garantidor dos direitos humanos e promovedor dos valores essenciais da humanidade, tal qual apregoa nossa ordem constitucional vigente; o que se verifica quando delineamos uma política criminal intrinsecamente engajada com políticas públicas de qualidade e direcionada a uma prevenção atuante na gênese dos conflitos sociais.

A utilização do direito penal pelo Estado no enfrentamento do fenômeno criminal deve ser resguardada a casos extremos; quando nenhuma outra forma de contenção dos conflitos sociais tenha funcionado. Antes disso, deve-se pensar em políticas públicas capazes de atuar com precisão em relação a cada um dos fatores que desencadeiam a problemática criminal; de forma a limitar a utilização do direito penal pelo Estado.

Dado o exposto, a orientação primordial à atuação estatal – visando essencialmente à prevenção do delito – consiste na incidência apenas subsidiária do direito penal como instrumento de pacificação social, que só deverá ocorrer quando sua utilização for estritamente necessária, conforme se passa a analisar.

2. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, conforme lições de Cezar Roberto Bitencourt “orienta e limita o poder incriminador do Estado,

preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio estritamente necessário para a proteção de determinado bem jurídico" (2009, p. 13).

Ao tratar da limitação do poder punitivo do Estado, preleciona Francisco Muñoz Conde a respeito da importância da subsidiariedade do direito penal e da atuação dos demais ramos do ordenamento jurídico que:

> O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito grave aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito. (GRECO, 2008 apud CONDE 1975, p. 59-60).

Assim, como muito bem expõem Gianpaolo Poggio Samnio e Humberto Barrinuevo Fabretti, "A construção desse princípio parte do reconhecimento de que o Direito Penal é a forma mais grave e violenta de intervenção do Estado na vida do cidadão, pois retira deste um de seus bens mais preciosos: a liberdade" (2010, p. 155), o que justifica a postulação de sua atuação apenas de forma subsidiária e quando não houver outras medidas de cunho não penal que possam lidar com o conflito social em questão.

> Uma vez ocorrente situação conflituosa de significativa intensidade, deve o Direito Penal e todo o sistema ser chamado a intervir na sociedade; caso contrário, outros meios de intervenção, informais ou formais, civis ou administrativos, menos gravosos devem ser utilizados. [...] Se a violação ou ameaça podem ser suficientemente controladas por meios não criminais de política social, deve o Direito Penal não se imiscuir no conflito, solucionável a contento por aqueles. (BAPTISTA, 2007, p. 221)

Nesse diapasão, como vertente do tradicional princípio da intervenção mínima, apregoada na visão minimalista, temos a chamada "natureza subsidiária do Direito Penal", fazendo com que ele seja entendido como a *ultima ratio* de intervenção do Estado; e nessa visão minimalista do Direito Penal, é preferível a *tutela por outros ramos do ordenamento jurídico*, quando estes demonstrarem que são fortes o suficiente na proteção de determinados

bens, de forma a se evitar a drástica intervenção do direito penal, quase sempre dotada do efeito maléfico da estigmatização trazida pela pena.

Conforme lições acerca dos princípios fundamentais do direito penal, Alice Bianchini, Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes asseveram que:

> Conforme se vê, o Direito tem condições de oferecer uma proteção diferenciada, que pode ser civil, administrativa, penal, etc. A tutela penal deve ser reservada para aquilo que efetivamente perturba o convivo social. Em outras palavras, o estritamente merecedor de tutela. Ataques ínfimos, irrisórios, devem ser regidos pelo princípio da insignificância. (2009, p.285)

Winfried Hassemer, falando sobre o caráter subsidiário[712] que deveria assumir o direito penal em relação à criminalidade, verifica a inadequação de sua atuação precipitada em que "[...] espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais" (1993, p.11). Assim, o autor faz uma crítica atestando que:

> O venerável princípio da subsidiariedade ou a *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas. (HASSEMER, 1993, p.11)

Tal fato demonstra o imediatismo da atuação estatal que acaba recorrendo ao direito penal como meio de tentar assegurar a ordem social, sem antes considerar as consequências maléficas da drástica intervenção do direito penal na sociedade, que, quando possível, deve ter sido substituída por outras formas de controle social.

---

[712] "Por força do subprincípio da *subsidiariedade*, que deve ser utilizado com o significado de *ultima ratio* da política social, não no controvertido e refutado sentido de acessoriedade ou secundariedade do Direito penal, a intervenção penal, como se sublinhou anteriormente, só se justifica quando outras instâncias formais ou informais não se apresentam como mais idônea para a tutela do bem jurídico considerado." (BIANCHINI, MOLINA, GOMES, 2009, p. 296)

Alertando acerca dessa drástica intervenção do direito penal como forma de controle social que deve ser utilizada apenas minimamente, temos que:

> Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis. (COPETTI, 200, p. 87)

No mesmo sentido, dispõe também César Roberto Bitencourt afirmando que se outras medidas de cunho não penal forem capazes de restabelecer a ordem violada, devem ser elas prioritariamente utilizadas em detrimento da adoção de medidas de cunho penalista. Assim, nas suas palavras, temos que

> Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada então recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas, e não as penais. (BITENCOURT, 2009, p. 13)

Segundo essa teoria a pena só deve ser aplicada quando o ataque ao bem jurídico não puder, de forma alguma, ser protegido por nenhum outro ramo do direito; devendo a pena ser utilizada apenas como um recurso de *ultima ratio*. Afirma-se que este caráter secundário ou subsidiário do Direito Penal é uma consequência das tendências político-criminais do presente inspiradas no princípio da humanidade. Assim, continua Bitencourt (2009, p.14) explanando que antes de se recorrer ao direito penal devem-se esgotar todos os meios extrapenais de controle social, de forma que somente quando todos os demais meios se demonstrarem insuficientes à tutela de determinado bem jurídico é que é que se justificará a utilização desse meio repressivo de controle social, apenas de forma subsidiária.

Nesse mesmo sentido, afirma Roxin que o Direito Penal é tão somente:

> A última dentre todas as medidas protetoras que se deve considerar, quer dizer, que somente pode intervir quando falharem outros meios de solução social do problema – como a ação civil pública [...], as sanções não penais, etc. – Por isso, se denomina a pena como a *ultima ratio* da política social e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. (ROXIN, 1997, p. 54-55)

Fica claro, dessa forma, que em muitas situações o Direito Administrativo, por exemplo, demonstrará possivelmente força superior ao próprio Direito Penal; uma vez que o poder de polícia que é inerente ao Estado possibilita a pronta eficácia do ato, solucionando a situação conflituosa com muito mais rapidez e eficiência. No entanto, os limites entre as esferas de tutela jurídica dos conflitos sociais, conforme podemos perceber atualmente, não estão bem delineados em nossa sociedade contemporânea. Isso enseja o que Alice Bianchini, Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes tratam como a *administrativização do direito penal e sua deflagração* no que cabe ao direito administrativo e o que deve ser subsidiariamente deixado à tutela penal como *ultima ratio*:

> Como consequência da falta de critérios rígidos vinculantes no momento da criminalização, mas, sobretudo em razão do muito pouco rigoroso discernimento entre o que é matéria administrativa (e acessória) e o que é matéria penal (os limites entre o ilícito administrativo e o penal ainda não se encontram totalmente bem definidos), o Direito Penal acabou assumindo uma hipertrofiante administravização (ou seja, assuntos que deveria ser resolvidos no âmbito do Direito administrativo passaram para a esfera da punição penal. (2009, p. 287)

Dessa forma, se as demais formas de controle social não agem, o Direito Penal, que deveria tutelar apenas bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade, funcionando como *ultima ratio*, acaba inflando frente à sua função dando espaço a um Direito Penal simbólico e punitivista, desencadeando a atual hipertrofia legislativa; como uma das formas de controle social frente à atual crise das instituições sociais, pela carência de políticas públicas que a coloque freios.

Posto isto, temos que:

> O Princípio da Intervenção Mínima deve ser encarado como um postulado fundamental do Estado Democrático de Direito, orientado a garantir a paz social com a maior liberdade individual possível, ou seja: busca-se a segurança pública com respeito ao cidadão. (SMANIO, FABRETTI, 2010, p. 161)

Inevitável, de tal modo, não tecermos uma crítica à atual postura levada a efeito pelo Estado na contenção dos conflitos sociais, de forma que, evidente fica o fato de ser preferível que a proteção de bens jurídicos a serem tutelados seja inicialmente levada a efeito pelos demais ramos do ordenamento jurídico, ao invés da utilização, já de início d direito penal que deve assumir apenas caráter subsidiário. Valter Foleto Santin (2004, p. 44-45) afirma que a eficiência dos serviços de segurança pública pode ser controlada se o poder público proceder adequadamente à prestação do serviço de segurança pública atendendo as necessidades do cidadão e da sociedade para preservação da ordem pública; o que demonstra que, não há como se falar em combate à criminalidade e em um sistema penal com maior efetividade sem se falar, prioritariamente, sobre prevenção.

Claro fica que não se sustenta a postura imediatista adotada na atuação estatal que acaba recorrendo ao direito penal como meio de tentar assegurar a ordem social, sem antes considerar as consequências maléficas da drástica intervenção do direito penal na sociedade, que, quando possível, deve ser substituída por outras formas de controle social.

CONCLUSÃO

Assim sendo, conclui-se que a natureza subsidiária do direito penal faz com que primeiramente se verifique as demais possíveis hipóteses de intervenção, seja ela civil, administrativa ou qualquer que seja, desde que adequada à tutela almejada, para somente após, aferida sua insuficiência, permitir a proteção dos bens jurídicos através do direito penal; o que caminha de mãos dadas com políticas públicas eficientes e de qualidade, que, quando efetivadas, previnem a necessidade de posterior utilização do direito penal que se utilizaria de medidas de política criminal como forma de camuflar políticas sociais inexistentes. O direito penal deve ser utilizado tão somente como "a *ultima ratio* de intervenção do Estado"; sendo sempre preferível investimento em políticas públicas que antecedam a prática da infração

penal, quando estas demonstrarem ser mais adequadas e cabíveis no enfrentamento do problema em suas raízes.

Analisando toda a sistemática da atuação estatal diante do fenômeno criminal, sua complexidade e seus desafios, verificamos que várias são as causas que podem ser apontadas na tentativa de compreender-se tal fenômeno, dentre as quais, alguns autores destacam como causa endêmica da problemática a ser enfrentada a ausência do Estado em assumir sua precípua função preventiva, na busca de atingir os males que assolam nossa sociedade ainda em sua formação, aguardando que tal fenômeno se manifestem para apenas posteriormente atuar.

Demonstra-se necessário que o Estado tente solucionar o problema da criminalidade através de uma política criminal preventiva sólida, consistente e engajada com a realidade social vigente, direcionando investimentos aos mais diversos setores, formais ou informais de controle social; e não simplesmente por meio de uma política penal, que se utiliza de recursos eminentemente repressivos, como o aumento da quantidade de pena e de crimes; a serem implementados somente após a manifestação do problema.

Ademais, a construção das bases do pensamento político, social e econômico brasileiro, que refletem na sistemática do nosso sistema penal não pode se dar pela utilização, cada vez maior, do direito penal na tentativa de resolver situações que seriam facilmente solucionadas por outras medidas de pacificação social. O sopesamento das medidas de política criminal propostas deve ser sempre minuciosamente analisado a fim de que se leve em conta, sempre e a todo o momento, a efetividade da decisão política a ser tomada no enfrentamento do fenômeno criminal.

Na assunção de sua responsabilidade na contenção de conflitos sociais, não deve o Estado esquivar-se com a adoção de medidas imediatistas, mas prezar sempre pela implementação de políticas públicas fortes e engajadas com a realidade social que visa tutelar.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Carlos Alberto. *Crescimento da Criminalidade e Atuação Estatal.* Curitiba: Juruá, 2007

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos:* violência, justiça segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Renavan, 1990.

BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal:* introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito penal,* volume 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília*: Presidência, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em: 25 jun. 2013.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Ed. Juarez de Oliveira. 2002

COPETTI, André. *Direito penal e estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DONNICI, Virgílio Luiz. *A Criminologia na administração da justiça criminal:* sistemas judicial, policial, penitenciário. 2. Ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FERNANDES. Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada* -3. Ed. ver. atual. ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Princípios de Criminologia*. Valencia: Tirandi lo blanch, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal.* Série as ciências criminais do século XXI. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal* – Parte Geral. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

_____. *Direito Penal do Equilíbrio*: uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

_____. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas a privação de liberdade.* São Paulo: Saraiva, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito*. Revista de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, n.3, p. 20-34, dez. 1994**.**

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais.* 2. ed.Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilho. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MOLINA, Antônio. García-Pablos de. *Criminologia*: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. Tradução: Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio *Criminologia:* introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 1099/95, lei dos juizados especiais criminais. 6°. ed. reform., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PASTANA, Débora Regina *Justiça penal no Brasil contemporâneo:* discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: ed. UNESP, 2009.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luiz Greco. 2. ed.: Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública:* eficiência do serviço de prevenção e repressão ao crime. 1ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Bases Críticas do Direito Criminal*. Editora Direito, 2000.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito*: Perspectivas (re)legitimadoras.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Ivan Luiz. *Crime organizado:* aspectos jurídicos e sociológicos. Belo Horizonte: Ciências Jurídicas, 1998.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal:* criminologia, princípios e cidadania. São Paulo: Atlas, 2010.

WACQUANT, Loïce. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. vol, 1. 5. ed. rev e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O CASO HERZOG *versus* BRASIL

Alana Fagundes VALÉRIO[713]

Sergio Tibiriçá AMARAL[714]

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o caráter imprescritível dos crimes de tortura cometidos durante o período da Ditadura Militar no Brasil, especificamente sobre o que, segundo a Lei da Anistia, estariam todos anistiados, mas pelo entendimento da Comissão Interamericana ainda são passíveis de punição. O entendimento do órgão não jurisdicional, dentro do que estabelece a jurisprudência da Corte e a doutrina majoritária, foi obtido no caso da tortura e morte do jornalista Vladmir Herzog, que agora está sendo apreciado na Corte. A Comissão entendeu que o governo brasileiro tem o dever de apurar os fatos de violações, divulgar relatórios e ainda punir os responsáveis por tortura. Determinou a responsabilidade do Brasil e sugeriu a revogação da Lei de Anistia, que o Supremo Tribunal Federal entendeu válida. O caso Vladimir Herzog, portanto, serviu para questionar a anistia feita durante o período chamado de "justiça de transição".

Resumen: Resumen: Este artículo trata sobre los crímenes imprescriptibles carácter de tortura cometidos durante la dictadura militar en Brasil, específicamente acerca de lo que, de acuerdo con la Ley de Amnistía, que todo ser amnistiado, sino por la comprensión de la Comisión Interamericana, no están de acuerdo con esta ley. Se obtuvo la comprensión de órgano no judicial en el establecimiento de la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria en el caso de la tortura y el asesinato del periodista Vladimir Herzog, quien ahora está siendo apreciado en la corte. La Comisión consideró que el gobierno brasileño tiene el deber de examinar los hechos de violaciónes, difundir informes e incluso castigar a los responsables de torturas.

[713] Alana Fagundes Valério. Bacharelando em Direito nas Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente-, São Paulo. Pesquisadora e Bolsista do CNPq - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

[714] Sergio Tibiriçá Amaral. Doutor em Sistema Constitucional de Garantias (2011). Professor titular de Teoria Geral do Estado da FDPP das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo; Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos da mesma instituição; Coordenador da Graduação da Faculdade de Direito de Presidente Prudente (Toledo-PP).

Determinada la responsabilidad de Brasil y propuso la derogación de la Ley de Amnistía, el Tribunal Supremo consideró válida. El caso Vladimir Herzog, por lo tanto, sirve para cuestionar la amnistía durante el período llamado "justicia de transición".

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Lei de Anistia. Brasil.

PALABRAS CLAVE: Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ley de Amnistía. Brasil.

INTRODUÇÃO

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Internacional fazem parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que visa a defesa, promoção e proteção internacional dos direitos humanos. O sistema é regido pelo princípio da subsidiariedade. O Brasil foi acusado pela Comissão pela infração dos deveres previstos na Convenção numa confrontação com a chamada “Lei de Anistia”, lei 6.687/79**.** Os pareceres da Comissão Interamericana e a jurisprudência da Corte Interamericana não reconhecem a Lei da Anistia brasileira como válida.

O objetivo da Comissão Interamericana é resguardar a dignidade do ser humano assegurando o cumprimento dos tratados de direitos humanos por parte dos Estados americanos que assumiram o compromisso de respeitá-los, independente da legislação elaborada durante o período de transição. A jurisprudência é regional, pois alcança somente o continente. Embora esteja ainda numa fase não jurisdicional, foi possível a acusação do Brasil em diversos casos, pois não cumpriu o papel de garantidora dos direitos humanos previstos nos tratados interamericanos. A Comissão denunciou o Brasil perante à Corte no dia 10 de julho de 2009.

Por meio da Convenção de Direitos Humanos de 1969, o Pacto de São José da Costa Rica[715], os Estados soberanos, como o Brasil assumem o compromisso de respeitar os tratados de direitos humanos e abrem mão voluntariamente dessa soberania. Para a Justiça brasileira a Convenção Americana apresenta status supralegal, abaixo da Constituição e acima das leis ordinárias, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

[715] No contexto brasileiro, a Convenção foi ratificada em 1992 e promulgada no mesmo ano pelo através do Decreto n.678, tendo aceitação da competência contenciosa ocorrido em 10 de dezembro de 1998, pelo Decreto Legislativo 89, com a promulgação em 11 de novembro de 2002, pelo Decreto n.4.463.

Entretanto, conforme entendimento da Corte Interamericana, independentemente do status que lhe seja atribuído, por tratar-se de um compromisso atinente à proteção dos direitos humanos, deve ser aplicado a norma ou interpretação mais benéfica ao ser humano[716]. Trata-se do princípio do pro-homine. Para fiscalizar os compromissos assumidos na Convenção, foram instituídas a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme disposto no art. 33. A presente pesquisa, porém, se desdobrará somente sob a atuação da Corte Interamericana e a análise do caso brasileiro Herzog.

1 OS PRIMEIROS PASSOS DO CASO HERZOG

Como órgão não judicial autônomo do Sistema Interamericano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos funciona como um órgão de investigação que alcança todos os membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), que realiza entre outras funções, um tipo de "juízo de admissibilidade" para os julgamentos na Corte Interamericana, com sede na cidade de São José, na Costa Rica. Diferente da Comissão, a Corte é órgão exclusivo da Convenção, enquanto que a Comissão tem seu trabalho estendido para todos dos membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O mexicano Héctor Fix-Zamudio analisa que as competências da comissão incluem a "instrução, investigação e mais importante a tutela dos direitos humanos"[717]. A maior parte da doutrina considera que a comissão é um órgão não jurisdicional de solução de conflitos, embora outros afirmem que seja quase-jurisdicional, como Ernesto Rey Cantor[718]. A posição parece acertada, pois ela faz juízo de admissibilidade.

O caso, em análise, envolvendo o Brasil foi aceito pelo órgão da OEA em novembro do ano de 2012 e divulgado em 23 de janeiro de 2013 por entidades que fizeram a denúncia em 2009. Depois de uma análise inicial, o órgão divulgou o chamado Informe de Admissibilidade número 859-09.

Tudo começou com uma petição contra a República Federativa do Brasil na qual se alegava a responsabilidade internacional decorrente da detenção arbitrária, tortura e morte do jornalista nascido na antiga Iugoslávia e naturalizado brasileira Vladimir Herzog, no caso a vítima presumida. Os fatos denunciados ocorreram nas dependências de um quartel do

[716] Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, par.12; Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Sentencia de 28 de febrero de 2003. (Fondo, Reparaciones y Costas) par. 143.
[717] FIX-ZAMUDIO, Hector. *Reflexões comparativas sobre los sistema intermaericano y europeo de protección de los derechos humanos <in> Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 230-290.
[718] REY CANTOR, Ernesto. *Acesso Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 6 (nota de rodapé).

Exército no dia 25 de outubro de 1985. Até a data da apresentação da petição, em 2009, os responsáveis pelas torturas e mortes continuam impunes devido a Lei de Anistia, promulgada como parte do "acordo" para colocar fim à Ditadura.

Todos os fatos da denúncia foram aceitos e constituem violações dos artigos I, XVIII, XXV e XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (A Declaração Americana de 1948); dos artigos 1, 2, 5, 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (A Convenção Americana ou Pacto de San José da Costa Rica, de 1969); e dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e Outros Tratamentos Desumanos e Degradantes (1984).

A petição foi apresentada pelo Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL/Brasil), a Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (FIDDH), e Centro Santo Dias da Arquidiocese de São Paulo e o Grupo Tortura Nunca Mais de São Paulo.

1.1 As Alegações Preliminares

O Brasil preliminarmente alegou que não há omissão alguma a respeito dos fatos denunciados nesta petição, uma vez que formalmente reconheceu sua responsabilidade pela morte e pela detenção arbitrária da suposta vítima. Citou o julgamento de 24 de setembro de 2012, na qual o juiz Márcio Martins Bonilha Filho, da 2ª Vara de Registros Públicos do TJ-SP (Tribunal de Justiça de São Paulo), determinou a retificação do atestado de óbito do jornalista Vladimir Herzog, para fazer constar que sua "morte decorreu de lesões e maus-tratos sofridos em dependência do II Exército – SP (Doi-Codi)"[719].

O magistrado atende, assim, a pedido feito pela Comissão Nacional da Verdade, representada por seu coordenador, ministro Gilson Dipp, incumbida de esclarecer as graves violações de direitos humanos, instaurado por solicitação da viúva Clarice Herzog.

Na sentença, o juiz destaca a deliberação da Comissão Nacional da Verdade que conta com respaldo legal para exercer diversos poderes administrativos e praticar atos compatíveis com suas atribuições legais, dentre as quais recomendações de 'adoção de medidas destinadas à efetiva reconciliação nacional, promovendo a reconstrução da história', à luz do julgado na Ação Declaratória, que passou pelo crivo da Segunda Instância, com o reconhecimento da não comprovação do imputado suicídio, fato alegado com base em laudo

[719] http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2012/09/25/justica-retifica-registro-de-obito-de-vladimir-herzog-causa-da-morte-devera-ser-por-lesoes-e-maus-tratos.htm

pericial que se revelou incorreto, impõe-se a ordenação da retificação pretendida no assento de óbito de Vladimir Herzog.

O Estado afirmou ainda que a CIDH não têm competência *ratione temporis* para examinar supostas violações da Convenção Americana ou da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, porque as supostas violações ocorreram previamente à ratificação desses instrumentos pelo Brasil. Também argumenta que a petição foi apresentada extemporaneamente, de acordo com os requisitos constantes dos artigos 46.1.b da Convenção Americana, e 32 do Regulamento da CIDH. Sobre esse ponto, o Estado sustentou que os recursos de jurisdição interna pertinentes foram esgotados em 28 de agosto de 1979, mediante a promulgação da Lei de Anistia brasileira, ou alternativamente, em 18 de agosto de 1993, por meio da decisão do Superior Tribunal de Justiça, a qual confirmou a sentença do Tribunal de Justiça de São Paulo que arquivou a investigação policial sobre a morte da suposta vítima, em aplicação da referida Lei de Anistia.

Quando recebeu a notificação sobre a denúncia, em 2012, o governo brasileiro afirmou que não poderia abrir um inquérito para isso para investigar os fatos, pois os crimes estavam anistiados com base na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no. 153/ Distrito Federal, na qual o tribunal pleno do STF apreciou o caso. A relatoria foi do Ministro Eros Grau[720], vencidos os Ministros Ricardo Levandowski, que lhe dava parcial provimento nos termos de seu voto, e Ayres Brito, que julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5. inciso XLIII, da Constituição:

> A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evita-los, se omitirem.

Portanto, a mais alta corte nacional entendeu que a anistia era ampla, geral e irrestrita, não podendo ser questionada dentro do processo que permitiu a democratização do Brasil.

[720]http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Lei+da+Anistia+julgamento+ADPF%29&base=baseAcordaos

2 A TRAMITAÇÃO DO CASO HERZOG NA CORTE

A petição foi protocolizada no dia 10 de julho de 2009, para saber quem foram os responsáveis pela tortura e morte do jornalista, sendo as parte notificadas em 27 de março de 2012. O Estado brasileiro usou do contraditório e respondeu mediante notas recebidas em 29 de maio, 30 de maio e 18 de junho de 2012. A CIDH transmitiu essas comunicações aos peticionários, a fim de que tomassem conhecimento das justificativas. Os peticionários enviaram informações adicionais em 16 de julho de 2012, as quais foram transmitidas ao Estado. O Estado enviou informações adicionais em 1º de outubro de 2012, as quais foram transmitidas para o Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL/Brasil), a Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (FIDDH), e Centro Santo Dias da Arquidiocese de São Paulo e o Grupo Tortura Nunca Mais de São Paulo, os peticionários. Isso a fim de garantir o devido processo legal, em especial o contraditório.

O grupo responsável pela assinatura do pedido reforçou que as violações narradas foram uma prática sistemática de prisões e detenções arbitrárias, torturas e execuções extrajudiciais cometidas pelas forças de segurança do Estado contra jornalistas, estudantes, advogados, membros da Igreja Católica, líderes sindicais e dissidentes políticos em geral, durante a ditadura militar de 31 de março de 1964 até 1985[721].

De acordo com a declaração dos peticionários, no dia 24 de outubro de 1975, agentes "DOI/CODI" de São Paulo convocaram a vítima para prestar declarações na sede do órgão. Os peticionários informam que a suposta vítima compareceu espontaneamente à sede do "DOI/CODI" no dia seguinte, 25 de outubro de 1975, para prestar declarações, quando foi detido, sem ordem de autoridade judicial competente.

De acordo com a petição apresentada, nesse mesmo dia, o então comandante do DOI/CODI divulgou publicamente que Vladimir Herzog havia morrido em sua cela, presumidamente em decorrência de suicídio. Alega-se que a morte de Herzog foi uma execução extrajudicial cometida após tortura, e que foi disfarçada de suicídio, uma prática comum no período. Logo, essa investigação policial militar teria sido arquivada pela Justiça Militar em 8 de março de 1976, mas uma sentença posterior no STJ confirmou a farsa.

Segundo as entidades que recorreram a comissão os familiares da vítima propuseram uma ação declaratória civil (Ação Declaratória nº 136/76), em que nela pleitearam a responsabilidade da União Federal pela prisão arbitrária, a tortura e a consequentemente a morte da vítima, bem como solicitaram a respectiva indenização. A referida ação civil foi

[721] Nesse sentido a obra "Brasil Nunca Mais", narra em 298 páginas vários episódios.

interposta uma vez que se descobriram elementos que levavam à conclusão que a morte mediante tortura da suposta vítima havia sido dissimulada como suicídio, especialmente depoimentos de outros presos políticos que teriam estado nas dependências do DOI/CODI de São Paulo e ouviram a suposta vítima sendo torturada até a morte. Essa ação declaratória deixou claro na sentença que a suposta vítima foi detida arbitrariamente, torturada e assassinada nas dependências do DOI/CODI, em São Paulo, mediante sentença de 28 de outubro de 1978.

Ainda segundo a petição, posteriormente a essa sentença, em 28 de agosto de 1979, foi sancionada a Lei 6.683 ("Lei de Anistia"), que extinguiu a responsabilidade penal de todos os indivíduos que haviam cometido "crimes políticos ou conexos com estes", no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Argumenta-se que a Lei de Anistia continua até esta data representando um obstáculo para a persecução penal das violações de direitos humanos cometidas e que, portanto, é incompatível com as obrigações do Estado derivadas da Convenção Americana.

Ainda ocorreram fatos posteriores que trouxeram novidades sobre as violações de direitos humanos praticadas durante a ditadura brasileira, inclusive a promulgação da Lei 9.140/95, mediante a qual o Estado reconheceu, em 1995, sua responsabilidade pelas mortes e pelos desaparecimentos ocorridos durante o período do regime militar. Ainda houve a consequente criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos; a publicação, em 2007, do livro relatório dessa Comissão Especial: "Direito à Memória e à Verdade".

Todavia, a mais importante foi a sentença emitida em 24 de novembro de 2010 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ("Corte Interamericana") a respeito do Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia).

2.1 A Posição do Estado Brasileiro diante as acusações

Inicialmente, o Brasil alegou que não incorreu em omissão a respeito dos fatos denunciados nesta petição, e que inclusive formalmente reconheceu sua responsabilidade pela morte e pela detenção arbitrária da suposta vítima. Além disso, tomou um conjunto de medidas de reparação relativas à morte da vítima e não mais suposta, pois o Brasil reconheceu o assassinato.

A esse respeito, o Estado ressalta que, em março de 1996, a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos reconheceu a responsabilidade do Estado pela morte da suposta vítima, conforme o disposto no artigo 4º, I, b, da Lei 9.140/95 e, em consequência, concedeu reparação monetária a sua viúva, Clarice Herzog. Para o Brasil, a morte da vítima foi fundamental no processo de redemocratização do Brasil, por revelar as violações de direitos humanos praticadas contra os presos políticos e adversários do regime militar ditatorial.

Em sua defesa, o Brasil alude as iniciativas adotadas com o objetivo de preservar o direito à memória de Vladimir Herzog, como, por exemplo, o lançamento do livro "Direito à Memória e à Verdade", elaborado pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, do qual consta um relato sobre a trajetória profissional da vítima e as violações contra ela praticadas. O Estado ressalta ainda que, em 16 de maio de 2012, foi criada a Comissão Nacional da Verdade, instituída pela Lei 12.528, de 18 de novembro de 2011.

Além das mortes, Fernando G. Jayme afirma que:

> Uma das violações mais frequentes nestes regimes é a prática do desaparecimento de pessoas (...). A atuação pífia das autoridades e da jurisdição interna dos estados, incapazes de evitar ou apresentar uma solução adequada, no sentido de julgar os responsáveis por tais atos hediondos, compele as vítimas ou seus familiares a recorrerem à proteção supletiva e complementar do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que tem na Corte seu órgão soberano. Essa é a razão pela qual foi possível a Corte perfilar uma interpretação aprofundada do art. 5° da Convenção. (JAYME, Fernando G . 2005, p.124)

No tocante aos requisitos de admissibilidade, o Estado afirma, que a petição é inaceitável porque a CIDH não tem competência *ratione temporis* para examinar supostas violações da Convenção Americana. A Convenção foi assinada pelo Brasil em 1984, mas a ratificação foi posterior, assim o Estado sustenta que as supostas violações foram consumadas anteriormente à ratificação, já que os atos de tortura contra a suposta vítima ocorreram em 25 de outubro de 1975.

Por outra linha de defesa, o Brasil afirma também que a petição é inadmissível, pois foi apresentada fora do prazo estabelecido, deixando, portanto, de atender aos requisitos dispostos no artigo 46.1.b da Convenção Americana e no artigo 32 do Regulamento da CIDH.

O artigo 46 diz que:

> Para que uma petição ou comunicação feita por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamentais legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização precisa:
>
> b – que seja apresentada no prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva.

Assim, o Estado alega que as datas para analisar o prazo de apresentação da petição seriam 28 de agosto de 1979 ou, 18 de agosto de 1993. Em ambos, a petição foi apresentada fora do prazo de seis meses disposto no artigo 46.1.b da Convenção Americana.

Sobre a primeira data citada, a defesa observa que, no âmbito da ação declaratória civil, foi definida a responsabilidade da União pela morte de Herzog e a indenização monetária, conforme sentença, já citada nesta pesquisa. Por outro lado, caso a CIDH decida não considerar a promulgação da Lei de Anistia como a data de esgotamento dos recursos internos, o Estado alega que compete à CIDH determinar que a Lei 6.683/79 efetivamente impede o acesso aos recursos da jurisdição interna, conforme a exceção disposta no artigo 46.2.b da Convenção Americana. Por isso, de acordo com o artigo 32.2 que regula a CIDH, a petição deve ser apresentada dentro de um prazo razoável. Neste caso, conclui o Estado, a petição não foi apresentada dentro de um prazo razoável, já que foi interposta 30 anos após a promulgação da Lei de Anistia e quase 34 anos após a morte da suposta vítima.

Por último, o Estado sustenta a total improcedência da petição, conforme o artigo 47.c da Convenção Americana, porque o Estado envidou todos os esforços possíveis para mitigar os danos relativos à morte da suposta vítima. Portanto, o pedido seria segundo o dispositivo totalmente infundado.

A esse respeito, o Estado assegura que a Comissão Nacional da Verdade, criada em 16 de maio de 2012, já vem investigando as circunstâncias e os fatos, bem como os possíveis autores, das violações praticadas contra a suposta vítima. Nesse sentido, o Estado enfatiza que, após uma solicitação apresentada pelos familiares da suposta vítima, a Comissão

Nacional da Verdade solicitou a retificação do certificado de óbito da suposta vítima perante a Segunda Vara de Registros Públicos, em 24 de setembro de 2012. Com efeito, conforme o Estado, a autoridade judicial determinou que se retificasse esse documento, para que dele conste que a morte foi resultado de "lesões e maus-tratos sofridos durante interrogatório em dependência do Exército, em São Paulo".

Portanto, com base em todos os argumentos, o Estado solicitou que a Comissão Interamericana declare a inadmissibilidade da petição, em conformidade com o artigo 47 da Convenção Americana.

3 ANÁLISES DE COMPETÊNCIA E ADMISSIBILIDADE

Fica claro que os órgãos que figuram como peticionários têm legitimidade para apresentar petições à Comissão Interamericana, conforme o artigo 44 (qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidades não governamentais legalmente reconhecidas) da Convenção Americana. E Vladimir Herzog e seus familiares, a esposa Clarice e os filhos Ivo e André Herzog, são pessoas cujos direitos reconhecidos nesse instrumento internacional. Portanto, a Comissão aceitou o exame.

Com relação ao Estado, o Brasil ratificou a Convenção Americana em 25 de setembro de 1992, razão na qual a Comissão Interamericana tem competência *ratione personae* para examinar o conteúdo da petição. Conforme o artigo 23 que a regulamenta, a CIDH também tem competência *ratione materiae* já que a petição se refere a supostas violações de direitos humanos protegidos pela Declaração Americana, pela Convenção Americana e pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. No que se refere a competência *ratione temporis*, a CIDH lembra que a suposta detenção arbitrária, tortura e morte da presumida vítima teriam ocorrido em 25 de outubro de 1975, antes que o Brasil ratificasse a Convenção Americana e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Portanto, a comissão está em acordo com a alegação do País, mas há de se observar algumas questões.

A CIDH cita que, para os fatos ocorridos a partir de 20 de julho de 1989 e de 25 de setembro de 1992, segundo as datas em que foram ratificadas, citadas anteriormente, ou para aqueles que pudesse considerar como uma situação de violação continuada de direitos que existir após aquelas datas, a Comissão Interamericana tem competência *ratione temporis* para

examinar a petição, de acordo com a Convenção Americana e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Em atenção à alegação do Estado sobre falta de competência *ratione temporis*, a CIDH ressalta que as alegações dos peticionários relativas a esses instrumentos se referem à contínua impunidade dos fatos, que supostamente persiste até esta data, em virtude da Lei de Anistia brasileira, bem como sua incompatibilidade com a Convenção Americana. Para finalizar essa questão, a Comissão Interamericana tem competência *ratione loci* para examinar a petição porquanto nela se alegam fatos que teriam ocorrido no território do Brasil, que constituiriam violações de direitos protegidos na Declaração Americana, na Convenção Americana e na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Em consonância com o artigo 46.1 da Convenção Americana, para que uma petição possa ser admitida pela CIDH, os recursos oferecidos pela jurisdição interna devem ter sido esgotados, de acordo com os princípios geralmente reconhecidos de direito internacional. O segundo parágrafo deste mesmo artigo sobressai que essas disposições não serão aplicáveis quando não exista na legislação interna o devido processo legal para a proteção do direito em questão; quando se recuse à suposta vítima o acesso aos recursos existentes na jurisdição interna; ou quando haja atraso injustificado na decisão final sobre os mencionados recursos.

De antemão, a Comissão Interamericana observou que em casos como o que estamos abordando, que supostamente implica crimes de ação penal pública em nosso País, por se tratar de detenção arbitrária, tortura e a execução extrajudicial de uma pessoa, o correto juridicamente e moralmente seria uma investigação criminal e um julgamento perante o sistema judicial ordinário. A CIDH observou que não há controvérsia, já que alegado tanto pelos peticionários como pelo Estado, que a Lei de Anistia é "um obstáculo à persecução criminal dos responsáveis" pelas violações praticadas contra a suposta vítima. Anteriormente, no Relatório de Admissibilidade sobre a Petição 11.552 (Guerrilha do Araguaia). A CIDH ressaltou que em virtude dessa lei, "não é possível investigar a responsabilidade individual e punir os agentes do Estado envolvidos no caso".[722] No Relatório de Mérito sobre o mesmo caso, a Comissão Interamericana determinou que, "a investigação e sanção penal dos responsáveis [pelas violações contra as] vítimas, 'está impossibilitada pela Lei de Anistia ainda vigente'".[723] Na sentença sobre o Caso 11.552, a Corte Interamericana também confirmou que "em virtude dessa Lei, até esta data o Estado não investigou, processou ou

[722] CIDH. Relatório nº 33/01, Admissibilidade, Petição 11.552, *Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, Brasil, 6 de março de 2001, para. 57.
[723] CIDH. Relatório nº 91/08, Mérito, Caso 11.552, *Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)*, Brasil, 31 de outubro de 2008, para. 98 (correspondente ao parágrafo 112 da demanda perante a Corte Interamericana).

puniu penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar".[724]

A CIDH determinou que esta petição seja admissível porque a legislação interna do Brasil não contempla o devido processo legal para a proteção dos direitos que se alega terem sido violados. A essa petição, portanto, aplica-se a exceção à regra do prévio esgotamento dos recursos internos disposta no artigo 46.2.a da Convenção Americana.

4 CONTROVÉRSIAS SOBRE O PRAZO DO PEDIDO

O artigo 46.1.b da Convenção Americana estabelece que para que uma petição seja admissível pela CIDH é necessário que seja apresentada no prazo de seis meses a partir da data em que o suposto prejudicado tenha sido notificado da decisão definitiva. A CIDH estabeleceu acima a aplicação da exceção ao esgotamento dos recursos internos conforme o artigo 46.2.a da Convenção Americana. A esse respeito, o artigo 32.2 do Regulamento da Comissão Interamericana dispõe que, nos casos em que sejam aplicáveis as exceções ao prévio esgotamento dos recursos internos, a petição deverá ser apresentada dentro de um prazo razoável, a critério da CIDH. Para esse efeito, a Comissão Interamericana deve considerar a data em que tenha ocorrido a suposta violação dos direitos e as circunstâncias de cada caso.

A fim de determinar se a petição foi apresentada dentro de um prazo razoável, a CIDH considerou pertinente especificar que, embora a Lei 6.683/79 tenha sido sancionada em 1979, não foi senão em 1992 que se tentou investigar penalmente os fatos do presente caso. Com efeito, em 4 de maio de 1992, o promotor do Ministério Público Luiz Antonio Guimarães Marrey determinou a abertura de investigação policial, em virtude de provas novas e supervenientes. No entanto, em 21 de julho de 1992, o "Capitão Ramiro", suposto responsável pela morte de Vladimir Herzog, interpôs um recurso de *habeas corpus* junto à Quarta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, que determinou o arquivamento da investigação policial em virtude da Lei de Anistia, em 13 de outubro de 1992.

O Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público recorreu dessa decisão mediante um recurso especial, em 28 de janeiro de 1993. No entanto, a Quinta Seção do Superior Tribunal de Justiça indeferiu esse recurso e confirmou a decisão de arquivamento da investigação policial, em 18 de agosto de 1993. Posteriormente, conforme expuseram ambas

[724] Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C, nº 219, para. 135.

as partes nos documentos enviados, o Brasil promulgou a Lei 9.140/95, mediante a qual reconheceu sua responsabilidade pelas detenções arbitrárias, tortura, mortes e desaparecimentos forçados ocorridos durante o período do regime militar, em 4 de dezembro de 1995.

A Comissão observa que a Lei 9.140/95 também criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos (CEMDP), e a CEMDP publicou seu Relatório Final, "Direito à Memória e à Verdade", no ano de 2007. Nesse relatório, há um breve relato das violações praticadas contra a suposta vítima, inclusive sua detenção arbitrária, tortura e consequente morte, bem como a simulação de suicídio no DOI/CODI.

No dia 5 de março de 2008, Eugênia Augusta Gonzaga Fávero e Marlon Alberto Weichert, promotores do Ministério Público Federal, solicitaram ao Procurador da República de São Paulo que iniciasse uma investigação por meio de membros do Ministério Público Federal sobre a morte de Herzog, com base nos seguintes fatos novos: as conclusões do Relatório Final da CEMDP sobre a morte da suposta vítima; as obrigações internacionais de direitos humanos emanadas da Convenção Americana; a imprescritibilidade dos crimes praticados contra a suposta vítima e a inaplicabilidade da Lei de Anistia aos fatos; e o fato de que a competência originária para investigar e julgar os fatos que supostamente foram praticados por agentes federais.

No dia 9 de janeiro de 2009, a juíza federal encarregada proferiu sua sentença, em que estabeleceu que a decisão anterior adotada pela Justiça Estadual de São Paulo constituía "coisa julgada material, [portanto] está irremediavelmente extinta a punibilidade do delito". A magistrada também determinou que os crimes de lesa-humanidade não possuem tipificação válida no ordenamento jurídico brasileiro, e que o crime de homicídio agravado já havia prescrito. Consequentemente, a juíza federal determinou o arquivamento do expediente.

Finalmente, a CIDH observou que a inconstitucionalidade da Lei de Anistia brasileira, no que se refere a violações de direitos humanos praticadas por agentes do Estado durante a ditadura, foi recentemente invocada no âmbito interno, por meio de uma ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153 ("ADPF nº 153"). Por se tratar de uma norma anterior a Constituição, a Argüição era o único instrumento processual cabível, que veio por emenda inclusive. Mas, cabe ainda a Corte fazer controle de convencionalidade.

A APDF foi interposta em 21 de outubro de 2008 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. A CIDH ressalta que, em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal

Federal declarou a improcedência da ADPF nº 153 e afirmou a vigência e a constitucionalidade da Lei 6.683/79, mediante uma decisão que "tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante". Houve votos contrários.

Com base nessa sentença da mais Alta Corte do Brasil, especialmente levando em conta que os peticionários denunciam a incompatibilidade da Lei 6.683/79 com a Convenção Americana, bem como a contínua impunidade a respeito das violações praticadas contra a suposta vítima, que presumidamente persiste até esta data em virtude da referida Lei de Anistia, a CIDH conclui que a petição foi apresentada dentro de um prazo razoável e que atende ao requisito disposto no artigo 32.2 do Regulamento da CIDH.

Ao adotar esta decisão, a Comissão Interamericana também considera as circunstâncias específicas relacionadas com as sucessivas tentativas do Ministério Público Estadual, do Ministério Público Federal e da Ordem dos Advogados do Brasil de questionar judicialmente a validade da Lei de Anistia brasileira, e que se estenderam até 2010; bem como os fatos sucessivos que ocorreram a partir da promulgação da Lei 9.140, em 1995, a consequente criação da CEMDP, e seu Relatório Final publicado em 2007.

5 COMISSÃO ADMITE PETIÇÃO

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu que é competente para examinar o mérito deste caso e decide que a petição é admissível, de acordo com os artigos 46 e 47 da Convenção Americana. Com base nos argumentos de fato e de direito acima expostos, e sem que isso signifique prejulgar o mérito do assunto, COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DECIDE:

> 1 Declarar esta petição admissível no que refere à suposta violação dos direitos protegidos nos artigos I, IV, XVIII e XXV da Declaração Americana; nos artigos 5.1, 8.1 e 25 da Convenção Americana, em conexão com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento; e nos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; 2. Declarar esta petição inadmissível no que diz respeito ao artigo XXVI da Declaração Americana; 3. Notificar ambas as partes desta decisão; 4. Prosseguir a análise do mérito do assunto; 5. Publicar esta decisão e incluí-la em seu Relatório Anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

A Comissão, em suas alegações, pediu a responsabilização do Estado brasileiro pela violação do direito às garantias judiciais (artigos 8) e à proteção judicial (artigo 25) estabelecidos na Convenção, com relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) da mesma. Portanto, fica claro que o caso vai ser apreciado pela Corte e o Brasil pode ser condenado, com base na jurisprudência unânime do órgão jurisdicional e entendimento da doutrina.

CONCLUSÕES

Ao se negar a acatar a decisão no tocante à Lei da Anistia, o Brasil pode ser responsabilizado pela Corte, pois a Comissão fundamenta de forma clara que os crimes são imprescritíveis e não passíveis de indulto ou graça. Ao determinar que o caso conste no Relatório Anual, a Comissão abre espaço para novos questionamentos e a possibilidade de uma discussão sobre a falta de punição dos militiraes que participaram de tortura, mortes e outras violações.

A simples aprovação de uma lei ou a prolação de uma sentença da mais alta corte que seja dada em desarmonia com a Convenção, é uma violação grave. Apesar disso, algumas vitórias foram conseguidas, como por exemplo, a mudança no obituário do jornalista Vladimir Herzog, onde a família conseguiu o direito de fazer constar na certidão de óbito, que não houve suicídio.

No caso da Guerrilha do Araguaia, ainda há algumas resistências quanto o cumprimento integral da sentença, especialmente no que diz respeito à responsabilização penal dos militares, haja vista a aplicação da Lei de Anistia. Porém, busca-se a partir deste caso, ampliar os antecedentes de responsabilização do Brasil a fim de modificarmos a postura do Estado perante tais acusações e talvez, tornarmos mais eficaz em nosso Ordenamento as sentenças dos órgãos Internacionais.

O Estado deve, a partir desta sentença, fazer uma reflexão profunda de que não é possível que, em determinados momentos da história, após usurpar o poder de modo ilegítimo e inserir um regime ditatorial onde houve as mais terríveis violações aos direitos básicos da cidadania, não assumir a responsabilidade de tais ações.

Ter uma consciência de rejeição à um regime autoritário, que infringe os direitos básicos de qualquer indivíduo, é uma etapa extremamente importante e necessária para a

democratização de nosso País. Devemos estar alertas e sempre cultivarmos novos valores para que que possamos passar de um Estado em Transição para um Estado realmente democrático.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Sérgio Tibiriçá; TEIXEIRA, Jônatas Eduardo B. M. **As cortes internacionais de proteção ao ser humano como uma quarta "onda" de acesso à Justiça e a representatividade do Sistema Interamericano <in> Acesso à Justiça – uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social política e econômica**(coordenador Dirceu Pereira Siqueira e Flávio Luís de Oliveira), 1. Ed. Birigui: Boreal, 2012.

CANTOR, Ernesto Rey. **Acesso Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Bogotá: Colômbia, 2010.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Os direitos humanos no tempo e no espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história.** Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONDE, Fernando Jiménez (coord.).**Tutela jurisdicional de los derechos fundamentales.** Murcia: Diego Marín Librero-Editor, 2002.

Corte IDH. **Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú**. Sentencia de 28 de febrero de 2003. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf. Acessado em 08 de dezembro de 2012.

Corte IDH. **Caso Escher e Outros Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 6 de Julho de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_por.pdf. Acessado em 13 de dezembro de 2012.

Corte IDH. **Caso Escher e outros Vs. Brasil.** Supervisão de Cumprimento de Sentença Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 19 de Junho de 2012. Disponível

em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/scher_09_06_12_por.pdf. Acessado em 13 de dezembro de 2012.

Corte IDH. **Caso Garibaldi Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 13 de Setembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_por.pdf. Acessado em 13 de dezembro de 2012.

Corte IDH. **Caso Garibaldi Vs. Brasil.** Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de fevereiro de 2012. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/garibaldi_20_02_12_por.pdf. Acessado em 13 de dezembro de 2012.

Corte IDH. **Caso Garibaldi Vs. Brasil.** Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 22 de fevereiro de 2011. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/garibaldi_22_02_11_por.pdf. Acessado em 13 de dezembro de 2012.

Corte IDH. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf. Acessado em 13 de dezembro de 2012.

Corte IDH. **Caso Nogueira de Carvalho e Outro Vs. Brasil**. Exceções Preliminares e Mérito. Sentença de 28 de Novembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_161_por.pdf. Acessado em 13 de dezembro de 2012.

Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.** Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 17 de maio 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenes_17_05_10.pdf. Acessado em 11 de dezembro de 2012.

Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.** Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de Setembro de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/ximenesp. pdf. Acessado em 13 de dezembro de 2012.

Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes Vs.Brasil**. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acessado em 13 de dezembro de 2012.

Corte IDH. **La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985**. Serie A No. 5. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf. Acessado em 13 de dezembro de 2012

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). **El control difuso de convencionalidad,** Santiago de Querétaro: FUNDAP, 2012.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Reflexões comparativas sobre los sistema interamericano y europeo de protección de los derechos humanos <in> Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados,** (Méndez Silva – coordenador). Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas, 2008.

.-------- **Los derechos humanos y su protección internacional,** Lima: Grijley, 2009.

FOLHA DE S. PAULO, poder A9 – quarta-feira, 23 de janeiro de 2013. **Brasil será investigado por caso Herzog.**

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica.** 2009.
------.Direito supraconstitucional: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flavia; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; DULITZKY, Ariel E.; GALLI, Maria Beatriz; MELO, Mônica de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; KRSTICEVIC, Viviana. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **El processo transnacional.** Buenos Aires; Ediar, 1992.

JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela corte interamericana de direitos humanos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LEDESMA, Héctor Faúndez. **El agotamento de los recuros internos em El Sistema de Protección de los derechos humanos**, São José da Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007.

LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos* **fundamentales y princípios constitucionales.** Barcelona: Editorial Ariel, 1995.

LOIANO, Adelina. **El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos <in> MANILI, Pablo Luis (Director). Tratado de Derecho Procesal Constitucional,** Tomo III, Buenos Aires: La Ley, 2010.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. ***Derechos humanos, estado de derecho y constitución.*** Madrid: Tecnos, 2003.

_____. **La universalidad de los derechos humanos y El estado constitucional.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MARTOS, José A. Montilla. **Minoria política & tribunal constitucional.** Madrid: Trotta, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos & cidadania: à luz do novo direito internacional.** Campinas: Minelli, 2002.

---------. **Curso de direito internacional público**. 4. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MONTERISI, Ricardo D. **Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos**, La Plata: Libreria Editorial Platense, 2009.

MOYA DOMÍNGUEZ, Maria Teresa y VILLARREAL, David. **Comisión Interamericana de Derechos Humanos <en> Tratados de los Tratados Internacionales.** (CARNOTA, Walter F. y MARANIELLO, Patrício Alejandro (directores); LEONTINA SOSA, Guillermina {coordinadora}), Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2011.

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

OEA. Comissão. Demanda perante a Corte. **Caso 11.552.** Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Contra Brasil. Disponível em: http://www.cidh.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20de%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20ESP.pdf. Acessado em 13 de dezembro de 2012.

PARDO POSADA, Nohora Elena; HERNÁNDEZ DÍAZ, Carlos Arturo. **Las decisicones de los organos internacionales, El bloque de constitucionalidad y su incidência em El derecho interno <in> Derecho Procesal Constitucional** (coordinador: Eduardo Andrés Velandia Canosa), Tomo II, Volumen II, Bogotá: Agencia Imperial, 2011.

PEREZ TREMPS, Pablo. **Las garantias constitucionales y la jurisdicción internacional em la protección de los derechos fundamentales,** Anuário de la Facultad de Derecho, n. 10 Universidade de Extremadura.

PIOVESAN, **Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Direitos humanos.** Curitiba: Juruá, 1992.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. (coordenadores). **Direitos humanos – um olhar sob o viés da inclusão social,** 1 ed, Birigui: Boreal, 2012.

TEIXEIRA, Jônatas Eduardo Batista Martins. **Sistema interamericano de direitos humanos: um mecanismo regional suplementar de proteção internacional dos direitos humanos.** 2011. 156 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo", Faculdade de Direito de Presidente Prudente, 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1997-2003. 3 v

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés; BELTRÁN GRANDE, Diana Johanna. **La Justicia Constitucional y su modelo transnacional <in> Derecho Procesal Constitucional,** Tomo III, Volumen I, Bogotá; VC Editores Ltda, 2012

CONGRESSO NACIONAL E A MANUTENÇÃO DO MONOPÓLIO DA ULTIMA PALAVRA

Alencar Frederico MARGRAF

RESUMO

Tendo em vista as recentes mudanças do ordenamento jurídico brasileiro decorrente da Emenda Constitucional 45/2004 constata-se na materialização do Supremo Tribunal Federal como legítimo guardião da Constituição, deixando de ser mera instância judicial. Contudo, o Congresso Nacional está prestes, mais uma vez, a barrar a independência do Judiciário, vez que não admitem a possibilidade daquele órgão proferir a decisão final sobre a inconstitucionalidade da lei. A luta pelo monopólio da ultima palavra em relação à proteção das normas constitucionais vem suscitando inúmeras discussões, tanto na ordem jurídica quanto na política, dificultando, assim, a assimilação do melhor caminho a ser seguido. O presente trabalho busca fomentar o leitor em pesquisar o verdadeiro sentido da disputa em questão, que ultrapassa o ímpeto de institucionalizar o melhor sistema de controle de constitucionalidade e alcança patamar exclusivamente político.

PALAVRAS-CHAVE: Congresso Nacional. Monopólio. Separação dos Poderes

RIASSUNTO

Visti i recenti cambiamenti nel sistema giuridico brasiliano a causa di emendamento costituzionale 45/2004 si fa notare nella materializzazione della Corte suprema come il legittimo custode della Costituzione, non è più mera tribunale. Tuttavia, il Congresso sta, ancora una volta, salvo l'indipendenza della magistratura, non ammette la possibilità che il corpo dando la sua decisione finale sulla incostituzionalità della legge. La lotta per il monopolio del l'ultima parola in materia di tutela delle norme costituzionali ha sollevato numerose discussioni, sia nel diritto e nella politica, ostacolando così l'assimilazione del modo migliore di procedere. Questo lavoro si propone di favorire il lettore nella ricerca del vero significato della controversia in questione, che supera l'impulso di istituzionalizzare il miglior sistema di controllo giurisdizionale e raggiunge plateau esclusivamente politica.

PAROLE CHIAVE: Congresso Nazionale. Monopoli. Separazione dei Poteri

INTRODUÇÃO

A luta pela soberania de uma função sobre a outra sempre existiu dentro do Estado brasileiro. No entanto, há muito tempo não se observava de modo escancarado essa ruptura, até mesmo porque havia entre eles o reconhecimento da necessidade de proporcionar um bem maior, ou seja, de proteger a população brasileira em face de abusos totalitários presenciados no século XX.

Na última década as três esferas passaram a colidir com as diretrizes constitucionais, mitigando o Princípio da Separação dos Poderes devido à necessidade da democratização das instituições públicas e, principalmente, para a efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão previstos na Constituição. Com a justificativa de buscar o melhor para a sociedade brasileira e instituir a politica do *welfare state*, a concepção da necessidade da independência e harmonia entre os poderes foi colocado em discussão.

Diante dos últimos acontecimentos se faz necessário compreender o motivo pelo qual iniciou-se todo esse conflito. Resta saber se está sendo realizada apenas uma disputa pela supremacia de uma função perante outra ou se realmente o princípio separação das funções está ultrapassado. Qualquer que seja a resposta ela será temerária para a evolução política e jurídica do Brasil, pois, não estão discutindo sobre a efetividade dos direitos fundamentais de segunda dimensão ainda não realizados, bem como, não estão cumprindo com as diretrizes constitucionais que proporcionaria uma sociedade mais igualitária e progressista, mas apenas disputando uma hegemonia desnecessária e prejudicial ao próprio Estado brasileiro.

Para a elaboração da presente pesquisa foi utilizado o método dedutivo, consubstanciado por meio de pesquisa de livros, artigos científicos, revistas, sítios da internet e decisões jurisprudenciais sobre o tema ora discutido.

Com o procedimento funcionalista será apresentado, de modo singelo, que existe uma grande influência social nas funções estatais, partindo das concepções sobre a Separação do Poderes (ou das funções), de um Estado, passando pela exigência da sociedade por um Judiciário mais participativo e Democrático nas decisões políticas.

1. DESMANTELAMENTO DO LEVIATÃ

Estudar a estrutura atual do Estado brasileiro e os princípios que o cercam sem buscar as situações históricas vividas pelos pesquisadores ao longo dos séculos, que

dedicaram suas próprias vidas para criar teorias que até hoje são aplicadas, está causando uma fissura na estrutura estatal.

Não é de hoje que o ser humano possui um fascínio pelo poder. Como já disse Ives Gandra da Silva Martins (1985, p. 5) “a história humana outra coisa não é o do que a História da luta pelo poder”, que, da mesma maneira, fundamenta a busca insaciável pela imortalidade proporcionando a glorificação em vida e ao mesmo tempo assegurando perpetuação do nome mesmo após sua morte (HOBBES, 1651, p. 85).

Muito se fala de decisionismos nas decisões das autoridades, independente do setor em que exercem suas atividades (administrativa, legislativa ou judiciária), contudo quando se fala das atribuições dos juízes, que para Luis Legaz y Lacambra (1947, p. 333) o decisionismo é muito útil desde que sejam com excelentes fundamentações, e das atuações dos legisladores, percebe-se que não estão exercendo suas funções conforme estabelecido pelos constituintes originários.

De acordo com Thomas Hobbes (1691, p. 15) o Estado é um homem artificial “bem mais alto e robusto”, na qual a soberania é sua alma, lhe dando vida e movimento, mas que precisa de mecanismos que realizem as funções primordiais para o Leviatã poder evoluir conforme as necessidades e o desenvolvimento social. Thomaz Hobbes e Charles de Secondat Montesquieu ou Barão de Montesquieu, destacam em suas obras que, por mais que essas funções sejam independentes, elas não estariam totalmente desligadas de sua origem ou de seu soberano (1961, p. 15; 2010, p. 168-178).

Diante disto, percebe-se que a Teoria da Separação dos Poderes, posteriormente elevado a status de princípio e em seguida como uma doutrina a ser seguida (PIÇARRA, 1989), pretendia-se retirar da pessoa do monarca ou do príncipe a função exclusiva de legislar, executar e julgar as situações dentro do Estado a que pertence.

A separação entre a Justiça e Administração decorreu do reconhecimento da incompatibilidade das decisões tomadas pela mesma autoridade. Assim, paulatinamente os príncipes foram perdendo o costume de intervir diretamente na elaboração da leis (RADBRUCH, 1930, p. 146) e posteriormente deixou de realizar o trabalho do judiciário, ficando encarregado da função central de gerenciar o Leviatã. Portanto, o Estado continuaria sendo soberano e as funções apenas seriam separadas em instituições subordinadas ao seu criador, ficando evidente que a separação dos poderes surgiu realmente como um combate ao absolutismo monárquico (GOYARD-FABRE, 2003, 311).

Apesar da longevidade do raciocínio, devem ser reconhecidas que tais modificações somente ocorreram devido a insatisfação social pela maneira que o Leviatã era gerenciado,

bem como devido à forma que os monarcas exerciam ao mesmo tempo as três funções. Destaca-se que a sociedade estava descontente com os abusos das autoridades e por essa razão surgiram as grandes modificações sócias causadoras das maiorias das mudanças sociais e estruturais do Estado (CALMON, 1958, p. 204/206).

A Revolução Francesa foi o marco histórico que representou essa necessidade de mudança e teve como um dos lideres o abade Emmanuel Joseph Sieyés (2001), que por meio do seu panfleto "O que é o Terceiro Estado?", no qual defendia que a soberana deveria ser exercida pelo povo, culminou na construção do documento que seria responsável por reger toda organização e funcionamento do novo Estado francês, ou seja, deu-se novos contornos à Constituição do Estado Francês.

Para a elaboração de uma Constituição busca-se analisar a sociedade como um todo e depois, num juízo hipotético (KELSEN, 1998, p. 244/249) deve-se transpassar para o documento a forma de conduta realmente desejada. No entanto, não foi exatamente esta lógica utilizada pela Assembleia Constituinte brasileira ao elaborar a Lei Fundamental de 1988, tendo em vista que a população pleiteava a criação de uma Corte Constitucional, mas tal prece não foi agraciada.

Na evolução histórica, social e política dos Estados percebe-se que uma das primeiras medidas a serem tomadas pelos constituintes é reconhecer a necessidade de incorporar na Constituição somente as normas de vital importância para a organização Estatal (dentre elas, *v.g.*, a separação das suas funções). Para a permanência da paz social, tais normas passaram a ser chamadas de normas fundamentais (MENDES, 2008, p. 58) e, com isso, a possuir superioridade hierárquica frente às demais.

No entanto, na medida em que a sociedade um aperfeiçoamento dos estudos do Direito, no anseio de construir um sistema jurídico avançado, realizador das normas programáticas constantes na Constituição, percebe-se que ainda perdura um preciosismo entre a função Legislativa e a Judiciária no que tange a soberania da decisão em relação ao controle de constitucionalidade e as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Apesar da PEC 33/2011 ter sido apresentada anteriormente às recentes decisões do STF, percebe-se que o Congresso Nacional não pretende permitir que a função legislativa seja ofuscada pelo trabalho dos membros da Suprema Corte. Isso porque, para aquela casa legislativa, o fato do STF ser composto por apenas 11 membros, acarretaria na simplicidade quantitativa para a declaração da inconstitucionalidade de uma norma sem que tal decisão seja analisada pelo órgão de representação popular.

Da maneira que se encontra o exercício do controle difuso de constitucionalidade deve-se reconhecer que o exercício desta função (que necessita da aprovação de maioria absoluta dos membros do STF, ou seja, 6 Ministros) se sobrepõe aos trabalhos do Congresso Nacional na edição de uma Emenda Constitucional (que necessita do assentimento de 2/3 do somatório dos 513 Deputados Federais que compõe a Câmara dos Deputados e dos 81 Senadores que compõem o Senado Federal para sua aprovação).

Esta discrepância culminou na indisposição do Congresso Nacional em relação ao voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4335-5/AC em que defendeu a modificação da interpretação do artigo 52 inciso X da CF, no sentido que caberia ao Senado Federal a função de divulgar o que foi decidido pela Suprema Corte, e ao STF, além de decidir sobre a inconstitucionalidade, estaria ele legitimado a determinar quais seriam os efeitos desta decisão.

Essa disputa pelo poder vem acarretando um temor na sociedade e aos juristas brasileiros, vez que, tanto o Legislativo quanto o Judiciário esqueceram-se de realizar suas funções e passaram a se preocupar com o que o outro "poder" esta realizando, e por essa razão passaram a formular teorias para limitar a atuação do seu "oponente".

Na medida em que cada um dos setores se manifesta (defendendo suas intenções) percebe-se que ambos estão desrespeitando a Constituição Federal. De um lado o Judiciário passou a assumir uma posição mais ativa, *v.g*, com edições das súmulas vinculantes e decisões que tomam evidente posição legiferante, e o Legislativo, que busca com a PEC 33 limitar a atuação do Ministros do STF, e com isso, manter sua hegemonia.

2.FALTA DE CONHECIMENTO JURÍDICO OU POSTURAS TENDENCIOSAS?

Após longo período de positivismo, que serviu como fundamento para os trágicos acontecimentos durante a segunda grande guerra, foi necessário modificar o ordenamento jurídico no intuito de efetivar as normas constitucionais e acrescentar a existência de princípios máximos que devem ser respeitados por todos os seres humanos.

Diante de evidente necessidade surgiu o neoconstitucionalismo (CAMBI, 2009) que passou a ser defendido como um novo paradigma a ser obedecido, pois, além de reconhecer a existência de princípios dentro e fora do catálogo (SARLET , 2012, 78/140), reconheceu a necessidade de efetivar a supremacia das normas constitucionais além de materializar direitos sociais e humanitários já previstos, mas até então não aplicados.

Percebe-se no Brasil a defesa ferrenha da importância das normas constitucionais, bem como da existência de princípios indispensáveis para a vida em harmonia, porém, será que realmente foi compreendida a essência deste novo paradigma? Será que tais concepções não são apenas utilizadas para fins políticos e para angariar votos? Por mais que defendam a importância da Constituição, para Eugênio Raul Zaffaroni (2007, p. 79/80) os legisladores atuam apenas por temor à publicidade contrária ou oportunismo, inexistindo qualquer autoritarismo ideológico, sendo simplesmente um *cool*, o que o torna mais decadente em face do vazio do pensamento e na ausência de ideias.

Tendo em vista a insatisfação social em face do Golpe Militar de 1964 que restringiu inúmeros direitos da população brasileira, acabou por resultar na elaboração da Constituição Cidadã de 1988. Este novo paradigma ficou evidente quando o modelo constitucionalista aplicado no Brasil nos anos 60/70 do século passado não era aceito e muito menos garantidor de um Estado dedicado à uma evolução social e democrática dos direitos e garantias dos cidadão. Por essa razão a Assembleia Constituinte dos anos 80, buscou assegurar a separação das regras e dos princípios (ALEXY , 1993, p. 82/83) previstas na *lex suprema* ou fora dela (art. 5º parágrafo 2º) e, ao mesmo tempo, a efetivação de suas disposições (fato este que ainda não evidenciado), evitando-se desta maneira que a nova Constituição fosse considerada mera folha de papel (LASSALE, 1987, p.19).

Para Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p.45) a Magna Carta deve ocupar o centro do ordenamento jurídico (equiparando o Sistema Jurídico ao Sistema Solar, no qual a Constituição Federal seria o sol; os códigos e as normas infraconstitucionais seriam os planetas e satélites, já os raios solares, que atingem os planetas seriam os princípios), assim sendo, as normas constitucionais e os princípios, conforme ensinamento de Robert Alexy (2011, p. 90), passam a ser considerados "mandamentos de otimização", pois podem ser satisfeitos "em graus variados e pelo fato que a medida devida de sua satisfação não depende somente pelas possibilidades fáticas, mas também das jurídicas".

Através do artigo "*A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica*" do Lenio L. Streck (2013-C), chega-se a conclusão que os operadores do direito não aceitaram a ocorrência deste novo paradigma hermenêutico apontado por Jorge Miranda o qual, resumidamente, aponta o seguinte: a) superação da teoria das fontes, em que a lei deixa de ser a única fonte do direito, aparecendo a Constituição como auto aplicativa; b) alteração da teoria da norma em face do aparecimento dos princípios, problemática que tem relação com a própria teoria das fontes; c) mudança no plano da interpretação.

Diante disso se faz necessário reconhecer que não mais se interpreta para compreender e, sim, compreende-se para interpretar. Rompe-se com as perspectivas que colocavam o método como supremo momento de subjetividade e garantia da segurança positivista da interpretação.

Por essa razão é que o novo paradigma da interpretação do texto fundamenta-se na necessidade do operador do direito primeiramente conhecer o assunto a ser abordado e, através de um estudo aprofundando e detalhado sobre a matéria, passe a compreendê-la e interpretá-la. Para Martin Heidegeer (2005, p. 204/209) além da impossibilidade de fracionar o fenômeno da interpretação, deve ser destacado que sempre ao utilizar algum método específico acabará retornando na necessidade inicial de compreender a matéria analisada antes de interpretá-la.

Tal postura se faz necessária para evitar o rebaixamento do círculo hermenêutico à uma não ciência, pois nele está escondido a possibilidade do conhecimento originário, e este nada mais é do que uma "posição prévia, (uma) visão prévia e (uma) concepção prévia, por conceitos ingênuos e de chutes" (HEIDEGEER, 2005, p. 210), assim sendo, deve-se buscar a compreensão dos elementos essenciais sobre o fato abordado antes de tomar um posicionamento inicial, frágil e superficial.

Pelo fato de ser impossível o fracionamento da interpretação através de métodos, já que todos são aplicados conjuntamente para uma boa compreensão, ou seja, é necessário utilizar todas as informações sobre um determinado assunto antes de afirmar que possui uma opinião formada sobre ele. Por essa razão, antes de uma interpretação haverá sempre uma compreensão, e antes desta deverá existir uma busca por elementos que formem o intelecto do operador, para que, após fazer uso destes elementos, numa atividade única, chegar-se à uma conclusão, finalizando assim o circulo hermenêutico (HEIDEGEER, 2005).

A hermenêutica filosófica de Hans-George Gadamer (1999, p. 330/360) demonstra de forma detalhada essa necessidade de formação básica sobre o assunto, porém evidencia que a historicidade e a fenomenologia são indispensáveis para a formação cognitiva das pessoas. Dá-se assim outro enfoque ao pensamento de Heidegeer, pois, para Gadamer o Círculo Hermenêutico não apresenta um sentido ontológico positivo, pois a interpretação não se encerra com a atuação do intérprete, ela continua e evolui ao longo do tempo. Assim, a interpretação sempre apresentará um formato progressista em busca dos melhores posicionamentos, devendo sempre ser complementado por novas ideias, novos contatos e novos elementos essenciais para a questão.

Contudo, por mais brilhante que sejam os operadores do direito, o que vem sendo demonstrado é um verdadeiro descaso com a evolução histórica do Estado e dos avanços das constituições, sob a fraca argumentação que a história não é ciência rígida, podendo ser desconsiderada, pois não proporcionaria avanço algum, e com isso desprezam as doutrinas e princípios constitucionais para então legitimar as lutas pela supremacia de uma função sobre a outra.

Se não existe esse jogo de interesse por parte de algumas autoridades, então tem-se que reconhecer o posicionamento apontado por Leio L. Streck (2010, p. 158/173) quando afirmar sobre a existência da baixa constitucionalidade dos operadores do direito, sendo ela verificada a cada decisão tomada nas diversas esferas do Judiciário, do Executivo e do Legislativo, pois insistem em não aplicar normas constitucionais nem os princípios, e assim, aguardam a Casa Legislativa converter numa Lei (sentido *latu sensu*) o que já era previsto de maneira implícita na Constituição Federal e passível de aplicação.

Também deve ser destacada a atuação de juízes, que ao se depararem com conflitos entre normas infraconstitucionais e/ou princípios e/ou normas constitucionais, deixam de aplicar as normas constitucionais para aguardar a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal, demonstrando desconhecimento ou receio de aceitar que realmente a Constituição Federal possui força normativa máxima, e que, por essa razão, quaisquer dispositivos ou atos praticados (por particular ou por agente público) que ofendam essas normas, devem ser considerados inconstitucionais, pelo menos para aquele caso em análise.

Por essa razão é mais fácil aguardar que alguma instância superior decida sobre determinado assunto, ao invés de cada operador do direito realizar um trabalho mental, e, com isso, buscar os elementos necessários para uma boa compreensão e por fim realizar uma interpretação mais próxima da correta. Na medida em que cada operador do direito passar a buscar a verdadeira razão da norma, ou, um dos verdadeiros sentidos da norma, tendo em vista que não haverá apenas uma maneira de interpreta-la, a probabilidade de se chegar a um denominador comum é muito mais alta.

A partir do segundo pós-guerra as Constituições passaram, segundo Karl Loewenstein (1979, p. 151/153), a ser criadas para proteger as pessoas contra o autoritarismo dos governantes, e, principalmente, contra a violação de direitos fundamentais das pessoas. No entanto, tais objetivos não são alcançados quando a entidade que possui a função de “dizer o direito” não o faz e passa a impor seu modo de interpretar o texto da lei, afirmando ser a única correta.

Por essa razão surgem inúmeras críticas às formas que as autoridades conduzem suas funções no Brasil, e constantemente compara-se o sistema jurídico brasileiro com os sistemas estrangeiros, principalmente com o Direito Alemão, considerado por alguns como o mais evoluído de todos. Se utilizar o entendimento de Léon Duguit (2009, p. 31) sobre superioridade jurídica, ficará evidente que o direito alemão é realmente superior ao brasileiro, isso porque a superioridade será medida de acordo com a eficiência/efetividade das normas e com a satisfação da população com sua vigência.

Analisando os fatos ocorridos no Brasil percebe-se que as recentes manifestações de rua exprimem o "descontentamento das massas populares e os desacordos da opinião pública" (GOYARD-FABRE, 2003, p. 282), ficando evidente que parte da população brasileira não se vê mais representada pelas pessoas que elegeram.

Talvez os congressistas acreditassem piamente que a população brasileira continuariam crendo neles, no entanto os membros da casa legislativa não deveriam ter esquecido o ensinamento de Thomas Hobbes exposto em sua obra Leviatã (1691, p. 60/61) ao afirmar que esta crença se dá somente pelo fato de possuírem autoridade e que "(...) a honra prestada no ato de crer é prestada apenas a esta pessoa" enquanto investida daquela função. Se a população deixa de acreditar em seus representantes eleitos, escolherão outra autoridade para ser "louvada".

Luís Roberto Barroso, novo Ministro do Supremo Tribunal Federal, está correto em afirmar que os operadores do direito no Brasil preferem jingles por ser simples e desnecessário qualquer conhecimento para divulgá-lo, ao invés de uma sinfonia, que além de levar anos para ser criada é indispensável uma bagagem cultural e histórica para compreendê-la. No mesmo sentido está Lenio L. Streck ao afirmar, em sua coluna no site Conjur, que o conhecimento jurídico brasileiro está sendo alimentado através dos "*fast food*" e que "alguns livros usados na graduação (mais) parecem ter sido escritos pelo *Homer Simpson"*. Talvez sejam estes os verdadeiros motivos da alienação da população brasileira ao não saberem aplicar os conceitos de justiça, democracia, participação popular, soberania estatal, política...

3.A LUTA PELA MANUTENÇÃO DO MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA

O desconforto entre Legislativo e Judiciário alcançou seu ápice com o voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes na Reclamação 4.335-5/AC no qual defendeu a ocorrência de uma mutação constitucional em relação à maneira de interpretar o artigo 52, inciso X da Constituição Federal, ficando então o Senado Federal responsável tão somente pela

divulgação da decisão do STF em que julgou uma lei inconstitucional via controle difuso de constitucionalidade.

A possiblidade do STF realizar o controle de constitucionalidade de leis e atos praticados pelo Executivo e pelo Legislativo iniciou-se com a Constituição de 1891. Contudo o Judiciário não possuía meios de impor a efetividade das suas decisões (circunstancia esta corrigida, em tese, somente com a E.C. 45/2004).

Com a Constituição de 1934, (artigo 91, inciso IV), foi aprovada uma alteração de extrema importância organizacional, ou seja, a Casa Legislativa passaria a analisar as decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, para então ser suspensa, ou não, em todo ou em parte, a execução de uma lei.

Logicamente que foi necessário demonstrar a necessidade da supervisão da Casa Legislativa nesta seara, caso contrário haveria conflitos de interesses. Por essa razão, a fiscalização legislativa passou a ser indispensável para o fortalecimento do Princípio da Separação dos Poderes e do princípio da Unidade Federativa do Estado.

Marlon Tomazette (2010, p. 123), ao fazer uma análise histórica sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, relata que, desde longa data, busca-se evitar que o STF seja considerado o guardião da Constituição, pois com o golpe de 1937, o Presidente Getúlio Vargas além de dissolver o Congresso, assumiu as funções do Executivo e do Legislativo, cabendo a ele suspender ou não a execução de uma lei declarada inconstitucional pelo STF.

Para poder manter o controle máximo, Getúlio Vargas poderia, se entendesse necessária para o bem-estar do povo, poderia submeter a decisão do Supremo ao Parlamento (artigo 96, parágrafo único, CF/37), e sendo aprovada, tornaria a decisão da Suprema Corte sem efeito. Em 1946 o Senado Federal retomou o exercício no controle de constitucionalidade aos moldes da Constituição de 1934, permanecendo intacta a presente função inclusive na Constituição de 1988 (art. 52, inciso X).

Até então nenhum questionamento havia sido realizado em relação ao procedimento do controle difuso de constitucionalidade. Contudo, tal situação alterou-se com as constantes modificações do ordenamento jurídico brasileiro que está causando a aproximação dos dois modelos de controle de constitucionalidade. A busca pela abstrativização do Controle Difuso pode ser facilmente percebida com a argumentação da ocorrência da mutação constitucional em relação ao artigo 52, inciso X da Constituição Federal de 1988.

A partir do momento em que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes apresentou seu voto afirmando que a situação fática havia mudado; que o Senado Federal não teria mais a

competência para suspender, no todo ou em parte a execução de uma lei, acabou causando um transtorno e solidificou a disputa que perdura a mais de um século.

Sem a intenção de esmiuçar o assunto, porém é imprescindível fazer uma breve menção quanto à Emenda Constitucional 45 de 2004, que instituiu a possibilidade do STF em editar Súmulas Vinculantes para pacificar entendimento sobre determinado assunto e guiar as demais instancias do judiciário para que decidam conforme posicionamento da Suprema Corte.

A utilização deste instituto passou a ser equivocada tendo em vista que, mesmo não sendo uma lei, as súmulas passaram a ter força de lei, e para Lenio L. Streck (1998, p. 220) passaram a ter valor/eficácia superior às próprias leis.

Para Eduardo Cambi (2009, p.186) o desinteresse e o descrédito da população em relação ao Poder Legislativo aumentam a cada noticia exposta pela mídia, *v.g*, o escândalo do mensalão, legisladores que buscam satisfazer interesses próprios e de seus partidos (ARGUMENTA, n. 17, p.283-302), deixam evidente uma "crônica disfunção institucional" (BARROSO, 2005) que assola todo país, desvirtuando sua principal função que á representatividade.

Em face destes acontecimentos, constatou-se que, projetos de emendas constitucionais que estavam estagnadas na Câmara dos Deputados passaram a caminhar a passos largos, buscando assim positivar leis que limitam a atuação do Supremo Tribunal Federal. Pode-se afirmar neste momento o que John Rawls (1997, p. 147) chama de véu da ignorância, pois não se sabe como as várias alternativas irão afetar no caso em particular, mas uma coisa é certa, todos sabem que cada qual busca proteger seus únicos interesses.

Por mais que sejam apresentados inúmeros fatos, ainda não é possível obter respostas para a seguinte pergunta: será que ao serem aprovadas as PEC n.º 3 e n.º 33, ambas de autoria do Deputado Federal Nazareno Fonteles no ano de 2011, não acarretarão um conflito ainda maior entre as diversas esferas do governo, mais precisamente entre Judiciário e Legislativo?

O objetivo principal da PEC 3/2011 é atribuir ao Congresso Nacional a responsabilidade e a legitimidade de realizar uma revisão da atuação do Executivo e do Judiciário em relação às ações que, no seu entendimento, extrapolem as funções típicas de cada órgão. Já a PEC 33/2011 pretende (com o parágrafo 4º do art. 103-A da CF) atribuir ao Congresso a incumbência de declarar os efeitos de súmula (vinculante) editada pelo Supremo Tribunal Federal. Através da analise dos dois projetos de emenda percebe-se que, por mais bem fundamentadas, há uma nítida tendência totalitária de controlar as demais funções do Estado.

Como se não bastasse os projetos de emendas já apresentados anteriormente, ainda deve ser dado destaque à PEC 157/2003 que tramita apensada a PEC 554/1997, que pretende atribuir ao Congresso Nacional a possibilidade de realizar a revisão constitucional (por mais que o Poder Executivo tenha afirmado no pronunciamento do dia 24 de junho de 2013 que formará um plebiscito no qual estará em pauta a aprovação de uma nova constituinte) espera-se, que tais aprovações não sejam realizadas da maneira que foi exposta, até mesmo porque a intenção presidencial está totalmente fora da legalidade, e sendo aplicada de forma abrupta e forçada, muito se assemelhará à golpe, o que jamais será aceito em um Estado Democrático de Direito.

Se for aprovada a legitimidade do Congresso Nacional em realizar a revisão constitucional, além de aniquilar o Poder Constituinte Originário que provém do povo, proporcionará à Casa Legislativa poderes ilimitados. Diante disso poderá, em qualquer época, suprimir as normas consideradas pétreas, e, assim, realizar uma modificação estrutural do Estado Brasileiro, além de possibilitar ao Congresso a legitimidade de realizar a redistribuição das competências, *v.g.*, determinar a incompetência do Ministério Público de participar nas investigações policiais; do STF realizar o controle difuso de constitucionalidade das normas; declarar que o Poder Legislativo, por possuir a maior quantidade de membros eleitos pelo voto popular, deve ser considerado o responsável para exercer o Poder Constituinte Originário.

Tendo em vista os acontecimentos recentes percebe-se claramente que não há harmonia entre as três principais funções do Estado. O Judiciário está editando súmulas com força de lei; o Executivo interfere no Legislativo por meio de Medidas Provisórias; e o Legislativo pretende controlar as outras duas funções por meio da PEC 33/2011. Após a constatação acima se torna necessário questionar: será que o princípio da Separação dos Poderes está sendo bem compreendido nos dias atuais?

4.MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora em trazer em seu artigo 60, parágrafo quarto inciso IV, a impossibilidade de serem deliberadas emendas tendentes a abolir do ordenamento jurídico o respeito ao Princípio da Separação dos Poderes, sendo, portanto considerada uma cláusula pétrea e merecedora de respeito e obediência. Tal disposição somente poderá ser retirada, em tese, da CF se um novo Poder Constituinte Originário assim determinar.

De acordo com Pontes de Miranda (1947, p. 162) a importância e exigibilidade deste princípio sempre foram questionáveis, além do que a total separação das funções seria um problema alheio ao próprio funcionamento do Estado. Justamente por essa razão, a utilização deste princípio estaria sendo mitigada como dogma científico.

Essa questão vem sendo discutida por muito tempo. Muitos escreveram obras que até hoje são referências, sendo que, cada qual em sua devida época, encontraram diversas funções a serem desempenhadas dentro de um Estado, e chegaram à conclusão que a separação das três funções eram sinônimas de "limitação ou moderação do poder monárquico" (PIÇARRA, 1989, p. 42).

No entanto não existe relato de algum autor clássico justificando ser indispensável a separação total das funções para existência do Estado, tendo em vista que, por mais que sejam independentes, elas acabam sendo devolvidas para a própria instituição governamental, que é sim o verdadeiro soberano (MIRANDA, 1947, p. 162).

Por mais que exista a defesa desta separação, pelo menos simbólica, deverá ser reconhecido que cada órgão constitucional atuará perante os demais como um limitador e, ao mesmo tempo, um contra peso, fundamentando assim a teoria da balança dos poderes (VASCONCELOS, 1994, p.32). Essa ingerência em esferas alheias é admitida pela própria CF, *v.g*., o Judiciário legisla seu próprio regimento (art. 93 da CF); o Senado Federal em a competência de julgar o Presidente da República (art. 52, I CF); Presidente da República legisla através de Medida Provisória (art. 62 da CF). Porém, cada atribuição a ser exercida demonstra efetivamente a intenção do constituinte em garantir a autonomia e independência das funções do Estado no que tange à suas responsabilidades.

Para Eduardo Cambi (2009, p. 174) o princípio da separação dos poderes é decadente, já para Gilmar Ferreira Mendes (2008, p.1082) o princípio está ultrapassado, e por essa razão já haveria justificativa suficiente para possibilitar a interferência das esferas em funções alheias, principalmente do Judiciário em relação as funções do Legislativo. Essa iniciativa fica mais clara quando se fala da edição da Súmula Vinculante e as recentes decisões do STF que abordaram temas polêmicos (política, moral e religião) em que, a princípio, não competia ao Supremo tomar iniciativa legiferante.

Através das recentes manifestações, percebe-se que parte da população está desacreditada em relação à política nacional e o descontentamento popular aumenta quando constataram que aquela democracia, que eles acreditavam ter auxiliado a construir, está sem identidade devido a atuação tendenciosa dos representantes eleitos em prol da satisfação partidária e pessoal (CAMBI, 2009; ARGUMENTA, n.17, p. 283 - 302).

Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 441/463) afirma que a rápida transformação ocorrida no ordenamento jurídico brasileiro proporcionou o reconhecimento de que o STF está constitucionalmente vinculado à efetivação dos direitos fundamentais, no entanto, deve-se salientar que tais direitos são disciplinados conforme o momento histórico de uma coletividade (SARLET, 2012, p. 92). Justamente devido a nova postura do Supremo, consubstanciado pela nova doutrina (neo)constitucionalista, causou uma mobilização no Congresso Nacional para que acelerassem os andamentos de alguns Projetos de Emenda Constitucional que limitariam tais avanços.

Tudo leva a crer que as Casas Legislativas não reconhecem e não desejam permitir que o STF assuma a posição de garantidor da Constituição sem a anuência do Congresso Nacional. A questão não fica restrita apenas em relação à disputa pelo poder, mas também, pelo fato de tentar evitar que a decisão de uma pessoa com ideais absolutistas passem a decidir sobre assuntos alheios à sua competência com base na ideologia do Ministro Humberto Gomes de Barros do STJ (AgReg em ERESP nº 279.889AL) no qual afirmou que "não importa o que pensam os doutrinadores (...) Decido, porém, conforme minha consciência (...) esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele" (STRECK, 2013-B, p.25). Tal autoritarismo deve ser veementemente criticado, tendo em vista que por muitos anos se lutou pela independência do absolutismo dos príncipes/monarcas, agora estaria a população de joelhos às palavras do STJ e STF.

A luta pela independência do Judiciário, além de buscar a proteção dos interesses, foi defendida justamente para garantir a simplificação das decisões sem intervenção dos demais órgãos constitucionais. Além disso, buscou-se demonstrar que o conhecimento não tolera as imposições provenientes de "*un mandato*", tendo em vista que a liberdade do pensamento científico aplicada à ciência jurídica adquire a forma de independência judicial. Por essa razão não é possível aceitar que tribunais superiores prescrevam e imponham uma única e específica interpretação de um texto legal (RADBRUCH, 1930, p. 147/148) e da mesma maneira impede a intervenção de outras instituições (Congresso Nacional) nas funções judiciais.

O posicionamento do Ministro Humberto G. de Barros trata-se de um verdadeiro absurdo, pois, como afirma Lenio L. Streck (2013-B, p. 25), "direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é", diante disso a doutrina deve continuar doutrinando, os juristas questionando, e por fim, todos devem continuar interpretando. Por essa razão a PEC 33/2011 passou a ter seu trâmite um andamento mais acelerado, com o visível propósito de, além de democratizar a edição das Súmulas Vinculantes, interferir nos trabalhos realizados pelos Ministros da Suprema Corte.

A evolução histórica demonstra que o principal objetivo da separação dos poderes foi retirar do Chefe do Executivo a possibilidade de avocar todas as funções do Estado. Entretanto, chegou-se ao momento atual em que, o STF passou a ser o guardião da Constituição e com isso passou a ter uma posição de destaque social. A cada decisão realizada em casos de extremo interesse social (como, *v.g.*, do caso mensalão, anencefalia, relações homoafetivas e de fidelidade partidária), credencia-o como verdadeiro protetor dos direitos fundamentais da sociedade brasileira.

Percebe-se então que, tanto o Congresso Nacional quanto o STF, estão buscando o exercício de atividades que não lhes competem, corrompendo e aniquilando toda a essência da individualização das funções basilares do Estado de maneira que cada qual deva realmente se abster de "contrariar as disposições transparentes da constituição" (SILVA, 1998, p. 77). Já dizia Montesquieu que "o corpo legislativo não deve ter o poder de julgar a pessoa, e conseguinte, o comportamento de quem executa"(MONTESQUIEU, 2010, 174).

Trata-se de uma verdadeira queda-de-braço entre as duas funções, que demonstram evidentes tendências egoísticas e de caráter extremamente protetivo de estrelismo próprio não havendo união de forças destinadas a encontrar soluções para os inúmeros problemas verificados na sociedade brasileira.

Em face do descrédito do Legislativo e ascensão do STF, aquela entidade teme perder o monopólio que perdura desde a Constituição de 1934.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em momentos de grandes turbulências, além das manifestações populares frente à forma que o Governo vem sendo administrado, percebe-se uma disputa entre os três órgãos constitucionais de maior relevância, ficando em destaque a disputa pela supremacia do Poder Legislativo em relação ao Poder Judiciário.

O STF, vem, mediante uma luta constante, buscando a efetivação das suas decisões aos moldes do sistema norte americano em que o precedente deve ser respeitado, porém passível de alteração mediante uma fundamentação adequada. Destaca-se que no Brasil não existe essa cultura da força do precedente. Por essa razão foi legitimado, pelo Congresso Nacional, ao STF a edição de as Súmulas Vinculantes para unificar o pensamento jurídico em relação à determinada matéria.

Com a Reforma do Judiciário ocorrida em 2004 permitiu-se também que o STF passasse a realizar o controle de constitucionalidade, tanto aos moldes do sistema americano

(Difuso), quanto do sistema alemão (concentrado), assim sendo, concretizou-se a busca secular realizado pelo Supremo para que ele fosse considerado o Guardião da Constituição.

Tendo em vista a posição de supremacia das normas constitucionais, bem como o reconhecimento que o STF é o protetor das normas constitucionais, passou-se a defender a falsa ideia que este órgão seria superior aos demais.

Por questão de egoísmo e estrelismo, bem como para permanecerem como a imagem de serem os principais responsáveis pelas mudanças e avanços da sociedade brasileira, Deputados Federais e Senadores Federais passaram, acelerar o trâmite de Projetos de Emenda Constitucional que buscam a limitação da atuação do Judiciário, ou implicam ao STF o dever de enviar suas decisões para o Congresso Nacional que realizaria sua revisão e adequação antes de serem institucionalizadas.

Toda essa discussão e disputa por algo inexistente seria desnecessária se cada órgão reconhecesse realmente a essência da separação das funções do Estado, ou seja, bastaria que assimilassem a ideia simples e básica que ao Legislativo cabe a função legiferante, ao Executivo a execução das leis e ao Judiciário a função de julgar eventual conflito, portanto, se assim preferirem, cada qual possuirá o monopólio da ultima palavra em relação às suas funções estabelecidas pelo Poder Constituinte Originário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentals*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais: teoria e direito público*. Tradução Virgilio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2ª Ed. Malheiros. 2011.

ARGUMENTA: Revista do programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná. CASSEB, Henrique Morgado. e AUGUSTO, Ilnah Toledo. *O papel do supremo tribunal federal na reforma política sob o ponto de vista dos institutos da verticalização e da cláusula de barreira partidária*. – UENP. N. 17 (julho/dezembro) – Jacarezinho, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil.* Publicado no site http://pt.scribd.com/doc/14577035/NEOCONSTITUCIONALISMO-E-CONSTITUCIONALIZACAO-DO-DIREITO-LUIS-ROBERTO-BARROSO acessado no dia 26 de junho de 2013 às 11:28.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*.10ª ed.rev. e atual. 9ª tiragem. São Paulo: Editora

Malheiros, 2000.

CALMON, Pedro. *Curso de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*/ Eduardo Cambi. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DUGUIT, Léon, 1859-1928. *Fundamentos do direito* / Léon Duguit; tradução Marcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção obra prima de cada autor; vol. 267).

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. 8ª ed. Vol. I. Salamanca: Sigueme. 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. *O que é democracia? : a genealogia filosófica de uma grande aventura humana* / Simone Goyard-Fabre; tradução Claudia Berliner.- São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito).

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo – parte II*. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback, 13ª edição, São Paulo: Editora Vozes, 2005.

HOBBES, Thomas, 1588-1679. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*/ Thomas Hobbes; tradução Rosina D'Angina; Consultor jurídico Thélio de Magalhães. 2ªed. –São Paulo: Martin Vlaret, 2012. (Coleção obra prima de cada autor. Serie ouro;1)

KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito*/ Hans Kelsen: tradução João Baptista Machado. 6ªed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LACAMBRA, Luis Legaz y. *Horizontes del pensamento Juridico: estudios de filosofia del derecho*. Barcelona: Casa Editorial Bosch. 1947.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição Política*. Tradução: Manoel Soares. Global Editora: São Paulo, 1987.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1979.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Separação de Poderes no Brasil*. Curso Modelo Politico Brasileiro. Vol. IV. Brasília: Programa Nacional de Desburocratização-PrND. 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Martires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.-2ed. rev. E atual.-São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Vol I. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni. 1947.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *Do espírito das leis*. Montesquieu; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. (Coleção a obra prima de cada autor; 9).

PIÇARRA, Nuno. *A Separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra Editora Limitada, 1989.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Traducción de Luis Recasens Siches. Madrid: 1930.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*/ John Rawls: tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*/ Ingo Wolfganf Sarlet. 11.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Qu'est-ce que le Tiers État?*. Organização e introdução: Aurélio Wander Bastos. Tradução: Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

SILVA, José Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro: um problema e não uma solução*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?* Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: www.univali.br/periodicos. Acessado em 29 de abri de 2013.

_____. *A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil – uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica*. Acessado no site http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf em 20 de abril de 2013 (2013-C)

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4.ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013-B.

_____. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função: a ilegitimidade constitucional do efeito vinculante*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TOMAZETTE, Marlon. *A evolução histórica do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 18. N.º 70. Jan-mar/2010.

VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar. *A separação dos poderes na constituição americana: do veto legislativo ao executivo unitário – a crise regulatória*. Coimbra Editora. 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito GV.vol.4 São Paulo jul/dec.2008.

VIRGILIO, Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conceito essencial, restrições e eficácia*. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição. 2007.

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491790

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=876817&filename=PEC+33/2011

http://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/layouts_conhecacamara_numero_deputados

http://www.conjur.com.br/2012-mai-24/senso-incomum-conhecimento-fast-food-homer-simpson-direito

http://www.planalto.gov.br

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/409_RCL_4335_gilmar_mendes.pdf

http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322008000200005&script=sci_arttext

http://www.senado.gov.br/senadores/

http://www.trf4.gov.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf

http://www.univali.br/periodicos

DO MANDADO DE SEGURANÇA EM FACE DE CONCURSOS PÚBLICOS

Alfeu Paulo da SILVA JÚNIOR*

Andrea Karla VALADÃO BIRAL**

RESUMO

O presente trabalho estuda o ingresso com mandado de segurança em questões referentes a concursos públicos, onde o candidato se vê lesado em situação onde teria sua vaga a emprego/universidade assegurada se não tivesse ocorrido erro por parte do órgão administrativo. Citando jurisprudências, casos no sentido, notícias em jornais e revistas, leis, o trabalho visa apresentar ao indivíduo prejudicado, uma série de caminhos que este pode trilhar em busca de reparação do seu direito líquido e certo transgredido, sendo muito importante também a demonstração de o indivíduo que sofre ao ver seu direito desrespeitado, nunca deixar de buscar a reparação por meios legais, para que futuramente não tenha comprometido uma potencial carreira brilhante por mero receio. Em um outro momento, questões como cotas nos concursos públicos, e pedidos de revisão de prova ou consulta ao desempenho individual do candidato, também são temas abordados, dando dessa forma uma panorâmica sobre praticamente todos os motivos mais comuns em que se é impetrado remédio heroico em face de concurso público. A importância Do pedido de medida liminar, junto com o mandado de segurança, para se acelerar a reparação do direito enquanto não é julgado mérito do mandado, também é abordado no presente trabalho, afinal quando se trata de um vestibular, por exemplo, a morosidade para o ingresso do impetrante no curso onde foi aprovado/classificado, irá implicar grandes problemas para aquele.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de segurança. Concursos públicos. Direito líquido e certo. Remédio heroico. Liminar.

RESUMEN

El presente trabajo estudia el billete con un mandato de la corte en materia de contratación pública, donde el candidato encuentra herido en una situación donde su trabajo vacantes/Universidad garantizada si el error no ocurrió por la autoridad administrativa. No citando jurisprudencia, en casos, noticias en periódicos y revistas, leyes, el trabajo tiene como objetivo presentar a la persona afectada, un número de maneras que esto puede ir en busca de la reparación de su derecho y su derecho transgredido, siendo muy importante también la

demostración de la persona que sufre al ver sus derechos violados, nunca olvide recurrir a través de medios legales así en el futuro no ha cometido una potencialmente brillante carrera por simple miedo. En otro tiempo, cuestiones tales como las cuotas en licitaciones públicas y las solicitudes de revisión de la evidencia o consulta con rendimiento individual del candidato, también son temas, dando así una visión general en prácticamente todas las razones más comunes en que se presenta recurso heroico frente a licitación pública. La importancia de la solicitud de medidas cautelares, junto con el mandato de la corte, para acelerar la reparación del derecho mientras no juzgar los méritos de la orden, también se discute en este trabajo, después de todo cuando trata de un examen de ingreso, por ejemplo, la longitud al ingreso del peticionario en el curso donde fue aprobado/clasificado, supondrá grandes problemas para.

PALABRAS-CLAVE: Auto de mandamus. Licitaciones públicas. NET derecha y derecha. Medicina heroica. Amparo.

INTRODUÇÃO

O objeto de estudo do presente trabalho, o mandado de segurança, importante remédio constitucional, em face de concursos públicos, quando há expectativa ou lesão de direito a algum candidato.

De Pietro (1999, p. 612), defende que o mandado de segurança é uma ação civil em que uma pessoa sente que seu direito líquido e certo foi prejudicado ou ameaçado, por meio de ilegalidade ou abuso de poder.

É comum ouvir-se determinada pessoa dizer “vou entrar com mandado de segurança contra certo concurso, pois fui prejudicado e acabei perdendo minha vaga por erro da instituição”, e realmente é mais comum do que se pensa a ocorrência de problemas em editais mal elaborados, questões burocráticas das instituições, abuso de poder ou muitas vezes até mera falta de atenção de ambas as partes, acarretar lesão ao indivíduo que por direito deveria ocupar vaga de emprego ou em instituição de ensino (vestibular, por exemplo).

E é justamente o mandado de segurança o “remédio” para solucionar tal problema, aquele que é muito mais amplo e utilizado nos mais diversos campos do direito, porém é na utilização do mandado em questões de lesão a indivíduo que por mérito foi aprovado em concurso público e acabou vendo seu direito líquido e certo ferido, que será focado este

trabalho, tema de suma importância para a sociedade, afinal no mundo contemporâneo parece ser inimaginável uma pessoa que nunca irá prestar concurso ou para vaga de emprego ou para vaga em instituição de ensino.

Contudo, é preciso saber alguns conceitos sobre o assunto, conceitos estes que são de suma importância para aquele ser entendido, pois é impossível tratar afundo de um tema tão amplo e até certo ponto complexo, sem saber algumas definições básicas a respeito do mandato de segurança, como por exemplo, suas modalidades, natureza jurídica, entre outras questões que serão apresentadas a partir de agora.

1 ANÁLISE DO MANDADO DE SEGURANÇA

Como se sabe, a constituição federal de 1937 foi omissa ao remédio constitucional – mandado de segurança. Só teve este reconhecimento de direito com o advento da Constituição de 1946. Para Lenza (2012, p. 1044), "o mandado de segurança é uma ação constitucional de natureza civil, qualquer que seja a natureza do ato impugnado, seja ele administrativo, seja ele jurisdicional, criminal, eleitoral, trabalhista, etc".

A Constituição Federal de 1988 faz referência expressa ao mandado de segurança em seu art. 5, inciso LXIX, que assim reza:

> Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Em relação ao Direito líquido e certo, pode-se entender que:

> O direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano mediante prova pré-constituída, sem a necessidade de dilatação probatória. Trata-se de direito manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração (LENZA, 2012, p.1046).

Sobre o mandado de segurança, ainda vale frisar, é uma ação de rito sumaríssimo, com status de remédio constitucional, pela qual a pessoa que sofrer ilegalidade ou abuso de poder ou receio de sofrê-la, oriundo de autoridade pública ou nos casos em que se é delegado a terceiros, não amparado por habeas corpus ou habeas data, para proteger o direito líquido, certo e incontestável do impetrante (nome técnico de quem entra com mandado de segurança), pode-se utilizar esse remédio.

Em relação às suas modalidades, o mandado de segurança pode ser preventivo ou repressivo. Quando já tiver ocorrido ilegalidade ou abuso de poder, cabe o mandado de segurança repressivo, no sentido de corrigir a ilicitude devolvendo ao indivíduo o direito que lhe tinha sido tomado.

A lei que disciplina o mandado de segurança como um todo, é a Lei n. 12.016, de sete de agosto de 2009.

Sobre a natureza jurídica do mandado de segurança, dispõe que se trata “de uma ação constitucional civil, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade Pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público”. (DE MORAES, 2002, p.164)

Quanto à estrutura do processo, a Lei 12.016/2009 determina que o mandado de segurança seja processado pelo rito sumaríssimo e compreende:

a) despacho inicial; b) notificação à autoridade coatora, que deve prestar informações no prazo de dez dias; c) sempre será ouvido o Ministério Público no prazo de cinco dias, independente de ter sido ou não prestadas informações pela autoridade coatora; d) autos conclusos; e) havendo pedido liminar, quase sempre há, o juiz concederá ou não;

Há de se destacar, que autoridade coatora é notificada para, querendo, prestar informações, nunca por meio de procurador.

As partes no mandado de segurança são o sujeito ativo (chamado de impetrante), que é sempre pessoa física (brasileiras ou não, residentes ou não, domiciliadas ou não) ou jurídica, pública ou privada, possuidora do direito líquido e certo, e o sujeito passivo (conhecido como impetrado) que deverá ser a pessoa jurídica de direito público ou privado que esteja no exercício de atribuições do Poder Público. O legitimado passivo é a autoridade coatora, ou seja, é a pessoa responsável pela ilegalidade ou abuso de poder. O prazo para se ingressar com o mandado de segurança é de até cento e vinte dias.

Quando diz respeito à competência para processar e julgar mandado de segurança, Lenza (2012, p. 1047) destaca que “a competência para processar e julgar o mandado de segurança dependerá da categoria da autoridade coatora e sua sede funcional, sendo definida nas leis infraconstitucionais, bem como na própria Constituição Federal”.

1.1 Da concessão da liminar

Importante para acelerar a reparação do direito ferido, enquanto ainda não julgado procedente o mandado de segurança, a medida liminar é responsável por impedir que o impetrante siga lesado no seu direito até ser julgado o mérito do mandado de segurança.

Vale ressaltar, que em praticamente todos os casos em que se impetra mandado de segurança, ocorre o pedido de liminar, pois do contrário, o direito líquido e certo perde todo o seu sentido, tendo em vista o benefício desta medida.

Frente aos avanços do mundo moderno, o Direito acompanhou a tendência, e com o surgimento do sistema de processo eletrônico (PROJUD), foi propiciado que o próprio impetrante acompanhe o andamento do seu mandado de segurança e se seu pedido de liminar foi ou não deferido, o que é muito interessante, uma vez que a parte interessada estará sempre atenta aos prazos e ao passo a passo do processo, até ele ser julgado e arquivado.

Para ocorrer o pedido de liminar, deve ser verificada a existência da fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*) e do perigo da demora (*periculum in mora*).

Analisada e compreendida a estrutura e parte conceitual do mandado de segurança, já se pode avançar para o tema central do trabalho, em que não será tratado do mandado de segurança de forma genérica e ampla, mas sim da importância fundamental desse mecanismo na busca pelo direito adquirido ao ser aprovado ou qualificado em concurso público, quando o indivíduo vê tal direito conseguido com méritos e fruto de grande empenho, lesado de forma totalmente arbitrária e errônea por determinado órgão.

Nunca é demais lembrar que se trata de assunto de suma importância para toda a sociedade, pois não é preciso ir muito longe para se encontrar, por exemplo, um caso em que certa pessoa que deveria ocupar vaga em instituição de ensino superior, conseguida mediante aprovação em vestibular, onde por algum erro burocrático ou abuso de poder da instituição em questão, este indivíduo precisa levar o caso a justiça para assim conseguir ter seu dano reparado.

1.2 Habeas data x mandado de segurança

O habeas data:

> É a garantia constitucional, regulamentada pela Lei n. 9.507, de 12.11.1997, destina-se a disciplinar o direito de acesso a informações, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público, para **o conhecimento ou retificação** (tanto informações erradas como imprecisas, ou, apesar de corretas e verdadeiras, desatualizadas), todas referentes a **dados pessoais**, concernentes à **pessoa do impetrante** (LENZA, 2012, p. 1057, grifos do autor).

Havendo recusas no fornecimento de certidões, ou informações de terceiros o remédio próprio é o mandado de segurança, e não o habeas data. Se o pedido for para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, como visto, o remédio será o habeas data.

2 ERROS QUE CAUSAM PREJUÍZO AO CANDIDATO

O primeiro motivo, e mais comum, de ingresso com mandado de segurança contra a instituição responsável por determinado concurso público, está nos frequentes erros de elaboração e interpretação de editais, fica claro ter sido dito uma coisa, mas muitas vezes o entendimento do órgão que os fez é outro completamente distinto, o que acaba por prejudicar e tumultuar a vida do candidato aprovado ou classificado na referida prova.

A Administração publica determinado edital com o objetivo de preencher vagas legalmente previstas e o cidadão vê-se, ilicitamente, impedido de participar ou, dele participando, encontra-se prejudicado por ato de autoridade que se fundamenta nas regras do edital. Diante disso, o candidato maneja o mandado de segurança.

Parte da doutrina afirma ser o edital o que rege um concurso, dessa forma seria totalmente vedado ingressar com mandado de segurança contra atos previstos nele, porém tal afirmação é aceita em partes, pois o edital deve sim ser seguido e respeitado, tratando-se da regra maior de todo e qualquer concurso público, mas desde que aquele traga determinações

plausíveis e que guardem entre si certo nexo, afinal não há cabimento no fato de um indivíduo ver seu direito totalmente desrespeitado por um artigo ou parágrafo de edital que esteja totalmente equivocado quanto à realidade do referido concurso, e que dessa forma venha a ferir direito líquido e certo do candidato que tanto se esforçou para atingir mérito.

Dessa forma, é importante ressaltar que é sim legítimo manejar mandado de segurança não contra editais com determinações equivocadas, mas sim contra o ato concreto, e que busca validade no edital. Se o ato já fora praticado, o mandado de segurança será repressivo. Neste caso, por igual, não se discutirá a regra do edital, mas, também, o ato concreto.

Quando um impetrante se insurge, por exemplo, contra o ato concreto que o reprovou no exame físico de um concurso, esta reprovação vem a ser a causa de pedir próxima. O pedido é a nulidade do ato concreto de reprovação, que tolhe direito líquido e certo e não o edital que previu o exame.

Sua causa de pedir remota é a ilegalidade do edital, da lei em tese que rege o certame, em que a autoridade administrativa se fundamenta para praticar o ato concreto.

Mas acima de tudo, é importante lembrar que só é permitido ingressar com qualquer modalidade de mandado de segurança, desde que este seja impetrado dentro do prazo previsto em lei (cento e vinte dias), afinal “o direito não socorre aos que dormem”.

Muitas vezes o ingresso com mandado de segurança não se faria necessário, se existisse humildade da instituição que cometeu algum equívoco que culminou no prejuízo ao candidato, evitando assim desgaste para ambas as partes, pois quando a falha no edital é clara e evidente, o “remédio heroico” se torna mera formalidade, afinal quando o erro é grotesco fica inimaginável qualquer juiz dar decisão contrária ao candidato.

Também são comuns situações nas quais o edital está correto, mas o que existe é um erro de interpretação do órgão administrativo em relação ao que está previsto naquele, o que também causa prejuízo ao candidato.

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo repercussão geral, assim decidiu:

> **RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO.**

CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e , portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. II ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Têm-se aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança (Distrito Federal, STF, RE 598.099, Rel. Min. Gilmar Mendes, na data de 10.08.2011).

A repercussão geral reconhecida, estabelecendo direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital, modificou o teor da súmula 15 da própria Corte, a qual ditava que o candidato aprovado dentro do número de vagas somente teria direito á nomeação quando o cargo fosse preenchido sem observância da classificação, portanto, se a Suprema Corte assim decidiu, os efeitos desta decisão se espalham como uma nuvem por todo o Judiciário e Administração Pública brasileira.

É claro o direito subjetivo do aprovado, não havendo que se falar em mudança do interesse e conveniência da Administração Pública.

Outro aspecto que deve ser observado ao deferir mandado de segurança a candidato aprovado ou classificado, por exemplo, em vestibular, é se o total de vagas disponibilizadas foi ou não preenchido, pois se houverem vagas disponíveis e não existir motivo evidente para a não convocação de candidato, o princípio da máxima proteção ao direito de educação ampara tal candidato a ter embasamento legal para protestar sua vaga perante a lei.

Por exemplo, se em concurso aberto trinta vagas forem disponibilizadas, e sessenta candidatos se inscreveram para prestá-lo, não tem cabimento preencher apenas vinte e oito vagas, sendo coerente realizar o necessário para que trinta pessoas (desde que respeitada a

sequência de classificação) venham a ocupar as vagas existentes. Isto decorre dos preceitos da boa-fé e da confiança, uma vez que a abertura de um concurso público gera nos candidatos legítima expectativa de inclusão, caso sejam aprovados e convocados na forma da lei, sendo lógico que direitos constitucionais e legais, conseguidos ao longo de milhares de anos, muitas vezes com sangue e luta, não podem ser tolhidos por erro crasso de certa instituição, por ilegalidade manifesta.

É certo que as instituições de ensino superior públicas e as vagas de emprego no funcionalismo público, devido a uma série de fatores vêm sendo alvo de grande disputa pelas vagas ofertadas, o que torna necessária elaboração de rígido processo seletivo, capaz de selecionar do grande volume de candidatos, aqueles que se destacam pelo conhecimento e melhor preparo para conseguir preencher uma das vagas.

Ainda é necessário frisar, que os concursos públicos têm se mostrado de grande rigor para que a seleção dos candidatos reflita as particularidades exigidas em cada candidato com relação a cada curso/cargo que lhes será oportunizado o ingresso.

Contudo, o rigorismo da seleção não pode extrapolar os requisitos do edital que rege o concurso, ou seja, estabelecendo-se as regras e requisitos para ingresso dos candidatos não poderá ser aplicado critério alheio àqueles mencionados no edital, sob pena de ferimento da própria moralidade administrativa e do princípio da vinculação ao edital.

Ou seja, é necessária muita atenção por parte do órgão responsável pela elaboração do edital de um concurso público, uma vez que o que nele é previsto deve ser respeitado e seguido tanto pelos candidatos quanto pela organização do processo seletivo, sendo estritamente inconstitucional a desvinculação ao que é previsto em edital. Desta forma, sua interpretação deve ser restritiva: o que está previsto nele é o que deve ser respeitado e executado, para assim evitar prejuízos futuros aos candidatos.

É pertinente citar um caso ocorrido em Goiás no início deste ano, que foi relatado pelo portal de notícias do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás:

> O juiz Liciomar Fernandes da Silva, da comarca de Quirinópolis, determinou, nesta quarta-feira (15), à Universidade do Estado de Goiás (UEG) que efetive a matrícula de Elismara Ribeiro de Oliveira no curso de Letras, no período noturno, conforme aprovação no vestibular 2012/01, no prazo de cinco dias. A estudante foi aprovada na seleção e entrou com ação, pedindo liminarmente o direito de se matricular, já que se

> equivocou com data da matrícula e perdeu o prazo estabelecido entre os dias 18 e 20 de janeiro. De acordo com o magistrado, é diretriz constitucional que a educação é um direito social e tido por direito fundamental. Liciomar analisou os requisitos para a concessão do pedido, que são fumus boni iuris (fumaça do bom direito), o periculum in mora (o perigo da demora) e os princípios, aparentemente, em conflito: "de um lado, a estrita legalidade e segurança jurídica que obstam a efetivação da matrícula extemporânea e, de outro lado, a primazia pelo direito constitucional de educação, viabilizando o espírito norteador da Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana". Diversos planos políticos são implantados incentivando e, de certo modo, promovendo a inclusão de estudantes de "classe baixa" no ensino superior, segundo o juiz. "Não há como negar que a possibilidade de realização e concretização de um curso superior deva ser preservado. Ainda mais que, neste caso sob análise, não haverá qualquer prejuízo à instituição de ensino, já que foram disponibilizadas 32 vagas, sendo preenchidas apenas 29". frisou(ZAFINO, 2012).

O caso citado deixa explicita a prevalência do **princípio constitucional da máxima proteção ao direito de educação,** em que apesar de findado o prazo para serem efetuadas matrículas, ainda restava uma vaga a ser preenchida que por direito pertencia à Elismara Ribeiro de Oliveira, sendo proferida a decisão pelo Juiz da Comarca de Quirinópolis de forma acertada e acima de tudo justa, em favor da candidata.

Pode ser citada ainda a questão das cotas em concursos públicos, tanto para deficientes, quanto as cotas raciais e socioeconômicas. Já ocorreram casos em que ao formular o edital de certo concurso a instituição responsável se esqueceu de ofertar determinada quantidade de vagas para cotistas, ou então chegou a prever tal direito em edital, mas no momento de realizar as convocações para ocupação das vagas acabou se esquecendo de realizar os cálculos dos percentuais de cotistas que deveriam ocupar determinado posto.

Como exemplo de tal realidade pode ser citado o caso de Antônio Miranda Silva Júnior, que impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra ato do Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, uma vez que se inscreveu no concurso público para o cargo de Auditor, na qualidade de deficiente físico, obtendo o primeiro lugar entre os deficientes e o quarto lugar geral, mas foi informado que não existia vaga para tais candidatos, com base no art. 4°, da lei estadual nº 3.549/94. Sustenta que o art. 4° da lei estadual contraria de forma flagrante a Constituição Federal, pois inviabiliza a

participação de deficientes físicos, garantido constitucionalmente. Sobre o caso, assim decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe:

> Cuida-se de Mandado de Segurança contra ato do Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe, que em sede de concurso para o cargo de Auditor daquela Corte, tendo sido o impetrante classificado em 4º lugar, e o certame ofertado apenas 03 (três) vagas, informou não existir a vaga de deficiente físico, prevista na Constituição Federal. Entendo que a exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência deve ser respeitada ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um. Em sendo assim, pelas mesmas razões expostas no voto vencido lavrado pela digna Desembargadora Marilza Maynard Salgado de Carvalho, voto pela concessão do mandamus, no sentido de garantir ao impetrante a destinação de 20% das vagas do cargo de auditor do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. É como voto (Aracaju, TJ/SE, Rel. p/ o acórdão Des. José Alves Neto, na data de 09.04.2003).

A decisão deixa claro que os princípios constitucionais de reserva de vagas para deficientes físicos devem ser seguidos, independente do número de vagas ofertadas em certo concurso, assim tendo este que se enquadrar e adequar-se para respeitar os requisitos legais sobre o tema.

É válido lembrar que também os estudantes “prejudicados” pelo sistema de cotas muitas vezes se utilizam do mandado de segurança para conseguirem uma vaga que teoricamente seria sua por direito se não existisse tal sistema. Trata-se de assunto muito polêmico, afinal o sistema de cotas é algo considerado constitucional, logo a não utilização dele nos diversos concursos públicos/ vestibulares gera o desfavorecimento da parcela da sociedade que seria beneficiada com isso, porém, de outro lado, fomenta certo sentimento de revolta naqueles indivíduos que ocupariam a vaga postulada se as cotas não existissem. Nesse sentido, houve no Rio Grande do Sul caso semelhante, onde a candidata postulante a vaga no curso de psicologia na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, após ter indeferido seu pedido de liminar e também o mandado de segurança, teve seu agravo julgado da seguinte forma e baseado nos seguintes argumentos:

> Nos termos do item 1.5.4 do Edital de 17 de agosto de 2007 da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, "do total de vagas oferecidas em cada curso de graduação da UFRGS, serão garantidas, no mínimo, 30% (trinta por cento) para candidatos optantes egressos do ensino público". No item 7.5, garante-se no mínimo 50% (cinqüenta por cento) das vagas definidas no item 1.5.4 do Edital aos candidatos optantes egressos do ensino público autodeclarados negros. Finalmente, o item 7.6 dispõe que "no caso de não haver candidatos em condições de preencher as vagas garantidas a optantes egressos do ensino público autodeclarados negros, estas serão preenchidas por candidatos optantes egressos do ensino público e, se ainda restarem vagas, as mesmas voltarão ao sistema de ingresso por Acesso Universal"[...] No caso em tela, a estudante Juliane Gering é técnica em enfermagem no Hospital Conceição, tendo estudado no Município de Santa Rosa/RS, alternando estudos em estabelecimentos de ensino privados nos anos de 1988, 1989, 1990, 1991 e 1992 e em escola pública em 1993, 1994, 1995, 1997 e 1998. Em 1996, cursou escola comunitária. Percebe salário de R$ 1.364,99 e seu marido R$ 455,00. Paga aluguel e remédios, pois possui insuficiência respiratória crônica. É a terceira vez que tenta o vestibular na UFRGS e foi classificada na 39ª colocação. Não teve direito ao privilégio da cota social, pois não estudou todo o segundo grau no ensino público, mas alcançou classificação superior a dos aprovados no sistema derivado de ingresso (teve 608,21 pontos, enquanto pelo acesso social 601,79 e 565,34 e acesso racial 551,55 e 511,39). Aceitando, para argumentar, possa ser implantada a política pública por mera resolução universitária, não poderia afrontar relevante e fundamental postulado expressamente consagrado pela Constituição, qual seja o mérito acadêmico, que aqui, inobservado, atingiu o direito subjetivo da estudante. A fumaça do bom direito parece evidente e a matrícula provisória da impetrante não trará prejuízo algum enquanto se processa a ação [...] Pelas razões expostas, no caso concreto tem a impetrante mérito suficiente para o ingresso no ensino superior, de forma que defiro a antecipação da tutela recursal para determinar a matrícula da impetrante no Curso de Psicologia, autorizando a frequência às aulas. (Porto Alegre, JF/RS Desª. Federal Marga Inge Barth Tesser, de 11.02.2008).

Nota-se nesse caso que os argumentos da impetrante foram aceitos no agravo da decisão, e que dessa forma acabou tendo julgado o mérito, e ganhou assim o direito de se matricular no curso de psicologia, apesar da existência do sistema de cotas, que na opinião da

desembargadora do caso, não demonstrava nexo em não aceitar que a candidata se matriculasse na universidade.

Também existem casos, em que o candidato ingressa com o remédio heroico para consultar seu desempenho no dado concurso, em geral quando há suspeitas de erros na correção da prova ou na atribuição de notas às questões, e é totalmente legítimo por parte do indivíduo consultar seu desempenho na prova realizada. Mas um fato é muito intrigante, pois muitos editais de concursos públicos vedam qualquer possibilidade de recurso em face da prova realizada, o que é um enorme erro e imensa demonstração de abuso de poder por parte do órgão administrativo, pois o candidato **deve sim** ter o direito de conferir em caso de dúvida, se foi realmente justa sua qualificação em determinado concurso, e cabe à instituição permitir o ingresso com recursos administrativos nesses casos.

O ingresso com mandado de segurança nesses casos pode ser exemplificado na situação ocorrida no vestibular da Uningá, como mostra a seguinte notícia publicada no portal de notícias Odiario.

> O juiz da 2ª Vara da Justiça Federal de Maringá, José Carlos Fabri, concedeu medida liminar em um mandado de segurança impetrado por Altair Ramos Júnior, candidato não aprovado no vestibular de medicina da Uningá. A medida obriga a instituição a apresentar no prazo de três dias "comprovante de desempenho do impetrante no vestibular realizado, contendo o número de pontos em cada disciplina e sua nota final, bem como cópia dos seguintes documentos: prova de redação, acompanhada da devida correção; grade de resposta da prova objetiva na qual conste a identificação do impetrante; caderno de provas utilizado pelo impetrante", além de "determinar aos impetrados (a Uningá) que informem nos autos a nota do último candidato considerado aprovado". E ainda concede ao candidato a possibilidade de apresentar recurso administrativo no prazo de 72 horas após o recebimento das informações pleiteadas.É a primeira medida judicial de uma série que deve desaguar no judiciário nos próximos dias (MILTON, 2011).

Nessa situação, fica claro que o candidato só impetrou mandado de segurança contra a instituição porque tinha dúvidas se seu aproveitamento divulgado no citado vestibular foi realmente justo e correto, sendo deferido de forma justa a liminar e a possibilidade do

candidato ingressar com recurso administrativo setenta e duas horas após ter os documentos solicitados em mãos.

Analisados alguns dos casos mais recorrentes em que o candidato aprovado ou classificado em concurso público é prejudicado por questões burocráticas, erros ou abuso de poder de órgão administrativo e necessita ingressar com mandado de segurança, é hora de entender melhor como funciona o pedido de liminar em casos do gênero, servindo como mecanismo para assegurar a reparação do direito transgredido enquanto não é julgado mérito do mandado de segurança.

3 OUTRAS SITUAÇÕES CRÍTICAS A RESPEITO DO TEMA

Mesmo apresentando inúmeras situações nas quais é cabível o mandado de segurança com pedido de liminar, é importante saber que existem muitos outros casos em que o candidato que prestou concurso público e foi aprovado ou classificado, mas não devidamente convocado, teve assim o sentimento de desrespeito a seu direito subjetivo, e que dessa forma acabe ingressando com o remédio constitucional.

Outrossim, vale ainda ressaltar mais um exemplo, o de estudantes que ainda não concluíram o ensino básico e são aprovados em vestibular ou em concurso público que exija como pré-requisito a conclusão do ensino médio. Casos nesse sentido estão se tornando cada vez mais comuns, e apesar de muitos prejudicados por essa regra acabarem por se quedarem inertes, vários outros vão à busca da reparação do suposto direito violado.

Em caso recente, a candidata Fabiane Carvevalli foi aprovada no vestibular da Universidade Católica de Goiás antes de concluir o ensino médio, e após ingressar com mandado de segurança contra a instituição para ter sua matrícula aceita, teve seu pedido de liminar deferido. Três anos mais tarde, o Tribunal Regional Federal de Goiás, assim determinou:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA. ALUNA APROVADA NO VESTIBULAR ENQUANTO NÃO CONCLUÍDO O SEGUNDO GRAU. POSSIBILIDADE. APRESENTAÇÃO DO CERTIFICADO DE CONCLUSÃO ANTES DO INÍCIO DAS AULAS. SEGURANÇA CONCEDIDA. SENTENÇA CONFIRMADA. 1. Deve o julgador

> prestigiar o aluno que, antes de concluído o ensino médio, logra aprovação no vestibular, o que denota, sem sombra de dúvida, a capacidade intelectual para o ingresso na universidade. 2. Impõe-se, todavia, seja observada a condição de que o certificado de conclusão do ensino médio seja apresentado antes do início do período letivo. 3. Na hipótese, há de ser considerada a situação de fato consolidada pelo decurso do tempo, tendo em vista o deferimento da medida liminar, ratificada pela sentença, tornando definitiva a matrícula há cerca de três anos. 4. Sentença confirmada. 5. Remessa oficial desprovida (Goiás, TRF1,Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, de 18.04.2011).

A decisão deixa claro que o desembargador levou em conta ao dar sua decisão dois fatores: o primeiro foi o fato que se a estudante foi aprovada no referido concurso mesmo antes de concluído o ensino médio, mostrando assim que tinha totais condições para ocupar sua vaga já naquele momento, e o segundo motivo alegado foi a liminar já ter sido concedida para que a matrícula fosse realizada três anos atrás, dessa forma a sentença estaria apenas ratificando o que já era sabido.

Em determinados concursos, também é exigido que o candidato aprovado tenha uma idade mínima ou máxima determinada em edital, no momento em que for tomar posse de sua vaga. Quando o indivíduo que não cumpre tal requisito, mas é aprovado, também pode impetrar com remédio heroico se assim decidir, uma vez que tenha se sentido prejudicado, apesar de já saber quando se inscreveu para tal processo seletivo que se fosse aprovado não poderia se apossar da vaga pretendida por não cumprir um dos requisitos exigidos em edital.

A seguinte reportagem, publicada no portal de notícias do site Jusbrasil, trata sobre situação ocorrida no sentido em concurso público no estado da Bahia:

> A idade dos candidatos a cargo em concurso público deve ser verificada na data da inscrição. Embasado nesse entendimento do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJ-BA), o presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro Cesar Asfor Rocha, negou a suspensão do direito de candidatos acima da idade de 30 anos de seguir no concurso público para Formação de Soldados da Polícia Militar de 2006. O ministro citou a decisão do TJ-BA em mandado de segurança apresentado pelos candidatos. Para o relator da ação, os aspirantes ao cargo que, no ato de inscrição,

> atendiam plenamente ao requisito de idade não podem ser prejudicados pela demora no processo seletivo. O estado da Bahia argumentava que a manutenção da decisão levaria a lesão à economia e à ordem públicas devido à instabilidade jurídica decorrente do julgamento, que teria caráter provisório. A decisão do TJ-BA também teria efeito multiplicador, fazendo com que os demais reprovados por idade ingressassem com pedidos semelhantes. No total, foram 48 os candidatos reprovados por idade (SOUZA, 2009).

No caso citado, os indivíduos atendiam aos limites de idade exigidos pelo concurso, porém por morosidade para a realização das provas, acabaram ultrapassando os trinta anos, idade máxima para se candidatar a postulante da vaga de policial militar no referido concurso. Nesse caso, se fossem eliminados do concurso, teriam seus direitos tirados de forma totalmente equivocada, ao passo que por erros exclusivamente do órgão administrativo que regulava o concurso, essas pessoas acabaram por não preencher um dos requisitos exigidos pela lei máxima do certame. Dessa forma, dar decisão contrária aos lesados seria uma enorme injustiça.

4 EMBASAMENTO LEGAL PARA PEDIDO DE LIMINAR

É usual que quando o indivíduo impetra mandado de segurança, este venha acompanhado de um pedido de liminar, e nos casos de concursos públicos isso é mais comum ainda, pois em caso de candidato aprovado em vestibular, por exemplo, se a decisão do mandado demorar muito para sair, pode já ser tarde demais e dessa forma o impetrante pode já ter sido até reprovado por excesso de faltas, restando totalmente lesado quando o mérito fosse julgado.

Para conceder uma **liminar**, que como já foi dito é apenas uma decisão provisória que vale até que a decisão final seja proferida, o magistrado precisa estar convencido que há dois elementos (sem um deles, ele não pode conceder liminar): **Fumus boni iuris e o Periculum in mora**.

O **Fumus boni iuris** (fumaça do bom direito) é o significado que há indícios de que o indivíduo que está pedindo a liminar tem total direito ao conteúdo de seu pedido. Tal expressão vem do ditado popular de que ‘onde há fumaça, há fogo’. Em outras palavras, o magistrado não está julgando se a pessoas tem direito (isso ele só vai fazer na sentença de

mérito, quando decidir o processo), mas se ela *parece* ter o direito que alega. Nos concursos, esse elemento é explicitado, por exemplo, quando há claramente no edital a determinação de algo que deveria ter sido realizado, e que por não ter sido acabou por prejudicar o postulante à vaga em questão.

Periculum in mora (perigo na demora), significa que se o magistrado não conceder a liminar imediatamente, será muito tarde, ou seja, o direito da pessoa já terá sido danificado de forma irreparável. Nos concursos públicos, está no fato do impetrante ter investido seu tempo, dinheiro e emoção, visando sua convocação e acaba por ver seus direitos agressivamente feridos, sem qualquer motivo e por atos ilegais, pois se deve considerar que:

> O candidato dedica-se, de corpo e alma, às provas, impondo limitações à convivência com terceiros e, quase sempre, desligando-se de atividade econômico-financeira para melhor aplicar-se nessa verdadeira via crucius. Uma certa expectativa é formada, e o mínimo que se pode desejar é a ausência de mudança de enfoques, de surpresas que acabem por afastar as premissas primeiras e que vieram a estimular o candidato a inscrever-se(Distrito Federal, STF, Rel. Min. Marco Aurélio, de 09.11.2001).

Fica claro nas palavras do Ministro do STF Marco Aurélio de Mello, que na decisão de um juiz deve ser considerado principalmente o fato do concursando se privar de inúmeras coisas, como de sua própria vida social, visando a aprovação em determinado processo seletivo, e que é totalmente incoerente ele ser surpreendido por surpresas inesperadas que o cerceiam de atingir seu objetivo tão sonhado.

Quando há pedido de liminar nesse tipo de caso, se esta não é concedida, a administração pública restará ofendida em sua moralidade administrativa, que segundo Freitas (1999, p. 68) “impõe à Administração lealdade e boa-fé no tratamento com os cidadãos”. Dessa forma, deve a administração primar pela absoluta boa-fé, vinculando-se estritamente às regras legalmente e normativamente regentes do certame. A ilegalidade reina quando não concedida a liminar, em face de claro ser o direito líquido e certo do impetrante.

No julgamento liminar em caso de vestibular, deve prevalecer o princípio constitucional da máxima proteção ao direito de educação, a exemplo do explanado em tópico anterior, conforme tem entendido o Superior Tribunal de Justiça, pois:

> Acima de qualquer requisito legal, administrativo e/ou burocrático, o estudante merece a sensibilidade de ser amparado pelo espírito dos princípios da unanimidade familiar e da educação, ínsitos nos arts. 205, 226, 227 e 229 da Magna Carta de 1988... Cabe ao juiz analisar e julgar a lide conforme os acontecimentos passados e futuros. Não deve ele ficar adstrito a fatos técnicos constante nos autos, e sim aos fatos sociais que possam advir de sua decisão (Distrito Federal, STJ, Rel. Min. José Delgado, de 26.11.2002).

É notória a importância da liminar como meio para reparar o direito enquanto o mandado de segurança ainda não foi julgado, sendo que não existe nexo em impetrar mandado de segurança sem entrar com pedido de liminar também, ao passo que geralmente quando isso ocorre, trata-se de caso urgente, em que o indivíduo não pode esperar por muito tempo para ver seu direito reparado, evitando assim maiores danos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desse artigo é realizar de uma visão ampla acerca do instrumento constitucional mandado de segurança, utilizado em face de concursos públicos, nos quais é comum candidato ser prejudicado por algum fato inesperado que acaba por ferir direito líquido e certo do indivíduo.

Por fim, é interessante frisar nesse trabalho, alguns pontos que não devem ser passados despercebidos. Em primeiro lugar, é de suma importância ao candidato aprovado ou classificado em concurso público ficar atento a tudo que é previsto em edital, pois é mais normal do que se parece determinações previstas nele serem descumpridas por algum motivo, este que vai de simples falta de atenção ou então até mesmo má-fé ou abuso de poder do órgão administrativo. Portanto, deve-se **ler o edital do concurso realizado**; em um segundo momento, se for verificada a existência do direito líquido e certo, é fundamental prestar atenção no prazo para ingressar com remédio heroico.

Por último, é de se ressaltar que não deve um indivíduo prejudicado de forma totalmente arbitrária e irregular em um concurso público, sentir receio ou impotência frente ao órgão coator, e acabar dessa forma desistindo de impetrar mandado de segurança para reparar o erro cometido. Nunca é demais lembrar que o Direito “não socorre aos que dormem”, e tão

pouco aos que temem, afinal, um ato de omissão hoje pode custar sua potencial carreira brilhante amanhã, logo o indivíduo não deve se sentir diminuído frente a qualquer instituição, seja ela qual for, pois uma coisa é certa: se o direito existir, o indivíduo prejudicado, amparado por um bom advogado, deve acreditar que argumentos bem articulados e teses bem escolhidas irão levar sem dúvida nenhuma o impetrante a obter deferimento tanto no seu pedido de liminar quanto no mandado de segurança.

Fica claro nas exposições feitas, que o referido trabalho, serve como base a todo e qualquer concurseiro que está se sentindo lesado por qualquer fator estranho aos que já eram de conhecimento do candidato, após ter obtido êxitos em teste seletivo para cargo público ou vaga em instituição de ensino. Jurisprudências, casos no sentido, citações de obras literárias, notícias de jornais e revistas entre muitos outros artifícios, foram utilizados para apresentar uma realidade que é desconhecida por muitos, e também despertar nos potenciais prejudicados a sensação de que não é particularidade de um ou de outro a situação que está ocorrendo, mas sim que o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de casos onde o remédio heroico foi a saída para que uma vaga para carteiro ou engenheiro, procurador federal ou caixa de agência bancária, fosse ocupada por aquele que por mérito seu e de mais ninguém, obteve sucesso em sua prova de algum dos inúmeros concursos públicos que ocorrem a todo dia no Brasil, e quando sentiu que teria seu direito subjetivo totalmente desrespeitado, percebeu poder acreditar na possibilidade de ter, através de meios legais e constitucionais, seu direito reparado.

É dessa forma que o mandado de segurança, importante direito fundamental, atua contra órgão administrativo responsável por concurso público, e não importa o que ocorreu, ou por qual motivo ocorreu, uma coisa é certa, o indivíduo que tanto se esforçou para ser aprovado em processo seletivo, e ao fim desse doce calvário termina por ver o órgão coator realizar ato pelo qual seu direito líquido e certo está sendo totalmente ofendido e tolhido, e acima de tudo seu sonho de um futuro melhor em universidade, seja ela pública ou privada, ou em cargo para trabalhar no funcionalismo público, quando tal pessoa ingressa com o mandado de segurança e consequente pedido de liminar, nada mais importa até que o mérito de tal processo seja julgado, e dessa forma, a frase final da petição de remédio heroico é a forma mais ideal para se encerrar esse trabalho: Aguarda deferimento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição federal. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Justiça Federal do Rio Grande do Sul. Processo n.2008.04.003658-3 Relatora: Desª. Federal Marga Inge Barth Tesser. Julgado em: 11-02-08. Publicado em: 02-04-08. Disponível em:<http://www.jusbrasilcom.br>. Acesso em: 01 de out.de 2012. Disponível em: *http://www.slideshare.net/robsonsl/cota-racial-frente-ao-principio-da-igualdade*

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Relator: Min. José Delgado. Distrito Federal. Julgado em: 26-11-02. Publicado em: 27-03-07. Disponível em: *http://stj.jusbrasil.com/jurisprudencia/8950910/recurso-especial-resp-832692-rs-2006-0063854-1/inteiro-teor-14119211*. Acessado em 21 de out. de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 598.099. Mandado de Segurança. Relator: Min. Gilmar Mendes. Distrito Federal. Julgado em: 10-08-11. Publicado em: 10-08-11. Disponível em: *http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/20623606/recurso-extraordinario-re-598099-ms-stf*. Acessado em 01 de out. de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Distrito Federal. Julgado em: 09-11-01. Publicado em: 26-11-11. Disponível em: *http://www.jusbrasil.com.br/diarios/30884497/pg-256-jurisdicional-primeiro-grau-diario-de-justica-do-estado-de-alagoas-djal-de-26-09-2011*. Acessado em 16-10-12.

Brasil. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Relator para o acórdão: Des. José Alves Neto. Aracaju. Julgado em: 09-04-03. Disponível em http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4757915/mandado-de-seguranca-ms-2002103555/inteiro-teor-11368263. Acessado em 07-10-12.

BRASIL. Tribunal Regional Federal de Goiás (1ª região). Relator: Des. Daniel Paes Ribeiro. Goiânia. Julgado em: 18 de abril de 2011. Disponível em *http://trf-1.jusbrasil.com/jurisprudencia/20710614/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-1757-rr-0001757-9320084014200-trf1*. Acessado em 23 de out. de2012.

Freitas, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional esquematizado. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Maria da Sylvia Zanella, DI PIETRO. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Odiario. MARINGÁ. Milton, Ravagnani. 2011. Disponível em *http://blogs.odiario.com/miltonravagnani/2011/09/17/sai-liminar-contra-vestibular-da-uninga/*

Portal de notícias do site Jusbrasil. Distrito Federal. Souza. 2009. Disponível em *http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/964598/imposicao-de-limite-de-idade-a-candidatos-em-concurso-publico*

Portal de notícias do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Goiânia. ZAFINO, Alexandre. 2012. *Disponível em http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=62274*

MAIORIDADE PENAL

Aline de Carvalho ZANACOLI

Luiz Fernando KAZMIERCZACK

RESUMO

O estabelecimento da idade de 18 anos como o início da responsabilidade penal no Brasil é tema de grande discussão e repercussão em nossa sociedade. Alguns acreditam que a idade penal foi fixada ao acaso pelo legislador, nãoestando de acordo com o atual contexto fático decorrente do desenvolvimento vivenciado nas últimas décadas, principalmente o tecnológico, que refletem diretamente no amadurecimento e discernimento do adolescente. Observa-se, porém, que a fixação da idade penal em 18 anos não decorre de mero capricho do legislador e sim de critérios fixadores da imputabilidade, bem como de razões de política criminal, além de todo o desenvolvimento histórico da legislação penal e infanto-juvenil. Ademais, ao contrário do que a maioria propaga, o sistema brasileiro está em total consonância com o adotado no contexto internacional, que predominantemente adota a idade penal como 18 anos.

PALAVRAS-CHAVE: Maioridade penal; Responsabilidade penal; Imputabilidade penal.

ABSTRACT

Establishing the age of 18 as the start of criminal liability in Brazil is the subject of much discussion and impact in our society. Some believe that the age of criminal responsibility was set at random by the legislature, not being in accordance with the present factual context due to the development experienced in recent decades, especially in technology, which directly reflect the maturity and insight adolescents. It is noted, however, that setting the age of criminal responsibility at 18 years is not due to mere caprice of the legislature but criteria fasteners liability as well as criminal policy reasons, beyond all historical development of criminal law and child-youth. Moreover, contrary to what most spreads, the Brazilian system is fully in line with the one adopted in the international context, which predominantly adopts the age of criminal responsibility to 18 years.

KEYWORDS: Age of majority criminal, Criminal responsability; Criminal liability.

INTRODUÇÃO

Tema intercorrente nas manchetes dos jornais e periódicos eletrônicos, a maioridade penal é assunto que desperta interesse e opiniões divergentes nos diversos meios sociais e jurídicos.

Para o início de uma compreensão mais completa e imparcial acerca do tema, é necessário o conhecimento dos aspectos históricos da legislação pátria relacionados ao estabelecimento da idade penal, a contar das Ordenações Filipinas até o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Outrossim, aspectos relacionados à evolução da doutrina dos menores, desde o Direito Penal do Menor, passando pela Doutrina da Situação Irregular até a Doutrina da Proteção Integral, consagrada pela Constituição Federal de 1988 e pelo ECA, ajudam a compreender, de forma salutar, o tratamento dispensado às crianças e adolescentes no decorrer dos anos, que antigamente não tinham nenhuma proteção normativa e hoje são sujeitos de direito.

Do ponto de vista da psicopatologia e da antropologia, é deveras importante conhecer os critérios de fixação da imputabilidade penal, que são o biológico, biopsicológico e psicológico, relacionados não só a capacidade de entendimento e discernimento do certo e errado da criança e do adolescente, mas também a capacidade destes de portarem-se de acordo com aqueles.

Ainda, na análise do direito comparado, desmistifica-se a visão de alguns que a legislação pátria é retrógada e está em desacordo com o contexto internacional, ao estabelecer como o início da responsabilização penal a idade de 18 anos.

Nesta esteira, o presente trabalho tem como objetivo discorrer sobre alguns aspectos de fundamental conhecimento acerca da maioridade penal para a formação de uma opinião imparcial e consciente sobre o tema que é tratado de forma sensacionalista e mitificada pela mídia brasileira.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS NO BRASIL

Até 1830, vigorava no Brasil o mesmo ordenamento jurídico que regia Portugal, as Ordenações Filipinas, que previa em seu título CXXXV do Livro Quinto, ser atribuída ao maior de vinte anos pena total; porém à pessoa que tivesse entre dezessete e vinte anos, ficaria ao arbítrio do julgador atribuir a pena máxima ou diminuí-la e, caso constatasse que o menor agiu com malícia, poderia lhe ser imposta a pena de morte. Para aplicar a pena total, MENEZES (2005, online) ensina que se levavam em conta três fatores objetivos - o modo que o delito foi cometido, suas circunstâncias e a pessoa do menor – e um subjetivo – a malícia da ação.

Quanto ao menor de dezessete anos, MENEZES (2005, online) ressalta ter o soberano concedido a seus súditos um "privilégio", proibindo a pena de morte, devendo-lhe ser atribuída pena diversa caso fosse essa a cominada ao delito por ele praticado. Nas demais hipóteses, o direito comum seria aplicado.

Com o advento do Código Criminal do Império em 1830, foi promulgada a primeira codificação penal brasileira e no que tange a imputabilidade penal, adotou-se o "critério do discernimento", onde os menores de 14 anos só poderiam ser responsabilizados criminalmente se houvesse prova de seu entendimento. Caso restasse comprovada sua capacidade de discernimento, seriam encaminhados às casas de correção, por tempo delimitado pelo juiz que não ultrapassasse a idade de dezessete anos. Como ensina MACEDO (2008, p. 01-02), os maiores de 14 e menores de 17 anos estavam sujeitos a uma "pena de cumplicidade", sendo facultado ao juiz aplicar 2/3 da pena a qual um adulto estaria sujeito. Os maiores de 17 e menores de 21 anos seriam beneficiados com a atenuante da menoridade.

Em 1890, passou a vigorar o Código Penal do Império, também conhecido como Código Republicano, que criou um sistema mais complexo para a idade penal, criando três fases na idade do delinquente: até os nove anos a presunção era de total irresponsabilidade; os maiores de nove anos e menores de catorze, caso restasse comprovado possuírem discernimento, eram recolhidos a estabelecimentos disciplinares por tempo que não ultrapassasse a idade de dezessete anos e, por fim, a partir dos catorze anos, a presunção de responsabilidade era absoluta, sendo aplicada a atenuante de menoridade, para os menores de 21 anos.

MENEZES (2005, online) critica, dizendo:

> A complexidade do novo sistema, contudo, só alterou em parte o sistema precedente. É que, de um lado, baixou o limite da inimputabilidade para 9 anos, mas, de outro, recepcionou do Código de 30, a idéia de discernimento. Com isso, o menor infrator passou a exibir dupla face. Sua inimputablidade podia ser absoluta ou relativa. A absoluta não dependia de nada, salvo a idade inferior a nove anos. Já a relativa, aplicável aos maiores de 9 e menores de 14, dependia do discernimento, apurável em processo regular.

O Código dos Menores foi instituído em 1926, prevendo que nenhum menor de dezoito anos seria recolhido à prisão, por qualquer motivo que fosse. O menor de catorze anos que fosse autor ou cúmplice de fato criminoso ou tido como contravenção não seria submetido ao processo penal. Todavia, se fosse considerado abandonado, pervertido, ou na iminência de o ser, seria abrigado em casa de educação ou preservação ou confiado a guarda de pessoa idônea, até os vinte e um anos. Na hipótese de sua periculosidade não ser acentuada, poderia ficar na custódia de seus pais, tutor ou responsável. Em seu Capítulo V, artigo 45, trata das questões relativas à responsabilidade do menor:

> Art. 45. No caso de menor de idade inferior a 14 annos indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, si das circumstancias da infracção e condições pessoaes do agente ou de seus paes, tutor ou guarda tornar-se perigoso deixal-o a cargo destes, o juiz ou tribunal ordenará sua collocação em asylo, casa de educação, escola de preservação, ou o confiará a pessoa idonea, até que complete 18 annos de idade. A restituição aos paes, tutor ou guarda poderá antecipar-se, mediante resolução judiciaria, e prévia justificação do bom procedimento do menor e daquelles.

Na data de 07 de dezembro de 1940, o Decreto-Lei 2.848, sancionou um novo Código Penal. O Código Penal de 1940, como ficou conhecido, adotou no que se refere à inimputabilidade em face da idade, o critério biológico, estabelecendo em seu artigo 23 que os menores de 18 anos são absolutamente irresponsáveis e manteve a atenuante genérica para a faixa etária dos 18 a 21 anos.

A Junta Militar promulgou em 21 de outubro de 1969, para que entrasse em vigor no início de 1970, um novo Código Penal, que em seu texto implementava a adoção do critério biopsicológico para auferir o limite da imputabilidade por idade. O art. 17 e 33 do referido diploma legal manteve, como regra geral, a idade penal em 18 anos, porém, excepcionalmente, ao menor de dezesseis a dezoito anos de idade que fosse capaz de entender o caráter ilícito do fato e portar-se de acordo com este entendimento, poderia aplicar-se a pena reduzida de 1/3 a ½. No entanto, referido diploma legal não chegou a entrar em vigor em nosso ordenamento, em virtude da inadequação de seus ideais de alteração ao contexto social da época.

Assim como no Código Penal de 1969, o Código Penal Militar instituiu a imputabilidade relativa, verificada em relação ao desenvolvimento psicológico do agente, como se verifica no texto do artigo 50 e 51, do referido *codex*:

> Art. 50. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade.
>
> Art. 51. Equiparam-se aos maiores de dezoito anos, ainda que não tenham atingido essa idade:
>
> a) os militares;
>
> b) os convocados, os que se apresentam à incorporação e os que, dispensados temporariamente desta, deixam de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento;
>
> c) os alunos de colégios ou outros estabelecimentos de ensino, sob direção e disciplina militares, que já tenham completado dezessete anos.

Tais artigos encontram-se revogados pela Constituição Federal de 1988, que prevê em seu artigo 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Atualmente, encontra-se em vigor o Código Penal de 1940, com a parte geral alterada pela reforma de 1984. A referida reforma alterou o artigo 23 do Código Penal de 1940, somente em relação à terminologia, substituindo o termo “irresponsáveis” por

“inimputáveis”, mantendo a adoção do critério biológico em relação à idade penal, restando assim o artigo 27 do referido diploma legal: *“Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”*.

Por oportuno, cita-se as palavras de Ibrahim Abi-Ackel, na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal:

> 23. Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente antissocial na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação dos menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinquente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinquente adulto, expondo-o a contaminação carcerária.

No que cabe a atenuante genérica aos agentes menores de 21 anos trazida no artigo 48, inciso I, do Código de 1940, está também se manteve no texto do artigo 65, inciso I.

A lei 8.069/90, também conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, disciplina o tratamento destinado aos menores de 18 anos que praticam ato qualificado como crime ou contravenção, chamado de ato infracional.

Segundo MACEDO, 2008, p. 27-28, o diploma legal estabelece divisão dos menores em crianças (até 12 anos incompletos) e adolescentes (dos 12 aos 18 anos incompletos), regulando os direitos constitucionais da criança e do adolescente, conforme traz o artigo 227 da CF/88 e instituindo garantias processuais e proteção aos direito individuais.

A criança que comete o ato infracional não pode ser responsabilizada por sua prática, cabendo apenas a aplicação das medidas de proteção elencadas no artigo 98 do ECA. Já em relação ao adolescente infrator, a este podem ser impostas medidas sócioeducativas elencadas no artigo 112 do mesmo diploma.

> O Estatuto da Criança e do Adolescente considera o jovem como pessoa em desenvolvimento biopsicossocial, e, como tal, aposta em seu potencial, na sua capacidade de situar-se como trabalhador e cidadão na sua comunidade. A Lei não o estigmatiza, não o criminaliza; dá-lhe uma chance de ser atendido em condições especiais. (MACEDO, 2008, p.28)

Partindo dessa concepção, o Estatuto tem um papel pedagógico, na busca de gerar oportunidades ao adolescente para que modifique sua conduta, repense seus valores de vida e acredite em seu potencial.

2. EVOLUÇÃO DAS DOUTRINAS DOS MENORES

Na evolução do tratamento dispensado à criança e ao adolescente, podemos identificar três épocas distintas quanto à forma de tratamento dos jovens infratores.

A priori, encontramos a doutrina do Direito Penal do Menor, que vigorou do início do século XIX até meados do século XX e foi instituído no Código Criminal de 1830, como já explanado anteriormente.

Afirma ARAUJO, 2008, p. 20, que citada doutrina expunha, de forma limitada, os direitos das crianças e adolescentes, uma vez que se ocupava deles apenas quando se encontravam em conflito com a lei, descuidando de seu desenvolvimento e proteção. Ressalta que tratava igualitariamente adultos, crianças e adolescentes, de forma que não haviam estabelecimentos diferenciados para o cumprimento da pena e que apesar de retrógado, manifesta-se hoje nas intenções da redução da maioridade penal.

> Evidencia-se um caráter meramente retributivo das punições impostas aos menores, entre sete e dezoito anos, cuja única diferenciação consistia na diminuição de um terço de suas penas em relação aos maiores. Os que não tinham completado aquela idade mínima exigida eram considerados absolutamente incapazes e seus atos equiparavam-se aos praticados por animais.

João Batista da Costa Saraiva complementa:

> A política era de supressão de garantias (como o princípio da legalidade) para assegurar a "proteção" dos menores. Para Combater um mal, a indistinção de tratamento entre adultos e crianças, criava-se, em nome do amor à infância, aquilo que resultou em um monstro: o caráter tutelar da justiça de menores, igualando desiguais (2003, p. 32).

Em um segundo momento, com o advento do primeiro Código de Menores em 1927, temos um diploma legal, segundo SANTOS (2011, p. 52), mais eivado de vulneração às garantias dos menores do que composto de determinados direitos a que fazem jus atualmente a criança e o adolescente.

Cumpre citar as palavras do jurista (2011, p. 52-53):

> A mácula do referido diploma legal estava caracterizada basicamente no despojamento de todas as garantias formais do processo penal, em nome da proteção-repressão, seguida por uma etapa tutelar como uma espécie de saneamento moral a sociedade, vislumbrando a figura do menor infrator como uma espécie de pervertido, que deveria ser segregado do meio social – com o subterfúgio de meios protetivos e paternais que incorporavam a figura do juiz de menores. Sem embargo, tal sistema de proteção era desenvolvido puramente aos modos estigmatizantes, sendo levados em consideração o biótipo, a cor da pele e a vestimenta, os quais davam margem a internações sumárias e arbitrárias, estas sempre fundamentadas numa situação de perigo ou irregularidade que representavam esses menores ao seio social.

Batizada como Doutrina da Situação Irregular, foi também incorporada pelo Código de Menores de 1979 (Lei 6.697/79) que vigeu até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Salienta SANTOS que a referida doutrina foi muito vergastada no mundo jurídico por não ter sido dirigida a todos os menores, mas somente aos que se encontravam em situação de exclusão social (2011, p. 53).

No entendimento de ARAUJO, pouco contribuiu para mudar a situação que até então se apresentava, apesar de pregar a especialização da Justiça da Infância e Juventude (2008, p. 21).

De fato, era delegada grande discricionariedade aos juízes da época, cabendo a eles definir as condutas passíveis de punição e a respectiva sanção, de acordo com o caso concreto. Por se encontrarem em situação irregular, a mesma punição dedicada aos praticantes de atos definidos por ARAUJO como “antissociais”, era também aplicada aos “adolescentes-vítimas”, sujeitos passivos de um comportamento ilegal e que na realidade não praticaram nenhum ato contra a lei (2008, p. 21).

Assim, considerava-se situação irregular tanto a prática de uma conduta equiparada à infração penal, como os atos sofridos pelo menor, a exemplo de maus tratos.

João Batista da Costa Saraiva (2002, p.17), define a situação irregular na qual se confundiam os papéis de vítima e vitimizador

> (...) faz da criança e do adolescente o interesse da norma não apenas pela questão penal, parte do pressuposto que haveria uma situação regular, padrão, que a criança e o adolescente tornam-se interesse do direito especial quando apresentam uma “patologia social”, a chamada situação irregular, ou seja, quando não se ajusta a um padrão estabelecido.

Ora, a partir daí podemos entender que só as crianças e adolescentes pobres, carentes de uma boa estrutura familiar, eram punidos, pois se o menor provinha de um seio familiar que proporcionasse “condições de ressocialização”, entendidas como boas condições financeiras, não precisava ser objeto de nenhuma intervenção estatal.

> Reforça-se a idéia dos grandes institutos para “menores” (até hoje presentes em alguns setores da cultura nacional), onde misturavam-se infratores e abandonados, vitimizados por abandono e maus-tratos com vitimizadores autores de conduta infracional, partindo do pressuposto de que todos estariam na mesma condição: estariam em “situação irregular” (SARAIVA, 2003, p. 44-45).

Não era conferido nenhum caráter penal a legislação especial, que em tese possuía um caráter tutelar. ARAUJO satiriza ao dizer que cabiam aos adultos, dentro dos limites de seu infindável poder, estabelecer o que seria o “melhor” ao adolescente e o adequado a lhe exigir e ressalta que, em nome do amor à infância, as crianças eram encaminhadas a centros

de receptação, triagem e observação, onde ficavam em celas iguais às piores carceragem (2008, fls. 22-23).

Vivemos hoje a escola da Doutrina da Proteção Integral, que considera as crianças e adolescentes sujeitos de direito e tem como princípios basilares o melhor interesse do adolescente e a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

> O novo modelo sob comento, denominado de "Doutrina da Proteção Integral", passo a esgrimir um novo conjunto conceitual, metodológico-gerencial, e, sobretudo jurídico, de molde a possibilitar que todos os adolescentes em conflito com a lei passassem a serem tratados como verdadeiros cidadãos, por serem sujeitos de direitos, que devem receber a proteção do Estado, numa visão mais garantista de cidadania, abjurando por completo a antiga fase que os via como um perigo à sociedade (SANTOS, 2011, p. 53).

Por conseguinte, os menores de dezoitos anos não são mais considerados seres inferiores aos adultos, alvos de compaixão e assumem a qualidade de sujeitos de direito em formação. Por derradeiro, sua responsabilização deve ser correspondente ao seu estágio de desenvolvimento, respeitando suas peculiaridades e tendo em vista a implementação de políticas sociais afim de diminuir a necessidade de medidas mais rígidas.

Nesta esteira, SARAIVA (2003, p.53):

> Este conjunto normativo revogou a antiga concepção tutelar, trazendo a criança e o adolescente para uma condição de sujeito de direito, de protagonista de sua própria história, titular de direitos e obrigações próprios de sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, dando um novo contorno ao funcionamento da Justiça de Infância e Juventude, abandonando o conceito de menor, como subcategoria de cidadania.

O artigo 227 da Constituição Federal adota a Teoria da Proteção Integral a Criança e ao Adolescente e, como já explanado no presente trabalho, o Estatuto da Criança e do Adolescente operacionalizou a mudança de referência e paradigmas, adotando a citada

doutrina. Nesse contexto, buscou proteger integralmente o menor, estando ele em conflito ou não com a lei penal, proporcionando condições de educação, saúde, políticas sociais básicas, políticas socioeducativas e protetivas, fundamentais a sua formação.

Trouxe um tratamento diferenciado aos adolescentes infratores, condicionando a imposição de medidas socioeducativas à sua reprovabilidade e culpabilidade, estabelecendo um tratamento diferenciado que permitisse ao jovem retomar o convívio social de forma plena e acabando com a figura do Juiz de Menores com poderes ilimitados, que tudo podia em nome do controle social, para dar lugar a um juiz técnico, adstrito às garantias processuais.

ARAUJO (2008, p. 25) salienta que citado diploma legal buscou proteger os excluídos de políticas públicas e sujeitos a privações e desrespeitos dentro da própria família. Acerca dos menores em situação de risco, dispõe que:

> (...) vítimas de abusos sociais e familiares, há uma larga gama de medidas protetivas que lhes podem ser aplicadas e a seu núcleo familiar, com o acompanhamento dos Conselhos Tutelares das respectivas comarcas. Há um moderno e complexo instrumento jurídico capaz de abrigar vítimas de maus tratos e garantir o cumprimento dos direitos desses indivíduos.

Para Amanda Farias Galvão Santos (2009, p. 23), as medidas estabelecidas no ECA devem estar voltadas a propiciar a reeducação e reintegração da criança, atendendo os princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da adequação e da prevalência do melhor interesse do menor.

Nesse ínterim, convém trazer a baila os ensinamentos do mestre João Batista Costa Saraiva (2003, p. 62-63), que vislumbra o citado Estatuto através de três sistemas: Primário, Secundário e Terciário. O Primário diz respeito às Políticas Públicas de atendimento à criança e ao adolescente – prevenção primária -, trazida nos artigos 4º e 87. No Sistema Secundário estão as medidas protetivas – prevenção secundária - direcionadas àqueles jovens que se encontram em situação de risco pessoal e social (art. 98 e 101). Por fim, no Terciário, temos as medidas socioeducativas – prevenção terceária -aplicáveis aos adolescentes em conflito com a lei (art. 112).

Quando a criança ou adolescente escapar ao sistema primário de prevenção, através do Conselho Tutelar, o sistema secundário entra em ação. Agora, se o adolescente está em

conflito com a lei, o sistema terciário, operador das medidas socioeducativas, formado pela Polícia, Ministério Público, Defensoria, Judiciário e órgãos executores das medidas socioeducativas, intervém no caso concreto.

> O acionamento destes sistemas faz-se integrado, interessando ao sistema terciário de prevenção o adolescente na condição de vitimizador. Enquanto vítima, seja da exclusão social, seja da negligência familiar, etc., faz-se sujeito de medida de proteção (do sistema secundário de prevenção, de nítido caráter preventivo à delinquência) (SARAIVA, 2003, p. 64).

Desta feita, podemos aferir que o ordenamento jurídico pátrio vigente não tem o menor como um objeto de proteção, e sim como um sujeito de direitos compatíveis a sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

3. SISTEMAS DEFINIDORES DOS CRITÉRIOS FIXADORES DA INIMPUTABILIDADE PENAL

Nosso Código Penal define a inimputabilidade penal em seu artigo 26, caput:

> "Quem, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento".

A doutrina, segundo SILVA (2011, p. 33), define que são três os sistemas ou critérios a atribuir a determinado agente a condição de inimputável: o biológico, o psicológico e o biopsicológico.

3.1 Critério biológico

O primeiro critério é o biológico ou etiológico, denominado sistema francês por remeter ao Código Penal francês de 1810, que em seu artigo 64 estabelecia não existir crime nem delito quando o imputado se encontrar em estado de demência ao tempo da ação.

Levando-se em conta esse critério, estabelece-se que é inimputável o detentor de anomalia ou imaturidade mental, sem a necessidade de avaliar se tal anomalia deu causa ou influenciou o agente penal a entender o caráter do injusto penal que praticou. A partir daí já podemos identificar sua ineficiência, visto que não leva em conta a hipótese de alguém ser doente mental, mas mesmo assim ser imputável, devido a possuir capacidade de entender o caráter ilícito do fato praticado, como exemplifica SILVA (2011, p. 34), ao citar o exemplo do portador de esquizofrenia que se encontra devidamente medicado e não apresenta qualquer sinal de sua esquizofrenia. Conforme bem ressalta NUCCI (2009, p. 296), esse critério faz com que o juiz fique absolutamente dependente do laudo pericial.

Do ponto de vista da psiquiatria, deve-se examinar o agente e, constatando a presença de uma patologia biológica que o incapacite para a compreensão de seus atos, será considerado inimputável pelo nosso ordenamento.

Referido critério foi adotado excepcionalmente no artigo 27 do Código Penal, assim, o menor de 18 anos que praticar um ato típico e antijurídico, nunca será culpável, sendo-lhe aplicada a legislação especial referente (ECA).

> Trata-se de presunção absoluta de inimputabilidade, não se questionando se o jovem de dezoito anos possui ou não discernimento de seus atos. Em função do critério da idade, considera-se sua personalidade como não amadurecida e se presume sua incapacidade psíquica de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com este entendimento (MACEDO, 2008, p.179)

Portanto, a menoridade leva em conta a ausência de maturidade apta a estabelecer a responsabilidade penal dos menores de 18 anos.

Para Fernanda Carolina de Araújo, é opinião majoritária a de que o critério biológico é o melhor em cotejo com o biopsicológico para a determinação da imputabilidade, por ser dotado de objetividade, fixando-se uma idade a partir da qual a pessoa responderá por seus atos, tendo em vista critério de política criminal e segurança jurídica (2008, p. 42).

3.2 Critério psicológico

O critério ou sistema psicológico leva em conta as condições psíquicas do agente no momento da prática do fato típico.

> Não indaga se há uma perturbação penal mórbida. Será declarado inimputável o agente que apresentar a incapacidade de entender e de querer, decorrente de qualquer causa. Basta a prova da incapacidade de entendimento para que seja considerado inimputável, pela ausência de condições de discernimento (MACEDO, 2008, p.179).

Deste modo, deve-se investigar se houve, no tempo do fato típico, alguma perturbação psíquica, mesmo que passageira, que causou a perda de consciência do agente, afetando sua conduta. Ressalta-se, ainda, que não é necessária a presença de uma doença psiquiátrica, pois o quadro pode ser passageiro.

MACEDO (2008, p.179) leciona que é dividido em dois momentos: intelectual e volitivo. O primeiro é verificado em relação a capacidade de discernimento ético-jurídico do agente para entender o caráter ilícito do fato e o segundo em análise da capacidade de autodeterminação do agente para agir de acordo com o senso normal de licitude.

Criticado por ser bem impreciso e dar margem a abusos, o critério psicológico não perscruta se existe uma causa patológica que deu causa a ausência de determinação e entendimento do agente.

3.3 Critério biopsicológico ou misto

Acolhido por nosso ordenamento no *caput* do artigo 26 do Código Penal, tal critério é a reunião dos dois primeiros, levando em conta se o agente possuía enfermidade mental, desenvolvimento mental incompleto ou ainda, retardo mental e, em decorrência de alguma dessas causas, não tinha condições de apreciar a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com a apreciação.

MACEDO, 2008, fls. 180, apresenta alguns requisitos para analisar se a doença mental, por si só, seria causa de inimputabilidade:

a) requisito causal: doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior e o portador de menoridade penal.

b) requisito consequência: incapacidade de entender e de querer.

c) requisito cronológico: ao tempo da ação e da omissão.

Aduz ainda que é necessária a constatação por meio de laudo pericial de que, ao tempo da ação, o agente portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inimputável.

Em relação aos menores de dezoito anos, por considerar-se a imaturidade como causa biológica, não é necessária qualquer averiguação de aspecto psicológico para comprovar-se a inimputabilidade.

4. DA IDADE PENAL NO DIREITO COMPARADO

Diferentemente do que a maioria das pessoas acredita, o sistema relativo à responsabilização criminal adotado no Brasil está em conformidade com os adotados pela maioria dos países no contexto internacional.

Em 2007, a UNICEF realizou um estudo sobre idade penal no contexto internacional e nele comparou a responsabilização penal do jovem e de adultos em diferentes países.

No total, 54 países foram analisados e dentre eles a maioria adota a idade de 18 anos como início da maioridade penal. Convém ressaltar que muitos deles, assim como o Brasil, têm legislação específica para responsabilização juvenil e por vezes adotam o vocábulo “responsabilização penal” para referir-se a essa espécie de responsabilização.

Analisando os dados trazidos pela tabela comparativa em anexo, elaborada pela UNICEF em novembro de 2007, no estudo “Porque dizer não à redução da idade penal”, p. 16-20, podemos constatar que 79% dos países alvo de pesquisa da UNICEF, sem contar o Brasil, adotam a idade penal em 18 anos ou mais, o que denota a tendência à responsabilização juvenil dos adolescentes infratores por legislação e justiça especiais, como aplicado no Brasil.

Quanto à idade mínima inicial para a incidência da justiça especializada, podemos extrair os seguintes dados: 13% dos países adotam-na abaixo dos 12 anos; 22% aos 12 anos; 19% aos 13 anos; 28% aos 14 anos; 9% aos 15 e, por fim, 6% aos 16 anos.

O estudo ainda traz que o Comitê da Criança das Nações Unidas ressaltou como recomendável que os estados-parte adotem idades entre 14 ou 16 anos (2007, p.21).

César Barros Leal afirma que é totalmente impróprio referir-se aos Estados Unidos como exemplo a ser seguido, onde crianças em tenra idade são penalizadas quando delinquem, pois não ficou de nenhuma maneira comprovado que isso tem contribuído para a diminuição da ocorrência de crimes, muitas vezes bárbaros, lá cometidos por crianças e adolescentes (2001, p.12).

Sobre a comparação, Luciana de Oliveira Leal comenta:

> (...) o Brasil não poderia copiar sistemas como o inglês e o norte-americano, em que crianças são julgadas como se adultos fossem, pois estes são países desenvolvidos, e o primeiro, ao contrário, é país em desenvolvimento, em que a educação é deficiente, o sistema carcerário é desumano, e percentual considerável da população está abaixo da linha de pobreza. Ademais, não é razoável que se considere como causa dos baixos índices de criminalidade a punição de adolescentes com o mesmo rigor dos adultos, pois nesses países, desenvolvidos, há políticas públicas de prevenção, e não apenas de repressão, ao contrário da atividade estatal brasileira (2003, p. 262).

Diante do explanado, a legislação brasileira está em sintonia com o contexto internacional, estabelecendo 18 anos como a idade inicial para que o infrator possa ser responsabilizado de acordo com o ordenamento penal ordinário e 12 anos como a idade a partir da qual o adolescente pode ser responsabilizado por atos contrários a lei através da justiça e legislação especial, que no Brasil vem a ser o ECA.

CONCLUSÃO

Verifica-se que por muito tempo no ordenamento brasileiro, adotou-se o critério do discernimento como verificador da imputabilidade penal, até o advento do Código Penal de 1940 e a Constituição Federal de 1988, quando, por critérios de política criminal e segurança

jurídica, adotou-se, excepcionalmente, o critério biológico para fixação da idade penal em 18 anos.

É sabido que somente com a doutrina da proteção integral, trazida pelo ECA em 1990, deu-se a devida importância e proteção às crianças e adolescentes, passando a considerá-los como sujeitos de direito e levando-se em conta sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, pois, até este momento, a maior preocupação da lei era com os infratores, em uma postura com caráter predominantemente retributivo e socialmente excludente.

Ademais, em relação ao contexto internacional, de acordo com o relatório da UNICEF, o Brasil encontra-se em conformidade com a maioria dos países pesquisados, ao estabelecer a idade penal em 18 anos. E mais, mesmo estabelecendo a responsabilidade penal apenas em 18 anos, responsabiliza os adolescentes infratores nos termos da legislação especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente, impondo a eles medidas protetivas e socioeducativas.

Desta feita, recaí em erro quem acredita que o Brasil deveria igualar seu sistema de responsabilização de adolescentes com o de países desenvolvidos, como os Estados Unidos, que os tratam como se adultos fossem. Primeiro, porque não há como assemelhar as políticas públicas de um país desenvolvido com as prestadas parcamente pela nossa Administração Pública, que prioriza as medidas de repressão (que ainda assim são deficitárias, a exemplo de nosso sistema carcerário tenebroso e ineficiente) e não de prevenção, a exemplo da educação deficiente, da exclusão social e da pobreza.

REFERÊNCIAS

ABI-ACKEL, Ibrahim. **Exposição de Motivos do Código Penal.** In: CURIA, Luiz Roberto; CÉSPEDES, Livia; NICOLETTI, Juliana.***VadeMecum/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva***. 13 ed. atual. eampl. São Paulo:Saraiva, 2012.

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. **Maioridade penal: aspectos criminológicos.** In: SÁ, Alvino Augusto de. Criminologia e os problemas da atualidade. São Paulo: Atlas, 2008.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 de junho de 2013.

BRASIL. **Código Penal Militar**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 09 de junho de 2013.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 09 de junho de 2013.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 09 de junho de 2013.

LEAL, César Barros. **A redução da responsabilidade penal como instrumento de vitimização de adolescentes infratores.** In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Coords.). Temas de Vitimologia II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Luciana de Oliveira. **A redução da idade de imputabilidade penal e seus aspectos constitucionais.** Revista da EMERJ,v.6, n. 24. Rio de Janeiro, 2003.

MACEDO, Renata CeschinMelfi de. **O Adolescente Infrator e Imputabilidade Penal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MENEZES, Carlos Alberto. **Os limites da idade penal.** Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=270>.

Acesso em: 27 de abril de 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. 6ed rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Amanda Farias Galvão. **Apontamentos jurídicos acerca da redução da maioridade penal.** Revista Direito e Liberdade, Mossoró, v. 10, n. 1, p.17-32, jan./jun. 2009.

SARAIVA, João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei – da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional, garantias processuais e medidas socioeducativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da.**Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

UNICEF. **Porque dizer não à redução da idade penal.** Elaboração: SPOSASTO, Karyna Batista. 2007. Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/arquivos/File/idade_penal/unicef_id_penal_nov2007_completo.pdf>. Acesso em: 27 de abril de 2013.

ANEXOS

Países	**Responsabilidade Penal Juvenil**	**Responsabilidade Penal de Adultos**	**Observações**
Alemanha	14	18/21	De 18 a 21 anos o sistema alemão admite o que se convencionou chamar de sistema de jovens adultos, no qual mesmo após os 18 anos, a depender do estudo do discernimento podem ser aplicadas as regras do Sistema de justiça juvenil. Após os 21 anos a competência é exclusiva da jurisdição penal tradicional.
Argentina	16	18	O Sistema Argentino é Tutelar. A Lei N° 23.849 e o Art. 75 da Constitución de la Nación Argentina determinam que, a partir dos 16 anos, adolescentes podem ser privados de sua liberdade se cometem delitos e podem ser internados em alcaidías ou penitenciárias.***
Argélia	13	18	Dos 13 aos 16 anos, o adolescente está sujeito a uma sanção educativa

			e como exceção a uma pena atenuada a depender de uma análise psicossocial. Dos 16 aos 18, há uma responsabilidade especial atenuada.
Áustria	14	19	O Sistema Austríaco prevê até os 19 anos a aplicação da Lei de Justiça Juvenil (JGG). Dos 19 aos 21 anos as penas são atenuadas.
Bélgica	16/18	16/18	O Sistema Belga é tutelar e portanto não admite responsabilidade abaixo dos 18 anos. Porém, a partir dos 16 anos admite-se a revisão da presunção de irresponsabilidade para alguns tipos de delitos, por exemplo os delitos de trânsito, quando o adolescente poderá ser submetido a um regime de penas.
Bolívia	12	16/18/21	O artigo 2° da lei 2026 de 1999 prevê que a responsabilidade de adolescentes incidirá entre os 12 e os 18 anos. Entretanto outro artigo (222) estabelece que a responsabilidade se aplicará a pessoas entre os 12 e 16 anos. Sendo que na faixa etária de 16 a 21 anos serão também aplicadas as normas da legislação.
Brasil	12	18	O Art. 104 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que são penalmente inimputáveis os menores de 18 anos, sujeitos às medidas socioeducativas previstas na Lei.***
Bulgária	14	18	-

Canadá	12	14/18	A legislação canadense (*Youth Criminal Justice Act*/2002) admite que a partir dos 14 anos, nos casos de delitos de extrema gravidade, o adolescente seja julgado pela Justiça comum e venha a receber sanções previstas no Código Criminal, porém estabelece que nenhuma sanção aplicada a um adolescente poderá ser mais severa do que aquela aplicada a um adulto pela prática do mesmo crime.
Colômbia	14	18	A nova lei colombiana 1098 de 2006, regula um sistema de responsabilidade penal de adolescentes a partir dos 14 anos, no entanto a privação de liberdade somente é admitida aos maiores de 16 anos, exceto nos casos de homicídio doloso, seqüestro e extorsão.
Chile	14/16	18	A Lei de Responsabilidade Penal de Adolescentes chilena define um sistema de responsabilidade dos 14 aos 18 anos, sendo que em geral os adolescentes somente são responsáveis a partir dos 16 anos. No caso de um adolescente de 14 anos autor de infração penal a responsabilidade será dos Tribunais de Família.
China	14/16	18	A Lei chinesa admite a responsabilidade de adolescentes de 14 anos nos casos de crimes

			violentos como homicídios, lesões graves intencionais, estupro, roubo, tráfico de drogas, incêndio, explosão, envenenamento, etc. Nos crimes cometidos sem violências, a responsabilidade somente se dará aos 16 anos.
Costa Rica	12	18	-
Croácia	14/16	18	No regime croata, o adolescente entre 14 e dezesseis anos é considerado *Junior minor*, não podendo ser submetido a medidas institucionais/correcionais. Estas somente são impostas na faixa de 16 a 18 anos, quando os adolescentes já são considerados *SeniorMinor*.
Dinamarca	15	15/18	-
El Salvador	12	18	-
Escócia	8/16	16/21	Também se adota, como na Alemanha, o sistema de jovens adultos. Até os 21 anos de idade podem ser aplicadas as regras da justiça juvenil.
Eslováquia	15	18	
Eslovênia	14	18	
Espanha	12	18/21	A Espanha também adota um Sistema de Jovens Adultos com a aplicação da Lei Orgânica 5/2000 para a faixa dos 18 aos 21 anos.
Estados Unidos	10***	12/16	Na maioria dos Estados do país, adolescentes com mais de 12 anos podem ser submetidos aos mesmos procedimentos dos adultos,

			inclusive com a imposição de pena de morte ou prisão perpétua. O país não ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.
Estônia	13	17	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Equador	12	18	-
Finlândia	15	18	-
França	13	18	Os adolescentes entre 13 e 18 anos gozam de uma presunção relativa de irresponsabilidade penal. Quando demonstrado o discernimento e fixada a pena, nesta faixa de idade (*Jeune*) haverá uma diminuição obrigatória. Na faixa de idade seguinte (16 a 18) a diminuição fica a critério do juiz.
Grécia	13	18/21	Sistema de jovens adultos dos 18 aos 21 anos, nos mesmos moldes alemães.
Guatemala	13	18	-
Holanda	12	18	-
Honduras	13	18	-
Hungria	14	18	-
Inglaterra e Países de Gales	10/15*	18/21	Embora a idade de início da responsabilidade penal na Inglaterra esteja fixada aos 10 anos, a privação de liberdade somente é admitida após os 15 anos de idade. Isto porque entre 10 e 14 anos existe a categoria *Child*, e de 14 a 18 *Young Person*, para a qual há a presunção de plena capacidade e a imposição

			de penas em quantidade diferenciada das penas aplicadas aos adultos. De 18 a 21 anos, há também atenuação das penas aplicadas.
Irlanda	12	18	A idade de inicio da responsabilidade está fixada aos 12 anos porém a privação de liberdade somente é aplicada a partir dos 15 anos.
Itália	14	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Japão	14	21	A Lei Juvenil Japonesa embora possua uma definição delinqüência juvenil mais ampla que a maioria dos países, fixa a maioridade penal aos 21 anos.
Lituânia	14	18	-
México	11****	18	A idade de inicio da responsabilidade juvenil mexicana é em sua maioria aos 11 anos, porém os estados do país possuem legislações próprias, e o sistema ainda é tutelar.
Nicarágua	13	18	-
Noruega	15	18	-
Países Baixos	12	18/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
Panamá	14	18	-
Paraguai	14	18	A Lei 2.169 define como "adolescente" o indivíduo entre 14 e 17 anos. O Código de La Niñez afirma que os adolescentes são penalmente responsáveis, de acordo

			com as normas de seu Livro V.***
Peru	12	18	-
Polônia	13	17/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Portugal	12	16/21	Sistema de Jovens Adultos até 21 anos.
República Dominicana	13	18	-
República Checa	15	18	-
Romênia	16/18	16/18/21	Sistema de Jovens Adultos.
Rússia	14***/16	14/16	A responsabilidade fixada aos 14 anos somente incide na pratica de delitos graves, para os demais delitos, a idade de inicio é aos 16 anos.
Suécia	15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Suíça	7/15	15/18	Sistema de Jovens Adultos até 18 anos.
Turquia	11	15	Sistema de Jovens Adultos até os 20 anos de idade.
Uruguai	13	18	-
Venezuela	12/14	18	A Lei 5266/98 incide sobre adolescentes de 12 a 18 anos, porém estabelece diferenciações quanto às sanções aplicáveis para as faixas de 12 a 14 e de 14 a 18 anos. Para a primeira, as medidas privativas de liberdade não poderão exceder 2 anos, e para a segunda não será superior a 5 anos.
Brasil	**12**	**18**	

* Idade a partir da qual admite-se privação de liberdade;

**Somente para delitos de trânsito;

***Somente para delitos graves

****Legislações diferenciadas em cada estado

x/x Sistema de Jovens e Adultos

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E REFLEXÕES ACERCA DE SUA EFETIVAÇÃO

Amanda Suelen FIORILLO[725]

João Francisco Martins dos SANTOS[726]

RESUMO

O presente trabalho consiste no estudo das principais características dos direitos fundamentais na Constituição Cidadã (1988) e numa conseqüente reflexão acerca de sua aplicabilidade, eficácia e real efetivação. O trabalho se preocupou em situar e localizar os direitos fundamentais na Carta Magna; Em apresentar os processos históricos, através das lutas e conquistas sociais, de formação dos direitos fundamentais; Em examinar o conteúdo jurídico das nomenclaturas (contidas na CF/88) que se referem aos direitos fundamentais; Da classificação jurídica que trata do titular e do sujeito passivo dos direitos fundamentais e ainda tratar dos grandes momentos de conscientização do que se pode denominar "famílias" de direitos através das quatro *gerações de direitos* (classificação histórica). Por fim, o estudo se justifica com a reflexão de que é preciso a consciência de que a positivação dos direitos fundamentais não basta, sendo essencial a sua concretização.

ABSTRACT

This work consists on the study of the main characteristics of the fundamental rights on the Constituição Cidadã (1998) and in a consequent reflection on behalf of its applicability, effectiveness and efficiency. The study took concern of situate and locate the fundamental rights on the Magna Carta; In presenting the historical process, by the struggles and social achievements, on the formation of the fundamental rights. Instead of examinating the juridical content of the nomenclatures(inserted on the FC/88) that represent the fundamental rights; The juridical classification that mentions the bearer and the passive subject of the fundamental rights and still mentions the great moments of awareness on what can be denominated as "family" of rights through the four "generations of rights" (historical classification). Lastly, the study justifies itself with the reflection that it takes consciousness to know that the positivation of the fundamental rights isn't enough, its concretion is essential.

[725] Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
[726] Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

PALAVRAS CHAVE: Direitos Fundamentais. Processos históricos. Classificação jurídica. Gerações de direitos. Efetividade.

KEYWORDS: Fundamental Rights. Historical Process. Juridical Classification. Generations of Rights. Effectiveness.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos e fundamentais merecem especial atenção por constituírem instrumento protetor da dignidade da pessoa humana. Assim, é necessário que entenda algumas das premissas essenciais ao estudá-los. A CF/ 88, em seu Título II, classifica o gênero *direitos e garantias fundamentais* em cinco espécies: direitos individuais, coletivos, sociais, à nacionalidade e políticos.

A primeira seção desse trabalho tratará da história e evolução desses direitos. Serão abordadas as primeiras declarações, as revoluções liberais e os direitos individuais, os movimentos trabalhistas e os direitos sociais, e a internacionalização dos direitos fundamentais. Muito se discute acerca das expressões referentes aos direitos fundamentais, e a segunda parte desse estudo abordará o significado de alguns conceitos na Constituição de 1988, como o conceito de direitos fundamentais, a diferenciação entre direitos e garantias fundamentais, e o que se denomina por direitos humanos. A segunda parte abordará ainda a classificação jurídica dos direitos fundamentais (quanto ao titular e quanto ao sujeito passivo).

Depois do exposto a cerca da classificação jurídica dos direitos fundamentais na segunda seção do trabalho, é na terceira seção que se abordará a classificação histórica, que trata da das gerações (primeira, segunda, terceira e quarta) de direitos. Destarte o exposto sobre os direitos fundamentais: história e evolução, nomenclatura e classificação jurídica, e classificação histórica, o presente estudo traz reflexões acerca da eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais na atualidade.

A fim de que o objetivo do estudo seja alcançado foram utilizados os métodos dedutivo (uma vez que da análise geral das características essenciais dos direitos fundamentais se chegou ao ponto específico, que consiste na dificuldade de concretização desses direitos) e histórico, pois mister se faz a contextualização histórica de determinado instituto jurídico para posterior análise crítica. Utilizou-se também técnicas de pesquisa

documental, em se tratando da Constituição da República Federativa do Brasil, e bibliográfica, através de doutrinas, artigos científicos e revistas jurídicas.

1. DA HISTÓRIA E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais não apareceram de maneira espontânea, mas devem ser vistos como resultado de um processo histórico de formação, depois de muitas lutas e conquistas sociais. O seu surgimento e reafirmações com o passar do tempo são objetos de estudo do presente capítulo.

1.1 As primeiras declarações

Embora já existissem alguns relatos históricos acerca dos direitos fundamentais na antiguidade, esses só começaram a tomar corpo, do jeito como conhecemos hoje, na Idade Média. Nesse período, os monarcas ingleses passaram a reconhecer alguns direitos dos barões, o que culminaria na edição de vários textos históricos importantes para a formação do constitucionalismo inglês.

O documento mais importante da época foi, sem dúvida alguma, a Magna Carta, outorgada em 1215, pelo rei João Sem Terra, em benefício da aristocracia e da igreja inglesa. O texto é considerado um foral, ou seja, um diploma concedido pelo monarca ou outro senhorio, que possui regras que disciplinam as relações dos habitantes de um povo entre si e com o outorgante[727]. Dentre os direitos trazidos pelo documento estão o de que ninguém será detido, preso ou privado de seus bens sem um juízo natural, e o de que não será recusado o direito de qualquer pessoa obter justiça.

No entanto, a grande crítica que se faz a esse texto é de que ele não alcançava toda a população da Inglaterra, mas apenas a nobreza e o clero. Apesar de ser uma declaração unilateral do soberano, "a Magna Carta constituiu, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais"[728]. O diploma inglês não passou, portanto, de uma limitação de poder imposta ao rei pela aristocracia feudal da época.

---

[727] *Foral*. In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2013. [Consult. 2013-05-11]. Disponível na www: <URL: http://www.infopedia.pt/$foral>.

[728] COMPARATO, Fábio Konder: *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo:

Apesar disso, deve-se destacar seu importante papel no estabelecimento dos direitos fundamentais, pois fixou princípios que foram ampliados até sua consagração universal[729]. Deve-se lembrar também que com o passar dos anos, e o surgimento de outros documentos importantes, como a *Petition of Rights* (1628) e o *Bill of Rights* (1689), o constitucionalismo inglês foi se consolidando, e os direitos foram estendidos a toda a população. Mas o documento histórico que realmente materializou os direitos fundamentais, como inerentes a todos os seres humanos, foi construído mais adiante, com as revoluções liberais burguesas.

1.2 As revoluções liberais e os direitos individuais

O século XVIII foi um período de muitas transformações no cenário político mundial. A burguesia em ascensão clamava por mais espaço e deliberação nas decisões do Estado, incentivando e financiando os movimentos filosóficos, científicos, políticos e sociais da época. A intenção de limitar a atuação estatal sobre os cidadãos deixou claro os ideais burgueses de liberdade, sendo esses algo natural e intrínseco a todo o ser humano. Com inspiração no direito natural, portanto, as transformações ocorridas nas sociedades ocidentais da época tentavam caminhar para a consolidação de direitos de todos, e não apenas de determinada classe social.

Apesar de a França ter sido o principal centro de idéias e transformações da época, o primeiro passo dado na direção do reconhecimento dos direitos individuais foi dado na América. A luta das treze colônias pela independência contou com a inspiração dos ideais liberais, e desencadeou a primeira grande revolução da época. A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América "é o primeiro documento político que reconhece, a par da legitimidade da soberania popular, a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independente das diferenças de sexo, raça, religião, cultura ou posição social"[730].

Foi neste contexto que a Constituição norte-americana foi editada, em 1787, inicialmente não contendo uma declaração de direitos devido ao fato de os estados já possuírem declarações próprias. No entanto, como havia a necessidade de afirmação desses direitos no plano nacional, foram elaboradas as dez primeiras emendas à Constituição, em 1789, que ficaram conhecidas como o *Bill of Rigths* norte-americano. Dentre os principais

---

Saraiva, 2010, p. 91.

[729] BREGA FILHO, Vladimir: *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. 1 ed. Curitiba: Juarez de Oliveira, 2002, p. 8.

[730] COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 119.

direitos assegurados, destaca-se a liberdade religiosa, de palavra e de imprensa, e o direito a um julgamento pelo júri, ou seja, ao devido processo legal ou *due process of law*.

A onda de idéias liberais alcançou o seu ápice, no entanto, com a Revolução Francesa e o seu principal documento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que até hoje é uma importante fonte de estudo e aplicação dos direitos fundamentais. Nela estão expressas todas as conquistas e idéias difundidas pela revolução, que eclodiu buscando a instaurar uma nova ordem política e social, provocando a ruptura definitiva com o absolutismo opressor da época. O novo documento se distingue basicamente da declaração de direitos norte-americana por possuir um caráter geral e se estender a todos os homens, e não apenas ao povo francês:

> O estilo abstrato e generalizante distingue, nitidamente, a Declaração de 1789 dos *bill of rigths* dos Estados Unidos. Os americanos, em regra, com a notável exceção, ainda aí, de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em firmar a sua independência e estabelecer o seu próprio regime político do que em levar a idéia de liberdade a outros povos. (...). Os revolucionários de 1789, ao contrário, julgavam-se apóstolos de um mundo novo, a ser anunciado a todos os povos e em todos os tempos vindouros.[731]

Os direitos assegurados pela declaração trazem a liberdade como elemento definidor do ser humano. Assim, tem-se a garantia da propriedade privada, a resistência a opressão, a prerrogativa de poder fazer tudo o que não prejudique a outrem, o princípio da legalidade penal, a livre comunicação de pensamentos e opiniões, e a necessidade da existência de uma constituição que guarde os direitos individuais e a separação dos poderes.

Os movimentos históricos americano e francês disseminaram pelo mundo a idéia de direitos individuais, ou liberdades públicas, que constituíram a primeira dimensão dos direitos fundamentais. Estes, conhecidos como direitos de defesa, traziam uma limitação ao poder estatal, que deveria intervir na vida dos cidadão apenas quando fosse extremamente necessário, sendo que sua principal função seria garantir a liberdade das pessoas. No entanto, com o passar do tempo, este Estado passivo e neutro tornou-se ineficiente e avesso às

[731] COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 145-146.

desigualdades socias que só cresciam com as transformações sociais ocorridas no decorrer do século XIX, sendo necessária, portanto, uma participação maior dele na vida dos cidadãos.

1.3 Os movimentos trabalhistas e os direitos sociais

As revoluções burguesas contribuíram para o surgimento de direitos com características voltadas para o individualismo. No entanto, com o desenvolvimento industrial da época, proporcionando avanços científicos e tecnológicos, houve uma profunda mudança nas camadas da sociedade ocidental moderna. O surgimento de uma classe operária e trabalhadora, que não tinha o devido usufruto dos direitos assegurados nas constituições, implicou na necessidade de uma atuação do Estado para garantir o real exercício dos direitos fundamentais. Essa nova classe que surgia buscava o reconhecimento de seus direitos constitucionalmente garantidos. O crescimento das doutrinas socialistas também contribuiu para a eclosão de vários movimentos sociais e trabalhistas, dentre os quais se destaca a Revolução Russa de 1917, em que o proletariado tomou o poder das mãos dos czares.

Os governos capitalistas ocidentais, temendo uma rebelião maior, assim como ocorreu na Rússia, passaram a realizar uma atividade mais presente na tentativa de efetivação dos direitos. Esses países perceberam uma "necessidade de se auto-reformar, mediante a concessão de direitos e garantias sociais às classes trabalhadoras, a fim de que se evitasse a eclosão de revoluções socialistas dentro de suas fronteiras"[732]. O alinhamento desses fatores fez com que as constituições da época passassem a reconhecer vários direitos sociais, econômicos e culturais[733]. Dentre os diplomas históricos mais importantes, destacam-se a Constituição de Weimar, na Alemanha, em 1919, e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia, em 1918.

Os novos direitos garantidos inauguraram a segunda dimensão dos direitos fundamentais, pois impunham ao Estado prestações em benefício da população. Entre esses direitos tem-se o direito a saúde, a educação, a assistência social e a condições dignas de trabalho. São garantias que buscam uma melhoria da qualidade de vida da população, e um melhor gozo das liberdades públicas, asseguradas na primeira dimensão de direitos.

---

[732] MONDAINI, Marco: *Direitos humanos.* São Paulo: Contexto, 2006, p. 98.
[733] BREGA FILHO, Vladimir, op. cit., p. 14.

Tanto as liberdades públicas como os direitos sociais são caracterizados por terem como titular o ser humano em sua individualidade. No entanto, principalmente depois das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que existem direitos que não são de exercício e titularidade próprios de apenas um cidadão, mas também de toda uma coletividade, inaugurando uma nova fase na evolução dos direitos fundamentais.

1.4 A internacionalização dos direitos fundamentais

As duas primeiras dimensões de direitos não foram suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, porque, infelizmente, englobam apenas uma proteção interna em cada país. A partir do momento em que se busca uma consolidação dessas garantias em um plano maior, deve-se entender que existem direitos no qual seu titular não é uma única pessoa, mas todo um povo, uma nação ou a própria humanidade.

Logo após a Segunda Guerra Mundial e seus efeitos, as preocupações para que eventos como esse nunca mais ocorressem impulsionaram a elaboração de um documento, pela Organização das Nações Unidas, intitulado Declaração Universal dos Direitos Humanos:

> Elaborada por uma comissão específica da recém-criada, em 1945, Organização das Nações Unidas (ONU), a Declaração foi redigida com o intuito de proclamar definitivamente os direitos fundamentais da humanidade, o respeito inviolável à dignidade da pessoa humana. Com ela, passa a ter reconhecimento internacional a definição de direitos humanos como o acúmulo de três níveis diferenciados de direitos, a saber, os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais, além de ter sido dado um decisivo passo na direção de afirmação dos direitos dos povos. Uma conquista que pode muito bem ser compreendida como a universalização do projeto histórico da Revolução Francesa pela tríade liberdade, igualdade e fraternidade, acrescido da vontade de construir um mundo no qual a paz vencesse a guerra[734].

Este processo de internacionalização dos direitos fundamentais mostrou claro o desejo de se estender a proteção a essas garantias ao âmbito mundial. Isto porque é um tema

[734] MONDAINI, Marco, op. cit., p. 148.

que versa sobre o ser humano em geral, como membro de uma coletividade internacional. Os novos direitos, chamados de terceira dimensão, ou de solidariedade, buscam fortalecer a comunidade internacional na busca por uma melhor qualidade de vida e respeito à dignidade humana. Destaca-se o direito a paz, a uma nacionalidade, a asilo político, e ao casamento, além da reafirmação de vários outros direitos já garantidos anteriormente.

O processo de universalização não acabou, mas continua ativo até os dias atuais. Muitos direitos novos acabam aparecendo, e carecem de afirmação e difusão a todos os povos. O direito ao meio ambiente equilibrado, por exemplo, começou a ganhar corpo como direito fundamental na década de 70, e hoje já está positivado em muitas constituições.

Cabe ressaltar, por derradeiro, que o aparecimento de uma nova dimensão de direitos não sepultou os anteriormente já garantidos. Os direitos fundamentais foram se complementando e sendo reafirmados a cada movimento histórico que a humanidade passava, e ainda buscam a sua real efetivação nos dias atuais, tema este que será abordado adiante.

2 DA NOMENCLATURA E CLASSIFICAÇÃO JURÍDICA

Nessa seção serão abordados dois grandes tópicos: o das denominações que se referem aos direitos humanos e fundamentais, e o da classificação jurídica dos direitos fundamentais. Quanto às denominações, será tratado do significado de direito fundamental para a CF/88, da diferenciação de direitos e garantias fundamentais e será abordado ainda o significado de direitos humanos. Quanto à classificação jurídica, esta será feita de acordo com o titular e de acordo com o sujeito passivo.

2.1 Denominações referentes

Como se sabe várias são as expressões que o constituinte empregou na Constituição de 1988, e é em decorrência disso que se dará o desenvolvimento dessa primeira seção. Aqui, buscar-se-á definir o que se pretende dizer com cada uma das mais relevantes expressões utilizadas, a fim de evitar que estas sejam erroneamente interpretadas.

2.1.1 Direitos Fundamentais

Necessariamente expressos no texto constitucional e positivados na norma maior, os direitos fundamentais possuem caráter declaratório. Ao tratar da expressão *direitos fundamentais* há que se analisar cada uma de suas palavras componentes. O direito, contraposto ao dever, é o interesse constitucionalmente protegido pelo Estado ao cidadão. Já a expressão "fundamental" correlaciona a inerência desses à condição humana.[735] Em se tratando do âmbito do direito positivo, a expressão *direitos fundamentais* implica nas prerrogativas inseridas na necessidade de convivência livre e digna por parte dos cidadãos (vale lembrar que José Afonso da Silva traz, em se tratando da *expressão direitos fundamentais*, esta como o termo reservado a tratar, em se falando em direito positivo, dessas prerrogativas e instituições que concretizam a convivência digna, livre e igual de todas as pessoas) conforme mostrarão as gerações de direitos.

> Enfim, os direitos fundamentais (na sua primeira face), nos termos em que o pacto os preserva, constituem limitação ao poder. O Poder Político, estabelecido pela Constituição – ela própria garantia institucional do pacto – nada pode contra eles.[736]

Ao tratar dessa expressão, o que se deve ter em mente são os interesses jurídicos previstos na Constituição, cujo Estado deve respeitar e reconhecer.

2.1.2 Direitos e Garantias Fundamentais

A CF/88 trata em seu Título II dos direitos e garantias fundamentais. A priori, as normas definidoras dos Direitos e Garantias fundamentais são de aplicabilidade imediata, conforme o art. 5º, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil. Para evitar a confusão é preciso que se atente para o real significado das palavras e que se entenda em que consiste a característica principal da norma. Assim, para que se entenda "direitos" e garantias" há que se falar em normas declaratórias de direitos, que determinam a existência legal de um direito reconhecido, ou assecuratórias de direitos (tal definição remonta a Rui Barbosa, que define as disposições assecuratórias como sendo aquelas que em defesa dos direitos, limitam o poder). Basta que se lembre Jorge Miranda:

---

[735] ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998. P. 58

[736] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. – 11 ed., São Paulo: Sairaiva, 2009. P. 06.

> Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias [...] Os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*.[737]

Pedro Lenza, também no mesmo sentido afirma:

> Direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantidas são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados. Vale dizer ainda que garantias não devem ser confundidas com remédios constitucionais pois esses são espécies do gênero garantia. (LENZA, Pedro. P. 517)[738]

Embora se diga que para entender os termos é preciso que se saiba sobre a norma definidora de direito ou garantia, curioso é o fato de que em determinadas situações pode-se encontrar numa mesma norma o direito, e a garantia que assegura este. Aliás, não raro é o encontro destas numa mesma disposição constitucional. Pedro Lenza[739] traz como exemplo o art. 5º, VI – "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de cultos e suas liturgias", apresentando que no referido exemplo trata-se de ser *direito* "inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos" e *garantia* a segunda parte trazida na Constituição. Ainda a exemplo do tratado aqui, tem-se o art. 5º, XXXVII que institui o *direito* ao juízo natural, vedando a instituição de juízo ou tribunal de exceção (garantia).[740]

Conforme Canotilho[741], as garantias também são direitos, embora nas primeiras se perceba um caráter eminentemente instrumental de proteção de direitos. Para ele, são as garantias que proporcionam aos cidadãos a exigibilidade à proteção dos seus direitos frente aos poderes públicos. Assim, percebe-se que garantias são "instrumentos" que decorrem de normas assecuratórias (que podem ou não estar no texto constitucional) e que por tornarem

---

[737] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito constitucional*, Tomo II, 4ª edição. Coimbra: Coimbra, 2000. P. 88-89.
[738] LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* – 9ª Ed, São Paulo: Editora Método, 2005. P. 517.
[739] LENZA, Pedro. *Op. Cit*. P. 518.
[740] LENZA, Pedro. Op. cit. P. 518.
[741] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª Ed., Coimbra: Editora Almedina, 1999. P. 372.

efetivos os direitos podem ser chamadas de direitos-instrumentais; Já os direitos fundamentais (propriamente ditos, que constam da Constituição Federal) são entendidos como bens e vantagens.

> São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Essa declaração, pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torná-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).[742]

Vale lembrar que os direitos são mera utopia sem os mecanismos que possam assegurá-los e dessa forma, ao tratar da expressão *Direitos e Garantias fundamentais*, deve-se atentar para o fato de que embora os termos não signifiquem a mesma coisa, estes possuem estrita relação entre si.

2.1.3 Direitos Humanos

Ao estudar as conquistas dos direitos fundamentais ao longo da evolução histórica, percebe-se que com a finalidade de afirmar e dar efetividade aos direitos fundamentais, criou-se e se fortaleceu o chamado (nos documentos internacionais) direitos do homem ou direitos humanos. “Assim, tradicionalmente os documentos internacionais relativos aos direitos fundamentais utilizam a expressão direitos humanos ou direitos do homem, fazendo referência aos direitos de primeira, segunda e terceiras gerações”, Vladimir Brega, 2002, p. 72. Embora as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos* não sejam, e nem possam ser utilizadas como sinônimos, os direitos humanos, relacionados aos direitos fundamentais, tornam-se aqueles direitos essenciais a vida.

> A Assembléia Geral proclama:
> A presente Declaração Universal dos Diretos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo

[742] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* – 17 ed., São Paulo: Atlas, 2005. P. 27.

> e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. [743]

Os direitos humanos e os direitos fundamentais possuem o mesmo conteúdo em inúmeros pontos, mas os direitos humanos são mais amplos e os direitos fundamentais são mais precisos pois são esses são reconhecidos de acordo com o direito positivo de certo povo.

> O termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídica constitucional, e que, portanto aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional[744].

O termo direitos fundamentais, como já explicado a cima, se refere aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado estado, e é esse direito que o presente trabalha visa tratar; já a expressão direitos humanos abrange o caráter internacional de tais direitos.

2.2 Classificação Jurídica

Cinco são as espécies, adotadas pela classificação do legislador constituinte, do gênero direitos e garantias fundamentais: *direitos e garantias individuais e coletivos*, *direitos sociais* (que visam à concretização da igualdade social e estão elencados a partir do art. 6º), *direitos de nacionalidade* (que tratam do vínculo jurídico que liga um indivíduo a

[743] Declaraçao Universal dos Direitos Humanos. Assembléia Geral das Nações Unidas. 10 de Dezembro de 1948.
[744] SARLET, Ingo. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. – 5ª ed . Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005. P. 35-36.

determinado Estado, que é o que se denomina nacionalidade, logo, essa faz com que determinadas pessoas sejam componente de um povo), *direitos políticos* (que permitem o exercício da participação no Estado, caracterizando a cidadania e disciplinando a atuação da soberania popular; vale lembrar que a constituição traz em seu artigo 1º, parágrafo único que "todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representante eleitos ou diretamente, nos termos desta constituição") e relacionados aos *partidos políticos* (que fazem-se necessários porque é eles que a Constituição traz como instrumentos essenciais para a manutenção do Estado Democrático de Direito). Feita essa breve apresentação, nessa seção, se atentará para a classificação jurídica dos direitos fundamentais, que se resume em "quanto ao titular" e "quanto ao sujeito passivo".

2.2.1 Quanto ao titular

Notadamente, essa é uma classificação que possui certos "deslizes" e é mais que perceptível que essas espécies de direitos muito se relacionam, se parecem e são muito próximas. O que se pretende aqui é perceber as características diferentes e que são próprias de cada um delas. Em relação ao titular, quatro são as espécies[745]: direitos individuais; de grupos; coletivos e direitos difusos.

Os direitos individuais são caracterizados por ter uma pessoa física como titular, e como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao direito individual está assimilado todo direito de um ente personalizado. Os direitos de grupos encontram uma denominação legal, situada no Código do Consumidor, mais precisamente no art. 81, parágrafo único, III, como sendo aqueles direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. Destarte o exposto, pode-se concluir que os direitos de grupos são também chamados de direitos de indivíduos, por serem uma agregação de direitos individuais,[746] mas de origem comum.

Diferentemente do direito de grupos, o direito coletivo se caracteriza por ser de titularidade de uma coletividade toda, ou seja, membros que possuem ligação decorrente de uma "relação jurídica base" (esse é o termo que traz o artigo. 81, II do Código do Consumidor). A título de exemplo, Manoel Gonçalves Ferreira Filho traz que essa coletividade pode consistir em povo, categoria, classe, etc.

---

[745] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. – 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2009. P. 106.
[746] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. Cit. P. 107.

> Art. 81, II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria, ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Já o direito difuso encontra definição no artigo 81, I, do Código do Consumidor, como sendo "os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstancias de fato". Logo, havendo específicas condições comuns a pessoas indeterminadas, será reconhecido, sem individualização, o direito difuso.

2.2.2 Quanto ao sujeito passivo

Em relação ao sujeito passivo, a consideração que se faz é a de que em todos os casos tal sujeito será o Estado. Assim, deve o Estado respeitar as liberdades e proporcionar mecanismos sociais para efetivação desses direitos. Bem como "prestar os serviços correspondentes aos direitos sociais, igualmente prestar a proteção judicial, assim como zelar pelas situações objeto dos direitos de solidariedade", Manoel Gonçalves, 2009, p. 108.

> Constituição da Rep. Federativa do Brasil, 1988:
> Art. 205 - a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Ainda no pólo passivo, há que se falar que o Estado não é o único a constar quando se trata de direitos fundamentais. Ao falarmos de liberdades, é dever também de toda a sociedade respeitar. A exemplo do art. 205, percebe-se que no tocante a educação, têm-se dever do Estado e da família.

3 DA CLASSIFICAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Muitas são as classificações que se podem fazer acerca dos direitos fundamentais, mas a fim de fortalecer o nexo entre as seções desse estudo, ao tratar da classificação

doutrinária dos direitos humanos e fundamentais o que se abordará aqui é a classificação histórica dividida em categorias.

> Na verdade, o que aparece no final do século XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: *as liberdades públicas*. A segunda virá logo após a primeira Guerra Mundial, com o fito de complementá-la: são os *direitos sociais*. A terceira, ainda não plenamente reconhecida, é a dos *direitos de solidariedade*. [747]

Nas palavras de Manoel Gonçalves ferreira Filho (2009, p. 06) "as três gerações, como o próprio termo *gerações* indica, são os grandes momentos de conscientização em que se reconhecem 'famílias' de direitos. Estes têm assim características jurídicas comuns e peculiares". Assim, tais categorias são a dos direitos fundamentais de primeira, segunda geração, terceira, e posterior, há que se falar ainda em direitos fundamentais de quarta geração.

3.1 Direitos de Primeira geração

Denominados por direitos de liberdades públicas, direitos individuais ou direitos civis e políticos, os direitos de primeira geração, a priori, tinham por objetivo a limitação do Estado. Tais direitos possuem caráter negativo (diferente da conduta positiva) no sentido de que esses visam a não-intervenção (ou seja, a abstenção) do Estado, pois lícito seria aquilo que não estivesse ao alcance do Estado. Esses direitos são de titularidade do indivíduo, devendo ser respeitadas, por exemplo, sua igualdade, intimidade, vida, honra.

Paulo Bonavides define esses direitos como sendo de resistência e de oposição perante o Estado. Já Pedro Lenza[748] traz que os direitos humanos de primeira geração foram marcados alguns documentos históricos que configuraram a emergência destes, como a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei "João Sem Terra", a Bill of Rights, as Declarações Americana (1776) e Francesa (1789). Ainda segundo Pedro Lenza (2005, p. 516 "mencionados direitos dizem respeitos às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzirem o valor de liberdade".

---

[747] LAFER, Celso. *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo, 1988. P. 124.
[748] LENZA, Pedro. Op. Cit. P. 516.

3.2 Direitos de Segunda geração

Sobre os direitos fundamentais de segunda geração, tem-se o momento histórico inspirador que os impulsiona como sendo a Revolução Industrial européia, a partir do século XIX. Devido à falta de condições para o exercício dos anteriormente mencionados direitos individuais (de primeira geração) e em decorrência de péssimas condições de trabalho, eclodiram movimentos como o Cartista, na Inglaterra, e a Comuna de Paris, em 1848, em busca de reivindicações trabalhistas e normas de assistência social. A 1ª Grande Guerra marcou o início do século XX e com ela a fixação de direitos sociais. Assim, os direitos humanos, ou de segunda geração, privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade.[749] Os direitos sociais, por assim dizer, surgiram no sentido de complementar os individuais, e é dessa forma que como titular dos direitos de segunda geração, ainda tem-se o indivíduo, ou seja, o homem em sua individualidade.

Sobre os direitos sociais na Carta Magna, tem-se que Constituição traz em seu Capítulo II o que se denomina por direitos sociais. É no caput do art. 6º que são elencados alguns desses direitos (que são também fundamentais): “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia[750], o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

3.3 Direitos de terceira e quarta geração

No contexto da Segunda Grande Guerra, necessário foi perceber que não basta que se reconheçam os direitos individuais ou sociais, porque afinal, o titular de tais direitos continua sendo, única e exclusivamente, o indivíduo. Nos remete a Pedro Lenza a idéia de que os direitos humanos de terceira geração foram marcados pela alteração da sociedade, afinal, as relações econômico-sociais se alteram profundamente nesse contexto histórico. Assim, novos problemas e preocupações mundiais surgiram, como a título de exemplo, a necessária noção de preservacionismo ambiental e as dificuldades para proteção dos consumidores. Aqui, o ser humano é inserido em determinada coletividade e passa, dessa maneira, a ter direitos de solidariedade. Bobbio afirma que surgiram hoje os chamados direitos de terceira geração e

[749] LENZA, Pedro. Op. Cit. 516-517.
[750] Acrescentada pela Emenda Constitucional n. 26/2000.

que o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.

Denominados por direitos de solidariedade, o que se percebe em relação aos direitos de terceira geração é que embora tais direitos possam ser exercidos pelo indivíduo em sua singularidade, a grande inovação, em relação aos direitos das gerações anteriores se dá no fato de a titularidade passar a ser coletiva. Acerca dos direitos de solidariedade, o que se pode dizer é que atual Constituição da República Federativa do Brasil não determina um capítulo exclusivo destinado a tratar desses direitos e que, portanto, esses podem ser encontrados em várias partes da Magna Carta.

Por fim, os direitos de quarta geração encontram vários conceitos e denominações diferentes, mas que caminham para um mesmo sentido. Pedro Lenza define os direitos de quarta geração como sendo os que decorrem dos avanços do campo da engenharia genética e da pesquisa biológica, que colocam em risco a própria existência humana ao manipularem o que se denomina por “patrimônio genético” de cada indivíduo. Paulo Bonavides traz que os direitos de quarta geração decorrem da globalização política, sendo eles os direitos à democracia, informação e pluralismo. Além disso, são os que estão ligados a pesquisas e manipulações genéticas.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ressalva um fenômeno excepcional ocorrido que no que se refere à estrutura, há direitos que, embora reconhecidos num momento histórico posterior, têm a (estrutura) que é típica de direitos de outra geração. Assim, a crítica que se faz, no entanto, é que os direitos de quarta geração são direitos contidos nos direitos de primeira, segunda e terceira geração mas que no atual contexto histórico estão apenas sendo reconhecidos como sendo uma nova geração de direitos.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFETIVAÇÃO

Os direitos fundamentais, sendo também normas constitucionais, devem ser garantidos ao máximo nos casos concretos. Esse deve ser o norte dos aplicadores do direito, e também dos legisladores, para que procurem primeiramente dar real sentido aos direitos já existentes, para depois se pensar em ampliar esse rol de garantias.

Como já fora dito, o conceito de Direitos Fundamentais está intimamente ligado à evolução da sociedade e é valido dizer que esses direitos formam a base do ordenamento

jurídico de um Estado de Direito democrático (pois são normas de extrema importância para o bom funcionamento deste, assim, essas normas são consideradas cláusulas pétreas pelo constituinte originário). Sabe-se também que a positivação jurídica dos direitos humanos deu-se pelo que é denominado "gerações de direitos fundamentais". Na atualidade, o que se percebe cada vez mais, em decorrência de novos anseios humanos, é a adaptação do mesmo direito a uma nova realidade, assim, fala-se em “direitos de dimensões”.

Em seu artigo 5º, §1º, a Constituição Federal estabelece que os direitos e garantias fundamentais são normas de aplicabilidade imediata, aplicabilidade essa que teria por finalidade evitar que essas normas se tornem letra morta por falta de regulamentação. “Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado”.[751] Assim, se houver lacuna e clareza, a norma é não-executável pela natureza das coisas, pois não se pode pretender que uma norma incompleta seja aplicada. Exemplo que traz a doutrina é o caso da norma que institui o mandado de injunção, que é incompleta por falha de conclusão, no caso, o mandamento.

Com base nisso, entende-se que as normas que declaram direitos fundamentais podem e devem ser empregadas sempre que um caso concreto incidir sobre seu conteúdo. Esta aplicação, porém, não é de todo absoluta, pois em alguns momentos sofrerá restrições (sem que se levante uma inconstitucionalidade, vale observar). Também se preleciona que os direitos fundamentais não são regras auto-executáveis. Pelo contrário, quando o direito de alguém é violado, é necessário recorrer a certos mecanismos, como a ação popular e o mandado de injunção, que são alguns dos instrumentos possíveis para assegurar que os direitos individuais e coletivos não sejam transgredidos.

Também cabe ressaltar que os direitos e garantias fundamentais, na classificação de Maria Helena Diniz, são normas supereficazes ou de eficácia absoluta, pois não podem ser emendadas[752], mas, além disso, alguns desses direitos são também normas de eficácia limitada. São, por conseguinte, cláusulas pétreas e possuem eficácia plena e absoluta, entretanto, pode sobrevir legislação infraconstitucional que limite a abrangência e o alcance de determinado direito. Nesses casos, é a própria Constituição que traz a restrição, na mesma norma que garante o direito. Quando, por exemplo, a Lei Maior garante ser a casa o asilo

[751] Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. Direitos humanos fundamentais. Pag. 104
[752] DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos.* 3 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 101-115.

inviolável do indivíduo, traz também as exceções ou limitações a esse direito, que são o flagrante delito, desastre, prestação de socorro, ou mediante determinação judicial, este último apenas durante o dia.

Imprescindível deixar claro, ademais, que como função do Estado, cabe a ele assegurar que os direitos e garantias, tanto individuais, como coletivos, sejam respeitados. E, no caso de ocorrer violação, deve ele ser provocado para determinar as devidas providências para que a situação volte à normalidade. Esse papel fiscalizador deve ser eficiente e ágil, para que os indivíduos possam ter a garantia de uma vida pacífica e condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana. É possível ainda a ocorrência de conflito entre direitos fundamentais, quando o exercício de um direito fundamental por parte de determinado titular colide.

Essa dificuldade hermenêutica ocorre, pois, diversamente das demais normas constitucionais, não trata de aspectos específicos, mas sim de qualidade inerente a todo e qualquer ser humano. Não é por outra razão que a dignidade da pessoa humana passou a ser habitualmente definida como constituinte do valor próprio que identifica o ser humano como tal, sendo inegável, portanto, que a dignidade é algo real. Desde a promulgação da Constituição Cidadã boa parte dos direitos fundamentais estão à espera do intérprete que lhe assegure efetividade, por isso, deve-se pensar mecanismos que permitam a concretização.

Esses direitos devem ser atingidos pela plena eficácia da aplicabilidade das normas jurídicas que os prescrevem. Pouco adianta a positivação de direitos sem sua concretização. Na luta pelos direitos fundamentais, é preciso, pois, encontrar a medida justa que permita adaptar o sistema normativo dos direitos fundamentais às novas realidades, respeitando a necessidade de cada época, e de cada caso concreto, mas sem perder de vista o ideal prático que lhe imprime caráter, e lhe delimita o horizonte.

CONCLUSÃO

A vida em sociedade requer que as ações dos indivíduos não sejam pensadas individualmente. Muitas vezes, no entanto, a não-observância dessa premissa acarreta a quebra de harmonia, e o aparecimento dos conflitos. Os direitos fundamentais surgem para garantir que o equilíbrio social seja mantido, pois os indivíduos são seres dotados de certas prerrogativas, que não podem ser privadas por ninguém, seja pelo Estado ou por outro particular.

Esses direitos, sendo do mais alto valor ao ser humano, são garantidos pela Constituição, consistindo dever do Estado e dos demais indivíduos a sua proteção. Assim, cabe não apenas ao Poder Público, mas também a todo o ser humano, assegurar que os direitos de qualquer pessoa não sejam violados. Este dever de garantia e proteção foi evoluindo com o passar do tempo, ao passo que surgiam novos direitos e novas formas de garanti-los. Os direitos individuais, sociais e de solidariedade foram sendo criados e reafirmados, mas até hoje ainda não encontram um resguardo realmente efetivo e ágil. Dentro deste panorama é extremamente necessário que se busque, nos dias atuais, a real efetivação dos direitos fundamentais já positivados, antes de se procurar a ampliação do seu número.

O presente trabalho mostrou todo o processo de positivação e definição dos direitos fundamentais, desembocando em um dos grandes problemas da ciência jurídica, que é o da efetivação de suas normas. Não basta somente que o direito esteja garantido no texto legal, porque se as palavras não transcenderem o papel, não haverá sentido algum nas regras jurídicas. As normas de direito não são um fim em si próprias, pois elas buscam algo maior. São instrumentos que devem ser postos em funcionamento para que a vida em sociedade seja, não apenas possível, mas também harmônica e pacífica. Nesta esteira, os direitos fundamentais tem a importante missão de assegurar a cada indivíduo as mínimas condições de existência e relacionamento social. São regras que devem ser observadas em um grau máximo e absoluto.

A vida em sociedade, portanto, depende da verdadeira efetivação e cumprimento das regras jurídicas, principalmente das regras disciplinadoras de direitos. Essa proteção e garantia aos seres humanos só é possível com uma ação fiscalizadora eficiente e segura, sempre perseguindo o bem-estar social e a vida em coletividade.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David & NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BREGA FILHO, Vladimir: *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. 1 ed. Curitiba: Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3ª Ed., Coimbra: Editora Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais.* 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder: *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional.* 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. – 11 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

Foral. In Infopédia [Em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2013. [Consult. 2013-05-11]. Disponível na www: <URL: http://www.infopedia.pt/$foral>.

LAFER, Celso. *A ruptura totalitária e a reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo, 1988. P. 124.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* – 9ª Ed, São Paulo: Editora Método, 2005.

MONDAINI, Marco: *Direitos humanos*. São Paulo: Contexto, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. – 17ed., São Paulo: Atlas, 2005.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais.* – 9.ed. – São Paulo: Saraiva, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

CONTORNOS DA LIBERDADE RELIGIOSA EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Ana Carolina Greco PAES[753]

RESUMO

Este artigo visa analisar os contornos dados à liberdade religiosa em alguns ordenamentos jurídicos tais como a Declaração Universal de Direitos do Homem; o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação, a Organização Internacional do Trabalho, a Convenção Americana de Direitos Humanos, Convenção Européia de Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. No ordenamento jurídico brasileiro foi analisada a evolução da liberdade religiosa de acordo com períodos históricos. A liberdade religiosa como direito pode estar dentro do ordenamento jurídico de maneira explica ou implícita. Quando implícita há aspectos da vida religiosa que são tutelados, como por exemplo a liberdade de culto, de crença, de organização religiosa. Com base nestes ordenamentos foi possível delinear alguns contornos da liberdade religiosa em alguns ordenamentos jurídicos.

PALAVRAS-CHAVES: Liberdade religiosa,liberdade de consciência, liberdade de crença.

SUMMARY: This article aims to analyze the characteristics that are given to religious freedom in some legal orders such as Universal Declaration of Human Rights;International Covenant on Civil and Political Rights; Declaration on the Elimination of all forms of intolerance and discrimination;International Labour Organization, American Convention of Human Rights, European Convention on Human Rights, African Charter of Human and People.In brasilian legal orderthe evolution of religious freedom was analyzedaccording to historical periods. Religious freedom as a right, and such right may be within the legal framework in a way explains or implied. When religious freedom is implicit, aspects of religious life are protected, such as worship, belief and religious organizationfreedom. Based on these orders it was possible to designthereligious freedom at some jurisdictions.

KEYWORDS: Religion freedom, conscience freedom, belief freedom**.**

[753] Discente do 10º termo do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente-SP – anac.paes@hotmail.com

1.NÚCLEO BÁSICO DA LIBERDADE RELIGIOSA

Há grande dificuldade em enquadrar a liberdade religiosa no que diz respeito a sua abrangência e limites, que variam no tempo, espaço e circunstâncias. No entanto, há construções doutrinárias que revelam alguns conteúdos relacionados à manifestação da fé das pessoas, como culto e organização de denominações.

O termo é amplo, abrange alguns aspectos da vida religiosa e outros da vida civil, como o casamento e até mesmo política, no caso da escusa de consciência.

> Ela se inclui entre as liberdades espirituais. Sua exteriorização é forma de manifestação do pensamento. Mas, sem dúvida, é de conteúdo mais complexo pelas implicações que suscita. Ela compreende três formas de expressão (três liberdades): (a) a liberdade de crença; (b) a liberdade de culto; (c) e a liberdade de organização religiosa. Todas estão garantidas na Constituição (SILVA, 2000, p. 251).

No mesmo sentido, Paulo Pulido Adragão inclui, além das três formas explicitadas, alguns outros ramos da liberdade religiosa

> Da noção de religião apresentada já se depreende o amplo conteúdo próprio da liberdade religiosa: ela abrange a liberdade de crença (de ter, ou não ter, ou deixar de ter uma religião), a liberdade de culto, o direito a divulgação das próprias convicções religiosas, a liberdade de reunião e associação religiosa. Não é possível, aqui, ser exaustivo: qualquer enumeração do conteúdo de um direito fundamental terá sempre de renunciar à pretensão positivista de ser completa, pela própria natureza do direito, referido a uma multiplicidade de concretos comportamentos humanos (2002, p. 507)

Desta maneira fica claro que a liberdade religiosa é um direito muito amplo que encampa diversas formas de exteriorização, sendo que as que podem ser consideradas como núcleo básico são: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa.

Há um aspecto relevante da liberdade religiosa que é a sua condição como direito positivo e negativo. Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar do tema afirma que como direito negativo, em relação ao seu conteúdo, esta liberdade se dá quando ao indivíduo é permitido

permanecer, trocar ou não ter uma crença, da mesma maneira que a princípio é permitida a instituição religiosa auto organizar-se sem interferência do Estado. (2012, p. 466).

Já na condição de direito positivo, o autor destaca que a Constituição trouxe, por exemplo, ‘nos termos na lei, a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva’.

> Quanto a tal aspecto, entende-se que o Estado não pode impor aos internos sob sua responsabilidade nessas entidades, o atendimento a serviços religiosos (o que violaria a liberdade de professar uma religião e de participar ou não dos respectivos cultos), mas deve sim colocar à disposição o acesso efetivo ao exercício da liberdade de culto e de crença aos que assim desejarem (SARLET, 2012, p. 466)

A condição positiva deste direito ocorre quando o Estado faz ações em prol da liberdade religiosa, o Estado não somente não interfere, como também toma atitude para que de fato haja difusão desta liberdade. Como por exemplo levar a assistência religiosa as internações coletivas civis e militares.

Porém, de maneira acertada George Marmelstein discorreu sobre o assunto em seu livro Curso de Direitos Fundamentais, toda ação do Estado e dos indivíduos deve ser pautada pelo respeito à diversidade. Após explanar sobre alguns atributos dos direitos fundamentais o autor afirmou.

> (...) estão ligados de alguma forma pela noção básica de respeito ao outro, que sintetiza com perfeição todo o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Vale enfatizar que esse respeito ao outro independe de quem seja o outro. Pode ser qualquer pessoa. A dignidade não é privilégio de apenas alguns indivíduos escolhidos por razões étnicas, culturais ou econômicas, mas sim um atributo de todo e qualquer ser humano, pelo simples fato de ser humano. (2008, p.19)

O mesmo ocorre no caso do ensino religioso facultativo, a Constituição estabelece que serão ministradas aulas de ensino religioso, no ensino fundamental porém, tais aulas são de presença facultativa dos alunos pois, se assim não fosse, poderia ferir a liberdade de consciência que é também tutelada pela Constituição e pelos Tratados Internacionais.

O direito à liberdade religiosa é citado pela primeira vez em forma de lei na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia em 1976, que compunha uma das treze colônias dos Estados Unidos da América. Foi a primeira carta de Direitos Fundamentais, de acordo com a concepção moderna, pois trazia em seu bojo as bases dos direitos humanos, entre os quais o de liberdade religiosa "todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião com os ditames da consciência" (SILVA, 2000, p. 158). Não havia interferência do Estado nas relações privadas e a declaração visava conter o poder do Estado, estabelecendo limites.

Em 1987 a Constituição dos EUA foi elaborada e, para sua entrada em vigor, foi necessária a ratificação de pelo menos nove das treze colônias. Algumas afirmaram que só ratificariam a Constituição caso fosse incluída uma carta de direitos. Neste contexto, nasceramas dez emendas da Constituição. A primeira foi a liberdade de religião e culto, juntamente com a liberdade de palavra, de imprensa, de reunião pacífica e direito de petição. Sãoas primeiras manifestações da liberdade religiosa no contexto histórico (SILVA, 2000, p. 158), mas também envolvia as liturgias, como cânticos, cultos e outros sacramentos.

2 CLASSIFICAÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA

Feitas tais considerações a respeito de alguns dos institutos que a liberdade religiosa alcança, é necessário enquadrá-la no ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Para isso, será utilizada a classificação feita por Canotilho para os direitos.

A liberdade religiosa se enquadra no rol dos chamados " 'Civil Rights' da terminologia americana, ou seja, os direitos pertencentes ao indivíduo como cidadão e proclamados nas constituições ou leis avulsas" (CANOTILHO, 2002, pag. 360). São direitos comuns a todos da sociedade pertencentes a determinado ordenamento jurídico.

Trata-se de uma liberdade individual que se liga ao *status negativus* "visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado" (CANOTILHO, 2002, p.. 361). O cidadão tem o direito de não ter interferência em relação a sua opção religiosa, por exemplo.

Teoricamente, da mesma forma que o Estado não impõe uma religião, não deveriam existir intervenções estatais na forma de exercício dessa liberdade religiosa. Deve-se ressaltar que a liberdade religiosa em suas espécies - como a liberdade de culto, por exemplo - podem sofrer restrições no caso concreto.

> Esse traço específico é o da alternativa de comportamentos, ou seja, a possibilidade de escolha de um comportamento. Assim como vimos, o direito à vida é um direito (de natureza defensiva perante o Estado) mas não é uma liberdade (o titular não pode escolher entre « viver ou morrer »). A componente negativa das liberdades constitui também uma dimensão fundamental (ex.: ter ou não religião, fazer ou não parte de uma associação, escolher ou não outra profissão (CANOTILHO, 2002, p. 1124).

Pode ser considerada uma garantia institucional, pois, para que haja a efetivação da liberdade de culto, algumas prerrogativas são dadas ao local de culto (igreja, templo, salão, etc), por exemplo. Este é beneficiado de forma institucional para que o indivíduo possa exercer a sua liberdade religiosa. No caso concreto, há isenção tributária do local de culto.

Em relação à classificação material dos direitos fundamentais, a que melhor enquadra a liberdade religiosa na Constituição pátria é a "aproximação tendencial aos traços distintivos dos direitos, liberdades e garantias". Que são "os direitos, liberdades e garantias valem, de forma tendencial, como direitos 'self executing', independentemente da mediação concretizadora ou densificadora dos poderes públicos" (CANOTILHO, 2002, p. 367). Esses direitos possuem aplicação imediata.

> Trata-se de direitos cuja referência primaria é a sua função de defesa, auto - impondo-se como 'direitos negativos' diretamente conformadores de uma abstenção ou proibição de agressão por pares dos destinatários passivos, públicos e privados. Nesta medida, ficam fora da categoria de direitos, liberdades e garantias, os direitos fundamentais que consistam, e na medida em que consistam exclusivamente, em prestações do Estado, por serem fundamentalmente instituídos a nível de político-legislativo (CANOTILHO, pag. 367).

A liberdade religiosa se faz no ter ou não uma religião, dessa forma o Estado protege o cidadão para que ele não sofra nenhuma interferência em sua opção. O cidadão que opta por uma religião pode exercer seu culto, suas obrigações para com a religião e o Estado deve prover meios para que isso seja efetivado.

Da mesma forma que o cidadão que opta por não ter religião, não deve ser coagido a se enquadrar em alguma religião, nem sofrer discriminação por sua escolha. Nesse ponto o Estado não deve privilegiar determinada religião sob pena de ferir a liberdade religiosa das demais religiões e a liberdade de consciência dos indivíduos que não possuem crença.

> A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis. E consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado não impor ou não garantir com as leis o cumprimento desses deveres.
>
> Tão pouco o fenômeno possui expressão meramente individual; ele é também um fenômeno comunitário. As pessoas vivem-no em conjunto, prestam culto em conjunto e sentem mesmo que a religião implica uma relação de umas com as outras pessoas. A liberdade religiosa é também a liberdade das confissões religiosas (MIRANDA, 1993 – 1998, p. 359).

Uma anomalia na forma de culto mascarado por aparente proteção à liberdade religiosa de um indivíduo, por exemplo, pode levar a sociedade a desordem. A religião, se mal utilizada, pode ser instrumento discriminatório ou pode servir de motivação para pratica de atos não tolerados.

> A liberdade religiosa, como a liberdade de consciência, é um direito de natureza tão elevada, e tão difíceis de palpar são, em teoria, as suas relações com os interesses individuais e sociais do homem, que o povo não se pode apaixonar por ela, compreender-lhe o alcance, tentar-lhe a reivindicação enquanto não despertam com uma provocação direta e material (BARBOSA, 1953 – 1964, pag. 83).

No Brasil a liberdade religiosa é total, mas não absoluta, pois de acordo com a maior parte da doutrina, todos os direitos podem sofrer restrições estabelecidas pelo exercício de outros direitos.

O Estado é laico, mas permite um grande espectro das manifestações religiosas, como sacrifício de animais, utilização do fumo em locais fechados e manifestações aparentes não de uma religião específica, mas de todas, como uso do véu islâmico, o quipá judaico e a cruz cristã. Portanto, o Estado respalda todas as religiões, dentro dos limites permitidos.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

Ao longo da história do Brasil, a liberdade religiosa passou por várias etapas, a ligação estreita do Estado com a Igreja teve reflexos diretos no modo como a liberdade religiosa foi encarada. Ao contrário de alguns países onde a religião e o Estado tem íntima ligação e ainda assim há a liberdade religiosa para todas as crenças, no Brasil essa ligação fez com que a liberdade religiosa em um primeiro momento fosse nula para as demais religiões que não a católica.

Para melhor compreensão destas etapas, neste trabalho, fez-se a divisão histórica do Brasil Colônia, Império e Republica e nestes períodos a liberdade religiosa foi brevemente comentada.

No período colonial do Brasil - que foi de 1530 a 18515, quando o Brasil passou a ser reino unido com Portugal [754]- havia forte resistência dos portugueses em relação às demais religiões, a única religião tolerada era a católica.

A exemplo de Portugal, o Brasil tinha uma concordata com o Vaticano. A concordata é um tipo especial de tratado que envolve o Vaticano, sendo que por esse tratado, o Brasil teria uma religião oficial e pagaria uma quantia anual de colaboração financeira para os cofres da Santa Sé.

Interessante notar que nesse período o preconceito racial não era tão intenso quanto a resistência que havia em relação a outras religiões que não a Católica Apostólica Romana.

> O português considerava seu igual aquele que tinha a mesma religião. Não se importava com a raça. O importante, para ele, era que os estrangeiros professassem a religião católica. O não católico era temido como um adversário político, capaz de enfraquecer a estrutura colonial desenvolvida em parceria com a religião católica. Nota-se, aqui, um forte liame entre a Igreja (Católica) e o Estado (coroa portuguesa). (SORIANO, 2002, p. 68).

[754] Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Brasil_Col%C3%B4nia – acessado em: 19 de Julho de 2013.

A coroa brasileira poderia nomear bispos e ainda utilizaria toda a estrutura física de Igreja Católica como cartório civil, para casamento e registro de nascimento, bem como outras atividades notariais. Essa concordata chamada de “padroado” permitiu que as demais religiões fossem meramente toleradas, pois havia uma religião oficial de dominação portuguesa.

> A igreja desempenhou papel eficiente de controle, colaborando para com a calibração da obediência em relação à Coroa Portuguesa. A igreja era subordinada ao Estado pelo regime do chamado padroado real, que como ensina Boris Fausto, consistiu em uma ampla concessão da Igreja de Roma ao Estado Português, em troca da garantia de que a Coroa promoveria e asseguraria os direitos e a organização da Igreja em todas as terras descobertas. (GODOY, 1998, p. 203).

Com o padroado a Igreja detinha os poderes que deveriam ser do Estado, com o monopólio da religião a colonização se tornou viável, apenas a religião católica era permitida e em nome dessa religião índios foram catequizados, para que vivessem de acordo com as leis ditadas pela igreja.

No Brasil Império – período de 1822 a 1889, sendo que a primeira Constituição Imperialista foi instituída em 1824[755] - a liberdade religiosa era limitada, pois não existia a possibilidade de construir templos que não fossem Católicos, bem como havia outras restrições de natureza política e social.

Alguns autores chegam a dizer que era mesmo inexistente devido à influência exercida pela colonização portuguesa, e da aliança que havia entre a Igreja Católica e o Estado. A concordata do “padroado”, que permitiu vantagens para o Vaticano, foi mantida com a independência, pois, Dom Pedro I enxergava que o Papa poderia ser um aliado importante, além do que as estruturas dos templos eram fundamentais para manutenção dos cartórios.

As demais denominações eram extraoficiais. Não tinham o direito de se reunir e celebrar seus cultos em templos, mas apenas em casas. Havia a liberdade de crença, porém, não havia a liberdade total de culto e de organizar denominações.

755Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Imp%C3%A9rio_do_Brasil – acessado em 19 de Julho de 2013.

> A Constituição do Império não reconhecia a liberdade de culto com essa extensão para todas as religiões, mas somente para a católica, que era a religião oficial do Império. As outras eram toleradas apenas ‘com seu culto doméstico, ou particular em casa para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo’’(art. 5º) (BASTOS, 2001, p. 252)

Religiosos de outras denominações que não a católica, não podiam ser enterrados nos cemitérios, que também eram controlados pela Igreja. Todavia, a principal restrição era no tocante aos direitos políticos, que estavam restritos aos católicos romanos. Os protestantes, por exemplo, não podiam votar e mesmo serem candidatos a cargos públicos eletivos ou mesmo nomeados. Não havia separação entre a Igreja e o Estado.

> Realmente, a Constituição Política do Império estabelecia que a Religião Católica Apostólica Romana era a Religião do Império (art. 5º), com todas as consequências derivantes dessa qualidade de Estado confessional, tais como a de que as demais religiões seriam simplesmente toleradas, a de que o Imperador, antes de ser aclamado, teria que jurar manter a religião (art. 103), a de que competia ao poder executivo nomear os bispos e prover os benefícios eclesiásticos (art. 102, II), bem como conceder ou negar o beneplácito a atos da Santa Sé (art. 102, XIV). (SILVA, 2000, p. 250-251)

Este cenário muda na República – a partir de 1889, sendo que a primeira Constituição republicana entrou em vigor em 1891 - o pensamento republicano não era compatível com qualquer tipo de intolerância, inclusive a religiosa, além do que os militares tornaram o País uma federação presidencialista, e viam a Igreja Católica como uma ameaça ao novo modelo.

O fim da religião oficial abriu espaço para vinda de missionários protestantes, do surgimento de cultos afros e também para a construção de templos. Começa na República a ser construídas a liberdade religiosa no Brasil, com o fim inclusive dos serviços notoriais feitos pela Igreja, como casamento, batizado e registro de imóveis. Houve a separação entre Igreja e Estado, ou seja, o Estado se tornou laico. Rui Barbosa teve grande influência nesse período.

> A Constituição de 1891 consolidou essa separação e os princípios básicos da liberdade religiosa (arts. 11, parag. 2º; 72, parágrafos 3º a 7º, 28 e 29). Assim, o Estado brasileiro se tornou laico, admitindo e respeitando todas as vocações religiosas. O Decreto 119-A/1890 reconheceu personalidade jurídica a todas as igrejas e confissões religiosas. O art. 113, item 5, da Constituição de 1934 estatuiu que as associações religiosas adquiriram personalidade jurídica nos termos da lei civil (BASTOS, 2001, p. 254).

Durante o Brasil republicano é que a liberdade religiosa enfim assume seu caráter pleno, não havendo mais a interferência estatal sobre qual religião o indivíduo deve seguir, bem como a forma que este procede para exercer sua religião. O Estado estabelece inclusive a possibilidade de não possuir religião e os direitos políticos foram assegurados a todos, independente da religião que professassem.

A liberdade religiosa, nestes moldes, foi reafirmada em 1934, com a posição laica do Estado, que foi bastante democrática. Já na Constituição de 1937, a liberdade religiosa deixa de ser elencada explicitamente.

Na Constituição de 1946, volta a figurar a liberdade religiosa “os princípios de separação entre a Igreja e o Estado são reconsagrados no art. 31, inciso, III. Os mesmos princípios foram mantidos na Constituição de 1967/1969” (SORIANO, 2002, p. 82).

Na atual Constituição, a liberdade religiosa não é mencionada *ipsis litteris*, mas há, porém algumas vertentes da liberdade religiosa. Portanto, o que existe é um núcleo básico que envolve dois dispositivos e ainda a escusa de consciência, a assistência religiosa em locais de internação coletivo civil e militar, entre outros.

A Lei Maior garante como direito individual: no artigo 5º inciso VI a liberdade de consciência e de crença, apesar de distintas, estão ligadas a liberdade religiosa, prevê também o livre exercício dos cultos religiosos e da proteção aos locais de culto e suas liturgias; no inciso VII permite a assistência religiosa em entidades civis e militares de internação coletivas; já no inciso VIII regula a escusa de consciência. A Constituição se preocupou em assegurar a livre determinação do indivíduo em relação a sua religiosidade.

O legislador, inclusive, deu a religião um poder que era do Estado, no caso o casamento religioso com efeito civil, previsto expressamente na Constituição no artigo 226 paragrafo 2º. Além destes aspectos a Constituição permite os feriados nacionais baseados na

cultura religiosa local, e concede a imunidade tributária aos templos religiosos, conforme artigo 150, inciso VI, alínea b da Magna Carta.

4LIBERDADE RELIGIOSA EM OUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

A liberdade religiosa foi tema recorrente em várias declarações de direitos humanos, o Brasil, por exemplo é signatário de vários tratados internacionais que expressamente tutelam esta liberdade. Ingo Wolfgang Sarlet a esse respeito dispõe:

> Todavia, modo pelo qual a liberdade de consciência e a liberdade religiosa foram reconhecidas e protegidas nos documentos internacionais e nas constituições ao longo do tempo é bastante variável, especialmente no que diz com o conteúdo e os limites de tais liberdades. (2012, p.458)

Deste modo, analisar-se-á a liberdade religiosa de acordo com os tratados internacionais dos quais o brasil é signatário. A Declaração Universal de Direitos do Homem, foi adotada pelas Nações Unidas em 1948, nasceu no período pós guerra, quando havia grande fragilidade de todos os países. Apesar de não ter caráter obrigatório serviu como parâmetro para outros dois tratados, que foram o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Está declaração assim dispõe no artigo 18.

> Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

Posteriormente em 1968, O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que é um dos três instrumentos que compõe a Carta Internacional dos Direitos Humanos, traz a proteção à liberdade religiosa. O preâmbulo afirma que o tratado foi celebrado “em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana.”

Este pacto, celebrado, na cidade de Nova York, vai além do que foi disciplinado pela Declaração e tece com maior minucia, em seu artigo 18 a liberdade religiosa, inclusive cita limitações que esse direito pode sofrer.

> Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública quanto privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.
> Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possa restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.
> A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
> Os Estados-Parte no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais – e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

O Pacto, de maneira expressa, não admite o exercício do direito da liberdade religiosa para todas as pessoas, independente de grupo ou convicção, uma vez que, dispõe que a lei pode estabelecer limites com base na manutenção da ordem pública.

A Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação baseadas em religião ou crença trata de forma breve, porém profunda, a respeito da liberdade religiosa. Ao analisar os conflitos criados devido à intolerância religiosa esta convenção tutela a liberdade de pensamento e consciência religiosos.

> Exposição de motivos do tratado: “Considerando que a religião ou as convicções, para que as profere, constituem um dos elementos fundamentais em sua concepção de vida e que, portanto, a liberdade de religião ou de convicções deve ser integralmente respeitada e garantida. Considerando que é essencial promover a compreensão, a tolerância e o respeito nas questões relacionadas com a liberdade de religião e de convicções e assegurar que não seja aceito o uso da religião ou das convicções com fins incompatíveis com os da Carta, com outros instrumentos

> pertinentes das Nações Unidas e com os propósitos e princípios da presente Declaração."

A declaração define o que vem a ser intolerância (artigo II), cuida para que os Estados signatários tomem medidas eficazes a fim de erradicar a discriminação por motivos religiosos (artigo IV), além de tomar medidas para viabilizar a liberdade de culto (artigo VI), e outros aspectos da vida religiosa. Estabelece o limite da ordem pública à liberdade religiosa, uma vez que o Estado não pode aceitar religiões com fins distintos ao da declaração.

Há também a Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919 com a finalidade de promover a justiça social, trata-se hoje de uma agência das Nações Unidas que também tutela esta liberdade.

A fim de evitar que haja discriminação no trabalho por motivo de credo, a Convenção da Organização Internacional do Trabalho proíbe a discriminação e estabelece que nenhum trabalhador seja privado de um emprego ou demitido por motivos religiosos. Protege a dignidade da pessoa humana e promove a tolerância religiosa[756], alcançando os grupos não majoritários.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, que tutela aspectos regionais das Américas, celebrado em 1969, no seu artigo 12, teve redação semelhante a do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

> Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
>
> Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possa limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crença.
>
> A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeito apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
>
> Os pais e ,quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

[756]Convenção nº 111, Artigo 1

Em outros ordenamentos jurídicos há a menção da liberdade religiosa, como por exemplo na Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950 Observa-se que esta convenção é posterior a Declaração Universal de Direitos do Homem, esta convenção já tratou de casos em que a liberdade religiosa poderia ser restringida, conforme seu artigo 9º.

> Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio de culto, do ensino de práticas e da celebração de ritos.
>
> A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas em lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.

A carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, 1981, em seu artigo 8º trata a respeito da liberdade religiosa de maneira bem mais sintética, inclusive prevê restrições a essa liberdade, sendo a ela a ordem pública.

> A liberdade de consciência, a profissão e a prática livre da religião são garantidas. Sob reserva da ordem pública, ninguém pode ser objeto de medidas de constrangimento que visem restringir a manifestação dessas liberdades.

Observa-se que diferentemente do que ocorreu com a Constituição Federal brasileira de 1988, os tratados acima elencados tratam da liberdade religiosa *ipsis litteris*, inclusive detalhando alguns aspectos dessa liberdade tais como a liberdade de culto, ensino religioso e divulgação da crença entre outros.

Outra observação importante é que em todos os tratados houve diferenciação da liberdade de consciência e da liberdade de crença. Ambas não se confundem. A liberdade de consciência origina a liberdade de crença. A liberdade de consciência abacarca àquelas pessoas que não creem em algo e também aquelas que creem. Já a liberdade de crença está ligada aquelas pessoas que creem em algo superior. Sendo assim ambas as liberdades devem ser igualmente tuteladas.

Cada Estado, dentro da sua soberania, dá um tratamento diferente para a temática religiosa. Os Estados Unidos da América do Norte determina o juramento sob a Bíblia em vários Estados-membros, como recentemente (em 2009 e 2013) nas duas posses do presidente do país, Barak Obama que fez o juramento com a mão esquerda na bíblia.[757]

Enquanto que a Inglaterra, desde 1688, excluiu da linha de sucessão do trono os membros não anglicanos ou protestantes com a Declaração de Direitos e a Lei de Instauração[758]. Portanto, desde a Revolução Gloriosa e o fim da dinastia Stuart, todas as demais casa que assumiram ao trono foram protestantes ou anglicanas, incluindo a atual que é de Hanover. Mudou de nome para Windsor durante as guerras mundiais, visto que Hanover era uma casa originariamente alemã.

Existem países que ainda não são laicos, como por exemplo, a Arábia Saudita. Outros países, como a França, levam sua característica laica às ultimas consequências proibindo qualquer tipo de manifestação religiosa em locais públicos.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, chega-se a conclusão de que a liberdade religiosa engloba aspectos tanto da vida religiosa como também da vida civil das pessoas e institucional do país. Não há consenso global em quais aspectos a liberdade religiosa trata da mesma forma que, a Constituição pátria não definiu o termo, nem sequer o citou, apenas mencionou aspectos da vida civil e religiosa abrangidos por tal liberdade.

Analisando o contexto histórico do Brasil é possível notar que a liberdade religiosa passou por fases distintas, desde a ausência dela e sua total relação com o Estado conforme ocorreu no período do Brasil Colônia até a total separação da religião com o Estado e a liberdade religiosa para todos os credos.

Insta salientar que no Brasil, atualmente, há tanto a liberdade religiosa quanto a liberdade de consciência. A liberdade religiosa tutela aqueles que possuem uma crença e viabiliza a estes a liberdade de culto, de liturgia, organização religiosa entre outros.

Já a liberdade de consciência tutela aqueles que têm por opção não ter crença, neste caso o Estado age para que aqueles que possuem uma crença não violem o direito daqueles que optaram por ter nenhuma crença.

---

[757]Disponível em: http://noticias.terra.com.br/mundo/estados-unidos/obama-faz-juramento-de-posse-para-2-mandato-nos-eua - acessado em 19 de Julho de 2013.

758Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Monarquia_do_Reino_Unido - acessado em 19 de Julho de 2013.

Neste sentido é possível visualizara condição positiva e negativa do direito à liberdade religiosa. A condição positiva ocorre quando o Estado adota medidas em prol da liberdade religiosa. O Estado viabiliza que a liberdade religiosa seja exercida de maneira plena por todos os cidadãos que assim desejarem.

É o que ocorre quando o Estado permite a assistência religiosa em entidades civis e militares de internação coletiva. O Estado de certa forma age para que a assistência religiosa chegue até aqueles que estão presos. O mesmo ocorre com a disciplina de ensino religioso. Em ambos os casos é possível que haja recusa daquele que recebe o ensino e a assistência sob argumento da própria liberdade religiosa ou de consciência.

Quanto à condição negativa, esta ocorre em relação ao conteúdo da liberdade religiosa, quando é permitido ao indivíduo permanecer, trocar, ter ou não uma crença. Da mesma forma que é permitido as instituições religiosas organizarem-se sem a interferência do Estado.

Analisando ainda o que os tratados internacionais dispõem a cerca da liberdade religiosa fica evidente que alguns tratados tratam de forma sucinta sobre o tema enquanto outros tecem de forma mais minuciosa o tema.

A declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada em 1948, serviu de parâmetro para outros tratados e não possuía caráter obrigatório. Em relação a esta declaração a liberdade religiosa foi tratada de maneira expressa sendo que alguns contornos foram dados a ela tais como: liberdade de mudar de religião, manifesta-la tanto em locais públicos como privados, pelo ensino, prática, culto e ritos. Observa-se que aspectos da liberdade religiosa foram expressamente elencados.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, elaborado em 1968, trata também de forma expressa a respeito da liberdade religiosa, citando que tal liberdade implica na possibilidade de ter ou adotar uma religião ou crença, individual ou coletivamente, de maneira pública ou privada, através dos cultos, da celebração, ritos, de práticas e do ensino.

Este pacto de maneira expressa também autoriza aos pais que eduquem seus filhos com suas crenças e regras de conduta (moral) sem que haja interferência do Estado. A única limitação que o pacto prevê a esta liberdade são as limitações previstas em lei para proteger a segurança, ordem, saúde ou a moral pública, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

O Pacto de San José da Costa Rica, celebrado em 1969, do qual o Brasil é signatário, trouxe basicamente o mesmo texto que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos,

acrescentou à liberdade religiosa o direito de professar e divulgar a religião ou crenças individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

Em outros ordenamentos jurídicos tais como a Convenção Europeia de Direitos Humanos cita liberdade religiosa de maneira expressa, afirmando que tal liberdade implica no direito de mudar de religião ou crença, manifesta-las de maneira individual ou coletiva, em público ou privado, por meio de culto, ensino de práticas e celebração de ritos. A convenção também preceitua que somente a lei pode prever limitações a essa liberdade se houver violação à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.

Das legislações citadas a carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981 é a que menos fala a respeito da liberdade religiosa, inclusive cita apenas a liberdade de consciência e permite a prática livre da religião sendo apenas vedada a obstrução da ordem pública por meio dos ritos religiosos.

Em todos os outros tratados analisados a liberdade religiosa e liberdade de consciência foram tratadas de maneira separada. A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos não os trata de maneira separado, sendo que a liberdade religiosa fica subentendida na liberdade de consciência, que é mais abrangente que aquela.

Por fim fica claro que a liberdade religiosa possui vasto campo de atuação, é possível estabelecer um núcleo básico a este direito que encampa a liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa.

Dentro destas liberdades há os demais ramos da vida religiosa que os tratados buscam tutelar. O ordenamento pátrio por ser signatário do pacto de San José da Costa Rica incorporou o que este dispõe a respeito da liberdade religiosa, dessa forma há liberdade enquanto não houver obstrução da ordem pública sendo assim a liberdade religiosa é o realizar cultos, assistência religiosa, ensino religioso nas escolas, as liturgias, o casamento religioso com efeito civil entre tantos outros aspectos.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa:** trabalhos jurídicos. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1953-1964. V2. Tomo II

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 503 p. ISBN 85-02-02173-7

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1506 p. ISBN 972-40-1806-7

GODOY, Arnaldo M. **A liberdade religiosa nas Constituições do Brasil**. Paradigmas: Revista de Filosofia Brasileira; Londrina, n. 1, p. 203. 1998).

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008. 551 p. ISBN 978-85-224-5135-7

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p. ISBN 978-85-02-09033-0

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993-1998. t. 4 ISBN 9723204800

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386 p. ISBN 85-7348-069-6

SILVA, José Afonso da.**Curso de direito constitucional positivo.** 17. ed., rev. e atual. nos termos da reforma con São Paulo: Malheiros, 2000. 871 p. ISBN 8574201502

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional.** São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002. 195 p. ISBN 85-7453-247-9

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade religiosa na constituição:** fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 339 p. ISBN 978-85-7348-513-4

POLÍTICA E DIGNIDADE: A BUSCA DE SENTIDO NO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT

Ana Laura Teixeira MARTELLI[759]
Éverton Willian PONA[760]

RESUMO

Pretende-se demonstrar, por meio de uma revisitação da concepção de Hannah Arendt, a existência ou não de sentido da política, seu conceito e o distanciamento de sua significação como meio para atingimento de determinado fim, mas ligada à própria ideia de liberdade do indivíduo. Também foi objeto de investigação a análise do que integra o ser humano, suas ações no mundo em que habita como condição de existência humana e sua afirmação como parte integrante desse espaço, o que faz com que Hannah Arendt apresente a política como o espaço público existente entre homens, no qual o indivíduo pode tornar efetiva sua ação e seu discurso. A espontaneidade inerente ao ser humano, entendida como a capacidade de criar algo novo a partir de si mesmo, garante o aparecimento dessa pessoa no espaço público e possibilita as discussões atinentes às questões políticas. Logo, é possível perceber que não há que se falar em espontaneidade em ambientes de coerção e violência e, por conseguinte, ao relacionar a política com a ideia de liberdade, tem-se a necessidade de exercício político pelos indivíduos como forma de prevenção a regimes totalitários, restauração de sua dignidade e emancipação desse homem.

PALAVRAS-CHAVE: Política. Liberdade. Espontaneidade. Dignidade. Hannah Arendt.

ABSTRACT

It intends to demonstrate, through a brief review of Hannah Arendt's conception, whether there is or there is not meaning for politics, its concept and the displacement of its meaning as a means for achieving a particular goal, but linked to the idea of individual freedom. It was also object of this investigation the analysis of that integrates the human being, its actions in

[759] Mestranda em Direito Negocial – relações negociais no direito privado, pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina. Professora Titular da Faculdade de Direito de Presidente Prudente - Faculdades Integradas Antonio Eufrásio de Toledo. E-mail: lauramartelli@adv.oabsp.org.br

[760] Mestrando em Direito Negocial – relações negociais no direito privado, pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Analista Judiciário na Justiça Federal - Subseção Judiciária de Londrina/PR. E-mail: everton_pona@hotmail.com

the world as a condition of human existence and its affirmation as part of this space, which makes Hannah Arendt presents the politics as the public space between men, where the individual can make effective their action and speech. The spontaneity inherent to human beings, understood as the ability to create something new from itself, guarantees the appearance of that person in public space and allows discussions concerning to politics issues. Thus, it is possible to realize that there impossible to talk about spontaneity in environments of coercion and violence, therefore, linking policy with the idea of freedom, there is a need for political exercise by individuals in order to prevent the totalitarian regimes, restoring their dignity and emancipation of man,

KEYWORDS: Politics. Freedom. Spontaneity. Dignity. Hannah Arendt.

1 INTRODUÇÃO

Um olhar retrospectivo que se paute na experiência política humana, associado aos recentes acontecimentos políticos mundiais poderia conduzir ao questionamento de qual é o efetivo sentido da política, ou, ainda, se de fato tem, de algum modo, sentido.

Hannah Arendt lança esse questionamento, tomando por ponto inicial de reflexão as recentes páginas da história que retratam a ascensão dos regimes totalitários pela via política e o que sua permanência no poder foi capaz de provocar e realizar com o ser humano, além da possibilidade de extermínio total da própria vida por meio das armas de destruição em massa.

Assim, questiona-se o sentido da política com base na reconstrução feita pela autora para responder, juntamente com a filósofa, que esse sentido reside na liberdade, que se pressupõem e se completam.

Ao reconhecer-se, portanto, a ligação simbiótica entre política e liberdade conduz-se a reflexão ao ponto que relaciona, em via de consequência, política e dignidade, compartilhando um sentido atrelado, de todo modo, à liberdade.

2 POLÍTICA: O CONCEITO A QUE SE BUSCA SENTIDO

Em regra, perscrutar o sentido de algo ou questionar acerca da existência ou não de um sentido propriamente dito requer, em antecedência lógica, que se tenha estabelecido, de início, do que se trata esse algo ao qual o sentido será atribuído.

Em relação ao sentido da política, pois, não é distinto, à medida que demanda a compreensão do que propriamente significa a política.

Nessa tarefa, então, a retrocesso de cognição exige que se estacione na praça grega,

na *ágora*; o berço da política – e esse fato salta à evidência da análise pura da etimologia do termo – é a *polis* grega.

A sociedade grega, antes do surgimento da *polis*, era baseada no sistema gentílico, sustentado pela noção de *génos*¸ formados por pessoas que são ligadas entre si por laços familiares (de nascimento) ou religiosos. Costumeiramente a origem comum é observada com base no ascendente divino, venerado nos cultos coletivos. A progressiva desintegração da ordem gentílica deu origem ao regime aristocrata baseada na riqueza derivada da propriedade da terra. Os que perderam suas terras passaram a trabalhar para os ricos e aos poucos o sistema escravocrata foi se estruturando. Houve um expressivo aumento do poder da aristocracia e a virtude que conduzia a ação era a ideia do guerreiro belo e bom. Contudo não havia ação política nesse momento, pois de certo a ação humana era determinada, ainda, pelos desígnios das divindades.

A transformação de uma sociedade rural para o surgimento das cidades, das primeiras aglomerações urbana, dá-se simultaneamente com mudanças nas ordens social, política e econômica. Verifica-se a intensificação do sistema escravagista, que, por consequência, permite a acentuação da divisão do trabalho; desenvolve-se o artesanato com estímulo ao comércio e os gregos iniciam-se nas navegações em busca de mais terras e colônias. Surge, então, a cidade-estado (*polis)*, que dá início a uma nova organização política (ARANHA; MARTINS, 1993, p. 190).

> Cidadãos de Atenas! Como ireis agora julgar pela primeira vez um crime sangrento, ouvi a lei do vosso tribunal. Sobre este Rochedo de Ares, doravante sentar-se-á perpetuamente o tribunal que fará a raça toda dos Egeus ouvir o julgamento de todo homicídio (...). Este rochedo é chamado de Areópago. Aqui, Respeito e seu irmão Temor, noite e dia igualmente, manterão meus cidadãos longe do crime, enquanto conservarem inalteradas as leis (...). Não mancheis a pureza das leis com a impureza dos estrategemas (...). Guardai bem e com reverência vossa forma de governo. Nem anarquia nem despotismo, eis a regra que aconselho a cidadã a observar com respeito. E não expulseis todo temor para fora das muralhas de vossa cidade (...). Aqui fundo um tribunal inviolável, sagrado, mantendo uma fiel observância para que os homens possam dormir em paz (ÉSQUILO *apud* CHAUÍ, 2007, p. 34).

Com essas palavras lançadas pelo poeta Ésquilo ao fim da *Oréstia,* costuma-se identificar o surgimento da política. Um tribunal que visasse garantir a observância das leis da

cidade, da *polis*, do corpo político pelos gregos fundados, a fim de assegurar a paz. Trata-se da maneira encontrada para a resolução dos conflitos e problemas que surgiam da interação dos indivíduos.

O nascimento da *polis* "marca um começo, uma verdadeira invenção, que provocou grandes alterações na vida social e nas relações entre os homens" (ARANHA; MARTINS, 1993, p. 65). Diz-se que o surgimento da política foi uma invenção, pois não dispunham os gregos de quaisquer padrões anteriores, e tiveram que criar a sua própria maneira de lidar com as questões relativas à sua organização social (CHAUÍ, 2007, p. 35). Ademais, é elemento essencial para o nascimento da filosofia e da política.

A questão principal relacionada à *polis* diz respeito ao fato de estar centralizada na ágora, ou seja, a praça pública, um espaço onde os cidadãos poderiam debater os interesses comuns.

> A polis se faz pela autonomia das palavras, não mais a palavra mágica dos mitos, palavra dada pelos deuses, e, portanto, comum a todos, mas a palavra humana do conflito, da discussão, da argumentação. O saber deixa de ser sagrado e passa a ser objeto de discussão. A expressão da individualidade por meio do debate faz nascer a 'política', libertando o homem dos exclusivos desígnios divinos e permitindo a ele tecer seu destino na praça pública. A instauração da ordem humana dá origem ao 'cidadão da polis', figura inexistente no mundo coletivista da comunidade tribal (ARANHA; MARTINS, 1993, p. 65).

Ao mesmo tempo em que contribuiu para a derrocada do saber mítico e a substituição pelo pensamento filosófico[761], a fundação da *polis* em torno da praça pública permitiu aos indivíduos o início do debate acerca das questões que lhes interessavam e que diziam respeito à vida pública, aos assuntos humanos, às necessidades da cidade e do povo.

Afirma-se, pois, que o nascimento da política derivou do surgimento do poder público, por meio da invenção do direito e da lei (no caso citado, a fundação do tribunal) e da criação de instituições públicas de deliberação e decisão, somente possível pela separação dos poderes representado na distinção das figuras do chefe de família (poder econômico privado), chefe militar e chefe religioso, antes unidas e agrupadas sob a pessoa do rei (CHAUÍ, 2007, p.

[761] Nesse particular aspecto o surgimento da *polis* guarda relação com outros fatores que, somados, permitiram e contribuíram para o nascimento da filosofia. A invenção da escrita, o surgimento da moeda, o nascimento da pólis grega, a expansão comercial, as viagens marítimas proporcionaram ao homem a oportunidade de pensar racionalmente, e o domínio das técnicas para interferir e agir sobre as outras coisas, transformando o mundo, permitiram a compreensão do universo como resultante de processos naturais e não de origem divina. Surge então, o saber filosófico, a filosofia propriamente dita (ARANHA; MARTINS, 1993, p. 62ss).

35).

Essa atividade, esse espaço existente entre os cidadãos apresenta-se como o espaço político por excelência. Política, portanto, em sua noção inicial de raiz grega, referia-se justamente à essa atividade de exposição e discussão, entre os cidadãos na ágora, na praça pública, das questões inerentes e necessárias para a condução dos assuntos da cidade e da vida social.

Muito embora filosofia e política tenham se separado, como afirma Hannah Arendt (1993, p. 91), com o julgamento e condenação de Sócrates[762], a influência do pensamento filosófico não foi de todo eliminada das reflexões políticas.

Nesse sentido, pode ser lembrado o pensamento de Platão e Aristóteles para quem a política seria uma forma superior de vida – justa para o primeiro, boa e bela para o segundo. Ambos baseiam-se na ideia de justiça, sendo que para Platão uma política seria verdadeiramente justa quando o sábio governasse, o corajoso protegesse a cidade e o concupiscente produzisse os meios materiais de vida. Aristóteles, por sua vez, parte da existência de uma divisão social e, portanto, a política justa operaria no sentido de diminuir essa desigualdade entre ricos e pobres. Assim, para ele, dois seriam os tipos de justiça, a distributiva ou do partilhável, que se refere à distribuição pública dos bens para diminuir a distância entre as classes e a justiça do participável, em relação àquilo que não pode ser dividido, ou seja, do que tem de ser participado, referindo-se especificamente ao poder político, a ser exercido por todos os cidadãos (CHAUÍ, 2007, p. 29).

---

[762] Para a autora, com o julgamento e condenação de Sócrates teve-se a separação entre filosofia e política em razão do descontentamento e descrédito de Platão com a *polis*. Platão passou a desconfiar do modo como os assuntos eram conduzidos em praça pública por meio da persuasão (*peithein)* e opôs veemente à arte da retórica desenvolvendo um modo de falar estritamente filosófico denominado *dialeghestai* (diálogo, dialética), buscava a discussão de algo até o fim, até alcançar-se a verdade (ARENDT, 1993, p. 95-96). Platão criticou, ainda, a *doxa* (opinião), exposta pelos cidadãos na praça pública e debatida entre os iguais, argumentando que a política deveria ser conduzida por padrões absolutos de verdade, que só o filósofo poderia conhecer, e por isso seu pensamento político coloca como regime ideal a sofocracia, o governo dos sábios (ARENDT, 1993, p. 92). Em verdade, a morte de Sócrates teria derivado de um mal entendido: "o que a *polis* não compreendeu foi que Sócrates não se dizia um *sophos*, um sábio. Por duvidar que a sabedoria fosse coisa para os mortais, enxergou a ironia do oráculo de Delfos, que dizia que ele era o mais sábio de todos os homens: o homem que sabe que os homens não podem ser sábios é o mais sábio de todos. A *polis* não acreditou em Sócrates, exigindo que admitisse ser, como todos os *sophoi*, um inútil do ponto de vista político. Mas como filósofo, ele realmente nada tinha a ensinar a seus concidadãos" (ARENDT, 1993, p. 94-95). O que Sócrates pretendia era ajudar a tornar a cidade melhor, incitando cada cidadão a alcançar a verdade por meio de sua *doxa*. Por isso a autora afirma que, no pensamento socrático, "o importante para os mortais é tornar a *doxa* verdadeira, é ver em cada *doxa* a verdade, e falar de tal maneira que a verdade de opinião de um homem revele-se para si e para os outros. Nesse nível, a frase socrática, 'sei que nada sei', não significa mais do que: sei que não tenho a verdade para todos, não posso saber a verdade do outro, a não ser perguntando-lhe e, assim, conhecendo a sua *doxa*, que se lhe revela distintamente de como se revela aos outros" (ARENDT, 1993, p. 100). Sócrates queria tornar a filosofia relevante para a *polis*. E do conflito entre filosofia e política observou-se a derrota da primeira: "somente com a famosa *apolitia*, a indiferença e o desprezo pelo mundo da cidade, tão característico de toda a filosofia pós-platônica, o filósofo poderia proteger-se das suspeitas e hostilidades do mundo à sua volta" (ARENDT, 1993, p. 106). Os filósofos deixaram então a vida política e reivindicaram apenas o direito à liberdade de pensamento e expressão.

Na Idade Média, houve um misto dessas duas formas de teorização acrescidas da ideologia cristã de que todo o poder vem de Deus, sendo uma graça ou favor divino depositado no governante. Por essa relação com a divindade, o bom governante era aquele moralmente virtuoso, responsável por uma política justa; ao contrário, sendo moralmente vicioso o governante, injusta seria a política. Há uma ordem do mundo instituída por Deus e uma ordem social, instituída pelo governante sob os desígnios de Deus (CHAUÍ, 2007, p. 28-29).

Com Maquiavel há o rompimento dessa relação entre política e moralidade cristã. O pensador acreditava que política não tinha relação com a justiça e nem com a graça divina, mas apenas com o exercício do poder. Há uma tensão originária entre aqueles que querem governar e comandar e aqueles que não querem ser comandados. Para ele, então, "política é o exercício do poder com o propósito de domar, refrear e conter o desejo dos grandes e concretizar o desejo do povo por liberdade e segurança" (CHAUÍ, 2007, p. 30). Portanto, a política seria a garantia da liberdade e da segurança.

Maquiavel também rompe com conceito de virtude cristão e lança a ideia do princípio virtuoso com base na *virtu*, capacidade de ação frente a *verita effetuale della cose*, ou seja, estar atento às circunstancias e mudar de ideia conforme a necessidade, de maneira a não ser vítima da *fortuna*, mas sim o seu senhor.

A partir da concepção de Maquiavel, de política como exercício do poder, ganhou espaço a doutrina de Jean Bodin com o conceito de soberania: é soberano aquele que tem poder de decisão, que faz, promulga e abole leis e tem direito de vida e morte sobre os governados (CHAUÍ, 2007, p. 30). A partir desse ponto nasce a ideia de soberania ligada com o poder absoluto do Estado, do soberano. Essa ideia foi posteriormente desenvolvida por Thomas Hobbes e relembrada pelos teóricos da ilustração, da independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa.

Política, portanto, nasceu relacionada à discussão pública realizada pelos cidadãos gregos e, aos poucos, com a evolução do pensamento, passou ser abordada sob uma ótica que a relaciona com o exercício do poder, a arte de governar, de gerir um corpo político.

Hannah Arendt propõe uma noção de política que vai além da visão da ciência política que analisa o fenômeno sob a ótica das instituições. Pensa a política sob o enfoque da ação humana, uma dimensão daquilo que chama de vida ativa, calcada no sentido na liberdade.

3 A POLÍTICA COMO A ESFERA DE AÇÃO HUMANA

O pensamento político de Hannah Arendt está pautado pelas experiências históricas que vivenciou, especificamente os regimes totalitários e a possibilidade de eliminação de toda a espécie humana por meio de armas nucleares.

Entretanto, para compreender-se a reflexão da filósofa acerca do sentido da política faz-se necessária uma apreensão prévia de seu pensamento antropológico, a sua forma de entender o próprio ser humano.

> El hombre, para Arendt, es un producto de un improbable milagro consistente em que, de la naturaleza indiferente, surgiera una criatura que en sí mesma es un inicio. El hombre, a diferencia de todo lo demás que existe en el mundo, no sólo forma parte de éste, sino que posee facultades para crearlo (REBULL, 2007, p. 140).

A autora realiza uma reflexão acerca da condição humana a qual, ao contrário de explicar o que de fato vem a ser o homem, analisa o que este faz consigo mesmo e o mundo no qual habita. Por isso, sua abordagem ultrapassa o que é exclusivamente humano e engloba os acréscimos realizados pela ação do homem ao mundo, como condição de existência humana e sua afirmação como parte integrante desse espaço (ARENDT, 1999, p. 17).

Assim, entre a natalidade como o início da ação humana e a mortalidade com o fim (contrariado por meio da busca pela imortalidade que se faz com apoio na História) Hannah Arendt faz uma distinção entre vida ativa[763] e vida do espírito. Ambas apresentam-se em três esferas distintas, sendo a primeira representada pelo que a autora nomina labor, trabalho e ação, ao passo que a segunda se atenta ao pensamento, à vontade e ao juízo.

O labor corresponde àquela atividade humana realizada para fins de satisfação das necessidades básicas, para viabilizar a vida biológica (ARENDT, 1999, p. 15). “La labor no nos distingue de los animales, pues ellos tienden a procurar-se su sustento y cuidar su vida” (REBULL, 2007, p. 141). Em que pese a realização de contato e interação com os demais indivíduos, não se trata propriamente de uma esfera política, haja vista que não gera nada por si mesmo, mas apenas para o atendimento das necessidades vitais.

Nos tempos gregos de outrora, o labor era considerado indigno e realizado pelos escravos, pois as ocupações atreladas às necessidades da vida eram consideradas servis e

[763] Diz Hannah Arendt (1999, p. 15): “com a expressão *vita activa* pretendo designar as três atividades humanas fundamentais: labor, trabalho e ação. Tratam-se de atividades fundamentais porque a cada uma delas corresponde uma das condições básicas mediante as quais a vida foi dada ao homem na Terra”.

análogas às dos animais, que impelidos pelo instinto agem para a perenidade de sua existência. Esta concepção do trabalho permitia aos cidadãos que se dispusessem à atividade política na ágora (ARENDT, 1999, p. 94-95).

A modernidade, para a autora, encerrou esse tipo de pensamento e ligou o labor à noção de propriedade privada e privacidade (ARENDT, 1999, p. 113), pois a atividade de manutenção do próprio corpo e das próprias necessidades se apresenta como a mais particular e privada dos seres humanos que, se nada possuem, são donos ao menos do próprio corpo e podem se apoderar dos resultados provenientes de seu labor (ARENDT, 1999, p. 119-120).

O provimento das necessidades básicas exige grande esforço do indivíduo, utilização de sua força vital, o que gera uma ideia de dor e ônus para o ser humano. Para reduzir o sofrimento pelo qual passa para garantir-se vivo, o homem desenvolve instrumentos artificiais, fabrica, cria. Essa dimensão de criação do artificial, que não pertence originalmente ao mundo, que é distinto das circunstâncias naturais é o que Hannah Arandt chama de trabalho.

> O trabalho é a atividade que corresponde ao artificialismo da vida humana, existência esta não necessariamente contida no eterno ciclo vital da espécie e cuja mortalidade não é compensada por este último. O trabalho produz um mundo ‘artificial’ de coisas nitidamente diferentes de qualquer ambiente natural. Dentro de suas fronteiras habita cada vida individual, embora esse mundo se destine a sobreviver e a transcender todas as vidas individuais. A condição humana do trabalho é a mundanidade (ARENDT, 1999, p. 15).

Nesse caso, o homem assenhora-se da natureza e a transforma segundo suas necessidades, seus desígnios. Ainda nessa categoria, segundo a autora, enquadra-se a obra de arte, vez que o produto do artista permanecerá para além de sua vida. Contudo, essa dimensão da vida ativa também não é política, mas abre à política a possibilidade de existir ao construir uma casa para ela.

Por último (e mais importante do ponto de vista político), a ação e do discurso, consistentes em meios pelos quais o sujeito se revela. Correspondem, respectivamente, às suas palavras e atos e se dão, especificamente, em relação a outros homens, em ambiente de convivência.

Se trabalho e labor podem se desenvolver na esfera da privacidade, a ação, ao contrário, requer a interação com os demais indivíduos. Observa-se uma relação de

pressuposição entre a ação e a pluralidade. A condição de ser humano, no pensamento da autora, só se realiza completamente enquanto o ser se encontra em meios aos demais, com eles trocando suas experiências. Discurso e ação são os modos por meio dos quais os homens se apresentam como homens. Para a autora,

> [...] nenhuma outra atividade humana precisa tanto do discurso quanto a ação. Em todas as outras atividades [da vida ativa] o discurso desempenha papel secundário, como meio de comunicação ou mero acompanhamento de algo que poderia igualmente ser feito em silêncio. É verdade que o discurso é extremamente útil como meio de comunicação e informação, mas, como tal poderia ser substituído por uma linguagem de sinais, talvez até mais útil e convincente para exprimir certos significados, como na matemática e outras disciplinas científicas ou em certas modalidades de trabalho em equipe. Também é verdade que a capacidade humana de agir, sobretudo coletivamente, é extramente útil para autodefesa ou satisfação de interesses, mas quando se trata apenas de usar a ação como meio de atingir a um fim, é evidente que o mesmo fim poderia ser alcançado muito mais facilmente através de uma violência muda, de sorte que a ação, nesse caso, pareceria um substituto pouco eficaz da violência, da mesma forma que o discurso, do ponto de vista da mera utilidade, parece substituto inadequado da linguagem dos sinais (ARENDT, 1999, p. 191-192).

Apesar de indeterminados por sua própria natureza, a ação e o discurso encontram os limites nos mecanismos que asseguram o caminhar em rumos humanos, tais como a *nomos* grega, requisito para a política, estabelecendo as fronteiras da *polis;* a *lex* romana, que ampliava o mundo ao estabelecer possibilidades de relação entre diversos grupos de pessoas; o perdão, que dá oportunidade recomeçar e as promessas, que garantem o mínimo de certeza à ação (REBULL, 2007, p. 143-144).

A pluralidade é a condição para a ação e para o discurso e apresenta-se sob o viés da igualdade e da diferença. Os homens são iguais, mas, ao mesmo tempo diferentes entre si. São iguais, pois se assim não o fossem, não se compreenderiam uns aos outros, ou seus ancestrais, ou, ainda, seriam incapazes de fazer planos para o futuro. A diferença se manifesta no fato de, se não diferissem, não precisariam do discurso e da ação para se entenderem (ARENDT, 1999, p. 188).

> O humano, pois, ao ser capaz de disseminar seus feitos, empreender significantes para suas vivências, intervir acerca do contexto continuamente passível de demarcações, exprime a si mesmo e fomente a esfera pública. Na ação o indivíduo faz validar sua condição de humano. Na propriedade de sua singularidade, faz valer, a partir do discurso, a habilidade em lidar com o novo (MARQUES, 2010, p. 19).

Ainda para a autora, a política apresenta-se justamente como o espaço público existente entre os homens, ocasião em que o ser humano pode tornar efetiva sua ação e seu discurso. A atividade de ação conjugada ao discurso advém da relação dos homens sem a intervenção das coisas ou da natureza e cria espaços de aparecimento, público-políticos, onde o ser humano se mostra, diz quem é diante de outros seres humanos também capazes de dizer e aparecerem. Trata-se de dimensão de pluralidade, em que a diferença pode existir e é necessária.

Contudo, esse espaço público que permite o discurso e a ação do ser humano, na sociedade atual, tem sido esquecido, pouco visitado por aqueles que de fato ali deveriam edificar sua morada. Dentre os fatores que contribuíram para esse esquecimento é possível salientar: a) o "encolhimento do espaço público e o alargamento do espaço privado sob a ação da economia e dos governos chamados neoliberais"; b) "destruição da esfera da opinião pública". De espaço onde se debatia interesses da coletividade passou a ser a esfera na qual são expostos os gostos, sentimentos e preferências individuais que pertenciam ao campo privado; c) "destruição da discussão e do debate públicos sobre projetos e programas de governo e sobre as leis" com o surgimento do *marketing* político que desloca o foco de todo o debate às características pessoais do candidato e transforma o cidadão em consumidor desse *marketing;* d) "a ideologia da competência", para a qual a sociedade se divide entre aqueles que tem competência e aqueles que não a possuem e e) "ação dos meios de comunicação em massa" que, sob a batuta da cultura da competência tornaram irrelevantes as noções de verdade e falsidade, substituídas agora pela plausibilidade e confiabilidade (CHAUÍ, 2007, p. 27-28).

Ainda que esses fatores representem as causas de esquecimento hodierno da política é possível entrelaçá-los, ao menos em sua gênese, ao pensamento anterior de Hannah Arendt acerca da perda de sentido da política, causado, segundo a filósofa, pela ascensão dos regimes totalitários e a possibilidade de aniquilação do ser humano.

Nessa toada, compreendido como a filósofa estrutura seu pensamento em relação à atividade humana, considerando a política como o espaço de ação do ser humano que lhe

assegura a humanidade entre seus iguais, cumpre perscrutar qual o sentido dessa esfera política e se de fato esse sentido esvaiu-se pela experiência histórica.

4 UM SONHO DE LIBERDADE: HANNAH ARENDT E O SENTIDO DA POLÍTICA

As linhas anteriores demonstraram que a política, surgida na Grécia com a fundação da *polis*, é entendida por Hannah Arendt como o espaço público existente entre os homens que os permite agir e expor seu discurso, realizando sua humanidade em contato com seus semelhantes. Trata-se de um espaço característico de atuação da dimensão da vida ativa, pensada pela filósofa como ação, ao passo que labor e trabalho, apesar de propiciarem a atividade política, não podem receber o mesmo adjetivo.

Da forma como a autora compreende a política, o questionamento que se faz acerca de seu sentido só tem uma resposta correta: a liberdade. Lembra, contudo, que as indagações e desconfiança a respeito do sentido da política são antigas e remontam à separação entre filosofia e política, já discorrida.

Todas as classificações ou justificações que procuram definir ou delimitar o conceito de política terminam por considerá-la como um meio para um fim mais elevado, sendo a determinação dessa finalidade diferente ao longo do tempo (AREDNT, 2002, p. 45). Sob esse enfoque, portanto, a política seria uma necessidade para a vida do indivíduo e da sociedade.

> Como o homem não é um ser autárquico, porém depende de outros em sua existência, precisa haver um provimento da vida relativos a todos, sem o qual não seria possível justamente o convívio. Tarefa e objetivo da política é a garantia da vida no sentido mais amplo. Ela possibilita ao individuo buscar seus objetivos, em paz e tranquilidade, ou seja, sem ser molestado pela política – sendo antes de mais nada indiferente em quais esferas da vida se situam esses objetivos garantidos pela política [...] (ARENDT, 2002, p. 46)[764].

Esse pensamento comunga da ideia de que a política é algo natural, que sempre existiu e sempre existirá, buscando seu substrato maior na afirmação de Aristóteles, segundo o qual o homem seria um animal político por natureza. Mas na verdade o filósofo não achava que todos os homens eram políticos (ele excluía os escravos, bárbaros e os reinos despóticos,

[764] "Para o filósofo, a política – caso ele não considerasse toda essa esfera com indigna de si – tornou-se o campo em que se cuida das necessidades elementares da vida humana e ao qual se aplicam padrões filosóficos absolutos" (ARENDT, 1993, p. 114).

por exemplo) e que existia uma *polis* em todo lugar, mas referia-se apenas à *polis* grega e não à qualquer organização humana. A característica do homem como animal político significa que ele pode viver em uma *polis,* sendo que essa é a forma de vida, de convívio humano mais elevado, no entanto, não significa que todos sejam, necessariamente, políticos (ARENDT, 2002, p. 46-47).

A naturalidade (no sentido de sempre ter existido) não corresponde, portanto, à política tal qual pensada pelos gregos, que no sentido grego da palavra, existiu somente na Grécia e em determinado espaço de tempo relativamente curto (ARENDT, 2002, p. 47).

O ponto de distinção entre a organização da *polis* grega e as demais formas de agrupamentos humanos está justamente na liberdade. "Ser-livre e viver-numa-polis eram, num certo sentido, a mesma e única coisa" (ARENDT, 2002, p. 47).

Desde muito cedo se percebe a distinção da liberdade na organização política grega e a liberdade tal qual concebida na atualidade. "A organização social desses povos os levavam a desejar uma liberdade bem diferente de que este sistema nos assegura" (CONSTANT, 1985, p. 10).

A liberdade, para os antigos (e, portanto, para os gregos), era a chamada liberdade republicana e

> [...] consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira, em deliberar na praça pública sobre a guerra e a paz, em concluir com os estrangeiros tratados de aliança, em votar as leis, em pronunciar julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante de todo um povo, em acusá-los de delitos, em condená-los ou em absolvê-los; mas ao mesmo tempo que consistia nisso o que os antigos chamava de liberdade, eles admitiam, como compatível com ela, a submissão completa do indivíduo à autoridade do todo (CONSTANT, 1985, p. 11).

A liberdade política, portanto, tratava-se da faculdade de participar das decisões da cidade, estar na praça pública a debater os assuntos de interesse da coletividade. Contudo, para o exercício dessa liberdade política, era preciso que o cidadão gozasse de outra liberdade, pré-política, ou seja, não podia depender de qualquer outro, não ser escravo, e não precisar exercer quaisquer atividades para seu sustento. "Primeiro, o homem precisava ser livre ou se libertar para a liberdade, e esse ser livre do ser forçado pela necessidade da vida era o sentido original do grego *schole* ou do romano *otium,* o ócio, como dizemos hoje" (ARENDT, 2002,

p. 47).

No pensamento de Hannah Arendt, a liberdade para os antigos pressupunha a desvinculação dos indivíduos das atividades inerentes ao labor e ao trabalho, para a completa dedicação à ação e ao discurso.

A escravidão era, portanto, um meio para garantir a liberdade política. O sentido da política, para os gregos, e não o seu objetivo, consiste, pois, em:

> os homens terem relações entre si em liberdade, para além da força, da coação e do domínio. Iguais com iguais que só em caso de necessidade, ou seja, em tempos de guerra, davam ordem e obedeciam uns aos outros [...] (ARENDT, 2002, p. 48).

O ponto central da coisa política para os gregos era, portanto, a liberdade, pela qual se entendia não estar submetido a nenhum outro e algo que somente poderia ser realizado se em meio aos iguais.

Assim, a liberdade é associada à igualdade, mas não igualdade como se a concebe nos dias de hoje, com base num ideal de justiça, mas no sentido de que "todos tem o mesmo direito à atividade política; e essa atividade na *polis* era de preferência uma atividade de conversa mútua" (ARENDT, 2002, p. 49).

Desse modo, é possível extrair-se que a política não era algo presente desde sempre ou de todo modo necessária. Esteve presente de forma plena apenas em poucos momentos da história, mas relegou à posteridade importantes noções, tal como a liberdade. Diz Hannah Arandt que apenas os regimes totalitários ousaram cortar a relação da política com a liberdade. Os regimes totalitários impõem a ideia de

> [...] a liberdade dos homens precisa ser sacrificada para o desenvolvimento histórico, cujo processo só pode ser impedido pelo homem quando este age e se move em liberdade. [...] Do ponto de vista teórico, torna-se decisivo a liberdade não ser localizada nem no homem atuante e semovente nem no espaço que surge entre os homens, mais sim apresentada num processo que se realiza pelas costas do homem atuante e age, às escondidas, do outro lado do espaço visível dos assuntos políticos. O modelo desse conceito de liberdade é o rio que corre livremente, diante do qual qualquer intervenção representa uma arbitrariedade a obstruir seu fluxo (ARENDT, 2002, p. 51-52)[765].

[765] Nesses casos, o conceito de política foi substituído pelo de história e os regimes totalitários encontraram uma forma de incluir o homem no fluxo da história. "Os meios pelos quais isso acontece são um processo externo de

Isso se dá porque, como em linhas posteriores destacar-se-ão, os regimes totalitários procuraram aniquilar a esfera de liberdade do indivíduo a fim de eliminar toda a espontaneidade e capacidade de objeção, ao tornar a ação humana previsível, visto que furta sua principal característica, a imprevisibilidade.

A concepção de liberdade alterou-se ao longo do tempo histórico. A identificação com a ação política e a participação ativa nos rumos da sociedade já não condizem com o seu núcleo essencial nos dias se passam atualmente. A liberdade dos antigos, tal como era conhecida hoje cedeu espaço à liberdade dos modernos, a qual

> É para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, nem detido, nem condenado, nem maltratado de nenhuma maneira pelo efeito da vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É para cada um o direito de dizer sua opinião, de escolher seu trabalho e de exercê-lo; de dispor de sua propriedade, até de abusar dela; de ir e vir, sem necessitar de permissão e sem ter que prestar conta de seus motivos ou de seus passos. É para cada um o direito de reunir-se a outros indivíduos, seja para discutir sobre seus interesses, seja para professar o culto que ele e seus associados preferirem, seja simplesmente para preencher seus dias e suas horas de maneira mais condizente com suas inclinações, com suas fantasias. Enfim, é o direito, para cada um, de influir sobre a administração do governo, seja, pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja por representações, petições, reivindicações, às quais a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração (CONSTANT, 1985, p. 10-11).

Com a modernidade o que mudou foram os âmbitos pelos quais a política parecia necessária. A vida privada e as necessidades dos indivíduos receberam nova importância e, na forma da sociedade, apareceram em público. “É obrigação do governo em cujo espaço cai a coisa política a partir de então, proteger a livre produtividade da sociedade e a segurança do indivíduo em seu âmbito privado” (ARENDT, 2002, p. 73). Essa noção parece evidente quando se observa a concepção de liberdade para os modernos.

Neste contexto de Modernidade o Estado passa a ser visto como um mal necessário para a liberdade social. Essa concepção é a dominante, em contraponto com o pensamento

---

coação do terror e a pressão exercida por dentro do pensamento ideológico, ou seja, um pensamento que, bem no sentido do fluxo da história, vem junto no íntimo, por assim dizer” (ARENDT, 2002, p. 52).

que vigorou na antiguidade. Os ideais revolucionários que identificaram o ser livre com o participar do governo, tal quais os antigos, não tiveram força para transformarem-se em uma forma de Estado. A participação dos cidadãos no governo só é necessária porque o Estado precisa de limites, ser controlado no exercício da força.

> É indiscutível que a restrição e controle ocorrem em nome da liberdade, tanto da sociedade como do indivíduo; trata-se de estabelecer limites, os mais amplos possíveis e necessários, para o espaço estatal do governar, a fim de possibilitar a liberdade fora de seu espaço. Portanto, não se trata, em todo caso, de possibilitar a liberdade de agir e de atuar politicamente; ambos continuam sendo prerrogativa do governo e dos políticos profissionais que se oferecem ao povo como seus representantes no sistema de partidos, para representar seus interesses dentro do Estado e, se for o caso, contra o Estado (ARENDT, 2002, p. 75).

Todavia, quando Hannah Arendt menciona ser a liberdade o sentido da política parece que a noção de liberdade por ela empregada não está diretamente relacionada nem à liberdade dos antigos, nem à dos modernos. Em verdade, o que se observa é uma conjugação de ambos os conceitos, pois, para a autora, a liberdade política se realiza na espontaneidade, conceito de matriz kantiana, segundo o qual cada homem é capaz de começar uma nova série por si mesmo. Liberdade de agir é entendida como estabelecer-um-início-e-começar-alguma-coisa – *archein e* levar-ao-fim-a-coisa-começada (agir – *prattein)* (ARENDT, 2002, p. 47).

Nesse particular aspecto, retorna-se ao ponto da natalidade como condição humana, à medida que a autora considera cada nascimento como um o novo “initium”, em razão de os seres humanos, ao mesmo tempo em que tomam iniciativas e são impelidos a agir, são um início em si mesmo. O ser humano é, portanto, início e iniciador de algo (ARENDT, 1999, p. 190).

Essa característica de iniciador e início importa, pois, no reconhecimento de uma liberdade imanente a cada ser humano, a liberdade para ação no mundo, que nasce justamente com o indivíduo, o qual traz consigo, ao nascer, algo singularmente novo (ARENDT, 1999, p. 191).

A cada nascimento, pode acontecer o inesperado, pois cada novo homem é capaz de realizar uma infinidade de ações não previsíveis, o que constitui exatamente o conteúdo de sua liberdade.

Essa liberdade parece ser, pois, aquela apresentada como o sentido da política. A

singularidade da condição humana, as imprevisíveis possibilidades de ação juntamente a seus pares e a sua comunicação por meio do discurso, caracterizam a intangibilidade de sua condição humana, por conseguinte, a dimensão de sua dignidade.

A espontaneidade, capacidade de criar algo novo, se inicialmente pode ser realizada numa esfera privada, só, posteriormente encontra continuidade nos pares, de levar ao fim o início de cada indivíduo. Portanto, por meio dela, garante-se o aparecimento no espaço público e a discussão a respeito das questões políticas, fazendo-se presente a liberdade dos antigos, tal como pensada pelos gregos, mas, ao mesmo tempo, exige o respeito à garantia dessa esfera de liberdade do indivíduo, com o que se conjuga a liberdade dos modernos.

Somente pode ser espontâneo aquele que não sofre coerção, haja vista que tem garantida sua liberdade e assim, o indivíduo é capaz de dar início ao novo, criar e interagir com seus semelhantes, de realizar-se completamente em sua esfera política.

Essa liberdade, entendida como espontaneidade, parece ser o sentido da política de que trata Hannah Arendt.

Tendo por base essa compreensão, a autora lança o questionamento, diante dos acontecimentos históricos por ela testemunhados, especificamente diante da ascensão dos regimes totalitários, que arrastaram toda a vida para a política e acabaram com a liberdade, se a política ainda tem, de algum modo, sentido (ARENDT, 1993, p. 117).

A autora passa a questionar se política e liberdade, simbioticamente unidas de início, não seriam agora conceitos antagônicos. Pergunta-se se a liberdade não somente começaria no exato ponto no qual se encerrasse o fenômeno político.

Os regimes totalitários, especialmente o nazismo, utilizaram a política para empreender um projeto de governo que culminou no aniquilamento absoluto da liberdade e da própria pessoa humana. A política, sob essa ótica, tornou-se inimiga da dignidade, que ganhou importante roupagem a partir de então.

Desse modo, impõe-se a análise do processo que culminou com a perda de sentido da política, na perspectiva da filósofa Hannah Arendt, para então de fato compreender-se o que o pensamento dessa autora representa no contexto filosófico-político mundial.

5 A PERDA DE SENTIDO DA POLÍTICA, A ASCENSÃO DO REGIME TOTALITÁRIO E O FIM DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O sentido da política, na esteira de pensamento de Hannah Arendt, é a liberdade, caracterizada pela espontaneidade contida em cada nascimento, pela possibilidade do ser humano criar algo por si mesmo, dar início a um novo processo e agir de modo imprevisível,

não condicionado. Essa liberdade só se realiza completamente na esfera pública, por meio da ação e do discurso entre iguais, onde o homem é e aparece como homem, afirmando sua condição humana, por meio da esfera ativa de sua vida.

Com o desenvolvimento de inúmeras tecnologias, associado ao progresso da ciência, várias possibilidades se abriram ao horizonte humano e permitiu-se que o homem desfrutasse de bens que por muito tempo estiveram no plano de existência na mente de escritores de ficção. As fronteiras humanas sofreram uma dilatação sem igual. As dimensões do labor e do trabalho, pensadas por Hannah Arendt, foram absolutamente transformadas em sua essência.

A concepção de labor e trabalho ganhou uma maior importância com o surgimento da sociedade de consumo de massa. A preocupação central no início dos tempos modernos é eminentemente com o trabalho, na lógica da gestão da vida biológica vinculada a um processo dinâmico da produção e do consumo da vida. Com a derrocada da relevância dessa esfera da vida ativa, o próprio labor assume posição de centralidade e de determinação da vida dos seres humanos.

Na contemporaneidade, denota-se um cenário que se configura com o primado da esfera privada em face da pública. Exacerbou-se a noção de liberdade dos modernos e o indivíduo recolheu-se a uma esfera de individualidade egoísta. A interação com a pluralidade é relegada ao segundo plano.

Hannah Arendt menciona que desde a Antiguidade ninguém mais associou política e liberdade e que na modernidade a esfera política foi considerada como um meio para assegurar as provisões vitais da sociedade e a produtividade do livre desenvolvimento social[766]. E os regimes totalitários nada mais fizeram de substancialmente diferente das razões do pensamento liberal ou conservador do século XIX (ARENDT, 1993, p. 119).

> Quando à liberdade foi pautada uma dimensão íntima, e quando a ação política passou a ser de aplicabilidade restritiva e direcionada e, além, quando o foco das relações humanas trilhou-se ao consumo e o sentido de estar vivo dissipou-se como uma marca subjetiva, a História apresentou indícios extremos, como os episódios da bomba atômica e dos movimentos totalitários [...]. No espaço amostral de indivíduos que não se ajustam a nenhum valor duradouro e antes mantêm-se presos aos imperativos do conforto (da coleção dos produtos e artifícios tecnológicos) os fatos

[766] "Se é verdade que a política não é nada além do que é infelizmente necessário para a preservação da vida da humanidade, então com efeito ela começou a ser liquidada, ou seja, seu sentido transformou-se em falta de sentido" (ARENDT, 1993, p. 119).

> históricos podem livremente transitar entre a indiferença e a barbárie (MARQUES, 2010, p. 23)

O cenário anunciado é marcado pelo progressivo afastamento do indivíduo da esfera pública, restringindo-se à esfera de individualidade, privacidade, da interioridade e pelo fato de a ação política deixar de ser importante, com a consequente falta de identificação do indivíduo com o corpo social, e ausência do sentimento de responsabilidade pelos destinos de sua organização sociopolítica. O espírito de liberdade dos antigos, que os inseria necessariamente na esfera política, esvaiu-se. O mundo político deixou de ser importante para a formação e configuração da pessoa humana.

Esse recrudescimento e afastamento do ser humano da esfera ativa da política, com a crença de que se tratava de assuntos destinados apenas aos profissionais, aos técnicos – uma das razões já elencadas para o esquecimento da política – em última medida, proporcionou campo fértil para a ascensão dos regimes totalitários.

Os regimes se aproveitaram do distanciamento do indivíduo da esfera política e apresentaram-se como uma forma de governo que pretendia reduzir ao máximo o imprevisível o que, nas relações humanas advém da espontaneidade (a liberdade para Hannah Arendt) do indivíduo, da capacidade de criar o novo. O objetivo era condicionar o homem à aceitação passiva de tudo o que fosse sugerido pela ideologia totalitária.

"Os movimentos totalitários são organizações maciças de indivíduos atomizados e isolados. Distinguem-se dos outros partidos e movimentos pela exigência de lealdade total, irrestrita e inalterável de cada membro individual" (ARENDT, 1989, p. 373).

Nesse espaço de dominação total não há lugar para a ação política em sua essência, tal como destacada por Hannah Arendt. Qualquer ação espontânea deveria ser eliminada e os indivíduos, reduzidos a uma mesma identidade.

"Não se pode esperar lealdade a não ser de seres humanos completamente isolados que, desprovidos de outros laços sociais – de família, amizade, camaradagem – só adquirem o sentido de terem lugar neste mundo quando participam do movimento, pertencem ao partido" (ARENDT, 1989, p. 373).

Para isso, três seriam os passos, provocando a morte da pessoa jurídica, com o aniquilamento da personalidade jurídica e a exclusão da proteção legal, ou com a instituição de diferenciações restritivas por meio da lei (as leis de Nuremberg, por exemplo, na

Alemanha)[767]; a morte da pessoa moral[768], que elimina o sentimento de pertença e reconhecimento mútuo, a disposição de tudo para causar constrangimento e, por último a morte da individualidade[769], com a completa destruição da pessoa, a supressão de sua identidade, da espontaneidade, da capacidade de criar, iniciar algo com os próprios recursos, implicava na redução de sua dignidade.

O que pretendiam os regimes totalitários – e, apesar de a referência frequente ser ao nazismo desenvolvido na Alemanha, esse não é o único exemplo[770] – era, de fato, a dominação total, "que procura sistematizar a infinita pluralidade e diferenciação dos seres humanos como se toda a humanidade fosse apenas um único indivíduo" (ARENDT, 1989, p. 488), somente possível quando todos estivessem reduzidos a um, a uma única identidade.

A II Guerra Mundial, ápice da dominação total, representou para o mundo a triste comprovação da conhecida máxima hobbesiana, *homo hominis lupus*. O homem é lobo do homem aqui não considerado sua condição em estado natural que demanda a existência do Estado para por fim à situação de guerra, mas no sentido constatado de regressão ao estado de barbárie, não do homem em oposição ao seu inimigo, mas do homem contra a humanidade.

Sabe-se, sem necessidade de aprofundamento em pluralidade de fontes históricas, pois o fato é de todo conhecido (ainda que algumas particularidades ignoradas), que o grande flagelo da II Guerra Mundial não adveio das batalhas travadas nos campos abertos. O que assombrou o mundo ao tornar-se público foi algo desenvolvido de início não com armas, mas

---

[767] "Por um lado isso foi conseguido quando certas categorias de pessoas foram excluídas da proteção da lei e quando o mundo não-totalitário foi forçado, por causa da desnacionalização maciça, a aceitá-los como os fora-da-lei; logo a seguir criaram os campos de concentração fora do sistema penal normal, no qual um crime definido acarreta uma pena previsível. [...] Em todas as circunstâncias, o domínio totalitário cuidava para que as categorias confinadas nos campos [...] perdessem a capacidade de cometer quaisquer atos normas ou criminosos" (ARENDT, 1989, p. 498). "A destruição dos direitos de um homem, a morte da sua pessoa jurídica, é a condição primordial para que seja inteiramente dominado" (ARENDT, 1989, p. 502).

[768] "Isso se consegue, principalmente, tornando impossível, pela primeira vez na história, o surgimento da condição de mártir. [...] Quando não há testemunhas, não pode haver testemunho" (ARENDT, 1989, p. 502). Proíbem-se a dor e a recordação, e houve um roubo do significado da morte, que apenas estava destinada a selar o fato de que aquele indivíduo jamais existiu. "Pela criação de condições em que a consciência deixa de ser adequada e fazer o bem se torna inteiramente impossível, a cumplicidade conscientemente organizada de todos os homens nos crimes dos regimes totalitários é estendida à vítimas e, assim, torna-se realmente total" (ARENDT, 1989, p. 503).

[769] "As maneiras de lidar com essa singularidade da pessoa humana são muitas e não tentaremos arrolá-las. Começam com as monstruosas condições dos transportes a caminho do campo, onde centenas de seres humanos amontoam-se num vagão de gado, completamente nus, colados uns aos outros, e são transportados de uma estação para outra, de desvio a desvio, dia após dia; continuam quando chegam ao campo: o choque bem organizado das primeiras horas, a raspagem dos cabelos, as grotescas roupas do campo; e terminam nas torturas inteiramente inimagináveis, dosadas de modo a não matar o corpo ou, pelo menos, não matá-lo rapidamente. O objetivo desses métodos, em qualquer caso, é manipular o corpo humano – com as suas infinitas possibilidades de dor – de forma a fazê-lo destruir a pessoa humana tão inexoravelmente como certas doenças mentais de origem orgânica" (ARENDT, 1989, p. 504).

[770] Hannah Arendt faz constantemente referência ao regime totalitário instalado na Rússia por Stálin.

com ideias[771].

A Alemanha, conhecida vilã, amargurava a derrota imposta na I Guerra Mundial, cujas condições de rendição, contidas no Tratado de Versailles eram consideradas humilhantes. Havia um descontentamento geral, e o cenário internacional posterior, com a crise de 1929, por exemplo, conduziu o país a uma situação precária que permitiu se desenvolver o partido nazista (Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães), e proporcionou terreno fértil para os ideais de Adolf Hitler, dentre os quais encontrava-se um pensamento de superioridade da raça ariana, em extrema oposição ao povo judeu.

> O traço marcante da doutrina nazista consistia na superioridade racial dos arianos, dos germânicos, e toda a sua ação desenvolveu-se tomando como pano de fundo a intolerância, a não aceitação da diferença, da diversidade, o repúdio à alteridade, ao outro. Não era suficiente apenas segregar as demais raças consideradas inferiores pelos arianos: era preciso ir além, dominá-los e destruí-los fisicamente era pouco, aniquilá-los espiritualmente era desejado com avidez (GUERRA, 2007, p. 30).

Essas ideias foram, pouco a pouco, ganhando adeptos na Alemanha. Os judeus, alvo principal de todo o ódio, eram identificados como apoiadores do Estado, detentores do poder econômico e, pois, quaisquer revoltas em face do Estado terminavam, também, voltando-se contra esse povo, sem uma pátria ou governos próprios.

A partir da ascensão de Hitler ao poder os ataques aos judeus vieram sob diversas formas. Desde o boicote de seus estabelecimentos comerciais, passando pelo confisco de bens, segregação em guetos privados das condições mínimas de sobrevivência, trabalhos forçados, culminando no extermínio físico completo em campos de concentração (GUERRA, 2007, p. 36-46).

> Os campos destinavam-se não apenas a exterminar pessoas e degradar seres humanos, mas também servem à chocante experiência da eliminação, em condições cientificamente controlados, da própria espontaneidade como expressão da conduta humana, e da transformação da personalidade humana numa simples coisa, em algo

[771] "O domínio totalitário procura atingir esse objetivo [de redução de todos a uma mesma identidade] através da doutrinação ideológica das formações de elite e do terror absoluto nos campos; e as atrocidades para as quais as formações de elite são impiedosamente usadas constituem a aplicação prática da doutrina ideológica – o campo de testes em que a última deve colocar-se a prova – enquanto o terrível espetáculo dos campos dever fornecer a verificação 'teórica' da ideologia" (ARENDT, 1989, p. 488).

que nem mesmo os animais são [...] (ARENDT, 1989, p. 488-489).

O ser humano, indivíduo, cidadão nazista, não se reconhecia no outro, especialmente no judeu. Seu olhar enxergava o ódio que sua mentalidade reproduzia e acreditava. Aos iguais humanos, com as mesmas necessidades, os nazistas destinaram tratamento bestializante, massacrante não só do corpo, mas principalmente da alma. Minaram as forças de resistência, destruíram lares, aniquilaram famílias. Semearam a fome, o medo, desespero, vergonha. Amontoaram pessoas como coisas, sugaram a vitalidade dos seus corpos, os privaram mesmo de espírito e depois mataram. Com gás, com armas. E depois, deixaram com que o fogo consumisse a carne, que as chaminés exalassem a negra fumaça e que o ar carregasse o fétido odor. Não coisas, não bestas, mas seres humanos.

A despeito do potencial destruidor da vida biológica, o terror dos campos de concentração não residia exclusivamente na morte física, do fim da existência corporal.

> O verdadeiro horror dos campos de concentração e de extermínio reside no fato de que os internos, mesmo que consigam manter-se vivos, estão mais isolados do mundo dos vivos do que se tivessem morrido, porque o horror compele ao esquecimento (ARENDT, 1989, p. 493).

Os regimes totalitários e, em especial, o nazismo, procuraram estabelecer um processo de dominação tão intenso e cruel que, ao aniquilar a individualidade do homem e sua espontaneidade[772] de agir, além de acabar com o espaço de ação política, destruíam nos seres a própria condição de humanos.

A morte somente era o final de um processo de desumanização. Ao reduzir os corpos a meros esqueletos e permitir que a fome o consumisse, antes de entregá-los ao gás venenoso e ao fogo que tudo destrói, eliminava-se o espírito do ser humano, fazia-o perceber que sua existência era desprovida de significado e que a submissão era absoluta. Mesmo a morte era adiada, para que ficasse evidente o controle[773]. "A desvairada fabricação em massa de cadáveres é precedida pela preparação, histórica e politicamente inteligível, de cadáveres vivos" (ARENDT, 1989, p. 498).

---

[772] "Quem aspira o domínio total deve liquidar no homem toda espontaneidade, produto da existência da individualidade, e persegui-la em suas formas mais peculiares, por mais apolíticas e inocentes que sejam" (ARENDT, 1989, p. 507).

[773] "O inferno, no sentido mais literal, é representado por aquele tipo de campos que os nazistas aperfeiçoaram e onde toda a vida era organizada, completa e sistematicamente, de modo a causar o maior tormento possível" (ARENDT, 1989, p. 496).

Toda a construção pensada em torno do respeito e valorização dos seres humanos, com a doutrina nazista, esvaiu-se em pó. O homem como fim em si mesmo e a intrínseca dignidade pensada por Kant desapareceram no primeiro momento em que o igual foi tratado diferente simplesmente por professar a fé judaica.

E diz Hannah Arendt (1989, p. 490) ser natural a racionalidade atual buscar as explicações que permitam a compreensão das causas que culminaram no inacreditável. A verdade, entretanto, é que não há bom senso capaz de compreender, não há razão capaz de explicar o porquê ou como.

Ao que parece, somente é possível dizer que tais acontecimentos desse modo se desencadearam porque os Direitos do Homem estavam "apenas formulados, mas nunca filosoficamente estabelecidos, apenas proclamados mas nunca politicamente garantidos", pelo que perderam, em sua forma tradicional, toda a validade (ARENDT, 1989, p. 498).

> O ato de matar a individualidade do homem, de destruir a sua singularidade, fruto da natureza, da vontade e do destino, a qual tornou-se uma premissa tão auto-evidente para todas as relações humanas que até mesmo gêmeos idênticos inspiram certa inquietude, cria um horror que de longe ultrapassa a ofensa da pessoa político-jurídico e o desespero da pessoa moral. [...] A experiência dos campos de concentração demonstra realmente que os seres humanos podem transformar-se em espécimes de animal humano, e que a 'natureza' do homem só é 'humana' na medida que dá ao homem a possibilidade de tornar-se algo eminentemente não natural, isto é, um homem (ARENDT, 1989, p. 506). (sic)

O totalitarismo impõe a destruição de todo vestígio de dignidade e a ideologia totalitária busca subverter a própria natureza humana. Não permite ao homem realizar o que é, segundo Arendt, a qualidade de humano, ou seja, de estar entre seus iguais, de agir, de falar, criar o novo, o inesperado.

Eliminar a espontaneidade do indivíduo e obstruir-lhe a ação política, à medida que toda e qualquer ação distinta a submissão completa está impedida, inviabiliza por completo que se pense na dignidade do ser humano,

> [...] pois o respeito à dignidade humana implica o reconhecimento de todos os homens ou de todas as nações como entidades, como construtores de mundo ou co-autores de um mundo comum. Nenhuma ideologia que vise à explicação de todos os

> eventos históricos do passado e o planejamento de todos os eventos futuros pode suportar a imprevisibilidade que advém do fato de que os homens são criativos, deque podem produzir algo novo que ninguém jamais viu (ARENDT, 1989, p. 509-510).

Não interessa ao regime o novo, o diferente, o inesperado. Somente o conhecido, o igual e previsível merecem atenção. Os indivíduos que se reconhecem uns nos outros como semelhantes e que possuem capacidade de ação tornam a dominação um processo de difícil realização, por isso, de início, deve-se retirar-lhes quaisquer capacidade de agir, ainda que isso, ao final do ciclo, implique em eliminar sua dignidade, sua condição e natureza humana.

Diante desse cenário descortinado, num palco de horrores causados sobretudo por atitudes que se afirmavam políticas (e trata-se de autoafirmação pois políticas, em verdade, para Hannah Arendt não eram), é compreensível que se questione o sentido da política.

A filósofa, ao trazer a política para o centro do debate, procura ressuscitar valores antigos que conclamam o cidadão à ruptura do estado inercial e fazer valer sua condição, com vistas a trazê-lo para o cenário público e evitar que política ou humanidade despareçam. Seu intento, ao demonstrar o que o afastamento da política pode causar – o totalitarismo, por exemplo – é despertar o indivíduo, o cidadão de uma condição egoísta e egocêntrica, presa na individualidade e fazê-lo se preocupar com questões que transcendem o labor e o trabalho, as necessidades vitais ou as utilidades tecnológicas que proporcionam conforto.

O questionamento a respeito do sentido da política apresenta-se, em última (ou primeira, a depender do enfoque que se destina) análise, um questionamento acerca do próprio sentido da existência e da vida humana. Ou o ser humano se afirma verdadeiramente humano e, de posse do seu “eu” se apresenta aos seus iguais para ser visto, ouvido e lembrado, ou sua espera pelo reconhecimento alheio a alguém que não compreende sua própria condição pode reduzi-lo a algo não humano, apenas natural.

O sentido da política pode-se pensar, portanto, como reencontro do ser humano com seu próprio “eu”, naturalmente político, essencialmente singular, mas individualmente idêntico ao seu semelhante, que lhe confere a igualdade, reconhecendo-lhe a diferença e, ao cabo e ao fim, permite a realização de sua dignidade.

CONCLUSÃO

O conceito de política variou e evolui-se com o tempo. Dos gregos, em que coincidia com a liberdade de participação nas decisões da *polis,* até os modernos, para os quais era

destinada à assegurar as necessidades vitais básicas e garantir a liberdade individual, o sentido da ação política transformou-se substancialmente.

A reflexão traçada por Hannah Arendt procura, de algum modo, recuperar a significação que a política tinha para os gregos, à medida que identifica o seu sentido justamente com a liberdade, por ela compreendida como a espontaneidade inerente ao ser humano, a capacidade de criar algo novo a partir de si mesmo.

O pensamento da autora conduz à compreensão de que, desde a separação entre filosofia e política, marcada pelo julgamento e condenação de Sócrates, houve um progressivo esvaziamento do campo de ação política e um desinteresse generalizado dos indivíduos por essa esfera de sua vida ativa.

Reduzidos e limitados à sua esfera individual egoísta, deixaram de interagir uns com os outros, de iniciarem novos processos a serem por seus iguais continuados, abandonaram o desejo de aparecer e ser vistos, que por sua vez, mostrou-se campo fértil para o nascimento e ascensão de regimes totalitários.

Esses regimes se valeram do afastamento do indivíduo da esfera pública e, dominando-a, criaram meios para aniquilarem o total sentido da política, subvertendo-a, privando a liberdade, exterminando a individualidade, anulando o ser humano, que, desprovido daquilo que lhe é inerente e lhe garante a condição humana, reduziu-se a mero objeto num processo de dominação e submissão total.

A reflexão realizada por Hannah Arendt é um alerta para a necessidade de participação política do cidadão, de seu engajamento na esfera da vida pública, pois, sua participação pública-política, a ação e interação entre os iguais, o discurso, que tornam o indivíduo algo não exclusivamente natural, ou seja, fazem do homem efetivamente o que ele é.

Assim, forte no pensamento da filósofa, a (re)construção de sentido da política, ou a reavivação de uma significação já conhecida mas, talvez, esquecida ou em vias de esquecimento, liga-se e garante, necessariamente, a dignidade da pessoa humana. Isso porque, deixam claros os exemplos da história, quando a liberdade (como espontaneidade) é eliminada, sendo algo intrínseco e que acompanha o homem desde o seu nascimento, ocorre uma progressiva aniquilação da pessoa humana, num processo que compreende a morte de sua personalidade jurídica, moral e de sua individualidade.

Somente, pois, a efetiva participação política, no sentido como os antigos a entendiam, mas agora não destinada aos poucos detentores de uma cidadania restritiva, ao contrário, efetivamente inclusiva de todos e cada um, diante do igual, garante ao homem a

possibilidade de, nas palavras da autora, tornar-se algo eminentemente não natural, ou seja, o homem.

O alerta da autora a respeito da necessidade da participação do indivíduo na esfera pública assiste muito mais razões com a Modernidade, em especial na modernidade política, que implica na capacidade plena do exercício da cidadania e promove a emancipação do homem, daí, a pertinência da revisitação ao sentido da política no intuito de valorização do homem e prevenção ao retrocesso de barbáries e regimes totalitários.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando:* introdução à filosofia. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Moderna, 1993.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo.* Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1989.

_____. Filosofia e política. *In:* ARENDT, Hannah. *A dignidade da política*: ensaios e conferências. Trad. Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p. 91-115.

_____. Será que a política ainda tem de algum modo sentido? *In:* ARENDT, Hannah. *A dignidade da política*: ensaios e conferências. Trad. Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993, p. 117-122

_____. *A condição humana.* 9.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

_____. *O que é política.* 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CONSTANT, Benjamim. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. *In:* MONTEIRO, João Paulo et al. *Filosofia política 2*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985, p. 9-25.

CHAUI, Marilena. O que é política? *In:* NOVAES, Adauto. *O esquecimento da política.* Rio de Janeiro: Agir, 2007, p. 27-53.

MARQUES, Bárbara R. R. A condição de ser do mundo: Hannah Arendt e o sentido da política. *Revista Saberes*, Natal, v. 3, p. 19-27, 2010.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Direito internacional dos direitos humanos.* Nova mentalidade emergente pós-1945. 1.ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

REBULL, María del Mar Estrada. Política em Hannah Arendt. *Estudios Sociales, Nueva Época.* v. 2, dez 2007, p. 137-158. Disponível em: <http://www.publicaciones.cucsh.udg.mx/pperiod/estsoc/pdf/estsoc07_2/estsoc07_2_137-358.pdf>. Acesso em: 18 set 2012

ABUSO SEXUAL INFANTO-JUVENIL E O PROJETO DEPOIMENTO SEM DANO: UMA FORMA DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES AMPARADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NA LEI 8.069/1990

Ana Paula MEDA[774]
Bruna IMAZU[775]

RESUMO

A violência doméstica é aquela processada em âmbito familiar, em que as pessoas envolvidas estão ligadas por relações de parentesco, podendo ocorrer contra mulheres, idosos e até contra crianças e adolescentes. Quando voltada contra menores, essa violência familiar pode se manifestar de diversas maneiras: violência física, psicológica, negligência e abuso sexual. E é em relação a essa última forma de maus-tratos que trata o presente trabalho, procurando analisar essa problemática e expor a melhor forma de proteger essas pessoas que ainda se encontram em fase de desenvolvimento. O abuso sexual não é algo novo, nem um assunto tão fácil de ser discutido. Ainda há muita dificuldade de se falar e ouvir sobre isso, tanto para a criança vítima/testemunha do abuso, quanto para o adulto que toma conhecimento do fato. Todavia, é necessário romper o silêncio, cabendo à família, escola, centros de saúde, comunidade, Poder Judiciário atuarem conjuntamente na proteção de crianças e adolescentes. Com foco na atuação do Judiciário, essa proteção vem sendo efetivada com o projeto "Depoimento sem dano", sendo uma nova forma de inquirir os menores vítimas/testemunhas da violência sexual, procurando evitar uma vitimização secundária. O abuso sexual infanto-juvenil é preocupante e merece atenção. Cabe a todos, em qualquer momento, inclusive em fase processual, tomarem medidas que garantam os direitos dos menores, buscando assim, a efetivação do melhor interesse da criança.

PALAVRAS-CHAVE: Violência doméstica. Abuso sexual. Crianças e adolescentes. Depoimento sem dano.

ABSTRACT

Domestic violence is one processed within the family, in which the people involved are connected by kinship, occurring against women, the elderly and even against children and adolescents. When directed against children, that family violence can manifest itself in several

[774] Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).
[775] Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

ways: physical, psychological, neglect and sexual abuse. And it is in relation to this latter form of abuse that is the present work, trying to analyze this problem and expose the best way to protect those people who are still in the development stage. Sexual abuse is not something new, not so easy a matter to be discussed. There is still much difficulty in speaking and hearing about it, both for the child victim / witness abuse, and for the adult who takes notice of the fact. However, it is necessary to break the silence, while the family, school, health centers, community, judiciary act jointly in the protection of children and adolescents. Focusing on the action of the judiciary, this protection has been effected with the project "Testimony no harm", and a new way to ask the child victims / witnesses of sexual violence, avoiding secondary victimization. Sexual abuse of children and adolescents is worrisome and deserves attention. It's up to everyone, anytime, including procedural stage, take measures to ensure the rights of minors, seeking thereby effecting the child's best interest.

KEYWORDS: Domestic Violence. Sexual abuse. Children and adolescents. No damage deposition.

INTRODUÇÃO

A pesquisa ora indicada realçou a extensão da violência doméstica e, de forma aprofundada, a dinâmica do abuso sexual como fruto dessa violação domiciliar e, o consequente novo formato de inquirição de crianças e adolescentes ao serem depoentes no processo judicial, tanto de maneira a não causar maiores danos psíquicos quanto à validade de seus testemunhos como prova.

Abordou-se por meio deste objeto de estudo um problema de ordem social que exige urgentemente a concreta proteção e defesa destinada ao público infanto-juvenil, na medida que haja a concretização de ações que visem a prática de direitos resultantes no combate à violência sexual, sendo que o Projeto Depoimento sem Dano enquadra-se como uma dessas ações. Por isso, a justificativa e a relevância social do tema em apreço.

Neste aspecto, a problemática fundamental apresentada baseia-se no seguinte: como o Projeto Depoimento sem Dano, tratando-se de uma iniciativa do Estado representado pelo Poder Judiciário, pode contribuir para a efetivação dos direitos de crianças e adolescentes abusados sexualmente, como um instrumento que ampara as vítimas, esclarece e processa as conjunturas de violência sexual?

Adentrando nesta pergunta, a ênfase ocorreu justamente em apontar o quanto o abuso sexual é uma violação dolorosa, escondida e vergonhosa que, por vezes, acaba não chegando à fase da notificação/denúncia por diversos fatores emocionais, sociais e familiares e, também, como o projeto Depoimento sem Dano pode ser analisado como um meio de realização dos direitos infanto-juvenis, dada a maneira que a inquirição é feita e sua validade enquanto prova.

De maneira que fosse viável o entendimento do problema em voga, essencial se fez a demarcação de seu exame, o qual se norteou à apresentação da violência doméstica e suas manifestações, à dinâmica do abuso sexual (práticas de atividades instigantes ao sexo, sigilo, revelação e notificação) e o resultante projeto Depoimento sem Dano que abarca o testemunho infanto-juvenil sob o cuidado do questionamento e como prova judicial, tendo respaldo na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, no projeto brasileiro de lei nº 7.524/2006 e o seu surgimento na 2ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre (RS) criado pelo Dr. José Antônio Daltoé Cezar.

Deste modo, o referencial teórico utilizado teve início na investigação que define a violência doméstica e suas formas de acontecimento, bem como a conceituação de abuso sexual e suas modalidades até a notificação, juntamente com a responsabilidade de enfrentamento do abuso sexual que deve ser da família, da sociedade e do Estado, conforme preceitua a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o projeto Depoimento sem Dano como uma atuação estatal em meio ao resguardo de infantes e juvenis.

Na tentativa de solucionar a problematização, foi empregado o método dedutivo, ao passo que se partiu de uma breve consideração geral sobre violência doméstica até se chegar ao ponto principal, que é como proteger crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, por meio da atuação conjunta da sociedade e, especialmente, por parte do Poder Judiciário através da execução do projeto Depoimento sem Dano.

Como técnicas de pesquisa foram utilizadas a pesquisa indireta documental (Constituição Federal de 1988, Estatuto da Criança e do Adolescente e a Convenção dos Direitos da Criança, entre outras) e a pesquisa indireta bibliográfica (livros, artigos científicos, revistas científicas e outras demais fontes), na oportunidade de mostrar a importância do tema e a abrangência que esse problema retrata na sociedade, enquanto uma violação primeira que

seria o abuso sexual e, posteriormente, a necessidade da garantia de um testemunho sem lesões para crianças e adolescentes.

1. DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A violência doméstica em sentido amplo é aquela constituída no ambiente familiar e que pode atingir qualquer pessoa ligada à outra por laços familiares. Dessa forma, pode haver violência doméstica contra a mulher, contra os idosos e também contra crianças e adolescentes, sendo este o enfoco a ser apresentado.

A palavra violência, por si só, ao ser lida ou ouvida, desencadeia noções de agressividade e conflito em que existe a força física. O termo doméstico traz em voga a relação domiciliar que vige entre os membros de uma família. Por isso, ao se tratar de violência doméstica, a complexidade do assunto é extensiva, pois se observa uma violência permeada por traços familiares.

Mas quando a questão é a violência doméstica contra crianças e adolescentes, a dimensão da palavra violência por mais que realce à memória algo de ordem concreta, física, traduz outros tantos tipos nos quais essa mesma violência familiar pode se manifestar: violência psicológica, negligência e violência sexual.

A violência física é um tipo de violação que se opera de modo doloroso com a possibilidade de incidir em cicatrizes ocasionadas por agressões ao corpo. A violência física, neste viés, tem por peculiaridade “uso da força ou atos praticados pelos pais ou responsáveis, com o objetivo claro de ferir ou não, deixando ou não marcas evidentes. São comuns murros, tapas, agressões com diversos objetos ou líquidos quentes” (RIBEIRO; MARTINS, 2011, p. 80).

Continuamente existe também a violência psicológica, sendo aquela na qual o emocional da criança ou do adolescente é ferido por versões faladas que são proferidas por parentes. Esta é percebida pela “imputação à criança de expectativas inapropriadas à idade ou ao seu desenvolvimento” (LIMA, 2011, p. 36).

A violência psicológica não recai em marcas aparentes e, geralmente, acompanha as outras formas de violência doméstica.

Percorrendo os caminhos da violência doméstica, encontra-se ainda a negligência, vez que é uma forma de violação. Contudo, consiste em um deixar de fazer, ou seja, os pais ou responsáveis não realizam esforços para suprir as necessidades básicas do menor de idade dependente e não se preocupam com os cuidados básicos que todo ser humano precisa.

Não dar amparo a uma criança ou a um adolescente culminando na situação de que esses fiquem sem roupas ou sem alimentos mínimos, por exemplo, assinala-se o abandono material, bem como é possível também a caracterização de abandono intelectual quando há a falta de assistência educacional.

Em última análise, compõe-se o abuso sexual que é uma violação ensejadora de estímulos às práticas sexuais nas quais pode ou não existir o contato físico. Então, quando se menciona o abuso fruto da violência doméstica, diz-se abuso intrafamiliar. Quando o abuso ocorre fora do círculo de parentesco, além do ambiente familiar, diz-se abuso extrafamiliar.

Porquanto, não é todo abuso sexual que se realiza dentro do espaço doméstico. Logo, este trabalho visa maior aprofundamento no abuso sexual como decorrência da violência doméstica, pois a maioria dos ofensores apresenta-se como alguma pessoa próxima à criança ou ao adolescente.

Outra pertinente distinção faz-se entre o abuso sexual e a exploração sexual. O primeiro tem como objetivo a satisfação, a gratificação sexual do adulto. A segunda intenciona a venda do corpo, a fim da obtenção de lucro (CHILDHOOD BRASIL, 2013).

Vistos os principais pontos da violência doméstica e o breve apontamento introdutório sobre o abuso sexual, tem-se a noção incipiente da extensão do problema que envolve a violação da sexualidade de infantes e juvenis.

Porém, mesmo com a ideia embrionária apresentada até aqui, nota-se que a dimensão desse assunto tem destinação a toda à sociedade. O amparo envolvendo a esfera infanto-juvenil é dever coletivo, que deve ser estudado, divulgado e conhecido por todas as pessoas, já como um meio de conscientização dos casos de abuso sexual e uma maneira de se pensar em alternativas produtivas para atender e tratar esse problema.

Destarte, a violência doméstica por ser um problema enraizado na família, não pode tornar-se invisível às percepções do corpo social, afinal “na medida em que a sociedade não defende a criança indefesa do agressor, por omissão, ela se coloca também como agressora” (RIBEIRO; MARTINS, 2011, p. 85).

Perante a responsabilidade social, consta igualmente o dever do Estado e da família em resguardar a criança e o adolescente das tantas violações que existem e que podem ocorrer.

Com isso, a proteção e a defesa destes tem pertinência em todos os meios sociais, inclusive quando essa temática remete-se à atuação do Poder Judiciário ao conhecer e esclarecer referidas conjunturas.

Adiante, este trabalho foca-se na dinâmica do abuso sexual infanto-juvenil e no cuidado técnico que deve existir na inquirição de crianças e adolescentes vítimas que precisam ser ouvidas em juízo para o colhimento de depoimentos.

2. DO ABUSO SEXUAL INFANTO-JUVENIL

O abuso sexual concentra diferentes definições segundo o entendimento de cada fonte examinada. Apesar dessas diferenças, a noção conceitual que denota essa violação mostra-se semelhante em pontos principais que se referem ao abuso.

Neste contorno do que é o abuso sexual, o mesmo pode ser definido como a execução de atos que estimulam, excitam, expõem, forcem, ameacem ou obriguem crianças e adolescentes a ceder os seus corpos com a finalidade de praticar qualquer tipo de atividade sexual. Isso pode ocorrer com a realização do ato sexual a partir da penetração, ou ainda, somente com toques nas genitálias do adulto ou da criança/adolescente envolvida(o) na situação abusiva.

Toda vertente da violência sexual está ligada a uma relação de poder que submete a condição de criança e adolescente ao poderio do adulto que, por sua vez, possui idade mais avançada e já teve a sua vida sexual iniciada. Assim, o público infanto-juvenil estreia precocemente a atividade sexual, recaindo na violação de suas liberdades e do desenvolvimento adequado de suas sexualidades.

Dessa forma, os apontamentos anteriores seguem as palavras da autora Clinaura Maria de Lima ao conceituar o abuso sexual como aquele que:

> (...) compreende forçar ou incitar uma criança ou jovem a tomar parte em atividades sexuais, que podem envolver contato físico, com atos penetrantes e não penetrantes. Pode incluir, ainda, a exposição da criança a materiais pornográficos ou que a ela presencie atividades sexuais (2011, p. 36).

Ainda nessas disposições conceituais o abuso pode ser entendido como “qualquer ato de natureza ou conotação sexual em que adultos submetem menores de idade a situações de

estimulação ou satisfação sexual, imposta pela força física, pela ameaça ou pela sedução", sendo praticado geralmente por pessoas que tem proximidade com o infante ou jovem, conforme explica o texto *online* O que é abuso e exploração sexual? apresentado pela Ong Carinho de Verdade.

Também como retrato de definição, o abuso sexual é compreendido como um pressuposto de "poder pelo qual crianças e adolescentes são usados para gratificação sexual dos adultos, sendo induzidos ou forçados à práticas sexuais", de acordo com a explanação textual *online* Entenda a diferença entre abuso e exploração sexual dada pela Ong Childhood: pela proteção da infância.

Após a análise de conceitos condizentes ao abuso sexual, este se manifesta sob duas formas essenciais: no aspecto intrafamiliar e extrafamiliar.

O abuso intrafamiliar é conhecido, de igual modo, pelo termo incestuoso e é caracterizado pela relação sexual recorrente entre um adulto e uma criança quando da existência do laço familiar ou quando se perfaz uma situação de responsabilidade. Por isso, em grande escala, os agressores são indivíduos do seio familiar que têm convivência direta ou indireta com o infante ou o jovem, como acontece, por exemplo, com as figuras dos pais, de tios, irmãos e padrastos (SANTOS; IPOLLITO, 2009, p. 29).

Em contrapartida, o abuso sexual extrafamiliar sucede além do núcleo familiar, em "situações em que crianças e adolescentes são envolvidos em pornografia e exploração sexual; também inclui toques, carícias, sexo oral ou relações com penetração" (LIMA, 2011, p. 42).

A violação ora em exposto também tem enorme ocorrência em instituições que deveriam zelar pelos cuidados daqueles que são menores de idade, como hospitais, creches e escolas, entre outras. Não obstante, esses espaços institucionais restam por ferir a sexualidade de crianças e jovens ao violar a integridade psicofísica dessas vítimas (SANTOS; IPPOLITO, 2009, p. 29).

Diante da abrangência do abuso sexual intra e extrafamiliar, algumas estatísticas brasileiras verificam que a incidência no cenário brasileiro de citado tipo de violência ocupa o segundo lugar no rol de notificações dentro da faixa etária de 0 a 9 anos, estando abaixo apenas das notificações de negligência e abandono.

Esta alusão conclusiva é resultado de um levantamento feito pelo Ministério da Saúde no ano de 2011, que computou 14.625 notificações de violência doméstica, sexual e física, entre outras agressões contra crianças menores de dez anos. Os números informam que a violência sexual contra crianças de até 9 anos correspondem a 35% do total de notificações.

Referidos dados são do sistema de Vigilância de Violência e Acidentes (VIVA) do Ministério da Saúde. Demonstram esses indicativos, que a violência sexual também ocupa o segundo lugar na faixa etária de 10 a 14 anos (10,5%). Na idade de 15 a 19 anos esse tipo de agressão alcança o terceiro lugar.

As estatísticas também mostram que 22% do total de registros (3.253) envolveram menores de 1 ano e 77% foram na faixa etária de 1 a 9 anos. O percentual é maior em crianças do sexo masculino (17%) do que no sexo feminino (11%).

A grande maioria das agressões ocorreu na residência da criança (64,5%). Em 45,6% dos casos o provável autor da violência é do sexo masculino. Os agressores em sua maior parte são pais ou familiares, bem como amigos e vizinhos dos infantes e dos adolescentes.

Os dados foram coletados por meio de fichas de notificação/investigação individual de violência doméstica, sexual e outras violências e estão registradas no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN).

Todos esses percentuais apresentados sobre violência doméstica, abuso sexual e outras violências foram retirados do portal *online* do Ministério da Saúde com o título Abuso sexual é o segundo maior tipo de violência. Prossegue-se com os quadros estatísticos dos dados preliminares divulgados no portal da saúde:

Quadro 1 – Maiores violência na faixa etária de 0 – 9 anos

TIPO DE VIOLÊNCIA	**PERCENTUAL**
Negligência ou abandono	36%
Violência sexual	35%

Fonte: VIVA SINAN/SVS/MS – 2011 (dados preliminares)

Quadro 2 – Maiores violências na faixa etária de 10-14 anos

TIPO DE VIOLÊNCIA	**PERCENTUAL**
Violência física	13,3%
Violência sexual	10,5%

Fonte: VIVA SINAN/SVS/MS – 2011 (dados preliminares)

Quadro 3 – Maiores violências na faixa etária de 15-19 anos

TIPO DE VIOLÊNCIA	PERCENTUAL
Violência física	28,3%
Violência psicológica	7,6%
Violência sexual	5,2%

Fonte: VIVA SINAN/SVS/MS – 2011 (dados preliminares)

Por meio da apreciação dos expoentes anteriores, torna-se sabido que o abuso sexual acontece tanto no ambiente familiar quanto em outros lugares. É cabível, portanto, mencionar as modalidades de abuso, vez que essa violação consiste em qualquer das formas descritas a seguir, o que tem por prenúncio que a violência sexual infanto-juvenil pode ocorrer de variadas maneiras.

Primeiramente, o abuso sexual individualiza-se com o contato físico ou sem o contato físico.

A partir dessa premissa, as modalidades em que o contato corporal está ausente baseiam-se:

- Assédio sexual – existência de uma conversação mediante propostas efetuadas pelo adulto, ao ponto da criança/adolescente ser ameaçada ou chantageada. Nesse formato percebe-se claramente a relação de poder disposta entre o adulto e o vitimado (CHILDHOOD BRASIL, 2013);
- Abuso sexual verbal – conversas explícitas sobre atividades sexuais para instigar a criança ou o adolescente tendo, como exemplo, telefonemas obscenos (SANTOS; IPPOLITO apud ABRAPIA, 2002, p.30).
- Exibicionismo – atitude de escancarar os órgãos genitais ou se masturbar na frente de crianças e adolescentes;
- Voyeurismo – “é o ato de observar fixamente atos ou órgãos sexuais de outras pessoas quando não desejam ser vistas” (CHILDHOOD BRASIL, 2013);
- Pornografia – enquadra-se como abuso sexual ou exploração sexual comercial. Permitir que uma criança/adolescente veja materiais pornográficos é um ato de abuso. Mas, quando a exposição do infante ou jovem é para a obtenção de lucro, tem-se a exploração sexual (SANTOS; IPPOLITO, 2009, p. 31).

A violência sexual na qual existe o contato físico “são atos físico-genitais que incluem carícias nos órgãos genitais, tentativas de relações sexuais, masturbação, sexo oral, penetração vaginal e oral” (SANTOS; IPPOLITO, 2009, p. 31).

Juntamente com essas modalidades de abuso, existe uma abordagem elucidativa explanada pelo agressor, reunindo formas de realizar a violência sexual através de meios chamativos para crianças e adolescentes. Observe-se o trecho seguinte:

> A dinâmica do abuso sexual apresenta alguns pontos comuns destacados pela literatura, como uma sucessão de fases que envolvem interação sexual, sigilo e revelação. O adulto apresenta à criança atividades como se fossem jogos ou brincadeiras, evoluindo em seus contatos, desde as brincadeiras que expõem o corpo, passando por toques e carícias, até a ocorrência do sexo oral, anal, vaginal. (LIMA, 2011, p.43).

Sob essa ótica atenta-se para a colocação apresentada pela autora de que o ofensor começa a se envolver com a criança ou o adolescente a partir de métodos normais para uma pessoa de pouca idade, como é o caso das brincadeiras e jogos que, posteriormente, com o transcurso do tempo, evoluem para exposições explícitas de práticas sexuais.

A preocupação que permeia toda a dinâmica do abuso sexual também se evidencia na razão de que esta é um dos maiores problemas da sociedade, tendo em vista as consequências maléficas advindas dessa forma de violência que atinge o indivíduo, a família e o contexto social que se vive.

Então, diante da extensão da problemática do abuso sexual infanto-juvenil, indispensável se faz a atuação conjunta dos setores que lidam com essas faixas etárias, de acordo com o que se refere a citação próxima:

> O abuso sexual infantil e maus tratos são problemas complexos que têm que ser enfrentados, não apenas por um setor, mas por todos os setores que têm contato com crianças; da Saúde à Educação e o setor Judiciário. Não se trata de um problema isolado, mas de um problema intersetorial (WILLIAMS, 2010, p. 43).

Deste modo, a importância do papel intersetorial, inclusive do Judiciário ao tratar e processar com extrema cautela os casos de abuso sexual, no qual, ao inquirir as vítimas e seus familiares, exista o cuidado para que o discurso primeiro da criança/adolescente que nasceu de seus sentimentos e palavras concernentes a sua idade, não seja diluído no universo adulto de diferentes palavras e concepções que acaba por influenciar nos depoimentos dos vitimados e até a ocasionar maiores traumas.

Entretanto, a fim de que o abuso sexual possa ser enfrentado, descoberto e denunciado pelos setores e pela sociedade, vigoram algumas pistas que alertam a possibilidade de ocorrência dessa prática. É um rol de indicadores que devem ser observados em conjunto.

Dentro desse rol de evidências mencionam-se os sinais corporais ou as provas materiais – erupções na pele, dificuldades digestivas, doenças sexualmente transmissíveis, coceira na área genital, dor, inchaço, lesão ou sangramento das genitálias, entre outras – e os sinais comportamentais ou provas imateriais – o medo com a aproximação de determinada pessoa, tristeza profunda e vergonha excessiva. Também entra nessas ênfases mudanças do despertar da sexualidade, o abandono do comportamento infantil, bem como o desempenho escolar e o relacionamento social que tende ao isolamento (SANTOS; IPPOLITO, 2009, p. 58-59).

Em conformidade com essas alterações físicas, comportamentais e psicológicas, o abuso sexual infanto-juvenil traz consequências gravosas para os vitimados. É que se vê com a criação de traumas (problemas psicológicos) e os resultados físicos, dentre estes, as doenças sexualmente transmissíveis. Referidas implicações ensejam tratamento para a vítima e para a sua família.

Todavia para que a ação criminosa que é o abuso seja cessada e haja a devida responsabilização para os ofensores, inúmeras campanhas nacionais estão sendo divulgadas pelo governo para conscientizar a sociedade da imprescindibilidade da denúncia para que a situação seja esclarecida e o menor protegido.

Os Conselhos Tutelares, as Varas da Infância e da Juventude e as Delegacias de Proteção à Criança e ao Adolescente são exemplos de alternativas que podem ser seguidas no caso de suspeita de violência sexual. O serviço do Disque Denúncia Nacional de Abuso e

Exploração Sexual Contra Crianças e Adolescentes, coordenado e executado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, é outra possibilidade de realizar a denúncia ao passo que se preserva a identidade da vítima e dentro do prazo de vinte e quatro horas os dados são encaminhados aos órgãos de defesa e responsabilização (UNICEF, [200-?])

Nesse sentido a atitude de denunciar precisa ser incorporada na consciência social para que o agressor seja devidamente responsabilizado pelos seus atos e o ofendido seja protegido.

Para tanto, a denúncia deve ocorrer e esta tem relevante respaldo na legislação pátria que destina tratamento prioritário aos menores de idade. A Constituição brasileira de 1988 em seu art. 227 e o ECA em seu art. 5º fortalecem a condição concreta da criança e do adolescente como sujeitos de direitos e seres em processo de desenvolvimento que carecem da proteção e do olhar sempre atento da família, do Estado e da sociedade.

Por findo, remete-se o tema abordado no presente capítulo a uma das maiores complicações da dinâmica do abuso sexual: o rompimento do silêncio para que se alcance a concretização da denúncia.

A dinâmica do abuso sexual reflete uma violação que ocorre, por vezes, de modo escondido ou camuflado. Junte-se a isso o trauma, a vergonha, o medo e a ameaça empregada pelo agressor para o controle das ações do ofendido que também tem pouca idade e é facilmente influenciado, ainda mais se criança.

Diante dessas sensações e da interferência do ofensor, também pode constar o medo e a vergonha da família da vítima em denunciar. O que ocasiona um silêncio dificilmente rompido.

No entanto, para que o rompimento do silêncio aconteça é indispensável que o agredido supere duas etapas, quais sejam, a revelação – atitude de contar para alguém a violação sexual vivenciada ou que vivencia – e a notificação – decisão de notificar o abuso sexual mediante denúncia.

A criança agredida tem receio de revelar à família o que lhe acontece por temor de não acreditarem na sua história ou pelo fato da sua rejeição, em consequência do que lhe aconteceu, ou por ela propiciar o caos familiar.

Isso enseja na vulnerabilidade que a vítima permanece mesmo quando tem a iniciativa de fazer a revelação ou que esta se torne uma denúncia, fadada à descrença. Há uma falha na proteção familiar, comunitária e institucional que não consegue proteger as vítimas e seus familiares do domínio do agressor (NARVAZ, 2009).

Ainda assim, mesmo com a notificação, as vítimas continuam frágeis em relação aos seus agressores, pois permanecem sem o acompanhamento profissional especializado e a segurança que lhes deveriam ser destinadas. Em seguida, as vítimas retornam ao mesmo ambiente de sofrimento, onde continuam sendo violentadas.

Por este motivo, há a necessidade da existência de um atendimento ágil, eficiente e rápido que saiba proceder com o tratamento da vítima e de seus familiares, com a responsabilização do agressor e o apoio para que as famílias atingidas pelo abuso sexual consigam proceder com suas atividades enquanto indivíduos sociais, tendo acesso à saúde, à escola e ao trabalho.

> Sem o apoio de membros da família extensiva e sem um atendimento ou acompanhamento profissional, fica difícil resistir às pressões e ameaças do abusador ou de seus familiares. Tentativas de "retirar" a denúncia e de retratações, por parte da vítima, são exemplos de ações que visam a restabelecer as relações familiares e que sinalizam para a vulnerabilidade à qual muitas famílias estão expostas, (...) ao mesmo tempo em que há um estímulo por parte da sociedade para a identificação das situações de violência, em especial de abuso sexual, não há serviços de acolhimento e acompanhamento suficientes. (...) contribuir para o rompimento deste ciclo de violência e favorecer o acesso a políticas sociais de saúde, educação, trabalho, renda e assistência. (...) Lidar com essas situações exige um trabalho integrado, para que as ações possam ser pensadas e articuladas em conjunto, envolvendo o atendimento às vítimas, o encaminhamento dos processos e o fortalecimento da rede de apoio às famílias. (SANTOS; DELL'AGLIO, 2010, p. 334).

Somente com o fortalecimento da estrutura da rede de proteção (Conselhos Tutelares, Poder Judiciário, Ministério Público, escolas, etc.) ao menor e o preparo técnico dos profissionais que trabalham com essa situação, juntamente com a assistência qualificada

que realmente ajude nas carências elementares que os vitimados e as famílias precisam, é que os casos de abuso sexual podem diminuir.

É um envolvimento que exige a devida consequência para o ofensor, o acolhimento e o tratamento das crianças, dos adolescentes e de seus familiares e o aperfeiçoamento dos profissionais atuantes nessas circunstâncias como, por exemplo, vem acontecendo no aprimoramento de inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual nos Tribunais de Justiça de alguns Estados brasileiros.

Assim, a movimentação governamental e social busca proteger as crianças e os adolescentes dos maus tratos, com a finalidade de preservar suas dignidades enquanto pessoas em desenvolvimento, pois como ensina Gilberto Dimenstein “a viagem pelo conhecimento da infância é a viagem pelas profundezas de uma nação. Isto porque árvores doentes não dão bons frutos” (DIMENSTEIN, 1999, p. 9).

Sobretudo, é com crianças e adolescentes protegidos e defendidos que crescerão adultos saudáveis e conscientizados enquanto seres humanos dignos e cidadãos.

3. DO DEPOIMENTO SEM DANO

O abuso sexual de crianças e adolescentes não é algo novo, estando presente desde os primórdios da humanidade, embora sempre de maneira velada, encoberto pelas feridas da vergonha, trauma, medo, negação, caracterizando o grande problema do silêncio.

Embora haja certo tabu e receio em tratar desse assunto, o fato é que o mesmo precisa ser estudado, falado e ouvido, e principalmente combatido, sempre buscando a garantia da dignidade da pessoa humana e o melhor interesse da criança.

Como forma de enfrentar esse obstáculo, o mais adequado seria medidas de prevenção, a fim de evitar a ocorrência da violência, como bem leciona José Antônio Daltoé Cezar (2007, p. 17):

> [...] é preciso que se desenvolvam antes ações preventivas do que ações sancionatórias, já que a prevenção é efetivamente muito mais eficaz devido ao fato de atingir um número maior de pessoas envolvidas no problema. Assim, a busca do conhecimento, a transferência de informações, a constituição de grupos de auxílio a

> pessoas em situação de risco, a conscientização da população dos direitos que o Estado lhe garante e das obrigações que este mesmo Estado lhe impõe, a oferta de serviços públicos e privados de saúde física e psíquica são fatores que minimizam o problema do abuso sexual praticado contra crianças e adolescentes.

Todavia, nem sempre as práticas preventivas são suficientes, e a violência sexual acaba ocorrendo, sendo forçoso, nesse momento, responsabilizar o abusador, o que se dá através da aplicação de sanções por meio do exercício jurisdicional.

Nesse sentido, faz-se necessária uma ação judicial, bem como a colheita de provas, o que, na maioria das vezes, fica de certa forma dificultada, uma vez que o abuso, em geral, tem a criança como a única vítima e testemunha, e muitas vezes não deixa vestígios físicos. Assim, o depoimento da criança ou do adolescente nesses casos tem grande relevância, servindo como meio de prova e possível solução para o caso concreto.

Falar do abuso, entretanto, não é algo tão simples para a criança, e muito menos tão fácil de um adulto ouvir. Por isso, não são raros os episódios em que este finge não ver, não acreditar, e aquela não conta por medo, vergonha, por ameaça por parte do abusador, ou até mesmo por transferir o erro para si, considerando-se culpada.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 227 que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, especificando em seu §4º que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) visa garantir a proteção integral aos menores (art. 1º), dispondo que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos” dos mesmos (art. 70), além de efetivar seus direitos fundamentais, como a vida, saúde, dignidade, respeito, liberdade, entre outros. Percebe-se que, tanto a família, professores, a comunidade, todas as pessoas devem amparar e proteger os menores, os quais são considerados seres em desenvolvimento, e essa proteção está relacionada não só ao dever de denunciar quando da ocorrência do abuso sexual às autoridades competentes, como também precisa estar presente

no âmbito judicial, ou seja, na forma de inquirir esse menor, procurando evitar uma revitimação.

Atentando-se a essa última questão, que diz respeito ao sistema jurídico, eis a crítica de Daltoé Cesar (2007, p. 51):

> Embora, em atenção ao que dispõe a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando da ocorrência do abuso sexual, a intervenção judicial devesse priorizar a proteção da criança, seja tomando medidas que impeçam a continuação do abuso, seja para viabilizar uma intervenção técnica adequada que ajude a enfrentar mais tranquilamente o problema, a verdade é que a justiça penal permanece - e aqui a fase policial é integrante – quase que em sua integralidade, agindo unicamente na investigação dos fatos e na busca da responsabilização do abusador. Esta circunstância retira qualidade e efetividade do sistema de justiça, mormente porque em razão de um operar inadequado, ora tratando-se a criança com insensibilidade, ora desconsiderando-se sua condição de pessoa em desenvolvimento, que está atormentada e confusa, se permite a sua revitimização.

Assim, além de uma vitimização primária, relacionada ao próprio delito e seus efeitos, a criança, dependendo da forma como ocorre a intervenção estatal, pode sofrer danos muito piores que o da vitimização primária, uma vez que a mesma é levada a lembrar dos fatos várias vezes, ou até mesmo falar do ocorrido na frente do delinquente – chamada vitimização secundária ou revitimização (MENEGAZZO, 2010).

Nessa mesma linha, é indubitável a necessidade de um tratamento diferenciado na colheita do testemunho da criança, de forma que ela possa se sentir segura e confortável em falar e revelar algum problema, permitindo desse modo, um relato lógico e sua validade como prova.

Como nova forma de inquirir crianças e adolescentes e de efetivar o trazido pelo artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança – 1. Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. 2. Para este fim, é assegurada à criança a

oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional - o qual foi ratificado pelo Brasil, surgiu na 2ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre (RG) o projeto "Depoimento sem dano", criado pelo Dr. José Antônio Daltoé Cezar ao se deparar com certas questões que dificultavam a inquirição de menores vítimas do abuso sexual.

Foi no dia 06 de maio de 2003 que se realizou a primeira audiência pautada no "Depoimento sem dano" (DSD), sendo a mesma realizada na Vara supracitada. Tal projeto vem a ser um novo procedimento utilizado na oitiva de menores, buscando que a criança se sinta mais a vontade em relatar o que presenciou, e que as perguntas feitas pelo magistrado, promotor de justiça, advogado ou parte, sejam realizadas numa linguagem acessível à mesma, e somente aqueles questionamentos verdadeiramente pertinentes, evitando sua intimidação e vitimização secundária.

Explica a respeito do projeto seu idealizador, Dr. Daltoé:

> Trata-se de, na ocasião dos depoimentos das crianças e dos adolescentes vítimas de abuso sexual, retirá-las do âmbito formal da sala de audiências e transferi-las para sala especialmente projetada para tal fim, devendo esta estar devidamente ligada, por vídeo e áudio, ao local onde se encontram o Magistrado, Promotor de Justiça, Advogado, réu e serventuários da justiça, os quais também podem interagir durante o depoimento (2007, p. 61).

E mais adiante complementa:

> [...] o projeto "Depoimento sem dano" busca, precipuamente, a redução do dano durante a produção de provas em processos, sejam eles de natureza criminal ou civil, nos quais a criança/adolescente é vítima ou testemunha, bem como que seus direitos sejam garantidos, sua palavra valorizada. E isso somente ocorrerá em sendo respeitada a sua condição de pessoa em desenvolvimento (2007, p. 67).

Assim, esse novo modelo busca inquirir a criança ou adolescente, vítima e/ou testemunha do abuso sexual em uma sala especial, que seja acolhedora, confortável, e que permita que o menor se sinta à vontade. Tal sala deve ser equipada com um sistema de áudio e vídeo, permitindo que o depoimento seja gravado. Além disso, deve estar interligada à sala de audiência, onde se encontra o Juiz, Promotor, Advogado, réu e serventuários da justiça, permitindo que os mesmos possam assistir e formular perguntas. Tais perguntas, entretanto, são feitas por um psicólogo ou assistente social, que possui um ponto eletrônico, transmitindo-as à criança de maneira que possa compreender e evitar danos psíquicos.

Primeiramente, é necessário que o assistente social ou psicólogo recepcione o depoente antes da audiência, com antecedência de mais ou menos trinta minutos ao seu início, de forma a evitar o seu encontro com o réu pelos corredores. É nesse momento também que o técnico responsável pela entrevista irá explicar o que irá acontecer, como será o depoimento, mostrando-lhe ainda a sala de audiências. Ademais, deve o técnico se familiarizar com a criança, conhecê-la melhor, observar seus sentimentos (CEZAR, 2007, p. 68).

Ao final da inquirição, o depoimento gravado é juntado aos autos (a degravação, bem como um disco com som e imagem), evitando que a criança tenha que falar novamente sobre o assunto. O técnico também tem a possibilidade de ficar mais um tempo com a criança e sua família, para conversar e quando necessário, encaminhar para uma rede de proteção.

Há que se falar também que tal projeto, ao objetivar reduzir os danos às vítimas do abuso, consegue, mesmo que por meio desse procedimento especial, conciliar e observar princípios fundamentais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, bem como o melhor interesse da criança e a dignidade da pessoa humana.

Pautada na metodologia do “Depoimento sem dano”, há o projeto de lei nº 7.524/2006, de autoria da deputada Maria do Rosário (PT/RG), o qual propõe justamente essa nova forma de inquirir crianças e adolescentes, mas que ainda se encontra em tramitação.

Em que pese o projeto DSD ainda não tenha sido convertido em lei, o mesmo vem se expandido por todo o país, sendo implementadas salas especiais para inquirição de crianças e adolescentes em várias comarcas brasileiras.

Além disso, o “Depoimento sem dano” consta como Recomendação nº 33, de 23 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, o qual propõe “aos tribunais a criação

de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais".

Toda a atenção com essas pessoas é necessária e, práticas que garantam um maior cuidado e possibilitem que as mesmas sejam preservadas são muito importantes, uma vez que são sujeitos em fase de desenvolvimento. O ECA em seu art. 3º preceitua que "a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana [...] assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade".

Assim, o DSD surge não só como uma "facilidade", mas como uma forma de garantir e efetivar o direito de crianças e adolescentes, aliando a possível punição do abusador, sem com isso prejudicar a criança vítima/testemunha.

CONCLUSÃO

A violência doméstica está relacionada à ideia de maus-tratos, os quais ocorrem dentro do ambiente domiciliar, envolvendo laços familiares. Ela pode atingir diferentes sujeitos, como a mulher, idosos, inclusive crianças e adolescentes.

Quando praticada contra menores, essa violência se manifesta de diversas maneiras: agressão física, psicológica, negligência ou abuso sexual, tendo o presente trabalho voltado sua atenção para esta última modalidade, a qual tem a criança ou adolescente como vítimas e/ou testemunhas da violação familiar.

O abuso sexual infanto-junevil se mostra como uma das formas mais depreciativas de violência, que em sua maioria, vem acompanhada do uso de ameaça física e/ou psicológica, uma vez que há uma relação de poder ou domínio do adulto sobre suas vítimas.

E é essa ideia de superioridade do abusador sobre o menor que dificulta o rompimento do seu silêncio, fazendo com que este não revele algum problema, seja por medo, vergonha, ameaça, sedução, ou até mesmo por transferir a culpa para si, acreditando que o erro seja seu, e não do delinquente.

Há que se falar que o abuso sexual pode se apresentar em ambientes distintos, seja extrafamiliar ou familiar, este último muito comum, ao passo que é praticado por pessoas próximas à criança e à família, tendo o ofensor acesso e contato direto com as mesmas.

O abuso sexual não é um assunto tão fácil de ser tratado, ouvido ou falado. Sempre há muita dificuldade não só para o menor expor o fato, quanto para o adulto escutar e tomar as providências necessárias. Todavia, deve-se lembrar de que a criança e o adolescente são seres em desenvolvimento, que necessitam de toda atenção e cuidado, sendo um dever coletivo proteger e garantir seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Certo é que a forma mais adequada de proteção é a prevenção, entretanto, nem sempre os meios preventivos são suficientes, fazendo-se necessário, quando do abuso, não só a responsabilização do infrator, mas também um operar técnico adequado, de modo a evitar a revitimização do ofendido.

E é nesse sentido que caminha o projeto “Depoimento sem dano” (DSD), sendo uma iniciativa do Poder Judiciário que adota uma nova forma de inquirir o público infanto-juvenil, visando acima de tudo resguardar a vítima/testemunha do abuso sexual, evitando danos psíquicos ainda mais graves.

Tal projeto procura deste modo possibilitar a colheita do depoimento da criança em uma sala especial, cujas perguntas formuladas pelo magistrado, promotor, advogado sejam transmitidas a ela por um psicólogo ou assistente social de forma mais acessível, compreensiva, evitando inclusive, aqueles questionamentos que não sejam pertinentes, buscando sempre resguardar esse menor.

Assim, como consequência do DSD, tem-se a efetivação dos direitos infato-juvenis, tanto pela maneira como é feita a inquirição, como pela possibilidade da validação de um relato lógico como meio de prova, lembrando que, em muitos casos, a criança além de vítima é a única testemunha, o que dificulta a punição do abusador.

Deste modo, faz-se necessária a atuação conjunta da família, escola, sociedade e Estado na conscientização e combate ao abuso sexual infanto-juvenil, cabendo a todos o desenvolvimento de ações que permitam a proteção desses menores, e a consequente responsabilização do delinquente.

Toda atenção e cuidado devem estar voltados a esse público, pois somente quando se sentem verdadeiramente amparados, é que conseguem confiar um segredo e revelar possíveis problemas.

O projeto DSD, portanto, ao adotar uma metodologia diferenciada nos processos judiciais, visa concretizar essa proteção e minimizar os danos. Assim, deve-se efetivar o que preceitua o ECA e a própria Constituição Federal, buscando a todo momento a concretização dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, de modo a garantir sua dignidade e o seu melhor interesse.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos deputados. **Projeto de lei nº 7.524/2006**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=334860>. Acesso em: 16 julho 2013.

_____. Portal da saúde. **Abuso sexual é o segundo maior tipo de violência**. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/portalsaude/noticia/5242/162/abuso-sexual-e-o-segundo%3Cbr%3E-maior-tipo-de-violencia.html>. Acesso em: 16 julho 2013.

_____. UNICEF. **Como denunciar casos de violência sexual.** Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/activities_10790.htm>. Acesso em: 17 julho 2013.

CEZAR, José Antônio Daltoé. **Depoimento sem dano**: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editoria, 2007.

CHILDHOOD BRASIL. **Entenda a diferença entre abuso e exploração sexual.** Disponível em: <http://www.childhood.org.br/entenda-a-diferenca-entre-abuso-e-exploracao-sexual>. Acesso em: 16 julho 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 33, de 23 de novembro de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12114-recomendacao-no-33>. Acesso em: 16 julho 2013.

CONSELHO NACIONAL DO SESI. **O que é abuso e exploração sexual?** Disponível em: <http://www.carinhodeverdade.org.br/abuso/introducao>. Acesso em:16 julho 2013.

DIMENSTEIN, Gilberto. **O cidadão de papel**: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil. 5ª ed. São Paulo. Editora Ática, 1999.

FÁVERO, Eunice Teresinha. **Parecer técnico**. Disponível em: <http://cresspr.org.br/wp-content/uploads/arquivos/parecercfessdsd.pdf>. Acesso em: 16 julho 2013.

LIMA, Clinaura Maria de. **Infância ferida**: os vínculos da criança abusada sexualmente em seus diferentes espaços sociais. 1ª ed. Curitiba. Juruá, 2011.

MENEGAZZO, André Frandoloso. **Depoimento sem dano**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/18930/depoimento-sem-dano/2>. Acesso em: 15 julho 2013.

NARVAZ, Martha Giudice. **Considerações sobre a revelação e a denúncia nos casos de abuso sexual**. Disponível em: <http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=77>. Acesso em: 18 julho 2013.

POSTMAN, Neil. **O desaparecimento da infância**. Tradução de Suzana Menescal de Alencar Carvalho e José Laurenio de Melo. Rio de Janeiro: Graphia, 1999.

RIBEIRO, Marisa Marques; MARTINS, Rosilda Baron. **Violência doméstica contra a criança e o adolescente**. 1ª ed. Curitiba. Juruá, 2011.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; IPPOLITO, Rita. **Guia de referência**: construindo uma cultura de prevenção à violência sexual. São Paulo: Childhood – Instituto WCF – Brasil: Prefeitura da Cidade de São Paulo. Secretaria da Educação, 2009.

SANTOS, Samara Silva dos. DELL'AGLIO, Débora Dalbosco. **Quando o silêncio é rompido**: o processo de revelação e notificação do abuso sexual infantil. Psicologia & Sociedade, 2010.

SILVA, Alessandra Rocha Santos; SOMA, Sheila Maria Prado; WATARAI, Cristina Fukumori. **O segredo da Tartanina:** um livro a serviço da proteção e prevenção contra o abuso sexual infanto-juvenil. Pompeia. Universidade da Família, 2011.

SILVA, Lygia Maria Pereira. **Violência doméstica contra a criança e o adolescente.** Recife. Edupe, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO. **Notícias**: sala de depoimento sem dano chega a 7 comarcas. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/noticias/30605#.UenY-I3rxq7>. Acesso em: 17 julho 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. **Cartilha depoimento sem dano (TJ/RS)**. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/areas/infancia/arquivos/depoimentosem_dano.pdf>. Acesso em: 15 julho 2013.

WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque (Org.). **Prevenção do abuso sexual infantil:** um enfoque interdisciplinar. 1ª ed. Curitiba. Juruá, 2010.

FORMAS DE INFLUÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRUALIZADOS NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.

André FOLLONI*

Francielli Piva MACIEL**

RESUMO

O presente trabalho faz uma reflexão sobre as possíveis influências do princípio da seletividade referente ao Imposto Sobre Produtos Industrializados no desenvolvimento econômico do Brasil. Percebe a inexistência de um conceito absoluto para o chamado desenvolvimento econômico e, diante dessa verificação, seleciona a concepção mais adequada diante da ordem econômica vigente na Constituição brasileira. Com esses dados, examina as formas de fundamentação trazidas na referida ordem econômica na articulação do Imposto sobre Produtos Industrializados com a legitimação de sua função extrafiscal. Com base nessa construção constitucional, a análise final atém-se à potencialidade da função extrafiscal do Imposto sobre Produtos Industrializados para influenciar direta e indiretamente os principais indicadores do desenvolvimento econômico.

ABSTRACT

The present work aimed to make a reflection on the possible influences of the Principle of Selectivity regarding the Tax on Industrialized Products to Economic Development of Brazil. It was identified that the lack of an absolute concept for the so-called Economic Development and before this finding one of them was selected based on prevailing Economic Order currently in Brazil. With these data, it was determined if the forms of reasoning brought in the abovementioned Economic Order in the articulation of the Tax on Industrialized Products and the legitimacy of its function predominantly extra fiscal. Starting From this Constitutional construction, the final analysis if abided by the potentiality of the IPI extra fiscal function to influence directly and indirectly the main indicators of Economic Development.

KEYWORDS: Selectivity. Economic Development. Extra fiscal.

PALAVRAS-CHAVE: Seletividade. Desenvolvimento Econômico. Extrafiscalidade.

* Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná e Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

** Pós Graduada em Direito Tributário pela Academia Brasileira de Direito Constitucional.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento econômico é buscado pela maioria dos países do mundo. Mas a busca desse objetivo esbarra em diversos obstáculos e dificuldades. A própria definição de "desenvolvimento econômico" é controvertida. Aqui está o primeiro desafio diante de tantas realidades históricas diferenciadas e levando em conta um mundo de mudanças em ritmo acelerado.

Outro desafio dos países que buscam alcançar ou até mesmo manter um padrão de desenvolvimento econômico está na eventual constitucionalização dos objetivos desse desenvolvimento. Em cada país, essa constitucionalização pode ser feita diferentemente, de forma coerente as suas próprias realidades.

Através da análise doutrinária, de leis e jurisprudência atual, o presente trabalho procura demonstrar de que formas a aplicação do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, através de sua função predominantemente extrafiscal, objetiva estar em harmonia com a ordem econômica constitucional atual do Brasil e, consequentemente, quais são as potenciais influências do princípio da seletividade deste imposto no desenvolvimento econômico nacional. Assim, tendo como objetivo principal identificar essas formas de influência, será possível demonstrar a relevância da sistemática constitucional do IPI para a melhoria da qualidade de vida das pessoas, sendo um importante instrumento para auxiliar o alcance do Desenvolvimento Econômico do Brasil.

1. DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O tema do desenvolvimento surgiu de forma mais concreta no final do Séc. XIX e início do século XX, a partir das instabilidades e verdadeiras crises econômicas que ocorreram em países considerados "ricos". Um bom exemplo é a Crise de 1929 nos Estados Unidos.

Esse momento histórico marcou a passagem da teoria clássica econômica para a neoclássica, com destaque especial para John Maynard Keynes, que representou a quebra do antigo paradigma do liberalismo[776]. A partir dessa época, a diferenciação entre crescimento

[776] KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda.** São Paulo: Atlas, 1992, p.

econômico e desenvolvimento econômico tornou-se uma discussão necessária, como lembra Aliomar Baleeiro:

> Atualmente, escritores e estadistas também buscam na Política Fiscal instrumentos de modificação das estruturas subdesenvolvidas. Foi depois da chamada revolução keynesiana que se verificou essa difusão da Política Fiscal, como corretivo das depressões econômicas e também dos processos inflacionários.[777]

O crescimento econômico pode apresentar uma representação quantitativa referente a disponibilidade de bens e serviços, mas de forma instável. Significa um aumento dos bens utilizados para atender as necessidades humanas.[778] Muitas vezes o PNB (Produto Nacional Bruto) é utilizado para mensurá-lo, levando em conta a renda *per capita* e o crescimento populacional. A grande questão é que, mesmo com um aumento do PNB e da renda *per capita*, esta situação pode ocorrer em regiões subdesenvolvidas e com rupturas, induzidas por fatores externos. Aqui encontramos o diferencial para o sentido de desenvolvimento, tendo em vista que este ocorre com transformações estruturais e qualitativas com maior estabilidade, que vão além do mero crescimento econômico.[779] Nesse sentido, Celso Furtado:

> Podemos, portanto, admitir que o crescimento é o aumento da produção, ou seja, do fluxo de renda, ao nível de um subconjunto econômico especializado, e que o desenvolvimento é o mesmo fenômeno quando observado do ponto de vista de suas repercussões no conjunto econômico de estrutura complexa que inclui o referido setor especializado.[780]

288.

[777] BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças.** 16ª ed. Rev. e atual. Por Dejalma de Campus. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 29.

[778] GREMAUD, Amauty Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JR; Rudinei. **Economia Brasileira Contemporânea.** 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2002, p. 76.

[779] RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento**: Antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 2.

[780] FURTADO, Celso. **Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico.** 5ª edição rev. e amp. São Paulo: Editora Nacional, 1975, p. 92.

Quando pesquisa-se sobre “desenvolvimento econômico”, identifica-se facilmente a inexistência de um conceito fechado para o termo. Muitos estudiosos, não apenas da Economia, se debruçaram para encontrar uma fórmula universal para o que é e como ocorre o crescimento econômico e o desenvolvimento econômico de um país. Dessa forma, com a utilização de diversos modelos, economistas tentaram definir como ocorre o desenvolvimento econômico de uma nação.

Com a evolução dos estudos da economia neste campo, percebeu-se aos poucos que cada nação possui sua própria realidade, influenciada por fatores diversos e não universais como o são as questões culturais[781]. Novamente, a respeito, é relevante destacar a lição de Celso Furtado:

> Não basta construir um modelo abstrato e elaborar a explicação do seu funcionamento. Igualmente importante é a verificação da eficácia explicativa desse modelo em confronto com uma realidade histórica. Somente essa verificação poderá indicar as limitações decorrentes do nível de abstração em que foi elaborado o modelo e sugerir as modificações a serem introduzidas para fazê-lo válido do ponto de vista de uma realidade dada.[782]

Calixto Salomão Filho reforça a ideia, discordando de soluções unitárias para o desenvolvimento que independam de uma devida análise na realidade social de cada nação, quando afirma que “O desenvolvimento, antes que um valor de crescimento ou mesmo um grupo de instituições que possibilitem determinado resultado, é um processo de autoconhecimento da sociedade.”[783]

Furtado também criticou a utilização de modelos estáticos para analisar diferentes nações: “Pretender identificar no desenvolvimento uma realidade em si mesma, de validade universal, tem o mesmo fundamento que atribuir a uma determinada escala de valores a mesma significação para todas as sociedades.”[784]

---

[781] BALEEIRO, Aliomar. **Cinco aulas de finanças e política fiscal.** 2ª ed. Rev. Bahia: José Bushatsky, 1975, p. 112.
[782] FURTADO, Celso. Op. cit., p.. 3.
[783] SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e Desenvolvimento.** In: Regulação e Desenvolvimento. Coord Calixto Salomão Filho: Malheiros, São Paulo, 2002. p. 32.
[784] FURTADO, Celso. Op. cit., p. 96.

Assim, para o alcance do desenvolvimento, necessariamente há que se ter uma mudança nas estruturas de uma nação, tal a sua complexidade.[785] Fábio Nusdeo mostra que para o desenvolvimento é necessário além do crescimento do PIB: "...profundas alterações em toda a estrutura do país envolvido, por trazer como consequência uma série enorme de modificações de ordem não apenas econômica, mas também cultural, psicológica e social".[786] James Marins e Jeferson Teodorovicz também fazem análise semelhante:

> Trata-se, portanto, de importantíssima mudança de visão quanto a postulados originalmente intocáveis, referentes ao desenvolvimento econômico puro e simples, que foram remodelados frente às novas necessidades provocadas pela alteração da visão acerca de certos problemas que não poderiam mais ser ignorados pelos povos da humanidade.[787]

Por este motivo entende-se como um conceito mais completo do que é desenvolvimento econômico aquele que, além de considerar as transformações estruturais com reflexos no crescimento da economia e aumento da qualidade de vida da população, destaca o meio ambiente como condição necessária[788]. Nesse sentido, Nali de Jesus Souza:

> Desenvolvimento econômico define-se, portanto, pela existência de crescimento econômico contínuo (g), em ritmo superior ao crescimento demográfico (g*), envolvendo mudanças de estruturas e melhoria de indicadores econômicos, sociais e ambientais. Ele compreende um fenômeno de longo prazo, implicando o fortalecimento da economia nacional, a ampliação da economia de mercado, a elevação geral da produtividade e do nível de bem-estar do conjunto da população, com a preservação do meio ambiente.[789]

---

[785] GRAU, Eros Roberto. **Notas Preliminares à Abordagem da Relação entre Direito e Desenvolvimento**. Revista dos Tribunais. São Paulo, Ano 68, Volume 519, Janeiro de 1979, p. 13.
[786] NUSDEO, Fábio. **Desenvolvimento Econômico** – Um retrospecto e algumas perspectivas. In: Regulação e Desenvolvimento. Coord Calixto Salomão Filho: Malheiros, São Paulo, 2002. p. 17.
[787] MARINS, James; TEODOROVICZ, Jeferson. **Extrafiscalidade Socioambiental.** Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, Ano 18, Volume 90, janeiro-fevereiro 2010, p. 99-100.
[788] MARINS, James; TEODOROVICZ, Jeferson. **Extrafiscalidade Socioambiental.** Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, Ano 18, Volume 90, janeiro-fevereiro 2010, p. 97-98.
[789] SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento Econômico.** 5ª edição rev. Atlas: São Paulo, 2005, p. 7.

Adotaremos, para o presente trabalho, esse último conceito de desenvolvimento econômico. Busca-se adotar uma concepção que contemple, de forma genérica, a maioria das variáveis mais importantes consideradas pelos principais estudos sobre o tema e que ainda tenham relevância para a realidade do Brasil.

2. IPI E O PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE

2.1. Características do IPI

O Imposto Sobre Produtos Industrializados – IPI, conhecido na Constituição anterior como imposto sobre consumo de mercadorias, de competência da União, está previsto no artigo 153, inciso IV da Constituição Federal, no artigo 46 do Código Tributário Nacional e na Lei 4.502/1964. O sujeito ativo é a União e o sujeito passivo da relação tributária será o importador, o industrial, o comerciante ou o arrematante, bem como os sujeitos equiparados pela Lei 4.502/1964, conforme o caso. O critério material de sua hipótese de incidência está consubstanciado na realização de operações com produtos industrializados, atrelada à prévia industrialização.

A base de cálculo do IPI, de um modo geral, liga-se ao valor da operação, no qual compreende-se também o valor do frete e demais despesas acessórias, conforme artigo 14, § 1.º, da Lei 4.502/1964).

Como todos os demais impostos, o IPI é um tributo classificado como não vinculado, ou seja, sua receita não está vinculada a uma finalidade pré-determinada. Além disso, como prescreve o artigo 16 do Código Tributário Nacional, trata-se de tributo "...cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte". Embora não previamente definida, sua destinação necessariamente deve financiar as despesas do Estado dentro de suas competências públicas de forma planejada por meio das leis orçamentárias.

Além disso, trata-se de um imposto não cumulativo. Isso significa, em rápida referência, que, quando da ocorrência de sucessivos fatos geradores sobre a mesma linha de produção, o valor a ser recolhido em cada operação será abatido daquele já pago na operação anterior, pelo sistema de crédito e débito, que operacionaliza o previsto no artigo 153, § 3.º, II, da Constituição. Seu lançamento ocorre, em regra, por homologação, de forma que o

próprio contribuinte registra em sistema próprio o imposto devido pela venda e os créditos decorrentes da entrada de produtos, apurando assim se deverá pagar ou acumulará crédito para o próximo período.

2.2. Hipóteses de Incidência do IPI

A hipótese de incidência do IPI, conforme previsto pelo Código Tributário Nacional - CTN, é: "Art. 46 […] I – o seu desembaraço aduaneiro, quando de procedência estrangeira; II – A sua saída dos estabelecimentos a que se refere o parágrafo único do art. 51; III – a sua arrematação, quando apreendido ou abandonado e levado a leilão". Todavia, alerta Hugo de Brito Machado, o CTN, recepcionado como lei complementar, não poderia esgotar a definição da hipótese de incidência dos tributos, pois isso eliminaria o espaço constitucionalmente assegurado à lei ordinária de cada entidade tributante[790].

Conforme a legislação ordinária, Lei 4.502/1964, são atualmente duas as hipóteses de incidência do IPI: a importação de produtos industrializados quando de sua entrada no território nacional e a venda de produtos industrializados por estabelecimento industrial ou equiparado a industrial instalado no Brasil.

Quanto à primeira hipótese, importação de produtos industrializados quando de sua entrada no território nacional, o tributo alcança os produtos importados mesmo que a sua industrialização tenha ocorrido fora do país. A obrigação tributária surgirá quando ocorrer o desembaraço aduaneiro, questão especificada pelo CTN no art. 46, inciso I – lembrando que, conforme consagrada doutrina, o desembaraço é, mais especificamente, o aspecto temporal da hipótese de incidência, cujo núcleo é a importação do produto industrializado[791]. Nestes casos, o sujeito passivo da obrigação tributária será o importador do produto e sua base de cálculo será o valor aduaneiro acrescido do Imposto de Importação.

Cumpre destacar que, no caso da aplicação do IPI sobre a Importação, vez ou outra reconhece-se uma finalidade extrafiscal relacionada: a proteção do mercado nacional. Em decisão recente, o Tribunal Regional Federal da 2.º Região manifestou-se sobre essa finalidade específica:

---

[790] MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 328.
[791] VIEIRA, José Roberto. **A Regra Matriz de Incidência do IPI:** Texto e Contexto. Curitiba: Juruá, 1993, p. 98.

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. IMPORTAÇÃO DE BEM. USO PRÓPRIO. IPI. INCIDÊNCIA. DESEMBARAÇO ADUANEIRO. INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS QUANTO AO IMPORTADOR, LOCAL DE FABRICAÇÃO E DESTINO DO BEM IMPORTADO. ARTIGOS 46 E 51 DO CTN. 1.4651 CTN. 1CTNA agravante aponta situações que merecem maior relevância: a finalidade extrafiscal do IPI na importação e a proteção da indústria nacional. 2. Sem embargos, a prevalecer o entendimento da não-incidência do IPI nas importações de veículos automotores, para uso próprio, será infinitamente mais vantajoso importar o automóvel do que adquiri-lo da indústria nacional. 3. Com efeito, o art. 46, inciso I, do CTN prevê o desembaraço aduaneiro como fato gerador do IPI. A jurisprudência do C. STJ firmou-se pela incidência do referido tributo, nos casos de produto industrializado de procedência estrangeira. Neste sentido: STJ - REsp 660192/SP - Relatora Ministra DENISE ARRUDA - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento 26/06/2007 - Publicação DJ 02/08/2007 p. 338. 4. Noutro eito, vê-se, entretanto, que a lei não faz qualquer distinção quanto à pessoa que realiza o fato gerador, ou quanto ao local da industrialização do produto, tampouco considera a sua destinação. O art. 51, I, do CTN, prevê, tão-somente, que o importador deve responder pelo recolhimento do IPI. Interessa para a finalidade da lei apenas a ocorrência do desembaraço aduaneiro de produto industrializado. 5. [...]. 6. Recurso provido, por maioria.46ICTN51ICTN (201202010006331 RJ 2012.02.01.000633-1, Relator: Desembargadora Federal LANA REGUEIRA, Data de Julgamento: 22/05/2012, QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::17/07/2012 - Página::194/195) (grifo nosso).

A segunda hipótese de incidência refere-se à operação – normalmente venda – de produtos industrializados por estabelecimento industrial ou equiparado a industrial instalado no Brasil. O simples fato de industrializar o produto, transportá-lo de um depósito a outro, não irá configurar a incidência. Necessariamente é preciso existir a operação de transferência da posse ou da propriedade desse produto industrializado[792]. Diferente da hipótese anterior, aqui

[792] BERTI, Flávio de Azambuja. **IPI e Extrafiscalidade.** Revista de Direito Empresarial, Curitiba, v. 2, p. 141-162, 2005, p. 145.

o sujeito passivo será um estabelecimento industrial ou a este equiparado que realize a venda do produto industrializado. A base de cálculo será o valor da operação ou, na sua falta, o preço de mercado. Embora a legislação entenda que descontos incondicionais não podem ser deduzidos do valor da operação, esta regra é entendida, pela doutrina, como inválida, pois se o desconto é incondicional o valor resultante será o verdadeiro montante da operação. É o que sustenta, por exemplo, José Roberto Vieira[793].

Em ambas as hipóteses, o critério espacial do IPI refere-se a todo o território nacional. O critério temporal vai diferenciar conforme a hipótese a que se destine: ou no momento da saída do produto do estabelecimento do produtor ou, na outra hipótese, quando ocorrer o desembaraço aduaneiro.

Para identificar o fato imponível é preciso ainda saber o que é considerado como produto industrializado pela legislação vigente. Analisando a Lei 4.502/64 e o Código Tributário Nacional, conclui José Roberto Vieira que, "[...] em termos infraconstitucionais, industrializar consiste em modificar a natureza, o funcionamento, a utilização, o acabamento, a apresentação ou a finalidade, ou aperfeiçoar para o consumo".[794] Atualmente, o Decreto 7.212/2010 consolidou também os elementos supramencionados em seu artigo 4.º, informando que operações que modifiquem a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para o consumo, serão consideradas como industrialização.

As atividades de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento ou reacondicionamento e renovação ou recondicionamento são consideradas como industrialização. A chamada transformação ocorre sobre matérias-primas ou produtos intermediários que resulte em uma nova espécie. O beneficiamento se refere ao ato de aperfeiçoar ou modificar o uso do produto. A montagem está relacionada a união de peças ou produtos para assim criar uma coisa nova, mas sem a transformação deles. Acondicionar ou reacondicionar quer dizer alterar o produto através da inserção de uma embalagem. Por último, a renovação ou recondicionamento estão ligados a renovação ou restauração do produto.

Dentro da reflexão sobre a definição de industrialização, a legislação ordinária ampliou, de forma não raro entendida como inconstitucional, a abrangência deste conceito quando definiu que o acondicionamento ou reacondicionamento, bem como a renovação ou

[793] MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 330.
[794] VIEIRA, José Roberto. Op. cit., p. 97.

recondicionamento, significariam a sua industrialização. Conforme bem destaca José Roberto Vieira, estas últimas atividades são, em verdade, prestações de serviço.[795]

O artigo 153, § 3.º, III, da Constituição, traz uma imunidade específica, ao prescrever que o IPI "não incidirá sobre produtos industrializados ao exterior". Aqui temos um exemplo claro de fomento a economia por meio do incentivo à exportação dos produtos industrializados no Brasil. Outra forma de incentivo está no inciso seguinte, ao determinar que o IPI "terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei". O objetivo é desonerar a aquisição de bens de capital, tornando a industrialização mais barata.

2.3. Alíquotas do IPI

A alíquota do IPI não é fixa para todos os produtos industrializados. Ela deverá variar, conforme a essencialidade dos produtos, em conformidade com o artigo 153, § 3.º, I, da Constituição. Poderá ainda ser alterada por Decreto do Poder Executivo, atendidas as condições e limites fixados em lei, e não se submete à regra da anterioridade do exercício financeiro, apenas à anterioridade nonagesimal. A alíquota pode ser encontrada na Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados – TIPI.

Pela forma de alteração de alíquotas autorizada pela própria Constituição, o IPI representa uma exceção ao princípio da estrita legalidade que determina a vedação do aumento de tributo sem lei que o estabeleça (Art. 150, I, CF). A legalidade, em relação ao IPI, é mais aproximada à realidade genérica do artigo 5.°, II, da Constituição, que admite delegação de certas funções normativas ao regulamento.

> No que respeita ao IPI, o enquadramento constitucional do princípio da legalidade obteve tratamento diferenciado em razão da natureza extrafiscal desse imposto, que, além da natureza arrecadatória, possui uma função regulatória de intervenção na economia para estimular ou desestimular a produção e o consumo de determinados produtos industrializados, quer importados ou nacionais.[796]

---

[795] Ibidem, p. 96

[796] OLIVEIRA, Júlio M. de. **O Princípio da Legalidade e sua Aplicabilidade ao IPI e ao ICMS.** São Paulo:

Em linhas gerais, essa é a disciplina constitucional do Imposto sobre Produtos Industrializados, naquilo que apresenta de mais relevante para o prosseguimento deste estudo.

2.4. A Função Extrafiscal do IPI e o Princípio da Seletividade

A finalidade primordial dos tributos, normalmente, é entendida como o sustento dos cofres públicos. É o que se denomina finalidade fiscal. Todavia, existem tributos que possuem uma finalidade extrafiscal predominante, pois sua função primordial está relacionada a questões sociais, econômicas ou políticas, não diretamente ligadas à arrecadação. De forma geral, todos os tributos possuem uma função fiscal e extrafiscal, diferenciando-se pelo maior grau de uma ou outra finalidade[797]. É o que ocorre com o IPI que, ao mesmo tempo, responde por boa parte da arrecadação federal e presta-se a finalidades extrafiscais, com forte atuação na regulação da economia.

A Constituição, como visto, determina que o IPI deva obedecer ao princípio da seletividade, variando suas alíquotas conforme a essencialidade do produto (art. 153, § 3.º, I). Quer isto dizer que, quanto mais essencial for determinado produto industrializado, menor será a carga tributária incidente e, quanto mais supérfluo ou prejudicial, maior será o tributo. Por este motivo, principalmente, o IPI é considerado como um tributo de finalidade predominantemente extrafiscal. Embora o Poder Executivo possua certa liberdade na alteração de alíquotas, o ato administrativo referente a esta alteração não se considera como absolutamente discricionário, podendo submeter-se ao crivo do Poder Judiciário.[798]

As principais finalidades da extrafiscalidade determinam-se para o alcance de objetivos sociais, econômicos e políticos.[799] O IPI é importante para esta reflexão justamente pela sua característica de extrafiscalidade, principalmente pela aplicação do princípio da seletividade em suas alíquotas.

Os princípios apresentados na Constituição vigente são, de uma forma geral, normas norteadoras de um sistema jurídico. Roque Antonio Carrazza denomina-os “alicerces”,

---

Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 250.

[797] MARINS, James; TEODOROVICZ, Jeferson. **Extrafiscalidade Socioambiental.** Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, Ano 18, Volume 90, janeiro-fevereiro 2010, p. 94.

[798] OLIVEIRA, Júlio M. de. Op. cit. , p. 247.

[799] BERTI, Flávio de Azambuja. **Impostos:** extrafiscalidade & não-confisco. 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2004, p. 34.

"pedras angulares" de um sistema.[800] Isso quer dizer que eles representam a estrutura do sistema jurídico orientando sua aplicação e não podem ser ignorados ou mesmo analisados separadamente, sob pena de desmantelar toda a ordem jurídica posta. Eros Grau reforça essa ideia ao afirmar que "[...] a interpretação da Constituição é dominada pela força dos princípios"[801] tal a sua importância para orientação do sistema jurídico. Para o Direito Tributário, os princípios são de extrema importância, condicionando suas normas, sendo que, qualquer previsão infraconstitucional que contrarie os princípios expostos na Constituição será inválida.

O tributo deve necessariamente ter como finalidade "instrumentar o Estado a alcançar o bem comum"[802] e deve ser aplicado de forma igual aos contribuintes que se encontrem em iguais condições, sem aplicação de privilégios ou discriminações.

Um dos princípios mais importantes no cenário tributário refere-se a capacidade contributiva. É baseado no princípio da igualdade material, tendo em vista que determina a aplicação da lei tributária referente aos impostos conforme a capacidade econômica da pessoa. Hugo de Brito Machado destaca, a respeito: "A igualdade consiste, no caso, na proporcionalidade da incidência à capacidade contributiva, em função da utilidade marginal da riqueza".[803] Embora o senso comum possa entender que cada pessoa deve contribuir para o Estado conforme o que recebe deste, em verdade o objetivo primordial definido pela capacidade contributiva é a busca da justiça social.

Necessário refletir sobre a harmonia entre o princípio da seletividade no IPI e o princípio da capacidade contributiva. Entende-se que há certa exceção no caso deste imposto, justamente porque as alíquotas não variam conforme o poder aquisitivo do contribuinte mas, sim, em razão da essencialidade do produto industrializado.[804] Tanto o contribuinte de maior poder aquisitivo quanto o menos favorecido pagarão a mesma alíquota referente ao mesmo produto. Porém, é evidente que um contribuinte com menor poder aquisitivo investe em produtos essenciais, proporcionalmente às suas possibilidades financeiras, muito mais do que um contribuinte com maior poder aquisitivo. Nesse sentido, então, a capacidade contributiva relaciona-se à seletividade do IPI.

---

[800] CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 25ª edição rev. Amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.
[801] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 15ª ed. Rev e atual. São Paulo: Malheiros, p. 162.
[802] CARRAZA, Roque Antonio. Op. cit., p. 84.
[803] MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 39.
[804] SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 714.

3. SELETIVIDADE DO IPI E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

A Ordem Econômica está prevista no Título VII da Constituição Federal e traz, como fundamentos e princípios expressos, em seu artigo 170, a valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna das pessoas, busca da justiça social, soberania nacional, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte dentro dos limites estabelecidos.

Ensina José Afonso da Silva que a Constituição econômica brasileira, representada pelo Título VII e por outras disposições relacionadas em outros Títulos, é o que legitima, prevê limites e responsabilidades para a atuação dos sujeitos econômicos, sendo o que dá forma ao sistema econômico capitalista vigente no país.[805]

A disciplina referente à ordem econômica não ficou restrita ao Título supramencionado. A sistemática política econômica está distribuída por toda a Constituição, trazendo coesão à forma de atuação. Fato é que uma Constituição não pode ser interpretada em partes, o sistema constitucional deve ser compreendido como um todo. A ordem econômica prevista constitucionalmente define os contornos da atividade econômica em sentido amplo. Este entendimento é imprescindível para compreender a previsão do princípio da seletividade no Imposto sobre Produtos Industrializados e por qual motivo este princípio é visto como uma possibilidade de cooperação, juntamente com outros vários instrumentos, para o alcance do desenvolvimento econômico do Brasil.

Ao estabelecer uma ordem econômica, a Constituição normatiza a atuação do Estado para auxílio no alcance do desenvolvimento nacional, princípio estampado no art. 3.º, II. Muitas são as ferramentas de intervenção colocadas nas mãos do Poder Público para assegurar os princípios basilares das relações econômicas e sociais, encontrados inclusive no Direito Tributário.

Alguns princípios da ordem econômica fundamentam a articulação entre direito econômico e direito tributário, principalmente: a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais, a justiça social e a defesa do meio ambiente.

---

[805] Ibidem, p. 793.

A soberania nacional foi prevista na ordem econômica como um princípio não por acaso. Priorizando esta soberania, a Constituição pretende fazer com que a economia do país se torne, até certo ponto, autônoma. Por este motivo a imunidade de IPI para as exportações, a redução do imposto para bens de capital e ainda a liberdade relativa na sua alteração de alíquotas, de formas direta e indireta, reforça a soberania nacional.

Quando a Constituição prevê a aplicação do princípio da seletividade ao IPI conforme a essencialidade do produto, para assim facilitar a aquisição de produtos industrializados imprescindíveis na vida das pessoas, que melhorem sua qualidade de vida, está assim baseada nos princípios da dignidade da pessoa humana, na justiça social e na redução das desigualdades.

A Constituição, ao possibilitar a alteração de alíquotas pelo Poder Executivo, traz um instrumento que poderá influenciar o meio ambiente através do incentivo ou desestimulação de práticas que tragam benefícios ou malefícios a este princípio respectivamente. "Os tributos ecologicamente orientados, são aqueles que influenciam na decisão econômica de modo a tornar mais interessante a opção ecologicamente mais adequada[806]." Isso atenderá ao princípio da ordem econômica referente à defesa do meio ambiente.

Desta forma, o direito pode condicionar fatos econômicos – assim como a economia muitas vezes influencia no direito[807]. Nali de Jesus acompanha este raciocínio ao afirmar que: "Cabe ao Estado o papel essencial na organização do esforço de desenvolvimento: regulação do crédito; implantação da infra-estrutura básica; oferta dos serviços sociais básicos, como saúde, educação e segurança."[808]

A intervenção do Estado nas atividades econômicas em sentido estrito é uma das formas para a influência no desenvolvimento no país. Esta intervenção poderá ocorrer através da absorção ou participação, por direção ou ainda por indução. Para o presente trabalho interessa a intervenção por indução, pois se tratam de normas dispositivas com o fim de incentivar ou desestimular certas atividades:

---

[806] FERRAZ, Roberto. **Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil.** In: TÔRRES, Heleno Taveira. (org.). Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 341.
[807] FOLLONI, André. **Ciência do direito tributário no Brasil**: crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 413.
[808] SOUZA, Nali de Jesus. Op. cit., p. 10.

> Também há *norma de intervenção por indução,* quando o Estado, *v.g.*, onera por imposto elevado o exercício de determinado comportamento, tal como no caso de importação de certos bens. A indução, é então, negativa. A norma não proíbe a importação desses bens, mas a onera de tal sorte que ela se torna economicamente proibitiva.[809]

Isso quer dizer que a possibilidade prevista no art. 153, § 3.º, principalmente o inciso I, trata-se de uma forma expressa determinada pela constituição de intervenção do Estado por indução na atividade econômica em sentido estrito para estimular ou desestimular a aquisição de determinados produtos:

> A par das variadas finalidade pelas quais a extrafiscalidade tradicionalmente é aplicada, e sendo o tributo, um instrumento de natureza financeira, interferindo no patrimônio, na atividade econômica, na vida social, cultural, política e ambiental, torna-se hábil instrumento para a modelagem de comportamentos humanos. A lógica é bastante simples. Tributa-se mais a atividade que se pretende desincentivar. Ao contrário, tributa-se menos a atividade que se pretende incentivar[810]

No Estado Social que hoje se pretende no Brasil, os tributos de uma forma geral possuem funções fiscal e extrafiscal. Através da função extrafiscal, pode o Estado intervir no setor econômico e social[811] sendo seu objetivo primordial "[...] a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples arrecadação de recursos financeiros"[812]

Atualmente a possibilidade de incluir uma função extrafiscal aos tributos é largamente utilizada, em regra para trazer instrumentos ao alcance do desenvolvimento econômico e social. Nesse sentido, lembra Flávio Berti:

---

[809] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica** ..., p. 145.
[810] MARINS, James; TEODOROVICZ, Jeferson. Op. cit. , p. 77.
[811] BORGES, José Souto Maior Borges. **Introdução ao direito financeiro.** São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 47.
[812] MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit, p. 67.

> A extrafiscalidade é tema em voga no direito tributário, sendo objeto de inúmeras considerações por parte da doutrina em razão de sua importância e do desenvolvimento de seu uso, particularmente com o advento do Estado Social em substituição ao modelo de Estado Liberal a partir do período que sucedeu o final da Segunda Guerra Mundial. Desta forma, a partir do momento em que o Estado passa a assumir maiores atribuições por força das carências e necessidades da sociedade, passa também a socorrer-se de uma série de instrumentos políticos, econômicos e legais para cumprir com tais encargos[813]

Eduardo Domingos Bottallo esclarece que, atualmente, identificam-se duas "modalidades de normas constitucionais extrafiscais: a) as voltadas à consecução de metas que poderiam ser chamadas de desenvolvimento econômico; b) as que visam à realização de objetivos de justiça social."[814] Na primeira modalidade, dentre outros tributos, relaciona o autor o IPI, em sua função extrafiscal para a consecução de metas para o desenvolvimento econômico, pela possibilidade em si de alteração de alíquotas pelo Poder Executivo e a não incidência desse mesmo imposto sobre os produtos industrializados destinados ao exterior. Já na segunda modalidade de norma extrafiscal, destinada ao alcance de objetivos referentes à justiça social, faz destaque ao IPI pelo princípio da Seletividade de suas alíquotas, observação obrigatória pelo Poder Executivo.

Embora essas diferenciações sejam bastante esclarecedoras e ainda confirmem a perspectiva deste trabalho referente à possibilidade de influência direta da extrafiscalidade no desenvolvimento econômico, a orientação adotada no presente estudo é de que, para o alcance desse desenvolvimento, a busca pelos objetivos atinentes a justiça social é imprescindível. Entende-se que estes objetivos não podem ser alcançados separadamente, motivo pelo qual os instrumentos da segunda modalidade são também instrumentos da primeira.

O Imposto sobre Produtos Industrializados no Brasil é um exemplo clássico de aplicação da função extrafiscal, principalmente pela grande quantidade de setores alcançados pela hipótese de incidência deste tributo. O Supremo Tribunal Federal, em julgamento relacionado ao IPI, destacou a sua função da extrafiscal como "instrumento de promoção do desenvolvimento nacional e de superação das desigualdades sociais e regionais":

---

[813] BERTI, Flávio de Azambuja. **Impostos...**, p. 34.
[814] BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Fundamentos do IPI** (Imposto Sobre Produtos Industrializados). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 59.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - IPI - AÇÚCAR DE CANA - LEI Nº 8.393/91 (ART. 2º) - ISENÇÃO FISCAL - CRITÉRIO ESPACIAL - APLICABILIDADE - EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO - ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INOCORRÊNCIA - NORMA LEGAL DESTITUÍDA DE CONTEÚDO ARBITRÁRIO - ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO - INADMISSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO. CONCESSÃO DE ISENÇÃO TRIBUTÁRIA E UTILIZAÇÃO EXTRAFISCAL DO IPI8.393. - A concessão de isenção em matéria tributária traduz ato discricionário, que, fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público (RE 157.228/SP), destina-se - a partir de critérios racionais, lógicos e impessoais estabelecidos de modo legítimo em norma legal - a implementar objetivos estatais nitidamente qualificados pela nota da extrafiscalidade. A isenção tributária que a União Federal concedeu, em matéria de IPI, sobre o açúcar de cana (Lei nº 8.393/91, art. 2º) objetiva conferir efetividade ao art. 3º, incisos II e III, da Constituição da República. Essa pessoa política, ao assim proceder, pôs em relevo a função extrafiscal desse tributo, utilizando-o como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional e de superação das desigualdades sociais e regionais.[...]. (360461 MG , Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 05/12/2005, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-055 DIVULG 27-03-2008 PUBLIC 28-03-2008 EMENT VOL-02312-06 PP-01077). (grifo nosso)

A forma de alteração de alíquotas do IPI foi estabelecida para que pudesse ser alterada com rapidez, mantendo sua utilidade na intervenção econômica.

Por estes motivos o IPI possui uma finalidade extrafiscal predominantemente, sendo seu objetivo principal relacionado a questões sociais e econômicas e não somente para sustento dos cofres públicos. Através da previsão do IPI como forma de interferência nas questões sociais e econômicas, deve-se entender que esta previsibilidade tem para o constituinte o fim maior de contribuir para o desenvolvimento do país. Voltamos assim ao conceito de desenvolvimento econômico adotado neste trabalho:

> Desenvolvimento econômico define-se, portanto, pela existência de crescimento econômico contínuo (g), em ritmo superior ao crescimento demográfico (g*), envolvendo mudanças de estruturas e melhoria de indicadores econômicos, sociais e ambientais. Ele compreende um fenômeno de longo prazo, implicando o fortalecimento da economia nacional, a ampliação da economia de mercado, a elevação geral da produtividade e do nível de bem-estar do conjunto da população, com a preservação do meio ambiente.[815]

Lembrando que este conceito foi adotado por trazer variáveis de diversos autores sobre o assunto, mas não o colocamos como conceito definitivo, apenas como um conceito facilitador e mais próximo da realidade brasileira.

Conforme esse conceito, para o desenvolvimento é necessária a melhoria de indicadores econômicos, sociais e ambientais. Curiosamente, o IPI, em toda a sua estrutura, pode influenciar em todos esses indicares.

Flávio de Azambuja complementa este raciocínio ao informar que:

> [...] também o IPI é passível de ser utilizado como instrumento de política extrafiscalista do Governo, na medida em que incide sobre atividade absolutamente relevante para o desenvolvimento do país, qual seja, a produção de riquezas mediante o processo de industrialização […] Ora, é possível e também razoável que o legislador estabeleça um tratamento diferenciado para o imposto que grava as operações de venda de produtos industrializados a fim de com isto viabilizar a efetivação de uma política sustentável de desenvolvimento, expandido a atividade produtiva, gerando empregos e, eventualmente, combatendo práticas maléficas à economia e ao consumidor [...].[816]

Analisar os indicadores gerais do desenvolvimento relacionando-os com os instrumentos do IPI possibilitará uma visão esclarecida da articulação desse imposto em sua função extrafiscal.

---

[815] SOUZA, Nali de Jesus. Op. cit., p. 7.
[816] BERTI, Flávio de Azambuja. **IPI e** ..., p. 153.

3.1. Indicadores Econômicos

Quanto aos indicadores econômicos como, por exemplo, o crescimento do PIB, o IPI influencia por quatro motivos principais. Um deles quando a Constituição prevê a imunidade de produtos destinados ao exterior (art. 153, § 3.º, III). Essa imunidade tem como fim fomentar a exportação de produtos industrializados no Brasil, gerando aumento das riquezas da economia interna. Outra forma de influência principal é a determinação constitucional da redução do imposto na aquisição de bens de capital com a finalidade de, através da redução de custos para a industrialização, fomentá-la e gerar também aumento do crescimento econômico. O terceiro motivo relaciona-se a possibilidade de alteração de alíquotas pelo Poder Executivo através de Decreto (art. 153, § 1.º) e assim estimular ou não a aquisição de produtos pelo consumidor o que influencia também no aumento ou na diminuição da sua produção e lucros decorrentes. A última forma de influência a ser destacada refere-se ao incentivo à indústria interna ao aumentar a alíquota do IPI referente aos produtos importados, fazendo com que o produto nacional seja economicamente mais vantajoso para o consumidor final.

Assim, todas essas formas de intervenção podem influenciar nos indicadores econômicos do país desde que sua aplicação seja corretamente realizada.

3.2. Indicadores Ambientais

A influência em indicadores ambientais refere-se também a possibilidade de alteração de alíquotas pelo Poder Executivo, pois desta forma poderá aumentar a porcentagem para produtos industrializados maléficos ao meio ambiente, como aqueles que possuem um período alto para decomposição. Da mesma forma, a alíquota pode ser reduzida para produtos alternativos, de menor tempo de composição que não tragam tantos malefícios ao meio ambiente[817]. Pode ainda diminuir as alíquotas quando o produto for fabricado com materiais reciclados. Esta forma de utilização de um tributo para alcançar determinados objetivos

[817] SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras em matéria ambiental.** In: TÔRRES, Heleno Taveira. (org.). Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 252-253.

ambientais é o que se chama de extrafiscalidade socioambiental[818]. Bottallo destaca bem essa importância do IPI na questão ambiental:

> Então, pode-se assentar, como verdadeiro e efetivo imperativo constitucional, que produtos industriais afinados com a proteção do meio ambiente – equipamentos, máquinas, bens de consumo – devem ser tributados minimamente, ou mesmo, não tributados pelo IPI. É o caso, pois, de colocar sob salvaguarda da seletividade os produtos que poderíamos denominar de 'ecologicamente corretos', como os fabricados com matérias primas biodegradáveis, os que não forneçam riscos à camada de ozônio ou que resultem da reciclagem responsável de resíduos industriais, dejetos e semelhantes.[819]

3.3. Indicadores Sociais

Sobre os indicadores sociais, várias são as possibilidades de influência pelo IPI. Conforme o § 3.º, I, do artigo 153, deve o IPI ser seletivo pela essencialidades dos produtos. A redução da alíquota para produtos essenciais possibilita as pessoas de renda mais baixa poderem adquirir produtos com maior facilidade que aumentem a sua qualidade de vida.

São exemplos desta possibilidade: A diminuição das alíquotas para os medicamentos e outros produtos que tragam benefícios a saúde diminuindo seu custo e trazendo mais acessibilidade a estes serviços; o aumento das alíquotas de produtos que tragam malefícios a saúde como cigarros e bebidas alcoólicas (embora muitos afirmem que o aumento das alíquotas deste produtos não diminui seu consumo); a redução de alíquotas de eletrodomésticos muitos considerados essenciais para um mínimo de qualidade de vida.

3.4 Críticas Relevantes

Pode-se dizer das conclusões supramencionadas que a função extrafiscal através da aplicação do princípio da seletividade do IPI é uma das formas que o Estado possui para

[818] MARINS, James; TEODOROVICZ, Jeferson. Op. cit. p. 109.
[819] BOTTALLO, Eduardo Domingos. Op. cit., p. 63.

intervir na economia de forma mais efetiva, e estas formas de intervenção econômica, em teoria, devem ser utilizadas para a busca de uma justiça social e do alcance do desenvolvimento nacional.

Todavia, duas ponderações são importantes neste ponto. Primeiro a de José Afonso da Silva sobre o sistema capitalista adotado pela Constituição:

> Assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*, não será tarefa fácil num sistema de base capitalista e, pois, essencialmente individualista. É que a justiça social só se realiza mediante equitativa distribuição da riqueza. Um regime de acumulação ou de concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. A história mostra que a injustiça é inerente ao modo de produção capitalista, mormente do capitalismo periférico. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impões e obriga que todas as demais regras da constituição econômica sejam entendidas e operadas em função dela.[820]

Percebe-se que para este autor a adoção do sistema capitalista dificulta – ou mesmo impossibilita – o alcance da justiça social. Isso significa dizer que, nessa linha de raciocínio, alcançar o desenvolvimento econômico como atualmente definido seria praticamente impossível em uma sociedade capitalista.

A segunda ponderação importante – que se conecta, de certa forma, à anterior – é trazida por Hugo de Brito Machado em seu livro Curso de Direito Tributário, quando faz uma crítica severa a extrafiscalidade do IPI referente a ineficiência das alterações de alíquotas para desmotivar o consumo de determinados produtos:

[820] SILVA, José Afonso da Silva. Op. cit., p.791.

> Pretendeu-se que o IPI funcionasse como tributo de função extrafiscal proibitiva […] Todavia, parece que essa função 'proibitiva' jamais produziu os efeitos desejados.[...] Parece, assim, incontestável a predominância, no IPI, da função fiscal, não obstante deva ser ele um imposto seletivo, em função da essencialidade dos produtos. Aliás, também aqui se pode notar que o legislador não tem levado em conta o preceito constitucional. A diversificação das alíquotas do IPI está, na prática, muito longe de fazer dele um imposto seletivo em função da essencialidade do tributo.[821]

Esta crítica refere-se a forma de aplicabilidade pelo legislador infraconstitucional do princípio da seletividade do IPI. Não basta a Constituição prever direitos sociais e princípios diversos na tentativa de uma sociedade justa se seus instrumentos não são bem utilizados, de forma planejada.

Para que este imposto possa contribuir para um real aumento do crescimento econômico juntamente com a melhora da qualidade de vida das pessoas é imprescindível que as alterações de suas alíquotas estejam alinhadas em um planejamento para o desenvolvimento nacional, conforme previsto no artigo 174, *caput* e § 1.º da Constituição, sem a interferência de outros interesses que não os previstos no referido planejamento[822].

CONCLUSÃO

Alcançar um desenvolvimento econômico que atenda ao conceito que temos hoje, que relaciona não apenas os indicadores de crescimento econômico, mas também indicadores sociais e ambientais em um sistema capitalista, conforme ensina José Afonso da Silva, pode ser uma tarefa impossível. E talvez seja, pois o conceito trabalhado ainda é de difícil concretização, já que até mesmo nos países mais desenvolvidos do mundo que adotam o mesmo sistema percebem-se mazelas em alguns indicadores relevantes.

A Constituição de 1988 do Brasil tentou, de muitas formas, amenizar as desigualdades sociais, que podem trazer importantes resultados para a avaliação do desenvolvimento nacional. Vários são os instrumentos colocados para utilização do Poder Público na busca de uma justiça social. Dentre eles, o tributário, como ficou demonstrado.

---

[821] MACHADO, Hugo de Brito. Op. cit., p. 327.
[822] BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010, p. 631.

Primeiramente, concluímos que a sistemática do IPI possui legitimidade dentro da Ordem Econômica da Constituição de 1988, pois esse imposto pode contribuir para o alcance de alguns de seus princípios:

a) a existência digna das pessoas e a redução das desigualdades regionais e sociais, ao tornar os produtos mais essenciais também mais acessíveis, com a diminuição da carga tributária;

b) a defesa do meio ambiente, ao tributar com maiores alíquotas produtos industrializados mais prejudiciais ao meio ambiente e diminuir alíquotas daqueles que viabilizem a preservação ambiental;

c) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte com sede no país, através da tributação favorecida de seus produtos.

d) o desenvolvimento nacional como um todo pela imunidade daqueles produtos destinados ao exterior, fomentando, assim, essa prática que favorece o crescimento econômico; ainda, o tratamento favorecido aos bens de capital, para incentivar a industrialização, o que também contribui para o crescimento econômico.

Além disso, outra conclusão é verificar que a utilização do IPI no formato descrito acima significa dizer que seu aspecto extrafiscal é da maior relevância, e que esse imposto, além de ter influência em todo país pela competência federal, tem uma amplitude de alteração de alíquotas bastante significativa (zero a trinta unidades ao percentual de incidência fixado na lei) e esta alteração é facilitada pelo § 1º do artigo 153 da CF.

Ou seja, este imposto tem o potencial de interferir diretamente na economia do Brasil hoje, estimulando ou desestimulando o consumo de determinados produtos industrializados. Por meio do princípio da seletividade previsto no artigo 153, § 3.º, I, a Constituição objetiva tornar acessíveis os produtos industrializados mais essenciais, numa tentativa, como já pontuado, de diminuir as desigualdades sociais e aumentar a qualidade de vida das pessoas, proteger o meio ambiente e a indústria nacional.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. **Cinco aulas de finanças e política fiscal.** 2ª ed. Rev. Bahia: José Bushatsky, 1975, p. 112.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças.** 16ª ed. Rev. e atual. Por Dejalma de Campus. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento***:* Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERTI, Flávio de Azambuja. **Impostos:** extrafiscalidade & não-confisco. 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2004.

BERTI, Flávio de Azambuja. **IPI e Extrafiscalidade.** Revista de Direito Empresarial, Curitiba, v. 2, p. 141-162, 2005.

BORGES, José Souto Maior Borges. **Introdução ao direito financeiro.** São Paulo: Max Limonad, 1998.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Fundamentos do IPI** (Imposto Sobre Produtos Industrializados). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 25ª edição rev. Amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO, Cristiano. **Análise Econômica da Tributação.** In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). Direito e Economia no Brasil. São Paulo: Atlas S.A., 2012, p. 246-265.

CASTRO, Danilo Monteiro de. **Alcance e Efeitos da Regra Imunizante Inerente ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) na Exportação.** Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, Volume 211, p. 16-30, abril de 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006

DELFIM NETTO, Antonio. **Planejamento para o Desenvolvimento Econômico.** São Paulo: Livraria Pioneira, 1966

FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord). **Princípios e Limites da Tributação 2** – Os Princípios da Ordem Econômica e a Tributação. Ed. Quartier Latin. São Paulo, 2009.

FERRAZ, Roberto. **Tributação ambientalmente orientada e as espécies tributárias no Brasil.** In: TÔRRES, Heleno Taveira. (org.). Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 333-353.

FOLLONI, André. **Ciência do direito tributário no Brasil**: crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges. São Paulo: Saraiva, 2013.

FURTADO, Celso. **Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico.** 5ª edição rev. e amp. São Paulo: Editora Nacional, 1975.

GRAU, Eros Roberto. **Notas Preliminares à Abordagem da Relação entre Direito e Desenvolvimento.** Revista dos Tribunais. São Paulo, Ano 68, Volume 519, Janeiro de 1979.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 15ª ed. Rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

GREMAUD, Amauty Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JR; Rudinei. **Economia Brasileira Contemporânea.** 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2002

IRMA, Adelman. **Teorias do Desenvolvimento Econômico.** Ed. Forense. São Paulo, 1961.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da moeda.** São Paulo: Atlas, 1992, p. 288.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARINS, James; TEODOROVICZ, Jeferson. **Extrafiscalidade Socioambiental.** Revista Tributária e de Finanças Públicas. São Paulo, Ano 18, Volume 90, janeiro-fevereiro 2010.

MARQUES, Márcio Severo. **IPI e Alíquota Zero:** Não Cumulatividade e Direito ao Crédito na Isenção. In. SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord). Direito Tributário: Homenagem a Paulo de Barros Carvalho. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 367-381.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia:** Introdução ao Direito Econômico. 6ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Júlio M. de. **O Princípio da Legalidade e sua Aplicabilidade ao IPI e ao ICMS.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao Desenvolvimento:** Antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord). **Regulação e Desenvolvimento.** Malheiros, São Paulo, 2002.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras em matéria ambiental.** In: TÔRRES, Heleno Taveira. (Org.). Direito Tributário Ambiental. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 252-253.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade.** São Paulo : Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento Econômico.** 5ª edição rev. São Paulo: Atlas, 2005.

VIEIRA, José Roberto. **A Regra Matriz de Incidência do IPI:** Texto e Contexto. Curitiba: Juruá, 1993.

ZILVETI, Fernando Aurelio. **Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva.** São Paulo: Quartier Latin, 2004.

CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO LIMITE À EXTRAFISCALIDADE

Andressa de Fátima CORDEIRO

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demostrar que a extrafiscalidade não deve somente ser aplicada quando respeitados princípios e regras constitucionais tributários como a legalidade, a igualdade, a razoabilidade, a proporcionalidade e, principalmente, a capacidade contributiva. Dessa forma, a extrafiscalidade deve ser utilizada com precaução para atingir os objetivos que tenham amparo constitucional. A capacidade contributiva, em que pese possa ser afastada, não pode ser excluída na totalidade, visto que impede a tributação do mínimo existencial e também justifica a vedação à utilização de tributo com efeito de confisco. Assim sendo, o presente artigo faz uma análise no sentido de que a capacidade contributiva se apresenta como uma limitação à extrafiscalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade Contributiva. Extrafiscalidade. Limitação.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the extrafiscality should not be applied by mere viability, as there constitutional principles that must be observed, including the legality, equality, reasonableness, proportionality, and especially the ability to pay. Thus, extrafiscality should be seen as a last resort and therefore more restrictive, to achieve the goals that have constitutional protection. In this context, it has great relevance to ability to pay which, in spite can be removed, can not be entirely excluded, since defending the existential minimum and also justifies the confiscation seal. Therefore, this article makes an analysis in the sense that it has the ability to contribute as a limitation of extrafiscality under penalty characterization of an unjustified and unjust tax.

KEYWORDS: Ability to pay. Extrafiscality. Limitation.

INTRODUÇÃO

Dentre as finalidades do tributo, há normas tributárias que surgem com objetivo meramente arrecadatório e aquelas que surgem com o fim de estimular ou inibir determinados comportamentos para que, com isso, a tributação trabalhe no sentido de atingir objetivos e de preservar garantias constitucionais.

Em ambos os casos, há necessidade de observância dos princípios e das regras constitucionais, inclusive os tributários, para que os tributos instituídos sejam compatíveis com o ordenamento jurídico.

No momento em que se insere a norma tributária, com finalidade extrafiscal, no sistema, há determinados princípios que jamais devem ser ignorados por completo, como é o caso da capacidade contributiva. Ligada ao princípio da igualdade, ao mínimo existencial e à vedação da utilização do tributo com efeito de confisco, a capacidade contributiva objetiva preservar as garantias do indivíduo como contribuinte.

A não observância de tais preceitos, ainda que afastados para dar lugar a outras finalidades que se amparam na Constituição Federal, não pode ser admitida, como será demonstrado.

1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

1.1. O princípio da capacidade contributiva

Insculpida dentre os "princípios gerais" do Sistema Constitucional Tributário, a capacidade contributiva ocupa posto privilegiado. Para Benvenuto Griziotti, ela "...indica a potencialidade que possuem os submetidos à soberania fiscal para contribuir com os gastos públicos."[823]

Referido princípio pode ser compreendido em dois sentidos distintos. O primeiro deles é a capacidade absoluta ou objetiva, que se refere aos fatos que constituam uma manifestação de riqueza e que são eleitos pelo Poder Legislativo como "fatos geradores" do tributo. Já a capacidade relativa ou subjetiva é justamente a aptidão de contribuir de acordo com as possibilidades econômicas de determinada pessoa, vista individualmente.

---

[823] *Apud* COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. Malheiros: São Paulo, 1993, p. 21.

A capacidade contributiva absoluta ou objetiva, conforme ensina Regina Helena Costa, "representa sensível restrição à discrição legislativa, na medida em que não autoriza, como pressuposto de impostos, a escolha de fatos que não sejam reveladores de alguma riqueza."[824] Ou seja, é um fundamento jurídico do imposto, enquanto que a capacidade subjetiva se revela como um critério de graduação do imposto.

Como se vê, a capacidade contributiva é, por si só, uma forma de limitação constitucional ao poder de tributar. Sua relevância dá-se também pelo fato de que se apresenta como forma de concretização do princípio da igualdade, conforme adiante será abordado.

1.2. Capacidade contributiva e sua relação com o princípio da igualdade

O âmbito de aplicação do princípio da igualdade é bastante amplo, pois não está apenas vinculado à fiscalidade. Sua concretização, no Direito Tributário, dá-se por meio da capacidade contributiva. Nesse sentido, ensina Humberto Ávila:

> O âmbito de aplicação do princípio da igualdade é, todavia, mais extenso que o do princípio da capacidade contributiva, porque o princípio da igualdade tanto se aplica para aquelas normas que têm por finalidade primária a criação de encargos (subtração de valores) quanto para aquelas que têm por finalidade primária a alteração de comportamentos (afetação dos direitos de liberdade).[825]

Cleide Previtalli Cais, por sua vez, afirma que a capacidade contributiva é "um desdobramento do princípio da igualdade na medida em que visa garantir ao contribuinte o respeito à sua capacidade econômica diante da imposição dos impostos."[826] Regina Helena Costa, sem linha semelhante, afirma ser este princípio "uma derivação de um princípio mais geral que é o da igualdade, irradiador de efeitos em todos os setores do Direito".[827]

Dessa forma, a capacidade contributiva insere-se como critério normativo material para dar efetividade àquele primeiro. Por isso, Humberto Ávila afirma que a "Igualdade

---

[824] COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. Malheiros: São Paulo, 1993, p. 26.
[825] ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 370.
[826] CAIS, Cleide Previtalli. **O Processo Tributário**. 6ª Edição. São Paulo: RT, p. 117.
[827] COSTA, op. cit., p. 39.

tributária não é apenas igualdade proporcional, mas também igualdade medida na capacidade contributiva do sujeito passivo."[828]

Nesse sentido, vale observar que o Tribunal Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) também reconhece o princípio da capacidade contributiva como parâmetro do princípio da igualdade no Direito Constitucional Tributário.[829]

Amílcar de Araújo Falcão também já reconhecia a relevância da capacidade contributiva na instituição de tributos:

> "O legislador ao instituir um tributo, indica um fato, uma circunstância, ou um acontecimento como capazes de, pelo seu surgimento ou ocorrência, darem lugar ao nascimento daquele. Estes fatos, ou situações, já se disse, são sempre considerados pelo seu *conteúdo econômico* e representam *índices* de capacidade contributiva."[830]

O Direito Tributário, portanto, deve ser aplicado de acordo com a capacidade contributiva dos contribuintes para que a tributação seja regida com fundamento na igualdade.

Insere-se, nesse diapasão, a teoria da justiça do imposto, elaborada por Luigi Vittorio Berliri, mencionada por Aliomar Baleeiro[831], no sentido de que o contribuinte, para saber se determinado imposto é bom ou nocivo, se é racional ou improdutivo, considerará a situação relativa aos demais contribuintes e, então, se perguntará se é justo que ele deva pagar esse imposto e que ele deva pagá-lo naquele montante, principalmente em razão das necessidades que pode ter deixado de atender com o gasto absorvido pelo imposto.

Nestes termos, a busca da igualdade consiste na análise da capacidade contributiva do contribuinte em cada caso e, também, com os demais casos de contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Isso porque, como explica Aliomar Baleeiro, a capacidade contributiva, "em uma sociedade diferenciada pela divisão de classes

---

[828] ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 371/372.
[829] Ibd., p. 529.
[830] *Apud* BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2007, p. 135.
[831] BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 537.

desigualmente providas de bens e rendimentos, como a estrutura capitalista, varia de indivíduo para indivíduo."[832]

Roque Carraza afirma, por isso, que "O princípio da capacidade contributiva... Intimamente ligado ao principio da igualdade, é um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance a tão almejada *Justiça Fiscal*."[833]

A respeito da justiça fiscal, Sacha Calmon Navarro Coelho também afirma, em linha análoga: "A ideia de capacidade contributiva, o seu conteúdo, serve de parâmetro para analisarmos o maior ou menor teor de injustiça fiscal existente nos sistemas tributários."[834]

Por tal razão é que a incidência do tributo deve estar aliada à realidade econômica, pois, com Becker, "... se alguma inequivalência ocorrer entre a forma jurídica e a realidade econômica, cumpre ao intérprete dar plena atuação ao comando legal e, assim, atendendo-se àquela última, fazer incidir o imposto que lhe é inerente". [835]

José Marcos Domingues de Oliveira, ensina que a igualdade no direito tributário desdobra-se em várias facetas, quais sejam:

> "a) se todos são iguais perante a lei, *todos* devem ser por ela tributados (princípio da generalidade);
>
> b) o critério de igualação ou desigualação há de ser a *riqueza* de cada um, pois o tributo visa a retirar recursos do contribuinte para manter as finanças públicas; *assim*, pagarão *todos* os que tenham *riqueza*, localizados os que têm riqueza (logo, contribuintes) devem ser todos estes tratados igualmente – ou seja – tributados identicamente na medida em que possuírem igual riqueza (princípio da igualdade tributária);
>
> c) essa 'riqueza' só poderá referir-se ao que exceder o mínimo necessário à sobrevivência digna, pois até este nível o contribuinte age ou atua para manter a si e

[832] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**; **Introdução à ciência das finanças**. 16ª Edição, Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 57.
[833] CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94.
[834] COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**. 9ª Edição. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 57.
[835] BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2007, p. 135.

aos seus dependentes, ou à unidade produtora daquela riqueza (primeira acepção do princípio da capacidade contributiva, enquanto pressuposto ou fundamento de tributo);

d) essa tributação, ademais, não pode se tornar excessiva, proibitiva ou confiscatória, ou seja, a tributação em cotejo com diversos princípio e garantias constitucionais (direito ao trabalho e à livre iniciativa, proteção à propriedade), não poderá inviabilizar ou mesmo inibir o exercício de atividade profissional ou empresarial lícita nem retirar do contribuinte parcela substancial de propriedade (segunda acepção do princípio da capacidade contributiva, enquanto critério de graduação e limite de tributação).”[836]

Dessa forma, a capacidade contributiva tem como objetivo, juntamente com o princípio da igualdade, atingir a justiça tributária, de forma que os instrumentos colocados à disposição no direito tributário devem ser aplicados em consonância com o fim que se almeja.

1.3. Capacidade Contributiva na Constituição

A capacidade contributiva, conforme Aliomar Baleeiro, é “aquela que se encontra após a dedução dos gastos necessários à aquisição, produção e manutenção da renda e do patrimônio”[837]. Está prescrita na Constituição brasileira, em seu artigo, 145, § 1.°:

Art. 145 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

---

[836] *Apud* COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. Malheiros: São Paulo, 1993, p. 39/40.

[837] BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 534.

No tocante à expressão "sempre que possível" é necessário cautela para evitar que a possibilidade seja entendida como discricionariedade do Poder Legislativo, conforme o alerta de Roque Antonio Carrazza[838]. Segundo Regina Helena Costa, mencionada expressão quer significar "sempre que a estrutura do aspecto material da hipótese de incidência tributária o comporte."[839] Para Carrazza, a expressão "sempre que possível" deve ser assim interpretada:

> "se for da índole constitucional do imposto, ele deverá obrigatoriamente ter caráter pessoal e ser graduado de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. Ou, melhor: se a *regra-matriz* do imposto (traçada na Constituição Federal) permitir, ele deverá necessariamente obedecer ao principio da capacidade contributiva."[840]

Portanto referida expressão não se trata de uma permissão, mas de um dever que depende da possibilidade, jurídica e ontológica, da graduação de acordo com a capacidade econômica do contribuinte.

No tocante à graduação dos impostos consoante a capacidade contributiva frente à Constituição Federal, Regina Helena Costa entende que:

> A inobservância da graduação dos impostos consoante a capacidade econômica dos sujeitos só está autorizada diante da tributação extrafiscal, para o alcance de finalidades homenageadas pela ordem constitucional. Todavia, na instituição de tributos progressivos ou regressivos que atendam a fins extrafiscais, a incidência do imposto não está totalmente afastada, pois o legislador não poderá descuidar-se da preservação dos limites que o mesmo impõe: a manutenção do mínimo vital, o não atingimento do confisco e o não-cerceamento de outros direitos constitucionais.[841]

---

[838] CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 110.
[839] COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. Malheiros: São Paulo, 1993, p. 88.
[840] CARRAZA, op. cit., p. 110.
[841] COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. Malheiros: São Paulo, 1993, p. 102.

Sacha Calmon Navarro Coelho entende, ainda, que "O critério pessoal que alude o constituinte significa o desejo de que a pessoa tributada venha a sê-lo por suas características pessoais (capacidade contributiva), sem possibilidade de repassar o encargo a terceiros."[842] Dessa forma, ainda com o mesmo autor, sendo um princípio constitucional, "a capacidade contributiva subordina o legislador e atribui ao Judiciário o dever de controlar a sua efetivação enquanto poder de controle de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos administrativos."[843]

Para tanto, é preciso considerar os objetivos previstos na Constituição Federal, especialmente:

> "Art. 3°. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> (...)
>
> III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> (...)"

E, mais, adiante, as vedações constitucionais tributárias:

> "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> (...)
>
> II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

---

[842] COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**. 9ª Edição. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 51.
[843] Ibd., p. 55.

(...)

IV – utilizar tributo com efeito de confisco."

Como se vê, o dispositivo contempla o princípio da igualdade e o da proibição do confisco, diretamente ligados à efetivação da capacidade contributiva.

Nessa linha, o artigo 153, inciso III, da Constituição Federal, no tocante ao Imposto de Renda, prevê que sejam observados os princípios da generalidade, da universalidade e da progressividade, meras derivações do princípio da igualdade e da capacidade contributiva.[844] Ainda, com relação ao ITR, ao IPI e ao ICMS, há disposições expressas quanto à progressividade, essencialidade, não-cumulatividade e seletividade, que reforçam o princípio da capacidade contributiva.

2. A EXTRAFISCALIDADE

2.1. As funções da tributação

É de conhecimento que o Estado, tendo como finalidade o atendimento do interesse público e a promoção de direitos fundamentais, necessita de recursos para satisfazer as necessidades coletivas. Daí a importância da Política Tributária e da Política Fiscal. Isto porque se, de um lado, existe a preocupação relativa à busca de recursos, por outro lado há necessidade de definir a destinação dos recursos advindos da arrecadação tributária.

Sobre a política fiscal, Aliomar Baleeiro ensina:

> A Política Fiscal poderá ser dirigida no sentido de propiciar a evolução do país para objetivos puramente econômicos, como seu desenvolvimento e industrialização, ou também para alvos políticos e sociais, como maior intervenção do Estado no setor

[844] COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. Malheiros: São Paulo, 1993, p.91.

> provado até o ponto de absorção completa deste, segundo inspirações socialistas, comunistas ou apenas demagógicas.[845]

Em critérios comparativos, nações desenvolvidas, defende o autor, são aquelas mais avançadas nos níveis de produtividade e de civilização, o que envolve padrões de vida, cultura e bem-estar[846].

As normas tributárias surgem, então, com um primeiro objetivo: atribuir dinheiro ao Estado. Para isso, ordenam os comportamentos dos agentes públicos, de contribuintes e de terceiros, tendentes a levar – em tempo oportuno, pela forma correta, segundo os critérios previamente estabelecidos e em quantia legalmente fixada – recursos financeiros produzidos pelos particulares para os cofres públicos.[847]

Além disso, porém, as funções dos tributos visam não apenas a arrecadação mas, também, ordenar comportamentos visando alcançar o desenvolvimento do país.

Sobre a finalidade dos tributos, Alfredo Augusto Becker afirma:

> A principal finalidade de muitos tributos (que continuarão a surgir em volume e variedade sempre maiores pela progressiva transfiguração dos tributos de finalismo clássico ou tradicional) não será a de um instrumento de *arrecadação* de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de *intervenção* estatal no meio social e na economia privada.[848]

Pode-se então afirmar que, para atendimento às funções do tributo, o Estado utiliza-se da fiscalidade e da extrafiscalidade. A primeira designa a função de produzir arrecadação financeira, enquanto a segunda é o emprego dos tributos para fins não fiscais, como o direcionamento de comportamentos.

---

[845] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**; **Introdução à ciência das finanças**. 16ª Edição, Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 57.
[846] Ibd., p. 57.
[847] ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.
[848] BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2007, p. 623.

Para o exercício de ambas as funções, o Estado deve atender aos dispositivos previstos constitucionalmente. Sacha Calmon Navarro Coelho afirma: "No campo do Direito Tributário, tanto a União como os Estados-Membros estão adstritos às regras de constituição de suas leis complementares. Isto feito, cada qual é autônomo para instituir e regrar os seus tributos."[849]

No mesmo sentido, Roque Antonio Carraza refere-se ao Princípio Republicano:

> "O princípio republicano vivifica cada artigo da Constituição, irisando-o e fazendo-o portador de sua mensagem de respeito pelo povo e por seus sagrados interesses. E é fundamentalmente no exercício da tributação que a ideia de República deve predominar, para que, contra este mesmo povo, não se comentam injustiças e arbitrariedades. (...) É que a República reconhece a todas as pessoas o direito de só serem tributadas em função do superior interesse do Estado. Os tributos só podem ser criados e exigidos por razões públicas. Em consequência, o dinheiro obtido com a destinação deve ter destinação pública, isto é, dever ser preordenado à mantença da *res publica*."[850]

Dentre os princípios constitucionais a serem respeitados, está a capacidade contributiva, como se verá adiante.

2.2. A função extrafiscal dos tributos

Ao lado dos impostos puramente fiscais, os impostos com funções extrafiscais também se apresentam como um instrumento colocado à disposição para o exercício do poder de tributar. Becker afirmava, já no início da década de 1960, a respeito:

---

[849] COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**. 9ª Edição. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 27.
[850] CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-93.

> Na construção de cada tributo não mais será ignorado o finalismo extrafiscal, nem será esquecido o fiscal. Ambos coexistirão, agora de um modo consciente e desejado; apenas haverá maior ou menor prevalência deste ou daquele finalismo[851].

O exercício do poder de tributar é exercido por meio de instrumentos de imposição e, dentre eles, tem-se a extrafiscalidade: emprego de tributos como instrumento de intervenção ou regulação pública.[852]

Quando o Estado busca uma intervenção por meios tributários, seja para preservar ou para encorajar determinada atividade, ou até mesmo para incentivar determinada conduta, ele se utiliza de maior ou menor imposição tributária de acordo com os efeitos que busca produzir. Ao contrário dos tributos puramente fiscais, na extrafiscalidade a finalidade não é meramente arrecadatória.

Sabe-se que qualquer tributo implica notório reflexo na economia. No entanto, Geraldo Ataliba afirma não ser isto que se pretende aludir quando se fala em extrafiscalidade. Esse fenômeno consiste no "...emprego deliberado do instrumento tributário par finalidades não financeiras, mas regulatórias de comportamentos sociais em matéria econômica, social e política."[853]

Dessa forma, a política tributária exercida pelo Estado pode onerar ou desonerar (seja por imunidade ou isenção) determinada atividade com a finalidade de estimular a conduta que visa ser praticada ou desestimular determinada conduta que não pretenda a prática.

Nas palavras de Baleeiro:

> (...) o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido ao legislador tributário a faculdade de estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses prevalentes da coletividade, por meio de uma tributação progressiva ou regressiva, ou da concessão de benefícios e incentivos fiscais.[854]

---

[851] BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2007, p. 624.
[852] BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.189.
[853] ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 1968, p. 151.
[854] BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7ª Edição. Rio de Janeiro:

Importante ressaltar que o exercício dá-se pelas competências tributárias previstas na Constituição Federal. Nesse sentido, Ataliba ensina que:

> ...a chamada intervenção econômica ou regulação social será exercida, no limite da própria jurisdição, por União, Estados e Municípios, sem invasão das recíprocas esferas de competência.[855]

Vale alertar que os efeitos a serem produzidos com a escolha de determinada técnica para alcance da extrafiscalidade devem ser previamente estudados caso a caso a fim de evitar um resultado não desejado.[856]

2.3. A extrafiscalidade e os princípios constitucionais tributários

Não é demais relembrar que o emprego das funções extrafiscais deve observar os princípios constitucionais. Sobre o tema, Humberto Ávila ressalta a relevância da extrafiscalidade no direito alemão para a modificação de comportamentos e o dever de respeito à determinados princípios:

> A eficácia modificativa de comportamentos (*Gestaltungswirkung*) deve ter sua constitucionalidade medida pela compatibilidade com os direitos fundamentais a serem devidamente aplicados mediante o emprego dos postulados da razoabilidade, da concordância prática e da proporcionalidade.[857]

Independentemente da finalidade, a extrafiscalidade deve, sobretudo, ser orientada pelos princípios constitucionais. Ataliba afirma ainda que "há que se buscar na Constituição

---

Forense, 1997, p.576.
[855] ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 1968, p. 166.
[856] BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**; **Introdução à ciência das finanças**. 16ª Edição, Forense: Rio de Janeiro, 2004, p. 82.
[857] ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 370.

os critérios pelos quais se determinará o regime a ser aplicado."[858] E ainda: "O uso do instrumento tributário é limitado pelos princípios constitucionais específicos e genéricos, seja qual for a finalidade para que seja usado."[859]

A extrafiscalidade, portanto, serve como instrumento para estimular ou desestimular comportamentos. Contudo, sua utilização deve estar adequada ao ordenamento jurídico tributário e, principalmente, deve respeitar os princípios constitucionais, tais como a capacidade contributiva a fim de preservar o mínimo existencial e evitar o confisco, conforme será abordado adiante.

3. CAPACIDADE CONTRIBUTIVA NOS TRIBUTOS EXTRAFISCAIS

3.1. Considerações gerais

Conforme já mencionado, a extrafiscalidade é o emprego de instrumentos tributários com finalidade não arrecadatória, mas que visam estimular ou desestimular comportamentos para realização de valores constitucionais.

A respeito da relação do princípio da capacidade contributiva com a extrafiscalidade, há quem entenda que esta configura uma exceção àquele princípio e, por outro lado, há quem entenda que referido princípio também se observa na extrafiscalidade.

As primeiras conclusões foram no sentido de reconhecer a incompatibilidade de ambos, a exemplo de Giuliani Fonrouge. Do mesmo modo, Ferreiro Lapatza afirmava que a capacidade contributiva é suscetível de sofrer excessos nos casos de extrafiscalidade.[860]

Regina Helena Costa adota o seguinte posicionamento:

> Realmente, a nós parece melhor o entendimento que prestigia a convivência entre a autuação extrafiscal e a observância do postulado da capacidade contributiva. Isto porque, a nosso ver, poder-se-á verificar a sua incidência ao menos quanto ao respeito aos limites que o mesmo impõe.

---

[858] ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 1968, p. 167.
[859] Ibd., p. 168.
[860] Cf. COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. Malheiros: São Paulo, 1993, p. 68-69.

> Assim, na tributação extrafiscal, sua incidência é atenuada pela perseguição de outros objetivos. O princípio da capacidade contributiva cede ante a presença de interesse público de natureza social ou econômica, que possa ser alcançado mais facilmente se se prescindir da graduação dos impostos consoante a capacidade econômica do sujeito.[861]

Desta forma, pode-se afirmar, com firmeza, que a capacidade contributiva não resta completamente afastada na tributação extrafiscal, pois o Poder Legislativo não pode desrespeitar as determinações que o próprio princípio impõe. É o caso do respeito ao mínimo existencial e da proibição de tributo com efeito de confisco, objetos de análise posterior, a seguir.

3.2. Princípio da capacidade contributiva e o mínimo existencial

Dentre a eficácia do principio da capacidade contributiva, está a preservação do mínimo vital, também chamado de mínimo existencial. Para Sainz de Bujanda, "a isenção do mínimo vital é inseparável do princípio da capacidade contributiva."[862]

Humberto Ávila afirma, explicando o que é a proteção do mínimo existencial à tributação: "Despesas inevitáveis, que sejam necessárias para a manutenção da dignidade humana e da família, devem ficar de fora do âmbito da tributação."[863] José Marcos Domingues ensina, também:

> ...As isenções extrafiscais (tanto quanto as isenções fiscais – que preservam o 'necessário mínimo'), quando não iluminadas por critérios como esses, transformam-se em privilégios inconstitucionais e são espúrias, desvirtuadas, informam a 'possível colisão dos regimes de incentivos com o princípio da igualdade concebido com o princípio da capacidade contributiva", conforme advertência das VI Jornadas Latino-

[861] COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. Malheiros: São Paulo, 1993, p.69.
[862] *Apud* COSTA, ibd., p. 65.
[863] ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 379.

americanas de Direito Tributário, intitulada 'Los Incentivos Tributarios al Desarollo Económico'.[864]

Corroborando com este entendimento, Becker adverte que:

> ...o dever jurídico que a regra constitucional impõe ao legislador ordinário não é apenas o de escolher fatos-signos presuntivos de renda ou capital para a composição da hipótese de incidência do tributo, mas também e principalmente o dever de criar isenções tributárias que resguardem a imunidade tributária no mínimo indispensável de capital e renda (...)[865]

O conceito jurídico de mínimo indispensável abrange as necessidades básicas das pessoas previstas constitucionalmente (especialmente no tocante à alimentação, vestuário, lazer, cultura, saúde, educação, transporte, etc.), motivo pelo qual não podem ser alcançados pelos impostos.

O mínimo existencial será fixado de acordo com as necessidades fundamentais do indivíduo em determinada sociedade. "O conceito de mínimo vital, portanto, varia no tempo e no espaço."[866] E sua observância é indispensável para a concretização do princípio da capacidade contributiva, a fim de alcançar a justiça tributária.

A justiça tributária a ser alcançada está diretamente ligada, neste caso, na função de defesa do indivíduo contra o Estado. Em outras palavras, Christoph Enders diz que "a tributação não pode afetar os pré-requisitos mínimos de uma existência humanamente digna."[867]

A garantia da dignidade humana tem, sobretudo, uma importância fundamental no Direito Tributário, sendo um princípio constitucional que protege o indivíduo contra o Estado e, dessa proteção, surge o mínimo existencial que deve ser estritamente preservado por representar o limite mínimo de subsistência. Estando, o mínimo existencial, alçado à condição

---

[864] *Apud* COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**. 9ª Edição. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 57/58.
[865] BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2007, p. 531.
[866] COSTA. Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. Malheiros: São Paulo, 1993, p. 68.
[867] *Apud* ÁVILA. Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 504.

de verdadeira imunidade tributária, não pode ser afastado sob o argumento de que o tributo busca fins extrafiscais. Nada, na Constituição, autoriza esse tratamento excepcional.

3.3. Princípio da capacidade contributiva e a proibição do confisco

Em se tratando de qualquer atividade tributária a ser exercida, não há como desconsiderar o direito de propriedade consagrado na Constituição Federal, direito individual previsto no artigo 5.°, XXII e XXIII. A tributação deve respeitar esta garantia, sob pena de confisco, o qual é vedado constitucionalmente, outra vez, no artigo 150, IV.

A norma constitucional que veda a utilização de tributos com efeito de confisco é, também, uma limitação ao poder de tributar, pois, como leciona Roque Antonio Carrazza, "limita o direito que as pessoas têm de expropriar bens privados."[868]

Aliomar Baleeiro afirmava a relação existente entre que a vedação de efeitos confiscatórios e a capacidade contributiva: "A relação necessária entre vedação de efeitos de confisco e a capacidade contributiva encontra-se em que os tributos não podem exceder à força econômica do contribuinte."[869] E Carrazza reafirma: "Estamos convencidos que o *princípio da não-confiscatoriedade*, contido no art. 150, IV, da CF (pelo qual é vedado 'utilizar tributo com efeito de confisco'), deriva *do princípio da capacidade contributiva*."[870]

A vedação ao confisco, por resguardar o direito de propriedade é, então, uma limitação ao poder de tributar, conforme ensina Baleeiro:

> Quaisquer que sejam as restrições feitas ao conceito de capacidade contributiva da coletividade, é evidente que existem limites para esta tanto quanto para os indivíduos. O contribuinte não pode pagar impostos que sacrifiquem o 'mínimo de existência' ou o 'necessário físico'. A insistência do fisco em ignorar esse princípio

---

[868] CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 108.
[869] BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.574.
[870] CARRAZA, op. cit., p. 107.

óbvio acarretaria na ruína física do homem, que é a base econômica da produção de qualquer país.[871]

Sendo assim, o Estado deve ponderar a criação de tributos e a forma de arrecadação para que as garantias do contribuinte não sofram efeitos negativos, exigindo do legislador conduta amparada no equilíbrio, na moderação e na medida, na quantificação dos tributos, para alcançar um direito tributário justo.[872]

Para afastar o efeito de confisco, o legislador deve agir com ponderação, respeitando os limites da tributação a fim de evitar excessos.

Flávio de Azambuja Berti alerta:

> Se de um lado, o Estado tem o direito de criar e arrecadar tributos, o que decorre até mesmo de necessidade imperiosa para financiar os gastos que atenderão à comunidade, por outro, deve utilizar tal instrumento com coerência e sem excesso de modo tal a produzir os menores efeitos possíveis na marcha dos negócios pessoais e profissionais do contribuinte, preservando seu direito de propriedade e dignidade enquanto cidadão.[873]

Há controvérsias se o princípio de vedação ao confisco pode ser afastado quando o tributo for instituído com uma finalidade extrafiscal, para a realização de um valor constitucionalmente consagrado. Neste caso, há uma antinomia, pois de um lado há a necessidade de realização de um determinado valor e, de outro lado, existe a vedação ao confisco.

Sobre o tema, Baleeiro afirma que:

> Mas não ofendem à Constituição impostos que, em função extrafiscal, são instituídos com propósito de compelir ou afastar o indivíduo de certos atos ou atitudes. Nesse

[871] BALEEIRO, op. cit., p. 277.
[872] CARRAZA, op. cit., p. 108.
[873] BERTI. Flávio de Azambuja. **Impostos - Extrafiscalidade e Não-Confisco**. Juruá: Curitiba, 2003, p. 129.

> caso, o caráter destrutivo e agressivo é inerente a essa tributação admitida por tribunais americanos e argentinos e da qual há exemplos no Direito Fiscal brasileiro quando visa ao protecionismo à indústria, ao incentivo à natalidade, ao combate ao ausentismo, ao latifúndio, etc.[874]

Hugo de Brito Machado discorda desse posicionamento ao dizer que:

> Não nos parece que o simples fato de ser instituído o tributo com determinada finalidade extrafiscal visando a realização de um valor constitucionalmente consagrado possa afastar inteiramente o princípio da vedação do tributo com efeito de confisco. A nosso ver o que se há de fazer em tais casos é o balanceamento dos princípios. E em especial a aplicação do princípio da proporcionalidade.[875]

Em verdade, não há como se afastar por completo o princípio da vedação do tributo com efeito de confisco, ainda que diante de um conflito frente a um preceito constitucional que consagra determinado valor. Isso porque a vedação do confisco assume a condição de limite objetivo do poder de tributar, na forma de regra, excluindo previamente a ponderação com valores eventualmente contrapostos.

CONCLUSÃO

O tributo instituído com a finalidade extrafiscal objetiva estimular ou desestimular condutas do indivíduo, seja em matéria social, política ou econômica, em determinada sociedade, no sentido de entregar efetividade aos preceitos constitucionais. Por tal razão, deve obedecer aos princípios constitucionais como um todo e, dentre eles, o princípio da capacidade contributiva, respeitando o mínimo existencial e a vedação à utilização de tributo com efeito de confisco.

---

[874] BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 567.

[875] MACHADO, Hugo de Brito. **Tributo com Efeito de Confisco**. Revista Dialética de Direito Tributário n° 166, 2009;

O Estado, então, não pode tributar o mínimo existencial ou permitir o efeito de confisco sob a justificativa de instituição de tributo extrafiscal. Desta forma, a capacidade contributiva não pode ser completamente afastada por questão de viabilidade da instituição de tributos extrafiscais. Os tributos com finalidades extrafiscais devem ser encarados como medida restritiva a ser utilizada apenas na ausência de outras medidas menos restritivas e igualmente capazes de atingir o fim almejado.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**;

ATALIBA, Geraldo. **Sistema Constitucional Tributário.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 1968.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**; **Introdução à ciência das finanças**. 16ª Edição, Forense: Rio de Janeiro, 2004.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 4ª Edição. São Paulo: Noeses, 2007.

BERTI. Flávio de Azambuja. **Impostos - Extrafiscalidade e Não-Confisco**. Juruá: Curitiba, 2003.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 24ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 10ª Edição. Forense: Rio de Janeiro, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988**. 9ª Edição. Forense: Rio de Janeiro, 2005.

COSTA. Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. Malheiros: São Paulo, 1993.

FOLLONI. André. **Ciência do Direito Tributário no Brasil – Críticas a partir de José Souto Maior Borges**. Saraiva: São Paulo.

GRECO. Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3ª Edição. Dialética: São Paulo, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. **Tributo com Efeito de Confisco**. Revista Dialética de Direito Tributário n° 166, 2009;

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. **Legitimação Constitucional dos Tributos e o Princípio da Capacidade Contributiva**. Revista Dialética de Direito Tributário n° 192, 2011.

ACESSO A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA: ANÁLISE SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009 E ADINS 4357 E 4425

Raíza Alves REZENDE

Paulo Henrique de SOUZA FREITAS

RESUMO

O acesso à justiça garantido constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República busca assegurar ao indivíduo a tutela jurisdicional pelo Estado-juiz. Nesta senda, quando em uma demanda se obtém um provimento favorável contra o Poder Público, forma-se um precatório judicial ao indivíduo-credor, para que receba seu crédito da Fazenda Pública. O regime de pagamento dos precatórios é regulado pelo artigo 100 da Carta Magna, o qual já foi objeto de inúmeras emendas, a fim de sistematizá-lo e instituir um regime especial. Dentre elas, a polêmica Emenda Constitucional 62/2009, que modificou e criou parágrafos no referido artigo, provocando inúmeros debates acerca de sua inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal através das ADIN's 4357 e 4425 reconheceu a inconstitucionalidade desta Emenda Constitucional e, assim, assegurou mais uma vez a primazia da Constituição, o respeito ao credor, à coisa julgada, ao devido processo legal e a diversos princípios constitucionais, como será visto adiante.

PALAVRAS-CHAVE: Precatórios judiciais; garantias constitucionais; Emenda Constitucional 62/2009; ADIN's 4357 e 4425; Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

Access to justice constitutionally guaranteed in Article 5, XXXV the Constitution seeks to ensure to the individual to judicial review by State judge. In this vein, when a demand in obtaining a favorable provision against the Government, forms a judicial court order to the individual-lender so that you receive your credit Exchequer. The payment scheme of the writ is governed by Article 100 of the Constitution, which has been the subject of numerous amendments, in order to systematize it and to institute a special regime. Among them, the controversy Constitutional Amendment 62/2009, which modified and created paragraphs in that article, causing numerous debates about its unconstitutionality. The Supreme Court through the ADIN's 4357 and 4425 recognized the unconstitutionality of this Constitutional

amendment and thus assured once again the primacy of the Constitution, respect for the lender, the thing judged, to due process and several constitutional principles, as will be seen below.

KEYWORDS: Judicial claims; constitutional guarantees; Constitutional Amendment 62/2009; ADIN's 4357 and 4425; Supreme Court

INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, fundado na democracia e nos direitos sociais, busca-se a realização da dignidade humana através da solidariedade e da justiça social, preparando cada cidadão para o exercício consciente da cidadania, ou seja, para que cada pessoa possa exercer os direitos e garantias fundamentais elencados na Carta Magna e assegurar a consecução de sua dignidade enquanto pessoa. E por conseguinte, caracterizando a autêntica democracia.

Seguindo este postulado, o acesso à justiça assegurado no artigo 5º, inciso XXXV da Carta Magna não dispõe apenas sobre a possibilidade de qualquer pessoa ir ao Poder Judiciário postular uma demanda para fazer valer um direito que creia existir em seu favor. Decorre também deste princípio, a garantia de obter a tutela jurisdicional do Estado-juiz, ainda que desfavorável a sua pretensão.

Desta sorte, o indivíduo quando obtém uma decisão em seu favor, vislumbra que a 'justiça' foi feita, e mais do que isso, crê e espera que seja satisfeito o seu objetivo, a exemplo das demandas na área cível em que se busca o reconhecimento de um crédito para que, posteriormente, possa promover a execução para recebê-lo. Não obstante, quando a demanda é proposta contra o Estado, o credor tem a certeza de que a Fazenda Pública honrará com a satisfação do crédito reconhecido judicialmente.

Nesta esteira, há uma indignação pulsante de saber uma pretensão existente e reconhecida, mas quase sempre desprezada e postergada pelo Poder Público; seja em situações de inovação legislativa violando direitos e garantias constitucionais, seja no momento da execução deste crédito em que o Poder Público se arroga em prerrogativas unilaterais para ver o crédito do indivíduo diminuído ou buscando o prazo mais longo para adimpli-lo.

O cidadão carente de valores éticos e da consciência real de cidadania é leigo de sua real e suprema titularidade estatal disposta no artigo 1º da Constituição de 1988; não se percebe como o principal lesado e não atua conscientemente na defesa de seus direitos, tampouco fiscaliza a gestão pública do Estado.

De forma que se deve buscar todas as formas possíveis de realização e alcance permanente da dignidade humana para toda pessoa, todo cidadão. A fim de que através do conhecimento o indivíduo atinja a consciência de saber existir sua dignidade e consiga preservá-la, exigindo o respeito do Estado e da própria sociedade para consigo e para o bem-coletivo.

O que não é raro de se ver, é que em situações como esta de inovações legislativas por Emendas Constitucionais, a inconstitucionalidade dos novos textos reformadores da Constituição, padeçam de inconstitucionalidade, pois a *voluntas legislatoris* por inúmeras vezes está dissociada das reais necessidades sociais e da conformidade com a Constituição.

Assim sendo, diversas entidades se vêem na missão de propor Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a fim de que o órgão guardião da Constituição em nosso sistema jurídico, qual seja, o Supremo Tribunal Federal, ponha fim as possíveis inconstitucionalidades dos textos propostos e aprovados pelo Congresso Nacional.

1. OS PRECATÓRIOS JUDICIAIS

Em uma ação de execução por quantia certa para a satisfação do credor, geralmente, expropriam-se os bens do devedor. Adotando-se o procedimento de cumprimento de sentença quando a demanda executiva está fundada em título judicial (artigos 475-J e seguintes do Código de Processo Civil) ou procedimento autônomo se fundada em título executivo extrajudicial (artigos 652 e seguintes do Código de Processo Civil).

Ocorre, no entanto, regra especial com procedimento próprio, previsto nos artigos 730 e 731 do Estatuto Processual Civil, quando a execução se dá em face da Fazenda Pública, abrangendo no conceito desta a União, os Estados-membros, o Distrito Federal, os Municípios, bem como os órgãos da Administração Pública indireta de direito público como as autarquias, fundações públicas, agências executivas e reguladoras.

Por conseguinte, os bens da Fazenda Pública são considerados impenhoráveis e inalienáveis e, desta feita, não há expropriação. A satisfação do crédito se dará através do pagamento por precatórios, a ser suportado pelo erário.

> Prevê o Código, por isso, um procedimento especial para as execuções por quantia certa contra a Fazenda Pública, o qual não tem a natureza de execução forçada, visto que se faz sem penhora e arrematação, vale dizer, sem expropriação ou transferência forçada de bens. (THEODORO JÚNIOR, 2007. p 381)

Entende-se por precatório judicial a requisição de pagamento feita pelo presidente de um Tribunal de Justiça à Fazenda Pública, constituído em uma decisão judicial em uma demanda de execução por quantia certa fundada em título judicial ou extrajudicial.

Pode ser de natureza alimentícia ou não alimentícia, sendo que o primeiro se refere aos débitos decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez decorrentes de responsabilidade civil, merecendo preferência na ordem de pagamento (§ 1º do artigo 100 da CF).

> A distinção, portanto, entre os precatórios alimentares e os não alimentares reside exclusivamente na existência de ordens autônomas, sendo preferencial a que se refere aos primeiros e não preferencial a que se refere aos segundos. (CARVALHO, 2007, p. 1081)

Neste sentido, já reconhecida a preferência dos precatórios judiciais de natureza alimentícia através da Súmula 144 do STJ: *"Os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência,desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa."*[876]

[876] Enunciado da Súmula 144 do Superior Tribunal de Justiça. Acesso online, em data de 17 de julho de 2013

Deste modo, a devedora será citada para no prazo de trinta dias opor embargos do devedor, sendo que se não apresentá-los ou forem rejeitados, o juiz expedirá o precatório ao Presidente do seu respectivo Tribunal de Justiça, a fim de que este requisite à autoridade competente que o inclua no orçamento, para a efetivação do pagamento no exercício do ano subseqüente.

A definitividade caracteriza o precatório, de forma que somente com o trânsito em julgado da decisão o mesmo poderá ser requisitado. Assim, quando houver a oposição de embargos, apenas com o trânsito em julgado de sua decisão é que o precatório será expedido. Em caso de apelação da sentença dos embargos, aquela terá duplo efeito (devolutivo e suspensivo) para que apenas, posteriormente, quando não houver mais nenhuma hipótese de questionamento e a decisão estiver acobertada pelos efeitos do trânsito em julgado será expedido o precatório.

O precatório judicial deve ser inscrito até o dia 1º de julho de cada ano para que seja pago até o dia 31 de dezembro do próximo exercício financeiro.

As regras da execução por precatório tem esteio Constitucional, encontrando-se elencadas no artigo 100 da Carta Magna, além de previsão no artigo 97 do Ato das Disposição Constitucionais Transitórias. Cabe salientar, neste passo, a Emenda Constitucional 62 de 2009 a qual veio regular com nova redação o artigo 100 da Constituição e o 97 do ADCT.

A supracitada Emenda Constitucional veio a instituir o regime especial de precatórios, modificando de maneira ampla sua sistemática. Instituiu, dentre as mudanças, o parcelamento em 15 anos do débito, a flexibilidade na ordem cronológica do pagamento, a correção do valor pela caderneta de poupança

Ainda, há a resolução de número 115 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de junho de 2010, que regulamenta a gestão de precatórios no âmbito do Poder Judiciário, em seu artigo 1º, *in verbis:*

> Art. 1º O Sistema de Gestão de Precatórios – SGP, instituído no
>
> âmbito do Poder Judiciário e gerido pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, tem por base banco de dados de caráter nacional, alimentado pelos Tribunais descritos nos incisos II a VII do Art. 92 da Constituição Federal, com as seguintes informações:

I - tribunal, unidade judiciária e número do processo judicial que

ensejou a expedição do precatório, nome do beneficiário e respectiva inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ);

II - datas do trânsito em julgado da decisão que condenou a entidade de Direito Público a realizar o pagamento e da expedição do precatório;

III – valor do precatório, data da atualização do cálculo e entidade de Direito Público devedora;

IV - natureza do crédito, se comum ou alimentar;

V – valor total dos precatórios expedidos pelo tribunal até 1º de julho de cada ano;

VI - valor total da verba orçamentária anual de cada entidade de

Direito Público da jurisdição do Tribunal destinada ao pagamento dos precatórios;

VII - percentual do orçamento de cada entidade de Direito Público sob a jurisdição do Tribunal destinado ao pagamento de precatórios;

VIII - valor total dos precatórios não pagos até o final do exercício, por entidade de Direito Público;

IX – os valores apresentados pela entidade de Direito Público

devedora e admitidos para compensação na forma do § 9º do art. 100 da Constituição Federal.

X – os valores retidos a título de imposto de renda, inclusive na

forma dos arts. 157, I, e 158, I, da Constituição Federal, bem como os valores retidos a título de contribuição previdenciária.

§ 1º As informações dos itens I a V deverão ser encaminhadas ao CNJ até o dia 30 de agosto de cada ano, e as dos itens VI a X até o dia 31 de janeiro do ano subseqüente, as quais comporão mapa anual sobre a situação dos precatórios expedidos por todos os órgãos do Poder Judiciário, a ser divulgado no Portal do CNJ na Rede Mundial de Computadores (internet), ressalvados dados pessoais dos beneficiários.

§ 2º Os tribunais deverão disponibilizar as informações nos seus

respectivos portais da internet, na ordem de expedição dos precatórios, observados os prazos do parágrafo anterior.

§ 3º As informações serão encaminhadas com observância de modelo de dados fornecido pelo Departamento de Tecnologia da Informação do Conselho Nacional de Justiça.

§ 4º A Presidência do CNJ, por ato próprio, poderá determinar a

inclusão de outras informações no modelo de dados a ser encaminhado pelos Tribunais.

§ 5ºO disposto no presente artigo não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor.

Insta, por fim, salientar que constatada conduta comissiva ou omissiva do Presidente do Tribunal de Justiça que tentar retardar ou frustrar a liquidação do precatório judicial, ocorrerá em crime de responsabilidade, respondendo também perante o Conselho Nacional de Justiça, conforme o previsto no artigo 100, § 7º da Carta Magna.

2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE 4357 E 4425

A Emenda Constitucional 62/2009 com sua publicação veio a trazer inúmeros embates acerca de sua constitucionalidade, sendo objeto de ações diretas de inconstitucionalidade, das quais as de número 4357, 4372, 4400 e 4425, sendo que as duas primeiras foram propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Associação Nacional dos Servidores do Poder Judiciário e Confederação Nacional dos Servidores Públicos, bem como as duas últimas pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho e pela Confederação Nacional da Indústria.

Destas ações diretas de inconstitucionalidade, analisar-se-á quanto as de números 4357 e 4425, uma vez que todas foram reunidas e suspensas para julgamento em conjunto e, deste modo, a decisão prolatada em uma, acarretará os mesmos efeitos nas demais

A decisão do Supremo foi no sentido de julgar parcialmente inconstitucional a Emenda Constitucional 62/2009, no tocante aos §§ 2, 9º, 10 e 12 do artigo 100 da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como do artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No dia 14 de março, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) contra a EC 62/2009, uma delas de autoria da Ordem dos Advogados do Brasil. Por maioria de voto, os ministros entenderam pela parcial inconstitucionalidade desta Emenda, quanto à expressões contidas em alguns parágrafos do artigo 100 da Constituição Federal, uma vez que a forma de pagamento estabelecida por ela violava diversas garantias constitucionais como a razoável duração do processo, trânsito em julgado e o Estado Democrático de Direito.

E integralmente quanto ao artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por afronta aos princípios do acesso à justiça, coisa julgada e separação de poderes, que constituem cláusulas pétreas.

2.1 INCONSTITUCIONALIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 62/2009

A garantia das liberdades fundamentais não se resume apenas em uma prestação positiva pelo Estado, que deve conceder aos indivíduos os meios para que tenham acesso aos direitos sociais, econômicos e etc, mas também no sentido de uma prestação negativa, ou seja, deve abster-se de práticas que inviabilizem a satisfação de tais direitos.

A criação de novas normas que visem garanti-los ou regularizá-los não pode significar a eliminação do núcleo essencial tutelado pelo direito em questão, portanto, deve haver a busca de uma alternativa ou compensação, sempre de maneira equivalente ao que será revogado.

Destarte, é garantir o patamar de realização já alcançado por esses direitos, os quais atingem um caráter subjetivo. São direitos adquiridos, bem como impõem um limite jurídico ao legislador, que se acaso violar tais imposições justificará a sanção de inconstitucionalidade às novas normas que aniquilam esta proteção.

Os ministros do STF entenderam que o parcelamento fere o direito do credor ao postergar o recebimento de valores estabelecidos em decisão judicial. Sem o parcelamento voltará a valer a regra anterior, segundo a qual a Fazenda da União, estadual, municipal deve

incluir no Orçamento do ano seguinte, em parcela única, os precatórios reconhecidos até o dia 1º de julho.

Demonstrou-se que o novo diploma restringiu a garantia do pagamento dos precatórios judiciais em um prazo razoável aos seus credores. Vislumbra-se que a EC 62/2009, a qual alterou o artigo 100 da Carta Magna e criou pelo artigo 97 do ADCT o regime especial de pagamento de precatórios judiciais, visando favorecer aos cofres públicos da União, Estados-membros e Municípios implementou um novo sistema pagamento, por meio dos parágrafos 2º, 9º, 10 e 12, em prejuízo a cada pessoa portadora de um precatório judicial.

Outrossim, em detrimento de uma parcela de credores que se viam em uma situação desfavorável de ter seu direito reconhecido por sentença judicial contra o Estado, mas sem poder obter o resultado prático em um lapso temporal razoável em razão de uma forma de pagamento que lhes prejudicava.

A inconstitucionalidade abarcou expressões dos parágrafos do artigo 100, que regulamenta o regime especial de pagamento: o parcelamento em quinze anos, descontos nos acordos e leilões de precatórios, a restrição à preferência de pagamento de credores com mais de 60 anos de idade, a compensação de créditos e a correção monetária baseada na caderneta de poupança.

Sob a luz do princípio da proteção da coisa julgada, razoável duração do processo e do Estado Democrático de Direito, concluiu-se que a nova norma atingiria o conteúdo fundamental do direito gerado pelo trânsito em julgado da sentença, atingindo a própria dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade.

> Mas sobreviver como? À luz das Constituições e dos Tribunais Constitucionais, cuja jurisprudência atualiza, a cada aresto ocular, tanto a matéria dos direitos sociais como a da separação dos poderes. Removendo ambigüidades ou solvendo controvérsias, faz-se, pela via hermenêutica, o texto se acercar de realidade, ou seja, produz-se a eficácia, a juridicidade, o respeito e o cumprimento rigoroso das normas constitucionais. (BONAVIDES, 2004. p 576/577)

2.1.1 Artigo 100 da Constituição: parágrafos 2º, 9º, 10 e 12

O artigo 100 da Carta Magna trata dos precatórios judiciais. Neste sentido o magistério de Kildare Gonçalves Carvalho:

> É que a execução contra o Poder Público, após sua condenação judicial, não se faz pelo processo ordinário de execução, mas mediante precatório judicial, já que os bens da entidade devedora não podem sofrer constrição judicial (penhora). (2007, p. 1080)

Nesta esteira, o referido artigo constitucional foi modificado por inúmeras vezes, sendo objeto das Emendas Constitucionais: 20/98, 30/2000, 37/2002, e por fim, a tormentosa 62/2009.

Assim sendo, a decisão pela inconstitucionalidade dos parágrafos 2º, 9º, 10 e 12 do artigo 100, pelo Supremo Tribunal Federal, acarretou as seguintes conseqüências.

Agora, analisando o § 2º, a inconstitucionalidade se deu no tocante à expressão "na data da expedição do precatório", portanto, não vige mais a restrição à ordem de preferência em razão da idade apenas contada no momento da expedição do precatório, sendo que os débitos alimentares de titulares que tenham até 60 (sessenta) anos no decorrer do processo terão preferência na ordem cronológica.

Buscou-se, desta forma, evitar uma afronta ao princípio da isonomia e à proteção do idoso, bem como da própria dignidade humana daquele que poderia esperar até 80 anos de idade para receber seu crédito.

Segundo o voto do ministro Ricardo Lewandowski na sessão: "*excluir da preferência o sexagenário que completa a idade ao longo do processo ofende a isonomia e também a dignidade da pessoa humana e o princípio da proteção aos idosos, assegurado constitucionalmente*".[877]

Outrossim, nos §§ 9º e 10 a inconstitucionalidade foi constatada, primeiramente, quanto à compensação do crédito no momento do pagamento contido no precatório com débitos do credor em face da Fazenda Pública. Observou-se neste ponto que o texto da EC

[877] Ministro Ricardo Lewandowski sobre a inconstitucionalidade parcial do § 2º do art. 100 da CRFB. Declaração que pode ser encontrada no endereço eletrônico: http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233409&caixaBusca=N

atribuiu uma prerrogativa unilateral ao Poder Público, permitindo-lhe que pudesse abater forçosamente seus débitos, objetivando, assim, diminuir o *quantum* a ser pago ao credor-indivíduo. Um caso de flagrante violação ao princípio da isonomia.

Por último, no § 12 estava maculado de inconstitucionalidade a expressão que instituiu o sistema de correção do crédito com base no "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", modo que era insuficiente para restituir ao cidadão-credor as perdas decorrentes da inflação. De maneira que seu crédito não era corrigido corretamente, obrigando-lhe a suportar o recebimento de uma quantia defasada.

2.1.2 Artigo 97 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

O artigo 97 do ADCT trazia em seu cerne a regulamentação provisória de um regime especial de pagamento dos precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, que deveria ser feita definitivamente por uma Lei Complementar.

A decisão das ADIN's 4357 e 4425 pelo Supremo Tribunal Federal veio a declarar a inconstitucionalidade integral do artigo acima referido, extinguindo, portanto, o regime especial provisório e precário por ele elencado.

Desta sorte, restava como inaplicável a aplicação dos parágrafos acrescentados pela EC 62/2009 ao artigo 100, no pagamento dos precatórios dos entes estatais que estivessem em mora na data de sua publicação.

Estabeleceu duas possibilidades de pagamento: o depósito em conta especial de 1/12 do valor mensalmente ou o parcelamento do débito em até 15 anos, respeitando apenas em 50% a ordem cronológica do pagamento. Nesta última forma, vislumbrou-se a inconstitucionalidade pelo prazo desarrazoado para o pagamento do débito, violando o princípio da isonomia.

A ordem cronológica era mitigada em 50%, enquanto a outra metade seria efetivada de acordo com a opção do governante, seja por meio de leilão, à vista ou em acordo direto com os credores, sendo que estas formas podiam obrigar os indivíduos a aceitarem ter seu crédito reduzido em até 25% do valor original para recebê-los mais rapidamente.

2.2 PROTEÇÃO DOS PRINCÍPIOS

2.2.1 O princípio da Isonomia

Ocorria uma violação direta a este princípio no ponto em que a Emenda Constitucional 62/2009 alterou a ordem cronológica de pagamento dos precatórios judiciais, restringindo a preferência de pagamento a credores com mais de 60 anos de idade, a forma de parcelamento para o seu recebimento em um prazo totalmente desarrazoado e ainda instituiu a compensação de créditos em favor do Poder Público.

O conteúdo substancial do princípio da igualdade é garantir em cada situação de fato o tratamento igual entre os iguais e desigual entre os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Atua como limite objetivo na discricionariedade legislativa, vedando distinções de cunho discriminatório, desigualdade injustificadas, entretanto, não é absoluto, como todos os demais princípios, preservando-se a liberdade de conformação legislativa no caso concreto. E neste mesmo sentido, aplica-se ao administrador público.

Colhe-se do magistério de Alexandre de Moraes:

> A Constituição Federal, em seu art. 100, disciplina os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual e Municipal, em virtude de sentença judiciária, com a finalidade de assegurar a isonomia entre os credores impedindo dessa forma, em consonância com o princípio da impessoalidade, consagrando, no art. 37 do Texto Magno, qualquer espécie de favorecimento, seja por razões políticas, seja por razões pessoais.(2011, p. 605)

Neste caso, a distinção imposição preferencial do recebimento dos precatórios para os credores que tivessem a idade de 60 anos apenas no momento da expedição do referido precatório, impunha-os uma clara violação do princípio da isonomia. Uma vez que aquele que se tornaria sexagenário no decorrer do ano do pagamento não teria sua preferência reconhecida e teria que esperar, quiçá o dobro do tempo para receber seu crédito já reconhecido judicialmente.

Uma mitigação deste princípio só será admissível se houver uma justificação razoável. O que não é possível é uma discriminação negativa, no sentido de excluí-los entre eles, da satisfação de um crédito.

Ainda, cabe salientar a imposição de compensação entre o crédito reconhecido pelo precatório judicial e um possível débito que o credor tivesse em face do Poder Público, que de maneira arbitrária e unilateral era imposto, visando diminuir o valor a ser pago pela Fazenda Pública. Outra inconstitucionalidade violadora do princípio isonômico, pois estabelecia uma prerrogativa exclusiva favorecedora do Estado.

Outrossim, a maior evidência de violação se vislumbra nas regras incutidas no inconstitucional artigo 97 do ADCT, que estabelecia a possibilidade de pagamento dos precatórios judiciais parcelados em até 15 anos, ou na realização de leilões e acordos com os credores, de maneira que poderiam chegar a reduzir em até 25% o crédito daqueles para lhes pagar à vista. Mais uma vez o Poder Público se utilizou de uma Emenda Constitucional para atribuir a si facilidades em prejuízo do cidadão ora credor, violando a isonomia que deve existir na relação credor-devedor.

Na esteira do princípio da igualdade, consagrado pelos Estados Democráticos de Direito decorre como pressuposto primeiro, a dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, o Estado enquanto administração pública deve assegurar o mínimo de eficácia jurídica à garantia de um mínimo de existência condigna.

A medida se amparava em uma vontade de racionalidade ao pagamento dos precatórios judiciais, que dentro da livre conformação política do legislador, de forma ilegítima, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de menor oneração orçamental, em prejuízo dos credores.

2.2.2 Princípio da Proibição do Retrocesso Social

O princípio da proibição do retrocesso social atua no sentido de proteger o núcleo essencial dos direitos sociais já expressos e efetivados, tornando-os constitucionalmente adquiridos. Assim, não se pode criar nova norma que os diminua ou restrinja sua satisfação sem viabilizar medidas alternativas de equiparação.

É impedir a aniquilação do que já foi realizado por meras justificativas ideológicas ou disputas partidárias do legislador, que terá como limite o núcleo essencial já efetivado.

Procura-se então dar segurança jurídica às liberdades garantidas ao indivíduo, assegurar uma garantia mínima de proteção àqueles direitos já incorporados no seio da sociedade.

Insta salientar que o PPRS não é um princípio geral que nunca poderá sofrer limitações, pois destruiria o princípio da autonomia legislativa, tornando-a uma função meramente executiva.

E neste passo, a decisão do Supremo Tribunal Federal garantiu que a inovação realizada com a EC 62/2009 não mitigasse a garantia do credor de receber seu crédito já reconhecido judicialmente e coberto pela coisa julgada que, portanto, não poderia ser alterado com uma posterior negociação ou arbitrariedade do Poder Público.

2.2.2.1 Os limites do princípio

Como dito acima, o princípio da proibição do retrocesso social não é geral e absoluto, devendo atuar apenas em casos em que se perceba uma violação do núcleo essencial dos direitos em questão, em casos-limite. Senão seria engessar a atuação legislativa.

Com efeito, deve-se harmonizar a concretização já atingida pelo direito positivado com a liberdade de conformação do legislador.

2.2.3 Princípio da proteção da confiança

Uma norma estará afrontando o princípio da proteção da confiança quando de jeito inadmissível, arbitrariamente ou excessivamente oneroso, estabelecer um conteúdo que afete desfavoravelmente expectativas legitimamente fundadas, sem salvaguardar direitos ou interesses constitucionais que possam ser prevalecentes.

É certo que as normas de pagamento estabelecidas pela EC 62/009 frustravam expectativas fundadas dos legítimos credores, que por alguns anos viram o adimplemento de seu crédito ser postergado, bem como a Fazenda Pública buscando conscientemente o parcelamento do valor ou, ainda, acordos visivelmente desfavoráveis aos indivíduos.

Neste caso, verifica-se que o interesse público não motivou a atuação legislativa, muito menos era prevalecente sobre as expectativas fundadas com a sentença favorável à pretensão do credor e seu posterior trânsito em julgado, tornando definitivo o direito à obtenção do crédito reconhecido judicialmente.

O sistema instituído pela EC 62/2009 frustrava o princípio da proteção da confiança, uma vez que incutia na consciência do credor o descrédito para com a eficácia da busca da tutela do Poder Judiciário.

3. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

O parcelamento dos precatórios judiciais foi autorizado aos estados e municípios pela Emenda Constitucional 62 de 2009, que criou um regime especial de pagamento das dívidas judiciais.

A decisão abriu um impasse, uma vez que estados e municípios afirmam que não têm recursos para o pagamento de toda a dívida com precatórios.

No momento do julgamento das ADIN's 4357 e 4425, os ministros do Supremo não decidiram, como a queda da Emenda Constitucional 62/2009 será colocada em prática. O ministro Luiz Fux (relator) decidiu que o pagamento deve continuar como estava sendo feito até a data de 14 de março de 2013, até que o STF decida novamente em plenário como modular os efeitos da decisão.

Desta feita, os Tribunais de Justiça não poderão se escusar de realizar os pagamentos na forma antes estabelecida, nas palavras do Ministro Fux: *"Até que a Suprema Corte se pronuncie sobre o preciso alcance da sua decisão, não se justifica que os tribunais locais retrocedam na proteção dos direitos já reconhecidos em juízo."*[878]

Assim sendo, com a decisão de inconstitucionalidade dos parcelamentos volta a viger a regra anterior, pela qual o pagamento deve ser realizado no orçamento do ano seguinte, em parcela única.

Com efeito, uma vez que a decisão final se encontra pendente de publicação, bem como ainda resta a necessidade do Pleno voltar a se reunir para julgar a modulação dos efeitos, o pagamento pelos precatórios continuará da forma anteriormente estabelecida até que haja a extinção das pendências elencadas.

---

[878] Luis Fux sobre a modulação dos efeitos da decisão acerca da inconstitucionalidade do regime de pagamento dos precatórios judiciais. Declaração que pode ser encontrada no endereço eletrônico: http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233409&caixaBusca=N

Levantamento realizado no fim do ano passado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostra que, até o primeiro semestre de 2012, estados e municípios brasileiros acumularam dívida de R$ 94,3 bilhões em precatórios, em valores não atualizados.

CONCLUSÃO

Constatou-se na Emenda Constitucional 62/2009 que modificou o artigo 100 da Carta Magna e o artigo 97 do ADCT a presença da insegurança jurídica e o forte interesse social, ensejando o controle da constitucionalidade, o qual foi exercido por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4357 e 4425, e solucionado pelo Supremo Tribunal Federal, embora não haja ainda a publicação definitiva da decisão prolatada.

Foi o momento certo para isso. Decidiu-se pela inconstitucionalidade de parte das modificações introduzidas pela referida Emenda que cerceavam garantias fundamentais de cada indivíduo-credor, como o direito de igualdade, a proteção à coisa julgada, ao passo que as garantias constitucionais antes duvidosas foram definidas pelo Supremo.

Era inconcebível a idéia de que para facilitar o pagamento da Fazenda Pública o credor fosse praticamente obrigado a se submeter a condições que dificultavam, quando não impossibilitavam a satisfação integral e imediata de seu crédito já reconhecido judicialmente, e posteriormente negado no momento da execução pelo Poder Público-devedor.

A penúria dos cofres públicos para o pagamento dos referidos precatórios será constatada no momento em que viger a nova decisão integralmente, o que não justifica que o credor tenha que aceitar que seu direito tolhido ou mitigado.

Uma coisa há de ser constatada com a decisão do STF: a era do calote ao cidadão-credor passou. A palavra de ordem do momento é solução e operabilidade.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional** – 15 ed. – São Paulo: Malheiros, 2004. p. 575/577

CÂMARA, Alexandre Freitas. “Lições de direito processual civil: Volume II” – 15. ed. – Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 308/314

CARVALHO, Kildare Gonçalves. “Direito Constitucional” – 13. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 1080/1082

DIDIER Jr., Fred; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarna & OLIVEIRA, Rafael. “Curso de direito processual civil – Execução, v. 5” – Salvador: JusPodivm, 2009. P. 707/731

GANDRA da Silva Martins, Ives & MENDES, Gilmar Ferreira & NASCIMENTO, Carlos Valder do. “Tratado de direito constitucional, v. 1” – São Paulo: Saraiva, 2010. p. 961/962

JÚNIOR, Humberto Theodoro. “Processo de execução e cumprimento da sentença” – 24. ed. – São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2007. p. 381/391

MORAES, Alexandre de. “Direito Constitucional” – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2011. P. 604/610

Notícias STF: “STF julga parcialmente inconstitucional emenda dos precatórios.” Acesso em data de 09 de julho de 2013. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233520&caixaBusca=N

Notícias STF: “STF declara inconstitucionais dispositivos da emenda dos precatórios”. Acesso em 09 de julho de 2013. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=233409&caixaBusca=N

Agência Brasil: "VITÓRIA HISTÓRICA: Autora de ação, OAB elogia decisão do STF sobre precatórios.” Acesso em data de 15 de março de 2013. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/61275/autora+de+acao+oab+elogia+decisao+do+stf+sobre+precatorios.shtml

Rogério Neiva: “Calote em precatório vem de jurisprudência do STF.” Acesso em data de 19 de março de 2013. Disponível em:

http://www.conjur.com.br/2013-mar-19/rogerio-neiva-calote-precatorio-vem-jurisprudencia-stf

Márcio Falcão: “Supremo considera ilegal pagamento parcelado de precatórios. Acesso em data de 14 de março de 2013. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/1246464-supremo-considera-ilegal-pagamento-parcelado-de-precatorios.shtml

Portal CNJ: “Resolução 115.” Acesso em data de 15 de julho de 2013. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12233-resolucao-n-115-de-29-de-junho-de-2010

Marcelo Gatti Reis Lobo: “Decisão do STF põe fim à era do calote dos precatórios.” Acesso em 16 de abril de 2013. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-abr-16/marcelo-lobo-decisao-stf-poe-fim-calote-precatorios

STJ: Súmula 144. Acesso em 17 de julho de 2013. Disponível no endereço eletrônico: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0144.htm

UM CORPO CONSTITUCIONAL SEM A ALMA DO CONSTITUCIONALISMO

Caio Shiguemy Cassiano ISHII[879]

RESUMO

O presente trabalho analisa o paradoxo político de possuir uma Constituição e, ao mesmo tempo, não experimentar o âmago da tradição constitucionalista. Ou, ainda, de ter uma carta normativa com a mais alta patente hierárquica e ver diversos dispositivos ali previstos apenas em sonho. Numa parte inicial, o trabalho traz uma exposição reflexiva sobre as justificativas que sustentam o tema central, vinculando-as notadamente com qualidades da história da América Latina. Em seguida, uma natural consequência é ventilada, qual seja, a volta das raízes socialistas, face ao fracasso liberal-constitucionalista, num provável encontro de dois ideias aparentemente contrários: o liberalismo e o socialismo.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Liberalismo. Socialismo.

ABSTRACT

This study analyzes the political paradox of having a Constitution and, at the same time, don't experience the heart of the constitutionalist tradition. Moreover, have a letter rules of the highest ranking hierarchical and see various devices foreseen there only in a dream. In the first part, the study presents an exhibition reflecting on the reasons that support the theme, notably linking them with qualities especially the history of Latin American. Then a natural consequence is ventilated, i.e., the back of the socialist roots, compared to failure of the liberal constitutionalist, an unlikely meeting of two seemingly opposing ideas: liberalism and socialism.

KEYWORDS: Constitutionalism. Liberalism. Socialism.

[879] Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR). Professor Assistente de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP (Toledo). Pós-Graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP. Membro representante da 29ª Subseção da OAB/SP no Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente de Presidente Prudente/SP. Membro da organização filantrópica "Trio de Dois" voltada à promoção de Direitos Humanos, por meio da construção de relações saudáveis e de inclusão social em escolas, orfanatos, asilos e hospitais. Advogado.

INTRODUÇÃO

Imagine um país fundamentado na cidadania e na dignidade da pessoa humana, onde todo o poder, instituído harmoniosamente, é do povo e para o povo, buscando incessantemente a promoção do bem a todos e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio da garantia da liberdade e da igualdade. Não há pobreza, tampouco desigualdades sociais. Nem há preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse lugar, a educação é primado básico de todas as ações políticas. A saúde pública é tão eficiente que os planos privados estão extintos. A alimentação, suficiente, adequada e livre de agrotóxicos. O trabalho é visto não como um fardo, mas como uma dádiva humana, já que o salário mínimo é capaz de atender as necessidades vitais básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social. Não há "sem-tetos", nem "sem-terras", já que todos, sem exceção, possuem moradia. Esportes, teatro, cinema, música, artes, etc., significam instrumento de união. No lugar de muros, cercas-elétricas e guarda-costas, há um policiamento público efetivo para os casos de infração penal, que são excepcionais. Aos de idade mais avançada, um plano previdenciário abastado; aos de tenra idade, proteção absoluta e integral por parte de todos. Abuso do poder econômico, corrupção ou fraude são atos tão vergonhosos que qualquer do povo sequer pensa na hipótese de agir dessa maneira. Não há quem ouse pensar no lucro em detrimento ao social.

Saindo desse *eidos* platônico e voltando ao mundo inteligível, qualquer brasileiro, se questionado sobre a relação que os parágrafos acima possuem com a República Federativa do Brasil, seria direto e incisivo: não há qualquer semelhança. Pasmem-se, essa resposta está parcialmente equivocada. Não porque o mundo dos fatos da sociedade brasileira é essa quase perfeição, mas sim porque a ilusão acima retratada está semelhantemente expressada nos primeiros capítulos da Constituição Federal do Brasil de 1988. Uma simples leitura dessa Lei Maior nos Títulos I e II é bastante para concluir que a ficção dos parágrafos anteriores é bem parecida com aquela descrita nas palavras constitucionais.

Como a mais suprema lei de um país pode ter como fundamento a "dignidade da pessoa humana" (art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal) e nele se encontrar 16 (dezesseis) milhões de pessoas vivendo abaixo do que é considerado como extrema miséria (com renda menor do que R$ 70,00), em condições sub-humanas, destituídos de um mínimo de saneamento básico, água potável, higiene, etc.[880]? Sendo a Constituição Federal a lei

[880] Dados obtidos a partir da revista "Desafios do Desenvolvimento" do Instituto de Pesquisa Econômica

maior, por conexão lógica, não seria também supremo o princípio da "igualdade" estatuído no seu art. 5.º, *caput*? Seria sim (deveria ser), não fosse a situação das crianças pobres menores de 1 (um) ano que possuem mais do que o dobro de chance de morrer em comparação às ricas[881].

Ou ainda, é possível que tenha credibilidade um país que, apesar de expressar como objetivo fundamental a "promoção do bem de todos", repudiando-se qualquer tipo de discriminação, conforme disposto na lei suprema, art. 3.º, inciso IV, e, ao mesmo tempo, apresentar uma realidade onde a taxa de mortalidade entre crianças filhas de mães negras é cerca de 40% (quarenta por cento) maior quando comparada com a de mães brancas[882]? Como explicar o fato de o Brasil ter como fundamento a "cidadania" e ser regido pelo princípio da "prevalência dos direitos humanos" (art. 1.º, inciso II, e art. 4.º, inciso II, ambos da Constituição Federal) e, paralelamente, apresentar uma taxa de mortalidade infantil duas vezes maior entre os indígenas em comparação às crianças brancas[883]? Será que os adolescentes estão tendo "absoluta prioridade" no que se refere à guarda de seus direitos fundamentais, conforme previsto no art. 227 da Constituição Federal, tendo em vista que 81 (oitenta e um) mil deles foram assassinados entre os anos de 1998 e 2008[884]?

Ao ser considerada norma suprema, a Constituição Federal fica alocada na última patente normativa. Apesar disso, suas palavras são falaciosas. A dignidade da pessoa humana, a cidadania, a liberdade e a igualdade, malgrado sejam fundamentos constitucionais, passam a largo de boa parte dos brasileiros, principalmente de negros, pardos, índios e pobres. Ora, se é possível o desrespeito à lei maior, por qual motivo as de menor grau hierárquico devem ser respeitadas? Essa clara relação paradoxal entre o texto constitucional e a realidade merece ser perscrutada, justamente com a finalidade de mudança deste *status quo*. O presente trabalho tem a pretensão de contribuir timidamente nas reflexões acerca do constitucionalismo e sua relação com a democracia, bem como com o desenvolvimento do Estado Social de Direitos.

1 UM CORPO CONSTITUCIONAL SEM A ALMA DO CONSTITUCIONALISMO

A Constituição Federal brasileira de 1988 afirma no artigo 1.º que o Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil tem como fundamentos, entre

---

Aplicada (IPEA), 2011, ano 8, n.º 67.

[881] Dados obtidos a partir do relatório feito pela UNICEF (*United Nations Children's Fund*), "Situação Infantil da Infância 2008 – Sobrevivência Infantil", ISBN: 978-92-806-4191-2.

[882] Op. cit.

[883] Op. cit.

[884] Dados obtidos a partir do relatório feito pela UNICEF (United Nations Children's Fund), "Situação Infantil da Infância 2011 – Adolescência uma fase de oportunidades", ISBN: 978-92-806-4555-2.

outros, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. No parágrafo único desse dispositivo, traz o seguinte texto: “todo o poder emana do povo (...)”. Ora, a sociedade brasileira tem ou não uma constituição?

Julgadas por um cético historiador, essa pergunta poderia ser tida como incongruente. Basta lembrar, por exemplo, que o Brasil já está na sua sétima constituição, quatro delas promulgadas por assembleias constituintes. Os outros países ex-colônias espanholas e portuguesas da América, num movimento pós-independência, são também exemplos por sancionarem centenas de constituições, reflexo das guerras napoleônicas, dos movimentos liberais contra as monarquias ibéricas e da independência norte americana.

Aquela questão, se o Brasil tem ou não uma constituição, levada a cabo de forma irrefletida, não revela seu verdadeiro pano de fundo, vale dizer: será que “ter um texto constitucional” significa “ter uma tradição constitucional” ou, ainda, “adotar o constitucionalismo”? Essa é uma verdade incontestável: do século XIX para cá, passamos a colecionar diversas constituições, em número que impressionaria os norte-americanos que possuem uma lei fundamental desde 1787 que se mantém com poucas emendas. No entanto, boa parte desse período de inovações constitucionais foi marcada pelo intenso descaso no que se entende por “democracia” e “constitucionalismo”. A fartura de textos constitucionais é acompanhada pelo grande apego aos interesses das classes dominantes e às conspícuas ambições dos chefes de plantão, revelando que, ao que parece, a maioria das constituições foram feitas sob encomenda.

Se é grande a fecundidade com que se produz textos constitucionais, inversamente proporcional é a realização do conteúdo constitucional no plano dos fatos. Essa realidade latino-americana bem se aproxima daquela descrita por Okoth-Ogendo (1988) nas reflexões sobre o paradoxo político africano, formado pelo contrassenso entre possuir uma constituição sem experimentar o âmago do constitucionalismo. Nem lá, nem cá a conjectura acerca da sociedade se mostra otimista. Isso pode soar um tanto quanto exagerado, mas fato é que a América Latina, inclusive o Brasil, fracassou, ou, sendo cruelmente mais sincero, nunca incorporou a cultura do constitucionalismo, nem como sistema político, nem como doutrina.

No que se refere aos Direitos Fundamentais expostos na Constituição Federal, o apego ao que se escreve e o desapego ao que se concretiza, revela a inexistência de uma tradição constitucional consolidada na América Latina como um todo, notadamente no Brasil. Aliás, poderia ser sustentada a inexistência de uma Constituição, se se considerar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão[885], na qual está consignado no artigo 16 que

[885] Do francês *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*.

"a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição". Ora, não havendo no Brasil uma efetiva garantia de direitos, tal como descrita no início do trabalho, tanto menos é possível falar na existência de uma Constituição. Daí, portanto, justificar que o desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro e o latino-americano de uma forma geral não espelharam o da independência dos Estados Unidos ocorrida em meados do século XVIII.

O aparente exagero que alguns poderiam sustentar ao ler o parágrafo acima cai por terra diante da letra, ainda viva, de um dos mais influentes militares nas guerras de independência da América espanhola, o líder político venezuelano Simón José Bolívar (1783-1830). Diante do fracasso do "Primeiro Congresso de Estados Americanos" que ocorreu no Panamá em 1826, o libertado disse: "Não há boa fé na América, nem entre homens, nem entre as nações. Os tratados são papéis, as constituições são livros, as eleições são combates, a liberdade é anarquia e a vida é um tormento".

Os tratados internacionais, considerados meros papéis, foram lançados ao vento pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Lei da Anistia que assentou judicialmente o perdão dos militares às constantes violações de direitos humanos no período militar ditatorial brasileiro. A Constituição Federal, um livro como qualquer outro de romance ou ficção, ainda permanece como um ideário e as perspectivas ali contidas, vale dizer, de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais, da promoção ao bem de todos (artigo 3.º da Lei Fundamental), entre outros que fazem parte de uma democracia no sentido material, são pura utopias. As eleições são combates, dos mais perversos, diga-se de passagem, considerando o fato de o Brasil, por exemplo, permitir financiamento de campanhas eleitorais por entidades privadas (sem um mínimo de controle democrático), ser acometido por escândalos, como o mensalão e o "caixa dois" de partidos políticos, denunciados pelos veículos midiáticos desarraigados de interesse, estes praticamente em extinção. "A liberdade é anarquia" e não poderia ser outro o discurso, explícito ou implícito, dos chefes estatais levando a cabo o movimento neoliberalista, ao suprimirem uma educação de qualidade à maioria da população mundial, tornando-a cada vez mais massa de manobra, tanto menos política e socialmente crítica. O resultado não poderia ser outro, senão uma vida de tormentos.

"Discursos e promessas eram, e ainda são, percebidas por uma cidadania cética e desencantada com palavras completamente vazias, desmentidas a cada instante pelos fatos" (BORON, 2003, p. 120-121). Como uma inevitável consequência da dissociação entre o discurso político e a realidade social, entre a norma e a conduta, entre o direito e a justiça,

percebida desde a época colonial, o ceticismo do cidadão está de tal forma arraigado que parece se encontrar institucionalizado na mentalidade da sociedade, reforçando, assim, a dualidade dos discursos – "falo, mas não faço" ou ainda "reconheço, mas não cumpro".

Há que se concluir que, tal como o corpo não pressupõe necessariamente uma alma, um belo texto constitucional não necessariamente pressupõe o estabelecimento do constitucionalismo. Hegel (1959, p. 286), à sua época, em afronta aos contratualistas, afirmou que uma constituição é consequência do desenrolar da história e não da manifestação de vontades entre sujeitos. Uma carta constitucional não pode ser manufaturada, é "obra dos séculos", sendo que "cada nação tem uma constituição apropriada e conveniente para ela", sob pena de tal lei estar fadada ao fracasso, mesmo ostentando a mais alta patente normativa.

"Texto constitucional", "constitucionalismo" e "democracia", portanto, são institutos que não se confundem, tampouco um é *ratio essendi* do outro. Muito pelo contrário, o constitucionalismo e a democracia foram, ou melhor, "estão sendo" imposições ao modo de produção capitalista como fruto de lutas intensas travadas ao longo da história contra os desenfreados anseios da burguesia.

2 IMPÉRIO DO DIREITO E ESTADO CONSTITUCIONAL SEM REVOLUÇÃO

A razão dessa dicotomia latino-americana é fundamentada na forma como as instituições republicanas foram aqui instaladas. Quanto mais as colônias inglesas da América do Norte e certas regiões europeias industrializadas preparavam-se para impor a forma *res publica* por meio das revoluções cuja bandeira era garantir o poder nas mãos do povo num forte impulso liberal necessário ao desenvolvimento do capitalismo, tanto menos a América Latina imprimia essa realidade.

A bem da verdade, as instituições republicanas pós-coloniais e o capitalismo desenvolveram-se na América Latina sem que tivesse havido uma revolução burguesa[886] que a fundamentasse, tal como ocorreu no berço do movimento liberal. Neste, a estrutura capitalista desenvolveu-se e as instituições republicanas foram uma necessidade; naquela, as instituições republicanas foram implantadas diante dos inquietantes e exacerbados interesses comerciais originados nas Ilhas Britânicas.

Ressalta-se, mais uma vez, a grande diferença cravada na história dos Estados Unidos e da Inglaterra frente a dos latino-americanos. Lá, atingiu-se o Estado constitucional

[886] Vale ressaltar que a América Latina experimentou pontuais revoluções burguesas no México entre 1910 a 1917, na Guatemala em 1944 e na Bolívia em 1952. Somente no primeiro é que houve uma transformação verdadeira capitalista, formando-se uma sociedade moderna burguesa.

no século XIX como produto de uma vida de lutas, enquanto que a democracia política foi uma conquista bem posterior. Primeiro institucionalizou-se o constitucionalismo e só depois a democracia política foi implementada como peça vital. A América Latina não logrou o mesmo contexto: aqui as construções da democracia e do sistema constitucional estão ocorrendo em paralelo e num intervalo temporal reduzidíssimo. A partir do final da década de 1980, o Brasil experimentou grandes avanços no que se refere à democracia formal, mas tímidos foram os passos da democracia no sentido material. O neoliberalismo criou uma sociedade brasileira marcada pela disseminação da pobreza extrema, pelo alto índice de desemprego de massas, pela alienação cultural e ideológica, etc., sendo que o instrumento da democracia recorre, cada vez mais, à violência em prol da "manutenção da ordem e do controle". Enquanto essa profunda agressão aos direitos fundamentais não for extinta, nem constitucionalismo, tampouco a democracia serão, de fato, institucionalizadas na vida social política.

Inverteram-se os valores, na medida em que não houve luta por liberdade, bem ao contrário, o *ancien régime* latino-americano estava fortemente estabelecido pelas estruturas tradicionais oligárquicas e latifundiárias fruto da decomposição da ordem colonial, não havendo que se falar em noção de "povo" ao passo que a cultura disseminada era semelhante a de "vassalos". Houve, dessa forma, uma adaptação dos velhos modos de produção feudo-coloniais existentes na América Latina às exigências do então novo meio de produção norte-americano e europeu-continental, o capitalismo. Daí as sucessivas derrotas dos projetos liberais e da impossibilidade do constitucionalismo na América Latina na época das revoluções liberais.

Enquanto o capitalismo dos Estados Unidos era marcado pelo fortalecimento de uma nova sociedade contra as ameaças à democracia e ao constitucionalismo pelos velhos baluartes do antigo regime, a América Latina, inclusive o Brasil, desenvolvia o capitalismo fortalecendo a velha sociedade (instituições sociais pré-burguesas), intensificando-se qualidades inatas ao sistema feudal, quais sejam, desigualdades, formação de castas, fomento à discriminação étnica, de gênero, regionais, etc.

A fragilidade, tanto do constitucionalismo, quanto da democracia, é resultado da não participação, por incapacidade, da América Latina nas revoluções liberais, intelectuais e morais que marcaram o continente europeu no século XVIII (PAZ, 1979, p. 254), de modo que os extraordinários Voltaire, Rousseau, Hume ou Kant jamais seriam assim considerados se nascessem em solo latino-americano. Aliás, o início da democracia tardou a acontecer, já que, após a derrocada oligárquica, de tempos em tempos, rebentos militaristas se levantaram,

principalmente a partir do século XX, subjugando todo o sistema político. Os inimigos do constitucionalismo e da democracia – autoritarismo das classes senhoriais latifundiárias, dos militares e, em parte, da Igreja quando de sua fusão com o Estado – conseguiram sobreviver à nova estrutura mundial capitalista.

Os legados positivos do Iluminismo e da Reforma Protestante (idealizações democráticas e libertárias) não foram experimentados pela América Latina, mas vários infortúnios trazidos por esses movimentos permaneceram em nosso território por longo período: universidades submetidas à decadente escolástica até o século XX; a ciência, um pecado por subverter a ordem social até o final do século XIX e nisso inclui-se a origem darwiniana do homem, tão combatida pelos "criacionistas"; e vários outros aspectos sociais. O latino americano considerava, nesse contexto, a democracia como uma forma política anárquica do "povão" no poder, por pressupor laicidade, liberdade, tolerância, pluralismo e racionalismo, produtos contrários à ordem natural até então estabelecida, terreno fértil para o crescer do caudilhismo.

É possível concluir, então, que a cronologia constitucional desenvolvida por Giuseppe de Vergottini (2004, p. 146-160) se aplica aos países latino-americanos, mas com as devidas ressalvas. Ao pregar que, ultrapassadas a primeira fase pós-independência e a segunda fase de nascedouro do *welfare state*[887], o constitucionalismo latino-americano estaria experimentando a terceira fase, qual seja, a de consolidação de uma organização estatal em prestígio à democracia e aos Direitos Fundamentais[888], Giuseppe parece ignorar a distinção necessária entre o constitucionalismo norte americano com aquele experimentado pela América Latina. O que passou a se verificar nos territórios latino-amerincanos, no máximo, foi uma possível e paradoxal aproximação das tradições do liberalismo e do socialismo – o Estado Democrático Social de Direitos.

Vale consignar que a tradição liberal clássica[889] permaneceu num forte desencontro

---

[887] Trata-se de uma organização política de programas sociais a ser implementados pelo Estado, este entendido como agente protetor dos cidadãos. Desenvolveu-se num desenrolar histórico marcado pela quebra da bolsa de Nova York em 1929, pelo fim da Segunda Grande Guerra em 1945 e pela influência italiana, francesa e espanhola a partir da década de 1970 ao conceberem a existência de direitos sociais indissociáveis a existência do ser humano (ampliação do conceito de cidadão; eurocomunismo), numa possível "democracia comunista" (GOSTA, 1985).

[888] A Constituição Federal Brasileira de 1988 afirma em seu artigo 1.º que "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)".

[889] O "liberalismo" fora desenvolvida na Espanha entre os anos 1810 e 1811 na queda do imperialismo que esse país exercia na América e consequente ascensão dos países pós-independentes. No entanto, a palavra passou a ser utilizada dois séculos depois do início das práticas revolucionárias do liberalismo no ocidente europeu. Por essa razão, o termo passou a angariar uma luta que não lhe era inerente, vale dizer, a luta contra a democracia e contra o socialismo (já que era temerária a possibilidade do povo, no sentido amplo do termo, conquistar o poder). A novidade da época não era mais o "liberalismo" (já que as práticas deste iniciaram-se dois

com a democracia por longo período. Ideais como a igualdade, a soberania popular, a democracia direta e outros, configuravam, durante muito tempo, conteúdos bastante desagradáveis às classes dominantes. É certo que o liberalismo[890] propunha uma revolução contra o antigo regime, sem confundi-la, no entanto, com o "povo no poder". Este, o poder, deveria ser consequência de um sistema exclusivista de votos, privilegiando-se assim capitalistas eleitoreiros.

A expressão habitual "democracia liberal", hodiernamente utilizada, ignora o fato de que o liberalismo clássico, até o século XX, enxergava a democracia como um instrumento de total supressão da liberdade nas mãos das massas contra as elites, uma afronta sem tamanho à classe dominante da época. Portanto, "liberalismo" e "democracia", originariamente, são institutos quase que opostos e a sua reconciliação é uma novidade que teve início no século XX. Essa aproximação importa em uma forte mitigação da democracia. O liberalismo político fracassou, pois o império do direito e a implantação de um estado constitucional segundo os contornos classistas da época não foram suficientes para oferecer efetivamente proteção aos indivíduos por igual. Isso porque a vida, a liberdade e a felicidade – inerentes à cidadania – não se desenvolvem a mercê das relações sociais promovidas pelo Estado, dos meios de produção que definem a forma de inserção do indivíduo na vida econômica e a própria vida em sociedade, sobre as quais a tradição liberal se calou.

Nas condições da pré-democracia europeia em que não havia que se falar em política de massas e os contornos políticos eram definidos por uma minoria de homens, o liberalismo

---

centenários antes), mas sim o "liberismo" econômico. Daí, portanto, a associação que se faz comumente da palavra "liberalismo" com a "burguesia" e com o "capitalismo", imputando como precursores os filósofos economicistas Adam Smith (1723-1790), Thomas Malthus (1766-1834) e David Ricardo (1772-1823). Essa metamorfose de despolitização fez com que alguns elementos revolucionários fossem esquecidos, posteriormente relembrados e bastante elogiados no "Manifesto Comunista" em 1848 por Marx e Engels. Sobre o "liberismo" econômico e a distinção desse para com o "liberalismo" político, bem disserta Giovanni Sartori, na ilustríssima obra "Democratic Theory" (1973).

[890] Para Nicola Matteucci (2000, p. 686-705), o termo "liberalismo" é de difícil definição, considerando as dificuldades específicas que a expressão revela enquanto fenômeno histórico. Para essa autora, "a razão da inexistência de um consenso quanto a uma definição comum, quer entre os historiadores quer entre os estudiosos de política, é devida a uma tríplice ordem de motivos", vale dizer: a uma pela intima relação que o termo possui com a história da democracia, sendo de difícil percepção do que há de liberal e do que há de democrático nas democracias liberais atuais (vale consignar que "liberalismo" é justamente aquilo que distingue as democracias liberais das não-liberais); a duas, pois a manifestação do liberalismo ao longo da história deu-se em graus variados, a depender do país em que fora inserido, tornando algo quase impossível a tarefa de encontrar, no plano sincrônico, um momento liberal que unifique essas diversas histórias (v.g., de um lado a revolução liberal gloriosa de 1688 a 1689 e doutro a revolução liberal russa de 1905); a três, o modelo de evolução política inglês do liberalismo foi de encontro ao universalismo e ao multiculturalismo de diferentes ordens, ao passo que a fisionomia e o conteúdo do liberalismo formaram-se a depender das tradições culturais e da estrutura do poder as quais era submetido. "Acrescente-se uma certa indefinição quanto aos referenciais históricos do termo Liberalismo: tal termo pode, conforme o caso, indicar um partido ou um movimento político, uma ideologia política ou uma metapolítica (ou uma ética), uma estrutura institucional específica ou a reflexão política por ela estimulada para promover uma ordem política melhor, justamente a ordem liberal".

clássico mostrou sucesso, entre o início do século XVIII até a Primeira Guerra Mundial, na sua luta em favor de algumas liberdades individuais – liberdade de expressão e de crença contra o fanatismo religioso, direito à propriedade de algumas minorias –, ajustando-se a uma realidade em que ser cidadão significava pertencer a uma das classes dominantes.

A impressão dessa realidade circunscreveu-se, no entanto, a três acontecimentos históricos impactantes no que se refere à política de massas: a Primeira Grande Guerra, a Revolução Russa e a Crise dos EUA de 1929. Os valores individuais da tradição liberal não conseguiram se encaixar ao reconhecimento das massas no conceito de cidadão. A preocupação que outrora marcava a sociedade, de que os indivíduos precisavam de proteção frente às mazelas e às arbitrariedades dos sistemas governamentais despóticos e tiranos, passou a coexistir com o surgimento das massas e a necessária proteção que estas mereciam face às arbitrariedades do sistema capitalista. A exigência antiga de abstenção estatal para que a proteção de certas liberdades fundamentais fosse alcançada (liberdade negativa[891]) cedeu passo, parcialmente, para a nova necessidade de ativismo do Estado com a precípua finalidade de tutela da coletividade, no direito do trabalho, nos direitos humanos de minorias, no direito a um meio ambiente saudável, etc. (liberdade positiva).

3 DE VOLTA AO ESTADO SOCIAL: CONTRIBUIÇÃO MARXISTA

Quando se estuda o "Estado Social", inevitavelmente, um dos caminhos a ser percorrido é o do "socialismo", o que, por sua vez, faz qualquer estudante lembrar-se de nada menos que Karl Marx. O termo "marxismo" traz a memória de grande parte das pessoas qualidades bastante longínquas daquilo que seu criador objetivara: tirania, autoritarismo, despotismo, etc. Essas posições, consequências de paixões irrefletidas, devem ser recusadas desde logo àqueles que pretendem chegar a uma consciência filosófica e política, sobre um dos mitos contemporâneos mais debatidos, livre de má-fé e dos oportunistas que se ergueram (e, por que não, que se erguem) ao longo da história.

Filho de Hirschel, advogado e conselheiro de justiça, e de Henriqueta Pressburg, judia, Marx nasceu em 5 de maio de 1818 na cidade de Treves, na Alemanha, em meio a uma cultura local miscigenada entre liberalismo revolucionário francês (abertura política) e a reação prussiana do Antigo Regime (Estado, Religião e Filosofia como manifestações de Deus – Absolutismo hegeliano), exercendo esse último uma forte censura a uma filosofia que em pouco tempo se transformou em programa político[892]. Ficou noivo em 1836 de Jenny von

[891] As palavras "liberdade negativa" e "liberdade positiva" foram cunhadas por Isahia Berlin no trabalho "The Hedgehog and the Fox: an essay on tolstoy's view of history" em 1953.

[892] A síntese filosófica que se estabeleceu como consequência da relação entre o princípio feminino

Westphalen, jovem de rara beleza e alta posição social. O casamento desigual enfrentou forte oposição de ambas as famílias e só pôde ocorrer oito anos mais tarde. Não por outra razão que o casal sofreu as mais duras penas da miséria. Dos seis filhos que nasceram, somente três deles alcançaram a fase adulta. Todos, em dado momento da vida, passaram as piores privações, sem ter, inclusive, o que comer, talvez porque Marx não hesitava em rejeitar, de pronto, empregos que não estivessem de acordo com suas conclusões intelectuais. Chegou a afirmar, em uma das cartas dirigidas à Friedrich Engels (1859), que, pela primeira vez, alguém estava debruçado a estudar o dinheiro, sem, no entanto, tê-lo.

O hegelianismo, pensamento dominante de Berlim, foi amplamente discutido pelos pensadores da época, numa gradual tendência separatista[893] da interpretação de direita[894] feita das afirmações de Hegel, filósofo este que constituía o Estado, a Religião e a Filosofia como supremas manifestações de Deus (absolutismo). David Strauss (1809-1874), por separar a pessoa de Jesus Cristo da religião e da filosofia. Bruno Bauer (1809-1872) propondo que o curso da história se daria pelo desenvolvimento da consciência humana, voltando ao pensamento de Johann Gottlieb Fichte (1762-1814) ao separar o caminhar de Deus do caminhar do mundo. Arnold Ruge (1809-1880) levou a discussão a um terreno político nos "Anais de Halle". Max Stirner (1806-1856) e Moses Hess (1812-1875) tiveram como ponto de partida a propriedade, discutindo, naturalmente, o socialismo e o anarquismo (início da crítica social-democrática e desenvolvimento do socialismo utópico alemão). Todos estes influenciados pelo socialismo francês de Conde de Saint-Simon (1760-1825), François Marie Charles Fourier (1772-1837) e de Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865).

Ludwig Feuerbach (1804-1872), numa importante crítica ao pensamento filosófico e religioso da dialética hegeliana, dando corpo ao movimento de esquerda do idealismo[895] com

---

(materialismo francês) e o princípio masculino (idealismo alemão) ou, ainda, entre o coração e o intelecto, passou a ser ferozmente combatida pelo Antigo Regime Prussiano.

[893] Os pensadores que procederam Hegel trouxeram a discussão do Estado, da Política e da Filosofia a um campo diferente do da Religião. Tiveram como pensamento mais alto dessa esquerda hegeliana o descrito em "A essência do cristianismo" escrito por Feuerbach (1806-1856).

[894] A direita hegeliana era composta pelo popular grupo de estudantes e professores que detinha as posições de mais prestígio no governo da época e na Universidade de Humboldt de Berlim. Pregavam que o idealismo de Georg Hegel e a dialética histórica desenvolvida por esse filósofo estavam consumados na Prússia. Estavam convencidos, portanto, de que a sociedade prussiana tinha alcançado a perfeição no que se refere a sua evolução histórica.

[895] A esquerda hegeliana (também conhecida como "jovens hegelianos") formou-se após a morte de Hegel em 1837 por um grupo de estudantes e de professores da Universidade de Humboldt de Berlim (Strauss, Bauer, Huge, Stirner, Hess e Feuerbach), que desacreditava no sistema social prussiano da época. Contrariava as afirmações dos hegelianos de direita, quais sejam, que a dialética histórica de Hegel tinha sido findada com o desenvolvimento dos serviços civis, a alta taxa de empregabilidade, a industrialização e a construção de boas universidades. Os jovens hegelianos pregavam que a sociedade prussiana ainda tinha muito a experimentar, especialmente pelos focos de pobreza, pela opressão governamental e pela discriminação religiosa que se apresentavam na época. Pouco tempo mais à frente, Marx e Engels deram início a uma forte crítica ao pensamento dos jovens hegelianos.

a publicação em 1841 de "A Essência do Cristianismo". Esse autor deu início à "inversão" daquilo pregado por Hegel, tirando o Estado e colocando o homem e a natureza como pontos de partida. O mundo sensível e o coração, privilegiados por Feuerbach, passaram a ser enxergados não mais à luz da religião, mas sim à luz do intelecto humano. Apesar deste pontapé, o filósofo decidiu não imiscuir-se em política quando essa esquerda hegeliana, no exílio, decidiu publicar os trabalhos no que denominaram de "Anais Franco-Alemães" em Paris que não passaram do primeiro número duplo publicado no início de 1844. Nesse número único, um dos artigos ali publicados marcou a mudança[896] de Marx no que se refere ao objeto central de seus estudos, deixando de ser a filosofia política, passando a ser a economia política o centro gravitacional de longos anos de sua dedicação: foi o trabalho intitulado "Esboço de uma Crítica da Economia Política" de Friedrich Engels.

Tendo a Ciência da Economia Política como alvo, Marx escreveu uma série de artigos que foram compilados sob a denominação "Manuscritos Econômico-Filosóficos", publicados quase meio século após a sua morte na URSS no ano de 1932. Essa similitude conduziu Karl Marx e Friedrich Engels a uma jornada comum[897]. Fizeram uma série de críticas contra os jovens hegelianos, especialmente contra Feuerbach. O "Manifesto Comunista" imprimiu, com cunho científico, o auge da crítica teórica da sociedade capitalista, redundando num programa político sustentado pela extinção da propriedade privada e apropriação coletiva dos meios de produção, sendo essa a única forma de superar a alienação do homem. Para além das afirmações de Proudhon em "A Miséria da Filosofia" (1846), de que a luta contra o sistema capitalista deveria se dar por meio do controle dos juros e do lucro, Marx sustentava a necessidade de se alcançar os próprios mecanismos de exploração, revisando os processos de produção da mercadoria.

Apesar de Marx, figura emblemática da economia política, ter descartado a ideia de que "descobriu" as classes sociais – tal como se lê na famosa carta a seu amigo e colaborador, Joseph Weidemeyer (1852) –, o filósofo de Treves, contudo, no seu inacabado objetivo monumental[898], relacionou a existência destas classes a fases do desenvolvimento histórico de

---

[896] Alguns autores preferem denominar essa "mudança" do objeto de estudos de Marx, separando a sua vida em "o jovem Marx" e "o Marx maduro", o primeiro voltado ao estudo da filosofia política (que, alguns, equivocadamente, negam a existência), o segundo voltado ao estudo da sociedade civil como lugar de alienação, na qual se prestigiava demasiadamente o produto em detrimento do produtor, o fruto do trabalho em detrimento do trabalhador.

[897] Em parceria, Marx e Engels escreveram inúmeras obras, sendo as principais delas "A sagrada família" (1844), "A ideologia alemã" (1846), "A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, Bruno Bauer e Max Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas" (1846) e "O manifesto comunista" (1848).

[898] O objetivo de Marx era escrever seis livros, a saber, "O capital", "A propriedade da terra", "O trabalho assalariado", "O Estado", "O comércio exterior", "O mercado mundial". Desenvolveu, de forma incompleta, apenas o primeiro.

produção e a necessidade de superação desta realidade classista na busca de uma sociedade sem classes. Para Marx, a realização plena do homem só poderia se dar se se ultrapassasse todos os particularismos – incluem-se nestes a divisão em classes – que funcionavam senão como obstáculos ao desenvolvimento do ser. O Estado da época (e por que não o atual?) fez surgir uma classe desprovida do direito a ter direitos a tal ponto que a mudança deste *status quo* de total alienação só poderia acontecer pela supressão total da opressão, revolucionando não só a política, mas toda a sociedade. Teve início a proposição "luta de classes" como criador da história, tendo como frente de batalha o proletariado, a classe oprimida.

Filósofo materialista contrário a idealistas e a espiritualistas, historiador especialmente por atestar diversos acontecimentos em seus escritos ou um iracundo profeta da revolução. Karl Marx foi tudo isso e muito mais. Enquanto Hobbes enxergava a necessidade de um poder soberano despótico – o Leviatã – para manter em paz uma sociedade onde o homem é o lobo do próprio homem, enquanto Locke sustentava uma governança mínima em prol do liberalismo e, naturalmente, da acumulação de riquezas, enquanto Rousseau defendia a soberania do povo por meio de um contrato social vinculante à atividade política e estatal sem desconsiderar, no entanto, a atividade usurpadora de "descoberta" de novas terras pelo homem, tornando-se seu novo "dono", ou enquanto Hegel acreditava na eticidade do Estado e na altruísta universalidade protetiva deste para com as pessoas, Marx viu nisso tudo, na política então reinante e nas grandes instituições, um conglomerado de instrumentos que visa ao domínio de classes e à manutenção de um sistema onde os fracos, cada vez mais fracos, são carne para os fortes, cada vez mais fortes, comerem. De forma lenta, gradual e minuciosa, Marx transformou seu pensamento originário que propunha a necessidade de uma revolução política e de uma reorganização do Estado em uma revolução social, cuja essência era a modificação da própria estrutura da sociedade como um todo.

Nesse sentido, qual foi, de fato e de verdade, o legado desse filósofo de Treves que morreu em 1883, talvez sem a consciência de que influenciaria, em grande parte, a sociedade contemporânea? Quais foram os desdobramentos da teoria marxista, especialmente no que se refere à organização estatal? Mesmo que tenha perdido a sua virulência teórica com o passar do tempo e que seus escritos não foram aderidos de forma integral no plano dos fatos, será que é correto afirmar que o seu pensamento está morto? Mesmo que haja uma incisiva negação ao legado de Marx, é indubitável reconhecer que, a uma, como consequência de um intenso estudo e de grandes debates, herdamos uma série de textos, em grande parte na forma de manuscritos, publicada bem depois da sua escrita e, a duas, como consequência de uma trajetória de mais dificuldades e menos glória, herdamos o curso da vida de um homem que

revolucionou a história.

O jovem Marx fez tremer as bases da filosofia política ao desenvolver três principais teses, ainda hoje bastante atuais. Em primeiro lugar, é necessário que o saber da filosofia seja construído de acordo com a realidade social, qualificando esta como fundamental para tal desiderato. Para Marx, a construção, feita na época, tanto da definição quanto de argumentos que sustentem estados ideais como justiça, bem, virtude, identidade e instituições republicanas, por mais bela que fosse, repousava sobre o interesse egoístico desenvolvido pela sociedade de classes capitalista. Em "Crítica das teorias da mais-valia", Marx afirmou que a diferença entre os diversos modos de produção e o capitalismo encontra-se na cruel realidade de que este personifica a "coisa" ao mesmo tempo em que materializa a "pessoa". Tal fato não pode ser ignorado, tampouco analisado numa verdade espiritualizada como quer o idealismo. Há que se fazer, portanto, uma junção entre o ser e o dever-ser formando-se, assim, um instrumento de transformação social cuja essencialidade salta aos olhos nos dias de hoje.

Em segundo lugar, a filosofia não se encerra na atividade contemplativa. Não faz sentido pensar o mundo sem que isso importe, de alguma maneira, em uma material transformação. Desmascarar a autoalienação humana em todas as suas formas é uma finalidade essencial da filosofia, sem a qual sequer poder-se-ia falar em *philos sophia* (amor ao saber). Por essa razão que a teoria deve ser lida como um instrumento de poder material que, para Marx, deveria ser apoderado pela consciência das massas. O jovem intelectual de Treves atribuiu um caráter antropológico (o homem pelo homem) a esse raciocínio, mas, ao longo da sua maturidade, reconheceu a natureza estrutural (estrutura da sociedade de classes).

Em terceiro lugar, por fim, Marx condenou a política então reinante conceituando-a como esfera de alienação, espaço em que a ilusão e o engano são hipertrofiados. O contexto histórico revela a verdade dessa afirmação. O pensamento hegeliano elevou o Estado à condição de um verdadeiro Deus, exacerbação jamais pensada por nenhum dos anteriores idealistas, nem mesmo pelo pensamento da inquestionável autoridade Leviatã de Hobbes. Hegel propunha que esse Estado divinizado deveria não só ser obedecido, como também venerado. Marx se rebela contra essa desvirtuada oblação, afastando essa afirmação hegeliana de que o Estado seria ético, um meio no qual se realizavam os interesses gerais da sociedade.

A visão de Hegel acentuava o ideal democrático e de direitos do Estado, ignorando a realidade classista e antidemocrática, propunha uma aparente neutralidade do Estado frente aos conflitos sociais, apesar de saltarem aos olhos os mancomunados interesses que este possuía em proteger esse ou aqueloutro, tinha como autônomo e independente um Estado totalmente viciado na satisfação dos desejos desenfreados por lucro e na supremacia do poder

e não do povo.

Daí propugnar que Marx "inverteu", com a complexa dialética que desenvolveu, o método hegeliano para além da crítica já feita por Feuerbach[899]. Enquanto Hegel descrevia o Estado como uma concretização de ideais éticos e universais, o de Treves concebia tanto a política quanto o Estado como instrumentos para a manutenção de uma sociedade baseada na exploração do homem pelo homem, configurando-se assim a mais alta alienação.

Seria possível afirmar que esses apontamentos estão superados ou que só se prestaram a entender o historicismo em que Marx estava inserido? Dizer que sim a essas perguntas importa em afirmar que o Estado nunca se predispõe a interesses econômicos particulares ou que as ações políticas sempre estão voltadas à supremacia do interesse público, um excesso de ilusão que poucos estão dispostos a sustentar. Os Estados que existem verdadeiramente destoam-se da demasiada bela imaginação de Hegel.

Hegelianos poderiam sustentar que, sendo essa a realidade – a de que interesses universais cedem passo a interesses de classes ou de grupos –, na verdade, não se estaria verdadeiramente diante de um Estado, mas sim de uma sociedade civil disfarçada de Estado. Sendo isso verdade, numa análise do plano dos fatos, todos os Estados parecem vocacionados, pela sua própria natureza, a se disfarçarem. Ou é possível acreditar que, por exemplo, a nomeação de Ministros pelo chefe do Estado brasileiro em determinado mandato presidencial tem a única e exclusiva finalidade de promover o interesse público? Ou, ainda, crer que a realização de leis pela instituição legislativa do Estado visa a atender aos verdadeiros anseios do povo? Ou que a educação básica e fundamental públicas brasileiras objetivam tornar o povo cada vez mais filosófica e politicamente crítico?

Com origens na natureza alienadora do processo produtivo e do fetichismo da mercadoria, o capitalismo gera imagens invertidas de si mesmo, a começar pela (duvidosa) liberdade de mercado, tão conclamada e difundida nos livros de história como qualidade nata das origens do capitalismo. Duvidosa porque o trabalhador não tem escolha, a não ser trocar sua mão de obra por um salário, sem poder algum para negociar as condições com as quais essa troca deve se dar. O idealismo de Hegel com o desenvolvimento do "Estado ético" retrata com fidelidade essa inversão de valores, uma consequência não epistemológica, mas natural do capitalismo, sistema esse que potencializa todas as formas de alienação, notadamente por transformar a religião, neutralizar a filosofia, provocar uma dualidade política e aprofundar a alienação econômica. Não por outra razão que o jovem Marx debruçou-se em estudá-las.

[899] Alguns doutrinadores postulam, equivocadamente, que Marx teria apenas invertido o raciocínio de Hegel, limitando-se a transcrever a teoria feuerbachiana desenvolvida na obra "Crítica da filosofia hegeliana" (1839). Esse discurso falacioso é demonstrado em "A revolução teórica de Marx" escrito por Althusser (1974).

Na religião, foi influenciado por Ludwig Feuerbach, autor de “A essência do cristianismo”. Esse livrou polemizou o mundo intelectual alemão por sustentar algo contrário ao que era pregado pela religião até então: as pessoas não foram criadas por Deus, elas que, na verdade, criaram deus como fruto da alienação religiosa.

Na filosofia, Marx critica com veemência o caráter especulativo que reduzia a análise do homem e da história a uma mera contemplação mental alocada no plano das ideias, o que criava um abismo entre a vida e a teoria.

Na política, a alienação fica ainda mais evidente, já que o Estado burguês põe em evidência a dualidade entre o céu constitucional e a terra da vida real, entre viver numa democracia sendo um cidadão angariando as mais diversas liberdades e igualdades ideais e, ao mesmo tempo, viver no capitalismo e ser escravo da desigualdade real. É o materialismo da sociedade civil contra o Estado democrático ou “Estado ético”, como queria Hegel. Não se trata tão somente de uma relação paradoxal entre igualdade celeste e desigualdade terrestre, mas também de uma relação inversamente proporcional, à medida que a promoção da igualdade no plano das ideias aumenta geometricamente a desigualdade no plano dos fatos.

Na economia, a atividade mais comezinha de todo ser humano – o trabalho – é contaminada pela alienação. Segundo Marx nos “Manuscritos Econômico Filosóficos e outros Textos Escolhidos” de 1974, o trabalhador e o fruto do trabalho são estranhos entre si no ambiente capitalista. Quanto mais o sujeito trabalha, mais ele sente a necessidade de se entregar ao trabalho, aumentando-se, assim, o poder dos objetos que cria, diminuindo-se o valor da vida humana interior que possui, deixando de pertencer a si mesmo, passando a pertencer ao sistema escravagista do lucro. Esse ciclo retrata a coisificação das pessoas e a vivificação das coisas ou, com a sincera crueldade das palavras, o ser humano, quanto mais vive nesse sistema, tanto mais passa a amar as coisas e usar as pessoas.

Ainda de acordo com o filósofo de Treves, a figura do Estado significa uma entidade parasitária, cuja existência pressupõe a continuidade de uma sociedade de classes. Dessa forma, o Estado deve estar destinado à extinção, uma vez que representa a pré-história da sociedade, uma etapa a ser superada pelo operariado. O desenvolvimento dessa nova sociedade importa, gradualmente, no desaparecimento da figura estatal.

Esse último parágrafo poderia dar margem a especuladores de criticar a tese marxista no sentido de atribuir a ela uma caótica vida social anárquica. Nessa perspectiva, Maximilian Weber (1977, p. 1072-1074) insinuou que a extinção estatal importaria em um desaparecimento da administração pública e em um retrocesso social no que se refere à organização pública, diretivas essas desenvolvidas por Karl Marx. Então o que seria a

extinção estatal para o filósofo de Treves? Numa sociedade de classes, a política serve de instrumento para aumentar o abismo entre os detentores e não detentores da propriedade privada. Desaparecendo aquela, desaparece o precípuo fundamento do conflito político capitalista, qual seja, a desigualdade da distribuição da propriedade, transformando-se, assim, a política.

Vale corrigir um erro cometido por muitos analistas dessa extinção da sociedade de classes que apregoam que Marx teria sustentado isso como se fosse a concretização perfeita do estado ideal da igualdade. A bem da verdade, Karl Marx patrocinou ideia totalmente contrária. Desaparecida a política e as grandes instituições como instrumentos de alienação, extinguindo-se a sociedade de classes, caindo por terra o sistema de mais poder aos poderosos e mais miséria aos miseráveis, florescerá com hipertrofia o multiverso de diferenças étnicas, culturais, sexuais, religiosas, etc.

Apesar de haver essa ascendência da desigualdade, isso constitui o início da transformação da vida pública e de novas formas de atividades não políticas, numa gradual substituição, não sendo mais o "homem" objeto de um governo, mas sim as "coisas" objetos de uma administração pública. Contra o discurso por muitos sustentado de que o comunismo é a idealização de um estado a ser conquistado ou uma realidade a ser concretizada, Engels e Marx propugnavam, conforme se lê na obra "A Ideologia Alemã" (1984, p. 37) que esse sistema é, na verdade, um movimento de transformação real, em superação ao estado de coisas concebido pelo sistema capitalista.

Considerando os parágrafos acima, de que Marx desenvolveu uma concepção negativa da política e defendia a extinção do Estado, uma questão pode naturalmente surgir: diante dessa negação, existe, de fato, uma teoria política marxista? Conforme raciocínio (diga-se de passagem, não convincente) de Norberto Bobbio (1976, p. 1-17), não há uma teoria política de Marx, pois esse filósofo não tinha qualquer razão para desenvolvê-la, na medida em que se não há Estado, não há objeto a ser analisado por uma teoria.

Essa conclusão deriva do equívoco em tratar da mesma maneira "negatividade" e "inexistência", que pode ser derrubado com a simplicidade de um parágrafo. A linguagem corporal está longe de afirmar que a não-fala, o silêncio, significa a inexistência de um discurso; em matemática, a negatividade total como resultado, o zero, em uma equação é passível de diversos estudos; em astronomia, um lugar concebido pela negatividade, o buraco negro do universo, não significa que não há nada a dizer sobre o assunto; uma ausência na estrutura mental humana, em seu inconsciente, não faz cair por terra os densos estudos de Jacques Lacan.

Uma teoria negativa, tal como é a de Marx ao tratar da política, não significa uma "antiteoria" ou uma "não-teoria", mas ao contrário, supõe estudos (e muito), interpretações e apontamentos para entendê-la. Se é extremamente equivocado sustentar que o jovem Marx não tenha motivo algum para conceber uma teoria política, tanto menos é afirmar que o marxismo, ou a tradição teórica dos seguidores de Marx, não o tenha feito. Engels, Gramsci, Kautsky, Trotsky, etc., e outros que hoje a defendem, e aqueles que ainda estão por vir e que serão intelectualmente alcançados pelo feito de Marx, dizer que nenhum destes tenha conseguido enxertar a teoria marxista seria, no mínimo, um ledo engano.

4 LIBERALISMO E SOCIALISMO: UM "IMPROVÁVEL" MATRIMÔNIO

De um lado a contribuição liberal da luta da burguesia contra o absolutismo, fazendo cair por terra a aristocracia por meio da promoção de direitos civis, da separação dos poderes, da implantação de governos limitados, etc. De outro lado, a contribuição socialista da luta da classe operária contra a burguesia e contra o Estado capitalista por meio da promoção da democracia, da soberania popular, do sufrágio universal, etc. Por evidente que, na construção desse paralelo entre as tradições, a não semelhança (as vezes, a total contradição) entre as instituições econômicas capitalistas e as instituições políticas democráticas ainda permanece, basta lembrar do ocorrido na Alemanha em 1933, ponto mais sublime da deflagração desse antagonismo. Na América Latina, também a difusão capitalista se deu em demasia, ao passo que a aceitação democrática pouco avançou, até a segunda metade do século XX. Mas a partir desse período, constitucionalismo e democracia não mais podem andar de mãos separadas.

O constitucionalismo deste século é composto pelos originários ideais da tradição liberal e pelo consectário processo de integração das classes populares ao Estado, contendo tanto elementos liberais, como socialistas. Não é bastante um texto escrito e consolidado na sociedade, é necessário que o constitucionalismo enquanto doutrina de um sistema político ultrapasse as raias textuais para se tornar realidade. Trata-se de um "conjunto vivo e mutante de valores, princípio e instituições aos quais a incorporação das demandas e aspirações originadas na tradição socialista [...] desempenha hoje um papel fundamental" (BORON, 2003, p. 139).

De tudo quanto já exposto, essa mistura entre as tradições políticas "liberalismos" e "socialismo" poderia causar espanto em alguns, considerando a frontal oposição que uma faz sobre a outra: tanto mais as ideias liberais se desenvolvem na medida em que tanto menos as ideias socialistas se concretizam e vice versa, numa rejeição recíproca de mútua negação. No entanto, o que se afigura entre essas duas tradições não é uma relação radical de

descontinuidade, mas sim uma continuidade, evidentemente parcial.

Ora, será que é possível sustentar que Marx teria feito oposição de alguma maneira aos direitos individuais fundamentais, estandartes do liberalismo, que promovem a liberdade das pessoas ao se expressarem, pensarem, crerem, associarem-se, reunirem-se, etc., ou que a tradição socialista se contrapõe a tais direitos civis? Por certo que a propriedade privada e a liberdade mercantil são inaceitáveis para qualquer socialista, mas isso não importa numa total negação ao liberalismo[900-901], principalmente quando este oferece proteção àqueles direitos fundamentais já mencionados. Justamente por isso é que Marx e Engels em "O Manifesto Comunista" (1998, p. 16) reconheceram expressamente a contribuição de pensadores como Rousseau, Hobbes, Locke, Bacon e Saint-Simon para a formação do materialismo.

O projeto socialista, em complementariedade a alguns preceitos do liberalismo, quer tornar a letra fria dos textos constitucionais num movimento vivo de expansão dos direitos e liberdade, alcançando as grandes maiorias populares historicamente destituídas dos mais comezinhos direitos civis. O trânsito em que se deu o progresso histórico do constitucionalismo contra o abuso do poder despótico no alcance da democracia não pode ser ignorado pelo desenvolvimento da democracia socialista. Não há como negar, por mais socialista que seja, a necessidade da separação dos poderes, dos freios e contrapesos, da organização do poder constituinte cujo poder está nas mãos do povo, por não haver nenhum outro modelo teórico alternativo, a não ser os já experimentados pelo mundo de forma frustrada e desastrosa (Stálin, Mao Tsé-tung, etc.).

---

[900] Cf. Norberto Bobbio (1976, p. 27-28, tradução livre), "antes de mais nada seria necessário começar a reconhecer que a relação entre democracia e socialismo não é uma relação tranquila, assim como não foi tranquila - mas já nos esquecemos e, assim agindo, fizemos mal – a relação entre democracia e liberalismo: hoje estamos tão habituados a usar a expressão "democracia liberal" que nos esquecemos que os liberais puros, desde o início do século, sempre consideraram a democracia (até mesmo a simples democracia formal), como uma estrada aberta em direção à perda de liberdade, à rebelião das massas contra as elites, à vitória do "homem-rebanho" sobre os pastores dos povos, não diversamente de como os democratas puros (os liberais democratas) consideram hoje, o socialismo. Não é uma relação tranquila porque a democracia é subversiva".

[901] Conforme lição de Eduard Bernstein (Evolutionary Socialism. Nova York: Schocken Books, 1961, p. 147-149), "it is to be recommended that some moderation should be kept in the declaration of war against "liberalism." It is true that the great liberal movement of modern times arose for the advantage of the capitalist bourgeoisie first of all, and the parties which assumed the names of liberals were, or became in due course, simple guardians of capitalism. Naturally, only opposition can reign between these parties and social democracy. But with respect to liberalism as. a great historical movement, socialism is its legitimate heir, not only in chronological sequence, but also in its spiritual qualities […]". Em tradução livre, "seria recomendável conservar alguma moderação ao se declarar guerra contra o "liberalismo". Antes de qualquer coisa, é verdade que esse grande movimento liberal dos tempos modernos surgiu em defesa da burguesia capitalista e que os partidos que adotaram a nomenclatura "liberal" foram, ou se transformaram, ao longo do tempo, em simples guardiães do capitalismo. Naturalmente, só pode haver oposição entre esses partidos e a social democracia. Com respeito ao liberalismo como um grande movimento histórico, porém, o socialismo é seu legítimo herdeiro, não apenas em sequência cronológica, mas também por suas qualidades espirituais [...]".

CONCLUSÃO

Especialmente no Brasil, a prática revela que o desenvolvimento proposto pelas autoridades, eleitas pela vontade da maioria popular, que estão à frente do país, muitas vezes, não são paralelos à tutela efetiva dos Direitos Fundamentais. Trata-se de um governo "do" povo, mas não "para" o povo, reduzindo em pura falácia os ditames constitucionais, retirando o que há de mais importante em uma nação: a sua identidade.

O poder de subjugar que outrora estava nas mãos dos senhores feudais, reis absolutistas, ditadores, agora faz parte do Estado Democrático legitimado pelo sufrágio e pela deficiente democracia formal. A realidade social mostra, ainda, que esse poder não se limitou às fronteiras públicas estatais e ganhou feições privadas. O domínio dos mais fortes sobre a massa mais fraca invadiu as relações particulares, fazendo jus à gênese desmedida do sistema capitalista. Os antigos reis absolutistas ganharam uma nova roupagem, quiçá, com poderes até maiores que os do Estado, confirmando a *hobbesiana* afirmação de ser o homem lobo de si mesmo.

Não é surpresa a constatação dos maléficos resultados da democracia brasileira, instrumentalizada pelo sufrágio universal. Sem identidade, o princípio democrático, se restringido ao seu sentido formal, torna-se falacioso. Nunca foi tão evidente que a vontade da maioria não é suficiente para garantir um estado de bem estar social. Isso leva toda a sociedade a repensar a forma de organização do Estado, numa reinterpretação do estatuído na Constituição Federal de 1988 e numa releitura das relações sociais sob a óptica dos mais comezinhos objetivos propostos nessa *Carta Magna*, tratando-a de fato e de verdade como suprema, posição que lhe é de direito.

Deve haver, por esse passo, uma reconciliação entre os Direitos Fundamentais (notadamente no aspecto social) e a Democracia, num terreno liberalista, um tanto quanto impróprio. Por serem tidos como "bons", fazem parte dos maiores anseios populares. Essa verdade não pode ser construída sem dialogar com a atividade inata do ser humano de julgar pessoalmente o que é "bom" e o que é "ruim". Nesse diapasão, valorar torna-se uma atividade extremamente subjetiva e pessoal, de tal maneira que um sujeito pode considerar o casamento entre homossexuais, o divórcio, a poligamia, a pornografia, o aborto, etc., como a exaltação maior do Direito de Liberdade, enquanto outro, um maléfico retrocesso sócio-cultural.

A busca pelo bem próprio, por muitas vezes, se não todas, pode seguir na contramão da busca pelo bem comum. A pós-modernidade e a proposta de relativização de todas as coisas propõem, sobremaneira, o homem cada vez mais isolado, autossuficiente, ressuscitando a filosofia helenística. Em contrapartida, a sociedade que beira a perfeição não é composta de

várias pessoas que vivem felizes, mas de várias pessoas que vivem para fazer do outro alguém feliz. Esse é o verdadeiro estado ideal.

A ideia individualista afronta o que de mais essencial há nos Direitos Fundamentais. Deve haver a proposta de um princípio cooperativo regulador da atividade humana. Após a dialética entre Direitos Fundamentais e Democracia, o que se propõe é uma visão conglobada dos Direitos Fundamentais e da Democracia, com o escopo social.

Os Direitos Fundamentais devem fazer parte da própria Democracia. O que dá verdadeira legitimidade para os atos públicos não é, exclusivamente, a Democracia formal, mas o respeito às Garantias e Direitos Fundamentais Individuais interpretados para o bem de todos. É por esse fato que aquela, a pura maioria, não se sobrepõe a esses, mas, certamente, o contrário.

Se há Direitos Fundamentais em cena e interesses com princípios constitucionais sobrejacentes, o desenvolvimento de uma tradição constitucionalista revela-se essencial. O papel do Judiciário, nesse sentido, não se esvai na mera análise da legalidade de atos, tampouco em ser apenas boca da lei. A tarefa que constitucionalmente lhe compete é a de encontrar, na Constituição Federal, dentre as várias possíveis, a melhor justa medida que realize o desenvolvimento social.

Assim, o *wellfare state* clama por muito mais, sobretudo em tempos em que a violação aos Direitos Fundamentais parece estar enraizada profundamente nas estruturas do Estado e, inclusive, da cultura brasileira. É certo que o Direito jamais poderá ser pautado por fórmulas absolutas e raciocínios matemáticos econômicos. O que se pondera em seara jurídica não são números, mas valores adstritos à existência do Estado Democrático de Direitos.

Um verdadeiro constitucionalismo pressupõe um esforço mútuo, tanto do Poder Público quanto dos entes privados, para fazer do discurso normativo uma realidade social, mesmo em meio a uma maioria que acredita que pouco pode ser feito para afastar esta realidade marcada pela corrupção, injustiças e violações. Todos têm direito ao resguardo de normas essenciais à existência da Democracia, mormente aqueles ligados à ordem social, e à tutela dignidade da pessoa humana, desde a sua forma mais individual até as que concernem à coletividade.

Nunca foi tão verdade as palavras rousseaunianas que pregavam a necessidade de se aproximar os extremos, fazendo com que não seja permitido nem muito abastados nem miseráveis. O poder de subjugar que outrora estava nas mãos dos senhores feudais, reis absolutistas, ditadores, agora faz parte do Estado Democrático legitimado por uma doente democracia material e pelo sufrágio. O poder não se limitou às fronteiras públicas estatais;

ganhou feições privadas: o domínio dos mais fortes sobre a massa mais fraca invadiu as relações particulares, fazendo jus à gênese desmedida do sistema capitalista. Os antigos reis absolutistas ganharam uma nova roupagem, quiçá, com poderes até maiores que os do Estado, confirmando a hobbesiana afirmação de ser o homem lobo de si mesmo[902].

Há um clamor por muito mais. Muito mais justiça, muito mais respeito aos Direitos Fundamentais, muito mais honestidade política. O presente trabalhou assim questionou: diante de uma profunda crise democrática e do constitucionalismo, estão superados os anseios sociais propostos por Karl Marx?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTHUSSER, Louis. **La revolución teórica de Marx**. México: Siglo Veintuno S.A., 1974. 206 p.

BERLIN, Isahia. **The hedgehog and the fox: an essay on tolstoy's view of history**. London: Weidenfeld & Nicolson, 1953. Phoenix. ISBN 978-0-7538-0867-2

BERNSTEIN, Eduard. **Evolutionary Socialism**. Nova York: Schocken Books, 1961.

BOBBIO, Norberto. **Esiste una dottrina marxista dello stato?**. In: BOBBIO, Norberto. *Il Marxismo e lo Stato.Il dibattito aperto nella sinistra italiana sullae tesi di Norberto Bobbio*. Roma: Mondoperario, 1976.

BOBBIO, Norberto. **Quali alternative alla democrazia reppresentativa?**. In: COEN, Frederico (org.). *Il Marxismo e Lo Stato*. Roma: Mondoperaio. 1976.

BORON, Atilio. **Filosofia política marxista**. São Paulo: Cortez; Buenos Aires: CLACSO, 2003. 240 p. ISBN 85-249-0906-4

DE VERGOTTINI, Giuseppe. **Diritto costituzionale comparato**. 5. ed. Padova: CEDAM, 1999. 1091 p. (Manuali di scienza giuridiche) ISBN 88-13-21306-9

[902] Segundo Thomas Hobbes (Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 15, 37-38), o homem em seu estado natural depende de um poder que o controle, “pois um cão treinado entenderá o chamamento ou a reprimenda do dono, e o mesmo acontece com outros animais”. Para este autor, a “sucessão alternada de apetites, aversões, esperanças e medos não é maior no homem do que nas outras criaturas vivas [...]. Fica assim manifesto que as ações voluntárias [dos homens] não são apenas as ações que têm origem na cobiça, na ambição, na concupiscência e outros apetites em relação à coisa proposta, mas também aquelas que têm origem na aversão, ou no medo das conseqüências decorrentes da omissão da ação”.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Global, 1986. 237 p. (Coleção bases).

GOSTA, Esping-Andersen. **Politics Against Markets: The Social Democratic Road to Power**. New Jersey: Princeton University Press, 1985. 363 p.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. 1. ed. Lisboa: Guimarães, 1959. 359 p.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MATTEUCCI, Nicola. **Liberalismo**. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco; VARRIALLE, Carmen C. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: IMESP, 2000. 2 v. ISBN 85-230-0308-8)

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã (I - Feuerbach)**. São Paulo: Hucitec, 1984. 138 p.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998-2010. 65 p. (Coleção leitura) ISBN 85-219-0197-6

MARX, Karl. **Manuscritos econômico filosóficos e outros textos escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

MARX, Karl. **Para a crítica da economia política; Do capital; O rendimento e suas fontes**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. 256 p. (Os pensadores) ISBN 85-13-00858-63

PAZ, Octavio. **El ogro filantrópico: historia y politica**. México: 1979. 348 p. ISBN 84-32-23076-6

OKOTH-OGENDO, Hastings Winston Opinya. **Constitutions without constitutionalism: reflections on an african political paradox**. New York: American Council of Learned Societies, 1988. 44 p.

SARTORI, Giovanni. **Democratic Theory**. 2. ed. Nova York: Greenwood Publishing Group. 1973. 479 p. ISBN 08-37-16545-8

WEBER, Max. **Economía y sociedad. Esbozo de sociología compreensiva.** 1. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1977. 1922 p.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Diritto costituzionale comparato**. 6. ed. Padova: CEDAM, 2004, p. 584. ISBN 88-13-24979-9

LICENCIAMENTO AMBIENTAL: OS LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO E A GARANTIA DE EFETIVA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Claudia Karina Ladeia BATISTA[903]

RESUMO

O presente trabalho tem por intuito o estudo da legitimidade e limites de revisão pelo Poder Judiciário do ato administrativo de concessão de licenciamento ambiental. Para tanto propõe a análise da natureza de tal ato administrativo e os limites de atuação do Poder Judiciário segundo o princípio da separação de poderes. Não se pode, porém, sem prejuízo do resultado final do presente estudo, afastar da discussão outro princípio diretamente relacionado à atuação do judiciário: a inafastabilidade da jurisdição. Espera-se por meio da pesquisa bibliográfica demonstrar que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser preservado tanto pelos agentes do Poder Executivo, a quem incumbe a análise técnica acerca da concessão de licença ambiental, quanto pelo Poder Judiciário, a quem, por força da Constituição Federal, incumbe analisar toda espécie de lesão ou ameaça a direito. Espera-se demonstrar que a ponderação deve ser utilizada criteriosamente para que, na defesa do direito constitucionalmente assegurado a um meio ambiente equilibrado, não se cometa violações a outros dispositivos ou princípios constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: licenciamento ambiental; revisão judicial do ato administrativo; separação de poderes; inafastabilidade da jurisdição; ponderação

ABSTRACT

The aim of this work is to study the legitimacy and limits of the Judiciary Power review on the administrative action of environmental licensing concession. In order to that, it proposes an analysis of the administrative action nature and the Judiciary Power limitations, concerning the power separation principle. Nevertheless, it is impossible not to take into account other principle directly related to the judiciary action: the jurisdiction ineluctability. A bibliographical research demonstrates that the right to an ecologically balanced environment is supposed to be preserved by both the Executive Power – which is responsible for the technical analysis concerning the concession of environmental licensing – and the Judiciary

[903] Doutoranda em Direito pela ITE – Instituição Toledo de Ensino – Bauru/SP. Docente nos cursos de graduação e especialização em Direito da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. E-mail: claudiabatistadv@hotmail.com

Power – which, according to the Federal Constitution, is supposed to analyze any and all threat to the right. This work intends to demonstrate that a deliberation with regard to the defense of the balanced environment right – which is assured by the Constitution - should be wisely carried out in order to avoid violations to other constitutional laws or principles.

KEYWORDS: environmental licensing; judicial review of administrative action; separation of the powers; jurisdiction ineluctability; deliberation.

INTRODUÇÃO

O conhecimento científico possibilitou à humanidade a ida ao espaço, a cura de doenças, locomoção rápida e segura, produção agrícola e industrial abundante e em qualidade, entre outros avanços. O progresso científico possibilitou ainda maior longevidade e qualidade de vida à considerável parte da população mundial. Entretanto a explosão demográfica, associada a outros fatores, notadamente ao aumento da produção e do consumo, acabou por provocar degradação ambiental cada vez mais vasta e freqüente.

A prevalência dos interesses econômicos sobre os sociais e humanitários, associada à errônea idéia de inesgotabilidade dos recursos naturais, fez com que as discussões sobre proteção ambiental só ganhassem repercussão mundial na segunda metade do século XX.

Um dos grandes dilemas da humanidade está em ponderar sobre os interesses no incremento da economia e da produção industrial e a necessidade de preservação do meio ambiente. A produção massificada como resultado da Revolução Industrial ainda é hoje responsável pelas justificativas dos países industrializados para a manutenção do desrespeito ao meio ambiente – a degradação ambiental em nome do progresso. Perdura, ainda hoje, a idéia de desenvolvimento econômico e aumento da produção à custa do sacrifício ambiental. O desenvolvimento sustentável ganhou relevo no cenário jurídico nacional após a Constituição Federal de 1988, que condicionou em seu artigo 170 a ordem econômica à defesa do meio ambiente, instituindo ainda possibilidade de tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços desenvolvidos.

Nesse contexto o licenciamento ambiental adquire enorme importância na preservação do meio ambiente, razão pela qual o ato administrativo que concede a licença ambiental deve ser revestido de rigor normativo e de forma, além de atendimento da finalidade a que se destina.

Antes, porém de proceder à análise da natureza jurídica e importância do licenciamento ambiental, cumpre tecer algumas considerações relevantes sobre o direito ambiental e seu objeto de estudo.

A expressão “meio ambiente”, tão difundida no meio jurídico e social, designa “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas” (SILVA, 2007, p. 22). O meio ambiente não se resume, portanto, à mera idéia já arraigada de recursos naturais finitos. Compreende, mais amplamente, o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, turístico, arqueológico e urbanístico, além do meio ambiente de trabalho.

Identifica-se ainda o meio ambiente por suas características peculiares: universalidade, humanismo e complexidade. Universal posto que decorrente de uma preocupação globalizada que encontra raízes na própria condição de bem jurídico cuja degradação não reconhece fronteiras políticas ou geográficas. Universal ainda por ser de interesse de todos os seres humanos. Por se tratar de direito inerente à própria natureza humana e dela indissociável, bem essencial ao desenvolvimento digno do homem, não se pode negar-lhe o caráter humanista. A complexidade decorre da diversidade de bens (culturais, artificiais e naturais) que o compõe (CANOTILHO, 2008, p. 178).

Em sua definição de Direito Ambiental, MACHADO aborda a sistematização e a interdependência da matéria, evitando que se considere isoladamente os elementos que integram o meio ambiente, não ignorando, porém, as especificidades da água, da atmosfera e da fauna, por exemplo, mas buscando a integração destes elementos sob a égide do Direito Ambiental (2005, p.126).

A imprescindibilidade de apresentação dos conceitos acima encontra respaldo no pensamento do jurista alemão Robert Alexy, segundo o qual, quanto maior a clareza analítico-conceitual, maior a racionalidade da ciência. Tal consideração se mostra ainda mais importante nas disciplinas diretamente relacionadas ou sujeitas a experiências empíricas (1997, p.30).

Apresentado o conceito de meio ambiente e suas delineações, faz-se necessário conceituar o dano ambiental. Rubens Morato Leite o define como “uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamado meio ambiente [...] O dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses”(2003, p.34).

No decorrer do trabalho será utilizada a expressão meio ambiente, já consagrada no meio social e jurídico, a despeito das críticas de pleonasmo,[904] a fim de manter a fidelidade aos termos empregados pela maioria dos legisladores, sobretudo o legislador constitucional.

O direito ambiental revela-se, pois, como um conjunto de normas destinadas a disciplinar a ação do homem no trato com o meio ambiente. Trata-se da proteção de um direito subjetivo a um ambiente equilibrado, tutelado objetivamente pelas as normas que o regulamentam e asseguram. Um dos mecanismos instituídos legalmente para o controle de determinadas atividades que impliquem em dano efetivo ou potencial ao meio ambiente é a licença ambiental. Este é, pois, o ponto de partida do presente estudo.

1. ATO DISCRICIONÁRIO OU VINCULADO? UMA ANÁLISE DA NATUREZA JURÍDICA DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL.

No cumprimento do dever de zelar pela preservação ambiental o Estado desenvolveu mecanismos destinados a assegurar o exercício das atividades econômicas de interesse da humanidade com o menor sacrifício ambiental possível. No exercício de tal fiscalização, cumpre ao Poder Executivo, segundo a obediência aos critérios técnicos e disposições legais, apreciar o pedido de licença ambiental feito por quem pretende explorar atividade que implique em risco de dano ambiental efetivo ou potencial.

Antes, porém, de se passar à análise do ato administrativo e sua natureza jurídica, é imprescindível conceituar o licenciamento ambiental, assim definido pelo CONAMA (Conselho Nacional do Meio Ambiente) no artigo 1º, inciso I da Resolução nº 237 de 19 de dezembro de 1997[905]:

> I – Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e

[904] Nesse sentido, Ramón Martim Mateo, citado por José Afonso da Silva reitera que "se utiliza decididamente *Derecho Ambiental* em vez de *Derecho del Meio Ambiente*"

[905] Antes definido no artigo 10 da Lei 6938/81 que inspirou a redação do artigo 1º, inciso I, alterada apenas com a inserção da palavra "localização".

as normas técnicas aplicáveis ao caso.

O inciso II da mesma resolução conceitua licença ambiental:

> II - Licença ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais e consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental

Para a compreensão e estudo dos limites de atuação do judiciário na revisão dos critérios técnicos adotados pelo administrador quando da decisão do pedido de licença ambiental, há que se compreender conceitos doutrinários tradicionais e elementares que classificam o ato administrativo em vinculado e discricionário.

A apresentação de conceitos estanques de ato administrativo em discricionários ou vinculados, conforme os estudos de graduação, não corresponde à melhor exposição conceitual do tema, haja vista que como bem salientou Victor Nunes Leal trata-se de “um terreno melindroso, onde a doutrina tem de utilizar instrumento de precisão, para não vestir um santo com a roupa de outro, substituindo o arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário”(1997, p.319).

A despeito da notável lição do autor, passa-se a apresentar noções de atos administrativos vinculados e discricionários, destinadas tão somente a reavivar no leitor os conhecimentos elementares e imprescindíveis ao estudo do tema proposto.

O ato administrativo tido por vinculado há de ser executado nos estreitos limites do que assim permite a lei, que estabelece os requisitos para sua realização. Tecendo comentários sobre a limitação do administrador aos ditames legais no ato administrativo vinculado, Hely Lopes Meirelles (2004, p.164) preceitua com propriedade ímpar que “as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade

administrativa".A atuação do administrador há de obedecer aos estritos limites legais, devendo o ato ser motivado e tais motivos serem consoantes com a legalidade, como pressuposto de existência e validade do ato administrativo. Ao Poder Judiciário é permitido analisar o ato sob todos os seus aspectos.

Quando o ato administrativo é discricionário a administração conta com uma maior margem de liberdade, devendo o ato, ainda assim, obediência aos limites legais, sob pena da discricionariedade converter-se em arbitrariedade. Quanto a tais atos, há em regra impossibilidade de controle judicial meritório, diante da liberdade de atuação do administrador segundo critérios de conveniência e oportunidade, dentro dos fins instituídos por lei. Nesse sentido bem explanou Hely Lopes Meirelles:

> Discricionários, portanto, só podem ser os meios e modos de administrar, nunca os fins a atingir. Em tema de fins, não existe jamais para a administração um poder discricionário. Porque não lhe é nunca deixado poder de livre apreciação quanto ao fim a alcançar. O fim é sempre imposto pelas leis e regulamentos, seja explícita, seja implicitamente(2004,p. 169).

A discricionariedade do administrador não se confunde, pois, com zona livre e não delimitada pelo legislador. Os fins do Estado (e do próprio ato administrativo) hão de ser sempre respeitados. Ainda que não haja lei que estabeleça a finalidade do ato, não pode este ser praticado senão para atender ao interesse público, sob pena de configurar desvio de finalidade. Nesse sentido é que Victor Nunes Leal, revendo seu posicionamento após análise do voto do então Desembargador Seabra Nunes na Apelação Cível 1422 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, atenta para a inexistência de ato administrativo puramente discricionário:

> No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro. Quanto à finalidade dos atos administrativos (discricionários ou vinculados), está ela sempre expressa ou implícita na lei; por isso mesmo o fim legal que é necessariamente um fim de interesse público

também constitui aspecto vinculado dos atos discricionários, suscetíveis, portanto, de apreciação jurisdicional. (1997, p. 321)

E prossegue o autor:

> Quando se afirma que os atos discricionários escapam à revisão do Poder Judiciário, o que se quer dizer é que o poder discricionário está imune da revisão jurisdicional. A imprecisão terminológica – em que já temos incidido – torna-se patente, quando se considera que não existe ato algum da administração que esteja totalmente isento do controle judiciário. Na pior das hipóteses, a competência da autoridade que o praticou é assunto da alçada do judiciário, cabível no exame de qualquer ato administrativo. O estado de sítio pode servir de exemplo: se foi decretado por um ministro de Estado, é intuitivo que não produz qualquer efeito, por incompetência do agente, e o Judiciário tem autoridade para o declarar. Por conseguinte, se nenhum ato administrativo pode ser considerado discricionário, em sua integridade, não existe ato discricionário. O que acima se disse da competência, também se pode dizer da forma e da finalidade, que são limitações legais (expressas ou implícitas) dos atos administrativos. Se o ato é viciado no que entende com a competência, a forma ou a finalidade, abre-se ensejo ao pronunciamento jurisdicional (1997, p.323)

Feitas as considerações preliminares, passa-se a discutir a natureza jurídica do ato administrativo que analisa o pedido de concessão de licença ambiental.

O licenciamento ambiental corresponde a uma sucessão de atos colimados a identificar a adequação da atividade exercida pelo pretendente à licença aos rigores da legislação ambiental. Uma vez identificada tal adequação, notadamente através do estudo de impacto ambiental (EIA) e relatório de impacto ambiental (RIMA)[906] compete ao órgão

[906] A Resolução nº 1 de 1986 estabelecia um rol das atividades sujeitas à apresentação de Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ambiental como requisitos para a concessão da licença. A Constituição Federal de 1988, no art. 225, §1º, IV determinou a exigência , na forma da lei, de estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de qualquer obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Os que defendem o meio ambiente sustentam que a Carta Magna ampliou a extensão da proteção ambiental, não a sujeitando simplesmente ao rol da Resolução nº 1 de 1986. Os que defendem a proteção mínima, com fundamento na teoria antropocêntrica da proteção ambiental, argumentam que a apresentação do

responsável do Poder Executivo conceder a licença. Isso porque a licença é ato administrativo vinculado, não podendo o agente negá-la se o empreendimento atender a todas as disposições legais. Sendo ato vinculado, a licença é passível de anulação se concedida em desacordo os com as determinações legais.

A legislação ambiental é notadamente composta por normas conceituais, destinadas a modelar as condutas e estabelecer limites de atuação tanto para os indivíduos em geral, quanto para as empresas, administração pública e o próprio Poder Judiciário.

A celeuma encerra-se no fato de que o licenciamento ambiental é feito segundo critérios técnicos estabelecidos normalmente pelos próprios órgãos de proteção ambiental. Nesse sentido o ato administrativo que concede a licença ambiental pretendida é ato vinculado e não discricionário, sujeito, portanto, à apreciação pelo Judiciário (KRELL, 2004, p. 37). O ato que concede ou nega o licenciamento há de motivado, não só por atendimento ao princípio da moralidade administrativa, através da transparência da decisão, como também para possibilitar o direito de defesa ou contestação por parte do interessado.

Entretanto, mesmo diante da existência de diretrizes que orientam o agente do executivo, a própria norma ambiental é em grande parte dotada de conceitos jurídicos indeterminados, cuja interpretação feita pelo agente pode ensejar moderada discricionariedade. A dificuldade reside em se estabelecer critérios para delimitar o trabalho de hermenêutica quanto aos conceitos indeterminados e a discricionariedade[907].

O cerne da discussão no presente trabalho é a delineação dos limites de intervenção do Judiciário no exame do ato administrativo que concede a licença ambiental pretendida. Ocorre que a tradicional definição do ato administrativo em discricionário e vinculado já não contempla a problemática questão dos conceitos jurídicos indeterminados. Nesse sentido expõe com propriedade Andreas Krell:

---

estudo estaria restrita às atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ambiental, estando automaticamente dispensada a apresentação do estudo para atividades em que a degradação não fosse "tão significativa". Esta não parece, porém, ser a solução mais acertada, mormente se considerando a proibição de retrocesso implicitamente assegurada constitucionalmente.

[907] Maria Sylvia Zanela de Pietro retrata na obra Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988 a dificuldade em se estabelecer a natureza do ato administrativo (se vinculado ou discricionário) nos casos de conceitos jurídicos indeterminados sujeitos à interpretação pelo agente administrativo. Segundo a autora a própria atividade hermenêutica, dada a imprecisão do conceito, pode ensejar discricionariedade.

> Parece equivocada também a distinção rígida do tratamento do controle dos conceitos jurídicos indeterminados – que exigem interpretação, sendo o seu pleno controle judicial a regra – e, por outro lado, dos atos discricionários como decisões baseadas na conveniência e oportunidade, sindicáveis somente em casos de graves erros de avaliação ou arbitrariedade. Muitas vezes, a questão não passa de uma contingência na formulação do próprio texto legal (2004, p. 33).

Para o autor "é essencial que essa situação problemática seja levada em consideração na busca de uma definição racional dos limites do controle judicial da discricionariedade administrativa no Brasil"(2004, p. 49)

Estando o agente administrativo vinculado à própria lei, sua decisão goza, em regra, de pouca margem de liberdade. Tal lei, contudo, quando apresenta conceitos cuja determinação é imprecisa, possibilita espaços de livre interpretação administrativa, não raramente confundida ou utilizada como critério de discricionariedade, fato este que afastaria o judiciário da análise do ato mérito. Tal dificuldade é identificada no próprio conceito de licenciamento ambiental, cuja indeterminação fornece ao agente elástica interpretação do que seria "atividade efetiva ou potencialmente poluidora".

Outro exemplo que demonstra a dificuldade de se estabelecer, em concreto, limites para a atuação do administrador na concessão ou não da licença ambiental advém de termos lacunosos e não regulamentados do conceito de poluição, tratado no artigo 3º da Lei nº 6938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente:

> Art. 3º: Poluição é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que, direta ou indiretamente:
>
> a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem estar da população;
>
> b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
>
> c) afetem desfavoravelmente a biota;
>
> d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
>
> e) lancem matéria ou energia em desacordo com os padrões

estabelecidos.

À exceção da alínea "e" apresentada, pela qual a própria norma requer regulamentação técnica, não há nas demais uma unidade de conduta exigida do Poder Executivo quando da análise da licença. Afinal, como analisar, no caso concreto, o efetivo prejuízo à saúde, à segurança e ao bem estar da população? O que é efetivamente prejuízo à saúde? O que vem a ser esta afetação desfavorável da biota? É evidente que em geral Resoluções do CONAMA e outros órgãos objetivam reduzir a larga margem de interpretação. Entretanto, como mencionado anteriormente, nem sempre a legislação consegue acompanhar a evolução da sociedade, dos meios de exploração de atividades e da constante necessidade de intensificação das formas de preservação ambiental. Por tal razão, na inexistência de limites legalmente estabelecidos para guiar a decisão do agente administrativo, a decisão que concede a licença há de ser pautada mais no atendimento da finalidade do ato e no interesse público que propriamente na vinculação à lei. Mesmo na inexistência de limites legais não há, pois, como mencionar que o ato é puramente discricionário, posto que a finalidade e o interesse público hão de ser observados pelo Poder Executivo quando da concessão da licença.

Na Alemanha, porém, em virtude dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, a identificação da licença ambiental como ato administrativo vinculado não exime o agente do executivo de certa escolha (relativamente discricionária, posto que motivada) , porém não relacionada com o atendimento aos padrões estabelecidos em lei (inexistentes em muitos casos por ausência de regulamentação). Sob este prisma o ato que concede a licença seria discricionário e, portanto, insuscetível de apreciação meritória pelo Judiciário.

Verifica-se, pois, nestes casos específicos, que se empregando o rigor da classificação doutrinária tradicional do ato administrativo em vinculado ou discricionário, bem como a fórmula simplista do positivismo jurídico, não se teria por legítima a revisão da decisão administrativa pelo Judiciário, sob pena de caracterização de quebra de independência e harmonia constitucionalmente previstas na Constituição Federal de 1988[908]. Assim, sendo tal divisão estanque dos atos em vinculados e discricionários, na ausência de critérios técnicos estabelecidos em lei quanto aos últimos, a escolha do agente no exercício de sua função não merece ser questionada quanto ao mérito. Esta não parece, porém, conclusão que se coaduna com a Carta Magna, notadamente em razão do princípio da inafastabilidade de jurisdição.

[908] Art. 2º CF/88. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

No caso acima, a falta de regulamentação implicará em possibilidade de escolhas ao agente. Tais escolhas, porém, hão de estar adstritas ao atendimento da finalidade legal e do interesse público e, passíveis de revisão judicial em tais aspectos. Entretanto, como bem salienta José Eduardo Faria discorrendo sobre a timidez da atuação do Judiciário, "é cada vez maior o número de juízes conscientes de que não estão preparados técnica e intelectualmente para ligar com o que é inédito (...) e de que não foram treinados para interpretar normas programáticas e normas com conceitos indeterminados (1998, p. 60). No mesmo sentido Di Pietro relata que "em geral os juízes têm, até por comodismo, se detido diante do mal definido "mérito da atuação administrativa" permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo"(1998, p.28).

2.OS LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO ANTE A SEPARAÇÃO DE PODERES DO ESTADO

A evolução do Estado Absoluto ao Estado de Direito mantém estreita ligação com a teoria de separação entre os poderes consolidada por Montesquieau, para quem a atuação do Estado estava imprescindivelmente relacionada à limitação do exercício da autoridade do monarca. Para o autor, a divisão do Estado em "Poderes" na verdade não constitui seu enfraquecimento, visto que o Poder é uno e exercido pelo povo que não o divide. O que se tem dividido entre órgãos distintos são as atividades inerentes às finalidades do Estado, a que se denominou Poderes. Importantes considerações foram feitas por Celso Ribeiro Bastos acerca da obra "Do Espírito das Leis":

> Montesquieu foi aquele que, por primeiro de forma translúcida, afirmou que a tais funções devem corresponder órgãos distintos e autônomos. Em outras palavras, para Montesquieu, à divisão funcional deve corresponder uma divisão orgânica. Os órgãos que dispõe de forma genérica e abstrata, que legislam, enfim, não podem segundo ele, ser os mesmos que executam, assim como nenhum deles pode estar encarregado de decidir as controvérsias. Há que existir um órgão (usualmente denominado Poder) incumbido do desempenho e cada uma dessas funções, da mesma forma que entre eles não poderá haver qualquer vínculo de subordinação. Um não deve receber ordens do outro, mas cingir-se ao exercício da função que lhe empresta o nome (2002, p. 300).

A fragmentação de funções defendida por Montesquieu contrasta com a visão de Estado Unitário de Rousseau, retratada por BONAVIDES (1990, p. 185) para quem "Rousseau não se preocupa com os preceitos de repressão ao poder, de defesa do homem contra o Estado". Aliás, para o autor, a autoridade advém do Contrato Social firmado entre os indivíduos e o Estado, pelo qual os primeiros tendem a renunciar a parte de sua liberdade de atuação em favor do Estado, a quem incumbe criar leis, administrar os recursos e solucionar os conflitos.

Alertando acerca da importância da independência da administração pública e igualmente da existência de controle judicial dos atos administrativos expõe com propriedade Andreas Krell:

> No Estado moderno seria inviável imaginar uma Administração desprovida de uma margem de decisão independente, sendo um importante valor um Estado de Direito possuir uma administração desprovida de uma margem de decisão independente, sendo um importante valor um Estado de Direito possuir uma administração autônoma. No entanto, o exercício dessa liberdade está intimamente adstrito ao dever de motivação dos atos administrativos.(2004, p. 40).

Rechaçar a atuação do judiciário na revisão do ato administrativo que concede licença ambiental não é guardar obediência às disposições constitucionais que preconizam que os Poderes são independentes e harmônicos entre si. Aparenta sim ser o distanciamento já exposto por DI PIETRO e FARIA, ante a falta de preparo do Judiciário para dirimir questões de tamanha complexidade. O receio de enfrentar o problema acaba acobertado sob o manto de "respeito ao princípio de separação de Poderes do Estado", em uma manifesta supervalorização de tal princípio, a despeito de colidir frontalmente com outro, igualmente importante que é a inafastabilidade da jurisdição.

A atribuição de peso excessivo ao rigorismo legislativo acaba por estabelecer a primazia da forma em detrimento do conteúdo, ou do atendimento cego à lei, qualquer que seja, por simplesmente ser a lei. Nesse sentido é a lição de Clèmerson Merlin Clève, ao tecer críticas do apego excessivo à norma e à forma em detrimento do conteúdo:

> A tal ponto chegaram as formulações jurídicas produzidas já no presente século, mas como decorrência normal da concepção clássica do direito, que toda uma escola jurídica chegou a defender a tese segundo a qual a preocupação do jurista deve-se restringir à norma[909]. Por isso que a preocupação com a justiça ou com a crítica do direito soam alheias à função do jurista. O jurista enquanto tal há de e preocupar apenas com a norma, porque a norma, afinal, constitui o objeto da ciência jurídica(1993, p.47)

Um questionamento faz-se imprescindível: se existem normas em branco e conceitos jurídicos indeterminados; e se o legislativo e os próprios órgãos do executivo não conseguem aclarar todos os conceitos a fim de nortear o agir do agente público na concessão da licença, é possível ter-se por discricionários tais atos, permitindo o controle judicial tão somente quanto à adequação da finalidade e motivação?

A questão se mostra relevante posto que a legislação ambiental brasileira, embora seja referência para diversos países, não consegue acompanhar o dinamismo das alterações nos meios de produção, razão pela qual, muitas normas em branco, ou apresentam conceitos jurídicos indeterminados passam anos sem serem regulamentadas. Nesse ínterim, o Poder Executivo nem sempre dispõe de parâmetros ou critérios técnicos estabelecidos em lei. Nesse sentido é que se verifica a relativa "discricionariedade".[910]

A aclamação do senso comum pela edição de leis apresenta a expectativa (ainda que falsa) de maior segurança jurídica. Entretanto a voraz necessidade de leis positivadas com o objetivo, entre outros, de limitar a esfera de atuação discricionária do agente, faz do Poder Executivo, pelo menos no que concerne ao licenciamento ambiental, refém da regulamentação incessante e insana a ser realizada por seus próprios órgãos. Tecendo críticas ao crescente aumento da produção legislativa (genericamente considerando), apresenta CLÈVE sua preocupação:

---

[909] Quando o autor menciona a existência de toda uma escola jurídica defendendo a tese de que o jurista deve estar adstrito à norma faz referência a Hans Kelsen e sua obra Teoria Pura do Direito, ícone do positivismo jurídico

[910] Menciona-se discricionariedade entre aspas por não se tratar propriamente de juízo de conveniência e oportunidade, mas sim necessidade do agente do Poder Executivo suprir a ausência de regulamentação com segundo o interesse social e o bem comum, mas sem elementos orientadores advindos de lei.

> A multiplicação da atividade legislativa do Estado foi severamente criticada. A um porque esse processo de interpenetração entre o direito e a economia, entre o jurídico e o social, conduziu à juridicização de tudo, com os mais graves inconvenientes. A dois, porque esse processo banalizou o direito, retirando dela o seu caráter sagrado. Depois, porque a inflação legislativa[911] corrompeu um princípio caro ao direito: a presunção de que todos conhecem a lei. Afinal, o sistema jurídico sustenta sua funcionalidade na suposição de que a norma jurídica é conhecida. Quem conhece o direito quando ele entra em minúcias, quando se altera constantemente, quando se encontra veiculado por milhares de atos legislativos? (1993, p.54)

Quando uma determinada lei (em sentido amplo) passa a regulamentar, por exemplo, a classificação das atividades consideradas poluentes, estabelecendo eventuais percentuais de tolerância para suas emissões, restringe-se significativamente a atuação do agente público. Isso porque, havendo parâmetros de exigências para as adequações técnicas, não pode a concessão da licença depender do juízo valorativo do agente do executivo.

Tecendo comentários acerca das críticas da doutrina alemã à exagerada intervenção do Judiciário nos atos administrativos, Andreas Krell atribui tal intervenção ao emprego dos chamados "conceitos jurídicos indeterminados, que se referem ao nível atual da ciência e da tecnologia; o emprego desses termos transfere para uma avaliação técnico-científica a decisão sobre a aprovação de empreendimentos"(2004, p. 46).

Quando a própria lei estabelece critérios técnicos a serem observados pelos pretendentes à concessão de licença ambiental, a negativa desta só deverá ser realizada quando, no caso concreto, o parecer técnico demonstrar ser inviável sua concessão. Porém a existência de lei não é segurança da efetividade de proteção ambiental em seu conteúdo, mormente porque no campo do Direito Ambiental o próprio Estado responsável pela edição de leis acaba por ser um dos maiores infratores. Assim relata CLÉVE ao tecer comentários sobre a obra O Declínio do Direito de Georges Ripet, que pela clareza da exposição passa-se a transcrever:

---

[911] A expressão "inflação legislativa" consagrada no Brasil através de Eros Grau e Luiz Roberto Barroso é de Carnelutti.

> No Estado contemporâneo – sua obra (de Ripert) é de 1949 - tudo se transforma em Direito Público em face de agigantada ação do Estado. Ademais a lei trata de questões que ordinariamente eram deixadas sem regulamentação. E, por outro lado, normas técnicas de padronização de produtos, de alimentos, inclusive de sua denominação, transformam-se, em face da vontade do Estado, em normas jurídicas. Há uma interpenetração entre a técnica e o direito. De tal modo isso ocorre que a inadaptada formação do jurista o afasta da elaboração destas regras cada vez mais produzidas pelos tecnocratas e especialistas. O Poder Público, neste caso, elabora uma regra cujo conteúdo não domina.

Prosseguindo sua análise acerta da obra de Ripert, passa o autor a explanar sobre as conseqüências da proliferação indiscriminada de normas puramente técnicas:

> Primeiro, o nascimento de um espírito de desobediência. A lei não é obedecida porque nada diz ao senso comum. Porque muitas vezes é inútil. Porque, ademais, nem sempre é justa e, inclusive, porque não poucas vezes também o Estado deixa de cumpri-la. Depois esse processo conduz à descontinuidade do direito [...] E, finalmente, esse processo conduz à insegurança jurídica, violando, com isso, o desejo de segurança que todo homem civilizado possui.

2. UMA TENTATIVA DE COMPOSIÇÃO

Ao Poder Executivo não é dado atuar segundo juízo de conveniência e oportunidade em matéria de licença ambiental, ato vinculado por natureza. Porém o presente estudo apresentou as dificuldades em se fazer uma divisão estanque dos atos administrativos em discricionários ou vinculados. Mesmo a licença, exemplo típico de ato vinculado, pode gozar de moderada discricionariedade quando da ausência de norma regulamentadora ou na existência de conceitos jurídicos indeterminados.

Da mesma forma, os atos discricionários não estão sujeitos ao arbítrio do administrador, encontrando sua parcela de vinculação na finalidade e nos princípios que regem o Direito Administrativo.

Compete ao órgão responsável pela análise do pedido de licença ambiental[912] verificar a adequação da atividade que se pretende explorar aos estreitos limites da legislação. Em caso de atividade potencialmente degradadora é obrigação exigir do pretendente à licença prévio Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e conseqüente Relatório de Impacto ambiental (RIMA).

Considerando que os estudos técnicos segundo os parâmetros estabelecidos na própria lei colimem para um parecer favorável à concessão da licença, entende-se não ser cabível ao Poder Judiciário proceder à revisão do ato, haja vista que o mesmo foi praticado em consonância com os ditames legais. A atuação do Poder Judiciário no sentido de ser anulada a licença, por exemplo, só é possível mediante a demonstração de que no caso concreto o laudo foi falho, ou seja, que não relatou as reais condições de implantação ou exploração da atividade cuja licença se pretendia.

A despeito da inafastabilidade de jurisdição, princípio constitucional explicitado no artigo 5º, inciso XXXV, não é dado ao judiciário rever os critérios técnicos seguidos pelo executivo na concessão da licença senão quando o laudo contiver erro que, se identificado, seria determinante para a negativa da licença.

Quando se trata de matéria regulamentada em lei em sentido amplo e havendo plena adequação do caso concreto (atividade a licenciar) aos preceitos legais, ousa-se posicionar contrariamente à revisão judicial do ato administrativo que concede a licença. Isso porque não compete ao Poder Judiciário, ainda que com a louvável finalidade de apreciar lesão ou ameaça de direito, atacar os critérios adotados pelo legislador e substituí-los pelos seus próprios critérios, sob pena de usurpação de funções. Nesse sentido cristalina é a lição de Andreas Krell:

> Na área emblemática da proteção ambiental prevalecem conceitos de experiência, de valoração e de prognose, que deixam uma margem de apreciação para a Administração, que não deve ser simplesmente substituída por uma decisão judicial. A questão, por exemplo, se um produto deve ser considerado “poluente” ou se uma

[912] Menciona-se órgão no sentido genérico, haja vista não ser interesse deste estudo a análise da competência administrativa para o licenciamento.

> construção “se insere na estética da paisagem”, deve ser respondida, em tese, mediante perícia de técnicos especialistas ou órgãos colegiados, e não pelo entendimento pessoal do juiz (2004, p. 2)

Pelo princípio da inafastabilidade de jurisdição, não pode o Judiciário deixar de apreciar lesão ou ameaça de direito que lhe tenha sido submetida. É evidente que o exame da legalidade não pode em hipótese alguma ser privado da apreciação do Judiciário. Porém neste caso sua atuação estaria cindida à verificação da adequação do ato aos critérios legais.

Pode, porém, o Poder Judiciário, fazer a análise da constitucionalidade e da própria legalidade da legislação ambiental. Uma vez declarada ilegal ou inconstitucional a norma sobre a qual se sustentava um ato administrativo de concessão de licença, esta não subsistirá. Não se trata, porém, neste caso, de interferência de um Poder na esfera de atuação de outro. Isso porque, ao assim proceder, o Judiciário estaria exercendo função típica e não substituindo os critérios do legislador pelos seus.

Quando o judiciário ataca o ato administrativo que concedeu licença ambiental que entende ser indevida, os argumentos devem cingir-se ao desacordo entre as condições verificadas tecnicamente em concreto e sua adequação com os ditames legais. Para a impugnação exatidão dos critérios técnicos verificados em concreto pelo Poder Executivo quando da concessão da licença, deve o autor da ação apresentar outro laudo técnico que melhor tutele o bem ambiental e demonstre a irregularidade da concessão da licença.

Cumpre salientar, porém, que o laudo técnico apresentado em processo judicial deve ter os mesmos elementos previstos em lei e analisados pelo agente público quando da concessão da licença. Não pode o Judiciário posicionar-se no sentido de apreciar questionamento fundado na própria legislação, sob pena de ele (Judiciário) não dotado de aparato técnico suficiente para dirimir a questão, sobrepor-se ao órgão ambiental que editou determinada resolução ou até mesmo sobrepor-se ao legislador, que em primeiro lugar elegeu os parâmetros a serem observados. Assim explana Andreas Krell:

> Existe uma maior e melhor preparação técnica do órgão administrativo competente para realizar juízos prospectivos de caráter técnico complexo. Especialmente na área da proteção do meio ambiente, os atos administrativos costumam ser adotados na

> base de um conhecimento ou uma perícia técnica que se presume próprio da Administração e alheios à idoneidade do órgão jurisdicional, o que faz crescer a margem discricionária da decisão. Assim a jurisprudência administrativa portuguesa somente aceita um controle parcial dos atos administrativos que envolvem discricionariedade técnica (2004, p.47)

O judiciário não pode atacar a escolha do legislador, tampouco a concessão da licença de atividade que atende aos critérios técnicos previstos em lei. A análise do judiciário estaria limitada ao vício do ato administrativo que concede licença quando da inadequação do laudo técnico (EIA e RIMA) à lei ou à realidade. Sendo a licença concedida conforme critérios técnicos legalmente estabelecidos (e comprovados em concreto pelo EIA e RIMA), não poderá o judiciário rever a licença.

Evidenciando magistralmente a necessidade de estabelecer limites à revisão judicial do ato administrativo que concede licença ambiental, Victor Leal Nunes salienta que o ato discricionário encontra limite na finalidade que lhe é imposta por lei e sem a qual se configura extralimitação, também identificada como ato ilícito. Nesse sentido prossegue o autor:

> Cabe sempre ao judiciário dizer a última palavra, dado o seu papel de intérprete final e conclusivo do direito. Tratando-se, porém, de violação das limitações internas (desvio ou negação do fim legal do ato), impõem-se precauções severas para que se não incida no erro de substituir o critério de conveniência do administrador pelo critério de conveniência do juiz. E este assunto tem de ser tratado, entre nós, muito mais à luz da nossa tradição jurídica, do que com base em lições de autores alienígenas, que escreveram em função de sistemas diferentes.(1997, p.319).

Não se pode tolher o agente público de seu dever de proteção ambiental, simplesmente porque a lei não regulamentou a contento determinada matéria, impondo-lhe um ou outro modo de agir. Igualmente não se pode fazer do Judiciário campo de discussão de todo e qualquer ato administrativo pelo simples fato de que o agente não teve a conduta exaustivamente regrada. Há que se utilizar da ponderação, a fim de que se verifique *in casu* se

a ação, ainda que não prevista ou regulamentada legalmente, atingiu a finalidade esperada pelo interesse público.

Segundo Robert Alexy, as escolhas hão de ser norteadas pelo princípio da proporcionalidade, segundo o qual o intérprete há de vislumbrar se a medida é adequada, necessária e proporcional ao fim almejado. Ao analisar a adequação, cabe ao interprete escolher a medida mais eficaz entre as várias possibilidades fáticas existentes; há de escolher ainda o meio menos gravoso de se alcançar o fim almejado; por fim, ao analisar a proporcionalidade em sentido estrito, há de fazer a ponderação ou sopesamento propriamente dito – mandamento de otimização ante as possibilidades jurídicas existentes. Segundo o autor: "princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas" (2008, p.117).

Sustenta-se a revisão dos critérios técnicos do agente do Poder Executivo na concessão de licença ambiental é passível nos casos já elenados, mas que o Judiciário deve, em princípio, obediência a tais critérios, ora decorrentes de escolha Parlamentar, ora da própria atividade regulamentadora do Poder Executivo. Tal obediência não implica, por óbvio, na omissão ou conivência do Poder Judiciário quando tais critérios conflitam com a ordem normativa ou a Carta Constitucional. Para tais casos a revisão sempre será possível. Nesse sentido Oscar Vilhena Vieira aponta dois caminhos: o alto grau de deferência à escolha parlamentar, ou seja, a escolha do legislador deve ser respeitada posto que proveniente do legislativo democrático; a outra (mais compatível com o constitucionalismo), supõe a fiscalização do legislativo pelo judiciário, de maneira que: "nesse segundo caso o juiz irá verificar se a escolha do legislativo é adequada, no sentido de preservar o conteúdo de ambos os direitos em colisão, o que se deve fazer por intermédio de um processo de ponderação". (2006, p.48).

CONCLUSÃO

A proteção do meio ambiente é deveras importante para que o direito a ser protegido perca-se nos infindáveis caminhos que regulamentam a legislação ambiental.

O presente estudo permitiu concluir que segundo a divisão tradicional do ato administrativo, a despeito de não ser a melhor forma de abordagem doutrinária, o ato que

concede licença ambiental pode ser classificado como ato vinculado. Entretanto a ausência de regulamentação e a existência de conceitos jurídicos indeterminados não devem ser consideradas determinantes de decisão equivocada ou inapropriada por parte do agente que analisa a concessão da licença.

Não se pode considerar como passível de revisão qualquer ato administrativo pelo simples fato da interpretação legal apontar mais de um caminho ao agente do executivo. Isso porque, não obstante tenha ele a possibilidade de escolha, esta não precisa necessariamente estar equivocada e, portanto, passível de revisão. O agente por si, atuando segundo os princípios norteadores da administração pública e com a finalidade de atender ao interesse público tem condições de se posicionar de forma correta diante de questões abstratas tal como "considerável poluição" , "atividade potencialmente danosa", "alteração relevante na biota", entre outras.

Não se pode afastar da mente a idéia de que o licenciamento ambiental é um mecanismo destinado a autorizar a localização, implantação e exploração de determinadas atividades e que, como tal, deve primar pela ponderação entre os benefícios da exploração da atividade e a consequente gama de benefícios e transtornos. Deve, sobretudo, proteger o meio ambiente, assegurando que a geração de tais benefícios, se possível e viável, se dê sem sacrifício ambiental ou com o menor sacrifício possível. Nesse sentido, o estudo permite concluir que pesa mais em favor do meio ambiente a ponderação e o bom senso que a existência de uma gama de atos normativos regulamentando o exercício da atividade que se pretende licenciar.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de los Estúdios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luiz Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro de. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: RT. 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. Rio de Janeiro: Forense. 1990.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin.Separação de Poderes e produção da lei *in* **Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais, in **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAU, Eros Roberto.**A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

KRELL, Andreas. **Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

LEAL, Victor Nunes. **Poder discricionário e ação arbitrária da administração**. In: ___. Problemas de direito público e outros problemas. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.p.319-328. Disponível in:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_35/panteao.htm>. Acesso em 05 de abril de 2009.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**.São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Relatividade da Competência Discricionária**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia., n 5, janeiro/fevereiro/março 2006. Disponível in <http//www.direitodoestado.com.br> Acesso em 12 de abril de 2009.

_____.**Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1993.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente.** 5.ed. São Paulo: RT, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito ambiental constitucional.** 6.ed. São Paulo:Malheiros, 2007.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental – As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993).

A MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO FORMA DE GARANTIA E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAIS

Daniel Christiano Finardi MILLER[913]

RESUMO

Este trabalho visa um modesto estudo sobre a efetivação dos direitos fundamentais constitucionais mediante a mutação constitucional. A mutação constitucional é como se chama, doutrinariamente, a maneira informal de reforma da constituição. Em vez de ser emendada através de um poder constituinte derivado, a norma sofre uma mudança informal, ficando com outro significado, mas deixando o texto incólume. Destarte, essas mudanças poderiam ter o condão de dar eficácia mais plena e objetiva para os direitos fundamentais que, muitas vezes, não são obedecidos e observados como deveriam ser.

PALAVRAS-CHAVE: Mutação constitucional. Direitos fundamentais. Mudança informal.

ABSTRACT

This work aims at a modest study on the realization of fundamental constitutional rights by constitutional mutation. A constitutional mutation is called as doctrinally informal way to reform the constitution, instead of being amended by a constituent power reformer, the informal norm undergoes a change, getting another meaning, but leaving the text untouched. Thus, these changes could have the power to give effect to the fullest and objective fundamental rights, which often are not obeyed and observed as they should be.

KEYWORDS: Constitutional mutation. Fundamental rights. Informal change.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende de modo singelo, mas esforçado, trabalhar sobre a efetivação de direitos fundamentais mediante as chamadas mutações constitucionais. Para tanto, veremos primeiramente o que são as ditas mutações da Constituição e suas nuances.

[913] Graduando em Direito do quinto ano pela Faculdade Anhanguera SA de Bauru

Para fazermos algumas reflexões com esse tema, usaremos alguns doutrinadores clássicos que trabalham com a chamada mutação constitucional. Para isso, utilizaremos como livro base a obra referência do professor Uadi Lammêgo Bulos chamada “Mutação Constitucional” de 1997.

Além desse precioso livro, usaremos mais obras de autores tupiniquins. Um livro de suma importância para esse trabalho será o livro de Susana Sbrogio’Galia, “Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais” de 2007. Esse livro, além de ser um pouco mais atualizado do que o de Uadi, tange em demasia o tema proposto, pois faz uma análise crítica sobre as mutações e os direitos fundamentais. Outro, não menos importante livro, é o de Wellington Márcio Kublisckas, “Emendas e Mutações Constitucionais”.

Além desse material base, utilizaremos outros livros de primordial importância e excelso conteúdo como: “La Reforma Constitucional y la Problematica del Poder Constituyente” do Pedro de Veja García, “Mutación de la Constitución” de Hsü Dau-Lin e o clássico sobre mutações constitucionais, “Reforma y Mutación de la Constitución” de Georg Jellinek. Estes vão ser secundários, pois serão usados com um pouco mais de cautela e com o intuito de enriquecer o trabalho.

Num segundo momento abordaremos os direitos fundamentais, que hoje são de grande preocupação dos juristas, pois esses direitos são tidos como extremamente valiosos e imprescindíveis, como de fato o são. Para analisarmos de maneira satisfatória, usaremos como base o livro consagrado do professor Paulo Bonavides, “Curso de Direito Constitucional” e de Manoel Ferreira Filho “Direitos Humanos”, entre outros.

E por fim, faremos algumas análises em relação à jurisprudência existente do Supremo Tribunal Federal, da mutação constitucional e da efetivação dos direitos fundamentais. Nesse estágio trabalharemos, de fato, com o tema proposto, explanando como que a mutação constitucional pode(ria) efetivamente garantir e concretizar os direitos fundamentais que hoje são tão abrangentes, mas que por muitas vezes, carecem de aplicação. Ou seja, há o direito, há a tutela legal, mas não há a eficácia normativa.

Desejamos que o leitor se esclareça sobre o tema proposto, que alcancemos algum resultado concreto do questionamento da problemática tratada e uma boa leitura para todos.

1. MUTAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO E REFORMA CONSTITUCIONAL

Desde os primeiros passos no curso de Direito, nós aprendemos duas lições que levaremos para nossa vida toda: uma delas é a famosa frase "ubi societas ibi jus", que significa algo como "não há sociedade sem Direito". Isso implica que será sempre necessário haver uma força normativa ou escrita, ou mesmo costumeira, que faça com que haja limites entre os direitos e deveres dos participantes de dada sociedade, pois como sabemos, o homem é um animal político[914].

A outra valorosa lição é a que o Direito evolui com a sociedade, ou seja, o direito está sempre mudando, está sempre acompanhando o desenvolvimento social[915].

Destarte, fica claro que precisamos de Direito e precisamos de um Direito atuante, de um Direito eficaz, de um Direito que se adapte às mudanças sociais e que sempre tutele as mesmas. Sempre haverá um complexo normativo, pois hoje as sociedades são extremamente complexas, com várias diferenças. Entre elas: ideológicas, étnicas, religiosas, culturais, etc.

Para manter a paz e a estruturação juntamente com a ordem e o intuito evolutivo social, contamos modernamente com a chamada Constituição. Nela se encerra o topo do ordenamento jurídico. Por isso, na Constituição, podemos encontrar os direitos mais imprescindíveis de dignidade para o homem.

O criador da chamada "Constituição" é o poder constituinte originário. Este deve ser um poder legítimo, popular e deve engendrar a Constituição, para que melhor se adapte na sociedade em que essa será aplicada. O poder constituinte originário tem como características: a) ele é primário, uma vez que é o precursor da dada Constituição; b) ele é autônomo, significa dizer que é independente para determinar os termos em que a dada nova Constituição irá se estruturar; c) ele é ilimitado, pois não encontra formalidades legais existentes; d) ele é incondicionado, não se submete a nenhum processo pré-estipulado para sua configuração.[916]

A Constituição visa sempre à tutela das pessoas de determinada sociedade que dela se utilize. Nesse aspecto, se a sociedade tende a mudar, e a lei a acompanhá-la e tutelá-la,

---

[914] Como diz Aristóteles (2009, p. 56): "[...] o homem por natureza, é um animal político [isto é, destinado a viver em sociedade][...]".

[915] Nesse sentido, temos as palavras de Fustel de Coulanges (2008, p.332): "Não é da natureza do direito ser absoluto e imutável; modifica-se e evolve como toda obra humana. Cada sociedade tem seu direito, forma-se e desenvolve-se com ela transforma-se e enfim com elas segue sempre a evolução de suas instituições, costumes e crenças.".

[916] Cf. ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2001, p. 9 *apud* CICCO; GONZAGA, 2009, p. 116.

como visto acima, logo, a Constituição será a que mais deverá manter uma preocupação em relação à sua aplicação na realidade social – que sempre é cambiante – em que existe.

O poder constituinte originário, sabendo que a Constituição uma hora precisará de reformas, seja para corrigir erros, seja para sua (in)evolução[917], deixou delegado a capacidade de reforma para um poder, o chamado poder constituinte derivado.

Este poder – o poder constituinte derivado em sua modalidade reformador – possui então, a legitimidade direta do poder constituinte originário, para realizar as mudanças de maneira formal na Constituição. As características dele são: a) limitado formalmente. Diferente do originário deve obedecer a requisitos procedimentais para elaboração da norma; b) limitado circunstancialmente. Esse preceito visa observar o momento em que está sendo feita a mudança, pois se for num momento de crise ou de dificuldade estatal (como estado de sítio ou de defesa), o poder constituinte derivado pode agir de maneira impulsiva e acabar fazendo normas inconstitucionais; c) o limite temporal. Esse limite é um prazo estipulado pelo poder constituinte originário para que se possa começar a reforma constitucional; d) por último temos os limites materiais, que podem ser implícitos e(ou) explícitos, e consistem na própria substância da Constituição[918]. São explícitas, as chamadas cláusulas pétreas, ou seja, as que a própria Constituição proíbe sua mudança. Há essa denominação justamente pela clareza da importância da norma e de sua condição de ter como intuito a perpetuidade. São implícitas as normas que têm como conteúdo algum direito fundamental extremamente sensível, mas, no entanto, não está constando como cláusula pétrea.

O poder constituinte reformador depara-se com um maior dilema que seus limites, que é a mudança da Constituição para que ela tenha conformidade com a sociedade e sua realidade sempre metamórfica e com o que desejava o poder constituinte originário quando realizou a feitura da dada Constituição.

Dessa forma, vê-se necessário que os legisladores possuam grande capacidade e determinação para que, mediante as normas, o Estado tenha uma tutela adequada juridicamente falando, pois como sabemos, o legislativo produz a norma e o judiciário a aplica.

---

[917] Colocamos como "(in)evolução pois entendemos que talvez uma reforma possa não necessariamente fazer uma evolução, mas fazer uma retroação, fazer o direito involuir.
[918] Cf. MILLER, 2013, p. 21

No entanto, muitas vezes o legislador acaba não cumprindo seu papel adequadamente, não apenas pelo fato de não estar preparado como se disse acima, mas pelo fato de ser impossível prever todas as hipóteses que serão ulteriores à feitura da norma.

Dessa forma, podemos contar também com o chamado poder constituinte difuso. Termo este cunhado pelo doutrinador Georges Burdeau, como podemos ver pelos dizeres do professor Uadi Lammêgo Bulos:

> Com base na lição de Georges Burdeau, segundo a qual há um poder constituinte difuso que, por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real, seria viável a denominação meios difusos, para demarcar as mutações realizadas fora do exercício do instituído poder reformador. (BULOS, 1997, p. 58)

O poder constituinte difuso é um poder constituinte *sui generis*, ou seja, do seu próprio gênero. Dizemos isso, pois ele não é limitado juridicamente como o poder reformador, mas, no entanto, não é ilimitado como o poder originário. Sendo o poder difuso algo que ficaria entre eles, ou uma mistura dos dois, fazendo com que seja diferenciado e anômalo.

Em seu livro "Curso de Direito Constitucional", Paulo Bonavides (2000, p. 162-163) estipula que existe um segundo poder constituinte originário. Em que pese, nessa assertiva temos que, respeitosamente, discordar do insigne jurista, pois não vemos o poder constituinte difuso como um segundo poder constituinte originário, sendo que ele encontra várias limitações tanto explícitas, como implícitas. O próprio jurista diz-nos que: "[...] Subalterno, pois, à própria Constituição, é fruto de uma plenitude constituinte, que já não existe nem pode existir no interior do texto constitucional, uma vez que o poder constituinte originário se exauriu com a tarefa mesma de elaborar o direito básico da lei suprema. [...]" (BONAVIDES, 2000, p. 162).

Vemos já nas próprias palavras do autor a incongruência de chamá-lo de poder constituinte originário, ou mesmo de "segundo poder constituinte originário". Antes dessas palavras, o professor Paulo Bonavides profere-nos que: "Substitui ele a vigência da Constituição o poder constituinte originário, do qual vem a ser num determinado sentido o prolongamento, a criação ou o braço de competência." (BONAVIDES, 2000, p. 162)

Não queremos nos deter demasiadamente aqui, porém, vemos que é necessário esclarecer que o poder difuso não é um poder constituinte originário, é um poder *sui generis*. Aliás, o professor usa a expressão poder difuso, mas não coloca a referência direta como sendo talhada tal nomenclatura por Georges Burdeau.

Mas continuando com nosso texto, podemos nitidamente perceber que é um poder demasiado ousado, no sentido de que ele pode modificar a Constituição mas no entanto, não possui uma legitimidade direta para tal atitude positiva.

Destarte, como já dito, o poder constituinte difuso muda a substância do texto, muda a norma e deixa as palavras intangidas; isso é, deixa as palavras intocadas na sua forma, apenas mudando o teor de suas palavras. Nisso, pois, é que consiste a mudança informal da Constituição. Em outras palavras, é exatamente isso a mutação constitucional.

Há várias classificações das mutações constitucionais, no entanto, faremos uma abordagem bastante resumida da classificação do livro de Uadi Lammêgo Bulos. Ele classifica as mutações constitucionais em quatro espécies: a) mutação por interpretação (hermenêutica); b) interpretações operadas pelas construções constitucionais; c) mutações constitucionais decorrentes das práticas constitucionais; d) e mutações constitucionais inconstitucionais.

A que mais nos interessa é a mutação constitucional oriunda de hermenêutica, porém faremos uma pequena abordagem das outras modalidades, pois vemos que o trabalho ficaria demasiado incompleto sem uma breve explanação delas.

A construção constitucional que se fala, seria a própria hermenêutica em seu sentido *lato sensu*, diferenciando-se da hermenêutica comum, pois essa ainda poderia ser *strito sensu*, por exemplo, numa hermenêutica puramente gramatical, ou seja, tão somente semântica. Essa hipótese não seria possível na construção constitucional. No entanto, o próprio Uadi confessa que são figuras que se confundem. Nos dizeres do professor:

> Deveras, construção e interpretação não são atividades distintas. Evidenciam fases de um mesmo processo. A construção está contida na complexidade do processo interpretativo, consistindo num estádio dele. Se assim não fosse, teríamos de concluir que as situações que ensejam o construtivismo não poderiam ser interpretadas, o que é inverdade. A experiência demonstra que a tarefa de captar o sentido, alcance e

> significado de dispositivos constitucionais, é comum a ambos os expedientes, até mesmo naqueles casos onde inexiste normatividade – verdadeiros vácuos normativos, derivados da incompletude da ordem jurídica – ou naquelas hipóteses e, que duas normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, colidem, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso concreto. (BULOS, 1997, p. 144)

No entanto, como o professor Uadi considera uma hipótese de mutação constitucional, a mutação através da construção constitucional, também iremos acatá-la como sendo uma possibilidade de mudança informal da Constituição.

Já as mutações constitucionais, que decorrem das práticas constitucionais são aquelas que se ligam demasiadamente ao sistema jurídico "*Common Law*", diferente do nosso sistema jurídico "*Civil Law*" que é caracteristicamente positivo e legal, envolvendo a norma escrita e aplicada. O "*Common Law*" leva em consideração, com bastante veemência, os costumes. Tanto que é o chamado direito consuetudinário ou costumeiro.

O professor Uadi Lammêgo ensina-nos que: "O termo prática constitucional é amplo, compreendendo os usos e costumes que se formam à luz da Constituição." (BULOS, 1997, p. 172).

Em relação aos usos constitucionais, podemos usar as esclarecedoras palavras do professor Wellington Márcio:

> [...] são condutas uniformes, constantes e gerais, praticadas pelos órgãos aplicadores da Constituição. Os usos constitucionais são qualificados como "elementos objetivos" dos costumes constitucionais, mas que com eles não se confundem, na medida que não são tidos como obrigatórios. (KUBLISCKAS, 2009, p. 135 e 136)

Já em relação aos costumes constitucionais estipulamos dizer que "podemos definir os costumes constitucionais como uma praxe, uso ou convenção constitucional, ou um ato constitucional, que sejam contínuos e tenham caráter obrigatório.". (MILLER, 2013, p. 57). Nas palavras de Wellington Márcio, com escólio na obra de Anna Cândida da Cunha Ferraz:

> [...] o costume constitucional é um uso ou convenção constitucional tido como obrigatório pela comunidade em geral. Conforme define Anna Cândida da Cunha Ferraz, "o costume constitucional é a expressão do Poder Constituinte difuso, atuado pelos órgãos constituídos competentes enquanto preenchem lacunas na obra constitucional originária ou interpretam-lhe disposições obscuras. Tal costume consistirá na prática constitucional, reiterada ou não, porém consentida e desejada, de determinados atos ou comportamentos, pelos poderes competentes e pelo povo, sem forma prevista ou consagrada na Constituição. Cede, todavia, diante da norma constitucional escrita". (FERRAZ, 1986, p. 185 *apud* KUBLISCKAS, 2009, p.137)

As mutações constitucionais inconstitucionais são as mutações constitucionais torpes, são mutações constitucionais viciadas e que em vez de trazer algum benefício ao ordenamento jurídico, acaba por prover desorganização e malefícios. Sendo assim, são mutações constitucionais inconstitucionais e não devem ocorrer, pois são totalmente distintas do que são as mutações constitucionais e o que elas almejam, que é exatamente a solução de problemas e a evolução e organização jurídica, além de visar ao cumprimento da vontade do povo que é de fato o verdadeiro dono do poder[919].

Por fim temos a modalidade mais importante de mutação constitucional e a mais recorrente, nos ditos do doutrinador Pedro de Vega: *"Se trata de reconocer la función modificadora de la interpretación que, como es obvio, básicamente reace em la autoridade judicial."."* (GARCÍA, 2011, p. 188).

Em relação à hermenêutica, como se pode perceber pela grande ação do judiciário, esta cada vez mais é tida como essencial para a aplicação das leis. Hoje temos incontáveis fórmulas, estudos e teorias de interpretação jurídica. Infelizmente, não entraremos nesse estudo, pois, além de estar acima de nossa capacidade, ainda não temos um matéria de grande abrangência, que é necessária para se tratar de hermenêutica.

[919] Artigo 1º da Constituição Federal, Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Então, são essas modalidades de mutações que Uadi Lammêgo arrola em seu livro. Apesar das três primeiras serem de inquestionável importância, para nós a de maior ênfase será a mutação constitucional mediante a hermenêutica jurídica contemporânea.

Veremos a seguir alguns casos nos quais o Supremo Tribunal Federal atuou de forma contundente e modificou algumas normas sobre direitos fundamentais, dando maior eficácia para esses direitos. Mas antes de vermos os casos em si, vamos estudar um pouco sobre direitos fundamentais para adentrarmos ao assunto.

3. ASPECTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONTEMPORÂNEOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Por muito tempo o homem não teve a devida consideração para com os direitos fundamentais, sendo que etes vieram a ser realmente levados a sério e reconhecidos a partir de alguns marcos históricos como; a feitura da Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, com a Revolução Francesa de 1789[920], mais tarde com a Constituição mexicana de 1917, com a Constituição de Weimar 1919, etc.

A doutrina aponta de maneira genérica três[921] gerações (ou dimensões) do direito. Apenas para fins didáticos, vamos superficialmente abordá-las sucintamente aqui. A primeira geração trata dos direitos mais básicos do homem. São os direitos da liberdade, tanto os direitos civis, como os políticos[922]. A segunda geração trata dos direitos fundamentais, que são os direitos aos quais nos referimos hoje. Como vemos nas lições do professor Alexandre de Moraes (2012, p. 29): "são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século". Por fim temos a terceira geração que engloba: "o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos" (MORAES, 2012, p. 30).

Hoje no Brasil podemos dizer que estamos sem dúvidas na terceira geração. Podemos notar isso, pois temos vários pactos e tratados internacionais nesse sentido – da

---

[920] Diferencia-se por sua "universalização", ou seja, tinha uma tutela genérica de tratamento. Na palavras do professor José Afonso da Silva: "Sua visão universal dos direitos do homem constituiu uma de suas características marcantes, que já assinalamos com o significado de seu *mundialismo*". (SILVA, 2008, P. 161)

[921] Muitos doutrinadores expõem mais gerações – dimensões – como, por exemplo, o professor Paulo Bonavides (2000, p. 524-526) que estipula uma quarta geração. Nessa linha de raciocínio está também o professor Alexandre de Moares (2012, p. 33). Claro que não pretendemos debater sobre tão vasto tema, pois nos falta material teórico e até mesmo capacidade discursiva e cognitiva para tanto.

[922] Cf BONAVIDES, 2000, p. 517

preservação e aplicação devida de direitos fundamentais –, mas, que infelizmente, não são seguidos por todos os países que os adotam, pois como se sabe, muitos países acabam por não cumprir o pacto a rigor.

No caso do Brasil, tivemos bastantes mudanças no âmbito constitucional, e em pouco tempo. Como se pode evidenciar, o Brasil já está na sua oitava Constituição. Hoje o Brasil possui uma Constituição prolixa[923], isto é, que visa tutelar diversas coisas em sua égide, e podemos também claramente compreender que o legislador teve o devido cuidado de colocar ênfase na correta aplicação dos direitos fundamentais.

A sempre lembrada nomenclatura "Constituição cidadã" é de fato fidedigna de nossa Constituição atual de 1988. No entanto, apesar da Constituição tutelar aos direitos fundamentais, se faz necessário haver também a aplicação da Constituição, pois como já falamos nesse texto, de nada adianta uma excelsa Constituição de perfeição gramatical e técnica se ela for mal ou mediocremente aplicada.

A nossa atual Constituição traz em sua composição como direitos fundamentais os seguintes direitos: *a) direitos individuais (art. 5º); b) direitos à nacionalidade (Art. 12); c) direitos políticos (arts. 14 a 17); d) direitos sociais (arts. 6º e 193 e ss); e) direitos coletivos (art. 5º) ; f) direitos solidários (arts. 3º e 225).* Essa organização agora mencionada é copiada do livro do professor José Afonso da Silva (2008, p. 184).

Usaremos essa classificação de José Afonso da Silva. Sabemos que há várias normas de direitos sociais que podemos encontrar na constituição. Além dessas, há vários róis, várias separações. No entanto, não pretendemos aqui adentrar em tão dificultosa teorização, pois esse tipo de discussão merece artigos e artigos a respeito.

Continuando então com o foco do presente trabalho, teremos agora que nos perguntarmos sobre a eficácia dos direitos fundamentais: Será que de fato eles são cumpridos de forma satisfatória?

Em certo ponto de vista, poderíamos dizer que sim, mas infelizmente sabemos que eles têm uma eficácia, digamos "oscilante", ou seja, é uma efetividade não uniforme e não completa. No entanto, não podemos dizer que não há eficácia alguma ou pouca, pois sabemos

[923] Como diz o professor José Afonso da Silva (2008, p. 40): "A constituição material é concebida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro, identifica-se com a organização total do Estado, com regime político. No segundo, designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, inseridas ou não num documento escrito, que regulam a estrutura do Estado

que hoje os direitos brasileiros são bem aplicados, mas também temos conhecimento de que tem muito a melhorar.

Como diz o professor Ingo em seu livro “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”: “[...] esperamos ter logrado êxito na tarefa de demonstrar que o estudo dos direitos fundamentais e de sua eficácia revela múltiplas facetas e possibilidades, cujo enfrentamento impõe desafios que, na maior parte das vezes, ainda não foram definitivamente superados [...]. (SARLET, 2012, p. 469).

E concordamos plenamente. Provavelmente nunca ficaremos satisfeitos com nossos direitos, afinal, somos humanos e temos como uma de nossas idiossincrasias a ambição.

Mas, tecnicamente falando, é necessário dizer que ainda há o que fazer, e é por isso que vemos que com a possibilidade da mudança informal, da mutação constitucional, pode-se fazer uma evolução jurídica e assim garantir direitos e até mesmo criar direitos quando for o caso.

Portanto, se faz necessário discutir se é propício o uso da mutação constitucional para a efetivação dos direitos fundamentais ou não, e é isso que discutiremos a seguir.

4. AS MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS COMO MANEIRA DE EFETIVAÇÃO E CUMPRIMENTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como vimos, a mutação é a maneira informal da mudança da Constituição, destarte, essa tem a capacidade de alterar a norma e deixar o texto incólume, modificando a substância do texto e fazendo a adequação deste com a realidade social. Nesse contexto, podemos imaginar que com essa técnica os órgãos estatais possam aplicar os direitos fundamentais, ou melhorar sua performance por intermédio dela.

Exemplos não nos falta na nossa própria jurisprudência, pois o Supremo Tribunal Federal já utilizou diversas vezes dessa possibilidade, e com êxito conseguiu grande avanço no sentido da aplicação dos direitos fundamentais. Como diz o professor Dalmo de Abreu Dallari: “[...] será totalmente inútil todo o cuidado para elaborar uma boa Constituição se ela não for efetivamente aplicada e respeitada por todos, governantes e governados.”. (DALLARI, 1986, p.53).

Em seu livro, o professor Dalmo de Abreu ainda nos esboça os seguintes ensinamentos:

> A par da certeza, a prática constitucional acarreta a segurança dos direitos. A Constituição legítima e justa não se limita a declarar direitos, mas, vai além disso, prevendo os mecanismos que se tornem efetivos para todos. Estando habituados a aplicar a Constituição, os integrantes do povo não só conhecerão seus direitos, mas saberão como fazê-los respeitar e acreditarão que qualquer pessoa terá a possibilidade de receber proteção jurídica e de obter justiça quando necessário (DALLARI, 1986, p. 56 e 57)

E nós concordamos *ipsis litteris* com as palavras do professor Dalmo Dallari. De nada valerá uma Constituição sem a devida eficácia e para dar a necessária eficácia contamos com a hermenêutica contemporânea, que promove grande avanço jurídico.

Como se tem em conhecimento, o órgão responsável pela aplicação da Constituição – nós dizemos isso, pois o Supremo é o órgão que de maneira mais direta trabalha com a Constituição, no entanto, não apenas o Supremo Tribunal Federal aplica e observa a Constituição, mas todos os órgãos estatais (e não estatais também) estão vinculados a ela – no Brasil é o Supremo Tribunal Federal[924]. É ele que dá forma ao direito constitucional e produz os devidos efeitos normativos constitucionais através de sua hermenêutica. Sendo ele um órgão de tamanha magnitude e responsabilidade, óbvio é que ele não poderia ficar parado quando houvessem problemas a serem dirimidos no campo constitucional.

Destarte, como vimos alhures nesse artigo, a hermenêutica tem o condão de produzir uma mutação constitucional mediante um órgão que se detém da capacidade de exercer a função de poder constituinte difuso. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal como ápice da pirâmide hierárquica jurisdicional brasileira, com certeza é o precípuo órgão que trabalha com a Constituição e, por conseguinte, com a mutação; pois o judiciário sempre está trabalhando com a norma, e por estar perto dela, sempre acaba deparando-se com o problema a ser dirimido. Eis o escopo pelo qual, a hermenêutica quiçá seja o meio mais recorrente para a

[924] Artigo 102 da Constituição Federal: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”.

mutação constitucional. O Judiciário está sempre envencilhado com os casos concretos da população, e neles é que surgem as questões a serem resolvidas.

Podemos concluir com as seguintes palavras:

> Os direitos fundamentais são essenciais para um ordenamento jurídico constitucional democrático. Nesse ponto, o STF não poderia ficar tácito em casos, nos quais fosse necessário haverem mudanças para não acarretar danos e prejuízos aos direitos fundamentais da população [...] (MILLER, 2013, p. 65)

Dessa maneira, fica evidenciado a necessidade da atuação do Supremo Tribunal Federal para haver um melhor desempenho possível dos direitos fundamentais, e com a mutação constitucional, com certeza, o Supremo Tribunal Federal pode fazer algo para a melhora do Direito.

5. BREVE HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL SOBRE MUTAÇÕES CONSTITUCIONAIS COM TEOR DEBATIDO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL COM BASE NA DOUTRINA DE WELLINGTON KUBLISCKAS

Para fazermos uma analise satisfatória e concreta das ocorrências de mutações constitucionais no Brasil que tangeram os direitos fundamentais, iremos nos utilizar da excelente coletânea jurisprudencial que se encontra na obra do professor Kubliscka (2009, p. 251-261)

Ele produz uma arguciosa sistematização e destaca como quatro casos em que houvera mutação constitucional acerca dos direitos fundamentais. Vamos então fazer uma análise sobre os casos e tirarmos nossas conclusões.

4.1 Habeas Corpus de número: 82.424/RS – a definição do alcance do termo “racismo”

Caso que teve como relator o Ministro Moreira Alves. Nele houve indeferimento pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao paciente do dado *Habeas Corpus*, onde o mesmo era acusado de produzir livros com conteúdo antissemita – repúdio contra os judeus – na sua editora.

No caso observou-se uma confusão, pois não sabia se haveria o crime de racismo ou não, já que a defesa alegou que judeus não seriam uma raça, e se não fosse crime de racismo, haveria a prescritibilidade do crime. Com a prescrição, o autor já estaria livre de cumprir sua pena.

Como bem resume Moreira Alves em seu voto: "Assim, a questão que se coloca neste "*habeas corpus*" é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão "racismo"."[925].

Como se sabe, a Constituição vê o racismo como crime imprescritível[926]. Nesse cenário, percebeu-se que a norma estava num estado de expansão efetiva, em outras palavras, ela abrangeria a tutela aos judeus, mas para isso, era necessário fazer uma hermenêutica evolutiva. Como bem diz o Ministro Moreira Alves no *Habeas Corpus*: "[...] o que se interpreta é o que a norma diz (*a mens legis*) e não aquilo que, por meio dela, pretendeu dizer o legislador (*a mens legislatoris*) [...]"[927].

A Suprema Corte utilizou nesse caso de estudos científicos que apontaram que os homens, são em sua formação biológica, todos iguais. No entanto eles chegaram à conclusão de que apesar de não existirem raças, ou homens de diferentes espécies, deve-se haver uma tutela dos seres humanos sem haver detrimento de etnias ou convicções e diferenças que sejam. Como podemos ver pelos ditos do professor Wellington Márcio:

> No caso, pode-se dizer que houve uma mutação constitucional na medida em que , conforme ficou assinalado nos votos proferidos, o dispositivo constitucional foi originalmente introduzido na Carta de 1988 com o objetivo de tutelar os indivíduos da "raça negra" e demais "raças" normalmente conhecidas (amarelos, vermelhos, etc.), mas em decorrência das descobertas do projeto genoma humano de que não existem raças no sentido biológico, sua interpretação teve de ser alterada de modo a

[925] Supremo Tribunal Federal. HC 82.424-RN, rel. Min. Moreira Alves, DJ 19. 03. 2004.
[926] Artigo 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.
[927] Supremo Tribunal Federal. HC 82.424-RN, rel. Min. Moreira Alves, DJ 19. 03. 2004

tutelar outros grupos humanos também passíveis de discriminação. (KUBLISCKAS, 2009, p. 253)

Podemos concluir que “Dessa forma, estipulou-se que o termo “racismo” na verdade era mais aberto do que o convencional, e abrangeu-se a tutela de imprescritibilidade para esse caso, e para os demais que versarem sobre antissemitismo.” (MILLER, 2013, p. 66). Sendo assim, sem dúvidas a mutação constitucional pode tutelar alguns casos que não encontram previsibilidade ou há uma dificuldade em haver a eficácia de dada norma em relação aos direitos fundamentais.

4.2 Habeas Corpus de número: 82.959-7/SP – a progressão de pena dos crimes hediondos

Tendo esse caso como relator o Ministro do Supremo, Marco Aurélio, versou-se sobre o Artigo 5º em seu inciso XLVI[928], ou seja, eles dissertaram sobre a individualização da pena frente à “Lei dos Crimes Hediondos”, a Lei de número 8.072 de 1990.

Houvera, pois, a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º[929] do Artigo 2º da Lei 8.072/90 que preconiza que; incialmente a pena deverá ser cumprida em regime fechado nos casos de crime hediondo, mas o “[...] tribunal entendeu que o princípio da individualização da pena – ou seja, a subjetividade da pena em relação ao ato e ao praticante do ato antijurídico – não permitiria que esse Artigo estabelecesse isso – cumprimento inicial em regime fechado –, deixando a pena demasiado pesada.”.

Como podemos observar pelos dizeres do Ministro Carlos Britto, no *Habeas Corpus* nº 82.959-7/SP: “A Constituição, quando tratou da individualização da pena, o fez depois de

[928] Artigo 5º, XLVI, da Constituição - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
a) privação ou restrição da liberdade;
b) perda de bens;
c) multa;
d) prestação social alternativa;
e) suspensão ou interdição de direitos;
[929] § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

falar sobre os crimes hediondos, e se o regime de execução da pena é integralmente fechado, parece-me que teremos a hediondez desse regime.”.[930]

Entendeu a Corte que a lei feria princípio da individualização da pena. E, ainda em seu voto, o Ministro Carlos Britto no *Habeas Corpus* nº 82.959-7/SP diz: “Ou seja, o Estado estará praticando a Lei de Talião: olho por olho, dente por dente.” Dizendo que o Estado está sendo demasiado penoso, e isso é inadmissível em um Estado que visa à tutela da dignidade da pessoa humana. Nos ditos do professor Wellington Márcio:

> No caso, é possível identificar uma mutação constitucional ao passo que, sem ocorrência de qualquer modificação formal no texto do art. 5º, XLVI, da Constituição, o STF, considerando as novas tendências da política criminal que valorizam a ressocialização dos infratores, promoveu uma releitura do princípio da individualização da pena, princípio que, dado o seu conteúdo polissemântico, admitia a interpretação inicialmente dada e admite a nova interpretação, diametralmente oposta, sem a necessidade da edição de uma emenda constitucional. (KUBLISCKAS, 2009, p. 254)

Sejamos francos que essa mudança de fato é totalmente voltada aos direitos humanos, porquanto se preocupou em levar em conta a vida pretérita do réu, isso em face de cada indivíduo ter um histórico e uma determinada característica, traços esses que, talvez, não o levasse a ser preso inicialmente em regime fechado

Em outras palavras, não poderia haver a vedação da chamada progressão de regime em crimes hediondos, pelo motivo da grande necessidade de ressocialização do criminoso, já que a ressocialização é a principal função da pena. Destarte o Supremo realizou uma mudança informal e concedeu essa possibilidade, a de haver a progressão de regime em crimes hediondos.

4.3 Recurso Extraordinário de número: 251.445/GO – a abrangência do termo “casa”

[930] Supremo Tribunal Federal. HC 82.959-7-SP, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 01. 09. 2006

Esse Recurso Extraordinário contou com o relator Ministro Celso de Mello. Versou-se nele da tutela da casa do indivíduo diante da Magna Carta.

A tutela constitucional em relação à casa é muito abrangente. Ela vem estipulada no Artigo 5º em seu inciso XI[931]. Diz nele, que a casa é asilo inviolável do indivíduo. Nesse aspecto, a Suprema Corte se arguiu sobre se outros lugares, como exemplo, um consultório médico, ou um escritório, também estariam nessa tutela.

E a Suprema Corte entendeu de maneira positiva, uma vez que o termo "casa" pelo entendimento da corte, não é apenas para o domicílio em si, mas para outros lugares em que há uma vivência muito grande do indivíduo, ou seja, um lugar que ele tenha um vínculo de vivência muito grande.

Como sabemos, nosso ordenamento veta as provas ilícitas, admitindo-as apenas em dados casos. Logo, uma prova colhida numa residência, torna-se obsoleta, ou seja, torna-se ilícita no momento em que agride o inciso XI do Art. 5º.

Nesse caso trataram sobre algumas fotos que foram furtadas de um cofre em um consultório odontológico. Podemos observar, da jurisprudência do caso, as palavras do Ministro Celso de Mello, que expõe o seguinte excerto:

> Qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico, que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia as fotos incriminadoras que havia subtraído.

No caso, a Suprema Corte entendeu que as provas coletadas do consultório seriam provas ilícitas, uma vez que o consultório seria uma extensão da residência do indivíduo, e a residência sendo inviolável, a não ser os casos de exceção que há na lei, logo uma prova colhida num consultório sem prévia aquiescência judicial seria ilícita.

---

[931] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

O professor Wellington Márcio faz um belo resumo explicativo desse caso com sua doutrina, diz-nos que:

> Nesse sentido, nos autos do RE nº 251.445/GO, a Corte fixou o seguinte entendimento: "Impõe-se destacar, por necessário, que o conceito de 'casa', para os fins da proteção jurídico-constitucional a que se refere o art. 5º, XI, da Lei Fundamental, reveste-se de caráter amplo, pois compreende na abrangência da sua designação tutelar, (a) qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade. Esse amplo sentido conceitual da noção jurídica de 'casa' - que abrange e se estende aos consultórios profissionais, dos cirurgiões-dentistas - revela-se plenamente consentâneo com a exigência constitucional de proteção à esfera de liberdade individual e de privacidade pessoal.". (KUBLISCKAS, 2009, p. 254)

Dessa forma podemos observar o quanto que a mutação pode promover de direitos fundamentais e sua eficácia. Vamos agora para o último caso de mutação constitucional em relação aos direitos fundamentais.

4.4 Habeas Corpus de número: 74.051-3/SC – a tutela do estrangeiro que é residente no Brasil

Caso que contou como relator o Ministro Marco Aurélio, versou em relação ao "*caput*" do Artigo 5º da Constituição: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:". (VADE MECUM, 2012)

No caso, falou-se sobre o tamanho da abrangência da tutela para estrangeiros residentes no Brasil e se eles desfrutariam de direitos fundamentais brasileiros. Claro nos parece, que se o Brasil hoje assina e aceita diversos tratados internacionais, algum vínculo

com os direitos fundamentais humanos transcendentes ele tem que aceitar, ou seja, ele deveria conceder direitos aos estrangeiros, sejam esses residentes ou não no Brasil.

O "*habeas corpus*" envolvia um paciente acusado de "tráfico de entorpecentes", mas que, no entanto, houvera divergência em relação ao lugar em que ele deveria ser julgado e, se era mesmo o crime de tráfico ou, se era mero consumo.

O Ministro Marco Aurélio julgou como procedente o "*habeas corpus*" *nº 74.051-3/SC* e reiterou que o paciente "[...] já se encontrava preso há dois anos, cinco meses e quatorze dias, ou seja, quase perfazendo o lapso temporal relativo à pena fixada pelo Juízo [...]"[932].

Nos dizeres de Kublisckas acerca desse caso:

> [...] não foi prevista expressamente a proteção aos direitos fundamentais do estrangeiro em trânsito no país. Diante da lacuna constitucional, o STF, provocado a se manifestar nos autos do HC nº 74.051-3/SC, fixou o entendimento de que mesmo os estrangeiros não residentes, os apátridas e aqueles que estiverem meramente em trânsito no Brasil fazem jus aos direitos fundamentais e aos meios jurisdicionais de tutela a eles associados. No caso, também é possível identificar a ocorrência de uma mutação constitucional na medida em que o Pretório Excelso preencheu, por meio da interpretação constitucional integrativa, uma lacuna do texto constitucional. (KUBLISCKAS, 2009, p. 255)

De fato é possível notar que a mutação constitucional quando bem aplicada consegue fazer a tutela e uma maior eficácia dos direitos fundamentais constitucionais.

CONCLUSÃO

Claro está para nós que a mutação constitucional está ocorrendo no direito brasileiro. Ela é um fenômeno que existe e que não pode ser mais ignorado ou deixado de lado. Outro fator é a não correta ou coerente aplicação dos direitos fundamentais. Até hoje temos muitos

[932] Supremo Tribunal Federal. HC 74.051-3-SC, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20. 09. 1996.

problemas que não foram sanados. Existem diversas anomias e antinomias, além de lacunas e minúcias normativas que precisam ser corrigidas.

Além disso, precisamos nos lembrar das palavras de Dau-Lin; que é necessário que haja congruência entre a norma constitucional e a realidade constitucional. Sem dúvidas, é uma lição clara e que deve ser seguida de forma inquestionável pelo poder constituinte derivado reformador e pelo poder constituinte difuso.

Pois não apenas o poder constituinte reformador pode melhorar as normas e o Direito, mas também o poder constituinte difuso. Juntos eles podem, com certeza, fazer a evolução normativa que tanto aclama as pessoas cansadas de um Direito bastante técnico, mas muitas das vezes não tão efetivo.

No entanto, podemos concluir também que a mutação constitucional e a manifestação do poder constituinte difuso, podem não ser sempre tão bem sucedidas como tem em sua pretensão: de fazer uma evolução jurídica. Eis o maior receio nosso aqui. É a deliberada mudança da Constituição, ou uma mudança inadequada.

O problema é que mesmo isso é dificílimo de delimitar, no momento em que mesmo as razões e os fundamentos da mudança estão na própria Constituição e na necessidade da alteração normativa para uma maior ou menor produção de efeito ou para uma adequação normativo-social.

Dessa maneira percebemos que a mutação ainda deve ser estudada com rigor e dedicação, pois nela se encerra uma solução e um grande problema, porque uma coisa é mutação constitucional legítima e necessária, outra coisa é subversão à Constituição, o que é totalmente inaceitável e intolerável. É inaceitável, pois a Constituição agrega em si o dever de proteger o cidadão e a vontade do povo, e é intolerável, pois a mutação não pode ser usada como instrumento para prejudicar ou infringir o Direito.

Porém, como a mutação é um meio que visa melhorar e atualizar o Direito para que haja uma adequada efetividade normativa, está claro que a mutação pode conceder avanços e gerar e garantir a efetividade dos direitos fundamentais constitucionais.

Isso fica evidenciado nos casos em que a suprema corte atuou com a mutação e aprimorou as normas que não estavam tão bem delimitadas em relação à sua eficácia. Nesse aspecto é que dizemos, claramente, que a mutação tem a capacidade para mudar o direito e fazer, não apenas os direitos fundamentais, mas todo o ordenamento jurídico ter uma melhor

eficácia e uma melhor adequação social. Claramente o judiciário está passando por uma nova era. Esperamos que seja uma era lembrada pelos seus avanços.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política.** 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo, **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARVALHO, Olavo de. **O que é Direito?** Disponível em: <http://www.olavodecarvalho.org/apostilas/direito.htm>. Acesso em: 05 abr. 2013.

CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COELHO, Fábio Alexandre. **Processo Legislativo.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución.** Bilbao: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Rigidez Ideológica e Flexibilidade Valorativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, v. 9, n. 36, p. 99-106, out/dez., 1972.

GALIA, Susana Sbrogio'. **Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GARCÍA, Pedro de Veja. **La Reforma Constitucional y la Problematica del Poder Constituyente.** Madrid: Tecnos, 2011.

JELLINEK, Georg. **Reforma y Mutación de la Constitución.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e Mutações Constitucionais.** São Paulo: Atlas, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Poder Constituinte Reformador.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado.** 18. ed. : São Paulo: Saraiva, 1988.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Introdução à filosofia do direto, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporânea.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

MILLER, Daniel Christiano Finardi. **Mutação Constitucional à Luz do Supremo Tribunal Federal.** Monografia (graduação). Bauru: Faculdade Anhanguera Bauru, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Da Organização do Estado, dos Poderes e histórico das Constituições.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VADE MECUM. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTERIO PÚBICO À LUZ DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Daniela de Lima AMORIM[933]
Rodrigo Lemos ARTEIRO[934]

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar os poderes investigatórios do Ministério Publico, na esfera criminal, como meio de efetivação do devido processo legal, propondo a reflexão do tema sob uma perspectiva constitucional e garantista. A partir de um enfoque principiológico e técnico-processual, busca-se evidenciar a adequação constitucional dos poderes investigatórios, discutindo a necessidade de estabelecer-se parâmetros para a legitimação democrática da atuação ministerial. Dessa forma, por meio deste estudo, permite-se a reflexão acerca da importância de se legitimar democraticamente a investigação ministerial, efetivando-se a reafirmação dos direitos fundamentais através do trinômio transparência-bilateralidade-previsibilidade e garantindo a preservação, por conseguinte, da legalidade dos procedimentos investigatórios .

PALAVRAS-CHAVE: Investigação. Participação. Processo. Procedimento.

ABSTRACT

This article aims to analyze the investigative powers of the public prosecutor in the criminal sphere, as a means of realization of due process of law, proposing a reflection on the topic from a constitutional and safeguard (supporting) perspective. From a technical-procedural approach and from principles, it seeks to highlight the constitutional adequacy of investigative powers, discussing the need to set up parameters for the democratic legitimacy of the ministerial role. Thus, through this study, allows to reflect on the importance of democratically legitimate investigation ministry, effecting up the reaffirmation of fundamental rights through transparency-bilateral-predictability trinomial and making sure the preservation, therefore, the legality of investigative procedures.

[933] Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. E-mail: nany12_amorim@hotmail.com.
[934] Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Mestre pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: rodrigoleart@hotmail.com. Orientador do trabalho.

KEYWORDS: Investigation. Participation. Process. Procedure.

INTRODUÇÃO

O Ministério Público, conforme preceitua o artigo 127, *caput*, da Constituição Federal, é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Tal instituição, orientada pelos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional, possui diversas funções, dentre elas a competência para promover, privativamente, a ação penal pública.

A interpretação de "ação penal", por sua vez, "deve englobar a ação penal propriamente dita e as providencias antecedentes para permitir o seu desencadeamento, os atos de investigação criminal" (SANTIN, 2001, p. 240). Nesses termos, a competência constitucional do Ministério Público engloba tanto a fase investigatória quanto a fase processual.

É justamente acerca da fase investigatória promovida pelo Ministério Público que trata o presente artigo, mais especificamente acerca das garantias constitucionais que devem circundar tal investigação de forma que sejam preservados tanto os direitos fundamentais do investigado quanto o sigilo das diligencias investigatórias.

Em um primeiro momento, far-se-á uma analise do corolário do devido processo legal e seus desdobramentos sob o enfoque dos sujeitos processuais.

Posteriormente, adentrando a questão a ser dirimida, serão trazidos à baila argumentos que embasam a proposta de uma investigação criminal que efetive os objetivos determinados pelo principio do devido processo legal.

A metodologia adotada estrutura-se na analise de textos legais, artigos científicos e doutrina, de modo que, após analise constitucional do processo penal, debater-se-á acerca da estruturação do poder investigatórios do Ministério Público sob o enfoque do devido processo legal, visando, em ultima análise, a garantia dos direitos fundamentais invariavelmente violados nas investigações criminais.

A elaboração do presente artigo fora motivada pela atual polemica que circunda o tema, bem como pelas importantes consequências que a pacificação dessa discussão trará ao mundo jurídico.

Portanto, sem pretensões de esgotar o tema, intenciona-se fomentar o debate jurídico através da elaboração de argumentos silogisticamente construídos com base na ordem jurídica atual, de modo a contribuir para efetivação da justiça penal através da preservação da legalidade e legitimidade dos atos investigatórios.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS NO ESTADO DEMOCRATICO DE DIREITO

O regime militar (1964-1985), por meio do terror e da ideologia, ocasionou o que Hanaah Arendt denomina “a quebra em nossa história”. Segundo a autora, “ o caos de perplexidades de massa no palco político e de opiniões de massa na esfera espiritual que os movimentos totalitários […] cristalizaram em uma nova forma de governo e dominação” ocasionou a quebra da história.(2001, p. 54-55)

E é a partir dessa quebra que a sociedade brasileira se viu em período de reestruturação e redemocratização. A partir da ruptura com a tradição de pouco mais de 20 anos de repressão, a sociedade civil encontrou-se, em 1985, naquilo que Hannah Arendt denomina “a lacuna entre o passado e o futuro”, sendo este momento em que é permitido pensar, questionar e participar, em que a realidade se torna tangível e tal lacuna passa a ser um fato de importância política: o momento de redemocratização. (2001, p. 40)

Com a vinda da Constituição Federal de 1988, a democracia se reestruturou, começou a dar seus passos rumo a uma futura e distante consolidação, tendo como pilares de sustentação, a soberania, a cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Ao instituir o Estado Democrático de Direito, a CF/88 não só impulsionou um avanço social e político, como também rechaçou a ditadura de outrora através dos princípios constitucionais e direitos fundamentais então positivados.

Os direitos fundamentais, ao lado dos princípios estruturais, integram o núcleo central da ordem normativa de modo a demonstrar que, mesmo em um Estado constitucional democrático, ainda se mostra necessária a vinculação de cunho material “para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo”. (SARLET, 2012, p. 61).

Assim, nota-se que os direitos fundamentais atuam de modo a limitar o poder estatal, garantindo a preservação das liberdades individuais frente aos atos inquisitoriais e autoritários que possam ser práticos por qualquer das ramificações do poder estatal.

Como elementos limitadores dos poderes de Estado, os direitos fundamentais devem estar imbuídos de uma obrigatoriedade, vinculando os três poderes: legislativo, executivo e judiciário. Não só o jurista deve atentar-se ao respeito aos direitos fundamentais. Também o legislador e o governante, em seus atos de poder, devem atuar segundo os mandamentos constitucionais, garantindo que a fundamentalidade dos direitos seja concretizada em politicas públicas, planos de governo e legislações.

Tanto é assim que, conforme leciona Eduardo Cambi (2010, p. 226):

> "Qualquer restrição ou limitação em um direito fundamental somente pode ser considerada constitucional se ficar demonstrado que é apta a realizar um fim legitimo e de peso superior ao direito fundamental em questão, sendo indispensável (...) à realização desse fim".

Nesses termos, os direitos fundamentais, via de regra, são invioláveis e ilimitados, só se admitindo sua restrição de forma excepcional quando esta for indispensável à realização de um fim legitimo e de peso superior ao do direito fundamental restringido.

Os princípios constitucionais, por sua vez, possuem o condão de estabelecer diretrizes, finalidades a serem alcançadas pela sociedade de modo a orientar a elaboração legislativa, a atuação administrativa e a aplicação e interpretação das leis por parte do poder judiciário.

Ainda, em seu aspecto filosófico, os princípios apontam para um estado ideal de coisas, traduzindo os anseios da sociedade e as finalidades que almeja alcançar. Nesse sentido, os princípios assumem importante papel de indicar o rumo a ser seguido na efetivação dos direitos fundamentais, tanto no âmbito da sociedade civil, quanto na esfera estatal.

Assim, ao se analisar o texto constitucional que instituiu o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, observa-se que inúmeros valores e finalidades sociais permeiam o ordenamento jurídico pátrio para que sejam realizados os direitos fundamentais e haja a garantia da justiça e paz social.

A construção de uma sociedade justa e solidária só é possível através da democracia e a democracia só é possível quando se expurga dos meandros sociais qualquer resquício de repressão. Portanto, a consolidação democrática deve andar de mãos dadas à efetivação dos direitos fundamentais e à orientação oferecida pelos princípios constitucionais, para que, assim, os objetivos constitucionais da República Federativa do Brasil sejam alcançados.

2 O PRINCIPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal, extraído do texto constitucional do artigo 5º, inciso LIV, constitui-se garantia constitucional inserida no ordenamento jurídico com o condão de resguardar direitos fundamentais quando do tramite do processo, seja este legislativo, judicial ou administrativo.

Perscrutar a definição de "devido processo legal" é tarefa árdua que vem sendo desempenhada há décadas sem que a doutrina, até hoje, tenha alcançado um consenso.

Nas palavras de Egon Bockmann Moreira (2000, p.191), "os estudiosos não alcançam unidade quanto à sua definição, conteúdo e limites. O que, uma vez mais, demonstra a essencial amplitude do due processo of Law (...)".

Parâmetros, porém, podem ser utilizados para que, ao dirimir-se um caso concreto, as partes, o julgador ou o legislador direcionem-se para a efetivação do devido processo legal.

Sob o prisma processual, a doutrina majoritária analisa o devido processo legal sob dois enfoques: o legislador e os sujeitos processuais.

Quando o devido processo legal direciona-se ao legislador, estar-se-á lidando com seu sentido formal e, nessa linha, conforme Osmar Fernando de Medeiros (2000, p. 127), "só pode ser considerada consoante o devido processo, uma lei elaborada sob a ótica da razoabilidade e racionalidade, portanto, consoante o principio constitucional da proporcionalidade".

Ainda, nas palavras do Mestre Candido Rangel Dinamarco (2004, p. 30):

> "Projetada sobre o sistema processual, essa clausula democrática (devido processo legal) exige do legislador a imposição e do juiz, a concreta observância de certas diretrizes capazes de oferecer aos litigantes suficiente nível de segurança quanto ao que cada um pode esperar do andamento do processo".

Já quando se direcionar aos sujeitos processuais, estar-se-á tratando do sentido material do devido processo legal que:

> "consiste justamente num beneficio ao cidadão/acusado de forma a garantir-lhe, primeiro, o acesso à justiça com paridade de armas contra o acusador (...), portanto, permitindo-lhe o contraditório e a ampla defesa" (MEDEIROS, 2000, p. 134).

Conforme leciona Candido Rangel Dinamarco (2004, p. 30) ao tratar do sentido material do devido processo:

> "o due process of Law exige também que a cada um dos sujeitos processuais sejam oferecidas oportunidades previamente conhecidas para a realização de atos do processo, assim como lhe sejam impostas certas limitações relacionadas com o tempo, lugar e modo de realização dos atos permitidos – o que constitui fator de segurança para os demais sujeitos".

Observa-se, portanto, que o princípio constitucional do devido processo legal engloba as demais garantias, como ampla defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição e o principio do juiz natural, além de oferecer diretrizes ao legislador quando da elaboração das leis. Trata-se, assim, de um fenômeno complexo e amplo, razão pelo qual deve ser minuciosamente estudado quando da analise do caso concreto, posto que, de tão abrangente, permite o próprio amoldamento ao caso especifico.

2.1 O processo e o *due process of Law*.

Após breve explanação acerca do conceito de devido processo legal, faz-se necessário conceber o processo à luz do devido processo legal haja vista a importância desse fenômeno para a compressão do tema central deste artigo.

Em sentido amplo, "pode-se falar em processo (...) de modo a abranger os instrumentos de que se utilizam os três Poderes do Estado – Judiciário, Legislativo e Executivo para a consecução de seus fins" (DI PIETRO, 2012, p. 676).

Conforme Odete Medauar (2010, p.174):

> "[...] originada do art. 39 da Magna Carta de 1215, a clausula orginalmente vinculou-se ao processo penal, sobretudo para possibilitar o direito de defesa. Depois se estendeu ao processo civil. A doutrina pátria recente posiciona-se favoravelmente à vigência da clausula no âmbito admistrativo."

Nota-se que desde suas origens, a cláusula do devido processo legal abarcava o processo judicial penal justamente porque neste se lida, desde o momento da investigação

criminal, com a supressão de direitos fundamentais como meio de colheita das provas necessárias à elucidação da lide. Assim, não por outra razão, há que se obedecer ao devido processo legal como meio de assegurar a observância ao postulado da presunção de inocência o qual assevera que o réu é inocente até que sobrevenha sentença condenatória transitada em julgado.

Nas palavras de Carlos Roberto de Siqueira Castro (1989, p. 37), por meio do devido processo legal defende-se "um processo penal que seja justo, que assegure o contraditório e a ampla defesa dos acusados, além da igualdade das partes e a imparcialidade dos julgadores (...)".

Em vista disso, um processo penal que garanta a participação igualitária das partes, proporcionando ampla defesa, contraditório e assegurando que todas as oportunidades processuais sejam conhecidas de antemão atende, em ultima analise, ao Principio da Presunção de Inocência.

Referindo-se ao processo judicial, Dinamarco (2004, p.32) preceitua que "um processo não será justo e équo quando os sujeitos não puderem participar adequadamente ou quando, por algum modo, haja o juiz avançado além de seus poderes ou transgredido regras inerentes à disciplina legal do processo".

Conforme o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, a clausula do devido processo legal alcança o processo administrativo, sendo assegurado às partes a observância de todos os princípios constitucionais que garantam o desenvolvimento de um processo équo e justo.

No que tange ao processo legislativo, conforme já exposto, o legislador possui o dever de orientar-se pelas diretrizes oferecidas pelo principio do devido processo ao se debruçar na elaboração das leis.

Citando Dinamarco (2004, p.30):

> "É próprio do Estado totalitário a parcimônia do legislador em definir condutas dos agentes estatais no exercício do poder, mediante a qual deixa a estes um margem muito grande de escolhas e conseqüente caminho aberto ao arbítrio. O Estado-de-direito dimensiona de modo orgânico esse exercício, mediante os condicionamentos e limitações inerentes ao devido processo legal" .

Nota-se, portanto que, atualmente, a aplicação da clausula do devido processo legal abarca o conceito de processo em sentido lato, irradiando seus efeitos para as três esferas do

poder estatal. Afinal, o processo existe “para proteger a dignidade, a vida e a liberdade da pessoa humana, à luz dos ditames constitucionais dos direitos fundamentais (...)” (MEDEIROS, 2000, p. 133).

2.3 A aplicabilidade do devido processo legal ao procedimento administrativo.

O procedimento, para Maria Sylvia Di Pietro (2005, p. 544):

> “[...] é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos” e ainda complementa que “em regra, o procedimento é imposto com maior rigidez quando esteja envolvido não só o interesse público, mas também os direitos dos administrados”

O procedimento, portanto, ganha importância, sobretudo quando há envolvimento dos direitos dos administrados.

Em um Estado Democrático de Direito, todas as vezes que o procedimento administrativo repercutir na esfera de direitos fundamentais de um cidadão, impõe-se, ainda, a observância de princípios que norteiem o seu desenvolvimento. Faz-se necessária a aplicação do principio do devido processo legal.

O corolário do devido processo legal, conforme já exposto, visa resguardar direitos fundamentais durante o tramite processual, impondo a observância dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, legalidade e juiz natural.

Por conseguinte, no que tange ao procedimento, o devido processo legal possui aplicabilidade, precipuamente, no que concerne à observância dos ditames legais, bem como em relação à garantia de participação e ciência dos atos praticados.

Assim, aos interessados/ partes deve ser assegurada a participação durante o procedimento administrativo mediante a ciência dos atos a serem praticados e possibilidade de se manifestar administrativamente acerca dos mesmos.

Sob outro prisma, os ditames legais que prescrevem os atos procedimentais devem ser observados e aos interessados/partes há que se assegurar a previsibilidade de tais atos sob pena de ilegalidade.

O estabelecimento dos parâmetros acima expostos assegura aos administrados a existência de um devido procedimento legal administrativo em cujo bojo resguarda-se, além

dos princípios administrativos, a participação bilateral e a previsibilidade de seus atos como pressupostos de sua legitimação democrática.

Portanto, o corolário do devido processo legal é plenamente aplicável aos procedimentos administrativos, sendo o caminho necessário para garantia a legitimação democrática e legalidade de tais procedimentos, sobretudo quando haja repercussão na esfera de direitos fundamentais do administrado.

3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL POR PARTE DO MINISTERIO PUBLICO À LUZ DO COROLÁRIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O Ministério Público, como instituição independente com liberdade de atuação e de convicção, constitui-se, mormente após a promulgação da Constituição de 1988, em defensor da sociedade, tanto na esfera penal quanto na civil, seja atuando como titular da ação penal pública, como *custos legis* ou, conforme a classificação proposta por Dinamarco (2004, p. 443), como interventor *ad coadjuvandum* nas causas relativas à incapazes

Por sua vez, o papel do Ministério Público atuando diretamente na investigação criminal tem provocado inúmeros debates, sobretudo acerca da sua constitucionalidade e legalidade, tendo em vista a ausência de expressa previsão constitucional e legal nesse sentido.

Embora se acredite na plena constitucionalidade da realização de investigação criminal direta pelo *parquet*, o presente artigo não visa discutir acerca desse tema, mas sim estabelecer paradigmas para a sua realização, preservando sua legalidade e legitimidade ao demonstrar a viabilidade da aplicação dos princípios constitucionais a tais procedimentos investigatórios.

Assim, parte-se do pressuposto de que a condução de procedimentos investigatórios pelo Ministério Público está em consonância com os ditames do ordenamento jurídico pátrio, sendo necessário, agora, definir os meios pelos quais tal atuação se dará e de que maneira a investigação deve ser conduzida para atingir o objetivo fundamental elencado no artigo 3º, inciso I, da CF/88: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Conforme amplamente disseminado pela doutrina pátria, as investigações criminais realizadas pelo Ministério Público possuem natureza jurídica de procedimento administrativo e como tal se submetem aos princípios administrativos da discricionariedade, legalidade, publicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade. (SANTIN, 2001, p. 267). Mas será que apenas os princípios administrativos bastam para legitimar tal investigação criminal?

Pois bem. Conforme já analisado anteriormente, o Estado brasileiro, por ter sido palco do teratológico período de repressão militar, vivencia, desde de 1988, a reafirmação dos direitos fundamentais como ferramentas capazes de garantir as liberdades individuais.

Muito embora se intente expurgar o totalitarismo dos meandros do Estado brasileiro, o fato é que o Brasil ainda possui resquícios de repressão em seu ordenamento jurídico e o caráter inquisitorial das investigações criminais configura-se um desses resquícios.

É sabido que algumas medidas unilaterais fazem-se necessárias para preservar o sigilo das investigações. Contudo, há que se assegurar, durante as investigações, que as restrições dos direitos fundamentais, na medida do possível, não sejam realizadas unilateralmente pelo Estado, sob pena de tal investigação tornar-se ilegítima.

Nos sábios dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.374-375):

> "Se de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal (...) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são. Por este motivo é que se aponta para a necessidade de todos os Poderes públicos respeitarem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, renunciando, em regra, a ingerências, a não ser que presente justificativa que as autorize"

Assim, conforme afirmado, as ingerências por parte do poder publico somente devem se fazer presentes quando haja uma justificativa plausível que as autorize, sendo, portanto, excepcionais, já que, via de regra, deve prevalecer a obrigatoriedade, por parte dos detentores do poder estatal, de agir conforme os direitos fundamentais.

Em um Estado Democrático de Direito, é inadmissível que haja a supressão unilateral de direitos fundamentais, haja visto que os cidadãos possuem o direito de serem previamente informados acerca dos procedimentos aos quais serão submetidos e, ainda, o direito de que tal sucessão de atos não seja subvertida ou realizada sem o seu conhecimento.

É importante que se analise durante a investigação criminal que quando se invade a esfera de direitos fundamentais de um individuo, é inconcebível a unilateralidade estatal, posto que a legitimidade e legalidade de um procedimento se extrai da transparência, da participação bilateral e da mínima previsibilidade de seus atos.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco brilhantemente expõe que (2004, p. 34):

> Justamente porque imperativos e inevitáveis, não se originando da vontade dos destinatários nem dependendo do concurso dela, os efeitos dos atos de poder só se consideram democraticamente legítimos quando esses sujeitos hajam tido oportunidade de participar de sua formação: participação é contraditório.

Sendo assim, a participação dos sujeitos, não só nos processos e procedimentos judiciais, mas em qualquer ato de poder, faz-se necessária para a legitimação democrática dos seus efeitos. Na investigação criminal não é diferente. Como um ato de poder, a investigação deve permitir a participação dos envolvidos, propiciando o contraditório, para que, dessa forma, legitime os efeitos investigatórios que repercutirão em uma possível ação penal.

Para que a ação penal não se inicie eivada de vícios e ilegalidades, é fundamental que a investigação precedente seja realizada de acordo com parâmetros que garantam a legalidade e legitimidade procedimental.

Nesse sentido, defende-se a aplicação do princípio do devido processo legal à investigação criminal direta pelo Ministério Publico visando legitimar democraticamente a sua realização.

Conforme já visto, o principio do devido processo legal se impõe principalmente nos procedimentos administrativos que envolvem direitos dos administrados, sendo aplicado no que tange à garantia de participação bilateral dos envolvidos e certeza de obediência aos ditames legais que preconizam a estrutura procedimental a ser seguida.

A investigação criminal, por sua vez, é um procedimento administrativo que restringe direitos fundamentais do investigado, invade sua esfera de liberdades individuais e por ser tão invasivo é que se impõe a observância do devido processo legal durante seu trâmite.

Muito mais do que simplesmente atender ao principio administrativo da legalidade, a investigação criminal, para legitimar-se democraticamente, deve assegurar a participação bilateral, de modo que, além de cientificar previamente o investigado acerca dos atos a serem praticados, também lhe garanta manifestação livre e consciente acerca de tais atos.

Nesses termos, a investigação criminal deve seguir, basicamente, o trinômio transparência-bilateralidade-previsibilidade. Ou seja, a investigação deve ser conduzida às claras, sem obscuridades ou clandestinidades, permitindo a participação do investigado através da viabilização da previsibilidade dos atos a serem praticados.

Não se propõe aqui que se corrompa o sigilo das investigações, cientificado-se o investigado, por exemplo, acerca de uma interceptação telefônica. Por óbvio, existem atos investigatórios que, para se tornarem eficazes, necessitam do manto do sigilo.

Assim, existem atos que, por sua própria natureza, devem ser praticados unilateralmente pelo Estado: são aqueles realizados para se atingir um fim legitimo de peso suficientemente superior ao do direito fundamental restrito, estando autorizada, assim, a sua pratica unilateral.

Ocorre que existem atos investigatórios que não necessitam serem praticados em sigilo e, nesse caso, não se justifica a unilateralidade estatal, impondo-se a participação bilateral, vertente do devido processo legal.

Ora, o devido processo legal visa assegurar aos cidadãos contra o exercício arbitrário e irrestrito dos poderes pelo governo (CAMBI, 2010, p. 225). Portanto, no procedimento investigatório, o devido processo legal tem justamente o condão de limitar os poderes estatais, assegurando ao investigado mecanismos que lhe preservem direitos fundamentais.

Conforme explanado, a investigação direta pelo Ministério Publico é um procedimento administrativo que restringe direitos fundamentais sendo imperioso concluir que a aplicação do devido processo legal se impõe no que tange, precipuamente, à cientificação do investigado acerca dos atos investigatórios a serem praticados, à garantia de que a ordem tais atos não seja subvertida e à participação bilateral, tudo com vista a assegurar a legalidade e legitimação democrática do procedimento investigatório.

CONCLUSÃO

O procedimento investigatório, de caráter inquisitivo, é, por excelência, uma maneira de restringir direitos fundamentais, posto que a partir do momento em que um cidadão é qualificado como investigado estará sujeito a meios investigatórios que, para serem realizados, necessitam invadir a esfera individual de direitos.

A investigação pelo Ministério Público, por ser uma inovação jurídica que vem se consolidando, tende a seguir os mesmos moldes dos modelos investigatórios já implantados, fazendo-se necessário que tais modelos sejam repensados e a investigação pelo Ministério Público ganhe uma roupagem mais garantista sem que se perca, por obvio, sua essência.

Sob esse aspecto, analisar o procedimento investigatório à luz do devido processo legal atende ao anseio por mecanismos que coíbam as arbitrariedades tendentes a ocorrer na fase investigatória, uma vez que o devido processo legal garantia a participação bilateral dos

envolvidos e certeza de obediência aos ditames legais que preconizam a estrutura procedimental a ser seguida.

Nesses termos, portanto, é salutar que estruture o procedimento investigatório a partir do trinômio transparência-bilateralidade-previsibilidade, no sentido de que em um Estado democrático de Direito a supressão de direitos fundamentais de um administrado deve ser acompanhada de transparência e previsibilidade dos atos praticados e, primordialmente, participação bilateral dos envolvidos.

Por óbvio a aplicabilidade do devido processo legal encontra óbice quando se estiver diante de situação que autorize a prática de atos investigatórios sigilosos, devendo-se sempre atentar para a excepcionalidade do sigilo e a necessidade de demonstração de sua imprescindibilidade para a investigação.

Conclui-se, em ultima análise, que os poderes investigatórios do Ministério Público devem ser estruturados à luz do principio do devido legal para que seja preservada sua legitimidade democrática, cumprindo, deste modo, seu papel de angariar informações necessárias à apuração de autoria e materialidade dos delitos se, contudo, suprimir direitos fundamentais unilateral e indiscriminadamente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

SANTIN, Valter Foleto. **Ministério Público na investigação criminal.**Edipro, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: *uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.***11ª ed., Livraria do Advogado, 2012

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: *direitos fundamentais, políticas publicas e protagonismo judicial.*** 2ª ed., Revista dos Tribunais, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo.** 18ª ed., Atlas, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 13ª ed., Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmam. **Processo administrativo: *princípios constitucionais.*** Malheiros, 2000.

MEDEIROS, Osmar Fernando. **Devido processo legal e indevido processo penal.** Edição, Juruá, 2000.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** 4ª ed., v. 2, Malheiros,2004.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** 6ª ed., v. 1, Malheiros, 2010.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil.** 2ª ed., Forense,1989.

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 5ªed., Perspectiva, 2001.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. Companhia das Letras, 2009

GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À INFORMAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS

Deíse Camargo MAITO

Miguel Etinger de ARAUJO JUNIOR

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a garantia constitucional do acesso à informação, conjuntamente com a Lei 12.527 - Lei de Acesso à Informação, bem como sua aplicabilidade no caso concreto. Para essa última, analisa-se o caso da Praça Pedro Pezzarini, localizada no município de Londrina/PR. Essa praça sofreu várias mudanças e está na iminência de sofrer outra, todas elas sem a devida participação popular que, conforme demonstrado no trabalho, em relação a um bem público de uso comum do povo, deveria ocorrer. Esse emblemático caso mostrou como a falta de informação prejudica toda uma comunidade e é empecilho para que as pessoas perscrutem seus direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania**;** Acesso à Informação; Participação Popular; Bens de Uso Comum do Povo.

ABSTRACT

This paper analyses the constitutional guarantee of access to information, jointly with the 12.527 Brazilian Law “Lei de Acesso à Informação”(Information Access Law), and their applicability in a particular case, the case of Pedro Pezzarini’s Square, located in the city of Londrina – Paraná – Brazil. This square was changed many times and it is now about to be changed again. All of those changes with lack of popular participation, which, as demonstrated on the paper, is crucial in a common use property of the people. This emblematic case shows how the lack of information prejudices an entire community and it prejudice people who are looking for their rights.

KEYWORDS: Citizenship**;** Access to Information; Popular Participation; Common Use Property of The People.

INTRODUÇÃO

O processo de construção de uma sociedade culturalmente emancipada exige a reconquista de direitos subtraídos da população, como a liberdade civil e política, exige o fortalecimento da pluralidade das instituições, e exige a construção de uma comunicação deliberativa, entendida como um processo de capacitação dos diversos atores sociais, em especial os menos favorecidos cultural e economicamente, para o debate dos diversos assuntos públicos, desde o local até o nacional.

O objeto do presente estudo consiste na análise de um processo de intervenção, ainda em curso, em uma praça no Município de Londrina, no Estado do Paraná.

A partir de uma denúncia recebida por uma liderança comunitária do Jardim Igapó nesta cidade, tomou-se conhecimento de alterações que foram realizadas na Praça Pedro Pezzarini, localizada no mesmo bairro. Essas alterações consistiam na construção de uma cancha de bocha[935] e outra cancha de malha[936] além da existente, bem como passarelas e canteiros de flores em local antes utilizado pelas mães e crianças para a recreação, alterações essas feitas sem a oitiva da comunidade.

Em um segundo momento, ainda que pese a não solução do conflito anterior, surge um novo problema: um projeto de construção de uma quadra poliesportiva na mesma praça, projeto esse não precedido de consulta popular. Além disso, quando os moradores das adjacências da praça requisitavam junto aos órgãos públicos o acesso a esse projeto, ele era negado.

Em ambos os casos, referentes ao mesmo bem público, foi possível observar que, além de não haver participação popular na escolha do que seria feito com esse patrimônio da coletividade, informações referentes a ele foram negadas pela administração pública quando solicitadas pela comunidade. Sabe-se que o acesso à informação é indispensável para que se alcance qualquer participação popular e, sua falta faz com que a população esteja totalmente alheia às decisões concernentes a ela.

O acesso à informação é previsto constitucionalmente (BRASIL, 1988) - inciso XXXIII do art. 5º, o inciso II do § 3º do art. 37 e o § 2º do art. 216 - e há também uma lei

[935] Bocha ou boccia é um esporte praticado sobretudo por idosos, que consiste em lançar bolas situando-as mais perto possível de uma marcação. Para esse esporte, é necessária uma cancha de 26,50 m de comprimento, 4m de largura e altura de 30cm.

[936] Malha é outro esporte também praticado predominantemente por idosos, no qual se lançam discos de metal em direção a um pino com a intenção de derrubá-lo ou deixar a malha o mais próximo possível deste pino. Para o esporte é necessário um campo retangular, com 36 metros de comprimento e 2,50 metros de largura.

nacional que estabelece mecanismos através dos quais esse acesso deverá ocorrer: a Lei nº 12.527 - Lei de Acesso à Informação (LAI). Essa norma jurídica é um importante passo para a consolidação de uma democracia participativa no país, pelo fato de tornar possível o controle social das ações governamentais, com vistas a melhorar a gestão pública. Esta participação decorre, dentre outros dispositivos, diretamente dos artigos 1º, parágrafo único e 29, XII da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)[937]. A inobservância destes dispositivos contamina todo processo de elaboração das leis e das políticas públicas.

No caso em questão, analisa-se a importância da informação e como a LAI, se aplicada corretamente, pode ser utilizada para garantir que a população exerça o controle sobre a Administração Pública.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRAÇA PEDRO PEZZARINI

1.1. A Questão dos Campos de Malha e Bocha

Estudantes de Direito da Universidade Estadual de Londrina, participantes do projeto de ensino e extensão "Lutas: formação e assessoria em direitos humanos", vem, há algum tempo, estabelecendo contato com a comunidade do bairro Jardim Igapó. Nesse bairro há uma grande praça, que os moradores das adjacências sempre frequentam, o que a torna ponto de encontro e, consequentemente, formadora de uma identidade local.

A praça, por ser grande e plural, sempre abarcou todos os segmentos da população: o campo de futebol existente nela é usado pelos homens aos finais de semana e era utilizado também pelas crianças da escola Maestro Andrea Nuzzi para a prática de Educação Física ou outras atividades escolares. Uma cancha de malha era utilizada pelos idosos e, ao lado dessa construção, havia um gramado destinado às mães com suas crianças, local esse sombreado e longe das ruas, portanto seguro aos infantes.

No entanto, o espaço seguro e sombreado antes destinado às mulheres com seus filhos pequenos foi totalmente transformado com a ampliação dos campos de malha,

---

[937] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:
XII - cooperação das associações representativas no planejamento municipal

construção um campo de bocha, mesinhas para a prática de jogos como xadrez e baralho, passarelas e canteiros de flores.

Indignada com essa exclusão, a líder comunitária foi à busca de informações e buscou também ser ouvida, a fim de que um segmento inteiro de uma comunidade não fosse ignorado. Tudo começou com uma notificação na Secretaria Municipal do Meio Ambiente acerca da construção irregular de uma cancha de maia na praça, o que resultou no posterior embargo da obra por ser construída sem projeto algum.

O poder público municipal foi provocado desde então, porém a solicitação de voz e participação restou ignorada. Foram protocolizados diversos pedidos em vários órgãos municipais da cidade de Londrina, quais sejam: Secretaria Municipal de Obras, Companhia Municipal de Trânsito e Urbanização (CMTU), Secretaria Municipal do Meio Ambiente, Fundação de Esportes de Londrina. Além disso, cartas e abaixo-assinados foram entregues ao prefeito de Londrina e a dois vereadores, declarações foram prestadas no Conselho Tutelar, na 20ª Promotoria de Justiça da Comarca de Londrina, no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça dos Direitos Constitucionais de Curitiba, tudo isso em busca da participação nas decisões que dizem respeito à comunidade[938].

Percebendo a discriminação ocorrida na reforma da praça, a repressão às atividades escolares e o descaso no fornecimento de informações, o projeto de ensino e extensão buscou entender o porquê disso e realizar algumas ações.

Primeiramente, buscou-se ouvir a comunidade, em forma de entrevistas filmadas, nas quais os moradores contavam sua história no bairro e a relação com a praça. Além dessa identificação dos moradores com suas próprias histórias, os protocolos e processos abertos nos órgãos administrativos municipais foram constantemente exigidos, não só mais pela comunidade, mas pelos alunos.

---

[938] 25/01/2010 - Pedido de providências realizado na Prefeitura acerca da invasão da praça e construção de uma cancha de malha, protocolizado sob nº 5853/2010; 30/03/2010 - Portaria de Abertura do Procedimento Preparatório nº 04/10 pelo Ministério Público do Estado do Paraná; 27/05/2010 - Pedido realizado na Prefeitura para o fechamento de um buraco na praça (realizado para a construção de mais uma quadra de malha), protocolizado sob nº 41088/2010; 06/04/2011 -Solicitação de restauração do solo e plantio de grama na área da praça que foi alterada sem autorização para a construção da cancha de malha, protocolizada na Prefeitura sob nº 24531/2011 e 24555/2011.Solicitação de recuperação da praça e vistas do projeto de alteração, protocolizada na CMTU sob nº 109520 3/3 e solicitação, na prefeitura, de resposta ao processo 24531/2011; 05/08/2011 - Solicitação da cópia do Termo de Convênio assinado entre Prefeitura e imobiliárias, protocolizado sob nº 113781-2/3; 11/08/2011- Abaixo-assinado encaminhado para a CMTU, protocolizado sob nº 114090-3/3; 12/08/2011 - Solicitação da paralisação das obras na praça, protocolizada na prefeitura sob nº 54980/2011 e solicitação ao IPPUL a paralisação imediata das obras na praça, protocolizada na prefeitura sob nº 54876/2011; 24/10/2011 - Resposta do Prefeito Homero Barbosa Neto ao Presidente da Câmara Municipal Gerson Moraes de Araújo, através do Ofício nº 1118/2011-GAB.

Paralelamente a esses fatos, a líder comunitária requisitou providências junto ao Ministério Público do Estado do Paraná da Comarca de Londrina, através da 24ª Promotoria de Justiça – Promotoria de Direitos e Garantias Constitucionais. Com a atuação do Ministério Público, foi determinado que a Administração Pública municipal se encarregaria de realizar uma pesquisa junto aos moradores para que eles se posicionassem acerca das mudanças ocorridas. A pesquisa foi realizada e constatou-se que a maioria da comunidade era favorável às mudanças feitas, bem como pedia por novas revitalizações. Em face dessa pesquisa, o Ministério Público encerrou o procedimento e o arquivou.

No entanto, o projeto de ensino e extensão, ao solicitar e analisar a pesquisa feita, concluiu que as perguntas foram feitas de forma direcionada, levando a população a responder se concordavam com a atividade praticada pelos idosos (malha, bocha, etc), ao invés de perguntar se a reforma trouxe melhorias ou pioras ao bem público. Dessa forma, tendo consciência de que o problema não acabara, o projeto de ensino e extensão resolveu abordar esse problema de forma alternativa, sem acionar órgãos públicos por ora, mas de forma a unir a comunidade e capacitá-la para fazer suas reivindicações per si.

No decorrer do tempo, o cenário político de Londrina mudou totalmente. Aquela gestão, comandada na pessoa do seu prefeito, Homero Barbosa Neto, teve seu mandato cassado em 30/07/2012, devido a várias investigações acerca da prática de crimes contra a Administração Pública. Após este fato, mais dois prefeitos passaram pela administração da cidade e, com as eleições realizadas em 2012, foi possível a entrada de uma nova administração municipal, e esperava-se que com essa renovação, talvez uma gestão participativa e baseada no acesso à informação fosse possível. Porém, a participação popular nas decisões que dizem respeito ao bem público permanece como um direito a ser conquistado.

1.2. A Questão da Quadra Poliesportiva

A escola Maestro Andrea Nuzzi, localizada em frente à praça, conforme dito anteriormente, não possui espaço suficiente para a prática de educação física. Dessa forma, fazia-se necessário utilizar a praça para tanto. Porém, após os episódios de exclusão da própria escola no uso daquele bem público, a escola deixou de utilizá-lo, pois a diretoria temia represálias da administração pública municipal.

A escola, nesse ano, recebeu verbas que deveriam ser destinadas à construção de uma quadra poliesportiva, do Fundo Nacional de Educação, sendo que essa quadra não caberia no

espaço físico da escola. E, por a praça ser um bem pertencente ao município e a escola ser municipal, de forma deliberada e sem consulta prévia à população, foi escolhida como local para a construção da quadra.

A direção da escola, juntamente com a Secretaria Municipal da Educação, convocou uma assembleia com os pais dos alunos para informar sobre a construção da quadra no referido bem público. Ocorre que essa assembleia foi realizada somente com os pais de alunos, que não são necessariamente os moradores e frequentadores da praça. Além disso, pelo acesso à ata da assembleia ocorrida em 26 de abril de 2013 na escola, percebeu-se que o motivo da assembleia era somente informar os pais dos alunos acerca da construção da quadra. O projeto já estava aprovado, a verba já estava destinada e o local definido. Alguns moradores do bairro, sabendo dessa assembleia por meio de pais de alunos da escola, compareceram a ela, a fim de questionarem a reforma e obterem maiores informações. Esses moradores não foram atendidos e a única informação que obtiveram foi que a quadra seria construída na praça e que ela não afetaria o campo de bocha e maia. Tiveram acesso também a um mapa confeccionado pela arquiteta responsável pelo projeto, mapa esse sem escalas, portanto, não se permitia saber as reais dimensões da quadra. É importante ressaltar que, essa mesma assembleia, sem participação popular, foi utilizada pelo poder público como anuência da comunidade para a implementação do projeto.

Assim, inconformada com a imprecisão das informações obtidas, pois não eram suficientes para saber qual espaço da praça seria alterado, bem como a impossibilidade de diálogo, a população foi aos órgãos públicos em busca dessas informações. Primeiramente, fizeram um pedido na secretaria de educação, pedido esse sem protocolo e intitulado como "barrar construção de quadra". É importante observar que a comunidade, em um primeiro momento, buscava obter informações sobre o projeto, para discuti-lo, deliberar sobre ele e, quem sabe, procurar outro local para a construção da obra. A secretaria não ofereceu qualquer resposta. Após isso, foram na gerência de serviços de informações da prefeitura municipal, da onde também não obtiveram reposta. Além disso, foram à Central de Atendimento ao Cidadão do Ministério Público, buscando que essa instituição intermediasse o diálogo, bem como o acesso às informações[939].

[939] 06/05/2013 – Protocolo sem número na Secretaria da Educação, intitulado como "Termo de Declarações" referente a "barrar construção de quadra" e Protocolo 0078.13.001390-3 na Central de Atendimento ao Cidadão do Ministério Público do Paraná. 07/05/2013 - Protocolo do Processo 42311/2013 na Gerência de Serviços de Informações da Prefeitura Municipal de Londrina.

Por último, os moradores fizeram requerimentos formais à prefeitura municipal de Londrina e à câmara municipal de vereadores[940] de Londrina, pedindo a realização de audiências públicas a fim de debater a questão e ter acesso às informações que dizem respeito à obra que será construída na praça. No entanto, em um primeiro momento, a prefeitura municipal negou qualquer diálogo, e a questão também foi negligenciada pelos vereadores. Em um segundo momento, procurou-se outros vereadores para o mesmo fim, vereadores esses que assumiram a demanda e conseguiram marcar uma audiência pública para a discussão do assunto.

Na audiência pública, além do acesso às informações que tanto pediram em órgãos públicos, a população pode deliberar sobre o projeto e discuti-lo com as autoridades públicas. Dessa forma, após longos debates, foi possível suspender o projeto, para que ele possa ser discutido e, somente após isso, implementado.

2. O PAPEL DA INFORMAÇÃO RELATIVA A BENS PÚBLICOS DE USO COMUM

Conforme dispõe o artigo 99 do Código Civil (BRASIL, 2002), praças são bens públicos, de uso comum e domínio público. A praça, como bem de uso comum, é um bem inalienável, imprescritível e insuscetível de servidão, assim como os rios, mares, estradas e ruas, que por sua própria natureza de bem, não possuem um valor patrimonial, estão destinados a atingir fins públicos, ou seja, o interesse coletivo.

A autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 632) considera “bens de uso comum do povo aqueles que, por determinação legal ou por sua própria natureza, podem ser utilizados por todos em igualdade de condições, sem necessidade de consentimento individualizado por parte da Administração.”. Além disso, a autora considera que bens de uso comum são destinados à coletividade e os de domínio público são aqueles que podem ser usados indistintamente pelas pessoas, sendo locais abertos à utilização pública, que adquirem o caráter de comunidade, de uso coletivo, de fruição própria do povo.

Já o autor Celso Antônio Bandeira de Mello (2007. p. 898) considera bens públicos como os bens pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público interno e os utilizados por estas para a prestação de qualquer serviço público. Dentro dessa classificação, uma praça é um bem de uso comum, ou seja, destinado ao uso indistinto de toda e qualquer pessoa.

[940] 13/05/2013 - Protocolo 1056 de Pedido de Audiência Pública na Câmara Municipal de Londrina.

Quanto à utilização dos bens de uso comum, ela deve ser livremente usada por todos, porém, isso pode levar a um conflito de interesses, como no caso em estudo. Assim, como o próprio nome indica, os bens de uso comum devem ser utilizados indistintamente por quaisquer sujeitos, em concorrência igualitária e harmoniosa com os demais, de acordo com o destino do bem e condições que não lhe causem um uso indevido.

Dessa forma, tendo em vista que esses bens são destinados a todas as pessoas, as informações relativas a ele devem ser acessíveis a toda população, visto que não há a possibilidade de individualizar quem são seus destinatários. Dessa forma, faz-se necessário que as informações relativas a ele não sejam somente fornecidas quando solicitadas, mas públicas de uma forma geral.

Nos episódios em estudo, a falta de informação levou à falta de participação popular nas questões que dizem respeito às pessoas destinatárias de determinado bem público e permitiu que os governantes dessem a destinação que bem quisessem a ele. Além disso, a constante negação de informações permitiu com que as obras e projetos tivessem continuidade, sem que a população pudesse fazer reivindicações baseadas nas informações.

Sabe-se que a informação é também pressuposto para o exercício de direitos, pois, para que se possa reivindicar algo, necessário é que se tenha prévia informação sobre o objeto da reivindicação. Todas as pessoas devem ter o direito de saber as características de modalidades de obra, atividade ou desenvolvimento que se pretende fazer e que possa afetar, prejudicar ou alterar um bem público, alterações essas que afetam todos os usuários daquele determinado bem. Assim, a informação não pode ser negada quando claramente existirem interesses legítimos coletivos. O Estado deve se mostrar como principal garantidor de que essa informação seja realmente pública.

Pode-se concluir que a realização adequada do direito à informação não é autônoma, pois depende da conjugação de outros direitos, o de participação e, principalmente o da transparência.

3. A INFORMAÇÃO COMO MEIO DE CONTROLE SOCIAL E PARTICIPAÇÃO

Sabe-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é guiador da administração pública e, para que ela sempre aja em consonância com esse princípio, é imprescindível que haja mecanismos que a possam controlar, tanto de forma interna como

externa. Esses mecanismos são os controles, muito importantes para a Administração Pública e a sociedade como um todo.

Segundo Guillermo O'Donnell (1998, apud SANCHES, 2003), em um Estado de Direito os mecanismos de controle devem situar-se em duas esferas interdependentes de ação: os mecanismos de controle vertical – isto é, da sociedade em relação ao Estado –, e os de controle horizontal – de um setor a outro dentro do próprio Estado. Exemplos do controle vertical são as eleições e de controle horizontal, instituições, agências e órgãos estatais detentores de poder legal e de fato para realizar ações que vão desde a supervisão de rotina até sanções legais contra atos delituosos de seus congêneres do Estado .

Dessa forma, têm-se o controle horizontal em todos os casos em que entes da Administração Pública controlam uns aos outros e a vertical no controle popular, esse último merecendo especial destaque. Qualquer pessoa pode suscitar o controle da administração, para que seja sancionado o agente que haja incidido em abuso de autoridade, tal qual preceitua a lei 4.898/65. Para que haja esse controle, o administrado poderá fazer uma petição dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar sanções à autoridade civil ou militar culpada. Há também a lei de improbidade administrativa, Lei nº 8.429/92, segundo a qual qualquer pessoa pode representar à autoridade administrativa competente para a instauração de investigação destinada a apurar ilícitos. Todas essas representações não excluem a representação feita junto ao Ministério Público.

Apesar de o controle ser de atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que deve e pode provocar o controle, com vistas a defender seu interesse pessoal e também o coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. Esse controle é considerado por alguns autores como o mais eficaz .

No Estado Democrático de Direito, a ideia de participação do cidadão se dá no controle e gestão da administração, no processo político, econômico, social e cultural. Essa participação não é decorrente somente do Estado Democrático de Direito, o qual introduz a ideia de democracia participativa, mas de vários preceitos constitucionais (BRASIL, 1988), como o art. 37, § 3º, e art. 5º, XXX, da Constituição Federal, o direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º), a gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, III), do ensino público (art. 206, VI), dentre outros dispositivos contidos em leis ordinárias.

Dessa forma, há vários meios de que o cidadão pode se utilizar para participar da administração pública. No entanto, essa participação encontra muito empecilhos na prática. Um deles é o chamado Estado Burocrático, teorizado por Marx Weber (1979, apud SANCHES, 2003), modelo esse presente até nos dias de hoje. Basicamente, no Estado Burocrático se aumenta a superioridade dos que são profissionalmente informados, mantendo secretos seus conhecimento e intenções. Esse segredo é fundamental para a manutenção do poder, tornando-se assim uma barreira ao controle social (SANCHES, 2003).

A burocracia definida por Weber é uma estrutura administrativa de que se serve o tipo mais puro de dominação racional-legal, constituindo-se assim em tipo de poder derivado principalmente da concentração da informação e da capacidade organizacional, dado o saber especial que possui. Para Weber a solução desse problema estaria em disposições que assegurassem o controle da burocracia através de elites não-burocráticas, ou seja, dos que pudessem lhe contrapor .

Dessa forma, percebe-se o papel fundamental que a informação tem para o poder Estatal. Para governantes e subalternos déspotas, negá-las é manter a alienação e consequente subordinação do povo, real detentor do poder. Assim, para que o povo possa exercer sua soberania é essencial obter as informações de que necessita para então poder perscrutar seus direitos, seja na esfera política, seja na esfera jurídica. Dessa forma, antes de se falar sobre o livre acesso à Justiça, deve-se analisar o prévio acesso à informação, regulamentado agora pela Lei de Acesso à Informação - Lei nº 12.527/2011.

4. LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

A informação, conforme descrito acima, é fundamental para a legitimação do poder. A Lei de Acesso à Informação - LAI (BRASIL, 2011), ao promover o acesso à informação, conceitua essa última em seu art. 4º, I, como: “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”.

A lei adotou uma concepção ampla de informação, com vistas a abranger os maiores tipos de informações possíveis, de forma que o acesso à informação é regra e sua restrição é exceção. A Lei de Acesso à Informação, em seu art. 1º, estabeleceu quais seriam os órgãos destinatários dessa lei, sendo eles:

I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público;

II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente.

A lei de acesso à informação, em que pese isso já ser constitucionalmente previsto, previu que a informação deveria ser fornecida por todos os órgãos pertencentes da Administração Pública, bem como todos os órgãos públicos. Dessa forma, percebe-se que a LAI, ao regulamentar o acesso à informação a todos os poderes públicos, confere uma ampla proteção a esse direito.

4.1. Sistema Constitucional de Acesso à Informação

No próprio preâmbulo da LAI (BRASIL, 2011), esclarecido está que ela regula os dispositivos constitucionais que preveem o acesso à informação.

O art. 5º, XXXIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), prevê o direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse pessoal, coletivo ou geral do administrado, prevendo sua prestação dentro do prazo da lei, sob pena de responsabilidade, protegendo também as informações imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado.

O dispositivo, ao dizer que a prestação da informação pelo órgão público será feita no prazo da lei e que algumas informações, por serem fundamentais à segurança do Estado não poderiam ser fornecidas, deixou uma margem para que o legislador decidisse qual seriam o prazo e as informações. Dessa forma, segundo a classificação de José Afonso da Silva, o dispositivo constitucional é uma norma de eficácia contida, ou seja, proporciona ao legislador a prerrogativa de delimitar seu conteúdo por intermédio de lei. De acordo com o autor as referidas normas:

São aquelas que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restrita por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. (DA SILVA, 2007, p. 116)

Antes da promulgação da LAI, esse dispositivo era regulado pela Lei 11.111/05, que, apesar de elencar dispositivos pertencentes a outras leis ao definir quais seriam os documentos

imprescindíveis à segurança do Estado, não estabeleceu prazo para a prestação da informação, sendo ela estabelecida com a LAI, como será visto posteriormente de forma minuciosa.

Já o inciso XXXIV do art. 5º garante o direito de petição e certidão a qualquer órgão público, independentemente do pagamento de taxas. Apesar de ser uma norma de eficácia plena, segundo a conhecida classificação de José Afonso da Silva, pois tem sua aplicabilidade iniciada no exato momento em que entra em vigor a constituição, não havia previsão de como o administrador deveria agir diante do caso concreto, deixando isso a ser preenchido por sua discricionariedade. A LAI veio regulamentar isso, de forma que foi criado todo um procedimento para a garantia desses direitos.

Por sua vez, o art. 37, § 3º diz:

A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Ainda, segundo José Afonso da Silva (2007, p. 38), trata-se claramente de uma norma de eficácia limitada. Isso ocorre porque o dispositivo expressamente previu a regulamentação infraconstitucional para a incidência direta da norma nos casos concretos. Esse tipo de norma goza de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida. O preceito em estudo, além de ser de eficácia limitada, é de princípio programático, isto é, invés de regrar de forma imediata e direta o interesse público, o Constituinte se restringiu a delinear determinados princípios a serem atendidos pelos Poderes Constituídos, tendo por fito constituir preceitos genéricos sobre Direitos específicos, ao dizer que a lei editada ordinariamente iria regular a forma de participação do usuário da Administração Pública, regulando o que a Constituição prevê.

Enquanto o inciso terceiro do artigo em questão foi regulamentado pela Lei 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa, os demais, até a promulgação da LAI, não encontravam respaldo normativo.

Por fim, o art. 216, § 2º da Constituição Federal, ao dispor sobre o patrimônio cultural brasileiro, prevê que a Administração Pública, na forma da lei, deveria gerir os documentos e garantir sua consulta, sendo, portanto, como já explicado anteriormente, uma norma de eficácia contida. A LAI, ao regulamentar o acesso a qualquer informação, regulamentou esse dispositivo também.

4.2. Acesso à Informação Como Valor Universal

O acesso à informação é um direito humano, reconhecido por vários órgãos da comunidade internacional, como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização dos Estados Americanos. O Brasil assinou vários tratados e convenções nesse sentido, com os seguintes preceitos:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (ONU, 1948, art. 19).

Cada Estado-parte deverá (...) tomar as medidas necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública (...) procedimentos ou regulamentos que permitam aos membros do público em geral obter (...) informações sobre a organização, funcionamento e processos decisórios de sua administração pública (...). (ONU, 2006, arts. 10 e 13).

O acesso à informação mantida pelo Estado constitui um direito fundamental de todo indivíduo. Os Estados têm obrigações de garantir o pleno exercício desse direito (CIDH, 2000, princípio 4).

Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza (...) (ONU, 1966, art. 19).

Assim, é importante frisar que, a despeito da discussão acerca do status de norma constitucional, ordinária ou supraconstitucional dos tratados de direitos humanos do qual o

Brasil é signatário, é unânime a necessidade que o país tem de seguir os preceitos básicos do tratado. Apesar de esses tratados terem sido assinados e incorporados à legislação pátria há muito tempo, somente no final de 2011 é que foi criada uma lei que disciplinasse isso, a LAI.

4.3. Lei de Acesso à Informação: Mecanismo de Controle Popular

Como dito anteriormente, antes da promulgação da LAI, o direito de acesso à informação já era garantido constitucionalmente, não precisava ser inserido nela ou estabelecido por qualquer outro dispositivo legal. Porém, por essas previsões, como dito anteriormente, serem normas de eficácia limitada de princípio programático, careciam de regulamentação e, normas de eficácia plena, careciam de estabelecimento de procedimentos. Com o advento da LAI, essas lacunas puderam ser supridas.

Para que o acesso à informação seja pleno e eficaz, é necessário que tanto os órgãos públicos quanto os cidadãos conheçam os mecanismos e apliquem-nos. Para isso, a LAI estabeleceu um processo administrativo, em conformidade com a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, ou seja, a Lei do Processo Administrativo, que será aplicada a esses casos quando necessário.

Além disso, o art. 7 º da LAI (BRASIL, 2011) determina que o direito à informação compreende também o direito de obter orientação sobre os procedimentos de acesso à informação, informação produzida ou custodiada por pessoas privadas decorrente de qualquer vínculo com a Administração Pública, obter informação primária, íntegra, autêntica e atualizada, saber quais são as atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços, dentre outros.

Para esse caso a análise dos artigos 8 º e 9 º da lei (BRASIL, 2011) é muito importante. Esses dispositivos tratam da informação pública e do mínimo de informação que deve ser disponibilizado por todo órgão público, sem que haja previa solicitação. Nessas informações compreendem os registros de repasses ou transferências de recursos financeiros, bem como o registro de despesas e dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades. O meio de divulgação desses dados deve ser obrigatório na internet e os outros meios ficam à disposição do órgão. Além disso, há a previsão para a criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para atender e orientar o público quanto ao

acesso a informações, informar sobre a tramitação de documentos e protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações e também realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação.

O procedimento inicia-se com o pedido de acesso com a identificação do requerente e informação requerida, que pode ser feito por qualquer interessado aos órgãos públicos. O acesso à informação de interesse público não pode sofrer qualquer restrição relativa à identificação que inviabilize seu fornecimento (BRASIL, 2011, art. 10).

Após o pedido, o ente público deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível, e, não sendo possível realizar na forma imediata, o órgão deverá, em até vinte dias (prorrogável por mais dez mediante justificativa expressa ao requerente), comunicar a data, local e modo para a obtenção da informação, indicar as razões da recusa ou comunicar que não possui a informação e indicar, se for do seu conhecimento, o órgão ou a entidade que a detém ou remeter o requerimento a esse órgão ou entidade, cientificando o interessado da remessa de seu pedido de informação. Além disso, quando impossibilitado o acesso, o requerente deve ser informado sobre a possibilidade de recurso, prazos, autoridade competente e condições para sua interposição. Caso a informação já esteja disposta ao público por outros meios, o requerente será informado do meio de acessá-la (BRASIL, 2011, art. 11).

O art. 12 dispõe também sobre a isenção de custas no serviço de busca e fornecimento da informação, salvo nas hipóteses em que houver a necessidade de reprodução de documentos pelo órgão público, situação na qual será cobrado somente o valor necessário ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados, salvo os casos de assistência judiciária gratuita (BRASIL, 2011).

No caso de negativa do pedido de acesso à informação, o requerente deverá obter o inteiro teor de decisão de negativa de acesso (BRASIL, 2011, art. 14). Com a negativa, o requerente poderá interpor recurso contra ela, no prazo de dez dias a contar da sua ciência, recurso esse dirigido à autoridade hierarquicamente superior à que exarou a decisão impugnada, que deverá se manifestar no prazo de cinco dias (BRASIL, 2011, art. 15).

Além disso, a lei prevê em seu art. 18 que os procedimentos de revisão de decisões denegatórias proferidas no recurso previsto no art. 15 e de revisão de classificação de documentos sigilosos devem ser regulamentados pelos Poderes Legislativo e Judiciário e do

Ministério Público, em seus respectivos âmbitos, assegurado ao solicitante, em qualquer caso, o direito de ser informado sobre o andamento de seu pedido (BRASIL, 2011).

Vale salientar também que, o agente público detentor da informação ter responsabilidade sobre ela. Sem prejuízo da responsabilidade estatal pelo controle da informação, a LAI estabelece condutas que, imputadas aos agentes públicos, são ilícitas, causando, portanto, responsabilidade que resulta em sanções. Isso advém do dever que o agente tem de atuar de acordo com a lei, e, quando a contrariar, ser responsabilizado por isso, com vistas à finalidade da lei em questão: promover o acesso à informação.

É importante ressaltar que, de acordo com o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, o servidor público, quando exercer irregularmente suas atribuições, responderá civil, penal e administrativamente (BRASIL, 1990, art. 121) e assim ocorrerá para os casos previstos na lei em estudo.

Há também a previsão de que o agente público pode responder por improbidade administrativa, conforme o disposto nas leis 1.079/50 e 8.429/92 (BRASIL, 2011, art. 32, §2º). Dessa forma, percebe-se que, a fim de garantir uma ampla efetividade da lei, são estabelecidas penalidades para o agente que não a cumprir.

5. A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO E SUAS CONTRIBUIÇÕES AO CASO CONCRETO

Ao analisar a Lei de Acesso à Informação, bem como as previsões constitucionais garantidoras desse direito, foi possível observar seu não cumprimento no caso concreto. Em que pese o primeiro episódio e os pedidos de informações referentes a ele terem ocorrido antes da promulgação da lei, preceitos constitucionais foram lesados, principalmente o princípio da primazia do interesse público sobre o privado (o interesse coletivo deve ser superior ao privado) e o princípio da publicidade (todos os atos administrativos devem ser públicos).

Deve-se observar que, antes da promulgação da lei, o acesso à informação não ocorreu de forma alguma. Muitos pedidos foram feitos e exigidos posteriormente, sem uma resposta efetiva. Vale salientar também que, antes da promulgação da LAI, não havia serviços orientados ao fornecimento de informações ao cidadão e nem um procedimento administrativo orientado especificamente ao fornecimento de informação a quem o

requeresse. Dessa forma, havia uma lacuna no que diz respeito ao requerimento de informações junto aos órgãos públicos.

Já em relação ao episódio da quadra poliesportiva a lei já havia sido promulgada e, apesar de em um primeiro plano ela não ser observada, pode-se concluir que ela trouxe muitas contribuições e permitiu que mecanismos antes não observados pudessem ser aplicados.

Em um primeiro momento, observou-se que as informações referentes à Praça Pedro Pezzarini nunca estiveram à disposição da população, pois, ao contrário do que era esperado, quando solicitados foram negadas. A pesar de a Administração Pública municipal de Londrina já ter o serviço de informação ao cidadão, conforme preceitua o art. 9, I da LAI (BRASIL, 2011), com a Gerência de Serviço de Informações, esse órgão não foi efetivo para prestar a informação dentro do prazo determinado, conforme preceitua o já citado art. 11 da LAI e sequer foram fornecidas as negativas dentro do prazo estipulado, conforme os art. 14 e art. 15.

Interessante nesse caso é analisar a atitude da comunidade perante a negativa de acesso às informações. Sabe-se que, apesar de a lei estar vigente, ela não é totalmente acessível à população. Apesar de a prefeitura de Londrina já contar com um serviço de informações, o procedimento que o cidadão e o órgão devem seguir para requerer e fornecer a informação não são públicos. Dessa forma, o cidadão, perante a não prestação da informação no prazo legal, não encontra alternativas para suprir essa necessidade.

Dessa forma, alguns integrantes da comunidade, mesmo com o desconhecimento da lei, fizeram algo nela previsto: o pedido de audiência pública, previsto no art. 9, II da lei. Sabe-se que na lei é dito que o órgão público, *per si*, deve fazer audiências e consultas populares, porém, *in casu*, foi necessário seu pedido para o órgão público. Observa-se que, mesmo sendo dever do órgão detentor da informação promover a audiência pública, que nesse caso seria a Prefeitura Municipal, essa audiência, por questões políticas, somente foi obtida por meio da câmara dos vereadores de Londrina, e, mesmo assim, depois de vários pedidos e negociações.

Nessa audiência, representantes do poder executivo municipal tiveram de fornecer todas as informações antes requeridas pela comunidade e, os representantes dessa última puderam discutir a obra que seria implantada na comunidade. Após a apresentação de todas as informações necessárias, a comunidade foi vitoriosa, pois a obra foi suspensa por prazo indeterminado. Agora, com os questionamentos da comunidade, o poder público irá analisar a viabilidade da obra.

Dessa forma, pode-se concluir que, a pesar de uma audiência pública ter sido realizada, e a comunidade poder participar de forma ativa desse processo, observa-se que

ainda se está longe de uma gestão participativa e baseada no acesso à informação. O acesso à informação necessária não foi deferido de pronto e, para que ele pudesse ser conseguido, um longo caminho foi percorrido, que não o estabelecido pela lei.

CONCLUSÃO

Com o presente estudo foi possível perceber que a legislação em questão inovou ao estabelecer procedimentos para a obtenção de informação junto a órgãos públicos, complementando e regulamentando toda a sistemática já prevista na Constituição. Apesar de o Direito Fundamental do Acesso à Informação sempre existir, ele carecia de regulamentação, o que permitia uma maior discricionariedade, e, infelizmente, uma certa arbitrariedade do agente público em relação a esse direito, visto que não havia procedimentos que previam o acesso à informação. Com isso, foi possível a total exclusão da população na primeira reforma da praça, sendo que ela não pode ter acesso às informações sobre a obra, e com isso, não pode constestá-la.

Percebeu-se também que, com o advento da lei, foi possível uma maior participação popular nas decisões que diziam respeito à comunidade. Antes do promulgação da lei, o que aconteceu foi uma total negação de participação popular, mas, depois dela, ao menos um diálogo e um fornecimento de informação, ainda que tardio, foi possível.

De uma forma geral, conclui-se que, a informação em estudo não se trata somente de dados armazenados pelo poder público, mas de instrumento de controle. O detentor da informação é o detentor do poder e, ao permitir um amplo acesso à essa informação, permite-se que o povo, real detentor do poder, o exerça. Caso a lei fosse cumprida à risca estar-se-ia diante de uma real democracia.

Porém, vale lembrar que, no Brasil, o problema não é falta de leis que concedam ou regulamentem direitos à população, mas o conhecimento deles e seus efetivos exercícios. Para que isso ocorra, é fundamental que a população conheça essa lei e possa exercê-la, através de sua conscientização, rumo à democracia participativa.

É importante saber que, eventual grupo político detentor momentaneamente do poder pode não se mostrar simpático com a divulgação da Lei de Acesso à Informação, por tratar a *res* pública como coisa privada. A população, quando informada, tem o poder para si, o que, obviamente, retiraria a possibilidade de obtenção de benefícios particulares na utilização da coisa pública. Dessa forma, a efetividade dessa lei está nas mãos da sociedade como um todo,

sendo que, aqueles que detém uma parcela do conhecimento, tem o dever de divulgá-lo, sempre com vistas à prevalência do interesse público sobre o privado e uma democracia real e participativa, vantajosa a todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília/DF, 05 de julho de 1988.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. [Lei na internet.] [Acesso em 05/05/2013] Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. [Lei na internet.] [Acesso em 05/05/2013] Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm >

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. [Lei na internet.] [Acesso em 05/05/2013] Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm >

_____. Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005. Regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5o da Constituição Federal e dá outras providências. [Lei na internet.] [Acesso em 05/05/2013] Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11111.htm>

_____. BRASIL. Congresso Nacional. Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011.Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5o, no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. [Lei na internet.] [Acesso em 05/05/2013.] Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>

DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais.* 7ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 25ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948.

ONU. *Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos*, de 16 de dezembro de 1966. Assembleia Geral das Nações Unidas, 1966.

ONU. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, de 31 de outubro de 2003. Assembléia-Geral das Nações Unidas, 2003.

CIDH. *Declaração de Princípios Sobre Liberdade de Expressão*, de 27 de outubro de 2000. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 2000.

SANCHEZ, Oscar Adolfo. "*O poder burocrático e o controle da informação*". Lua Nova, n° 58, 2003, pp. 89-119.

A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SEUS EFEITOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Eluane de Lima CORRALES[941]
Layana Mara Laiter MARTINS[942]

"Educai as crianças, para que não seja necessário punir os adultos."
Pitágoras

RESUMO

Para a contínua construção de uma sociedade democrática, nos foi garantido o acesso à educação. Porém, não podemos apenas lutar por esse direito, devemos também nos atentar à qualidade do ensino, que também é uma garantia constitucional, pois só assim o Estado assegurar-se-á de que seus futuros governantes sejam cidadãos de princípios e valores éticos, não sem a ajuda da família e sociedade. Este artigo tem por pretensão, tendo por referência a Constituição da República Federativa de 1988 e leis infraconstitucionais, como a Lei de Diretrizes e Bases, apontar que não somente a educação é um direito subjetivo e uma garantia a todos, mas também seus padrões de qualidade e que responderão judicialmente os responsáveis que promovam a deficiência educacional. Também merecem destaques as consequências da ausência desse direito na vida de uma criança ou adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Educação, direito, padrão de qualidade, consequências, criança, adolescente.

ABSTRACT

For the ongoing construction of a democratic society, we have been granted access to education. But we can not just fight for this right, we must also pay attention to the quality of education, which is also a constitutional guarantee, because only then the State will ensure that its future leaders are citizens of ethical principles and values, not without the help of family and society. This article is pretense, and by reference the Federal Constitution of 1988 and infra laws such as the Law of Guidelines and Bases, pointing out that education is not only a subjective right and a guarantee to all, but also its quality standards and court officials

[941] Aluna de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná.
[942] Aluna de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná.

respond that promote educational deficiency. Is also worth mentioning the consequences of the absence of this right in the life of a child or adolescent.

KEYWORDS: Education, right, quality standard, consequences, child, teenager.

INTRODUÇÃO

Toda educação intencional, especialmente aquela que acontece no sistema escolar, está demarcada com princípios e fins. Estes princípios e fins da educação brasileira já aparecem no texto da Constituição Federal e são confirmados na Lei n° 9394/96, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, mais conhecida como LDB.

Além dessas bases na legislação nacional, os princípios e fins da educação escolar estão também atrelados ao direito universal à educação. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada em Paris em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, consagrou para sempre o direito de toda a pessoa à educação. Onze anos mais tarde, em 20 de Novembro de 1959 foi proclamada na ONU a Declaração Universal dos Direitos da Criança, que reafirmaria e especificaria os Direitos da Criança, enfatizando e caracterizando o direito destas em receber uma educação de qualidade.

Dentre os dez direitos das crianças especificados nesta declaração, tem especial destaque para o estudo o princípio V, que diz respeito ao direito à educação e a cuidados especiais para a criança deficiente, onde a criança física ou mentalmente deficiente ou aquela que sofre da algum impedimento social deve receber o tratamento, a educação e os cuidados especiais que requeira o seu caso particular; e o Princípio VII, que tange ao direito à educação gratuita e ao lazer infantil. A partir deste, a criança tem direito a receber educação escolar, a qual será gratuita e obrigatória, ao menos nas etapas elementares. Dar-se-á à criança uma educação que favoreça sua cultura e lhe permita desenvolver suas aptidões e sua individualidade, seu senso de responsabilidade social e moral. [943]

Em nosso país, todos os professores e professoras trabalham unidos, embora em escolas tão distantes e em realidades diferentes. Trabalham juntos com uma única finalidade: a busca de uma efetiva contribuição educacional para crianças, jovens e adultos.

Porém, é necessário conhecer e entender os termos que definem os princípios e os fins da educação nacional. É preciso analisar e avaliar o quanto professores e governantes

[943]DECLARAÇÃO *Universal Dos Direitos da Criança*. [s.l. s.n]. Disponível em: <http://www.destinacaocrianca.org.br/arquivos/arq_175_Declaracao_direitos_crianca.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2013.

estão trabalhando no sentido certo, isto é, no sentido de contribuir para que todas as crianças brasileiras possam chegar até a escola, possam frequentá-la, se desenvolver, e sobretudo, continuar sua formação.

Mesmo sendo um direito fundamental, a educação ainda não é efetiva e de boa qualidade em todas as regiões do país. Possui falhas estruturais, falta de professores, de materiais pedagógicos, e muitos profissionais desqualificados para ocuparem essa função basilar na formação de cidadãos.

Com todos esses problemas, esta acaba muitas vezes não atingindo a todos, o que gera consequências lastimáveis para a própria sociedade. Sem educação e consequentemente sem qualificações profissionais, cada vez mais, jovens estão caindo no mundo do crime, mundo este, que muitas vezes não tem volta.

1. O SENTIDO DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA

A educação é uma garantia Constitucional a todos os cidadãos brasileiros. É direito público e subjetivo. Segundo a Carta Magna de 1988, ela é dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Educação é um processo que engloba ensinar e aprender, portanto, tanto o professor quanto o aluno possuem responsabilidades dentro da sala de aula para que a aprendizagem seja significativa. Podemos conceituar educação como o desenvolvimento de todo o indivíduo, benefício da própria pessoa, mas também sua integração harmônica e construtiva com toda a sociedade. Logo, "o sentido da verdadeira educação é social. É coletivo. É público". [944]

"A educação que hoje existe entre nós surge mediante a complexidade que a evolução da sociedade traz consigo, problemas relacionados a sociedade de classes estruturadas sob um regime capitalista". [945]

---

[944] O QUE *é educação?* [s.l. s.n.], 2008. Disponível em: <http://www.midiaindependente.org/pt/red/2008/07/423671.shtml>. Acesso em: 25 jun. 2013.
[945] BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. São Paulo: Brasiliense, 2007. p.34.

2. O DEVER DA FAMÍLIA

A família tem como dever, como explicita o artigo 299 da CF/88, assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores tem o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Esta ideia é reforçada no Estatuto da Criança e do Adolescente, pelo artigo 129, inciso V, que afirma ser obrigação dos pais ou responsável matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar, valendo lembrar que constitui crime de abandono intelectual, punido com detenção de 15 dias a um mês, ou multa, deixar, sem justa causa, de prover a instrução primária de filho em idade escolar (CP, art. 246).

Criar é também educar, de sorte que o primeiro seria um dever genérico do qual o segundo seria uma de suas espécies. Educar, por outro lado, em sentido amplo, no propósito de transmitir e possibilitar conhecimentos, despertando valores e habilitando o filho para enfrentar os desafios do cotidiano. A educação, neste sentido, viabilizaria o desenvolvimento mental, moral, espiritual e social da criança e do adolescente.[946]

3. O DEVER DO ESTADO

O constituinte deixa claro ser um regime de co-responsabilidade social e o Estado fica entendido como o Poder Público representado por seus entes intergovernamentais: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A União, entre outras coisas, presta assistência técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios.

Além disso, estabelece as diretrizes que nortearão os currículos e conteúdos da educação básica. Também é responsável pela qualidade e melhoria de ensino, promovendo a avaliação do rendimento escolar da educação básica e da educação superior.

O dever do Estado se caracteriza essencialmente através do repasse de verba, que de acordo com o artigo 212 da CF/88, a União aplicará anualmente nunca menos de 18% da receita resultante de impostos compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino, enquanto os Estados, o Distrito Federal nunca menos de 25%. Mais que isso, o legislador ainda garantiu, nos incisos do artigo 208 da Constituição, educação básica obrigatória gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessetes) anos de idade,

[946] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Deveres dos pais em relação à educação dos filhos.* [s.l.: s.n.], 2009. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_5_2_2_14.php>. Acesso em: 16 jul. 2013.

assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que não tiveram acesso na idade própria, atendimento e educação especializada aos portadores de deficiência, acesso aos níveis mais elevados de ensino, entre outras garantias que vêm sendo observadas de forma precária. O Brasil pode ter expandido sua rede pública de ensino e aumentado sua oferta de vagas, porém diminuiu consideravelmente a qualidade do seu ensino, isso tudo com a ciência do Poder Público.

Há repartição de competências entre os entes federativos, quando se trata de educação, que podem ser privativas, concorrentes e comuns. À União incumbe a organização do sistema federal de ensino e dos Territórios, o financiamento das instituições de ensino públicas federais e o papel redistributivo, supletivo e equalizador com assistência técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, de forma a garantir um padrão mínimo de qualidade de ensino (CF, art. 211, §1º). Os Estados e o Distrito Federal devem oferecer prioritariamente o ensino médio e fundamental (CF, art. 211, § 3º). Já os Municípios devem atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211,2º).

4. A EDUCAÇÃO E AS CONSTITUIÇÕES DE OUTROS PAÍSES

A educação não é uma garantia apenas da Constituição brasileira. Existem outros países que a encaram também como um direito fundamental.

Portugal, em sua constituição, artigo 73, assegura educação e cultura a todos, além de afirmar que é dever do Estado promover a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades econômicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva.

Na Constituição Italiana, segundo seu artigo 34, a escola é aberta a todos. A instrução de primeiro grau, ministrada durante pelo menos oito anos, é obrigatória e gratuita. Os alunos capazes e aplicados, mesmo se carentes de meios econômicos, têm direto de atingir os graus mais altos de estudo. A República torna esse direito, mediante bolsas de estudo, subsídios às famílias e outras medidas, que devem ser concedidas por concurso.

Ainda que a sua organização formal se apresente muito similar à portuguesa, o grau de eficácia do sistema de ensino da Finlândia é bastante elevado, sendo que 56% da

população acima dos 15 anos completa o ensino secundário. A Finlândia é um dos um dos países com a taxa mais alta de dinheiros públicos investidos na educação.[947]

É o Parlamento finlandês que aprova as leis relativas ao sistema de ensino e decide sobre os princípios gerais da política de educação. O Governo e o Ministério da Educação estão encarregados de implementar estes princípios ao nível central. Em todas as questões que digam respeito à escolaridade obrigatória, ao ensino secundário, às instituições de formação profissional e à educação de adultos, o Ministério é aconselhado pelo Conselho Nacional de Educação. Talvez por esse comprometimento do Estado, é que o ensino Finlandês é uma referência mundial.

6. O PADRÃO DE QUALIDADE

Em uma de suas pesquisas, o UNICEF (United Nations Children's Fund) publicou, que no Brasil, 97,6% das crianças e adolescentes entre 7 e 14 anos estão matriculados na escola, o que representa cerca de 27 milhões de estudantes. Esses 2,4% podem parecer irrelevantes, mas representam 680 mil crianças fora da escola. É mais do que a população do Suriname. Ainda que considerável o número de crianças fora da escola, também é de grande relevância saber qual a qualidade do ensino que está sendo ofertado por nosso Governo.

Assim como a educação, o padrão de qualidade do ensino também é preceito constitucional, de eficácia plena e deve ser observado por todos os sistemas de ensino. No artigo 206 da Constituição de 1988, inciso VII, a garantia de um padrão de qualidade é um princípio do ensino. Sendo ainda reforçada em legislação infraconstitucional pelo artigo 3º da Lei De Diretrizes e Bases.

Diante disso, é válido questionar se há qualidade naquilo que é lecionado dentro das salas de aula brasileiras e se existem suportes para que o aprendizado seja efetivamente alcançada. Quem conceitua essa qualidade? Quem fiscaliza?

O Brasil ocupa o 116º lugar no ranking de educação, um estudo realizado com 144 países, pela Word Economic Forum. Segundo o jornal Estadão, “92% das escolas estaduais tiveram nota abaixo da média geral do Brasil na prova objetiva do ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio)”. Frente a tal fato, pode-se perceber que o nosso sistema de ensino está longe do ideal, ou do que nossa legislação nos garante.

---

[947] REY, Beatriz. *Os segredos da Finlândia*. [s.l.: s.n.], 2011. Disponível em: < http://revistaeducacao.uol.com.br/textos/151/os-segredos-da-finlandia-234672-1.asp>. Acesso em: 16 jul de 2013.

Grande parte dos estudantes brasileiros que concluem o ensino médio em escolas públicas, recorrem à rede particular para cursar o ensino superior. O dado é da Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) 2009, divulgado IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

Segundo o Pnad 2009, 86,9% (ou quase 31 milhões de pessoas) dos estudantes com 4 anos de idade ou mais estavam matriculados em um estabelecimento da rede pública, outros 13,1% (4,5 milhões) na rede particular.

A proporção se inverte na rede de educação superior. A mesma pesquisa explicita que 23,4% (1,5 milhão) dos estudantes frequentam uma faculdade ou instituição pública de ensino superior, enquanto a maior parte (76,6% ou mais de 4,9 milhões de pessoas) está presente na rede particular.

A principal forma de garantir a democratização do acesso à universidade pública está na qualidade do ensino fundamental e médio e na garantia do padrão de qualidade supracitado. Os estudantes mais carentes do país entram para o mercado de trabalho assim que concluem o ensino médio e isso não significa que a taxa de desemprego é baixa.

Segundo a Enciclopédia Houaiss[948], a palavra qualidade vem do latim qualitate, que significa superioridade, excelência em qualquer coisa, porém, conforme os dados citados ao longo do texto, nossa educação está longe de ser eficaz, principalmente quando comparada a outros sistemas de ensino. O Brasil apresenta a menor duração do ensino compulsório gratuito: nove anos. São três a menos que a Alemanha. Embora não haja uma definição constitucional e nem mesmo jurisprudencial de qualidade, é fácil diferenciar algo que produz resultados do que é ineficaz.

Segundo Boletim da Unesco[949], a OCDE e a Unesco utilizam como paradigma, para aproximação da qualidade da educação, a relação insumos - processos - resultados. Logo, a qualidade da educação é definida envolvendo a relação entre os recursos materiais e humanos, bem como, a partir da relação que ocorre na escola e na sala de aula, ou seja, os processos ensino aprendizagem, os currículos, as expectativas de aprendizagem com relação à aprendizagem das crianças.

Atualmente, há mais coisas erradas no sistema de ensino brasileiro que a duração da grade, começando pela falta de profissionais. Mesmo com o salário ruim e muito abaixo da média mundial, o magistério virou a segunda opção para grande parte dos acadêmicos que não

---

[948] KOOGAN, André; HOUAISS, Antonio. *Enciclopédia e Dicionário Ilustrado*. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara Koogan, 1993. p. 694.

[949] DOURADO, L. F.; OLIVEIRA, J. F.; SANTOS, C. A.. *A qualidade da educação:* conceitos e definições. [s.l.; s.n.]. Disponível em: < http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/qualidade_da_educacao.pdf>. Acesso em: 15 de jul de 2013.

conseguem espaço em suas áreas específicas. Não há a qualificação necessária para que exista qualidade nas aulas ministradas, sem o investimento também no ensino superior, corremos o risco de entrarmos em círculo vicioso, onde sem o preparo do profissional da educação, a educação infantil, ensino fundamental e médio podem ressentir-se também sem qualidade suficiente de ensino para os educandos.

A infraestrutura das escolas públicas é lastimável. Muitas vezes não há nem mesmo o material básico para que os alunos possam aprender, e no que tange o dever do Estado de seu fornecimento (CF, art. 208, inciso VII), material didático-pedagógico insuficiente, inadequado ou sem condições de utilização, inclusive por falta de instalação de rede elétrica nos prédios escolares, em alguns lugares nem mesmo o transporte é fornecido, como nos garante o inciso, isso, sem entrar nos méritos do já prolatado problema da alimentação, ou merenda escolar. Sem o mínimo de condições físicas, fica difícil até mesmo falar dos mínimos padrões de qualidade citados na LDB. Também devem ser relevantes o estado físico do aluno, que muitas vezes decorre de uma precária alimentação e saúde; talvez tal fato não implique na educação enquanto oferta, porém interfere em seus resultados.

7. A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SOCIAL

Uma das questões mais angustiantes aos estudiosos, neste início de século, é a educação. Trata-se de um direito fundamental, que ocupa lugar de destaque no âmbito do Direito Constitucional.[950]

Os direitos fundamentais também são chamados de direitos humanos. São os direitos de todos os homens e mulheres. Sua finalidade é proteger o ser humano, por isso, são essenciais à vida em sociedade. Possuem como características a universalidade, historicidade, limitabilidade, irrenunciabilidade e a inalienabilidade.[951]

> De acordo com a corrente jusnaturalista, os direitos fundamentais existem independentemente da chancela do Estado, que, por sua vez, deve positivá-los, reconhecendo-os, formalmente. Todavia, positivados ou não, tais direitos existem; pois para tanto, não dependem do reconhecimento estatal.[952]

---

[950] FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p.17.
[951] VASCONCELLOS, Marcus. *Direito Constitucional* (Nova Coleção Concursos Públicos; o passo decisivo para sua aprovação; v.9). Barueri, SP: Gold Editora, 2012. p. 16.
[952] FACHIN, Zulmar, op. cit.. p.233.

Mesmo a educação sendo um direito fundamental, infelizmente não há em muitas escolas do país uma efetiva educação de qualidade, a qual é garantida pela Constituição Federal.

Já como um direito social, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho.[953]

Dessa forma, enquanto direitos fundamentais, os direitos sociais têm aplicação imediata e podem ser implementados, no caso de omissão legislativa, por meio do controle de constitucionalidade, os quais são o mandado de injunção ou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).[954]

8. DOS PRINCÍPIOS E FINS DA EDUCAÇÃO NACIONAL

De acordo com os dispositivos constitucionais, a educação brasileira há de se pautar pela liberdade e pelos ideais de solidariedade humana. O artigo 206 da Constituição Federal elenca os princípios, os quais serão a base para o ensino que será ministrado em nosso país. São eles: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e particulares; gratuidade do ensino público; valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira; gestão democrática do ensino público; garantia de qualidade; e piso salarial para profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.[955]

Isto significa que todos os esforços na escola, seja no que concerne à educação básica, seja em relação ao ensino superior, a Constituição Federal está comprometida com o propósito mais amplo de favorecer o pleno desenvolvimento do educando, sua capacitação para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho.

---

[953] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado.* 16ª Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1076.

[954] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: SARAIVA, 2012. p. 1076.

[955]BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília,* DF: Senado Federal, 1988.

Os princípios que regem a educação nacional também estão detalhados na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a LDB, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Seu conteúdo abrange desde a igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola até a vinculação com o trabalho e as práticas sociais, passando por outros aspectos importantes, os quais, na maioria coincidem com os princípios do artigo 206 da Constituição Federal.

De acordo com os dispositivos citados, reconhece-se uma grande preocupação com as minorias sociais, ou seja, com as pessoas que encontram dificuldades para se escolarizar por razões socioeconômicas.

Se compararmos as duas últimas reformas educacionais, será possível constatar que demos um grande salto na educação.

Além do artigo 3° da Constituição Federal, que estabelece, como objetivo fundamental da República, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, outros dispositivos realçam a função da educação social. Entre eles está o artigo 7°, inciso XXV, da CF, que prevê assistência gratuita aos filhos e dependentes dos trabalhadores urbanos e rurais, desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas; art. 208, inciso IV, que destaca como garantia do cumprimento do dever de educar do Estado, o atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade; e o art. 211, parágrafo 2°, que define a atuação prioritária dos municípios em matéria de ensino fundamental e pré-escolar.[956]

A Emenda Constitucional n°14, ao substituir os termos do parágrafo 2° do artigo 211, consagrou a expressão “educação infantil”, alargando a faixa de atendimento prioritário dos municípios.

Mesmo com tantas garantia constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei 8069 de 13 de julho de 1990, ratificou o dever do Estado já mencionado na Constituição Federal.

9. DO DIREITO À EDUCAÇÃO E DO DEVER DE EDUCAR

No caso dos jovens, percebe-se que é no período da transição entre a idade infantil e a idade adulta que estes ficam vulneráveis, onde surgem crises e desafios, caracterizados por conflitos internos, onde o adolescente busca a sua identidade e seu espaço na sociedade.

[956]BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

A autonomia, definida como a capacidade de se conduzir e tomar decisões por si próprio, levando em conta regras, valores, sua perspectiva pessoal, bem como a perspectiva do outro, é na adolescência, mais do que um objetivo a ser alcançado, e deve ser norteado com os princípios das ações educativas.

Essas bases educacionais devem ser difundidas não somente pela a Instituição Escolar , como também pelas famílias, desde o nascimento da criança.

De acordo com a Constituição Federal, artigo 205:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.[957]

Na Lei 9394/96, a LDB, também fica clara a responsabilidade da família na educação dos filhos:

> Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.[958]

9.1 A ausência de qualidade no ensino

A União deve garantir o padrão mínimo de qualidade do ensino e, em caso de oferta irregular por falta de qualidade do ensino fundamental, de acordo com o artigo 208, §2º, responde judicialmente de forma concorrente, solidária, com o Estado ou Município, dependendo da série em que se promova a deficiência na qualidade educacional.

Porém, ainda que estejamos preocupados com os profissionais sem qualidade que estão se formando, com as crianças que pouco aprendem em suas salas de aula, há mais um questionamento a se fazer: O que a ausência de qualidade da escola pode ocasionar com a vida de uma criança ou adolescente?

---

[957] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

[958] LEI DE DIRETRIZES E BASES *da educação nacional*. [s.l.:s.n.]. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

9.2 Consequências

A falta de uma efetiva educação de qualidade traz conseqüências irreversíveis na vida de uma criança. Atualmente, e cada vez mais, exige-se um alto grau de escolaridade para que se tenha um bom emprego, que satisfaça as necessidades de uma vida digna, o que é de grande custo. Dessa maneira, sem uma educação de qualidade, e consequentemente, muitas vezes sem perspectivas de uma vida profissional bem sucedida, a população jovem é atraída para o mundo do crime, muitas vezes visto como fácil, prazeroso, porque é proibido e vantajoso. Assim, estes são vítimas fáceis para o mundo da criminalidade e das drogas, esta que, por sua vez afunda cada vez mais o indivíduo que a consome, afundando também com sua família e com sua vida.

Nas escolas pode-se observar o crescimento da predominância da rebeldia de muitas crianças, ainda pequeninas, onde no jardim de infância já apresentam reflexos que geralmente adquirem no convívio com a família, ou até mesmo pela falta desta. Na maioria das vezes, essas crianças e jovens são carentes de afeto, carinho, educação, e acabam tentando chamar a atenção da sociedade de alguma maneira. Porém, nem sempre esta “maneira” é a escolha certa.

Embora tenha havido, nos últimos vinte anos, uma grande evolução histórica acerca dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, ainda existem vários fatores externos que influenciam a prática de atos infracionais por estes.

Esses fatores condicionantes da violência devem ser combatidos, pois as crianças e adolescentes, não só de nosso país, mas também do mundo, precisam de ajuda para que se tornem cidadãos dignos de respeito.

Entre os vários problemas que cercam a vida do jovem em nossas cidades de grande e médio porte podem-se mencionar, por exemplo, a má qualidade do ensino público proporcionado às crianças e adolescentes de baixa renda; falta de alternativas para a prática de esporte, lazer e recreação formativos; ausência de atividades culturais de formação básica (teatro, cinema, leitura, música etc.) e, consequentemente, a falta de qualquer perspectiva de trabalho, de inserção ou de ascensão social.

Todavia, dentre as maiores ameaças que pairam sobre a nossa juventude, pelo menos quatro são realmente alarmantes. São elas: o alastramento do tráfico de drogas; a falência de instituições tais como escola e família; o apelo consumista alimentado por

setores da mídia e a desigualdade social que marginaliza parcelas importantes da juventude, levando um enorme contingente de jovens à prática de crimes.[959]

Porém, um trabalho da Universidade de São Paulo ajuda a desfazer alguns deles. O estudo foi feito a partir da análise dos prontuários de 2.400 internos da Fundação Casa, antiga Febem, entre 1960 e 2002. Os resultados indicam que, nas últimas quatro décadas, ao mesmo tempo em que cresceu a participação dos adolescentes no crime, aumentaram também o grau de escolaridade e a inserção desses jovens infratores no mercado de trabalho. O resultado surpreende por contrariar uma das crenças mais difundidas sobre o problema da criminalidade entre os jovens: a de que mais empregos e maior escolaridade, por si sós, seriam capazes de diminuir as taxas de violência.[960]

De acordo com essa pesquisa, pode-se observar que a escola pública não está conseguindo reter o jovem, e também, que, mesmo tendo estudado, este estudo é de má qualidade, e, aliado às péssimas expectativas de trabalho, instigam ainda mais o jovem a mergulhar no mundo fácil e traiçoeiro do crime.

9.3 Responsabilidade social

Cada vez mais revoltados com a própria vida que têm, com o descaso do governo diante da educação, diante da falta de qualidade de vida, de oportunidades, os adolescentes infratores estão cada vez mais violentos. A maior parte dos crimes contra o patrimônio não se dá pela fome ou pela privação absoluta. Hoje, a maioria dos jovens infratores não roubam um tênis porque não têm nada para calçar, mas sim porque deseja um tênis de grife.

A prevenção contra a criminalidade infanto-juvenil também pode ser feita retirando essas crianças e jovens das ruas através de programas sociais que proporcionem isso, como uma escola que abra suas portas para a comunidade em um período que não haja aulas, para que seja proporcionada a recreação, onde alunos ou não possam utilizar esses espaços nos finais de semana, preenchendo o tempo livre com atividades lúdicas e esportivas, que também podem ser praticadas em praça pública ou em bairros distintos.[961]

---

[959]MACHADO, Antônio Alberto. *Criminalidade infanto-juvenil*. [s.l. s.n.], 2011. Disponível em: <http://blogs.lemos.net/machado/2011/05/16/criminalidade-infanto-juvenil/>. Acesso em: 24 set. 2012.
[960]JOLY, Heloisa. *A tribo dos meninos perdidos*. Revista Veja, São Paulo, Ed. 1990, ano 40, 10 jan. 2007. p. 80.
[961] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização. In: Secretaria Especial Dos Direitos Humanos (Org.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional***:** socioeducação e responsabilização. Brasília: UNFPA, 2006.p.29.

A escola deve proporcionar uma atividade prazerosa para o educando, um processo de ensino-aprendizagem que seja ao mesmo tempo lúdico e que forme cidadão de bem. Segundo Paulo Afonso Garrido de Paula:

> Qualquer programa preventivo deve ter um atrativo importante, um forte apelo para que a criança e o jovem sintam-se interessados pelo projeto, que tenham vontade de preencher determinados espaços, que o uso do tempo tenha a qualidade do prazer ou da obtenção de bens materiais da vida.[962]

É necessário que essas atividades culturais voltadas para crianças e jovens sejam feitas em todas as cidades, pois estas previnem efetivamente as infrações que estes podem praticar.

A atenção também deve se voltar para as crianças e jovens que já cometeram atos infracionais. Estes também devem participar dessas atividades, tanto para se ressocializarem, relacionarem-se com outros jovens, quanto para evitar a reincidência.

Portanto, a Escola possui um papel elementar na formação dos jovens, e tem juntamente com a família a responsabilidade de desenvolver condições para que todos eles se tornem pessoas responsáveis, que contribuam para o progresso de nossa sociedade.

CONCLUSÃO

A partir da análise realizada neste artigo, conclui-se que a educação em nosso país, apesar de ter todas as garantias constitucionais e infraconstitucionais em vigência, nem todas são realmente aplicadas de maneira efetiva em nossas instituições de ensino.

A escola possui natureza formativa. Essa natureza precisa ser preservada e ainda mais instigada, para que seja voltada à formação integral do indivíduo ao qual se dirige. Embora se tratem de produções oriundas de necessidades sociais que explicam e legitimam seu funcionamento, sua atuação sobre o recebedor é sempre ativa e dinâmica, de modo que este não permanece indiferente aos seus efeitos.

Desta maneira é indispensável que atitudes efetivas sejam realizadas para que a educação de nosso país seja transformada, tornando-se acessível a todos, porém não acesso a

[962] PAULA, Paulo Afonso Garrido de, op. cit., p.29.

uma instituição de ensino de enfeite, mas sim uma educação de qualidade, que transforme vidas, que proporcione às nossas crianças, jovens e adultos um futuro melhor. Uma educação que contenha materiais didáticos de excelência, professores capacitados, estruturas físicas que ofereçam acesso aos deficientes físicos, um corpo pedagógico que realmente saiba o significado de ser professor e que tenham o dom do magistério.

As crianças devem receber a educação primeiramente em suas famílias. Em conjunto com a escola, estas devem receber uma formação sólida no que diz respeito aos valores sociais e humanos. No fortalecimento dos vínculos de família reside a garantia de uma sociedade equilibrada e mais segura. A falta de uma estrutura familiar acarreta muitas consequências para as crianças, que acabam fracassando na escola, tendo em vista a falta de motivação e participação dos pais no processo ensino-aprendizagem. A criança precisa de motivação em sua casa e na escola. Dessa maneira muitos jovens que cresceram tendo que administrar os problemas da escola e da família, não conseguem ter uma formação sólida e acabam caindo no mundo das drogas e crimes.

Portanto, a responsabilidade da formação educacional do futuro do nosso país não depende apenas das garantias legais existentes, mas sim da união e cooperação entre todos os responsáveis que permeiam este processo tão importante na vida do indivíduo, processo este de formação de cidadãos.

REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. 1ª Ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

DECLARAÇÃO *Universal Dos Direitos da Criança.* [s.l.:s.n]. *Disponível em:* <http://www.destinacaocrianca.org.br/arquivos/arq_175_Declaracao_direitos_crianca.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2013.

DOURADO, L. F.; OLIVEIRA, J. F.; SANTOS, C. A.. *A qualidade da educação:* conceitos e definições. [s.l.; s.n.]. Disponível em: < http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/qualidade_da_educacao.pdf>. Acesso em: 15 de jul de 2013.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª Ed. Rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

JOLY, Heloisa. *A tribo dos meninos perdidos*. Revista Veja, São Paulo, Ed. 1990, ano 40, 10 jan. 2007.

KOOGAN, André; HOUAISS, Antonio. *Enciclopédia e Dicionário Ilustrado*. Rio de Janeiro:

Ed. Guanabara Koogan, 1993.

LEI DE DIRETRIZES E BASES *da educação nacional.* [s.l.:s.n.]. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Antônio Alberto. *Criminalidade infanto-juvenil*. [s.l.:s.n.], 2011. Disponível em: <http://blogs.lemos.net/machado/2011/05/16/criminalidade-infanto-juvenil/>. Acesso em: 24 set. 2012.

O QUE *é educação?* [s.l.:s.n.], 2008. Disponível em: <http://www.midiaindependente.org/pt/red/2008/07/423671.shtml>. Acesso em: 25 jun. 2013.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização. In: Secretaria Especial Dos Direitos Humanos (Org.). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional***:** socioeducação e responsabilização. Brasília: UNFPA, 2006.

_____. *Deveres dos pais em relação à educação dos filhos.* [s.l.: s.n.], 2009. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_5_2_2_14.php>. Acesso em: 16 jul. 2013.

REY, Beatriz. *Os segredos da Finlândia*. [s.l.: s.n.], 2011. Disponível em: < http://revistaeducacao.uol.com.br/textos/151/os-segredos-da-finlandia-234672-1.asp>. Acesso em: 16 jul de 2013.

VASCONCELLOS, Marcus. *Direito Constitucional* (Nova Coleção Concursos Públicos; o passo decisivo para sua aprovação; v.9). Barueri, SP: Gold Editora, 2012.

A JURISDIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Fabrício Fracaroli PEREIRA[963]

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar o papel da atividade jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais. Para tanto, em um primeiro momento, expõe, ainda que brevemente, algumas considerações a respeito de tais direitos, mediante a explanação de suas características. Na sequência, avalia a atuação do Estado como responsável pela sua proteção e promoção. A complementação de tal análise vem em destaque, ao final, quando do estudo do Poder Judiciário, órgão responsável pelo exercício da atividade jurisdicional. É nesse ponto que se concentram as razões que permitem afirmar a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais por meio da jurisdição.

RESÚMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar el papel de la actividad judicial en la observancia de los derechos fundamentales. Por lo tanto, en un primer momento, expone, aunque sea brevemente, algunas consideraciones sobre tales derechos, sobre la explicación de sus características. Como resultado de ello, evalúa el desempeño del Estado como responsable de su protección y promoción. La conclusión de este análisis se pone de relieve al final, cuando el estudio de la Magistratura, el órgano responsable del ejercicio de la actividad judicial. Es aquí donde se centran las razones que nos permiten afirmar la posibilidad de aplicación de los derechos fundamentales por parte de la jurisdicción.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição, direitos fundamentais, efetividade.

PALABRAS-CLAVE: Jurisdicción, los derechos fundamentales, la efectividad.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve por objetivo analisar a relação existente entre a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado, por intermédio do Poder Judiciário, e a efetivação dos direitos fundamentais.

[963] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (2013). Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (2012). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2009). Advogado. Escriturário do Banco do Brasil S/A. Contato: fabriciofracaroli@gmail.com.

Para tanto, num primeiro momento, buscou-se explicitar, ainda que de maneira sucinta, algumas considerações acerca dos direitos fundamentais.

Importa ressaltar que o trabalho intencionou abordar aludida temática com foco na realidade brasileira. Assim, sua análise procurou estabelecer uma constante relação com os direitos previstos na Constituição da República, de 05 de outubro de 1988, bem como os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil, consoante prevê seu artigo 5º, § 2º.

Foi adotado o posicionamento de que os direitos fundamentais representam valores historicamente adquiridos mediante lutas e revoluções contra as incontáveis violações e desrespeitos ao ser humano pelos detentores do poder.

Diante disso, procurou-se, atentado para os conceitos de *fundamentalidade formal* e *material,* explanar as perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, no sentido de que, a princípio, eles podem tanto ser considerados como direitos subjetivos individuais, mas também como elementos objetivos fundamentais que se irradiam por todo o ordenamento jurídico.

Em seguida, foi discorrido sobre a classificação dos direitos fundamentais em *direitos de defesa* e *direitos a prestações,* e suas subdivisões.

Num segundo momento, foi discorrido sobre o papel do Estado na proteção e promoção dos direitos fundamentais, no sentido de que deve direcionar seus esforços ao cumprimento dos preceitos constitucionais, pelos órgãos que exercem as funções legislativa, executiva e judiciária.

Foi feita uma breve passagem pelas dimensões dos direitos fundamentais e sua relação com a evolução dos modelos de Estado, para então expor a superação do paradigma do direito pautado na sua validade meramente formal para um modelo em que se preza sua efetividade material.

Por fim, destacou-se o novo paradigma que se estabeleceu, focado na efetividade material dos direitos fundamentais, para então relacionar a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais pela atuação do Poder Judiciário, por intermédio de sua função típica, a função jurisdicional.

1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao adentrar na temática dos direitos fundamentais, diversas teorias e posições relativas ao seu conceito podem ser encontradas. Desde concepções jusnaturalistas, que

defendem serem os direitos fundamentais valores inerentes ao ser humano ou pertencentes à natureza humana, até juspositivistas, para as quais os direitos fundamentais representam preceitos definidos como tal em um determinado ordenamento jurídico.

Não obstante, pode-se afirmar que os direitos fundamentais consistem em valores historicamente adquiridos mediante lutas e revoluções contra o poder absoluto, e que representam o resultado da oposição contra inúmeras violações e desrespeitos ao ser humano, bem como à sua dignidade.

A título de esclarecimento, importa mencionar que o presente trabalho tem por objetivo abordar os direitos fundamentais com vistas à realidade brasileira, de modo que, no decorrer do texto, procurar-se-á relacionar a temática estudada com os direitos previstos no corpo da Constituição da República, de 05 de outubro de 1988, bem como os decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais celebrados pela República Federativa do Brasil (art. 5º, §2º).

Por se tratarem de valores considerados basilares, ou fundamentais, a um Estado e sua sociedade, os direitos fundamentais foram positivados no corpo constitucional, de modo a receber proteção tanto do legislador ordinário quanto do poder constituinte reformador. Eles compõe, pois, parte do núcleo intangível constitucional, ao qual se atribuiu a denominação de cláusulas pétreas.

No Brasil, a Constituição da República prevê, no seu art. 60, §4º, que não será objeto de deliberação proposta de emenda constitucional destinada a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes, bem como os direitos e garantias individuais.

Ao lado do conceito de direitos fundamentais, importa ressaltar a ideia de fundamentalidade formal e material. Como leciona Sarlet (2001, p. 11), são fundamentais aquelas posições que,

> [...] do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal).

Logo, pela adoção dessa sistemática, resulta o fato de que, sob o aspecto material, “se a Constituição enumera direitos fundamentais no seu Título II, isso não impede que direitos fundamentais – como o direito ao meio ambiente – não possam estar inseridos em outros dos seus Títulos, ou mesmo fora dela” (MARINONI, 2005, p. 34).

Por conseguinte, somente pela análise do conteúdo dos direitos fundamentais é que se torna possível verificar sua fundamentalidade material, ou seja, a “circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana” (SARLET, 2012, p.75).

Assim, uma definição meramente formal, no sentido de serem fundamentais aqueles direitos constantes do corpo normativo de uma Constituição, mostra-se insuficiente, pois, como já foi ressaltado, existe a possibilidade da presença de direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, de modo que se possa identificar, na expressão de Sarlet (2012, p. 78), um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais no direito brasileiro.

Além disso, é importante atentar para as denominadas perspectivas objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais, no sentido de que, a princípio, eles podem tanto ser considerados como direitos subjetivos individuais como também elementos objetivos fundamentais do ordenamento jurídico.

Nos dizeres de Sarlet (2012, p. 145),

> Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da ideia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.

Portanto, os direitos fundamentais não correspondem apenas a direitos individuais subjetivos, com perfil marcantemente individualista (característica do liberalismo): representam, igualmente, valores objetivos que se disseminam por todo o ordenamento jurídico, orientando sua atuação e permitindo sua compreensão, irradiando-se perante toda a sociedade.

É nesse sentido que se torna possível compreender a necessidade da interpretação da legislação pátria, incluindo as demais normas constitucionais, sempre com foco nos direitos fundamentais.

A esse respeito, Marinoni (2005, p. 37) nos lembra de que, "quando os direitos fundamentais são tomados como valores incidentes sobre o Poder Público, importa especialmente a atividade de aplicação e interpretação da lei, uma vez que ela não pode ser dissociada de tais direitos".

Desse modo, explanada a definição, embora de forma breve, do que se entende por direitos fundamentais, importa estabelecer critérios ainda mais delimitadores: a noção de direitos fundamentais de defesa e de prestação. Trata-se do que se costuma denominar de multifuncionalidade dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 155; MARINONI, 2005, p. 38).

De acordo com a classificação proposta por Sarlet (2012, p. 155 e ss.), os direitos fundamentais subdividem-se em direitos de defesa e direitos a prestações.

Os direitos a prestação, por sua vez, ramificam-se em direitos a prestações em sentido amplo (os quais se subdividem em direitos à proteção e em direitos à participação na organização e procedimento) e em direitos a prestações em sentido estrito.

Os direitos de defesa correspondem aos direitos que os indivíduos possuem contra as ingerências advindas do Estado. Apesar de não corresponderem mais à realidade atual nos moldes de sua origem (eis que possuem matriz liberal-burguesa), ainda são de suma importância, tendo em vista a constante possibilidade de abuso de poder pelo Estado. Representarem a necessidade de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, pelo que são caracterizados em sua essência como *direitos negativos* e abrangem, além da liberdade e igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito de propriedade, notadamente ligados à primeira dimensão dos direitos fundamentais (SARLET, 2001, p.14).

Por sua vez, os direitos a prestações presumem o cumprimento, pelo Estado, de obrigações de ordem material e jurídica. Sarlet (2012, p. 184) afirma que,

> Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em ultima analise, a garantia não apenas da

> liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o individuo, no que concerne à conquista e manutenção da sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

É justamente no tocante aos direitos fundamentais a prestações, cujas raízes se situam na evolução do Estado de Direito liberal-burguês para um estado Social e Democrático de Direito, que o problema quanto à efetividade torna-se mais visível, em especial à parcela da população que possui menores condições financeiras e que deles mais dependem, eis que existem limitações de ordem econômica e jurídica para sua efetivação.

A garantia dos direitos a prestações geram dispêndios ao Estado, o que muitas vezes implica na sua retração perante demandas (sejam legislativas, executivas ou mesmo judiciárias) desta natureza e, consequentemente, na falta de efetividade destes direitos.

O Estado, quando da implementação de direitos a prestação, depara-se com situações que estão diretamente ligadas a serviços e bens materiais, isto é, providências que possuem uma dimensão econômica. Assim, tendo em vista a frequente limitação dos recursos econômicos, surgem proposições no sentido de condicionar a eficácia dos direitos fundamentais sociais, a exemplo da “teoria da reserva do possível”.

Nos próximos tópicos, analisar-se-á o dever do Estado na efetivação dos direitos fundamentais, tanto pelos Poderes Executivo e Legislativo como, também, por intermédio do Poder Judiciário.

2 O PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sem o intuito de adentrar na discussão que permeia o conceito de Poder, tema que por si só exigiria extensa dissertação, a título de mera explanação pode-se defini-lo, sucintamente, como uma força capaz de coordenar e decidir, inclusive de forma coercitiva, a realização de determinados fins (SILVA, 2006, p. 107).

Assim, o Poder político do Estado soberano destina-se à coordenação e imposição de regras aos cidadãos e ao próprio Estado, objetivando alcançar suas finalidades – no Brasil, expostas no art. 3º, da Constituição da República – com vistas ao bem comum (SILVA, 2006, p. 107).

Para exercer aludida tarefa, o Poder político subdivide-se em funções, conforme previsão do art. 2º da Constituição da República, que estabelece como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A harmonia e independência dos órgãos que exercem as funções legislativa, executiva e judiciária, todavia, é garantida para que possam direcionar seus esforços ao cumprimento dos preceitos constitucionais, dentre os quais, os direitos fundamentais. São todos, portanto, equivalentes e complementares, pois, como lembra CARVALHO FILHO (2006, p. 02):

> [...] não há exclusividade no exercício das funções pelos Poderes. Há, sim, preponderância. As linhas definidoras das funções exercidas pelos Poderes têm caráter politico e figuram na Constituição. Aliás, é nesse sentido que se já de entender a independência e a harmonia entre eles: se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados pela Constituição.

Os direitos fundamentais devem, por isso, ser observados por todos os indivíduos e pelo próprio Estado, quando do exercício do Poder político.

Como já mencionado no tópico anterior, os direitos fundamentais consistem em valores historicamente adquiridos mediante lutas e revoluções contra o poder absoluto, as quais exerceram influência e acompanharam a evolução do próprio conceito de Estado.

As dimensões de direitos fundamentais bem representam esse desenvolvimento:

Os direitos da denominada primeira dimensão, relacionados ao ideal de liberdade (direitos civis e políticos), foram os primeiros a constarem num documento constitucional (BONAVIDES, 2011, p. 563). Estão ligados intimamente ao Estado Liberal de Direito.[964]

Já os direitos fundamentais da chamada segunda dimensão foram complementados por conquistas de cunho social e humanista, e estão ligados ao ideal de igualdade (direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos). Assim, apresentam vínculo com o Estado Social de Direito.[965]

---

[964] Segundo Manuel Garcia-Pelayo (apud STRECK; MORAIS, 2001, p. 89), "o Estado Liberal de Direito pode ser definido como sendo "Um estado cuja função principal é estabelecer e manter o Direito cujos limites de ação estão rigorosamente definidos por este, bem entendido que Direito não se identifica com qualquer lei ou conjunto de leis com indiferença sobre seu conteúdo [...]. O estado de direito significa, assim, uma limitação do poder do Estado pelo Direito, porem não a possibilidade de legitimar qualquer critério concedendo-lhe forma de lei [...]"

[965] Na definição de Manuel Garcia Pelayo, apresentada por Streck e Morais (2001, p. 92), "o Estado Social de Direito significa um estado sujeito à lei legitimamente estabelecida com respeito ao texto e às práticas

Na sequência, em uma terceira dimensão, cujo valor central é a fraternidade, os direitos fundamentais aproximam-se intensamente do Estado Democrático de Direito, de modo que

> O Estado Democrático de Direito teria a característica de *ultrapassar* não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *welfare state* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de *transformação da realidade.* (STRECK; MORAIS, 2001, p. 93)

Com a crescente superação do modelo jurídico tradicional, de cunho liberal, desenvolvido a partir das revoluções burguesas do século XVIII, focado na luta contra o absolutismo e pautado na legalidade como solução aos arbítrios do soberano,[966] sobretudo a partir do período que compreende o pós-guerra, em meados do século XX, um novo paradigma se estabeleceu, focado na efetividade material dos direitos fundamentais, com principal fundamento na dignidade da pessoa humana.

Não obstante, o positivismo jurídico, doutrina intimamente ligada à concepção liberal do direito, no qual prepondera a forma da lei em detrimento de seu conteúdo,[967] e relacionado a um conceito de constitucionalismo também formal, acabou superado pelo pós-positivismo.

Desta forma, destaca-se o fenômeno do denominado neoconstitucionalismo, pelo qual "[...] se propõe a superar o paradigma da validade meramente formal do direito, no qual bastava ao Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser a expressão jurídica" (CAMBI, 2011, p. 37).

Diante disso, pode-se afirmar que as normas definidoras de direitos fundamentais – as quais são passiveis de aplicação imediata, consoante previsão do art. 5º, §1º, da Constituição da República – incidem sobre todo o ordenamento jurídico, de modo a orientar

---

constitucionais, indiferentemente de seu caráter formal ou material, abstrato ou concreto, constitutivo ou ativo, à qual, de qualquer maneira, não pode colidir com os preceitos sociais estabelecidos pela Constituição e reconhecidos pela práxis constitucional como normatização de valores por e para os quais se constitui o Estado Social e que, portanto, fundamentam a sua legalidade."

[966] Como lembra Marinoni (2011, p. 27), "O princípio da legalidade, assim, acabou por construir um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa".

[967] "O positivismo jurídico não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação" (MARINONI, 2011, p. 32).

as tarefas dos órgãos Judiciários, Legislativos e Executivos (MARINONI, 2005, p. 37), com a finalidade de conferir efetividade material a esses direitos.

Nas palavras de Cambi (2011, p. 33):

> [...] os direitos fundamentais são "princípios" que produzem efeitos sobre toda a ordem jurídica, sendo dotados de uma *eficácia expansiva* que inclui todos os âmbitos jurídicos. Podem ser analisados na dimensão vertical (Estado-cidadão), mas também na horizontal (isto é, na esfera jurídica privada, entre pessoas e entidades não estatais, as quais se encontram em posição de igualdade formal), toda vez que houver *desequilíbrio de poderes* entre os particulares.

Neste contexto, os valores e fins do Estado, previstos no documento que o constituiu – a Constituição –, não fica condicionado ao exercício apenas das funções executiva e legislativa.

Mais do que nunca, a jurisdição, "iluminada pelo dever de se prestar uma tutela adequada, tempestiva e efetiva, como corolário ao direito fundamental de ação, passa a ser vista como um meio de se realizar os fins do Estado" (PEREIRA FILHO; MORAES, 2012, p. 54).

Como consequência, ressalta-se a atuação do Poder Judiciário, por intermédio de sua função típica – jurisdicional –, na efetivação dos direitos fundamentais, como será mais bem abordada no próximo tópico.

3 A JURISDIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Estado moderno, o conceito de jurisdição acompanha a ideia do próprio direito (SILVA, 2005, p. 11).

O "crescimento avassalador do Estado moderno está intimamente ligado ao monopólio da produção e aplicação do direito, portanto à sua criação, seja em nível legislativo, seja em nível jurisdicional" (SILVA, 2005, p. 11).

Outrora entendida como a função de dizer o direito no caso concreto[968] (*juris dictio*), pautada pelo entendimento liberal que equiparava o direito à lei, a concepção da função jurisdicional, assim como a do direito, sofreu intensas transformações.

[968] Dentre as teorias que buscaram conceituar a atividade jurisdicional, destaca-se a concepção de Chiovenda,

Na contemporaneidade, a lei não possui mais a supremacia de que antes se valia no Estado legislativo e que, sob o pretexto de corresponder à legítima vontade popular, não demonstrava qualquer preocupação com os princípios de justiça (MARINONI, 2011, p. 23).

A evidente supremacia do parlamento daquela época foi bem demonstrada pelas palavras do jurista francês Raymond Carré de Malberg que, em nota sobre o debate de Hans Kelsen ocorrido na sessão de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público, sintetizou o modelo francês então existente:

> O sistema francês de organização dos poderes constituídos tomou, desde o início, caminho bem diferente. Deixando de lado a excepcional medida em que o rei, sob alguns aspectos particulares, era qualificado de 'representante', a Constituição de 1791, na esteira da declaração dos direitos de 1789, estabeleceu entre o corpo legislativo e as outras autoridades uma espécie de desigualdade que tinha uma causa profunda e que excluía qualquer possibilidade de uma separação verdadeira e substancial entre poder legislativo e poder constituinte. Enquanto o executivo e a autoridade judiciária exerciam suas atribuições na forma e com os poderes de funcionários que agem a serviço da nação, a assembléia de deputados, concebida como o órgão que 'quer pela nação', se tornava a 'representação' mesma desta última e adquiria, a esse título, a posse da soberania nacional com os poderes daí decorrentes. E é isso que a declaração de 1789 formulava em termos penetrantes quando, no art. 6.°, a propósito da lei oriunda das decisões do legislador, dizia que é 'expressão da vontade geral' (Const. 1893, art. 4.° da Declaração dos Direitos; Const. do ano III, art. 6.° da Declaração dos Direitos); e na seqüência do texto precisava e reforçava o alcance dessa definição especificando que 'através dos seus representantes todos os cidadãos' exercem 'o direito de participar da sua formação'. Era como dizer que, no corpo legislativo, no momento da elaboração das leis, está presente o próprio povo ou a totalidade dos cidadãos. O que o legislador decidiu é decisão legislativa do povo, mas do próprio povo soberano. Abria-se desse modo um abismo jurídico entre o poder legislativo da assembléia dos deputados, que representa a nação, e as competências das outras autoridades, que só ocupam cargos como funcionários. Compreende-se portanto facilmente, como, dadas essas

---

para quem seria a "[...] função dos juízes [...] afirmar e atuar a vontade abstrata da lei, tornando-a realidade no caso concreto" (SILVA, 2005, p. 15), e a doutrina de Carnelutti, que conceituou a jurisdição como a "[...] *justa composição da lide*, mediante sentença de natureza declarativa, por meio da qual o juiz *dicit jus*" (SILVA, 2005, p. 20).

> premissas, a Constituição de 1791 (tít. III. Cap. II, seç. I, art. 3.°) tenha podido concluir que 'na França, não há autoridade superior à da lei'. (KELSEN, 2003, p. 200).

No modelo atual, tendo a Constituição se erigido ao ápice do ordenamento jurídico, deve a atuação de todos os Poderes – incluindo o legislativo, logo, *a lei*, como resultado do exercício de sua função típica – subordinar-se a ela e aos direitos fundamentais.[969]

Os direitos fundamentais, portanto, "[...] configuram o *epicentro axiológico* da ordem jurídica, condicionando o exercício da hermenêutica e da produção da norma (*eficácia irradiante dos direitos fundamentais*)" (CAMBI, 2011, p. 60).

Assim, ante a insuficiência das percepções liberais, tem-se a necessidade de uma nova teoria sobre a jurisdição, que pressuponha um acréscimo ao seu conteúdo da observância e efetivação dos direitos fundamentais.

São, desta feita, oportunas as palavras de Marinoni (2011, p. 46), quando afirma que

> [...] não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.

Com isso, destaca-se o fenômeno do neoconstitucionalismo, pelo qual se torna necessária uma mudança no papel do jurista, sendo que sua obrigação "[...] não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais" (MARINONI, 2011, p. 47), por intermédio de uma "compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como "conformação da lei"" (MARINONI, 2011, p. 48).

O papel destinado ao Poder Judiciário, mais do que nunca, mostra-se de especial relevância. Enquanto em épocas pretéritas ocupava um posicionamento passivo, secundário, coadjuvante numa peça em que o protagonista era o Poder Legislativo, nos dias atuais ele ocupa destaque no cenário jurídico e político.

Com isso, principalmente a partir a Constituição da República Brasileira, de 05 de outubro de 1988, marco histórico nacional da transição para o Estado Democrático de Direito

---

[969] "Diante da transformação da concepção de direito, não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acrítico" (MARINONI, 2011, p. 138).

(CAMBI, 2011, p. 38), “há um sensível deslocamento da esfera de tensão do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário” (STRECK; MORAIS, 2001, p. 98).

A atividade jurisdicional finalmente passa a ocupar a posição que lhe incumbe, em pé de igualdade – guardadas as devidas proporções – com os demais Poderes do Estado. O que era de se esperar, até porque “[...] o poder é inerente à atividade jurisdicional. O juiz exerce parte da soberania do Estado exatamente porque é membro e não mero representante dele. Por isso, a expressão Estado/juiz.” (PEREIRA FILHO; MORAES, 2012, p. 52).

O papel do Judiciário, por intermédio da tutela jurisdicional, na efetivação dos direitos fundamentais é assente.

Para tanto, a Constituição da República prevê a inafastabilidade da jurisdição quando da lesão, ou mesmo ameaça de lesão a direito (art. 5º, inc. XXXV, CR). Além do que, se necessário ao acesso à justiça, ao Estado incumbe prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, inc. LXXIV, CR).

Ao Judiciário cabe, pois, mediante um devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, CR), o qual pressupõe a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inc. LV, CR) e uma razoável duração de seu trâmite (art. 5º, inc. LXXVIII, CR), a prestação da tutela jurisdicional, em julgamentos públicos e com decisões devidamente motivadas (art. 93, inc. IX, CR), sob pena de nulidade do ato jurisdicional.

Assim, são adequadas as palavras de Barroso (2008, p. 14):

> O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

A posição ora ocupada pelo Poder Judiciário, a quem incumbe o exercício da jurisdição, desde que de forma responsável e devidamente de acordo com os preceitos contidos na Constituição, deve ser bem aceita.

Seu papel como garantidor dos direitos fundamentais representa grande conquista, e qualquer tentativa de extirpação deste poder deve ser vista com desconfiança.

CONCLUSÃO

A jurisdição, como função típica do Poder Judiciário, traduz-se em importante mecanismo de efetivação dos direitos, incluindo os direitos fundamentais. O novo papel reservado a esse Poder, que por muito tempo manteve-se reprimido, pautado numa ideologia liberal-burguesa, agora ocupa destaque no cenário jurídico e político.

A tradicional concepção da necessidade de um juiz passivo, acrítico e neutro diante da realidade social que o cerca serviu bem para a manutenção do *status quo* daquele modelo de Estado; esse paradigma, todavia, não mais se adequa aos dias atuais.

A prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada à proteção do direito lesado ou ameaçado de lesão, constitui prioridade do Estado, por intermédio do Poder Judiciário, em atenção aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CR).

Além disso, a concepção dos direitos fundamentais como princípios que produzem efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, atingindo o poder legislativo, executivo e judiciário, característica marcante do fenômeno que se designou neoconstitucionalismo, tem por finalidade conferir efetividade material aos direitos fundamentais.

Diante disso, conclui-se que o Poder Judiciário corresponde a um importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, e que, sempre que atua de forma responsável mediante a observância dos preceitos constitucionais, caminha em direção à promoção do bem de todos, a fim de que se construa uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a Atuação Judicial*. Revista Jurídica UNIJUS, v. 15, 2008. p. 13-38.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: RT, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 15. Ed. rev. ampl. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional.* Tradução do alemão: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado Contemporâneo*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coordenador). *Estudos de direito processual civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Teoria geral do processo*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. *A tutela dos direitos e a remodelação do papel reservado ao juiz como corolário principiológico do acesso à justiça*. Pensar (UNIFOR), v. 17, 2012. p. 33-56.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*, Revista Diálogo Jurídico, Ano I, v. I, n. 1, abril de 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. rev. e atual. Nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. – São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. vol. 1, 7. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

A LEI 11.340/06 COMO INSTRUMENTO À PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Felipe Augusto Rodrigues AMBRÓSIO
Gabriela LOPES CIRELLI

RESUMO

Em 2006, a legislação brasileira experimentou grande avanço quando foi publicada a Lei 11.340, texto que trouxe maior prevenção aos crimes de violência contra mulher, estendendo a proteção a elas de direito. Para que a lei tenha ampla efetividade, é necessário que ocorra uma mudança de mentalidade no seio da sociedade, especialmente no âmbito doméstico em decorrência de que a cultura da violência está no subconsciente coletivo. O mero conhecimento da lei, mesmo sendo um avanço, ainda não é suficiente para mudar o cenário brasileiro, onde o machismo se sobressai em grande escala. Todavia, um risco que ronda a supracitada lei é o fato de algumas mulheres se valerem dos instrumentos de proteção garantidos pela lei para alienar o filho em comum com o suposto agressor. Dessa forma, a sedizente vítima, através de falsas acusações, afastaria o genitor do seio familiar e do convívio com os filhos, por motivos egoísticos ou por eventual vingança. Dessa forma, tendo o respaldo legal, o genitor alienante acaba causando grande estresse, suportado precipuamente pelos filhos, que ainda não tem adequada estrutura sentimental e psicológica para lidar com uma situação baseada unicamente em mentiras direcionadas no sentido de desmoralizar e caluniar o genitor alienado, comumente estigmatizado e prejulgado pelo corpo social. Diagnosticar a falsidade de uma denúncia, a ponto de se suspeitar que seja caso de alienação parental é tarefa árdua, pois exige tempo, análise minuciosa, e bastante cautela.

PALAVRAS-CHAVE: Síndrome da alienação parental; Lei Maria da Penha; falsa acusação; genitor alienante; genitor alienado.

ABSTRACT

In 2006, Brazilian law experienced a huge progress when the Law 11.340 was published, whose text brought a greater prevention of crimes of violence against women, extending to them its protection. To make it effective, it is necessary to change the mentality of society, especially in the domestic sphere, due to the fact that the culture of violence is in the collective subconscious. The mere knowledge of the law, even though it is a reasonable progress, it is still not enough to change the Brazilian scenario, where machismo exceeds on a

large scale. However, a risk that surrounds the aforementioned law is the fact that some women avail themselves of the protection instruments guaranteed by this Law to alienate the child in common with the alleged perpetrator. Thus, the supposed victim, in reason to false accusations would alienate the parent from the family environment and from the interaction with the children by selfish causes or simply by revenge. Thus, having the legal support, the alienating parent ends up causing great stress, supported by children who do not have adequate emotional and psychological structure to deal with a situation based solely on lies, directed to discredit and slander the alienated parent commonly stigmatized and prejudged by the society. Diagnosing the falsity of a denunciation, and suspect that it is a case of parental alienation is a hard task, because it requires time, careful analysis, and cautious.

KEYWORDS: Parental Alienation Syndrome; Maria da Penha Law; false accusation; alienating parent; alienated parent

INTRODUÇÃO

O atual cenário demonstra que a grande evolução pela qual passou a sociedade provocou uma série de mudanças em todos os aspectos, mormente no que tange ao conceito de família, bem como quanto à forma em que esta se estrutura nos dias atuais.

A família, como prevê a Constituição Federal de 1988, é a base da sociedade, por isso, merece especial proteção do Estado. Isso porque, como se sabe, nesse ambiente são promovidas as primeiras experiências de vínculo, as quais servirão de base para os relacionamentos que se estabelecerão posteriormente. Assim, permanência, coesão e estabilidade familiar são vistos como fatores de proteção no curso do desenvolvimento infantil.

Ocorre que, muitas vezes, os relacionamentos estabelecidos no ambiente familiar têm se interrompido, de modo a trazer uma gama de prejuízos à criança ou adolescente. Uma das patologias que as rupturas familiares podem provocar é a alienação parental, objeto de abordagem deste artigo. É incontestável a relevância da discussão acerca da Síndrome da Alienação Parental (SAP) na atualidade; esta vem sendo discutida por profissionais de saúde mental que atuam na clínica, e especialmente aqueles que lidam no ambiente forense.

Cumpre referir, ainda, que tal abordagem tomou tamanhas proporções que exigiu a elaboração de uma lei que versasse sobre esse tipo de comportamento, tão comum no dia-a-

dia forense: a Lei 12.318, sancionada em agosto de 2010, que trata da alienação parental e prevê a realização de perícia psicológica para a identificação dos casos.

É a intenção desse artigo, igualmente, abordar relevantes aspectos a respeito da Lei Maria da Penha, uma vez que esta vem sendo utilizada de forma inescrupulosa pela genitora responsável pela alienação parental, a fim de ver concretizado seu desejo egoísta de repelir o ex-cônjuge do convívio do menor. Este último cria uma falsa imagem do genitor alienado, com quem acaba rompendo vínculos de afeto, já que este é, em boa parte das vezes, falsamente acusado de atrocidades criadas pela genitora alienante.

Desse modo, o que se pretende traçar nesse trabalho é a forma com a genitora, valendo-se de mecanismos de proteção da Lei 11.340, utiliza-os como meio para a prática da alienação parental. Nas situações descritas no artigo, é possível se verificar as maneiras em que a Lei Maria da Penha pode ser utilizada para "forjar" os atos de alienação parental, com a intenção de afastar o ex-cônjuge do lar, bem como se expõe no presente os mecanismos para se coibir tais abusos.

Vale ressaltar que a grande preocupação que se deve ter é uma grande cautela para evitar que o genitor alienante encontre respaldo legal para colocar em prática os atos de alienação, já que é função do Estado zelar pelo bem-estar da criança ou adolescente.

1. A LEI 11.340/06 E SUA ANÁLISE

1.1 Breve Histórico da Lei Maria da Penha

Maria da Penha é o nome dado à Lei 11.340 de 2006, denominação concedida em homenagem à mulher que lutara por 20 anos para que o marido, seu agressor, fosse punido pelas agressões que praticou.

Biofarmacêutica cearense, Maria da Penha Maia Fernandes foi casada com o professor universitário Marcos Antonio Herredia Viveros, o mesmo que tentou matá-la por duas vezes. Na primeira tentativa, em 1983, Maria levou um tiro nas costas enquanto dormia, saindo paraplégica do episódio. Meses depois, Viveros, em nova tentativa fracassada, empurrara a mulher da cadeira de rodas, tentando eletrocutá-la no chuveiro.

Mesmo a investigação tendo começado em junho daquele ano, a denúncia só fora oferecida em setembro, com a primeira sentença sendo prolatada apenas oito anos mais tarde.

Em 1991, os advogados de Viveros conseguiram anular o julgamento. Em 1996, em nova sentença que o condenara a dez anos de reclusão, Viveros conseguiu recorrer.

Após quinze anos de lutas e pressões internacionais sem a conclusão do caso, Maria da Penha conseguiu enviar o caso à Comissão interamericana de Direitos Humanos.

Viveros foi preso somente em 2002, para cumprir apenas dois anos de prisão. A Corte também condenou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência sofrida pela vítima, recomendando ainda a criação de legislação específica para o combate da violência doméstica.

Em setembro de 2006, após o empenho de Maria da Penha, tantas outras vítimas, e entidades da sociedade civil, finalmente entrou em vigor a Lei 11.340, a qual define as formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres, e estabelece mecanismos para prevenir e reduzir este tipo de violência, e prestar assistência às vítimas.

Como decorrência da Lei, a violência contra a mulher deixou de ser tratada como crime de menor potencial ofensivo. Acabou também com as penas pagas em cestas básicas ou multas, bem como englobou no conceito de violência, além da física e sexual, a psicológica, a patrimonial, e o assédio moral.

1.2 A Lei e Seus Efeitos

Pode-se dizer que o principal efeito transformador no âmbito social foi tornar notória a reprovabilidade da violência contra a mulher. De acordo com a pesquisa AVON/IBGE, em 2009, 78%[970] dos entrevistados conhecia a lei, ainda que de ouvir falar, enquanto 94%[971] declararam o conhecimento em 2011.

Todavia, o mero conhecimento da lei não se mostra suficiente, pois se fazem necessárias políticas públicas de conscientização, prevenção e tratamento tanto da vítima quanto do agressor e dos demais entes familiares.

Para que tenha ampla efetividade, é necessário que ocorra uma mudança de mentalidade no seio da sociedade, especialmente no âmbito doméstico em decorrência de que a cultura da violência está no subconsciente coletivo.[972] O mero conhecimento da lei, mesmo

[970] PERCEPÇÕES sobre a violência doméstica contra a mulher no Brasil 2009. Disponível em <http://200.130.7.5/spmu/docs/pesquisa_AVON_violencia_domestica_2009.pdf> Acesso em 01 julho. 2013.
[971] Ibidem.
[972] Ibidem.

sendo um avanço, ainda não é suficiente para mudar o cenário brasileiro, onde o machismo se sobressai em grande escala.

A norma efetiva se faz ponte para que haja a quebra do silêncio e para cessar o ciclo de violência, tornando a mulher, já vitimada, mais forte para denunciar, vez que se encontrará amparada e confiará que seu problema será solucionado.

A Lei Maria da Penha estabelece as medidas que devem ser implementadas para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher por meio de um conjunto articulado de ações da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais (art. 8º), delegando aos responsáveis por essas ações o planejamento e execução de programas de proteção aos direitos da mulher.

Pela lei, o Poder Público tem o dever de promover políticas públicas com o fim de combater a violência doméstica e familiar contra a mulher, nas áreas de assistência social, da saúde, da educação, do trabalho e da habitação.

Segundo Humberto Dalla Bernardina de Pinho a necessidade de compromisso do Estado na implementação de Políticas Públicas sob a ótica de gênero torna-se cada vez maior, frente aos prejuízos ao desenvolvimento pessoal e social que atingem as mulheres em situação de violência e em eminente risco de vida[973].

A Lei n. 11.340/2006 apresenta medidas de conscientização da sociedade e da família, tendo como diretrizes em seu art. 8º:

> a) o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar (inc. III);
>
> b) a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres (inc. V);
>
> c) a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia (inc. VIII); e

[973] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Comentários À Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 2. ed. p. 49.

d) o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher (inc. IX).

Além de tudo o já exposto, cumpre mencionar para a efetiva prevenção e conscientização sobre a violência doméstica, é necessária a implementação de programas de políticas públicas direcionadas a toda a rede de ensino, desde a educação infantil, com a formulação de cartilhas e adequada preparação dos professores acerca das consequências negativas tanto para a sociedade quanto para a vítima.

No mais, é necessário ainda a parceria poder público/entidades paraestatais em defesas dos Direitos da Mulher, bem como devem as entidades do terceiro setor, hospitais, postos de saúde, órgãos do Poder Judiciário, as Delegacias de Polícia, o Ministério Público, Defensoria Pública e toda a rede de atendimento à mulher atender, através de uma rede de profissionais de variadas especialidades, num aspecto multidisciplinar, não somente a mulher agredida mas toda a família (art. 29).

Ao agressor, a simples punição não é suficiente, pois somente um tratamento psicossocial é capaz de possibilitar a mudança de seu comportamento.

Em recente pesquisa divulgada no site Portal da Violência contra a Mulher, demonstrou-se que a reflexão e a submissão do agressor a um tratamento adequado podem ocasionar uma transformação em sua conduta. No município de São Gonçalo, no Estado do Rio de Janeiro, apenas 2% dos homens encaminhados a grupos de reflexão reincidiram. Em contrapartida, na Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de São Luiz, no Maranhão, que não possui grupos de reflexão, 75% dos agressores são reincidentes. No Brasil o percentual geral de reincidência é de 70%.[974]

É possível a previsão de uma sociedade livre da violência contra a mulher quando a consciência dos efeitos devastadores da violência for plens. Dessa forma, cada cidadão possui a função de agente transformador no âmbito social, tendo a responsabilidade de agir e lutar para que a violência contra a mulher seja extirpada do meio social, sob pena de todos pagarem seu alto custo.

[974]Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1767:grupos-de-reflexao-para-homens-agressores-qzeramq-reincidencia-abong10309&catid=13:noticias&Itemid=7.> Acesso em 15 de fevereiro de 2013.

2 A FAMÍLIA BRASILEIRA DO SÉCULO XXI

A família contemporânea é alvo de reflexões e discussões, especialmente com relação às mudanças pelas quais ela vivencia tanto em sua composição, quanto no que diz respeito às políticas públicas que dispõem atenção especial às famílias, voltadas principalmente, à garantia de direitos.

A família que se pode verificar em grande escala hoje se mostra bem distante do antigo modelo patriarcal e hierarquizado, não mais se identificando precipuamente no casamento. Novos valores inspiram a sociedade, mormente a preocupação com o ser humano. A família deixou de ser apensa matrimonial, dividindo espaço com novas formações

A igualdade mudou a estrutura familiar, equiparando os membros e proibindo discriminações entre eles. A exclusiva natureza do caráter biológico foi suplantada pela feição afetiva das relações, buscando-se o alcance de novas feições que buscam preservar a dignidade humana. A transição da função precipuamente econômica e procracional para uma mais democrática e solidária é patente.

Na visão de Perrot, a família é o átomo da Sociedade civil, e a responsável pelo gerenciamento dos interesses privados, apresentando múltiplas funções:

> Elemento essencial da produção, ela assegura o funcionamento econômico e a transmissão dos patrimônios. Como célula reprodutora, ela produz as crianças e proporciona-lhes uma primeira forma de socialização. Garantia da espécie, ela zela por sua pureza e saúde. Candinho da consciência nacional, ela transmite os valores simbólicos e a memória fundadora. É criadora da cidadania e da civilidade. [975]

Em leitura repaginada, tal visão se mostra superada apenas no tocante à posição da família e do indivíduo perante a sociedade.

O que se observa é o deslocamento de papéis, em que o indivíduo deixa de existir para a família, ocorrendo uma inversão saudável, onde o grupo familiar existe para a concretização do desenvolvimento pessoal e para a felicidade dos membros componentes.

---

[975] PERROT. Michelle. Funções da Família. In ARIES Philippe. DUBY Georges. História da Vida Privada: da revolução francesa à primeira guerra. Organização Michelle Perrot. Tradução Denise Botmann partes 1 e 2; Bernardo Joffily, partes 3 e 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

A família moderna passa, assim, a ser instrumento para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade.

Repise-se que, mesmo suplantada a função procracional, econômica ou religiosa, não se pode afirmar que a família tenha exclusivamente cunho afetivo. Continuará tendo variadas funções. Aqueles não são mais concebidos como outrora, como únicos elementos da formação familiar, mas simples fatores eleitos como forma de constituição ou manutenção de determinados grupos.

A família, notadamente, está intimamente ligada a uma gama de condições que compõem as relações pessoais e coletivas e que são responsáveis por identificar uma determinada sociedade. É a interação entre variados elementos que ocorrem na relação família-sociedade o fator responsável por fazer com que a entidade familiar tenha múltiplos formatos e funções diferenciadas.

As funções mencionadas não ocorreram gradualmente, mas sim de acordo com dinâmicas familiares de cada tempo, sendo influenciadas tanto por interesses individuais como também coletivos e sociais, em um movimento de vai-e-vem, o que faz com que determinados interesses estejam mais ou menos presentes nas famílias em determinados momentos.

Cumpre referir que, em nosso ordenamento jurídico, vários ramos do direito trazem a definição do que vem a ser família. Constitucionalmente temos nos artigos 226 e 230 da Carta Magna de 1988 asseverações acerca da entidade familiar, sendo os parágrafos 3º e 4º os definidores do termo:

> “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [....]
>
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
>
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

A Lei 11.340 trouxe uma avançada conceituação de família no inciso II do art. 5º, segundo o qual a família é "a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa"[976].

É possível notar a amplitude do termo, vez que não há delimitação de sua formação unicamente por homem e mulher, bem como a importância dada aos laços de afinidade, que passam ao patamar de fundamentos da família. Este conceito tem sido usado por doutrina e jurisprudência para o reconhecimento pelo Direito de formações familiares que vão além daquelas constantes na Constituição da República, que são consideradas rol meramente exemplificativo.

Mônica Guazzelli destaca que todas as famílias deveriam ter uma estrutura de cuidados com cada membro do seu grupo, pois crescemos numa família e é onde tivemos as nossas primeiras experiências de vida: "Naquele núcleo testamos e compreendemos nossos primeiros afetos, enfrentamos nossas primeiras decepções e frustrações, dividimos alegrias e conquistas. Enfim, é ali que iniciamos nossa jornada." [977]

3 A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

3.1 Linhas Gerais

A Síndrome da Alienação Parental é uma patologia psíquica gravíssima. É, pois, uma patologia jurídica. Quando configurada e percebida, é necessária a responsabilização do alienador, pois esse comportamento constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e revela-se descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

A alienação parental consiste em programar uma criança para que, depois da separação, odeie um dos pais. Geralmente é praticada por quem possui a guarda do filho. Para isso, a pessoa lança mão de artifícios baixos, como dificultar o contato da criança com o ex-parceiro, falar mal e contar mentiras. Em casos extremos, mas não tão raros, a criança é estimulada pelo guardião a creditar que apanhou ou sofreu abuso sexual.[978]

---

[976] Lei 11.340/2006. Disponível em <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm

[977] GUAZZELLI, Mônica. Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver / Maria Berenice Dias, coordenação – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.68

[978] JORDÃO, Cláudia. Revista ISTO É Independente, Famílias Dilaceradas. Disponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/1138_FAMILIAS+DILACERADAS>. Acesso em: 02.07.2013

Segundo Denise Maria Perissini da Silva

> a pessoa que induz a criança a rejeitar imotivadamente o outro pai, inclusive mediante relatos inverídicos de molestação sexual, apresentar um distúrbio psicopático gravíssimo, uma sociopatia crônica, porque não tem nenhum sentimento de consideração pelo outro, importando-se apenas com seus próprios interesses egoísticos e narcísicos. Acusam o outro pai de agressão à criança, mas quando manipulam emocionalmente a criança para verbalizar acusações infundadas, tornam-se eles sim os verdadeiros agressores da criança, não se conscientizando de que os vínculos parentais são essenciais para o equilíbrio psíquico da criança como ser em formação[979].

O psicanalista e psiquiatra infantil Richard Gardner, nos idos de 1985, definiu a SAP como: um distúrbio que surge principalmente no contexto das disputas pela guarda e custódia das crianças. A sua primeira manifestação é uma campanha de difamação contra um dos genitores por parte da criança, campanha essa que não tem justificação. O fenômeno resulta da combinação da doutrinação sistemática (lavagem cerebral) de um dos genitores e das próprias contribuições da criança dirigidas à difamação do progenitor objetivo dessa campanha. [980]

Terezinha Feres-Carneiro comenta que, "para o autor Richard Gardner, a alienação parental é um processo que consiste em programar uma criança para que, sem justificativa, odeie um dos seus genitores." [981]

Segundo o art. 2º da Lei 12.318/2010, considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

---

[979] SILVA, Denise Maria Perissini da. Guarda Compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso? Denise Maria Perissini da Silva – 2ª ed. Revista e atualizada – Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2011, p. 46.

[980] Ibidem, p. 45.

[981] FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. p. de 63 à 68. Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião: Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos. São Paulo: Editora Equilíbrio LTDA, 2007.

Veja-se, pois que o legislador procura enunciar um grande número de possíveis sujeitos ativos do ato de alienação parental, podendo ser pessoa que exerce poder familiar sobre a criança ou o adolescente (genitores, pais adotivos, avós e etc.), adulto que tenha a pessoa em desenvolvimento sob a forma de família substituta de guarda ou tutela (guardiães e tutores), bem como qualquer pessoa que tenha a criança ou adolescente sob sua vigilância (tios, primos, empregados domésticos, professores, etc.).

Essa síndrome já é conhecida como uma espécie de *bullying*, o "Bullying Familiar". Esse fenômeno nada mais é do que um comportamento agressivo e negativo, executado de forma repetida, em relacionamentos onde há desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas.

O "bullying familiar" deve ser eficazmente combatido, haja vistas inúmeras pesquisas que indicam que a prática do *bullying* durante a infância põe a criança em risco de comportamento criminoso e de violência doméstica na idade adulta.

Verifica-se, na maioria das vezes, que a alienação parental ocorre nos casos de ruptura da vida conjugal, em que um dos genitores, nutrido por sentimentos de vingança, raiva, rancor, mágoa ou pelo próprio desequilíbrio emocional que a separação acarreta aos envolvidos, acaba por não conseguir lidar com a situação, e inicia um processo de desmoralização e desqualificação do outro genitor em relação aos filhos, como uma verdadeira punição pela separação.

Hodiernamente, a alienação parental também é chamada de "implantação de falsas memórias", pois incute uma imagem destrutiva do ex-cônjuge, causa ao menor danos psíquicos irreversíveis, com consequências nefastas.

Marco Antônio Garcia de Pinho, explica que

> ao destruir a relação do filho com o pai, a mãe entende que assume o controle total e atinge sua meta: que o pai passe a ser considerado um intruso, um inimigo a ser evitado, e que o filho agora é propriedade somente dela.[982]

Na maioria das vezes, os efeitos da implantação de falsas memórias são irreversíveis. As falsas memórias, como comentado alhures, tem consequências negativas na vida dos filhos. Pois bem. E o que se dirá da falsa denúncia? Esta, mais do que qualquer outra, faz com

[982] PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação Parental – AP. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/41152> Acesso em: 02.07.2013.

que o filho se volte contra o pai de tal modo que a situação se torna algo tão nefasto, envolvendo o Poder Judiciário no momento de aferição se houve realmente o delito objeto da falsa denúncia.

Nesse sentido, afirma Maria Antonieta Pisano Motta que

> O tempo passa e perícias em geral são demandadas, no entanto o vinculo está rompido e dificilmente voltará a ser o mesmo, pois em geral meses ou até anos se passam antes que ele possa ser restaurado e as crianças possam ter a oportunidade de verem corrigidas as distorções apresentadas pelo genitor alienador.[983]

Esse fenômeno é, sem sombra de dúvidas, muito mais prejudicial aos filhos do que a um dos cônjuges.

É forçoso esclarecer tal terminologia: a Alienação Parental (AP) caracteriza o ato de induzir a criança rejeitar a mãe/pai alvo, com esquivas, mensagens difamatórias, até o ódio ou acusações de abuso sexual. Já a Síndrome da Alienação Parental (SAP) é o conjunto de sintomas que a criança pode vir ou não a apresentar, decorrente de atos de alienação parental.

A síndrome da alienação não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores, que já sofre as mazelas oriundas daqueles rompimentos, a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho.[984]

3.2 Características e Condutas do Alienador

[983] MOTTA, Maria Antonieta Pisano. (p. de 35 á 61). Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião: Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos. São Paulo: Editora Equilíbrio LTDA, 2007.

[984] FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Parental Alienation Syndrome. Disponível em: http://www.pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf> Acesso em: 02.07.2013.

Mesmo sendo difícil estabelecer com segurança um rol de características que identifique o perfil de um genitor alienador, alguns tipos de comportamento e traços de personalidade são caracterizados pela alienação.

Veja-se, por exemplo, alguns deles, tais como:

> Dependência; Baixa autoestima; condutas de desrespeito a regras; hábito contumaz de atacar as decisões judiciais; litigância como forma de manter aceso o conflito familiar e de negar a perda; sedução e manipulação; dominância e imposição; queixumes; histórias de desamparo ou, ao contrário, de vitórias afetivas; resistência a ser avaliado; resistência, recusa ou falso interesse pelo tratamento. [985]

Imperioso ressaltar que a alienação parental não é tipificada como crime. Consoante se observa, o artigo 6º da Lei 12.318/2010 previu algumas medidas protetivas que podem ser determinadas pelo juiz após a constatação de atos típicos de alienação parental, de acordo com a gravidade do caso.

Contudo, oportuno esclarecer que esse dispositivo ressalva a possibilidade de responsabilização civil ou criminal, além das medidas por ele determinadas. Vale dizer, o artigo 6º da novel lei não tipificou a prática de alienação parental como crime, pois as medidas tomadas pelo juiz não importam em responsabilização penal, com aplicação de sanção penal, seja ela pena (privativa, restritiva ou prisão simples) ou medida de segurança.

O parágrafo único do art. 2º da Lei 12.318/2010 traz um rol meramente exemplificativo de formas de alienação parental, uma vez que outros poderão ser assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros. [986]

---

[985] TRINDADE, Jorge. Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Síndrome da Alienação Parental. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 26-27.

[986] Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

O autor do projeto de lei que deu origem à referida, Elízio Luiz Perez, assevera que o Poder Judiciário não se encontra preparado ou aparelhado para lidar com os conflitos familiares nos quais os filhos são usados como instrumentos nas divergências entre os pais, e ainda se encontra o desconhecimento do assunto por muitos psicólogos. Para ele, os excessos psicológicos, como a alienação parental, são vistos de forma minimizada, reducionista como se fosse um desentendimento passageiro entre o ex-casal, ou então há o preconceito velado de que, se o pai/mãe está sendo vítima de situação semelhante, é porque de certa forma "merece" passar por isso.

Como principais motivos para elaboração do projeto de lei, destacam-se: a tentativa de se afastar a "cegueira" do Estado acerca da alienação parental, opondo-se à alegação de que, se não estiver tipificada, ela não existe; a maior segurança concedida aos operadores de Direito em razão da tipificação do ato para caracterizá-la e então tomar as medidas jurídicas cabíveis; o estabelecimento de um caráter preventivo, o de que tal conduta é reprovável e, se for praticada, ensejará uma firma atuação do Estado; favorecimento da aplicação de medidas conciliatórias, como a mediação; estabelecimento (ou restabelecimento) da igualdade parental, do convívio equilibrado da criança com o pai e a mãe.

Oportuno enaltecer que a Lei 12.318/10, em seu artigo 3º, expressamente alerta que a prática de alienação parental fere direito fundamental da criança e do adolescente ao convívio familiar saudável, direito este tutelado no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 226 da Constituição Federal.

O art. 4º da lei aduz que, declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso. Segundo o parágrafo único do artigo em comento, assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas. O art. 5º, ainda, dispõe que, em havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

Por derradeiro, valioso ressaltar que o art. 6º da lei traz determinados instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar os efeitos da alienação parental, assim que caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, de forma cumulativa ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal, todos eles segundo a gravidade do caso.

São eles: declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; estipular multa ao alienador; determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; declarar a suspensão da autoridade parental. [987]

De grande valia é o preceito trazido pelo parágrafo único no art. 6º da referida lei, que permite a inversão pelo juiz da obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar, quando caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar.

Aliás, dispõe o art. 7º que a atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

4 O MAU USO E O ABUSO POR PARTE DO ALIENANTE DAS MEDIDAS PREVISTAS PELA LEI 11.340/2006

Inicialmente, impende registrar que os casos mais frequentes de alienação parental no Brasil estão associados a situações em que a ruptura da vida em comum cria, em um dos genitores, na esmagadora maioria das vezes na mãe[988], uma grande tendência vingativa, engajando-se em uma cruzada difamatória para desmoralizar e desacreditar o ex-cônjuge, fazendo nascer no filho a raiva para com o outro, muitas vezes transferindo o ódio ou frustração que ela própria nutre, neste malicioso esquema em que a criança é utilizada como instrumento mediato de agressividade.

---

[987] LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010, disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em 02.07.2013.

[988] No Brasil, até 2009, 97% das guardas, nos casos de separação, eram detidas pelas mães.

Comenta Maria Berenice Dias, primeira mulher a ingressar na magistratura no Rio Grande do Sul, fundadora e atual vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM que

> Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação e do sentimento de rejeição, de traição, surge um desejo de vingança. É desencadeado um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. O filho é utilizado como instrumento de agressividade – é induzido a odiar o outro genitor. Trata-se de uma verdadeira campanha de desmoralização. A criança é induzida a afastar-se de quem ama e de quem também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba se identificando com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo o que lhe é informado.)[989]

Sabe-se que dentre as medidas que obrigam o agressor, elencadas no art. 22 da Lei 11.340, umas das mais amplamente aplicadas, até mesmo pela própria e costumeira disposições dos fatos que circundam a eventual agressão, é o afastamento do lar, domicilio ou local de convivência com a ofendida; forma clara de afastamento forçado do genitor, que inevitavelmente é alienado da criação e formação dos filhos. Situação que certamente vem acompanhada dos transtornos deflagrados no menor, mencionados supra.

Assim, infelizmente, a genitora alienante acaba se utilizando de maneira inadequada das prerrogativas oferecidas pela Lei Maria da Penha, a fim de afastar a convivência do genitor do lar, acusando-o de atrocidades caluniosas, o que gera uma verdadeira banalização dos institutos conferidos pela referida Lei.

Assevera Marco Antônio Garcia de Pinho que

> aquele que busca afastar a presença do outro da esfera de relacionamento com os filhos outorga-se o nome de “genitor alienante”, sendo que estatisticamente este papel em quase 100% dos casos cabe às mães, e o do “genitor alienado”, aos pais, pois as mães se colocam como “mártires” e “salvadoras” e “senhoras da razão”; e

[989] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 409.

> "elas" detêm poder e controle do certo e errado do que é bom ou ruim sem chance de defesa ao pai, vitimizado e estereotipado socialmente como "o culpado", "o algoz", "o agressor", **prevalecendo sempre a "verdade" criada pelas mães, um sem número de vezes amparadas e respaldadas pela, *data venia*, parcial Lei Maria da Penha, cometendo as mães alienantes, muitas vezes, e infelizmente mesmo sob a orientação de vis advogados antiéticos e beligerantes (poucos felizmente) que em vez de acalmar os ânimos, aproveitam-se da fragilidade da envolvida e cometem verdadeiros crimes de calúnia contra os pais, superdimensionam as discussões, inflamam as situações, culminando com decisões cautelares fundadas em mentiras, exageros, ódio, e o que tratam por "estratégia", sem a mínima intenção de mediar e apaziguar o conflito, no interesse das partes que, quando magoadas se veem cegas e facilmente sugestionáveis, seguindo a linha da "banalização das separações e divórcios com ganho de guarda", a qualquer custo**.(grifo nosso)[990]

Observa-se, nitidamente, que o genitor alienante encontra respaldo legal para sustentar algo totalmente ilegítimo e ilegal. E pior, ocorre que em alguns casos as mães alienantes são instruídas pelo próprio advogado a agir de tal maneira, em que se é utilizada a fragilidade da situação para ganhar causas e cometer verdadeiros crimes de calúnia contra o ex-cônjuge.

O processo de alienação agride frontalmente dispositivo previsto em nossa Constituição Federal, ante o fato de que o artigo 227 da Carta Maior versa sobre o dever da família em assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito constitucional a uma convivência familiar harmônica e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, assim como o artigo 3º do Estatuto da Criança e Adolescente. A atitude do pai/mãe alienador é totalmente afrontador aos direitos da criança e do adolescente, motivo pelo qual deve ser incessantemente coibido pelo Estado.

O referido autor cita como exemplos de comportamento do genitor detentor da custódia a seguinte situação:

---

[990] PINHO, Marco Antonio Garcia de. ***Alienação Parental***. Disponível em: <http:// http://jus.com.br/revista/texto/13252/alienacao-parental> Acesso em: 02.07.2013.

> (...) são os de mães que provocam discussões com os ex-parceiros na presença dos filhos, choram na frente das crianças aos berros, e depois culpam os pais pelo quadro traumático instalado para tentar justificar a guarda e proteção da criança, afinal, ela é a mãe e a vítima e não são raras as vezes em que se veem repetidamente, de maneira tácita ou não, reclamando e se aproveitam de qualquer situação para denegrir a imagem do pai, **chegando a se automutilarem ou simularem lesões** e destruição de objetos "para o bem da criança", imputando as supostas "agressões" aos pais. (grifo nosso)

A questão da automutilação ou simulação de lesões leva à falsa acusação, consequentemente à falsa denúncia, acarretando, assim, a adoção de medidas protetivas com previsão legal na Lei Maria da Penha (11.340/06).

A falsa acusação retrata o lado mais sórdido de uma vingança, com o sacrifício da própria prole. A má utilização e a deturpação da finalidade da Lei 11.340/2006 é, infelizmente, um problema bastante comum hodiernamente, e exige bastante cautela para ser aferido, diante da existência de acusações reais.

Mais especificamente no inciso VI do art. 2º da Lei de Alienação Parental, considera-se como forma exemplificativa de alienação parental apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente. Nesse ínterim, verifica-se que a ideia fixa por parte do alienante, no sentido de atingir o referido objetivo, pode chegar ao ponto extremo de apresentar base em falsas denúncias de maus tratos e de violência, usando-se, assim, indevidamente a Lei Maria da Penha, a qual terá seu escopo totalmente deturpado para favorecer pretensões vis.

Revela-se temerário à própria estrutura judiciária a existência do uso indevido da referida Lei, uma vez que se torna possível uma condenação injusta, baseada em imputações totalmente fictícias. É nesse ponto que deve haver grande intervenção dos profissionais da área psicossocial no que tange a esse tipo de impasse, a fim de que o juiz tome por base a decisão mais justa no caso concreto.

A falsa denúncia de violência é alegação grave com consequências emocionais que podem ser irreparáveis emocionalmente para toda a família.

A Lei 11.340/2006 foi, de fato, uma grande conquista, a fim de que assegurar a proteção à mulher, de forma integral. No entanto, tal instrumento legal não pode dar amparo

às situações de mentira que alienação parental provoca na vida dos filhos, em que o psicológico torna-se tão abalado, que o próprio Estado acaba por não encontrar uma solução para acabar com esse tipo de problema.

Sabe-se que diagnosticar a falsidade de uma denúncia, a ponto de se suspeitar que seja caso de alienação parental é tarefa árdua, pois exige tempo, análise minuciosa, e bastante cautela. Necessita da oitiva dos familiares, de testemunhas, de modo a evitar a aplicação injusta e descabida de uma medida (como as previstas da Lei Maria da Penha).

A atitude do genitor alienante, quando acusa indevidamente o ex-cônjuge, de que este está cometendo violência doméstica, que é aquela cometida no âmbito familiar, a qual justificaria, desse modo, a aplicação das medidas protetivas da Lei 11.340 (em especial o afastamento do lar do genitor alienado, injustamente acusado), é extremamente irresponsável, cruel e egoísta, pois a carga negativa das medidas que serão tomadas terá como alvo direto a própria criança.

É imprescindível um grande preparo por parte daqueles que se envolvem com esse tipo de situação, pois a Lei em comento não pode servir de escudo para que o pai/mãe alienante cometa atrocidades como é a alienação parental, e esta deve ser objeto de grande atenção pelo Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

É de extrema relevância a discussão do tema abordado no presente artigo, ante as situações pelas quais se tem deparado em inúmeros processos em todo o país. Como já ressaltado, a atitude do genitor alienante é tão preocupante ao ponto de que ser necessária a criação de Lei que tratasse especificamente sobre o assunto, de uma forma mais minuciosa: a Lei 12.318/2010. Com o advento desta lei, muitos estudiosos têm se curvado a discutir e examinar as mais variadas formas de manifestações da Síndrome da Alienação Parental. Igualmente, tem-se estudado as condutas consideradas como características de alienação parental, conforme listado pela própria lei, em seu art. 2º, que trouxe um rol meramente exemplificativo acerca dos comportamentos considerados como “alienadores”, incluindo a falsa denúncia, tema este também objeto deste artigo. Isso significa que outros tipos de comportamentos, desde que possua as peculiaridades aqui tratadas, poderão ser caracterizadores da alienação parental.

É evidente a ligação existente entre as medidas previstas na Lei Maria da Penha com o teor da Lei de Alienação Parental, uma vez que, muitas vezes, são utilizados indevidamente tais mecanismos para que o genitor alienante se aproveite da proteção ali encontrada e, desse modo, encontre um respaldo, em um primeiro momento legítimo, para afastar o filho em comum do cônjuge alienado. Inegável, pois, a importância de se averiguar se a Lei 11.340/2006 não está sendo utilizada de modo a prejudicar forjar uma situação fictícia, prejudicando, assim, a criança ou adolescente, afastando o ex-cônjuge do lar por motivos egoísticos e totalmente deturpados.

Vale lembrar que, ao praticar o ato de alienação, principalmente a falsa denúncia, o genitor alienante causa sequelas irreparáveis na criança, que se afasta e rompe os laços afetivos com o outro genitor. O genitor alienante, também é a outra vítima do alienador, uma vez que além de ser sofrer falsas acusações, é impedido de ter contato com seu filho.

Passadas tais considerações, imperioso frisar que é dever do Estado coibir condutas que atentem contra os direitos da criança e do adolescente. Isso porque estes, em nenhuma hipótese, poderão ser alvo de egoísmos e irresponsabilidades provenientes daqueles que mais deveriam zelar pelos seus interesses e bem-estar.

Detectada uma situação de risco, de desconfiança de que haja alienação por parte de um dos genitores, pela presença de fatores que o diagnostiquem, como por exemplo, indícios de que haja campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; dificultar o exercício da autoridade parental; atos que dificultem o contato de criança ou adolescente com genitor e o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; omissão de forma deliberada ao genitor de informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; apresentação falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; mudança o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Como alhures abordado, são todos eles indícios de que esteja ocorrendo o fenômeno da alienação parental, o que exigirá uma atenção redobrada por parte dos sujeitos que ali se envolverem.

Consoante destaca o referido dispositivo de lei, a alienação parental constitui abuso moral, uma vez que não estará sendo observado o direito da criança ou adolescente de ser

respeitado no âmbito familiar, ferindo-se, assim, a dignidade da pessoa humana, pressuposto mínimo para que haja existência digna.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. LEI nº 11.340/2006. Disponível em <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm

BRASIL. LEI Nº 12.318/2010. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FÉRES-CARNEIRO, Terezinha. **Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião: Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos.** São Paulo: Editora Equilíbrio LTDA, 2007.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. **Parental Alienation Syndrome.** Disponível em: http://www.pediatriasaopaulo.usp.br/upload/pdf/1174.pdf>.

GUAZZELLI, Mônica. **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver** / Maria Berenice Dias, coordenação – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GUZZO, R.S. L. (org.). **Desenvolvimento infantil: família, proteção e risco.** Campinas, São Paulo: Editora Alínea. 2007.

JORDÃO, Cláudia. **Revista ISTO É Independente, Famílias Dilaceradas.** Disponível em: http://www.istoe.com.br/reportagens/1138_FAMILIAS+DILACERADAS>.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. (p. de 35 á 61). **Síndrome da Alienação Parental e a Tirania do Guardião: Aspectos Psicológicos, Sociais e Jurídicos.** São Paulo: Editora Equilíbrio LTDA, 2007.

PERROT. Michelle. **Funções da Família.** In ARIES Philippe. DUBY Georges. História da Vida Privada: da revolução francesa à primeira guerra. Organização Michelle Perrot. Tradução Denise Botmann partes 1 e 2; Bernardo Joffily, partes 3 e 4. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Comentários À Lei de Violência Doméstica e**

Familiar contra a Mulher. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 2. ed.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. **Alienação Parental** – AP. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/41152>.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?** Denise Maria Perissini da Silva – 2ª ed. Revista e atualizada – Campinas, SP: Armazém do Ipê, 2011.

TRINDADE, Jorge. **Incesto e Alienação Parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Síndrome da Alienação Parental. 2ª ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIREITO À IMAGEM: UMA VISÃO CONSTITUCIONAL E CIVILISTA

Felipe de Souza RODRIGUES[991]

João Otavio Bacchi GUTINIEKI[992]

RESUMO

Por muito tempo o direito à imagem foi vinculado a celebridades e pessoas notáveis, porém a contemporaneidade e a revolução digital trouxeram a tona uma nova realidade para esta situação. Atualmente, qualquer indivíduo munido de um aparelho que tenha acesso a rede mundial de computadores pode publicar uma imagem e esta pode ser visualizada por milhares e quiçá bilhões de usuários. Como podemos observar a imagem passou da foto impressa, ou seja, do papel com tinta para o mundo digital que propicia um acesso livre e democrático a grande maioria das pessoas. Urge, então que pessoas tenham sua privacidade assegurada pelo Direito Moderno.

ABSTRACT

For a long time the right of image was linked to celebrity and notable people, but the contemporary and the digital revolution brought forth a new reality to this situation. Currently, any individual in possession of a device that has access to the worldwide web can post a picture and it can be visualized by thousands and perhaps billions of users. As we can see the image passed from printed photo, ink in the paper, to the digital world, that provides a free and democratic access to the vast majority of people. Demands then that people have their privacy ensured by the Modern Law.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição – Direito à imagem – Direitos de Personalidade

KEYWORDS: Constitution – Right of image – Personality rights

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal em seu art. 5º nos incisos V, X e XVIII regula de maneira bastante elucidativa o direito a imagem. O poder constituinte originário deu ao Direito de imagem um valor substancial que ganha cada vez mais força no âmbito jurídico. O mesmo acontece com o Código Civil, em seu art. 20.

[991] Graduando do Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.

[992] Graduando do Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Estudante do Grupo de pesquisa Globalização e os Reflexos Jurídicos - UENP. Bolsista de Iniciação Científica da Fundação Araucária.

Em verdade, se tramitam muito mais processos vinculados ao direito de imagem atualmente. E o jurista deve estar atento e ter consciência do papel cada vez mais amplo e abrangente tomado nas normas por esse direito. A democratização, a tendência principiológica, o neoconstitucionalismo, a revolução tecnológica, a inclusão digital, a globalização e todas as suas consequências deram maior amplitude ao direito de imagem.

A constituição imperial de 1824 e a constituição republicana de 1891 apenas regulava a inviolabilidade de domicilio como meio de proteção a intimidade. A Constituição de 1934 continuou mencionando de forma expressa apenas a inviolabilidade do domicilio. Entretanto o artigo 114 daquela Carta assegura outros direitos e garantias não expressos no texto, mas decorrentes dos princípios que esta adotava. Assim sendo podemos verificar que o direito de imagem era protegido, mesmo que de maneira indireta.

A Constituição de 1937 e de 1946 mantiveram o que havia sido conquistado anteriormente, porem ‘e possível citar o artigo 141 da Constituição de 1946 que assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes a vida, uma novidade para os textos constitucionais publicados ate então. A Constituição de 1967 manteve os preceitos da Constituição de 1946.

No campo das leis infraconstitucionais temos no Código Civil de 1916 o artigo 666, inciso X, que declara a possiblidade da pessoa representada ou de sucessores imediatos se oporem à reprodução ou exposição publica do retrato ou do busto.

Desde então as leis foram se modificando, cada vez mais protegendo a privacidade do cidadão, ate chegarmos ao nível atual de proteção da intimidade da pessoa.

1.A DEMOCRACIA COMO MEIO FÉRTIL AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

O ambiente democrático surgido nas ultimas décadas deu maior segurança social ao indivíduo. Sob este viés salienta Paulo Bonavides:

> Com o Estado Social, o Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem assim a se transformar num pacto de garantia social, num seguro com que o Estado administra a Sociedade. (BONAVIDES, 2009, p.380)

Ideia que é corroborada em:

> O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade (BONAVIDES, 2011, p.204)

Assim vemos como os direitos da personalidade adquirem papel finalístico no Estado social democrático. Evidencia-se, portanto, que mais do que a estrita aplicabilicadade jurídica, o Direito Novo visa proporcionar uma seguridade social garantindo aos indivíduos a inviolabilidade de seus direitos.

Dentro dos direitos personalíssimos, estão resguardados pelo constituinte o direito à imagem.

2.DEFINICAO DE IMAGEM

Antes de estudar a fundo tal tema, devemos levar em conta a definição da palavra imagem para Silveira Bueno (2000, p. 420) imagem é "Representação de um objeto pelo desenho, pintura, escultura etc.; pequena estampa que representa um assunto religioso ; símbolo; figura; comparação; semelhança".

Para Bittar a imagem "consiste no direito que a pessoa tem sobre sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil e busto) que a individualizam no seio da coletividade". (1995, p. 87).

Segundo Maria Helena Diniz (2011, p.146), o conceito de imagem pode ser dividido em dois, um deles é a imagem-retrato, outro é a imagem-atributo: A imagem-retrato é a representação física da pessoa, como um todo ou em partes separadas do corpo (nariz, olhos, sorriso etc.) desde que identificáveis, implicando o reconhecimento de seu titular, por meio de fotografia , escultura, desenho, pintura, interpretação dramática, cinematografia, televisão, sites etc., que requer autorização do retratado (CF, art. 5º, X). A imagem-atributo é o conjunto de caracteres ou qualidades cultivados pela pessoa, reconhecidos socialmente (CF, art. 5º, V), como habilidade, competência, lealdade, pontualidade etc. A imagem abrange também a reprodução romanceada em livro, filme, ou novela, da vida de pessoa de notoriedade.

Como expresso acima o indivíduo tem plena liberdade para utilizar sua imagem como bem entender desde que sejam ressalvadas algumas condições.

> *Art. 20*. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a *exposição ou a utilização da imagem* de uma pessoa poderão ser

> proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Obviamente, se, por exemplo, uma pessoa pública, que tem suas obrigações vinculadas a prestação de um serviço a comunidade, entrar com uma petição pedindo que um jornal não publique uma foto sua que tenha certa importância social. Tal ato não terá repercussão jurídica, já que a reinvindicação deste indivíduo não tem apoio jurídico constitucional.

Entretanto, se uma pessoa tem uma foto sua publicada por um jornal sensacionalista, que a denigre de maneira infundada. Este indivíduo tem amplos direitos de reivindicar que não se publique sua imagem. E caso, mesmo assim, sua imagem seja publicada o indivíduo pode requerer ressarcimento do dano moral e material, caso atinja o patrimônio da vítima.

Essa condição nos mostra como o Direito tenta discernir condições profícuas de condições deletérias para a sociedade. Utilizando-se do bom senso jurídico o direito se dispõe a garantir o bem estar social.

3.DEFESA DO DIREITO DE IMAGEM NO MUNDO VIRTUAL

Uma quantidade cada vez maior de casos tramita na justiça acerca do direito de imagem. O Direito a intimidade e privacidade aparece, na maioria das vezes, unido ao processo legal, já que é justamente a falta de privacidade e de condições de controlar a exposição acerca de si que estão vinculadas a este caso. Vide abaixo jurisprudência do STF:

> GOOGLE – REDES SOCIAIS – SITES DE RELACIONAMENTO – PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS NA INTERNET – CONTEÚDO OFENSIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR – DANOS MORAIS – INDENIZAÇÃO – COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO vs. DIREITO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE, À HONRA E À IMAGEM. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE. (Supremo Tribunal Federal. ARE 660861 RG / MG - MINAS GERAIS. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasilia, DF. 22 de maio de 2013)

Quando a revolução tecnológica trazida pela internet chegou, a princípio, ficamos fascinados com todas as benesses que a rede mundial de troca de informações havia nos trazido. Mas com o passar do tempo alguns malefícios apareceram. Hackers, violação da privacidade, publicações falsas etc.

Neste interim, entramos numa interessante contraposição até que ponto o direito de imagem (incluindo também a privacidade) pode ser limitador da liberdade de imprensa? Pois como bem se sabe vivemos um período de democratização, na qual, cada vez mais encontramos nossos direitos protegidos, como o direito a liberdade, à saúde , ao lazer, etc. Assim como num período da liberdade de imprensa. A imagem- atributo e a imagem-retrato devem ser protegidas resguardando o indivíduo.

Todavia, a tecnologia dos equipamentos portáteis que gravam vídeos, tiram fotos e tem acesso a internet possibilita uma exposição mundial em um tempo muito curto. Ainda que tenha seu lado benéfico , esta exposição quando infundada pode provocar danos catastróficos para o indivíduo. Cabe então ao Direito criar mecanismo regulatórios para viabilizar a publicação consciente nos meios de comunicação.

Em outra jurisprudência, vemos outra violação da privacidade, porém, neste caso, de servidores públicos:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DIVULGAÇÃO, EM SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL, DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A SERVIDORES PÚBLICOS. CONFLITO APARENTE DE NORMAS CONSTITUCIONAIS. DIREITO À INFORMAÇÃO DE ATOS ESTATAIS. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA. PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SEGURANÇA DE SERVIDORES PÚBLICOS. Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à divulgação, em sítio eletrônico oficial, de informações alusivas a servidores públicos. (Supremo Tribunal Federal. ARE 652777 SP. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF. 16 de setembro de 2011.)

Nessa jurisprudência, ao contrário da primeira, encontramos a imagem-atributo distinguida por Maria Helena Diniz da imagem-retrato. Na ementa supracitada podemos encontrar uma contraposição que também é de difícil resolução e que deve ganhar repercussão no meio jurídico, até que ponto a segurança dos servidores públicos pode limitar o direito à informação sobre atos estatais? Acima de tudo, como podemos distinguir vida pública e vida

privada? Um servidor público que passa as férias com sua família em uma praia tem plenos direitos de ter sua privacidade, incluindo a sua imagem, resguardada. Entretanto, se essa viagem é paga com dinheiro público o servidor perde esse direito. Podendo sua imagem ser publicada. E deve responder às suas consequências como preceitua a lei 8.112/1990, em seu artigo 132, inciso IV, diz que será punida com demissão a conduta praticada por servidor público, se tipificada como improbidade administrativa.
Entra então em questão um caso de grande repercussão. No ano de 2006, o então governador Anthony William Garotinho Matheus de Oliveira, dizendo-se violados os seus direitos à intimidade e à vida privada ,com a violação do sigilo das suas telecomunicações; ajuizou uma medida cautelar junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A Infoglobo, editora dos jornais o Globo e Extra que havia interceptado ilicitamente conversas do então governador supostamente subordinando um auditor da Receita Federal, entrou com vários recursos até que a matéria chegou ao STF.

As principais reinvindicações da Infoglobo eram sobre a suposta censura da qual ela era vítima pois o conteúdo das conversas publicadas diziam respeito à população e o então governador e pré- candidato à presidência da República era uma pessoa pública, o que já seria um limitador da sua privacidade.

Pois bem, sob está ótica podemos observar o embate entre dois direitos já observados, o direito à vida íntima protegida pelo Estado e o direito a ter acesso a informações.

> De acordo com Hannah Arendt, o direito à intimidade frequentemente se choca com o direito à informação, numa colisão clássica. O direito de informação, conforme esclarecido pela referida autora, envolve tanto uma neutralidade por parte dos outros- a liberdade negativa de não ver molestadas suas opiniões- quanto a liberdade positiva de expressar suas idéias. Ambas, no entanto, pressupõem uma informação exata e honesta como condição para o uso público da razão.(RIBAS, p. 157, 2008)

Nessa contenda, o STF decidiu a favor de Garotinho. Defendendo o seu direito a uma vida particular privada. Defendendo, portanto, a sua imagem-atributo.

Entretanto, é interessante observarmos a decisão tomada pelo Ministro Marco Aurélio. Numa decisão, influenciada, em grande parte, pelo republicanismo. Num trecho de sua decisão o ministro diz:

> Há uma matéria que me preocupa de sobremaneira e que guarda sintonia com os novos ares constitucionais. Refiro-me à liberdade de informação, ao direito para mim público , subjetivo e político do direito de ser informado [...] Se analisarmos os incisos do art.5º, mencionados no , veremos que a própria Carta confere ênfase maior ao direito-dever de informar, ao dever-direito de informar, ao direito de ser informado.[...] A interpretação sistemática desses dispositivos leva-me a concluir que há de prevalecer a informação , tal como assegurada no art. 220 da Constituição Federal[...].(RIBAS, p. 159, 2008)

Sob este viés é interessante analisarmos como o Ministro destoa da decisão dos outros ministros, por tentar, sobrepor o interesse da coletiva a interesses privados no caso, Garotinho. Ou seja, em sua análise o Ministro Marco Aurélio dispõe a ideia que o benefício geral da população trazido com a liberdade de informação não deveria ser restringido.

Obviamente, que devemos estar atentos a outros interesses que devem estar por trás das publicações midiáticas. Já que estas podem muitas vezes tentar dissuadir os seus leitores sobre um fato.

O TJ-SP, também julgou casos sobre o mesmo assunto:

> **Ementa:** TUTELA ANTECIPADA Ação inibitória c.c. indenização por dano moral Decisão que determinou a retirada, pela agravante, de notícia veiculada em site por ela mantido, supostamente denegrindo a imagem da agravada, bem como vetou nova veiculação de matéria com conteúdo semelhante, sob pena de multa diária Presença de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e da plausibilidade do direito invocado Multa cominatória Suspensão - Inviabilidade Garantia de cumprimento da determinação judicial Decisão mantida Recurso improvido. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 0053673-54.2013.8.26.0000 Relator: Paulo Eduardo Razuk. 1ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, SP. 4 de junho de 2013.)

Como se vê, atualmente no meio jurídico temos uma grande quantia de processos legais acerca da imagem que cada vez é mais posta ao alcance de todos. As novas

perspectivas histórico-sociais nos dão uma relação permanente com o mundo que a cada dia se torna mais áudio- visual.

4.JURISPRUDÊNCIA DA IMAGEM-RETRATO

A imagem- retrato, assim como a imagem atributo tem recebido grande ênfase no Direito Contemporâneo , como pode ser visto em :

> **Ementa:** Ação de Obrigação de Fazer c.c. Danos Morais. Fotógrafo autônomo que pretende realizar cobertura fotográfica de entidade de prática desportiva privada (Vôlei Futuro). Inequívoco escopo de exploração comercial das fotografias. Negativa de autorização. Entidade detentora de direitos sobre o espetáculo desportivo. Aplicação do disposto no Artigo 42 da Lei 9.615/98. Autorização necessária - Direito de Arena. Preceito cominatório improcedente e conseqüente inexistência de dano moral, ante a licitude da negativa apresentada pelo réu. Sentença mantida. Apelação desprovida. (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0003067-57.2012.8.26.0032. Relator: Alexandre Bucci. 16ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, SP. 19 de fevereiro de 2013.)

Em tal recurso subscreve-se de maneira bastante elucidativa a defesa do direito a imagem quanto a sua funcionalidade na defesa do indivíduo. Apesar de estar relacionado a uma prática desportiva, este direito não perde sua força vinculatória.

No STF repete-se a situação:

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA. EXPOSIÇÃO DE IMAGEM NO NOTICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DO REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Súmula 279 do STF dispõe: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”. 2. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. 3. Agravo

> regimental desprovido. (Supremo Tribunal Federal. ARE 3161873 RG. Relator: Ministra Carmen Lucia. Brasília, DF. 25 de maio de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 31 de julho de 2013.)

Como se vê mais do que simples normas o contexto fático- jurídico nos possibilita uma averiguação cada vez maior de como a utilização da imagem é utilizada de forma indevida. E como os Três Poderes devem entrar em consonância para a execução de uma política que descongestione os conflitos e os dilemas a seu respeito. O direito autoral vive uma crise contemporânea, em que cada vez mais uma interdição racional e consciente, sob os meios de comunicação, se torna inviável. Já que não basta uma política nacional, mas sim uma política internacional que defenda o indivíduos de danos morais e matérias contra si.

5.O DIREITO À IMAGEM NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 positivou vários direitos e garantias fundamentais em seu texto que antes eram apenas levados em conta pelos princípios contidos nas Constituições, ou seja, não eram detalhados como são nesta última.

Dentre os direitos de personalidade temos um que é de essencial importância à vida do ser humano, independentemente de ser um cidadão simples ou uma grande celebridade. Estamos falando do Direito à Imagem.

O direito à imagem é mencionado no artigo 5º, inciso V da Constituição, onde temos: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem".

Explica Carlos Roberto Gonçalves:

> A nova Carta erigiu, assim, expressamente, o direito à própria imagem à condição de direito individual, conexo ao da vida, integrando o conjunto dos "direitos à privacidade", juntamente com o direito à intimidade, à vida privada e à honra. (2010, p. 203)

Portanto, cabe ao titular da imagem decidir o meio e a maneira que esta será publicada. Sobre tal, comenta Maria Helena Diniz:

> Não se pode negar que o direito à privacidade ou à intimidade é um dos fundamentos basilares do direito à imagem, visto que o titular pode escolher como, onde e quando pretende que sua representação externa (imagem-retrato) ou sua imagem-atributo seja reproduzida. (2011, p.147)

Também expõe Carlos Roberto Gonçalves:

> O Supremo Tribunal de Justiça tem decidido que o "retrato de uma pessoa não pode ser exposto ou reproduzido, sem consentimento dela, em decorrência do direito à própria imagem, atributo da pessoa física e desdobramento da personalidade. (2010, p.203)

Apesar de a Constituição citar três tipos de danos indenizáveis, sendo eles: moral, material e à imagem, o dano à imagem é calculado levando em conta o prejuízo moral e material causado à pessoa, cabendo em muitos casos a coexistência dos danos. Explica Maria Helena Diniz:

> O lesado pode pleitear a reparação pelo dano moral e patrimonial (Súmula 37 do STJ; *RT, 531:230, 624:64*) provocado por violação à sua imagem-retrato ou imagem-atributo e pela divulgação não autorizada de escritos ou de declarações feitas. Se a vítima vier a falecer ou for declarada ausente, serão partes legítimas para requerer a tutela ao direito à imagem, na qualidade de lesados indiretos, seu cônjuge, ascendentes ou descendentes (CC, art.20, parágrafo único) e também, em nosso entender, o companheiro (Enunciado n.275 do Conselho de Justiça Federal aprovado na IV Jornada de Direito Civil) e o parente colateral, visto ter interesse próprio, vinculado a dano patrimonial ou moral causado a bem jurídico alheio. (2011, p.150)

Outro inciso do artigo 5º que rege a questão de proteção à imagem é o inciso X, do qual temos: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Neste artigo temos protegidos pela lei a honra, a intimidade, a privacidade e a imagem. A imagem neste caso se refere à imagem-atributo, ou seja, ao conjunto de características, índole e atributos pessoais, reconhecidos pela sociedade.

Diferentemente disto, no inciso V, citado anteriormente, temos refereencia à palavra imagem se ligando à imagem-retrato, ou seja, à representação da pessoa, ilustração, gravura, fotografia. Na mesma Constituição a imagem também é protegida na forma de direito autoral, no artigo 5º, inciso XXVIII, a, onde temos que é assegurada, nos termos da lei, a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas. A lei que vem a complementar esta norma é a Lei 9610/98, também conhecida como Lei de Direitos Autorais.

No Código Civil de 2002, que busca um direito cada vez menos individual e que preze pelo bem da sociedade como um todo, o artigo 20, que trata dos direitos de personalidade, incluindo o direito à imagem. Nele temos:

> Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Coloca Carlos Roberto Gonçalves:

> O art. 20 do Código Civil, considerando tratar-se de direitos de personalidade, prescreve que tais atos poderão ser proibidos, a requerimento do autor e sem prejuízo da indenização que couber, *"se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais, salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública"*. (2010, p. 201)

O parágrafo único deste artigo mencionado coloca algumas ressalvas e sobre elas também explica Carlos Roberto Gonçalves:

> O art. 20 do Código Civil, retromencionado, contém, como se observa, duas ressalvas. A primeira permitindo esse uso se necessário *"à administração da ordem pública ou à manutenção da justiça"*; a segunda, restringindo a proibição às hipóteses de a divulgação da palavra ou da imagem atingir *"a honra, a boa fama ou a respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais"*. (2010, p. 201)

É claro que nem tudo pode ser considerado como dano à imagem, como colocou corretamente o legislador no parágrafo único do artigo 20. Porém existem mais situações na qual geralmente não de caracteriza o dano. Dentre estas imagens, citados por Maria Helena Diniz, com anuência para sua divulgação quando: se tratar de pessoa notória, em exercício de cargo público, se procura atender à administração ou serviço de justiça, tiver de garantir a segurança pública, se busca atender ao interesse público, se houver necessidade de resguardar a saúde pública.

Apesar das limitações do direito à imagem apresentadas acima, deve-se sempre levar em conta a privacidade e a intimidade de que se faz presente na imagem a ser publicada, preservando assim um direito de grande valor à manutenção da vida social do ser humano.

6.A MÍDIA E A RESPONSABILIDADE NO DIREITO À IMAGEM

Muitos são os casos de ações ajuizadas por pessoas que acreditam terem sido caluniadas ou difamadas por publicação de uma imagem ou uma notícia pelos meios de comunicação existentes, porém quando e até onde o cidadão possui o direito a reclamar indenização?

A Lei 5620/67, também conhecida como Lei de Imprensa, coloca em seu artigo 27, não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação: a opinião desfavorável da crítica, literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar.

Do mesmo artigo temos que, a divulgação de articulados, quotas ou alegações produzidas em juízo pelas partes ou seus procuradores não constitui abuso ao exercício da

liberdade de imprensa. Desta questão temos um ponto bastante interessante, uma vez que, a divulgação de dados de processos judiciais por levar alguns cidadãos a situações embaraçosas.

Também fica garantida por esta lei a divulgação, a discussão e a crítica de atos e decisões do Poder Executivo, um dos grandes baluartes de uma imprensa séria e compromissada com a verdade, informar ao povo sobre o que ocorre no governo e quais atitudes tem tomado os que foram eleitos.

Porém, através da ADPF 130, o Supremo Tribunal Federal acabou por declarar a Lei de Imprensa como incompatível com a atual ordem constitucional, tendo ela vigorado de sua publicação até 30 de abril de 2009, quando foi revogada. Devemos levar em conta que, como foi instituída durante o período de Ditadura Militar, tal lei possuía várias partes incompatíveis com o regime democrático que vivemos na atualidade, um regime de liberdades plenas e busca por justiça e segurança dos direitos.

Entretanto não poderíamos deixar de levar em conta alguns julgados bastante interessantes, que nos retrata Rui Stoco em sua consagrada obra sobre Responsabilidade Civil.

Tais julgados servem como exemplo, pois se tratam de situações corriqueiras nos meios de comunicação e imprensa. Primeiramente temos um caso ligado a publicação de uma matéria que contenha as acusações feitas pelo Promotor de Justiça:

> Não comete ato ilícito a empresa jornalística que se limita a publicar matéria narrando as acusações feitas pelo Promotor de Justiça, visto que com isso cumpre apenas a ré o seu dever de informar a verdade do fato jornalístico (STJ - 3ª T. - REsp 299.846 - Rel. Carlos Alberto Menezes Direito - j. 25.09.2001 - DJU 04.02.2002 e RT 802/178). (STOCO, 2004, p. 704)

Outra questão bastante recorrente é a publicação de notícias e reportagens de crimes, que apresentam as versões das vitimas e muitas vezes dos autores, daí temos:

> Não responde civilmente o órgão de divulgação que, sem ofender a vida privada dos figurantes de fatos, noticia crimes, apurados em inquérito policial, envolvendo o mercado de artes, dando a versão dos próprios autores da demanda, que os põem como vítimas (STJ - 4ª T. - REsp - Rel. Dias Trindade - j. 08.03.1994 - JSTJ e TRF 60/341). (STOCO, 2004, p. 872)

Rui Stoco também apresenta em sua obra sobre Responsabilidade Civil a questão dos programas humorísticos se faz, através de representação satírica, reprimenda a crimes praticados por funcionários público, neste caso, policiais militares:

> Não caracteriza abuso da liberdade de imprensa, mas exercício legítimo do direito de crítica, inofensiva a outros membros do destacamento, a exibição de programas humorísticos de televisão, em que, sob a forma e os exageros artísticos da sátira, se faz reprimenda severa a crimes graves praticados por policiais militares no exercício de sua função duvidosos (TJSP - 2ª C.Dir. Privado - Ap. 117.411-4/9-00 - Rel. Cezar Peluso - j. 02/06/2001 RT 797/236). (p. 872, 2004)

Seguindo a linha das decisões judiciais acima, podemos citar um caso que geralmente ocorre em situações de exposição de imagens na qual o cidadão encontra-se em uma foto coletiva e se sente "lesado"por vê-la publicada ou então em algum anúncio publicitário, sem nem mesmo citar o nome ou focar sua pessoa.

Nestes paramentos, temos o seguinte julgado, mais recente que os outros:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. FOTOGRAFIA. IMAGEM. Publicação de fotografia não ofensiva à honra em jornal e revista sem autorização da autora. Inexistência do dever de indenizar. Apelo improvido. (Apelação Cível Nº 70020994745, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Luiz Rodrigues Bossle, Julgado em 19/09/2007).

O mesmo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também já decidiu:

> INDENIZAÇÃO. PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIA DO AUTOR EM REVISTA. FOTOS NOTICIANDO EVENTO MUSICAL. EVENTO PÚBLICO.

> INEXISTÊNCIA DE DANO Á IMAGEM OU Á HONRA DO AUTOR. DANO MORAL. AUSÊNCIA. A publicação de fotografia de pessoa que participou de evento público show de banda musical e que é mero objeto de reportagem, sem qualquer referência pessoal, não enseja reparação por dano à imagem. Ademais, a ausência da intenção de denegrir a imagem do participante do evento não leva ao reconhecimento do dano moral, e tampouco colore a figura da exploração indevida, com fins lucrativos, sendo dispensada na hipótese a prévia autorização daquela. APELO DO AUTOR IMPROVIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. (Apelação Cível Nº 70021356977, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Antônio Kretzmann, Julgado em 22/11/2007).

Podemos ressaltar que muitas vezes quem se coloca como vítima busca apenas enriquecimento sem causa através do dano moral, cobrando valores absurdos e abusivos contra quem publicou imagem sua. Neste ponto é importante sempre recordar-se do artigo 333 do Código de Processo Civil, que declara incumbir o ônus da prova ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

Este julgado bem retrata a situação descrita acima, na qual o autor da ação busca a indenização sem provar o dano ocorrido:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PUBLICAÇÃO NÃO AUTORIZADA DE FOTO DO AUTOR NO SUPLEMENTO VALE DOS SINOS, ENCARTADO NO JORNAL ZERO HORA. VIOLAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS. ÔNUS DO AUTOR. 1. A exposição de imagem fotográfica do autor, publicada em suplemento encartado em jornal de grande circulação sem o seu consentimento, por si só, não configura ato ilícito passível de indenização por danos extrapatrimoniais. 2. Nestes casos, compete ao autor comprovar os danos morais que alega ter suportado, a teor do art. 333, I, do CPC. Sentença monocrática mantida. Precedentes Jurisprudenciais. APELO IMPROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70027990423, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 20/05/2009).

Podemos então concluir que o respeito a liberdade de imprensa deve andar lado a lado com o respeito ao direito à imagem do cidadão, sempre levando em conta a necessidade de se informar a população sobre o que ocorre em todos os cantos deste país. Deve sempre levar em conta o ânimo do meio de comunicação em ter agido ou não com má fé. Outro ponto que também pode ser considerado é se a imagem realmente foca certa pessoa ou traz um retrato coletivo, não dando enfoque a nenhum dos presentes, mas sim ao ambiente e ao momento em que estes se encontram.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo por enfoque um tema que diz respeito aos direitos personalíssimos, nosso trabalho almeja dar uma base argumentativa para que conheçamos e nos aprofundemos sobre este tema na esfera jurídica. A importância do direito a imagem cresceu muito nos últimos tempos propiciando um debate mais acentuado acerca do tema.

Entretanto, com as novas mutações sociais nos deparamos com novos conflitos de interesses que devem ser solucionados pelo jurista. A revolução tecnológica trouxe muitas benesses com o compartilhamento de dados em um intervalo de tempo muito curto que na Idade Media, por exemplo, era inimaginável .

Se por um lado o acesso a informações é simultâneo, possibilitando ao individuo um conteúdo muito extenso, por outro lado o expõe , podendo ate invadir sua vida intima e privada. O direito a imagem surge justamente para nos dar essa segurança. A circulação de imagens pela internet, desde que sigam os parâmetros dados pelo direito, deve ser ampla. Porem também ampla deve ser a segurança dada pelo Estado.

Com a distinção feita por Maria Helena Diniz em direita imagem- retrato e imagem-atributo podemos analisar a imagem em seu sentido lato e atribuir-lhe qualificações jurídicas que protejam o indivíduo contra diferentes atentados contra a personalidade.

No seu entorno figuram os mais diferentes casos para a construção de um painel jurídico que viabilize a equidade jurídica tão sonhada.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional.26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Do Estado Liberal ao Estado Social.9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Código Penal. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Márcia V. dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 39. ed. São Paulo: Saraiva 2001, 794.p.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado,1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 660861 RG / MG - MINAS GERAIS. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasilia, DF. 22 de maio de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 31 de julho de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 739382 RG / RJ - RIO DE JANEIRO. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF. 23 de maio de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 31 de julho de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 3161873 RG. Relator: Ministra Carmen Lucia. Brasília, DF. 25 de maio de 2013. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 31 de julho de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. ARE 652777 SP. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF. 16 de setembro de 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 31 de julho de 2013.

BUENO, Silveira. Minidicionário de Língua Portuguesa, ed. rev. e atual. São Paulo: FTD, 2000.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral.8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70021356977. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Antônio Kretzmann. 22 de novembro de 2007. Porto Alegre, RS. Disponivel em <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em 31 de julho de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70020994745. Quinta Câmara Cível. Relator: Pedro Luiz Rodrigues Bossle. 19 de setembro de 2007. Porto Alegre, RS. Disponivel em <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em 31 de julho de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70027990423, Quinta Câmara Cível. Relator: Gelson Rolim Stocker. 20 de maio de 2009. Porto Alegre, RS. Disponivel em <http://www.tjrs.jus.br/>. Acesso em 31 de julho de 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 0003067-57.2012.8.26.0032. Relator: Alexandre Bucci. 16ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, SP. 19 de fevereiro de 2013. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 31 de julho de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 0053673-54.2013.8.26.0000 Relator: Paulo Eduardo Razuk. 1ª Câmara de Direito Privado. São Paulo, SP. 4 de junho de 2013. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/>. Acesso em 31 de julho de 2013.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Fernando Henrique da SILVA HORITA [993]

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo tecer considerações sobre o art. 225 da Constituição Federal brasileira, destacando a concepção principiológica da fraternidade que concretiza o dever de respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para tanto, partiu-se da noção de fraternidade desenvolvida pelo historiador italiano Antonio Maria Baggio, recolhendo ainda, contribuições de diversos outros juristas. Deste modo, para consolidar a pesquisa proposta, o percurso teórico na investigação foi efetuada sob a base lógica do método dedutivo, com uma coleta de dados bibliográfico e documental. O ensaio concluiu, ao final, que com o princípio da fraternidade pode ser entendido como princípio constitutivo que tem como possibilidade a articulação da sustentabilidade, levando este alcançar um viés de precaução ao meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da fraternidade; Meio Ambiente; Antonio Maria Baggio; Proteção Ambiental; Constituição Federal.

ABSTRACT

The present article aims to make considerations about article 225 of the Brazilian Federal Constitution, highlighting the fraternity's principled concept that embodies the duty of respect to an ecologically balanced environment. Therefore, departed from the fraternity notion developed by the Italian historian Antonio Maria Baggio, also gathering contributions from several other jurists. Thus, to consolidate the proposed research, the theoretical route in the investigation was conducted under the logical basis of the deductive method, with a collection of bibliographic and documental data. The essay concluded, in the end, that the fraternity principle can be understood as constitutive principle, which has the ability of sustainability articulation, taking this to achieve a precaution's bias to the environment.

KEYWORDS: Fraternity's principle; Environment; Antonio Maria Baggio; Environmental Protection; Federal Constitution.

[993] Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pela UNIVEM sendo bolsista CAPES e especializando em Formação de Professores para Educação Superior Jurídica pela Universidade Anhanguera UNIDERP. Integrante dos Grupos de Pesquisa GEP e POLITICAS PÚBLICAS, ambos cadastrado no diretório de grupos de pesquisa do CNPq. Foi graduado em Direito pela UNIVEM e tem experiência na área de Direito, com pesquisas na área de Sociologia, Filosofia Jurídica e Educação Jurídica, ocupando-se de temas como: fraternidade, educação e modernidade.

"A natureza criou o tapete sem fim que recobre a superfície da terra. Dentro da pelagem desse tapete vivem todos os animais, respeitosamente. Nenhum estraga, nenhum o rói, exceto o homem." (Monteiro Lobato)

INTRODUÇÃO

A observação de problemas ambientais na atualidade e a crescente preocupação da comunidade científica em trabalhos relativos à proteção ambiental, uma vez que o compromisso constitucional assumido em 1988 é de conciliar o desenvolvimento com equilíbrio do meio ambiente, justifica o intuito de se refletir sobre a importância do princípio da fraternidade em busca do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desta forma, diante de uma perspectiva ambiental, no qual predominam as incertezas de um futuro sustentável, o medo, e os riscos desconhecidos, o artigo tem como objetivo precípuo tecer considerações sobre o princípio da fraternidade e sobre o meio ambiente.

Para tanto, utiliza-se da análise teórica da obra organizada por Antonio Maria Baggio, *"A fraternidade como princípio esquecido"*, para dimensionar os contornos de um contexto jurídico voltado para uma perspectiva axiológica fraterna. Entretanto, se utilizará, ainda, da concepção principiológica fraterna de outros juristas.

Os contornos dos problemas ambientais são apresentados à luz do Leonardo Boff e de outros pesquisadores de tal temática, na qual descrevem os fenômenos ambientais presenciados pela humanidade na atualidade, abordando os aspectos paradigmáticos, ecológicos, éticos, políticos e espirituais das transformações que são necessárias para originar uma nova relação entre humanidade e natureza.

Com efeito, o critério metodológico utilizado para a investigação desta pesquisa e as bases lógicas do relato reside no método dedutivo e na interdisciplinaridade entre direito e outras áreas do conhecimento. Cabe esclarecer que o foco privilegiado desta pesquisa é o direito, tendo o direito ambiental como pano de fundo da presente pesquisa, realizando deste modo, uma dinâmica e totalizante interpretação deste, aplicado ao princípio da fraternidade. Assim, parte do seguinte questionamento: *O princípio da fraternidade se apresenta como importante ao meio ambiente?*

Nesse sentido a proposta do presente artigo é essencialmente ir desvendando o princípio da fraternidade, ainda que profundamente, sob o enfoque do meio ambiente, despertando-se tanto pela relevância e pela pouca literatura produzida na área, quanto pela capacidade de contribuição para o meio ambiente, como para a possibilidade de alcançar na atualidade deste princípio, a possibilidade de precaução ambiental e consequentemente, um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No desenvolvimento do presente, serão apresentadas primeiramente as questões ambientais do Brasil na visão de Boff e de outros estudiosos da temática. Abordar-se-ão, ainda, a garantia constitucional de se ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado e por fim, a importância de se discutir o princípio da fraternidade sob uma perspectiva ambiental.

1. QUESTÕES AMBIENTAIS DO BRASIL

Segundo alguns especialistas, o planeta vive uma séria crise ambiental, pior do que aquela que levou a extinção dos dinossauros há cerca de 65 milhões de anos, vive-se em um mundo em que a doença da natureza, infelizmente, é o próprio homem[994]. Assim, a grande preocupação do século XXI é superar a problemática ambiental.

Desta feita, antes de iniciar a argumentação sobre as questões ambientais, se interessa urgir sobre o que de fato é meio ambiente. Para tanto, de acordo com Silva:

> O ambiente integra-se a um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que vive. Já o meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas[995].

Neste contexto, argumenta-se que na realidade a doutrina brasileira entende que meio e ambiente são considerados sinônimos. Assim, com base no aludido, quando se mencionar a palavra meio ambiente, se fala sob uma perspectiva somente natural, mesmo reconhecendo que esta poderia ter divergentes sentidos.

---

[994] GORBACHEV, Mikhail Sergeevitch. **Meu Manifesto pela Terra**. Tradução Zóia Prestes. 1ª ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2003, p. 20.
[995] SILVA, José Afonso da, **Direito Ambiental Constitucional**. 2ª Ed. Malhares Editores Ltda, 1998, p. 2.

Voltando para a problemática da questão ambiental brasileira, se observa que a modificação radical do comportamento do homem acarreta algumas preocupações, como o uso predatório dos recursos naturais do planeta[996].

Segundo Padilha:

> A destruição de hábitats da fauna, a extinção de espécie animais e vegetais, a destruição de floresta e ecossistemas inteiros, o esgotamento de solos o crescente acúmulo de lixo industrial, atômico e até espacial, o desperdício de água, o esgotamento de mananciais, a falta de saneamento básico, a má utilização de pesticidas e agrotóxicos, a ocupação humana desordenada e sem planejamento de toda espécie de espaço geográfico, a perda de fertilidade dos solos cultiváveis, o assoreamento decorrente do desmatamento, o esgotamento e a poluição dos solos são alguns exemplos de depredação e poluição, que criaram a ameaça da escassez na distribuição de bens essenciais à qualidade de vida, tais como a água potável e a produção de alimentos[997].

Depreende-se, assim, que as questões em torno do meio ambiente são diversificadas. Portanto, a humanidade tem que se preocupar, pois por muito menos, espécies já foram extintas[998]. Assim, a Terra já provou que tem como características a resistência e a regeneração, entretanto, teme-se que algum momento o desequilíbrio e as imensas catástrofes irão acontecer, degradando o planeta.

Deste modo, Boff aduz que:

> No último século o calor da Terra aumentou entre 0,3°C e 0,6°C. Para os próximos 100 anos calcula-se um aumento de 1,5°C a 5,5°C. Tais mudanças provocarão desastres descomunais, como secas e o degelo das calotas polares. As inundações das costas marítimas onde vivem 60% da população mundial, causariam milhões de

---

[996] PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 4.
[997] Ibidem, p. 4.
[998] BOFF menciona que o meteoro que há cerca de 67 milhões de anos extinguiu 65 % por cento das espécies existentes, ou até mesmo, a enorme extinção há 730 mil anos passados no pleistoceno são meros exemplos de casos de extinção de espécies existentes que por muitos anos eram soberanas no planeta.

> migrantes e de vítimas. Muitas das espécies de seres vivos não se adaptariam e morreriam [...][999].

Assim, milhões de pessoas estariam se refugiando por motivos ambientais. Por trás deste processo de preocupações com problemas ambientais, Boff[1000] destaca outro problema em consequência à degradação ambiental, a destruição da camada de ozônio, localizada entre 30 e 50 km da superfície do planeta e que tem como escopo servir como escudo protetor a terra, ou seja, proteger a vida na Terra dos raios ultravioletas.

Por sua vez, se observa os dados alcançados pela Organização Meteorológica Mundial – OMM, em que expressa: modelos teóricos:

> Segundo ela, de agora até 2100 as temperaturas se elevarão entre 1,8°C e 6°C, estabilizando-se por volta de 2°C-3°C, podendo chegar a 4°C. Nesse último nível todo o sistema-vida estaria ameaçado, inclusive a espécie humana. O nível do mar subiria inicialmente de 18 a 59 centímetros, e com a aceleração do degelo da Groenlândia e das calotas polares pode chegar a sete metros de altura. As consequências seriam desastrosas para inúmeros países-ilhas e para as centenas de cidades costeiras. Tudo isso à condição de se fazerem a partir de agora pesados investimentos (cerca de 460 bilhões de dólares anuais) para estabilizar a temperatura da Terra. Sem esse empenho coletivo, desapareceriam cerca de 20% - 30% das espécies animais e vegetais e o número de vítimas humanas poderiam chegar aos milhões. As secas, desertificação e a salinização dos solos privariam de água potável cerca de três bilhões de pessoas, fazendo crescer em 600 milhões o número dos que já passam fome. Os refugiados climáticos seriem entre 150-200 milhões, que não aceitariam passivamente o veredicto de morte e invadiriam as regiões mais favoráveis à vida. [1001]

Neste contexto, com a degradação da camada de ozônio, todos os seres humanos estarão expostos aos raios ultravioletas, causando câncer, catarata e afetando toda a cadeia

---

[999] BOFF, Leonardo. **Cuidar da Terra, proteger a vida:** como evitar o fim do mundo. Rio de Janeiro: Record, 2010, p. 237.
[1000] Ibidem, p. 237.
[1001] Ibidem, p. 51.

alimentar do planeta[1002]. Assim, o aquecimento Global já se predomina em regiões brasileiras, como ilustra a imagem:

Fonte: Ricardo Oliveira (www.ecoinforme.com.br)

Percebe-se, nesse viés, que os efeitos do aquecimento global já ocorrem. Cabe reconhecer, ainda, que grande parte dos danos ambientais são causados por causa de alguns ramos marginais de indústrias de base, da mesma forma que, uma boa parte das degradações ambientais são degradadas também, direta ou indiretamente, às decisões de investimento e nas produções de grandes empresas multinacionais[1003].

É nesse contexto, que Coradini leciona:

> O advento da revolução industrial gerou um curioso processo, se por um lado os bens de consumo puderam ser oferecidos em grande escala e houve o fenômeno de migração de pessoas do campo para a cidade, por outro, esses processos geraram um aumento de concentração de gás carbônico (CO^2) e outros gases de efeito estufa (greenhouse gases) na atmosfera em razão da utilização de mecanismos de combustão com matriz energética fóssil e pela destruição de florestas (urbanização), produção exagerada de resíduos sólidos sem o devido aproveitamento, dentre outros aspectos[1004].

[1002] Ibidem, p. 237.
[1003] DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 1. ed. Max Limonad, 1997, p.8.
[1004] CORADINI, Moema Ferreira Giuberti. Pressões ambientais versus econômicas. Uma proposta em prol da sustentabilidade e manutenção da vida tal qual a conhecemos. Filkelstein, Claudio; Negrini Filho, João; Campello, Lívia Gaigher; Oliveira, Vanessa Hasson de 1970. **Direito ambiental no século XXI** [recurso eletrônico]: Efetividade e Desafios. – Rio de Janeiro: Clássico, 2012, p. 85.

Neste diapasão, os seres humanos até tempos atrás destruía a si próprio, hoje, se inicia uma nova fase em que a humanidade destrói algo de importante para sua própria existência, o meio ambiente[1005]. Desta feita, importa salientar que os fenômenos que colocam em risco a existência do homem são originados pelo próprio ser humano, que se tornou absoluto de tudo, a pessoa da razão, transformando-se em inconcebíveis forças destrutivas[1006].

Além disso, realça-se que o homem ainda vive sob o encontro antropológico de uma submissão natural, consequência da razão iluminista que permite que este se coloque como centro do universo, numa direta substituição de Deus[1007].

Boff menciona que "a humanidade é a primeira espécie na história da vida na Terra a se torna uma força geofísica"[1008] e o próprio, complementa, que "estamos mais empenhados em salvar o sistema econômico-financeiro do que a humanidade e a Terra"[1009]. Desta feita, não se pode negar que a degradação ambiental em todo território aconteça, a prova disso, pode ser presenciada em qualquer lugar do planeta e seria humilhante para todos os seres humanos se acontecesse sua própria extinção a partir de milhões de anos de evolução e o principal motivo seria o próprio homem[1010].

Neste passo, os problemas ambientais já se observam a olho nu, elevando o número de cataclismos naturais, tufões, tormentas, enchentes e secas[1011]. E de fato, as incertezas produzidas nessa sociedade contida de riscos demanda o inesperado a experimentar algo novo, sendo necessário apresentar o princípio da fraternidade, tão esquecido atualmente, antes, porém, parece ser interessante urgir um pouco sobre a proteção constitucional do meio ambiente.

2. A PROTEÇÃO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Uma vez comentado as realidade relevantes do meio ambiente e sua relação com o antropocentrismo do homem, a análise seguinte recairá sobre a importância da proteção ambiental constitucional brasileira.

Com efeito, a partir da Constituição Federal de 1988, passa a gozar de inegável amparo constitucional o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, a Magna Carta em seu art. 225 menciona:

[1005] BECK, Ulrich. **A Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. Editora 34, 2010, p. 7.
[1006] Ibidem, p. 8.
[1007] DERANI, op. cit., p. 72.
[1008] BOFF, op. cit., p. 37.
[1009] Ibidem, p. 225.
[1010] Ibidem, p. 222.
[1011] GORBACHEV, op. cit., p. 25.

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações[1012].

Por isso, a proteção do meio ambiente deixa, definitivamente, de ter um interesse menor sobre a perspectiva ambiental, alçando o meio ambiente, pela via constitucional, ao ponto máximo do ordenamento, privilégios que outras questões primordiais demoraram décadas para lograr algumas conquistas[1013].

Cabe frisar que a Constituição Federal de 1988 é paradigmática na perspectiva de reconhecer a proteção ambiental como um direito de matéria fundamental. Por seu turno, quanto a essa temática, Tiago Fensterseifer é enfático ao ponderar que:

> Na caracterização de sua jusfundamentalidade, a doutrina e a jurisprudência brasileiras são pacíficas no sentido de reconhecer o direito ao ambiente como integrante do rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, constante da Lei Fundamental de 1988, não obstante estar situado fora do Título II do seu texto. É, portanto, a partir de uma leitura material do seu conteúdo e das relações que mantém com os demais valores constitucionais fundamentais que o direito ao ambiente alcança o status de direito fundamental. A configuração de sua fundamentalidade resulta da sua identificação com os valores que compõe o conteúdo essencial do princípio da dignidade humana e do Estado de Direito brasileiro. Nesse aspecto, a doutrina destaca a dupla perspectiva da fundamentalidade dos direitos fundamentais: formal e material. Um direito fundamental pode ser concebido como tal em razão de estar consagrado de forma expressa no coração constitucional, ou seja, no rol dos direitos fundamentais trazidos pelo texto constitucional, bem como através de um critério material que visa justamente a analisar o conteúdo do direito e a sua importância na composição dos valores

[1012] BRASIL, Art. 225 da Constituição Federal brasileira.
[1013] BENZAMIN, Antonio Herman. **Constitu cionalização do meio ambiente e ecologização da Constituição brasileira**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens (org.) Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, parte II, p. 93.

> constitucionais fundamentais, o que se dá também através de sua vinculação em maior ou menor medida com a dignidade da pessoa humana[1014].

Percebe-se, nesse viés, que o meio ambiente é tido como um direito fundamental, um direito essencial à sociedade[1015]. Deste modo, a doutrina majoritária, entende o meio ambiente como um direito fundamental, percebendo ainda, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado compõe o rol dos direitos de terceira geração, pois consta com um viés de fraternidade[1016]. De fato, o "[...] Supremo Tribunal Federal, partilhando do mesmo entendimento, afirmou que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração"[1017], leciona Brito.

Na mesma perspectiva, Gomes diz:

> O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadio para as presentes e futuras gerações está inegavelmente incluído no rol dos direitos fundamentais, uma vez que se relacionam à vida e à qualidade de vida dos indivíduos. Sem tal direito, torna-se impossível o respeito a qualquer outro direito fundamental[1018].

Assim, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, voltado para o direito à vida, tanto das presentes, como para as futuras gerações[1019]. Na mesma perspectiva, no que diz respeito o meio ambiente sendo um direito fundamental, Padilha apresenta um entendimento ímpar, a saber:

[1014] FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 166-167.
[1015] GOMES, Daniela Vasconcellos. A Solidariedade Social e a Cidadania na Efetivação do Direito a um Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. **Desenvolvimento em questão**. Editora Unijuí. Ano 5, n. 9, jan./jun., 2007, p. 86.
[1016] TRINDADE, Sérgio Carvalho. **Direito Fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado enquanto elemento indispensável da dignidade da pessoa humana**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Orientador: Dr. Wilson Antônio Steinmetz, 2010 p. 44.
[1017] BRITO, Rafaela Silva. Os princípios da fraternidade e da solidariedade como vetores do direito ambiental. Luiz Antonio Pierre (et alii.) (organizadores). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013, p. 172.
[1018] GOMES, op. cit., p. 86.
[1019] Ibidem, p. 88.

> O compromisso assumido pela atual Carta Constitucional com relação à questão ambiental implica numa nova abordagem da juridicidade ambiental, um novo desenho de nosso Estado Democrático de Direitos, que exige profundas reformulações sociais, institucionais, econômicas e políticas de altíssima complexidade e dificuldade. Lembrando que o advento da Constituição de 1988, enquanto nossa verdadeira Constituição democrática se refere a uma expectativa não da sociedade que somos, mas da sociedade que pretendemos e queremos ser, e pela qual temos muito ainda que lutar[1020].

Nesse sentido, que a Magna Carta brasileira de 1988, impõe o dever de proteção do meio ambiente a todos, originando um compromisso tanto do Estado quando da Sociedade para com as futuras gerações[1021].

Por seu turno, Benjamim, ao comentar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também salienta este sendo um direito de terceira geração, moldado na fraternidade[1022], ou seja, o equilíbrio do meio ambiente é identificado como um direito fundamental de terceira geração.

De modo que parece ser necessário apontar para uma nova consciência, voltada para uma perspectiva de responsabilidade coletiva. Diante disso, se evidencia o princípio da fraternidade voltada para uma perspectiva ambiental.

3. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E OS PROBLEMAS AMBIENTAIS

Com os recentes acontecimentos catastróficos como "[...] – terremoto, tsunami e vazamento nuclear no Japão; desastre natural na serra do Rio de Janeiro; tornados no Meio-Oeste dos Estados Unidos [...][1023]", dentre outros de capacidades destrutivas e transformadoras, acarreta alguns questionamentos: como evitar esses problemas ambientais? Como que as pessoas devem se comportar em meios desses problemas? São algumas indagações que se expõem.

[1020] PADILHA, Norma Sueli. Cidadania Ambiental: a necessidade de uma consciência pública dos riscos ambientais no contexto de um processo econômico desenvolvimentista. Filkelstein, Claudio; Negrini Filho, João; Campello, Lívia Gaigher; Oliveira, Vanessa Hasson de 1970. **Direito ambiental no século XXI** [recurso eletrônico]: Efetividade e Desafios. – Rio de Janeiro: Clássico, 2012, p. 41.

[1021] Ibidem, p. 42.

[1022] BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do meio ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. op. cit., p. 103.

[1023] BOLSON, Simone Hegele. As mudanças climáticas, o princípio da prevenção e as medidas de uma política da adaptação proativa: um novo desafio à sociedade brasileira. **Anais do [Recurso Eletrônico] do XX Congresso Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 1497.

De fato, se há alguma alternativa, mesmo que ela não seja instantânea, rápida e prática, pois questões em torno do meio ambiente não são questões meramente simples, pelo menos se pode direcionar uma alternativa.

Essa postura indagada destaca a fala de Boff, em que ilustra:

> Se não temos em mãos a solução, pelo menos podemos indicar uma direção. Se essa estiver certa, o caminho poderá fazer curvas, subir e descer e até conhecer atalhos, essa direção nos levará a uma terra na qual os seres humanos poderão ainda viver humanamente e tratar com cuidado, com compaixão e com amor a Terra, Pacha Mama e nossa Grande Mãe[1024].

Vendo pela mesma perspectiva, complementando a questão, se entende nesse sentido que "a missão do homem é a de ser guardião e o cuidador" do meio ambiente. Desta feita, relembra-se também, que o princípio da precaução desenvolve uma postura responsável em relação aos seres vivos e consequentemente, ao meio ambiente, construindo novos horizontes para o desenvolvimento da vida no planeta[1025], observando assim, uma atitude fraterna, ou seja, o princípio seria um instrumento empreendido em prol dos interesses coletivos[1026].

Portanto, o conteúdo desenvolvido até aqui, busca demonstrar que se faz com urgência, pensar, que a própria humanidade se reconheça com paridade, sem abdicar as divergências culturais[1027]. Mas afinal, o que seria fraternidade?

Abordando a questão conceitual da fraternidade, Santos pondera que:

> A fraternidade diz respeito às relações dos indivíduos de forma recíproca. Desta forma, a fraternidade é o princípio que pode tornar efetivo os princípios da liberdade e da igualdade. A recuperação e efetiva aplicação do princípio da fraternidade é algo emergencial, tendo em vista o momento filosófico social no qual a humanidade está

[1024] BOFF, op. cit., p. 282.
[1025] CORADINI, op. cit., pp. 97-98.
[1026] BARBARO, Sergio. Princípio da precaução, relação e bem comum. In: Pierre, Luiz Antonio de Araujo [et alii.] (organizadores). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013, p. 193-195.
[1027] SILVA, Ildete Regina Vale da; JUNIOR, Celso Leal da Veiga. Sustentabilidade e fraternidade: algumas reflexões a partir da proposta de um Direito Ambiental planetário. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, Jan/jun, 2011, p. 34.

> imerso, que preza, sobretudo, pelo individualismo. Mas isso desde que se saia do âmbito exclusivamente espiritual e religioso, e se traga a fraternidade para a política, economia, campo jurídico [...][1028].

Assim, a fraternidade nada mais é do que uma semente para a transformação social, "[...] não esgotando sua fecundidade nas relações interpessoais de proximidade [...]", mas estendendo às relações sociais mais amplas, "[...] às relações entre grupos sociais, às relações políticas e internacionais [...]"[1029].

Conforme Brito, o princípio esquecido seria um vetor da aplicabilidade do Direito Ambiental[1030]. Acredita-se, segundo ela, que o princípio da fraternidade funciona como um meio e não como um fim[1031], e que o conceito de fraternidade abrangeria o de equidade e solidariedade, ocasionando uma humanidade em sua totalidade, ou seja, uma comunidade existente, orientado para um futuro de paz universal[1032].

Esse, portanto, é o substrato que permite destacar o princípio da fraternidade e que fundamenta que os interesses privados, egoístas, não devem prevalecer sobre o bem comum[1033]. Assim, pode-se entender que:

> A fraternidade surge do socorro mútuo prestado entre as pessoas. Exercitar o princípio da fraternidade, em todos os ambitos, principalmente no ambiental, é construir e reconstruir a sociedade. É prover o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e apoiar o princípio da solidariedade que também provê a sustentabilidade para todos[1034].

[1028] SANTOS, Hélbertt Paulo Leme dos. A pena privativa de liberdade e o princípio da fraternidade. Lafayette Pozzoli, Christiane Splicido (organizadores). **Teoria Geral do Direito: ensaios sobre dignidade humana e fraternidade**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2011, p. 114.
[1029] PATTO, Maria Godinho Vaz. O princípio da fraternidade no Direito: instrumento de transformação social. In. Luiz Antonio Pierre (et alii.) (organizadores). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013, p. 35.
[1030] BRITO, Rafaela Silva. Os princípios da fraternidade e da solidariedade como vetores do Direito Ambiental. op. cit., p. 172.
[1031] Ibidem, p. 174.
[1032] Ibidem, p. 174.
[1033] Ibidem, p. 175.
[1034] Ibidem, p. 175.

Da mesma forma, Silva e Junior, evidencia que o princípio da Revolução Francesa traz a ideia de reconhecimento do outro fundamentando da seguinte forma:

> A fraternidade se configura na dimensão relacional do conhecimento com o outro: o outro que não sou eu ou não pertence ao meu grupo; mas é um outro de mim e deve ser amigo, porque ele, assim como eu, integra a espécie humana e, ainda que não o encontre no mesmo espaço ou tempo, com ele me relaciono, porque a condição da nossa existência está em dividir a mesma casa[1035].

A fraternidade, portanto, apresenta-se com a mesma lógica que a precaução postula. De forma ainda mais clara, o princípio da precaução realiza uma interação e colaboração entre os divergentes elementos da sociedade, impondo um surgimento de um novo conceito de responsabilidade, que coloca em destaque uma nova consciência renovada das possíveis consequências da humanidade[1036].

Ao clarificar tais ponderações, manifesta-se Souza, que:

> O princípio da fraternidade assume papel central na vida humana, pois a sociedade fraterna também é solidária. É princípio de organização social, ao permitir que os diferentes sejam semelhantes, garantindo-lhes liberdade de atuação na esfera econômica da sociedade[1037].

Portanto, nesse viés, discussões em torno da fraternidade reintroduzem um olhar voltado para um desenvolvimento social e político global, resgatando a visão humanística que acolhe a humanidade e o meio ambiente[1038].

A congruência desse fato se faz evidente que a fraternidade pode ser uma semente de uma transformação social, pela percepção da seguinte notícia:

[1035] SILVA; JUNIOR, op. cit., p. 35.

[1036] BARBARO, Sergio. Princípio de precaução, relação e bem comum. Luiz Antonio Pierre (et alii.) (organizadores). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013, p. 192.

[1037] SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. A fraternidade como categoria jurídica no Direito Ambiental. Ivanaldo Santos; Lafayette Pozzoli (org.). **Direitos Humanos e fundamentais e doutrina social.** 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2012, p. 88.

[1038] RIBEIRO, Maurício Andrés. Fraternidade ainda que tardia. **Anal. & Conj**., Belo Horizonte, v. 4, n. 1, jan./abr. 1989, p. 162.

> Cerca de 200 idosos japoneses, compostos por engenheiros aposentados e outros profissionais, todos com mais de 60 anos, se ofereceram para controlar a crise na usina nuclear de Fukushima, que meses após o terremoto de 9 graus seguido de tsunami que atingiram o país no dia 11 de março, devastando o Japão, continua liberando radiação. Disseram que são eles que devem enfrentar os perigos da radiação, e não os jovens. O altruísmo do grupo, que se intitulou Skilled Veterans Corps, começou com o engenheiro Yaseteru Yamada, que ao assistir ao noticiário, decidiu mobilizar idosos como ele. Em entrevista à imprensa, comentou: "Eu tenho 72 anos e posso viver mais 13 ou 15 anos. Mesmo que seja exposto à radiação, o câncer vai demorar 20 ou 30 anos para se desenvolver". Para ele, a atitude não é corajosa, mas lógica[1039].

Assim, a fraternidade se revela fundamental ao mundo atual, partindo de uma nova consciência ecológica, cujas principais perspectivas podem se manifestar de diversas formas benéficas para o meio ambiente, respeitando à diversidade étnica e cultural, e tendo uma noção de uma unidade biosférica e planetária, no sentido de se convencer da necessidade do princípio da fraternidade, ainda que tardia[1040].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é possível localizar no desenvolvimento da investigação do artigo, todos os temas apresentados – Problemas Ambientais, Aspectos de proteção constitucional e Princípio da Fraternidade – são conhecimentos em construção e perpétua luta. Assim, o esforço até aqui empreendido se deu no sentido de trazê-los à baila, sem a menor pretensão de finalizar a problemática em questão. Mesmo porque, tal missão, além de necessária, seria impossível.

O objetivo, como dito na introdução do presente, foi trazer algumas reflexões sobre a fraternidade e o meio ambiente, buscando ajudar a pensar alguma solução para as atuais questões ambientais, voltado numa perspectiva humanista, em uma tentativa de contribuir para as questões sociais planetárias, projetando um meio ambiente ecologicamente equilibrado e um futuro melhor.

[1039] Disponível em: < http://portaldoenvelhecimento.org.br/noticias/voluntariado/idosos-japoneses-seoferecem-para-trabalhar-em-fukushima.html> . Acesso em: 29 jul. 2011.
[1040] RIBEIRO, op. cit., p. 164-166.

A aplicabilidade do princípio da fraternidade se mostrou primordial na atualidade, mediante os problemas ecológicos apresentados, pois com este, transforma os indivíduos de uma sociedade, não só em defesa ou busca dos interesses do grupo no qual está inserido, mas também, e principalmente, naquilo que respeita o bem-estar em relação a si e a toda coletividade, com a perspectiva de responsabilidades que vai além que algum grupo requer.

Conclui-se, então, que para alcançar um efetivo ambiente ecologicamente equilibrado, se faz necessário a aplicabilidade do princípio da fraternidade, princípio este que geraria uma necessária cultura de convivência harmoniosa, na qual a solidariedade e a equidade se inserem, como uma exigência da própria coletividade, ocasionando uma possível sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

BARBARO, Sergio. Princípio de precaução, relação e bem comum. Luiz Antonio Pierre (et alii.) (organizadores). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013.

BECK, Ulrich. **A sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Editora 34, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do meio ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**.

BENZAMIN, Antonio Herman. **Constitucionalização do meio ambiente e ecologização da Constituição brasileira**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; Leite, José Rubens (org.) Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, parte II.

BOFF, Leonardo. **Cuidar da Terra, proteger a vida:** como evitar o fim do mundo. Rio de Janeiro: Record, 2010.

BOLSON, Simone Hegele. As mudanças climáticas, o princípio da prevenção e as medidas de uma política da adaptação proativa: um novo desafio à sociedade brasileira. **Anais do [Recurso Eletrônico] do XX Congresso Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

BRITO, Rafaela Silva. Os princípios da fraternidade e da solidariedade como vetores do direito ambiental. Luiz Antonio Pierre (et alii.) (organizadores). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013.

CORADINI, Moema Ferreira Giuberti. Pressões ambientais versus econômicas. Uma proposta em prol da sustentabilidade e manutenção da vida tal qual conhecemos. In: Finkelstein, Claudio; Negrini Filho, João; Campello, Lívia Gaigher; Oliveira, Vanessa Hasson

de 1970 – **Direito ambiental no Século XXI** [recurso eletrônico]: Efetividade e Desafios. – Rio de Janeiro: Clássica, 2012.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 1ª ed. Max Limonad, 1997.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GOMES, Daniela Vasconcellos. A Solidariedade Social e a Cidadania na Efetivação do Direito a um Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado. **Desenvolvimento em questão**. Editora Unijuí. Ano 5, n. 9, jan./jun., 2007.

GORBACHEV, Mikhail Sergeevitch. **Meu Manifesto pela Terra**. Tradução Zóia Prestes. 1ª ed. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2003.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. Cidadania Ambiental: a necessidade de uma consciência pública dos riscos ambientais no contexto de um processo econômico desenvolvimentista. Filkelstein, Claudio; Negrini Filho, João; Campello, Lívia Gaigher; Oliveira, Vanessa Hasson de 1970. **Direito ambiental no século XXI** [recurso eletrônico]: Efetividade e Desafios. – Rio de Janeiro: Clássico, 2012.

PATTO, Maria Godinho Vaz. O princípio da fraternidade no Direito: instrumento de transformação social. In. Luiz Antonio Pierre (et alii.) (organizadores). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013.

RIBEIRO, Maurício Andrés. Fraternidade ainda que tardia. **Anal. & Conj**., Belo Horizonte, v. 4, n. 1, jan./abr. 1989.

SANTOS, Hélbertt Paulo Leme dos. A pena privativa de liberdade e o princípio da fraternidade. Lafayette Pozzoli, Christiane Splicido (organizadores). **Teoria Geral do Direito: ensaios sobre dignidade humana e fraternidade**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2011.

SILVA, Ildete Regina Vale da; JUNIOR, Celso Leal da Veiga. Sustentabilidade e fraternidade: algumas reflexões a partir da proposta de um Direito Ambiental planetário. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, Jan/jun, 2011.

SILVA, José Afonso da, **Direito Ambiental Constitucional**. 2ª Ed. Malhares Editores Ltda, 1998.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. A fraternidade como categoria jurídica no Direito Ambiental. Ivanaldo Santos; Lafayette Pozzoli (org.). **Direitos Humanos e fundamentais e doutrina social**. 1. ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2012.

TRINDADE, Sérgio Carvalho. **Direito Fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado enquanto elemento indispensável da dignidade da pessoa humana**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Orientador: Dr. Wilson Antônio Steinmetz, 2010.

ATIVISMO JUDICIAL NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Francielle Bueno ARAÚJO*

RESUMO

O presente artigo refere-se aos direitos fundamentais de segunda geração, à atuação estatal e, na falta desta, ao Ativismo Judicial para a efetivação dos direitos elencados na Constituição Federal de 1988.Falaremos acerca do papel do judiciário e do Ministério Público no controle das Políticas Públicas, a fim de que ocorra a concretização dos direitos sociais.Os direitos sociais exigem uma atuação intensa do Estado que proporcionam aos indivíduos, através do princípio da razoabilidade, o mínimo necessário à existência digna, denominado pela doutrina de mínimo existencial, num limite da reserva do possível orçamentário. Deste modo, tem-se que é necessário que o Estado atue de maneira interventiva para o bem-estar social concretizando a igualdade material à população. No entanto, o Ativismo Judicial no Estado Democrático de Direito revela-se como poder controlador de políticas públicas, devendo ser ressaltado, que em caso de omissão do Estado, o poder judiciário poderá interferir no processo de implementação de políticas públicas, pois poderá obrigar o Estado à prestações de fazer, haja vista que tem respaldo na Constituição, segundo a aplicabilidade dos direitos sociais e o princípio da dignidade da pessoa humana. Esta "interferência" acarreta a "judicialização" da política, tornando o papel do Judiciário de caráter político, sendo responsável, inclusive, no processo de transformação social.

ABSTRACT

This article refers to fundamental rights of the second generation, the state action and, in the absence thereof, the Judicial Activism for the realization of the rights enumerated in the Constitution of 1988.We will talk about the role of the judiciary and prosecutors in the control of Public Policy, in order that there will be the realization of social rights. Social rights require an intense activity of the State giving individuals, through the principle of reasonableness, the minimum existence worthy, called the doctrine of existential minimum, a threshold of reserve for budget. Thus, it follows that it is necessary that the State acts in a manner to interventional welfare realizing material equality to the population. However, Judicial Activism in a democratic state reveals itself as the controlling power of public policy,

should be emphasized, that in case of failure of the state, the judiciary can interfere in the implementation of public policies, as it may force the State the benefits of doing, considering that is supported by the Constitution, according to the applicability of social rights and the principle of human dignity. This "interference" entails the "judicialization" of politics, making the role of the judiciary from political, accounting, even in the process of social transformation.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Políticas públicas. Direitos sociais. Poder judiciário. Constituição Federal de 1988. Direitos fundamentais. Efetivação. Judicialização da política. Dignidade da pessoa humana. Mínimo existencial. Reserva do possível.

KEYWORDS: Judicial activism. Public policy. Social rights. Judiciary. Federal constitution of 1988. Fundamental rights. Effective. Judicialization policy. Human dignity. Minimum existencial. Reservation of possible.

INTRODUÇÃO

Trataremos acera do papel social dos magistrados e dos promotores de justiça, quando estes atuam em prol do interesse público para concretizar os direitos previstos no texto constitucional. A Administração Pública muitas vezes apresenta-se omissa ou negligente em relação à saúde, à educação, à moradia, entre outros direitos fundamentais sociais, deixando de efetivar os direitos básicos do cidadão. Deve-se analisar a função jurisdicional referente ao controle das políticas públicas, tendo em vista o orçamento público e o mínimo existencial, buscando a efetivação dos projetos governamentais realizados pelos poderes legislativo e executivo, pois o objetivo é a busca constante pela justiça social.

Nestes casos, o Ministério Público e o Estado –Juiz precisam estar engajados politicamente para colocar em prática o que a constituição e as leis infraconstitucionais, que apresentam conteúdo “garantista”, dispõem.

Há o exercício da função social do juiz, deixando de ser o que outrora era denominado juiz “boca de lei”, mas passando a ser um juiz político, que interpretará a lei à realidade social para efetivar da melhor maneira possível a Constituição do País, tendo em vista que estamos em um Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Notam-se transformações na maneira de atuar do judiciário frente à causas sociais, dispensando a neutralidade, havendo, porém, interferência para o bem estar comum.

Não há, no entanto, quebra do clássico sistema de “separação dos poderes”, pois o Judiciário somente irá interferir quando houver necessidade, sendo tão somente um instrumento jurídico para concretização dos direitos previstos constitucionalmente.

Busca-se incansavelmente atingir uma meta: A efetivação dos direitos sociais. Por isso, de diversas maneiras tentamos eleger instrumentos capazes de atender necessidades do povo e diminuir a desigualdade social. O Estado de Direito só fará sentido quando ocorrer a efetivação dos direitos e garantias do cidadão, proporcionando a consagração dos valores fundamentais à dignidade da pessoa humana.

1 OS DIREITOS SOCIAIS

Os Direitos Sociais estão relacionados aos princípios da dignidade da pessoa humana visando atingir a justiça social. O surgimento dos direitos sociais remonta ao século XX, no período pós-guerra e da ascensão do Estado de Bem Estar Social, sendo caracterizados como de segunda geração.

Os direitos sociais estão dispostos na Constituição de 1988, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), e no Título VIII (Da Ordem social).

Estabelece em seu Art.6º como direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Dos artigos 7º ao 11, estabeleceu-se os direitos sociais do trabalhador, em suas relações individuais e coletivas. No título VIII, o constituinte referiu-se aos direitos à Seguridade Social (Saúde, Previdência Social e Assistência Social), aos direitos relativos à Cultura, à Educação, à Moradia, ao Lazer, ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado e aos direitos sociais da Criança e dos Idosos.

Assim, os direitos sociais estão expressos no texto constitucional, devendo o poder executivo realizá-los. O Estado brasileiro faz uso de políticas públicas como forma de diminuir as desigualdades sociais e de garantir o mínimo de dignidade às pessoas. Cabe ao Executivo atender às demandas da sociedade, sendo que está previsto legalmente nos artigos da Constituição Federal de 1988.

Na ausência das prestações materiais do Estado, o Judiciário intervém obrigando a administração pública a atender às demandas da sociedade. Está claro, que caso seja

verificada omissão do Estado, a população recorre-se ao Judiciário para a obrigatoriedade de sua efetivação.

Os direitos sociais são realizados por meio de políticas públicas, que fixam, de maneira planejada, diretrizes e ações do Poder Público perante a sociedade, mas a concretização desses direitos nem sempre ocorre de forma efetiva, pois tornou-se recorrente a falta de planejamento do Estado e a ausência de políticas públicas eficazes.

1.1 Interpretação constitucional dos direitos sociais

A efetivação dos direitos sociais não depende somente da vontade dos juristas, dos operadores do direito, de estudantes universitários, da população e da vontade transformadora dos cidadãos, pois, está ligada também a fatores de ordem material, como o desenvolvimento econômico, a disponibilidade de recursos e decisões políticas, desta forma, torna-se complexa a aplicação da interpretação constitucional dos direitos sociais.

Os operadores têm a obrigação de proporcionar à população a máxima efetividade das normas constitucionais, desde que sejam observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade para que não haja desrespeito ao modelo de separação dos poderes. Deve-se ressaltar ainda que a hermenêutica constitucional permite a interpretação desses direitos sociais de forma que ocorra inevitavelmente a transformação da sociedade.

Ocorre que deve haver um certo cuidado em relação a atuação do judiciário, pois o indevido abuso de competências acabaria se concretizando em colisão de normas constitucionais, de um lado, normas de direitos fundamentais sociais, e de outro, princípio da separação de poderes.

O Brasil é, atualmente, um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção dos direitos sociais. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais tradicional do princípio da separação de poderes. Antes, era visto como intromissões do Judiciário na seara do Legislativo e do Executivo e às decisões que implicassem em controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos sociais. Pode-se afirmar que com o tempo, tivemos muitas transformações no direito e na política; hoje, a democracia exige mais do que eleições, escolhas dos candidatos a serem eleitos, sufrágio universal e possibilidade de alternância no poder. A democracia pressupõe também que haja concretude dos direitos básicos de todos os cidadãos, como direitos às condições

materiais básicas e essenciais para uma vida diga que possibilitem o efetivo exercício da cidadania.

2 A POLÍTICA PÚBLICA

A doutrina ainda não entrou em um consenso sobre em que consiste política pública. Porém, sabe-se que a realização das políticas públicas pelo próprio Estado tem uma identificação com o modelo de Estado Democrático Social. Depreendemos, no entanto, que as políticas públicas são categorias jurídicas que têm origem a partir da necessidade de buscar formas de concretização dos direitos sociais, denominados de segunda geração.

As Políticas Públicas estão presentes na área da ciência social, da administração pública e do direito, este passou a interpretar as políticas públicas e a jurisdicionalizá-las para que houvesse maior efetividade destas e que elas fossem concretizadas e não ficassem somente no papel. Por isso, as normas de direitos sociais são interpretadas para terem atuação do Poder Público, mas não somente dele, pois, excepcionalmente, quando o Poder Executivo e Legislativo são omissos, é fundamental que haja interferência do Poder Judiciário para que tenha uma completa realização desse projeto político social.

A Constituição Federal de 1988 caracteriza-se pelo ponto de vista político e jurídico como uma forma de concretização dos direitos fundamentais sociais, sendo realizados por meio de políticas públicas, sendo estas instrumentos do Estado contemporâneo, para que haja assim, a objetivação da finalidade social.

Depreendemos que políticas públicas são programas governamentais planejados para coordenar os meios à disposição do Estado, buscando melhorias em determinadas áreas, sendo a sua elaboração e execução realizadas predominantemente no âmbito do Legislativo e do Executivo.

[...] as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um “law enforcement” (reforço para execução da lei). Não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão.

As políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos. Em todas as áreas o Estado deve possuir políticas públicas de forma clara e precisa, na busca de melhor desempenho de suas atividades estatais. As principais políticas públicas são: política econômica, política educacional, política habitacional, política ambiental, política

previdenciária, política de saúde e política de segurança pública. A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços públicos caracterizam a execução material da função.

Na sua atuação, o Estado desempenha inúmeras atividades, prestando serviços públicos essenciais e não essenciais, de relevância pública ou não. Para as várias áreas de atuação do Poder Público há necessidade de fixação de uma rota de atuação estatal, seja expressa ou implícita, as chamadas políticas públicas. A Constituição Federal é a base da fixação das políticas públicas, porque ao estabelecer princípios e programas normativos já fornece o caminho da atuação estatal no desenvolvimento das atividades públicas, as estradas a percorrer, obrigando o legislador infraconstitucional e o agente público ao seguimento do caminho previamente traçado ou direcionado.[1041]

O principal responsável pela implementação das políticas públicas é o Poder Executivo, sendo ele responsável pelo planejamento e pela execução, deixando o Legislativo com um papel complementar, que é a concessão da fundamentação legal das políticas públicas, e somente em casos excepcionais, há ainda o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário, dentro de certos limites.

Maria Paula Dallari Bucci propôs a seguinte definição de política pública:

É o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processo juridicamente regulados –processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.[1042]

Para a realização dos objetivos almejados pelo estado para a população, deve-se ocorrer uma seleção de prioridades, reservando meios necessários à consecução e o tempo que levará para a efetivação da meta lançada.

[1041] SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[1042] BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

Para a concretização dos direitos sociais através de implementação de políticas públicas, o Estado deveria priorizar a distribuição dos recursos e isso ocorreria se o Estado evitasse gastos desnecessários, haja vista que a disponibilidade dos recursos econômicos é escassa, não tendo como atender a todas as pretensões clamadas pela sociedade.

Mas se houver uma priorização dos gastos públicos, ocorrerá a garantia da efetividade dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais. Note-se que *à priori*, essa garantia seria uma função dos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo ao primeiro decidir acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários, enquanto incumbe ao segundo a tarefa de executar e implementar com os recursos públicos existentes os vários projetos sociais necessários à sociedade.

As políticas públicas sociais deveriam responder às demandas da sociedade para uma inclusão social e equidade. Assim, haveria uma redução das desigualdades, conforme o princípio da isonomia.

As políticas públicas são instrumentos destinados à concretização dos direitos sociais, devendo analisar as prioridades do Estado, avaliando-se a disponibilidade orçamentária em busca de uma adequada estratégia referente aos recursos financeiros.

Nota-se que o atendimento às demandas da população, principalmente, aquela que pertence a camada hipossuficiente, isto é, aquela que mais depende do poder público, efetiva-se dentro do possível, tendo em vista o princípio da proporcionalidade.

As políticas públicas são formas de cumprimento das funções da Administração Pública, são resultados de atividades governamentais, são conjunto de práticas políticas. Em outras palavras, são decisões políticas, programas, ações, projetos, métodos, meios apropriados para consecução de metas e objetivos administrativos.

É de se pensar em uma participação proativa nas políticas públicas da sociedade, do Poder Judiciário e também do Ministério Público em conjunto com os Poderes legislativo e Executivo, ocorrendo então, uma atuação concorrente, pois a temática das políticas públicas é muito abrangente e corresponde à recursos públicos e direitos sociais, direito do povo, direito da população, nada melhor que houvesse uma participação da população como um todo, realizando o exercício pleno da cidadania.

Além disso, deve-se analisar de forma criteriosa os argumentos da teoria da reserva do possível, buscando-se uma nova forma de interpretar a amplitude da discricionariedade administrativa quando o tema em pauta for a concretização dos direitos sociais.

2.1 A Crise das Políticas Públicas

A elaboração de Políticas Públicas obedecem aos princípios da administração pública elencado na Constituição Federal de 1988, no artigo 37, sendo eles, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, porém, estes são severamente violados, notadamente a eficiência e moralidade administrativa, ficando claro a discrepância entre as previsões orçamentárias do governo e a efetivação das políticas públicas. Assim, os objetivos do governo não são concretizados, ficando em segundo plano o que anteriormente era prioridade, não havendo inclusão social, crescimento econômico, igualdade social, atendimento às necessidades básicas, saúde de qualidade, segurança, transporte público, educação.

As políticas públicas são sinônimo muitas vezes de ineficácia, improbidades administrativas, corrupção, clientelismo, falsas promessas, não ocorrendo o direcionamento correto dos investimentos e a concretização das políticas públicas no país.

O poder executivo elabora um projeto orçamentário, um plano plurianual, mas acaba não implementando a maioria dos investimentos e recursos anteriormente previstos, mudando de rumo, atendendo a outros programas e a outros setores, deixando inacabado o primeiro projeto, desta forma, fica evidente que não há compromisso com o princípio da eficiência administrativa, sendo que a prestação pública é mal feita e não finalizada. Por isso, a sociedade deve fiscalizar, por meio de mecanismos de controle e cobrar dos gestores públicos o término dos programas por eles iniciados para evitar irregularidades administrativas ou até mesmo reprimi-las, quando já ocorreram.

A ausência de vontade política, o descompromisso da administração pública, a falta de participação da sociedade resultam na crise das políticas públicas aliada à crise da moral administrativa.

As políticas públicas devem ser controladas também pelo judiciário, pelo Ministério Público, pela sociedade, havendo transparência dos recursos públicos, pois os princípios da moralidade, da eficiência e da supremacia do interesse público sobre o privado aliados têm o poder de transformar a atual sociedade brasileira, se forem efetivados na prática. A concretização das políticas públicas é dever do Estado, denominando-se de garantismo social, porém, entende-se que é de extrema importância uma reforma na definição de prioridades públicas para garantia dos direitos sociais.

2.2 Reserva do possível e orçamento

Os direitos sociais têm custos e num quadro de escassez de recursos são impostos limites para a sua efetivação. Hoje é comum afirmar-se que os direitos sociais vigoram sob a "reserva do possível". O Estado justifica-se por meio da reserva do possível, com a finalidade de exonerar-se da obrigação de cumprir com os direitos constitucionais.

Entende-se que a reserva do possível deve ser concebida com a razoabilidade da prestação do Estado, mas tornou-se comum a administração pública alegar a reserva do possível. Não basta, portanto, que o Estado invoque genericamente a reserva do possível para se opor à concessão judicial de prestações sociais. É preciso que se argumentar dessa maneira, que produza prova suficiente desta alegação, isto é, o ônus da prova recai sobre o Estado.

A reserva do possível subdivide-se em material e jurídica, a primeira é o direito mínimo, ou seja, o existencial, que corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida; a reserva jurídica identifica-se com a existência de embasamento legal para que o Estado incorra nos gastos necessários à satisfação do direito social reclamado, cabendo ao legislador, numa democracia, o poder e o ônus de escolher aquilo que deverá ser priorizado, o que ele faz através da lei orçamentária.

A elaboração da política pública tem que estar de acordo com o planejamento econômico do Estado para a realização do bem comum e alcance de resultados sociais importantes para a população em geral. Destaca-se que a teoria da reserva do possível e do mínimo existencial precisam estar harmonizadas segundo o critério da proporcionalidade.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DA JUSTIÇA

O Poder Judiciário está legitimado para fiscalizar o cumprimento das prioridades pelos demais poderes estatais. O Judiciário pondera os interesses de cada caso concreto, figurando de um lado o direito social em questão e do outro os princípios concorrentes, como a democracia, a separação de poderes e os direitos de terceiros que seriam atingidos.

A realização dos direitos sociais pelo Estado dá-se através de políticas públicas, cuja elaboração e implementação dependem, para o seu êxito, do emprego de conhecimentos específicos. Os poderes Executivo e Legislativo possuem em seus quadros pessoas com a

necessária formação especializada para auxiliá-los na tomada das complexas decisões, que frequentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados.

Porém, os direitos sociais a serem garantidos pelo Estado por intermédio de políticas públicas não os torna imunes ao controle judicial.

Nas últimas décadas, com a consolidação da nova constituição em 1988, a jurisprudência brasileira também deu um passo importante ao reconhecer a plena jurisdicionalidade dos direitos sociais, para que assim houvesse a efetivação do texto constitucional, então, passaram com uma freqüência cada vez maior a conceder prestações materiais aos demandantes com fundamento em normas constitucionais.

Em caso de omissão do Estado, na meta constitucional de efetivação dos direitos sociais, cabe ao Poder Judiciário, excepcionalmente, intervir no sentido de garantir a aplicabilidade do direito. É válido observar que a interferência do Poder Judiciário em questões de políticas públicas, no controle da omissão estatal em prol da efetividade dos direitos sociais não viola o princípio da separação dos poderes.

A “judicialização” da política consiste na ampliação do papel do Poder Judiciário para que haja interferência decisiva em questões de políticas públicas, que antes eram de atribuição exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. O “ativismo judicial” no controle das políticas públicas também pode ser analisado com base na teoria de Robert Alexy que se refere às margens de discricionariedade do legislador.

A “judicialização” da política é o controle do Judiciário sobre o executivo e legislativo, passando a ser um fato natural em países democráticos.

Tornou-se comum ao cidadão recorrer cada vez mais ao Judiciário em busca de direitos sociais, sendo função do juiz intervir em questões cuja competência típica cabia apenas aos Poderes Executivo e Legislativo, que são os responsáveis diretos pelo planejamento e execução das políticas públicas.

Assim, o magistrado passou a ser responsável, igualmente com os demais Poderes, pela implantação dos direitos sociais previstos na Carta Magna, para que esses fossem concretizados.

É necessário que haja delimitação de qual campo o Poder Judiciário pode adentrar, restringindo a atuação deste para que não haja extrapolação do “ativismo judicial”.

3.1 O ativismo judicial

Verifica-se que o “ativismo judicial” ou “governo de juízes” é considerado como o exercício da função jurisdicional, que está além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que incumbe institucionalmente ao Poder Judiciário atuar.

Antes, o ativismo era associado a invasão de competências do Legislativo e Executivo pelo Judiciário, porém, deve-se levar em conta as transformações trazidas pela Constituição Federal de 1988 e a nova estrutura jurídica trazida pela Magna Carta.

Há críticas, sobretudo, ao papel do judiciário na atualidade, porém, o próprio sistema jurídico permite a “proatividade” do mesmo em prol da sociedade.

A função constitucional é também garantir direitos fundamentais sociais e proporcionar maior igualdade e isonomia à população em geral, assim, o judiciário não pode ficar inerte e neutralizado quanto às desigualdades sociais, quando houver omissão por parte dos poderes executivo e legislativo.

Ressalte-se, que o controle judicial das políticas apenas deverá ocorrer quando o legislador tiver se omitido, negligenciado ou tiver ocorrido abuso de poder por parte da administração pública. No entanto, é necessário que sejam efetuadas análises críticas em relação não só à atuação do Poder Judiciário, como também dos demais Poderes.

A Constituição institucionaliza os direitos sociais, mas não define um prazo para a concretização desses, definindo apenas algumas diretrizes, de modo que tais direitos necessitam de providências legislativas e administrativas para serem efetivamente implementados.

Existem três situações em que cabe a intervenção do Judiciário nas políticas públicas: quando a política já implementada não oferecer condições mínimas de existência humana; se o pedido de intervenção for razoável; e do ponto de vista administrativo, se houver omissão. Em todos os casos, é preciso que haja verba para a implementação das medidas.

Deve haver observância de limites pelo Judiciário para evitar excessos. Quando o Judiciário é convocado para exercer o controle de uma política pública está exercendo o controle constitucional, verificando se os artigos da Constituição estão ou não sendo cumpridos.

A figura dos magistrados e tribunais passaram a ser protagonistas da jurisdição sociopolítica, posto que limitam os excessos praticados pela administração pública e suprem a ausência da atuação da mesma. É imprescindível a atuação do Judiciário, desde que não afete o sistema tripartite clássico. Atualmente, faz-se primordial a atuação do poder Judiciário, pois cada "poder" exerce sua função, mas há liberdade de intervenção, desde que haja necessidade, pois os três poderes devem estar harmonizados entre si e adequados com a realidade política e social contemporânea.

Tem-se observado que os poderes que compõem o Estado Brasileiro necessitam de reforma para que ocorra uma democratização moderna com maior eficiência. O Judiciário não deve exercer a administração do Estado nem legislar, mas devido a ineficiência dos poderes Executivo Legislativo, o Judiciário tem o dever de atender às demandas judiciais e concretizar da melhor maneira possível os direitos sociais a que a população tem direito.

É notório que o Supremo Tribunal Federal julgou muitas causas sociais, que em primeiro momento pertenciam estritamente aos poderes executivos e legislativos.

Há crítica severas ao "ativismo judicial" principalmente nos Estados Unidos, porém, a crise judiciária desse País nada tem a ver com o Brasil, assim, deve-se buscar uma solução para a realidade brasileira em nosso território e sistema judiciário.

O Poder Judiciário atuará de forma complementar e auxiliar, intervirá judicialmente apenas quando for necessário. Dessa forma, haverá interferência direta do juiz de Direito quando for identificado omissão ou má gestão do administrador público em atendimento aos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição Federal.

Apresenta-se o Estado moderno não mais como um ente soberano, e assim deve ser. Porém, incapaz de atender aos mais elementares anseios populares, isso já é demais! Permanecer como mero expectador das grandes negociações que se processam entre mega-organizações ou cego às fraudes contábeis que entre elas se generalizam, relegando as abandono econômico e social uma legião de excluídos e marginalizados, parece inaceitável. A miniaturização dos Estados nacionais é consequência direta de ingerência externa às governabilidades locais. [1043]

[1043] GIACÓIA, Gilberto. **Justiça e Dignidade**. Revista Jurídica Argumenta, v.2, Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho-PR. 2002.

Ativismo judicial ou jurisdição ativa é a intervenção necessária do Estado-Juiz às causas dependentes de sua interferência, ocorrendo por meio de consciência social, política, equilíbrio, razoabilidade e efetividade no ato administrativo legislativo, quando houver ausência de atuação ou inércia do legislativo e executivo. No entanto, deve-se haver limites com relação à atuação do judiciário, tendo em vista o sistema dos “freios e contrapesos”. O Judiciário intervencionista é importante para a população, mas de maneira adequada para evitar abusos. Desta forma, o poder julgador somente irá interferir onde lhe cabe por competência constitucional, mas fará interpretando o caso concreto de acordo com a realidade social e utilizando instrumentos a favor dos hipossuficientes para que seja atingida a justiça social.

Há uma busca constante por parte do judiciário pela adequação do Direito à realidade social concretizando os princípios constitucionais e direitos sociais dispostos na Carta Magna a fim de proporcionar dignidade à pessoa humana, promovendo maior igualdade social, diminuindo a pobreza, a miséria e atingindo maior desenvolvimento econômico e social. Ocorre então, a atribuição da função política à norma para atingir efetividade ao interesse social.

É notório que o Judiciário para adequar-se à demanda social não pode ser neutro, mas politizado, pois envolvem direitos fundamentais sociais e não apenas individuais, exercendo assim um papel social; deve-se exigir uma mudança na mentalidade do magistrado e na maneira de atuar diante dos problemas socioeconômicos, pois tornou-se evidente a transformação da sociedade contemporânea.

As necessidades sociais com o passar dos anos mudaram e o magistrado deve atualizar-se para acompanhar tamanha transformação. O Estado-Juiz deve priorizar alguns direitos fundamentais, tendo em vista a dificuldade da realização destes por diversos obstáculos, para que haja possibilidade de efetivação dos direitos humanos sociais necessários para uma vida digna e de qualidade.

A desigualdade econômica e social é prejudicial a democracia e para que haja maior igualdade é necessário que ocorra a efetivação dos direitos sociais básicos como: Direito à saúde, direito à educação, direito à moradia, etc. Sem a busca da concretização imediata desses direitos não há o porquê falar em direitos ao lazer, à liberdade, à felicidade, entre outros, pois é necessário que haja primeiramente o mínimo social necessário para uma vida digna e sadia atendendo o bem-estar social.

O administrador deveria dar uma maior ênfase à efetivação dos direitos sociais, direitos humanos necessários, dando uma prioridade a estes direitos consagrados no texto constitucional e organizar o orçamento público, por meio de retenção de gastos que não estivessem tais direitos, mesmo que houvesse um prejuízo em relação ao atendimento de outros direitos. No entanto, quando é feito, torna-se legítimo o Estado-Juiz intervir para que haja concretização dos direitos sociais.

Para que ocorra efetivação do controle dos atos administrativos e cumprimento dos preceitos fundamentais, foi dado como instrumentos jurídicos: A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, mandado de injunção, mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública.

4 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A INCLUSÃO SOCIAL

O Ministério Público, no âmbito da tutela dos direitos sociais, deve intervir e atuar de maneira proativa, sempre em busca da inclusão social, sobretudo, por meio do princípio da igualdade, principalmente, igualdade de oportunidade aos indivíduos através de mobilização social e implementação das políticas públicas e eficácia das mesmas, priorizando o atendimento das normas constitucionais referentes aos direitos sociais e consequentemente trazendo desenvolvimento econômico e social.

Assim, há a possibilidade da atuação do Ministério Público por meio de Ação Civil Pública, sendo uma forma de concretização dos direitos sociais, que outrora foram negligenciados pelo Estado, a fim de realizar o respeito à dignidade da pessoa humana.

O art. 127, caput, da Constituição Federal de 1988 define o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Nestes termos, cabe ao Ministério Público atuar como o “grande braço protetor da sociedade”. O Ministério Público nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; “é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições. [1044]

[1044] BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo: Malheiros, 2003.

O Ministério Público é defensor da sociedade, tutela os direitos desta, sendo guardião dos direitos sociais. Desta forma, esta instituição corrobora com o Estado Democrático de Direito e tem o dever de atuar na busca da implementação das políticas públicas, da concretização destas e dos direitos elencados na Carta Magna, sobretudo, no artigo 6º.

Os promotores de justiça devem atuar para que haja inclusão social e melhoria na qualidade de vida realizando o princípio fundamental, que é a dignidade da pessoa humana.

O Ministério Público é uma instituição que apresenta compromisso direto com a população, com o povo, com coletividade, isto é, são representantes dos cidadãos nas causas sociais, que envolverem interesse público. Assim, os promotores são "produtores sociais" e também "transformadores", pois estes trazem mudanças para muitas pessoas, por meio de oportunidades, qualidade de vida e dignidade. Muitas vezes é necessária a mobilização social, para que haja um trabalho em conjunto com o Ministério Público.

A mobilização da sociedade civil é um processo que deve ser construído pelos Promotores de Justiça e constitui uma das alternativas de efetivação da norma, uma vez que devemos considerar a conexão direito/poder como mecanismo de aprimoramento das relações sociais[1045].

A participação popular é o exercício da cidadania, é a expressão da democracia e os representantes do Ministério Público devem dirigir-se ao ambiente familiar, social, educacional, comunitário para convencer as pessoas a respeito da importância da participação de todos no processo de formulação das políticas públicas e de transformação social. É importante que também ocorra a comunicação social para que tenha intercâmbio de informações, sendo que para que tal movimento possa atingir seus resultados, é preciso que ganhe espaço na imprensa e na mídia para influenciar a formação da opinião pública e pressionar os administradores públicos. A efetividade da cidadania ocorre com as mobilizações, pois a participação eleitoral é muito pequena para a plenitude da democracia participativa, mas deve-se notar que o cidadão tem o poder de influenciar as decisões políticas.

[1045] TARIN, Denise. **A aliança entre o Ministério Público e a sociedade civil na definição de políticas públicas.** *In*: VILELLA, Patrícia (coord.). **Ministério Público e políticas públicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CONCLUSÃO

A sociedade evoluiu com o tempo e o direito a acompanhou, assim é evidente que os direitos inerentes à dignidade da pessoa humana passaram por transformações até chegar ao patamar em que se encontra atualmente. A contemporaneidade apresenta-se principalmente pela busca constante pela efetivação dos direitos fundamentais, sendo estes também princípios constitucionais e valores da pessoa humana. Com o passar da história das civilizações podemos perceber a evolução do direito, tendo em vista que anteriormente o direito era excessivamente patrimonial e individual e o magistrado observava apenas o princípio da legalidade, importando tão somente com o que a lei dizia a respeito de determinado assunto. A luta dos povos por sobrevivência, por melhores condições de vida, as revoluções, reivindicações, greves, entre outros movimentos foram de extrema importância para a transformação social. É notório que as etapas históricas foram a base do direito atual, foram alicerces para o direito social, pois a partir desse momento, houve um maior reconhecimento dos direitos fundamentais e a efetivação destes.

O Estado passou a tutelar direitos fundamentais aos cidadãos, oferecendo garantia a uma vida digna e de qualidade. Dessa forma, deu-se ênfase ao direito coletivo, ao direito social, ao interesse público e ao bem comum do povo. No Brasil, o marco oficial histórico foi a Constituição Federal de 1988, que passou a prever princípios fundamentais e também a proporcionar instrumentos para a efetivação destes direitos.

A administração pública deveria efetivar os direitos previstos na Constituição, pois o Executivo e o Legislativo são funções necessárias para atuar no planejamento, nos projetos, na criação de políticas públicas, observando o orçamento público, porém, esses “poderes” não bastam para solucionar o problema socioeconômico brasileiro, ficando a encargo também do poder judiciário. Então, o magistrado deve exercer um papel social para aplicar a lei conforme a realidade social, de acordo com os casos concretos diversos, buscando atingir o máximo de efetividade do texto constitucional, para que tenham resultados satisfatórios aos cidadãos, de acordo com a interpretação da Magna Carta em favor do povo brasileiro.

Assim, ocorrerá o chamado ativismo judicial, isto é, a atuação dos operadores do direito que interpretarão a constituição e a lei infraconstitucional baseados nos anseios sociais, visando atender da melhor maneira possível os direitos da coletividade, trazendo novas perspectivas de vida à população.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert.**Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade.** São Paulo: Malheiros, 2003.

BOSCO, Marcia Goretti Dal. **Discricionariedade em Políticas Públicas. Um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa** –Curitiba, 2008: Juruá Editora.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988** – 1 ed. – São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Coimbra e Revista dos Tribunais, 2008.

GIACÓIA, Gilberto. **Justiça e Dignidade**. Revista Jurídica Argumenta, v.2, Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, Jacarezinho-PR. 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** - 13 ed. - São Paulo: Atlas, 2003.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. – 16 ed. – São Paulo: Malheiros, 1999.

TARIN, Denise. **A aliança entre o Ministério Público e a sociedade civil na definição de políticas públicas.** *In*: VILELLA, Patrícia (coord.). **Ministério Público e políticas públicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli**. Ativismo Judicial e Políticas Públicas. Direitos Fundamentais** – Porto Alegre, 2011: Sergio Antonio Fabris Editor.

VIANNA, Luiz Werneck et. al. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

DIREITO DE MORADIA: POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS PARA EFETIVAÇÃO E FORMAS PROCESSUAIS DE INCLUSÃO

"Pode haver uma janela alta de onde eu veja o céu e o mar, mas deve haver um canto bem sossegado em que eu possa ficar sozinho, quieto, pensando minhas coisas, um canto sossegado onde um dia eu possa morrer" Rubem Braga

Gabriela BoniniPAGLIONE[1046]
SuelynTOSAWA[1047]

RESUMO

O objetivo do presente artigo está em traçar algumas principais linhas sobre os direitos sociais, tais como sua fundamentabilidade e o Princípio da Reserva do Possível em confrontocom o Mínimo Existencial. Busca analisar o direito de moradia, elencando as principais características dessa norma pragmática, as políticas públicas que podem ser e que foram implementadas no Brasil. Fundamental e necessário para a dignidade humana, o direito demoradia não é originário na Constituição e devido a este e diversos outros fatores, há uma grande quantidade de terrenos que necessitam de regularização. Visa também delinear os meios jurídicos e os procedimentos no qual a sociedade tem para fazer efetivar o direito à moradia, de forma a produzir não somente a inclusão social, mas tambem a inclusão processual.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais. Direito à moradia. Políticas Públicas. Inclusão processual.

ABSTRACT

The purpose of this article is to draw some lines on major social rights, such as their fundamentability and Principle of Reserve for Possible in confrontation with the Existential

[1046]Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2011). Mestranda em Ciências Jurídicas pelaUniversidade Estadual do norte do Paraná – UENP. Advogada.
1047Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2012). Pós graduanda em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC).

Minimum. Analyzes the right to housing, listing the main features of this standard pragmatic public policies that can be and have been implemented in Brazil. Fundamental and necessary for human dignity, the right to housing is not originating in the Constitution and due to this and many other factors, there is a large amount of land that need adjustment. It also aims to outline the legal means and procedures in which society has to make effective the right to housing, to produce not only social inclusion, but also the inclusion procedure.

KEYWORDS: Social rights. Right to housing.Public Policy.Inclusion procedural.

INTRODUÇÃO

O direito de moradia, elencado no rol dos direitos sociais, não surgiu originariamente com a Constituição Federal, em 1988, tendo somente sido inserido nesse rol com a Emenda Constitucional 26/2000.

Assim, o problema de sua efetivação é ainda maior, posto que não existe um extenso rol de direitos que consigam concretizar essa garantia, ao mesmo tempo em que a segregação socioespacial é um importante indicador da exclusão social de uma maneira geral, e da pobreza.

Com o avanço do Neoconstitucionalismo e da necessidade de atribuir valor normativo e concretização ao que foi instituído na Constituição Federal, tem-se ainda mais necessário analisar os meios para que os Direitos Sociais (incluídos no rol do Direitos Fundamentais como um todo), ainda que sendo normas pragmáticas, de valor aberto, consigam ser efetivados.

O reflexo principalmente das grandes metrópoles atualmente demonstra como o direito de moradia ainda é muito carente de efetivação. A enorme quantidade da população vive ainda hoje à margem do mercado imobiliário formal, possuindo suas residências em encostas, favelas, moradias coletivas (cortiços), estando à mercê das intempéries, correndo sérios riscos de saúde e privadas de sua intimidade.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o direito de moradia, e as formas para sua concreta efetivação, no intuito de demonstrar que é possível a regularização fundiária, ainda que nas grandes metrópoles, tornandoacessíveis à toda a população uma moradia condizente com suas necessidades primordiais, de forma a garantir, assim, a sua própria dignidade.

1.DIREITOS SOCIAIS E SUA FUNDAMENTABILIDADE

Os direitos sociais podem ser distinguidos basicamente em dois grupos. O primeiro seria o direito social genérico, determinado pelo caput do artigo 6º da Constituição Federal, que trata sobre os direitos coletivos de uma maneira abstrata, atingindo a toda sociedade, indistintamente, tais como alimentação e moradia. A segunda e a terceira classificação tratam sobre o direito social dos trabalhadores, individuais e coletivos, respectivamente, e estão previstas nos incisos do artigo 6º e nos artigos seguintes.

Os direitos sociaissão assim denominados, pois dizem respeito aos direitos de toda a coletividade. Ademais, se tratam de normas programáticas, pois, para sua efetivação exigem um comportamento ativo por parte do poder público, ou seja, determinam a concretização de políticas públicas.

José Afonso da Silva caracteriza os direitos sociais como:

> Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tender a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 1999, p. 289-290)

A definição do autor deixa clara, portanto, que os direitos sociais estão incluídos no rol dos Direitos de 2ª Geração (ou dimensão), pois, juntamente com outros direitos tais como os culturais e econômicos, se tratam de direitos prestacionais, que visam dirimir uma situação de desigualdade material encontrada na nossa sociedade.

Eles são dinâmicos, pois, pela evolução da própria sociedade, em determinado momento, um direito social vai demandar uma atenção maior dos Poderes Públicos, como é o caso atualmente, da saúde, educação e moradia. Da mesma forma, pela cultura de determinada sociedade, um direito social pode estar mais evoluído do que outro.

De acordo com Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) em 2010, e pesquisas realizadas pelo World Bank (2012), enquanto o Equador ocupa a 88ª posição em termos de educação, o Brasil

ocupa a 93ª sendo que, no caso da saúde, o Brasil tem um gasto maior com o seu Produto Interno Bruto (9%) do que o Equador (6,1%).

Ademais, Tem-se que os direitos sociais são claramente fundamentais porque possuem um objetivo primordial: garantir a dignidade da pessoa humana. Todos os direitos expressos no rol do artigo 6º em diante visam garantir direitos que se aplicam à todas as pessoas, de forma a proporcioná-las condições mínimas de existência, sem as quais elas viveriam à margem da sociedade.

Os direitos sociais concretizam o fundamento da República Federativa, que é a dignidade humana, e também o seu objetivo de erradicar a pobreza e diminuir a desigualdade social.

Diante de tamanha importância desses direitos, pode-se concluir pela sua fundamentabilidade. O termo “fundamental” significa que se trata de um direito que a pessoa não pode renunciar, alienar e abdicar, retratando o seu caráter personalíssimo. A sua essência, portanto, também diz respeito ao do direito social.

Importante destacar neste ponto, que não é pelo fato de a moradia ser um direito fundamental que ela é um direito absoluto. Ela possui restrições, pois como todos os direitos previstos na Constituição, devem estar harmônicos e, quando em confronto, deve ser buscado o que prevalece no caso concreto. Assim, existem outros direitos ou bens jurídicos protegidos, que podem limitar o direito à moradia, tais como quando ocorre a desocupação de áreas de proteção ambiental.

Portanto, os direitos sociaissão fundamentais, não somente pela sua posição topológica (estão inseridos no Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais), mas pelo seu conteúdo e essência, sendo passível de gozar de todas as garantias que a ele é reservado.

2. DIREITO DE MORADIA

Introduzido na Constituição Federal pela Emenda 26/2000, o direito à moradia trouxe um avanço em termos constitucionais, apesar de já ser um tema tratado muito antes da referida emenda.

O conceito de moradia existe desde quando o homem deixou de ser nômade e passou a fixar-se em somente uma região para fazer dela o centro de suas atividades. As primeiras habitações conhecidas datam de 3.500 A.C. no vale do Rio Nilo no Egito.

Em termos internacionais, a Declaração Universal do Direitos Humanos da ONU, de 1948, reconheceu, pela primeira vez o direito à moradia, constante no rol de direitos econômicos, sociais e culturais, no artigo XXV (1):

> Todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Depreende-se da referida Declaração que já houve uma preocupação em estabelecer certos parâmetros para uma moradia digna sendo que, depois dela, o direito à moradia veio expresso em diversos outros tratados, tais como no Pacto Internacional dos Direitos Sociais e Econômicos e Culturais, de 1966.

No Brasil, antes da Emenda 26/00, a Constituição Federal já atribuía, no seu artigo 23, IX, a competência de todos os entes da Federação para a promoção de programas de construção de moradias e de melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

A moradia é um direito que abrange a dignidade humana, pois é nela que a pessoa vai encontrar condições de gerir a própria vida. O homem busca na habitaçãosua individualidade e identidade, pois faz dela o centro de suas atividades e o seu lugar de descanso.

Hoje, temos um grande contigente de pessoas que vivem à margem do direito de moradia e que não possuem mínimas condições para uma habitação digna.

> A agressão ao meio ambiente, à saúde e ao bem-estar da população tem-se agravado dia a dia, principalmente nos locais em que seus habitantes não encontram guarida na Administração Pública. É alarmante a gravidade dos problemas vivenciados por parcela de belemenses que residem nas “baixadas” de nossa cidade, que convivem cotidianamente com o flagrante e violento desrespeito aos direitos sociais e difusos. (DIAS, *online*)

Área Leão Junior (2012, p. 65/66)atribui que uma das razões da ausência de moradia para todos se deve ao fato da exacerbada urbanização, sendo que a habitação ao longo da história brasileira se deu de forma desigual.

Assim, com o êxodo rural, ocorrido em meados da década de 40, toda a população campestre se dirigiu às cidades. Como a quantidade de pessoas que se deslocaram para a zona urbana foi muito grande, acabou por gerar dois tipos de mercado imobiliário: o formal e o informal.

Somente as pessoas mais privilegiadas tiveram acessam ao chamado mercado mobiliário formal, ou seja, somente uma pequena camada da população possuía condições financeiras para arcar com a compra ou aluguel de imóveis.

O restante da população se viu à margem, no denominado mercado informal, sendo obrigada a instalar suas moradias em ambientes insalubres, em morros, encostas, nas favelas, cortiços, sujeitos a inundações, doenças, ou seja, em áreas irregulares e de risco, criando, dessa forma, uma necessidade urgente de regularização fundiária.

Ainda hoje tem-se o cenário da moradia como uma mercadoria, ou seja, é somente acessível para quem tem condições financeiras de custeá-la.

Ademais, de acordo com o último levantamento realizado pela Fundação João Pinheiro, em parceria com a Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das Cidades, existe atualmente uma carência de 6.273 milhões de domicílios, sendo que sua maior parte se encontra concentrada nas famílias de baixa renda.

Assim, o problema da moradia encontra uma raiz muito antiga e ligada à diversos fatores econômicos, históricos e culturais, sendo, não somente a ausência de moradia, mas também a moradia inadequada, em locais insalubres, sujeitos a doenças, problemas que devem ser observados para a concreta efetivação do direito de todos, que é o de possuir uma habitação digna.

O direito à vida digna abrange também o direito à moradia digna, ou seja, possuir um lugar com alguma carga de exclusividade na qual a pessoa esteja protegida das intempéries de modo a proporcionar tranquilidade e paz, assegurando também uma certa privacidade.

Vladimir Brega Filho (2002, p. 66/67) acentua que o princípioda dignidade humana“[...] deve informar a interpretação de todos os dispositivosconstitucionais.” Sendo assim, o direito à moradia também não foge à regra.

De acordo com José Reinaldo de Lima Lopes (1993, p. 131) o direito à moradia inclui o direito de ocupar um lugar no espaço, assim como o direito às condições que tornam este espaço um lugar de moradia, de tal sorte que morar constitui um existencial humano.

Assim, o direito de moradia, além de se tratar de um direito social, é uma dimensão de concretização da dignidade humana e deve ser tutelada integralmente pelo Estado, de forma que este deve promover todos os tipos de políticas públicas para atingir este objetivo.

Sabemos, portanto, que é necessária a efetivação desse direito, pois de acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello (2011, p. 10), não efetivar um direito previsto constitucionalmente equivaleria a retirar com uma mão o que foi dado com a outra.

É este também o entendimento de Luciano de Souza Godoy

> Um indivíduo, para se desenvolver como pessoa, para nascer, crescer, estudar, formar sua família, adoecer e morrer com dignidade, necessita de um lar, de uma moradia, da sede física e espacial onde irá viver. E o acesso a essa moradia (...) há de ser patrocinada, tutelada e resguardada pelo Poder Público, incluindo também as situações em que o próprio indivíduo não puder implementá-lo por esforço próprio, isto é, com economias próprias. (GODOY,2006, p. 48)

A problemática surge no momento de atribuir atividades palpáveis de modo a atingir esse direito. Por se tratar de uma norma pragmática, a Constituição não traçou linhas diretas e específicas para a sua efetivação. Assim, passaremos nos tópicos seguintes a analisar as limitações e as possibilidades de formas de concretização deste direito.

3. FUNÇÃO SOCIAL

A questão da função social é um tema que merece uma abordagem maior dentro do direito de moradia, pois ela é essencial para um outro direito fundamental que, em muitos casos, se funde ao direito de morada, que se trata do direito de propriedade.

A previsão da função social é mais antiga do que o próprio direito à moradia. Conforme afirma Ingo Wolfgang Sarlet (online), podemos encontrar menções à ela nas Constituições do Estado Social de Direito, tais como as Constituições do México e da Alemanha, de 1917 e 1010, respectivamente.

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01), no artigo 2º, I, afirma que o município tem competência para realizar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e destaca a necessidade da garantia do direito à cidade sustentável: “entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.”

A função social constitui, principalmente, em atribuir um elemento à mais a propriedade: que ela atinja o seu fim social, ou seja, não somente para o indivíduo detentor dos elementos do domínio, mas também para todos os membros da sociedade.

Por isso, temos que a propriedade não pode ser improdutiva, de forma que a sua utilização não gere benefícios para sociedade, ou ainda pior, gerando prejuízos. A cidade sustentável e a moradia sustentável devem ser objetos de fiscalização por parte do Poder Público.

Existe atualmente muito imóveis que poderiam ser utilizados para o reassentamento de família e para a política habitacional, pelo fato de não cumprirem sua função social, mas por diversos fatores não acabam sendo. Raquel Rolnik (2013, online), relatora especial da Organização das Nações Unidas para o direito à moradia adequada, cita alguns exemplos concretos:

> Há muitos exemplos de áreas públicas no país que poderiam ter sido utilizadas para habitação de interesse social, mas tiveram outro destino. É o caso de um terreno da RFFSA no cais José Estelita, no Recife, que foi comprado pela iniciativa privada para a construção de torres residenciais e comerciais (projeto Novo Recife), um projeto altamente contestado pela população local. Outro exemplo é o projeto Porto Maravilha, no Rio de Janeiro, onde enormes áreas públicas vão dar lugar a torres clone de TrumpTowers. Enquanto isso, os movimentos de moradia lutam há mais de dez anos para que um imóvel do INSS abandonado em São Paulo seja usado para habitação social.

Além das áreas públicas, existem propriedades privadas urbanas que não cumprem com o seu dever na sociedade e que também deveriam servir, assim como na área rural, para a política de regularização fundiária.

4. MÍNIMO EXISTENCIAL E RESEVA DO POSSÍVEL

Como toda norma programática, de cunho prestacional, o direito à moradia não foge da discussão sobre o mínimo existencial e a reserva do financeiramente possível.

Dessa forma, se faz necessário demonstrar o que seria o mínimo capaz de garantir a dignidade da pessoa humana com relação à moradia.

A conceituação da moradia digna encontra diversos posicionamentos, porém não é possível esquivar-se de sua definição pelo simples fato de se tratar de um direito subjetivo, variando de acordo com a pessoa, sob pena de estar extrair de normatividade um direito fundamental conferido pela Constituição. Existem certas condições mínimas que devem estar presentes em todas as formas de moradia.

Sarlet (2010, p. 1031), de acordo com os padrões internacionais realizados pela Organização das Nações Unidas afirma que o direito de moradia deve garantir: a segurança jurídica da posse (defesa jurídica e legal contra os despejos); disponibilidade de infraestrutura básica para a garantia da saúde, da segurança, do conforto e da nutrição dos titulares do direito; as despesas com manutenção não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas; assegurar a defesa física de seus moradores em condições razoáveis às suas necessidades e/ou deficiências; em boa localização, de modo a permitir acesso ao emprego, à hospitais, escolas, dentre outros.

Esses, portanto, são alguns parâmetros básicos que a moradia deve atender para que seja assegurado o seu direito. Esse é o mínimo existencial com relação ao direito de moradia. Dessa forma, o poder público deve disponibilizar recursos para que seja efetivada a moradia digna.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 45 foi um grande marco para delimitação do tema da Reserva do Financeiramente possível, ou somente Reserva do Possível. Conforme se depreende da citada ADPF, só pode ser invocada e acolhida quando forem comprovados a escassez de recursos para efetivação daquele direito fundamental. Nas palavras do Ministro Celso de Mello:

> Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder

resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Assim, a mera alegação da Reserva do Possível não faz com que o direito seja afastado, tendo o poder público o dever de efetivá-lo, principalmente com relação ao seu mínimo.

É inegável, porém, que os direitos sociais são primordiais para a correção das desigualdades e para o desenvolvimento social. É nesse contexto que surge o conceito de mínimo existencial. Para garantir a dignidade humana, devem existir garantias sociais mínimas, núcleo irrenunciável dos direitos fundamentais sociais.

Portanto, ainda que implícito, o mínimo existencial é um postulado impositivo ao Poder Público para que este garanta as condições vitais básicas para os membros da sociedade, forma a garantir a sua existência digna estando, dessa forma, unido ao princípio da dignidade humana.

O mínimo existencial, portanto, vem para atuar como um limite para a Reserva do Possível. O Estado não pode negar, nem mesmo invocando a ausência de recursos, os direitos sociais básicos, capazes de atender necessidades vitais, tais como saúde, educação, moradia, alimentação, segurança.

5. FORMAS DE EFETIVAÇÃO

Superado o obstáculo do Princípio da Reserva do Possível surge o problema sobre quais as medidas concretas para efetivaro direito de moradia, pois seria ineficaz falar que, como se trata de uma norma pragmática, deve ser efetivada pelo poder público por meio de políticas públicas e não definir quais seriam essas políticas públicas.

Apenas invocando a regra do §1º do artigo 5º para sustentar que, por se tratar de norma definidora de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, não faz com o que o Poder Público efetive o direito à moradia sem propor políticas concretas para tal.

Necessário, nesse momento, definir um direito de moradia palpável, visível, pois caso contrário, todo o seu estudo terá sido em vão. Para isso, passaremos ao estudo de alguns casos práticos ocorridos em diversas cidades brasileiras que realmente conseguiram por em prática essa efetivação relativa ao Direito de Moradia.

A principal política pública adotada pelo Poder Público da União atualmente é o Programa Minha Casa Minha Vida, instituído pela Lei 11.977, de 07 de julho de 2009, que passou com a política habitacional tivesse uma abrangência em âmbito nacional, com a possibilidade de ampliação de diversas residências, por meio da abertura de linhas de financiamento e a possibilidade de regularização de áreas ocupadas.

No âmbito dos municípios, o primeiro a ser abordado é o de São Paulo, que se estruturou para produzir um cadastro de todas as favelas e loteamentos irregulares. De acordo com os dados de próprio município, em julho de 2010, aproximadamente 1,6% da superfície de São Paulo era constituída de favelas e 6,14% de loteamentos irregulares.

Para a melhoria desse cenário, entretanto, o município vem propondo diversas políticas públicas. Das 1091 moradias coletivas (cortiços) vistoriadas entre 2005 e 2010, 284 imóveis estão em obras para se adequarem à Leinº 10.928/91(mais conhecida como Lei Moura, que regulariza a ocupação nos cortiços), 66 foram interditados por apresentar risco aos moradores e 36 foram totalmente requalificados.

Em São Paulo, aproximadamente 200 mil famílias são atendidas no programa de urbanização, sendo que as comunidades mais carentes estão recebendo obras de infraestrutura e construção de unidades habitacionais, com objetivos de transformá-las em bairros formais.

De uma maneira menos abrangente, mas ainda assim como um exemplo de efetivação do direito à moradia digna, se encontra elencado na nossa legislação pátria, mais especificamente no artigo 1.831 do Código Civil, e se caracteriza como o direito real de habitação da viúva, quegarante ao cônjuge sobrevivente, independente do regime de bens no casamento, a permanência no imóvel de residência do casal, mesmo após o falecimento do parceiro.

O Código Civil, portanto, previu a possibilidade de habitação da viúva, ainda que seu nome não conste na escritura pública de registro do imóvel, de modo a garantir a sua moradia, bem como a dignidade humana do cônjuge sobrevivente.

Por fim, a tese de doutorado de Marcelo de Área Leão Júnior (2012, p. 94/104), intitulada“Provimento Jurisdicional por EtapasPara a Realização Coletiva do Direito àMoradia por meio das Políticas Públicas”, traz inúmeros outros exemplos nos quais conseguimos visualizar a realização do direito à moradia digna.

O primeiro deles que iremos elencar é o caso de Ribeirão Preto. Liderado por magistrados e com participação da sociedade, o programa identificou diversos núcleos de

favelas, fazendo com que fosse possível a relocação dessas pessoas. Importante destacar neste que ponto que se trata de um exemplo claro de efetivação de um direito social que não foi concretizado pelo Estado, somente, ressaltando a relevância da participação de toda sociedade.

O município de Porto Alegre, por sua vez, criou o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano e Ambiental (PDDUA), originado por meio de uma Ação Civil Pública, onde nele estabelece meios para incentivar a iniciativa privada a custear a inclusão à moradia, com a consequente regularização fundiária, das classes de renda baixa, por meio de concessão de benefícios aos urbanizadores sociais.

O município concede aos loteadores maior agilidade no expediente administrativo, admite padrões urbanísticos mais diferenciados nos projetos, bem como autoriza que a urbanização do empreendimento seja feita de maneira progressivae estes, por sua vez, disponibilizam lotes para a população de baixa renda. Este é um exemplo de incentivo do Poder Público para fazer com que a sociedade participe na inclusão social do direito à moradia digna das classes mais baixas.

Por último, o caso de Campo Grande, originado por um Termo de Ajustamento de Conduta por meio de provimentos jurisdicionais por etapas, ou seja, o Ministério Público traçou etapas sucessivas de políticas públicas que o município deverá cumprir sequencialmente, como por exemplo, a solução do desfavelamento e reassentamento de famílias que estavam morando ao redor do lixão do município, sujeitas à diversas doenças, nas quais encontram-se nas etapas, dentre outras, a disponibilização de incineradores para a recuperação da área degradada, a construção de aterro sanitário e de moradias.

Assim, esses foram alguns exemplos de diversas formas de disponibilização de políticas públicas, feitas pelo executivo, mas também outras ações realizadas pela sociedade e pelo Poder Judiciário capazes de efetivar o direito à moradia digna.

6. PROCESSO E INCLUSÃO SOCIAL

Este último ponto tem como objetivofazer breves comentários e elencar alguns meios processuais coercitivos para realizar o direito à moradia, de modo a promover não somente a inclusão social, mas também a inclusão processual, fazendo com que a sociedade disponha de meios jurídicos para conseguir efetivar o direito à moradia digna.

A garantia da inafastabilidade de acesso se traduz na certeza conferida aos jurisdicionados de obter do Estado a prestação jurisdicional sempre que presente lesão ou ameaça de direito.

Com o decorrer do tempo e o reconhecimento dos direitos sociais, iniciou-se, por parte da sociedade, a cobrança de uma atuação positiva do Estado, não apenas no reconhecimento de direitos, mas também e, sobretudo, como importante fator de ligação com a justiça social.

É de Cappelletti (1998, p.8) a explicação de que a expressão acesso à justiça

> serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e ou resolver seus litígios sob os aspúcios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível à todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam igual e socialmente justos." E continua, "a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.

Em nosso ordenamento, referida garantia está prevista no inciso XXXV, artigo 5º da Constituição Federal:"A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Em termos práticos, temos a viabilidade da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme bem salientado pelo Ministro Celso de Mello, na supracitada ADPF 45. Veja-se:

> A arguição de descumprimento do preceito fundamental – ADPF qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

A Ação Popular, diferente da ADPF, que somente pode ser proposta por algumas entidades elencadas expressamente na Constituição Federal, pode ser feita por qualquer

cidadão, ampliando, assim, os legitimados para interpô-la e, de certa forma garantindo também uma maior inclusão processual. Prova disso é a sua isenção de custas processuais e ônus sucumbenciais, com exceção nos casos de má-fé.

Ela está prevista na Constituição Federal, mais especificamente no artigo 5º, LXXIII e também na Lei n. 4.717/64 e tem como objetivo primordial anular ato lesivo ao patrimônio ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. É inegável, portanto, o seu caráter eminentemente público, sendo uma das principais formas de inclusão processual que o cidadão possui atualmente.

A iniciativa popular, de maneira mais abrangente, é um dos principais meios no qual a sociedade pode fazer valer os seus direitos. Conforme bem define Marcelo de Área Leão Júnior (2012, p.130), a iniciativa popular é um "instituto vivo que confere força à soberania popular, situando-se, entretanto, fora da atuação do Poder Judiciário."

A primeira lei sobre o direito de moradia, foi inclusive, promulgada por meio de uma iniciativa popular. A lei em questão é a 11.124/05, conhecida como Sistema Nacional de Habitação e Interesse Social (SNHIS), criadora do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS).

Por último, o mandando de injunção trata-se de um remédio constitucional previsto nos artigos 102, I, q e 105, I, h, e tem como objetivo suprir a inércia pó Poder Legislativo. Também é um meio hábil para efetivar a moradia, quando houver omissão legislativa ou omissão no desenvolvimento do programa governamental, bem como quando o exercício dos direitos o tornar inviável por falta de norma regulamentadora.

Assim, esses foram alguns exemplos de procedimentos nos quais, por meio do Poder Judiciário ou não, a sociedade pode fazer valer do seu direito social à moradia digna.

CONCLUSÃO

Os direitos sociais, de uma maneira geral, gozam da prerrogativa da fundamentabilidade, ou seja, não pode mais ser contestada a ideia de que esses direitos coletivos, conferidos à toda a sociedade, não sejam essenciais para garantir a existência digna humana.

O direito à moradia, da mesma forma, não foge à regra da essencialidade dos direitos sociais e o poder público, bem como a sociedade, devem buscar formas de concretizá-lo, de modo a garantir a regularização fundiária e a existência digna, culminando na moradia digna.

A moradia digna na qual o indivíduo possa viver com sua família ou sozinho, conservando sua intimidade, proporcionando proteção à saúde, à integridade física, condizente com a necessidade de cada morador, com um espaço adequado de forma que esteja próximo ou tenha meios de transporte para acesso aos hospitais, escolas, trabalho, dentre outros, e que possua o caráter de definitividade, ou seja, uma vez regularmente adquirido, que a pessoa tenha a capacidade de manter a sua moradia.

Ademais, não pode o poder público, portanto, invocar a cláusula da Reserva do Financeiramente Possível se não estiver devidamente comprovado a inexistência de recursos orçamentários para a sua efetivação servindo, além disso, a presença do Mínimo Existencial como limitador da Reserva do Possível.

Por fim, tem-se também que a sociedade é dotada de diversas formas processuais para fazer com o Poder Judiciário efetive ou, coercitivamente, proponha ao Poder Público que o faça, sendo a iniciativa popular e a Ação Pública meios eficazes que promovem a inclusão social e processual.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos e razon prática, Taducción de Manuel Atienza. **Cuadernos Del Filosofia Del Derecho**. Alicante, Doz. 1998.

Ávila, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação; Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. **Déficit Habitacional no Brasil 2007.** Brasília: Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Habitação; Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 2009. Disponível em: HTTP://www.cidades.gov.br/secretaria-naiconais/secretaria-de-pesquisa-habitacao/biblioteza/publicacoes-e-artgiso/DeficitGabitacional.zip/view. Acesso em 04.06.2013

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988:conteúdo jurídico de expressões.** São Paulo; Juarez de Oliveira, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal

federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 29/04/2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 20/08/2012.

BRASIL. Prefeitura De São Paulo Habitação – Habisp. **Programa de urbanização de favelas em São Paulo ganha prêmio das nações unidas.** São Paulo, 2009. Disponível: http://www.habisp.inf.br/pagina/b64h25_programa-de-urbanizacao-de-favelas-de-sao-paulo-ganha-premio-das-nacoes-unidas. Acesso em 26.06.2013.

Cappelletti, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998,

GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário.** Rio de Janiero: Renovar, 2006.

JUNIOR, Teófilo de Área Leão. **Provimento Jurisdicional por etapas.**269 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituto Toledo de Ensino, Bauru: 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Cidadania e propriedade: perspectiva histórica do direito à moradia.** *In:* Revista de Direito Alternativo n. 2. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais.** São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

ROLNICK, RAQUEL. **A cidade e a lei: legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo.** São Paulo: Studio Nobel: Fapesp, 1997.

_____. **Por que é tão difícil viabilizar terrenos e imóveis públicos para moradia social?**. Disponível em: http://raquelrolnik.wordpress.com/2013/03/13/por-que-e-tao-dificil-viabilizar-terrenos-e-imoveis-publicos-para-moradia-social/. Acesso em 26.07.2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: SOUZA NETO, ClaúdioPereira de SARMENTO, Dainel (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1031.

SILVA, José Afonso da.**Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 1999.

A INCLUSÃO DIGITAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Gabrielle dos Santos ROSA[1048]

Leonardo Góes de ALMEIDA[1049]

RESUMO

Um dos objetivos de um país enquanto Estado Democrático de Direito em sua ordem social, relevando o estágio atual de Globalização, deve ser permitir um acesso cada vez maior aos recursos e adventos tecnológicos a fim de proporcionar um amplo acesso a informação aos seus cidadãos. Porém, ainda há uma enorme resistência cultural gerada pelo desconhecimento sobre o efetivo uso destas novas ferramentas ao passo que certo elitismo por parte das classes dominantes escalona prioridades de políticas públicas aos menos favorecidos, colocando a inclusão digital como uma das derradeiras a serem apreciadas. A inclusão digital se encaixa como subcategoria do direito à informação, sendo este um direito fundamental já consagrado. Neste trabalho serão avaliados alguns aspectos dessa inclusão, politicas públicas e modos de efetivá-las, contudo o tema é objeto de pesquisas e não está exaurido em seu conteúdo. A proposta desta pesquisa centra-se no fato de que a exclusão digital acentua as desigualdades, de forma a dificultar ainda mais a inserção social de muitos, e impedir a exercício da plena cidadania.

ABSTRACT

One of the goals of a country as a democratic state in its social order, emphasizing the current stage of globalization, should be allow an increasing access to resources and technological advents in order to provide a large access to information to their citizens. However, there is still a huge cultural resistance generated by ignorance about the effective use of these new tools while a certain elitism by the ruling classes escalate public policy priorities for the less privileged, putting digital inclusion as one of the very last to be analysed. DigitaI inclusion

[1048] Coautora: Acadêmica de graduação no terceiro ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), vinculado à Fundação Araucária como bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da própria UENP, sob a orientação do Professor Doutor Vladimir Brega Filho. *gabriellesrosa@hotmail.com*

[1049] Coautor: Professor titular da Faculdade do Norte Pioneiro e Professor colaborador da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestrando em Ciência Jurídica também pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Sócio do escritório Freitas Almeida Advogados. *leonardo@freitasalmeida.com.br*

fits as a subcategory of the right to information, which is a fundamental right already enshrined. In this work, it will be evaluated some aspects of inclusion, public policies and ways to develop them; however the issue is a common research subject and is not exhausted in its content. The purpose of this work focuses on the fact that the digital exclusion increases inequalities, in order to complicate, even more, the social integration of many people and prevent the exercise of full citizenship.

PALAVRAS-CHAVE: Inclusão digital. Direito Fundamental. Tecnologia.

KEYWORDS: Digital inclusion. Fundamental Right. Technology.

INTRODUÇÃO

Nossa realidade atual no campo do conhecimento e da informação é a do mundo de redes interligadas, e isso teve um crescimento visível a partir da década de 90. Então o assunto inclusão digital vem à tona e integra narrativas e reivindicações, com adesão dos meios políticos, de modo ser considerada uma verdadeira obrigação do Estado, que convive com outros direitos e garantias, pleiteando-se para sua efetivação, o desenvolvimento de políticas públicas específicas.

É curial que ao se considerar que está no campo da obrigação do Estado, devendo ser tratada no patamar dos direitos de primeira grandeza, provoque críticas, pois a inclusão social ainda não é uma realidade efetivada para muitos brasileiros, e há os que fazem este escalonamento, deixando para um segundo momento o direito à inclusão do conhecimento e informação.

Dada à importância da informatização, das novas tecnologias, o acesso aos meios que propiciam a ampla utilização da internet é algo que se mostra imprescindível para todos buscarem elementos que conduzam à própria inclusão social. Então a questão que deve ser melhor investigada é justamente a categorização da inclusão digital e análise técnica sobre o fato de poder ser tratada como direito fundamental, bem como o papel do Estado como responsável, e em que medida, pela realização deste e de outros direitos fundamentais, analisando-se em que patamar acontece (e se acontece) a colisão entre este direito e outros direitos fundamentais, além do grau de priorização em relação aos demais.

É importante lembrar o dinamismo do Direito e também que os fatos exercem sobre ele e sua construção um impacto relevante, razão de sua constante mutação, e da de vários conceitos que são construídos para explicar institutos e fenômenos ao longo da história. Para,

além disso, as pressões econômicas, culturais, tecnológicas e sociais influenciam muito as transformações do direito.

Então tendo como base fática a disseminação tecnológica das últimas décadas, não há respostas prontas e adequadas para tantos novos questionamentos e novas práticas, sendo que nessa perspectiva, pensar e propor algo no campo da inclusão digital é algo que deve fazer parte do pensamento atual no campo jurídico, para propiciar e estimular reflexões que tenham mais a ver com as experiências amplificadas de um mundo globalizado, que requer dos governantes e legisladores um descortinamento de visões diferenciadas.

Adotando o direito à informação em sentido amplo, englobando a obtenção comunicação de dados e fatos, elas seriam melhores e mais eficazes em meio eletrônicos quando adquiridas. A inclusão digital também se manifesta como espécie do próprio direito à informação.

Busca-se assim, conciliar as tecnologias com a sociedade de uma maneira dinâmica, já que esta é a tarefa do direito: sempre se adequar a situação e incorporar-se às tecnologias de modo a se tornar mais efetivo.

A comunicação é inerente ao ser humano, no entanto, essencial, já que nós vivemos em sociedade. Com a dinamização da comunicação e a realidade virtual para a maioria, surge um pressuposto para a cidadania, o de ser incluído, e poder participar ativamente da democracia do país, com notícias, dados, serviços online de bancos, processos digitais, consulta a informações relevantes entre outras coisas. Quando se priva um cidadão, seja por geografia ou dinheiro, o mesmo é segregado da informação rápida, do direito de ter livros de todos os modos, cursos a distancia e todo o universo de saberes e rapidez que a internet fornece quando usada em prol do bem comum da sociedade.

Portanto, fere-se um direito fundamental, seja privando as mesmas de cultura , falta de noção politica, de buscas de emprego, aprendizados, o direito à informação na prática. A inclusão digital não só seria, mas como já é indispensável a uma nova geração de direitos fundamentais.

Na dignidade humana estão implícitos vários princípios, sendo que um deles é a garantia de liberdade, um dos valores essenciais a também inclusão digital e o direito à informação. O direito ao livre acesso à informação deve ser proporcionado a todos que queiram recebê-lo sem dividir, distinguir ou segregar as informações, quem escolherá o que pretender ler ou usufruir com este é a própria pessoa que quer (e necessita) se informar.

Pautando-se ainda em nossa Constituição Federal em seu artigo 219, estabelece relação entre ciência e tecnologia afirmando a seguinte ideia:

> O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

A inclusão digital se encontra presente em nosso ordenamento, seja através da interpretação extensiva de princípios ou direitos já positivados. O que falta é a implementação de políticas públicas referentes ao tema.

1. INCLUINDO A INCLUSÃO DIGITAL AS GERAÇÕES/DIMENSÕES EXISTENTES – APRESENTANDO A FACE SOMBRIA DA EXCLUSÃO DIGITAL

As práticas sociais devem estar estreitamente ligadas às necessidades individuais, sejam elas quais for, mas principalmente as que se referem a direitos fundamentais do cidadão.

Acerca da exclusão digital como fenômeno da sociedade da informação, Pierre Levy entende como naturais seus reflexos, ressaltando que cada novo sistema de comunicação deixa pessoas de fora, isto é: “Cada novo sistema de comunicação fabrica excluídos. Não havia iletrados antes da invenção da escrita. A impressão e a televisão introduziram a divisão entre aqueles que publicam ou estão na mídia e os outros” (2008, p. 237).

No campo dos direitos fundamentais cumpre analisar as gerações ou dimensões, e ainda segundo o filósofo “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas” (BOBBIO, 1992, p. 19), de forma que não há direitos fundamentais por natureza, embora haja momentos em que determinados direitos possam assumir esta característica distintiva.

A questão dos direitos fundamentais não é uma questão de geração de direitos, segundo termo vindo da própria classificação sugerida pelo próprio Bobbio, entendida uma geração como uma superação da outra. Há doutrinadores mais modernos que acreditam ser mais correto dizer *dimensões de direitos*, diante daqueles em relação aos quais existe na verdade, uma percepção da sociedade sobre esse novo direito.

Sarlet prefere a expressão *dimensões,* que ele preconiza ser a mais apropriada, entendendo-se que os direitos fundamentais são atemporais, coexistentes e não hierarquizados:

> [...] a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para, além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno [...] (2007, p.49).

E sobre o termo dimensões ele explica sua opção esclarecendo que:

> Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno 'Direito Internacional dos Direitos Humanos" (2007, p. 55).

Dessa forma, os direitos são fundamentais segundo especiais momentos históricos, nos quais se confere maior destaque a alguns que assumem este posto. Isso acontece por várias razões, como: maior consciência da cidadania; advento de novas e diferentes necessidades. Apenas para exemplificar, a, como a introdução da *internet* no cotidiano, além

de criar novos direitos e deveres, exige novas normas de etiqueta e relacionamento interpessoal, fazendo cada qual se perceber como outra espécie de sujeito social.

Em sua obra a *Era dos Direitos*, Bobbio diz que passou a iniciar suas palestras dizendo que atualmente o mais importante não é identificar ou fundamentar quais são os direitos humanos, e sim qual a maneira mais eficaz de defendê-los, isto é:

> Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados" (1992, p. 25).

Os direitos fundamentais são reconhecidos e positivados em nossa Constituição. Muitas vezes os mesmos são confundidos com os direitos humanos e se diferem, pois estes últimos se aplicam aos direitos reconhecidos ao ser humano de modo internacional por meio de tratados, incluindo uma universalidade, para todos os povos, a qualquer tempo, além de validar-se independente de uma positivação de ordem constitucional, e existir sem a necessidade de qualquer sistema com um caráter supranacional. Já os direitos fundamentais surgiram a partir de "condições históricas objetivas" que permitiram o reconhecimento desses direitos e são divididos didaticamente em gerações, ou "dimensões".

Os direitos de primeira geração limitavam o poder do estado, reconhecendo as liberdades dos cidadãos. O intenso absolutismo e excessos da burguesia levam ao reconhecimento dos direitos individuais na época da Revolução Francesa. Os direitos de defesa, direitos negativos, barrando a intervenção do estado. Exemplos deles são os direitos a igualdade, intimidade, honra, vida, propriedade, liberdade de expressão, etc.

Os de segunda geração são os direitos sociais, apenas os individuais não eram suficientes para a garantia dos direitos fundamentais, pois havia a necessidade de se criar modos para a sua efetividade de exercício. O surgimento da classe proletária foram fatos históricos determinantes para o surgimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, garantindo condições sociais a todos para que isso ocorresse. Há uma complementação entre um e outro. Tais direitos são: assistência social, saúde, educação e trabalho. Assim as liberdades formais abstratas passaram a serem liberdades materiais concretas.

Por fim os de terceira geração são transcendentais, pertencem a todos. Com a 2ª Guerra Mundial, perceberam que alguns direitos não pertencem apenas ao individuo, mas são

transcendentais, são os chamados direitos de solidariedade. São eles: direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado, a autodeterminação dos povos pertence a toda a coletividade, mas nada impede que sejam exercidos individualmente.

Podemos falar de quarta geração, e até em quinta, dependendo do autor. Na quarta encontramos o direito a informação junto com direito a democracia e o pluralismo.

O aspecto principal de novas gerações de direitos é criar a concretização do principio da democracia, resguardando o acesso à informação livre, sem manipulações atingindo os verdadeiros fins de uma globalização policia e cultural, com uma igualdade material e não só formal, assim sendo real e concreta, criando oportunidades.

Temos, com apesar de mais de 50 anos, explícito na Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, passagens que deixam claro o direito à informação e modela a inclusão digital nos dias de hoje, é o caso do artigo 19 que diz:

> Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras.

O termo “informação” pode ser estendido à própria rede mundial de computadores, já que é ela que transmite informações e ideias independentemente de fronteiras. E mesmo em 1948 quando ainda não se pensava em máquinas e internet, a consciência em relação ao direito de comunicar-se já existia. Assim fica ainda mais claro que o homem precisa ter direito a essa informação instantânea, esse meio ágil e veloz que hoje é a internet, e mais, que independente do meio, seja ele físico ou eletrônico este deve ser assegurado, fazendo-se a ressalva de que este não pode ultrapassar o limite, chocando-se com outros direitos fundamentais.

O artigo 27 da mesma Declaração acima citada assegura:

> “I) Todo o homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de fruir de seus benefícios.

> II) Todo o homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor."

Assim a declaração não protege somente o direito a informação, mas os benefícios das conquistas tecnológicas.

A nossa Constituição Federal é chamada de cidadã e é muito inspirada na Declaração de Direitos Humanos, e garante em seu artigo 5º que:

> "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade nos termos seguintes: (...)"

Nesse caso também podemos enquadrar o quão necessário se faz garantir o direito à informação no caso concreto às pessoas. E embora este, esteja no capitulo de direitos fundamentais individuais é dado um enfoque pertencente à quarta geração, pois as transformações ocorridas no meio social, econômico e tecnológico influenciam uma realidade e fizeram surgir uma proteção a esse direito, e devido suas inúmeras particularidades necessita de um tratamento doutrinário e legislativo especifico.

Não importa o meio em que isso se executa, e sim que a transmissão seja positiva, ou seja, que gere situações jurídicas para as partes, e sejam válidos os documentos, os físicos e eletrônicos, garantindo a privacidade e proteção necessária, tornando- se efetivo e muito mais rápido o processo e desenvolver das situações.

Marcelo Bechara se utiliza de indicadores divulgados pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) deixando claro que há no país um espaço muito grande para o crescimento do acesso e uso do computador e da Internet. Apenas 12,93% dos domicílios brasileiros têm acesso à grande rede, sendo 9,39% da proporção de indivíduos com acesso à Internet no domicílio.

Outro aspecto relevante é que a conexão discada (via modem dial-up) é ainda esmagadoramente maior do que acessos por banda larga, representando uma total de 39,49% sobre o total de usuários de Internet no próprio domicílio. (BECHARA, 2006, pp. 33-37).

Nesta conjuntura, em meio às bruscas transformações sociais decorrentes dos adventos tecnológicos, que agravaram ainda mais as desigualdades entre os cidadãos, culminando no que Dupas identifica com um verdadeiro “apartheid digital” (2005, p. 201), reflete-se quanto às possíveis políticas públicas para a inversão dessa realidade. Não se pode esperar que a fome e a corrupção acabem para se começar a fazer algo. Os alicerces devem ser formados em pequenos passos para gerar grandes mudanças.

Mesmo em tantos anos de uso ela ainda é um privilegio elitista, e em um mundo que funciona à base da internet a informação chega a menos da metade da população. Isso é no mínimo, contraditório.

A inclusão digital não é nada além de que a concretização de um direito já conquistado e de cuja importância era ressaltada há mais de 50 anos como já vimos, ele, portanto, já é garantido internacionalmente e a base de nossa constituição é baseada na Declaração Universal de Direitos Humanos, que é o documento que mais deixa claro a importância deste direito em seu arcabouço, e na prática fazemos ao contrário.

Declarado já foi, mas falta o concreto e efetivo exercício deste direito. Não inserir pessoas na própria comunidade e na sociedade da informação é segregá-las. Sabemos que a Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas é mais do que aceita, e não se pode duvidar que a efetivação desse direito permitirá uma aproximação dos objetivos de uma nova forma de democracia, voltada a se realizar de modo direto e baseado na pluralidade de informação, marcada basicamente pelo crescimento do acesso ao meio eletrônico. Sem idealizações, e sem moldar à perfeição, apenas fazer o que uma democracia almeja que seja feito. É apenas um ramo ou subcategoria de um direito fundamental que não é garantido ainda para a maioria.

Uma das formas de expressar tal direito consiste também na inclusão digital nas escolas, já que hoje não são todas que integram seus alunos, muitas só tem alguns monitores desatualizados e que não funcionam, sem nenhum recurso e vantagem, e sem resultados.

No enfoque ao sistema judiciário, a inclusão digital nada seria que o processo físico no meio digital, ou seja, a desmaterialização das informações que agora não mais necessitam estar interligadas fisicamente, mas uma globalização das fontes e da acessibilidade das informações, bem como a imediatividade de informações de modo temporal e física e rapidez no acesso a essas, e por fim, o barateamento dos meios, e uma possível organização que consequentemente torna isonômicas as oportunidades no momento de obtenção e uso das informações.

No que se refere ainda, ao direito à informação, apesar do § 1º do art. 5º, da CF/88, definir a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, é preciso estruturar toda uma situação legislativamente para então aplicar o direito fundamental, pois não se trata de uma coisa simples, e para que seja efetivo de fato tem que ser pensado em que viés a situação terá que seguir.

Não basta a aplicação imediata à informação no meio eletrônico sem condições para que os brasileiros, que são quem mais precisam dessa inovação não tenham meios de efetivá-la. São dadas, informações armazenadas, e milhares de vidas absorvidas por essa tecnologia, portanto cabe o Estado intervir de modo a adquirir uma maior segurança jurídica, e garantir autenticidade e veracidade nas informações ali armazenadas.

Vladimir Brega filho em seu livro Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 afirma:

> "Os direitos fundamentais são dotados também de abertura, ou seja, têm possibilidade de se expandirem. Dessa forma, a interpretação das normas relativas aos direitos fundamentais deve ser no sentido da ampliação dos direitos fundamentais "buscando a leitura mais favorável que deles se possa fazer". Isto fica evidente a partir da leitura da chamada "cláusula de abertura" posta no artigo 5º §2º da constituição, onde o constituinte estabeleceu que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." (Pág. 62)

Em um mundo em que revoluções, protestos e mudanças sociais e políticas estão sendo feitas na internet há algum tempo, o mínimo que se espera é um suporte necessário e a disseminação dessa informação tão desejada por todos nós.

Com o avanço tecnológico e o surgimento de outros meios de comunicação, que não mais se restringem a periódicos escritos ou rádio-difusão, atualmente, cabe falar e ressaltar ao extremo a liberdade de informação, ou seja, receber e enviar informações livremente, desde que não viole outros direitos fundamentais dos indivíduos (inclui-se nesse momento a necessidade do Estado em certos casos estabelecer limites à fruição desse direito, independentemente do meio em que essa informação é propagada).

Em ambos os sentidos, as informações atualmente tem um valor econômico, e são tão valiosas quanto bens corpóreos, e é utilizada em qualquer relação jurídica ou situação da vida, com grande relevância inclusive ao nosso ordenamento jurídico. E as novas ferramentas tecnológicas permitem trocarmos essas com outros povos e culturas, encurtando distancias entre os estado e tornando a vida de todos mais rápidas, sejam elas pessoais, comerciais ou públicas. As novas tecnologias têm servido como instrumento de efetivação da própria democracia, pois proporciona uma cultura de legalidade e de transparência na gestão pública, fatores essenciais em um Estado Democrático como já citado anteriormente.

A evolução tem acontecido, com a troca de informações no setor privado, foi permitido um crescimento acelerado, ano após ano do comércio eletrônico, que aos poucos tem usufruído grandes vantagens como, por exemplo, quando, a Administração Pública Federal adotou uma forma de licitação de pregão eletrônico, ou quando implantou no âmbito dos Juizados Espaciais na Justiça Federal o processo eletrônico.

Ademais, mesmo no período de grandes mudanças tecnológicas, temos que continuar nos atentando a um fato: com essa nova forma de comunicação em massa a ser realizada através do meio eletrônico há de se ressaltar que há como produtores de softwares e proprietários de provedores de internet ao invés de trazer inovações, mediante novas legislações, atrasarem esse mérito, com manipulações. Assim como antes da década de 80 a principal preocupação era a manipulação maciça pela mídia, hoje essa se estende em meio eletrônico. Precisamos também nos preparar para os males advindos com todas as tecnologias, mais um motivo, no entanto de haver uma inclusão e integração.

Mas se pode negar, no entanto, que a internet atualmente é um dos meios mais necessários ao contexto socioeconômico e possibilita a participação na sociedade moderna, com agilidade da informação.

2. POLÊMICAS QUANTO À INCLUSÃO DIGITAL E SUA NECESSIDADE.

A inclusão digital nada mais é do que um fator de transformação social, pois reflete a realidade da população. Projetos novos são implantados vagarosamente, e precisam de incentivos e novas inclusões. É só o começo de uma longa jornada. Politicas públicas precisam ser implantadas principalmente com a finalidade de incluir pessoas que ainda não tem acesso a essa realidade, geralmente pessoas de baixa renda.

Mas para que haja uma mudança de fato no Estado brasileiro não basta só que políticas públicas venham, mas que tenha eficácia de fato, instrumentos de fiscalização e de pratica desde pequenas cidades às capitais. Ou seja, investir na educação, principalmente nas escolas como preparação pessoal ou profissional considerando todos os pressupostos sociais, culturais, financeiros formando uma superestrutura que vise o bem comum (interesse público coletivo).

A inclusão é uma necessidade que traz grande parte de solução para vários problemas, como anteriormente já citada. O modo que será efetivado é de intensa reflexão, pois aqueles que não sabem ainda usar o computador precisariam de uma inclusão ainda maior, e isso em nível constitucional absorve o âmbito da educação. Existem graus de inclusão, e começaremos pelo mais simples até aprofundarmos a verdadeira imersão de valores digitais à sociedade.

A democratização do acesso à internet e tecnologias em geral é um processo de universalização do conhecimento e exercício de cidadania, garantido pela nossa Constituição Federal, e não significa massificação. Não pode ser monopolizado por uma ou duas empresas, sendo motivo de eventual lucro, por exemplo, o foco deve ser em incluir de fato. Fornecer a internet pura e simplesmente ou alguma inclusão não muda a vida de pessoas de baixa renda, deficientes e pessoas não aptas atualmente em usar o computador. O objetivo é equiparar oportunidades e fornecer acessos mínimos, além de integrar quem já tem condições, pois tudo que é feito no meio digital é equiparado ao físico. Assim, um processo físico e um digital, tem o mesmo valor, o mesmo acontece com assinaturas digitais em processos eletrônicos.

A necessidade de observar a inclusão digital como política pública, com o acesso à inclusão considerado tão importante como as demais commodities, leia-se fornecimento de luz e água;

O investimento governamental torna-se essencial em infraestrutura, concessões, fabricações, divulgações, capacitação. Precisamos antes de facilitar os serviços com inclusão, estimular a cultura, a internet, a digitalização e mais, sua credibilidade, seja com compras na internet, segurança de conta de banco online até a importância de documentos eletrônicos.

Com a inclusão digital a internet se popularizará ainda mais, e se tornará normal e não mais elitista, como a televisão. O acesso será maior, precisaremos de um suporte maior, da capacitação a população, pois quem não sabe usar de acordo o computador podem ter vários prejuízos morais, ou até físicos como em seu patrimônio.

Uma das principais, se não a principal dificuldade é educar as pessoas que não tem acesso para tal realidade, inclusive os conservadores que custam aceitar esse novo processo resistindo e muito para a sua total instalação. Mas é fato que os usuários da internet crescem exponencialmente a cada dia que passa. Não existe manual da internet ou do internauta, e temos que aceitar que a adaptação terá de ser aos poucos, mas com um, porém, ela tem que começar de uma forma organizada, sendo traçados rumos e objetivos.

Juridicamente, as pessoas justificam o seu conservadorismo e falta de inclusão com os mesmos motivos, que falta segurança, não tem credibilidade, “é uma terra sem lei”, que há criminosos virtuais, e que tem pedofilia e cyberbullying, Sim, têm todas essas coisas, assim como no mundo físico, ambos são formados de pessoas e são as atitudes delas que estão erradas, o meio eletrônico só é o meio propagado. Há uma necessidade extrema de legislação nesse âmbito na internet, mas que por ora, não vamos debater.

Temos uma Constituição anterior a essas interações e revoluções tecnológicas, primeiro precisamos interpretá-la tentando usá-la no âmbito eletrônico, já que não precisamos de lei para cada caso, e sim o direito tem que ser ampliado para a situação concreta, é o que acontece com a inclusão digital. Se isso não for possível devido à complexidade, precisaremos sim mudar alguns pontos em nossa legislação com uma reforma, caso contrário, basta adaptações inteligentes.

Sopesando fatores, levando em consideração que tudo apresenta pontos positivos e negativos, algumas coisas precisam ser levadas em consideração: o conservadorismo não gera mudança e evolução, tem que haver uma interação do ambiente livre com os meios criados para o maior conforto das pessoas, não deixando de lado a discrição no tocante à exposição desnecessária. Quem não aderir à inclusão optarão por ser excluídos, a própria realidade segregará, futuramente não teremos escolhas, e não teremos como escolher, nos tornaremos automaticamente excluídos, portanto vale a pena pensar em meios menos difíceis para nos incluirmos enquanto há tempo. Os processos judiciais, por exemplo, já recusam sua existência em papel. A internet e o meio eletrônico virou uma verdadeira necessidade para muitos profissionais. Já não é mais possível trabalharmos sem isso.

Temos graus de exclusão e de inclusão, não sabemos ao certo a linha tênue que os separam, mas uma coisa é certa: temos dois grupos: os voluntariamente excluídos (pessoas idosas, conservadores e que tem fobia tecnológica) e o excluído social, não por escolha, mas por condição, motora ou financeira. É preciso fornecer uma instrução para quem esteja disposto a entender, o que significa ser um excluído digital e o impacto que isso tem na sua

vida. Não é só deixar de pagar contas pela internet, fazer parte de uma rede social ou mandar um e-mail. A inclusão digital é, em última instância, o pleno exercício da e-cidadania, e a democratização do acesso ao conhecimento. Reestruturam hábitos da sociedade moderna, e não há como fugir mais dessa situação.

Na sociedade e no sistema jurídico principalmente, temos moldes estabelecidos à segurança jurídica e o físico conta muito, a simples confusão de procedimentos, alterações em tradições ou valores modificados gera um caos, há uma recusa em aceitar que a modernidade atravanca em nosso caminho, o espaço se tornou inadequado para tanta informação, as normas jurídicas está perdendo a eficácia no caso concreto devido a intensa demanda, precisando sim, reorganizar os alicerce junto da ética e moral.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS EXISTENTES E COMO AMPLIÁ-LAS: A EFETIVA MANEIRA DE INCLUIR DIGITALMENTE

Como já observado neste trabalho, a efetividade e o modo em que ocorre a prática do direito no meio eletrônico é um verdadeiro problema, é um processo de adaptação social e que se molda à sociedade aos poucos. O fato não se limita ao plano de normas e axiológico, mas sim no plano sociedade, este transcende para a sociedade de uma maneira que se aplica à pessoas, e isso não pode ser estudado de maneira separada, mas sim integrada ao ordenamento. O direito afinal, só é possível a partir de suas três fases: valoração, criação de normas jurídicas e aplicação destas no meio social a que se destina.

Por isso é impossível desvincular o direito da realidade, pois um se reflete no outro, e o comportamento das pessoas faz as normas surgirem. Essa é a função das normas, se não reflete os valores da sociedade no momento, perde sua importância.

A norma é elaborada, e para ter eficácia tem que ser aceita, a nossa realidade já explana uma necessidade de norma que estimule e regule ainda mais o meio eletrônico, e precisamos explanar isso de um modo a ser mais proveitoso possível de maneira que tenha eficácia plena, portanto assim, cabe ao direito revelar os valores fundamentais da sociedade.

Muitas propostas para inclusão digital têm sido empregadas no Brasil. O senador Rodrigo Rollemberg (PSB-DF), por exemplo, levou para apreciação da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) a proposta de PEC 6/11 que intenciona tornar a inclusão digital parte do rol de garantias sociais constitucionais. Em Parintins o complexo de serviços Pronto Atendimento ao Cidadão – PAC, junto à prefeitura, tem investido e realizado cursos de

formação profissional básica para população de baixa renda aprender a lidar com a internet. Inserindo assim jovens muitos mais bem preparados no mercado de trabalho.

Em esfera nacional, foi estabelecido o Decreto n.º 5.581, de 10 de novembro de 2005, pelo poder executivo, que obriga o Ministério das Comunicações a formular e propor objetivos, metas e diretrizes para inclusão digital, e também coordenar o implemento de projetos com este intuito. No Brasil temos ainda a CGI.Br, entidade de legitimidade e representatividade para trabalhar em conjunto com os governos na questão desta inclusão, pelo fato do CGI.Br possuir os dados do mapeamento da internet vitais para formulações de estratégias de ação.

Implementação do Plano Nacional de Banda Larga, uso de fundos públicos para investimento na inclusão digital, intenção fiscal para Lan Houses, e outras medidas tem se destacado no esforço do governo em obter uma universalização do acesso pleno a internet. Tudo isso para combater a realidade atual na qual o livre e pleno acesso aos meios de comunicação on-line são benefícios de poucos. Situação que se tornou evidentemente alarmante especialmente desde a ascensão de boa parte da população à classe media. Instalação de redes de fibra ótica em nossas 27 capitais, envio de alunos pelo programa ciências sem fronteiras para se aperfeiçoarem no exterior. Participação de empresas brasileiras em grandes feiras tecnológicas internacionais. Tudo isso gera um paradoxo com a realidade de boa parte da população que não vê uma cesso aos benéficos decorrentes destes fatos sendo democratizado. Exceções notáveis são algumas poucas cidades do interior, pertinentemente apelidadas de “cidades inteligentes” que tem obtido êxito em políticas publicas de inclusão digital. Dentre elas estão Tarumã (400 km de SP) e Piraí(70 km RJ) que não só aumentaram ao cesso a rede como tornaram-no gratuito.

O que não se pode deixar acontecer é de cairmos no erro do desinteresse ou da ignorância. Muitas das políticas empregadas para estas cidades poderiam teoricamente ser usadas em metrópoles como São Paulo. Tarumã integrou os bancos de dados de saúde, assistência social e educação, economizando perdas de informação e facilitando a organização de dados. Também forneceu aos estudantes computadores públicos para realização de cursos a longa distancia e subsidiou o acesso a internet de quem já tinha computador em casa. Já em Piraí, além de instalação de rede de fibra ótica em toda a cidade foram instauradas as ditas “Naves de Conhecimento” e centros de aprendizagem tecnológica que incluem os moradores na sociedade digital.

Abriram Wi-Fi para bairros carentes e organizaram o sistema de dados para saúde, tributação, etc. Na cidade de São Paulo ao cesso a internet por meio de wi-fi em ambientes públicos já foi te tema de campanha, porém sem grandes realizações na área. Por outro lado Brasília foi pioneira dentre as capitais em abrir sinal em parque se outras áreas da cidade. Almeja-se que até 2014 o Distrito Federal tenha pleno acesso a rede de banda larga gratuita. Esses casos são só alguns a títulos de exemplo, com intuito de mostrar que a inclusão é sim possível e traz muitos benefícios. (BECHARA, 2006, pp. 33-37)

CONCLUSÃO

A abrangência e a intensidade do uso da internet na maioria das áreas da atividade social, econômica e política leva à marginalidade aqueles que possuem acesso apenas limitado a ela. À medida que as tecnologias de acesso se tornam mais complexas, desacelera-se sua adoção pelos grupos de menor acesso educacional e também de renda, aprofundando os nichos de separação, pois a capacidade de processar informações é essencial, produzindo efeitos altamente limitantes e negativos para aqueles que não conseguem utilizar esse acesso, e, por tal motivo ficam muito atrás dos outros.

As tecnologias nos trouxe uma realidade ímpar, basta nos adaptarmos a ela para tiramos proveito da melhor forma do que nos é fornecido. O meio eletrônico precisa de mais experiências positivas, divulgações de informações, para assim diminuir cada vez mais os obstáculos de sermos incluídos.

A era tecnológica toma conta da sociedade e futuramente estaremos repensando em outros conceitos sobre a inclusão digital e não só o computador, internet, isso será o básico. Livres negociações, contratos feitos pela internet, processos eletrônicos, novos empregos, microempresários, a mão de obra do país e o capital será formado em maioria por algo ligado a inclusão digital, já observamos a “ponta do iceberg” dessa situação em redes sociais e no dia a dia no trabalho, logo será cada vez mais constante.

Educação, informação, ciência e tecnologia são essenciais para gerar valor na economia baseada nas redes interligadas, o que exige investimentos contínuos e muito elevados.

Sendo assim, este tema tem uma relevância intrínseca, devendo ser aprofundado em pesquisa científica e revisão bibliográfica para auxiliar na evolução dos direitos de modo a serem transpostas barreiras para reduzir as distâncias entre aqueles que usufruem plenamente

os benefícios advindos das novas tecnologias e aqueles que são excluídos, por razões sociais, econômicas, geográficas ou demográficas. O que se pensa, como princípio é que esta diminuição da segregação eletrônica não pode prescindir da atuação do poder público, por intermédio de políticas que enfrentem a exclusão digital, que aparta parcelas significativas da sociedade das benesses oferecidas pelas plataformas comunicativas da web.

Também se parte do princípio de que o acesso e a efetivação dos direitos fundamentais, bem como a inclusão digital, no contexto brasileiro devem ser promovidos não apenas para dar mais eficiência às ações do Estado, mas, sobretudo, para reafirmar e difundir os instrumentos democráticos, na busca da efetividade aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização:* as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BECHARA, Marcelo. *A inclusão digital à luz dos direitos humanos. In: CGI.br (Comitê Gestor da Internet no Brasil). Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação 2005*. São Paulo, 2006, pp. 33-37.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DUPAS, Gilberto. *Atores e Poderes na Nova Ordem Global:* assimetrias, instabilidades e imperativos de legitimação. São Paulo: Unesp, 2005.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura.* Trad. de Carlos Irineu da Costa. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 8 ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2007.

DO DIREITO DO TRANSEXUAL À MUDANÇA DE NOME E DE GÊNERO ANTES DA EFETIVAÇÃO DA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA

Gabrielly Paiano SILVEIRA[1050]

Daniela Braga PAIANO[1051]

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar, em um primeiro momento a dignidade da pessoa humana, como valor supremo e consagrador do Estado Social e Democrático de Direito, assim, como evidencia os direitos fundamentais como bases estruturantes do Estado. Após, procurou-se enfatizar os direitos fundamentais em espécie, sendo estes, a personalidade, a vida, a integridade psicofísica e a liberdade, os quais delimitam e pautam a devida interpretação acerca da possibilidade de alteração de prenome e gênero na identificação do transexual. Por fim, é evidenciado os direitos à imagem, à intimidade e a privacidade como consagração à alteração do prenome e do gênero do transexual mesmo antes da cirurgia de mudança de sexo, uma vez que devido as extensas listas de espera do SUS, a antecipação da correção dos documentos do transexual é medida que se ajusta a toda sistemática aduzida.

ABSTRACT

This paper seeks to demonstrate, at first the dignity of the human person, as the supreme value and consecrator the Social and Democratic State of Law, as well as highlights the fundamental rights as structural bases of the state. After, we tried to emphasize the fundamental rights in kind, these being, personality, life, psychophysical integrity and freedom, which delimit and guide the proper interpretation of the possibility of change of first name and gender in identifying transsexual. Finally, it is evident the rights to the image, intimacy and privacy as consecration to change the first name and gender of the transsexual surgery even before the sex change, since due to the extensive waiting lists of SUS, the anticipation of correction documents transexual is as it adjusts to any systematic adduced.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana; transexual; direitos fundamentais.

KEYWORDS: Dignity of the human person; transsexual; fundamental rights.

[1050] Especialista em Direito Constitucional, Advogada do Escritório Jurídico da Instituição Toledo de Ensino (ITE), Faculdade de Direito de Bauru (FDB).

[1051] Mestre em Direito, Advogada e Professora Universitária na Universidade Estadual de Londrina (UEL).

INTRODUÇÃO

A consagração dos direitos do homem vem ao longo dos séculos ganhando respeito e positivação, sendo basilares aos Estados Democráticos a sua observância para que a pessoa humana, tratada não mais como meio, mas sim como fim do Estado, tenha plenamente seus direitos resguardados e assegurados.

Com a insurgência dos direitos de liberdade, igualdade e solidariedade, há uma mudança na perspectiva dos direitos individuais, sendo estes, em um primeiro momento, consagrados para proibir intervenções indevidas e após requerer políticas sociais do Estado.

Assim, com a mudança gradativa acerca da consagração e positivação de valores, novos anseios individuais são perseguidos, e um destes está relacionado à possibilidade do transexual ter assegurado e resguardado seu direito a ter na sua identificação civil o nome e gênero adequado ao que demonstrar ser para a sociedade.

Dessa maneira, passa-se a exigir uma prestação positiva do Estado no intuito de eliminar as desigualdades sociais e fazer com que se tenha uma prestação estatal apta a igualar materialmente à sociedade, protegendo os direitos daquela parcela a margem da sociedade.

Assim, consagrar os direitos fundamentais significa além de tudo dar a eles uma resposta aos anseios aos indivíduos para que recebam a devida prestação que lhes é devida na medida da sua desigualdade.

Apenas leis e políticas públicas escritas não solucionam os problemas enfrentados pela sociedade, e nesse espaço, o Poder Judiciário vê o seu grande alcance quanto à possibilidade de exigir do Estado a consagração dos direitos fundamentais e a devida interpretação da ordem jurídica vigente que satisfaçam e realizem o que o texto constitucional postula. Porém, não violando nem se sobrepondo aos demais poderes, mas sim os integrando e exercendo o papel subsidiário quanto a estes.

Não foi objeto de preocupação uma análise em profundidade de cada um dos institutos tratados, procurando-se efetivamente conferir especial enfoque à sua abordagem conjunta. A intenção foi dar uma visão panorâmica acerca de um assunto de importante relevo para a sociedade brasileira e que necessita de especial atenção, pois de grande relevância para os anseios do transexual, principalmente daquele que sofre com as longas filas de espera do

Sistema Único de Saúde.

1 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VETOR FUNDANTE E BASILAR DA CONSTITUIÇÃO DE 1.988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONSOLIDADOS

Para dar início ao tema proposto, a temática relativa à adequada interpretação do contexto jurídico positivo que está embasado o direito do transexual à mudança de prenome no registro civil, bem como de gênero antes mesmo de ser efetivada a cirurgia para correção de sexo, deve preceder do estudo detido da dignidade da pessoa humana como vetor dirigente de toda a análise.

A Carta Maior de 1.988 tem em seu artigo 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, nas palavras de Luís Roberto Barroso (2009, p. 250), acerca do significado do princípio basilar e orientador do ordenamento jurídico, aduz que:

> A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é ideia que informa, na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter.

É após a 2ª Guerra Mundial que a dignidade da pessoa humana transpassa para o direito positivo o seu fundamento e valor, tendo como marco inaugural de positivação a Constituição Federal italiana de 1.947, logo após vem a Declaração dos Direitos Humanos em 1.948, dentre inúmeros outros textos que surgiram após a aludida guerra, na busca por

assegurar à pessoa humana os valores inerentes que lhe são peculiares para que possam a partir daí terem a sua plenitude de desenvolvimento assegurada materialmente nos textos jurídicos e com isso extirpam da vida social as atrocidades ocorridas nos períodos das guerras mundiais.

Nesse sentido assevera Flávia Piovesan (2012, p. 204):

> A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidades de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A dignidade da pessoa humana tem significado o direito ao respeito e a liberdade do outro, a possibilidade da plenitude do exercício de sua escolha, assegurar que a pessoa, por ser pessoa possa exprimir e lhe seja garantido seu desenvolvimento físico e psíquico na sua plenitude. Garantir o reconhecimento e principalmente o gozo dos direitos que lhe são inerentes é um dos primados da dignidade assegurada a todos, o que significa dizer que referida dignidade prima pela não discriminação, garante a liberdade do ser de pensar, criar, movimentar-se da maneira como melhor lhe aprouver, respeitando, obviamente o limite do direito alheio ao seu.

Assim, a partir da Constituição Federal de 1.988 a dignidade da pessoa humana ganha valor fundamental ao Estado brasileiro, devendo ser norte e base da sociedade, sendo valor supremo para os poderes legislativo, executivo e judiciário, ainda, as relações privadas também têm o dever de observar e assegurar – eficácia vertical dos direitos fundamentais – o

princípio basilar que orienta a República Federativa do Brasil.

Assevera Eurico Bitencourt Neto (2010, p. 62-63) acerca da dignidade da pessoa humana:

> A ideia de dignidade da pessoa humana tem sido marcada, ao longo do tempo, pela evolução do pensamento, no sentido de se questionar o que distingue o ser humano, o que o compõe a sua "humanidade", evolução esta que está fortemente presente na manifestação jurídica dessa dignidade. E uma das maiores dificuldades em se construir a noção jurídica de dignidade da pessoa humana está precisamente em que se trata de um valor em geral utilizado para a identificação do homem como tal, ou uma qualidade a todo ser humano, o que a faz vaga e mais difícil de ser aprisionada nos contornos de uma definição jurídica.

Após a breve explanação acerca da dignidade da pessoa humana, uma análise sobre os direitos fundamentais e sua estrutura na atualidade mostra-se necessária para o bom entendimento do tema analisado.

É certo que a Constituição Federal deu importância ímpar aos direitos fundamentais, primeiro porque os alocou logo no início dos primeiros artigos da Carta Cidadã, segundo porque imprimiu aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CF), além de erigi-los a cláusula pétrea (art. 60, § 4º, CF).

Nessa perspectiva, os direitos fundamentais orientam a estrutura do Estado brasileiro, denotando que as decisões políticas, administrativas, legislativas, judiciais, etc., devem ter por base pilares mestres que guiam a norma e as decisões do país, que garantem aos brasileiros e estrangeiros residentes a integralidade da vida digna, com patamares básicos (mínimo existencial) intocáveis e instransponíveis, vetores orientadores de toda a sociedade, ou seja, os direitos fundamentais orientam a vida pública e privada (eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais) para assim assegurar os direitos inerentes ao ser humano (vida, saúde, liberdade em todas as suas vertentes, a igualdade, a paz, a solidariedade) de que todos necessitam para ter o seu pleno desenvolvimento assegurados.

Para a melhor compreensão acerca dos direitos fundamentais, a conceituação do tema faz-se esclarecedora, nas palavras de Dimitri Dimoulis (2011, p. 49):

> Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Na composição atual, os direitos fundamentais são orientadores do ordenamento jurídico – dimensão objetiva – o que significa que a proteção e orientação dos aludidos direitos fundamentais vão além da matéria constitucional, exprimem sim a base de todo ordenamento jurídico vigente devendo irradiar seus efeitos a toda norma em vigor, de acordo com essa perspectiva, nas palavras de Marinoni (2011, p. 75):

> Quando os direitos fundamentais são tomados como valores incidentes sobre o Poder Público, importa especialmente a atividade de aplicação e interpretação da lei, uma vez que ela não pode ser dissociada de tais direitos. Além disso, uma importante consequência da dimensão objetiva está em estabelecer ao Estado um dever de proteção dos direitos fundamentais. Esse dever de proteção relativiza "a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos (*Austrablungswirkung*) sobre toda a ordem jurídica". Diante dele, fica o Estado obrigado a proteger os direitos fundamentais mediante prestações normativas (normas) e fáticas (ações concretas).

Da análise detida acerca da teoria dos direitos fundamentais, vê-se que estes garantem patamares mínimos de garantia à pessoa, e de acordo com a ordem constitucional vigente, os direitos fundamentais fundam a base da sociedade, devendo ser observados por todos e assegurados aos indivíduos indiscriminadamente para que assim seja assegurada a aludida vida digna.

Os direitos fundamentais, por serem diversos são divididos em direitos de defesa e direitos prestacionais, segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 162) tem-se os primeiros direitos vistos numa perspectiva de defesa do particular contra ingerências dos poderes públicos, enquanto os segundos visam à atuação positiva do Estado na defesa e garantia dos direitos sociais indispensáveis aos indivíduos.

Diante da breve análise acerca dos direitos estruturantes do indivíduo, passa-se a análise dos direitos fundamentais em espécie que guiam e orientam a possibilidade de mudança de nome e gênero como um direito intrínseco do transexual.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM ESPÉCIE RELACIONADOS AO TRANSEXUAL

Nesse tópico torna-se necessária a observância detida acerca dos direitos fundamentais que guiam e orientam a efetivação da mudança de sexo, bem como ao devido registro para adequação do nome no documento de identidade e mudança de gênero, para assim o indivíduo tenha assegurado com plenitude a sua real identidade.

2.1 Da personalidade

A Carta Maior, após consagrar longo texto destinado a assegurar e garantir a existência digna, tratando o indivíduo como fim e não como meio, tem como marco inaugural a predominância do caráter protetor e assegurador dos direitos fundamentais para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Com o advento do Código Civil de 2002 e seguindo a orientação do Texto Magno, o diploma civilista, por certo que, pautado numa interpretação civil-constitucional, nas palavras de Tartuce (2012, p. 85), abandona a antiga perspectiva individualista do CC/16 e aborda a temática privatista sob a luz e a diretriz da pessoa humana, numa verdadeira irradiação de valores da Constituição Federal para toda a ordem civilista.

Nas palavras de Maria Helena Diniz (2002, p. 119):

> Como pontifica Goffredo Telles Jr., a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Os artigos 11 a 21 do Código Civil enunciam alguns direitos da personalidade, uma vez que não estão relacionados todos os direitos pertencentes ao homem, sendo certo que o texto não tratou da matéria de maneira exaustiva, conforme o Enunciado n° 274 da IV Jornada de Direito Civil. Assim, vê-se que os direitos de personalidade relacionam-se, conforme assegurado pela doutrina acima mencionada, caráter intrínseco ao homem, sendo certo afirmar que a personalidade é inata ao ser humano, por isso possui proteção ímpar e primordial.

São os direitos da personalidade, utilizando a classificação da professora Maria Helena Diniz (2002, p. 120), absolutos, uma vez que são opostos contra todos (*erga omnes*); intransmissíveis, haja vista que não é possível transmitir-lhes a outrem; indisponíveis, via de regra, não podem ser distribuídos, pois no que tange a esse elemento faz-se presente a relatividade do aludido direito, dependendo do caso concreto para sua observação e o devido sopesamento, conforme enunciado n° 4 CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil e enunciado n° 139, da III Jornada de Direito Civil; irrenunciáveis, não sendo possível a renúncia; imprescritíveis, a pretensão ao direito da personalidade pode ser arguida a qualquer tempo; impenhoráveis, inexpropriáveis, vitalícios e ilimitados.

Impõe destacar que há Projeto de Lei (n° 699/2011) tramitando no Congresso Nacional para que os elementos destacados acima sejam incluídos no art. 11 do CC.

Nesse contexto é a doutrina de Oliveira (2003, p. 66):

> O direito de autodeterminação sexual do indivíduo está baseado no princípio da tutela geral da personalidade, entendido este como a proteção do homem concretizado em sua específica realidade física e na sua particular realidade moral,

que inclui sua humanidade e individualidade, como também seu direito à diferença de concepção e atuação moral própria, pelo menos, até onde não colidam com quaisquer outros tipos de ilicitude ou outros indivíduos.

Analisando o CC vê-se que o art. 13 prescreve que:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Quanto ao aludido dispositivo, há duas correntes que o interpretam de maneira dispare, segundo Flávio Tartuce (2012, p. 97), a primeira interpretação está de acordo com a mudança de sexo, do masculino para o feminino, inclusive para preservar a própria vida do transexual, eis que devido ao enorme abalo psíquico que este sofre pode vir a se suicidar.

Enquanto que a segunda corrente, de cunho nitidamente conservador, proíbe a cirurgia de transgenitalização, por entender que fere os bons costumes e entenderem que gera perda da integridade física (Tartuce, 2012, p. 97).

Por certo que a melhor corrente e mais orientada à luz dos direitos fundamentais assegurados na Carta Maior de 1988, é a primeira corrente, eis que as normas consagradoras do direito da pessoa humana e insculpido no texto constitucional prima pela liberdade, pela vida, pela igualdade.

2.2 Do direito à vida

Indiscutivelmente o direito à vida está ligado de maneira intrínseca à dignidade da pessoa humana, sendo inconcebível não compreender a existência humana plena relacionada a patamares mínimos que devem ser assegurados para que o indivíduo possa ter uma existência

plena.

Como acentua Sarlet (2012, p. 323):

> [...] Com efeito, a despeito do reconhecimento de certos efeitos decorrentes da dignidade da pessoa humana mesmo após a sua morte, o fato é que a dignidade é, essencialmente, uma qualidade inerente à pessoa humana viva, mais precisamente, expressão e condição da própria humanidade da pessoa. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível.

Assim, conforme bem ponderado pela doutrina acima, o direito à vida é intrínseco ao ser humano e relaciona-se frontalmente com o direito à saúde, que por sua vez vincula-se não somente à saúde física, mas psíquica também.

Pondera José Afonso da Silva (2007, p. 197):

> Todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é uma pessoa. “Além dos caracteres de indivíduo biológico tem os de unidade, identidade e continuidade substanciais.” [...]

Nesse sentido, o transexual numa conceituação sumária é conceituado como a disfunção física e a psíquica existente, ou seja, o indivíduo vê-se num corpo masculino ou feminino e deseja, sente-se, comporta-se, acredita ser pertencente ao sexo oposto ao seu psicologicamente, ocasionando diversos transtornos emocionais em decorrência dessa identidade de gênero diversa, nesse sentido é a doutrina de Peres (2001, p. 125):

> [...] O transexualismo é, portanto, uma das desordens de identidade de gênero. Isso em razão da sua característica principal, que consiste na incongruência entre o sexo atribuído na certidão de nascimento e a identidade psíquica de gênero do indivíduo. Não há que se cogitar de ser o transexual um doente mental; muito pelo contrário, o que é peculiar ao seu estado e o afasta dos demais é a plena lucidez, ou seja, não sofre de qualquer desordem psicótica da personalidade.

Observa-se que o direito fundamental à vida está relacionado ao direito à saúde, que por sua vez liga-se ao equilíbrio psíquico, o qual deve ser assegurado e garantido, o transexual, deve ter a sua identidade de gênero protegida, devendo esta ser resguardada para que haja a conformação da ordem psíquica com aquilo que está na identidade do indivíduo e não acarrete maiores transtornos de ordem moral na sua vida pública.

2.3 Do direito à integridade psicofísica

A integridade está vinculada com a segurança física e psicológica do indivíduo, assim o art. 13 do Código Civil, conforme anteriormente exposto, assegura, numa interpretação pautada nos valores orientados pela Carta Maior, a possibilidade de mudança de sexo, desde que devidamente diagnosticado pelo médico que se trata de caso de transexualismo em que visa resguardar a saúde psíquica da pessoa.

Ainda, há que se evidenciar que a Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina, vê o transexual como portador de uma patologia, em decorrência da desordem psicológica com a física, sendo patente e viável para o tratamento a cirurgia de transgenitalização, a qual não ofende a integridade física do individuo, mas sim o possibilita a ter uma saúde psicológica plena.

A Constituição Federal também não limitou a possibilidade de remoção de parte do corpo para tratamento, conforme art. 199, § 4º, o que acarreta, de acordo com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, combinado com o aludido art. 13 do Código Civil e juntamente com a Resolução do CFM, que a cirurgia de transgenitalização é plenamente possível e viável.

Diante da aludida possibilidade de efetivação da cirurgia, a questão da adequação do prenome e do gênero no registro civil é patente, devendo ser garantida e assegurada, conforme acórdãos do Superior Tribunal de Justiça publicados em 2009, nos informativos de números

411 e 415, os quais acentuam que quando realizada a cirurgia de transgenitalização a garantia da mudança de nome no documento de identidade é medida justa para resguardar a pessoa.

Porém, mais complexa torna-se a possibilidade de mudança de nome e gênero quando ainda não tenha sido realizada a aludida cirurgia, a jurisprudência atual inicia-se por um caminho em que privilegia a dignidade da pessoa humana e os valores a ela correlatos, possibilitando a mudança de nome no registro e sexo antes mesmo da cirurgia de mudança de sexo.

2.4 Do direito à liberdade

Um dos pilares do atual Estado é o direito fundamental à liberdade, eis que a pessoa deve ter resguardado seu direito básico que consiste na possibilidade de locomoção livre, bem como de ser assegurado a sua liberdade de expressão do seu ser da maneira que melhor lhe aprouver, com a ressalva de não intromissão no direito alheio.

Assim, destaca José Afonso da Silva (2007, p. 233):

> O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. É boa, sob esse aspecto, a definição de Rivero: “a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal”. Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal.

De acordo com a citação transcrita, a liberdade relaciona-se diretamente com a consagração e possibilidade de a pessoa exprimir o que lhe convém e a faz feliz, busca assegurar a felicidade pessoal sem a intervenção de qualquer órgão estatal ou mesmo outra pessoa.

Dessa maneira, o Estado possui papel de destaque, uma vez que deve além de não intervir na liberdade do indivíduo, mas também assegurar que a pessoa possa de todas as maneiras ter seu direito de liberdade consagrado e respeitado, sendo que o único limitador da aludida liberdade está na intromissão indevida da esfera da liberdade de outrem.

Evidente que o direito à liberdade está vinculado e autoriza a autodeterminação sexual, em consequência, o individuo transexual tem o direito de expressar-se da maneira que se vê, bem como ser-lhe assegurada a correção do seu prenome e gênero nos seus documentos pessoais, para que assim, sua liberdade seja plenamente assegurada.

No que tange à liberdade com apontamentos para o campo psicológico, acentua Oliveira (2003, p. 96):

> Argumentos, também, que a liberdade, do ponto de vista psicológico, pode ser vista como um processo de identificação e ruptura com agentes controladores perniciosos com o pleno desenvolvimento individual. Dentro deste ponto de vista, cremos ter demonstrado que a liberdade de orientar-se sexualmente é elemento indispensável para que o ser humano atinja sua plenitude.

Assegurar a mudança do prenome e do gênero na identificação da pessoa é antes de tudo, garantir a sua dignidade e a sua liberdade plena, assegurando a sua autodeterminação de maneira completa, pois, como acima destacado, o transexual identifica-se psicologicamente como pertencente a um sexo, o que acarreta a sua exteriorização como pertencente a este sexo, porém, quando da constatação de seus documentos expõe como pertencente ao sexo oposto.

3 DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DA IMAGEM, À INTIMIDADE E A PRIVACIDADE COMO CONSENTÂNEO PARA A ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO GÊNERO ANTES DA CIRURGIA DO TRANSEXUAL

Em primeiro lugar, faz-se necessário expor que a interpenetração do direito à imagem, a privacidade e a intimidade estão relacionados como gêmeos siameses, por isso a análise conjunta das aludidas garantias, tanto é assim que a própria Carta Maior as prescrevem conjuntamente, conforme infra citado:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

> do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

O direito à imagem costuma ser divido em imagem retrato e imagem atributo, sendo que aquela se relaciona a imagem externada da pessoa que culmina com a sua identificação, já esta se vincula ao conjunto de predicados relacionados a uma determinada pessoa, que no meio social lhe é atribuído. Nesse sentido, o direito à imagem protege a pessoa contra intromissões invasivas que reproduzam publicamente sem a autorização do indivíduo a sua imagem física, bem como que impossibilite de ver sua personalidade sendo exposta indevidamente no meio social.

É importante ater-se que o aludido direito não é absoluto, podendo sofrer restrições caso confrontado com o direito à liberdade de informação, de expressão, os quais devem também ser assegurados, devendo quando da análise do caso concreto verificar eventual intervenção indevida, resolvendo a questão pautando a colisão entre princípios de acordo com o observado por Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 50):

> Esse conceito costuma ser expresso da seguinte forma: "(P_1 **P** P_2)C". Isso significa, pura e simplesmente, que nos casos de colisão entre dois princípios – P_1 e P_2 - o princípio P_1 prevalece sobre o princípio P_2 apenas nas condições daquele caso C. É possível – e provável -, contudo, que em uma situação C' seja o princípio P_2 que prevaleça sobre o princípio P_1, ou seja: (P_2 **P** P_1) C'. A despeito de se tratar, nos dois casos, dos mesmos princípios não é possível formular, em abstrato, uma relação de precedência entre eles. Essa relação é sempre condicionada à situação concreta.

O direito à privacidade relaciona-se ao que é particular de cada ser, o direito de ser-lhe assegurado a reclusão, o convívio consigo, a solidão, para que assim, cada indivíduo possa no seu recolhimento intimo resguardar e observar-se, é o que pondera Fernandes (2012, p.

410):

> O direito a privacidade está ligado à exigência do indivíduo encontra-se protegido na sua solidão, na sua paz e equilíbrio, sendo a reclusão periódica uma necessidade da vida moderna, até mesmo como elemento de saúde mental. Além disso, a privacidade é condição para o correto desenvolvimento da personalidade. Certo é que a divulgação de erros e/ou dificuldades acaba por inibir ou mesmo aniquilar os esforços de autossuperação. [...]

Já a intimidade conceitua-se como a proteção dos direitos inatos à pessoa não apenas da publicidade, mas também do núcleo familiar, sendo descrita como um núcleo menor que a privacidade (Bernardo, 2012, p. 411):

> Para muitos constitucionalistas, ainda, é possível traçar uma distinção entre direito à privacidade e direito à intimidade. O primeiro é o direito à vida privada, no qual se estabelecem os relacionamentos familiares, de lazer, negócios, amorosos etc. A intimidade é ainda um núcleo menor, que perpassa e protege até essas relações mais íntimas ou pessoais. Se no primeiro, as relações pessoais são ocultadas do público, no segundo, temos uma proteção até mesmo contra atos das pessoas mais próximas a nós.

Partindo das análises acima expostas, o transexual deve ter seu direito à intimidade, à privacidade e de imagem resguardados e ponderados, é no âmbito do seu direito à mudança de prenome e de gênero que resplandece e aflora as aludidas garantias, pois é certo que o indivíduo que se apresenta no meio social com as características de um gênero, é em muitos casos conhecido publicamente como pertencente a determinado sexo, porém quando da constatação do seu documento de identidade lhe é atribuído nome diverso, expõe a pessoa a inúmeros transtornos psicológicos, os quais não devem prevalecer, eis que o ordenamento jurídico constitucional assegura a mudança do prenome e de gênero, inclusive quando ainda não tenha sido realizada a transgenitalização.

Os tribunais do país já têm assegurado a mudança de nome e gênero antes da cirurgia para mudança de sexo, são os textos dos julgados infra:

APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DO NOME E AVERBAÇÃO NO REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. O fato de o apelante ainda não ter se submetido à cirurgia para a alteração de sexo não pode constituir óbice ao deferimento do pedido de alteração do nome. Enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, o nome assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que constitui atributo da personalidade. Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, atua como uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo. Fechar os olhos a esta realidade, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, que deve prevalecer à regra da imutabilidade do prenome. Por maioria, proveram em parte. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70013909874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 05/04/2006)

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALISMO.TRAVESTISMO. ALTERAÇÃO DE PRENOME INDEPENDENTEMENTE DA REALIZAÇÃO DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO. DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL E À DIGNIDADE. A demonstração de que as características físicas e psíquicas do indivíduo, que se apresenta como mulher, não estão em conformidade com as características que o seu nome masculino representa coletiva e individualmente são suficientes para determinar a sua alteração. A distinção entre transexualidade e travestismo não é requisito para a efetivação do direito à dignidade. Tais fatos autorizam, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, a retificação do nome da requerente para conformá-lo com a sua identidade social. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70030504070, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 29/10/2009)

> REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. PRENOME E SEXO. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. AVERBAÇÃO À MARGEM. 1. O fato da pessoa ser transexual e exteriorizar tal orientação no plano social, vivendo publicamente como mulher, sendo conhecido por apelido, que constitui prenome feminino, justifica a pretensão, já que o nome registral é compatível com o sexo masculino. 2. Diante das condições peculiares da pessoa, o seu nome de registro está em descompasso com a identidade social, sendo capaz de levar seu usuário a situação vexatória ou de ridículo, o que justifica plenamente a alteração. 3. Deve ser averbado que houve determinação judicial modificando o registro, sem menção à razão ou ao conteúdo das alterações procedidas, resguardando-se, assim, a publicidade dos registros e a intimidade do requerente. 4. Assim, nenhuma informação ou certidão poderá ser dada a terceiros, relativamente à alterações nas certidões de registro civil, salvo ao próprio interessado ou no atendimento de requisição judicial. Recurso provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70018911594, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 25/04/2007) – grifo nosso

Os tribunais estão insurgindo com uma postura de garantia dos direitos fundamentais, uma vez que o transexual sofre com a sua identidade biológica, pois de acordo com a sua identificação psicológica pertence a outro sexo, assim, a cirurgia para mudança de sexo é imprescindível para a sua saúde mental, mas também, sabe-se que aqueles que possuem condições de arcar com plano de saúde ou médicos particulares, podem ter com maior celeridade a obtenção da aludida cirurgia, enquanto os demais, hipossuficientes economicamente sofrem duplamente.

A aludida duplicidade de sofrimento está justamente em ter que aguardar as longas e demoradas filas de espera para a operação cirúrgica da mudança de sexo, o que acarreta no transexual, além da carga emocional já abalada em decorrência de o seu cérebro ver-se como pessoa de sexo diverso do biológico, há a angústia em ter que encarar as filas do Sistema Único de Saúde.

Dessa maneira, a alteração do prenome nos documentos de identificação e gênero, é viável para resguardar a privacidade, a intimidade, a personalidade, a saúde mental do indivíduo que já padece em ver-se enclausurado em um corpo que não condiz com a sua

realidade mental.

É certo que a ordem constitucional em vigor veda a discriminação e preza pela solidariedade e igualdade (artigos 3º e 5º da CF), e sendo a igualdade um dos mandamentos do Estado Social e Democrático de Direito, tratar de maneira desigual aqueles que enfrentam as filas do SUS para igualá-los com os demais que podem pagar a cirurgia particular, é concretizar os valores esculpidos na Carta de 1.988.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir que o ser humano está em constante evolução e por isso mesmo é tão importante o contexto histórico a fim de entender as necessidades da época, que acarretaram a consagração e observância dos direitos basilares do indivíduo.

A observância dos valores de primeira dimensão até os dias atuais fizeram identificar uma gama de direitos fundamentais que necessitam da devida proteção e que ao longo da história foram sendo tutelados e positivados.

A identificação desses direitos posicionou o homem individual no centro e a prestação negativa do Estado como uma garantia ao indivíduo.

Passa-se então a ter o homem como centro da positivação e observância dos valores que lhe são inatos, erigindo a dignidade da pessoa humana como basilar de toda a ordem constitucional e infraconstitucional.

Diante desse novo olhar o indivíduo, busca-se tutelar todas as suas particularidades e individualidades, para que assim a plenitude e garantia de um patamar mínimo de direitos seja respeitados e aplicados aos homem, valorizando a sua individualidade.

Assim, os direitos do transexual são resguardados, diante de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico vigente, culminando com a devida observância da necessidade de além de garantir a possibilidade de mudança de sexo também assegurar-lhes a identificação adequada do prenome e gênero nos documentos de identificação.

A Constituição Federal assumiu um grande papel supremo na sociedade, ficando acima de todos os poderes e, a lei com o dever de observar os seus comandos. É necessário um instrumento eficaz para a realização das disposições nela inseridas e atribuir ao judiciário um papel de relevância social na medida em que está aplicando os comandos constitucionais e não se sobressaindo aos demais poderes.

Diante dessa nova perspectiva, garantir aqueles que não possuem condições econômicas de efetivar a correção cirúrgica do sexo e que simplesmente por isso necessitam enfrentar longas filas de espera no Sistema Único de Saúde é garantir antes de tudo a plenitude da sua dignidade.

Adiantar a mudança de prenome e gênero no documento de identificação correspondente a assegurar ao transexual os direitos fundamentais da personalidade, garantia da imagem, privacidade e intimidade, é a devida observância do comendo constitucional de maneira plena e eficaz.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

DIMOLIUS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 1: teoria geral do direito civil.** 19. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Alexandre Miceli Alcântara de. **Direito de autodeterminação sexual: dignidade, liberdade, felicidade e tolerância.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. rev. atual. e ampl.; 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

CRÍTICAS CONTEMPORÂNEAS À EDUCAÇÃO JURÍDICA BRASILEIRA.

Giovana ZANINELLI[1052]

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de realizar uma reflexão acerca da preocupação com a formação pedagógica dos atores do ensino do direito no Brasil como ferramenta efetiva para a formação de profissionais conscientes de seus direitos e deveres constitucionais e propagadores da cidadania. O principal objetivo não é apresentar uma solução fechada para as questões atinentes à problemática que envolve o tema, mas sim proporcionar a discussão e o debate de um assunto que não é muito valorizado na pratica docente cotidiana. Para tanto, foi realizado um levantamento bibliográfico em obras que abordam o tema de modo crítico, para possibilitar a compreensão da relevância e complexidade. Especificamente, visa demonstrar os malefícios que uma formação deficiente, abordada de forma banalizada e generalizada pode provocar na sociedade e nos rumos do ensino do direito na atualidade. O importante é colocar o tema em discussão a fim de evitar as constantes violações e distorções advindas de profissionais com formação pedagógica deficitária.

PALAVRAS-CHAVE: Ensino Jurídico. Constituição Federal. Formação pedagógica. Cidadania. Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

This paper aims to make a reflection concerning the pedagogical formation of the authors of law schools in Brazil as an effective tool for training professionals aware of their constitutional rights and duties of citizenship and propagators. The main objective is not to present a closed solution to questions concerning the problems involved in the topic, but rather to provide discussion and debate of a subject that is not highly valued in everyday teaching practice. To this end, we conducted a bibliographic survey that addresses critically, to enable understanding of the relevance and complexity. Specifically, it aims to demonstrate the harm that a poor training approached trivialized and widespread cause in society and in

[1052] Mestranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP, área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito. Advogada. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina UEL (2011-2012). Aluna especial do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina UEL (1º semestre 2012). Especialista em Ministério Público no Estado de Direito pela UNOPAR Universidade Norte do Paraná/ Fundação Escola do Ministério Público FEMPAR (2010-2011). Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Contábeis e Administrativas de Rolândia - FACCAR (2009). Graduada em Turismo com ênfase em hotelaria pela Universidade Norte do Paraná UNOPAR (2005).

the course of teaching law nowadays. The important thing is to put the topic under consideration in order to avoid the constant violations and distortions from professionals with educational deficit.

KEYWORDS: Legal Education. Federal Constitution. Pedagogical formation. Citizenship. Democratic State of Law.

INTRODUÇÃO

A atual expansão dos estabelecimentos de ensino jurídico no Brasil e a numerosa quantidade de bacharéis em direito que não conseguem a sua aprovação no exame da Ordem dos Advogados do Brasil, conduz inevitavelmente a uma indagação acerca da qualidade do ensino prestada.

Antigamente, os raros cursos de direito no Brasil eram destinados somente à elite e pouquíssimas pessoas tinham o privilégio de poder frequentar uma instituição de ensino superior. A atual expansão da oferta de cursos pode ser vista sob o aspecto positivo desde que o ensino oferecido pelas instituições represente um aprendizado de qualidade.

Independente da classe social, da escolaridade, da ocupação ou papel social que exerça na sociedade, os indivíduos em situações cotidianas se deparam com situações ligadas ao direito. A própria vida em sociedade, com toda a sua complexidade principalmente no que tange as relações interpessoais e comportamentais, faz com que o direito faça parte da vida de todos, motivo pelo qual há um grande interesse pelo assunto e procura pelos cursos de direito e consequente expansão da oferta.

O problema é que essa expansão da oferta de cursos de direito no Brasil, não pode estar justificada apenas por interesses econômicos, deve haver sim, a preocupação das instituições em formar cidadãos, conscientes de direitos e garantias assegurados pela Constituição Federal, que saibam exercer seu verdadeiro papel na sociedade. Isso é romper com a “opacidade do direito”, assunto que será mais bem abordado em ocasião oportuna neste artigo.

A sociedade leiga, o senso comum e alguns profissionais dos meios de comunicação que não conhecem as regras contidas na Constituição Federal e legislação infraconstitucional.

Motivo pelo qual, fazem não raras vezes, julgamentos e interpretações errôneas de situações em determinadas ocasiões que podem surtir resultados nefastos.

Afinal de constas, o que é ser aluno? O que é ser professor? Um bom professor precisa ter vocação, gostar daquilo que faz e despertar interesse pela busca do aprendizado. Aquele que não se atualiza, não possui preocupação pedagógica com a aprendizagem e que somente exerce o papel social de professor, como "bico", como complementação da renda, compromete o aprendizado do aluno.

Muitos professores e instituições de ensino são acusados pelos alunos de serem responsáveis pela falta de insucesso na aprovação do exame de ordem e por outro lado, os alunos são acusados pelos professores pela falta de comprometimento com os estudos, o que gera um grande "jogo de empurra-empurra" sem fim. Entretanto, sendo que a base do problema deve ser investigada e certamente pode estar relacionada com a estrutura pedagógica e metodologia do ensino.

É uma situação delicada, mas o cuidado com a forma de propagação do conhecimento, como uma forma de respeito aos alunos faz parte de um agir de modo ético e responsável, com propriedade e conhecimento específico por parte de quem transmite a informação.

Os princípios basilares da sociedade atual estão resguardados pela Constituição Federal de 1988. O direito à educação conforme está disposto no artigo 205 é "direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

A educação é pressuposto para o exercício da cidadania. Deve ser ressaltado o papel fundamental dos professores de direito no processo de formação de cidadãos conscientes, com a mente aberta ao debate, a novos horizontes, desprovidos de preconceitos, com vasto conhecimento interdisciplinar, além de sólido e embasado conhecimento das matérias dos ramos saber jurídico.

1. O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

As instituições de ensino superior devem se preocupar em formar pensadores, pessoas capazes de transformar a sua realidade e não se conformar com aquilo que foi

previamente estabelecido e apresentado como verdade absoluta. Entretanto, pode ser constado que há professores que por não ter preparo adequando entende um questionamento como um desafio, como uma afronta e acaba por adotar um comportamento que não propicie ambientes propícios ao debate a reflexão. Neste sentido:

> Não há sinais ainda de que o ensino do direito, sobretudo no Brasil, esteja realmente apto, ou disposto, a realizar tal espécie de revisão metodológica. Mas a crise do direito e de sua metodologia são tão evidentes que, à margem do ensino oficial, tem surgido movimentos de cunho prático-teórico, sobretudo no campo da aplicação judicial do direito, que agrupam juristas di visão crítica, dispostos a impulsionar tanto a revisão do paradigma representado pela legalidade positiva quanto da correspondente metodologia lógico formal (MACHADO, 2009, p. 50).

As ciências jurídicas estão sempre em busca de acompanhar as transformações de uma sociedade em constante mudança e tal problemática é potencializada por um ensino jurídico antiquado e inadequado, o qual se manteve associado ao conceito tradicional de aprendizagem em que tinha o professor como sábia autoridade, dono da verdade e o aluno como mero aprendiz, que não precisava pensar e sim absorver tudo o conteúdo da exata maneira que para ele era apresentado (SILVA, 2012, p. 304).

A expansão da oferta de cursos jurídicos no Brasil, principalmente na seara privada deve representar a possibilidade de mais pessoas terem acesso ao ensino superior, motivo pelo qual deve ser primado pela qualidade dos profissionais egressos e não pelo lucro. Neste sentido:

> Ao lado disso, os anseios incutidos no sistema do ensino jurídico em produzir “agentes” direcionados ao mercado de trabalho cerceiam as possibilidades de valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, despejando operadores do direito tal como se fossem máquinas etiquetadas no mercado – os egressos - com limitações quanto à postura reflexiva e insensíveis à realidade que os ladeia (TOLEDO, 2012, p. 328).

O papel hermenêutico das ciências jurídicas é importante para vivências práticas, principalmente pelo fato desse discurso jurídico influenciar decisões, optar por valores, formular interpretações, extrair argumentos que apontem para o aperfeiçoamento e modificação de textos jurídicos normativos ou não normativos. “Da construção do sentido jurídico participa toda a prática textual científica, pela só faculdade que possui de influenciar a formação de novos sentidos, e, por conseguinte, de novos textos jurídicos.” (BITTAR, 2011, p.98). Neste sentido:

> A universidade contemporânea, pública ou privada tem o compromisso maior de agir com ética, em tempo integral, promovendo o ensino, pesquisa, extensão e pós-graduação calcados nas mais nobres e melhores concepções éticas, se desejarem alcançar êxito em seus propósitos, do contrário estarão, em curto prazo de tempo, desmerecidas e bem por isso excluídas do grande universo dos canais transmissores do conhecimento (FERREIRA, 2003/2004, p.177).

Após realizar uma breve reflexão, pode ser constatado que o problema não está na aplicação do exame da Ordem dos Advogados do Brasil para aquele bacharel em direito que queira exercer a advocacia. Tal exame somente evidencia que há de algo errado com o ensino jurídico no Brasil, o qual em sua grande maioria deixa de incentivar ou não incentiva de modo suficiente o aluno a buscar conhecimentos aprofundados, a pesquisar, a participar de eventos e projetos que propiciem intercâmbio de conhecimento, etc.

2. IMPORTÂNCIA DA FORMAÇÃO PEDAGÓGICA

No item denominado “ensino jurídico no Brasil”, foi abordado a respeito do preparo adequado dos professores para exercer a função de docente em uma instituição de ensino. Mas, afinal de contas, o que é ser professor? Aliás, o que é ser um bom professor?

Um bom professor precisa ter vocação, gostar daquilo que faz. Aquele que não se atualiza que somente exerce o papel social de professor, como “bico”, como complementação

da renda, não consegue despertar no aluno interesse e comprometimento com o aprendizado e pela busca do conhecimento. Neste sentido:

> Ensinar é muito mais do que repassar, transmitir, tornar conhecido, fazer ficar sabendo algo, mostrar coisas, indicar, treinar, adestrar. Ensinar implica uma grande responsabilidade por parte de quem ensina, porque envolve um complexo de saberes e atitudes que o aluno vai assimilando dia a dia e guardando em sua bagagem de conhecimentos. O aluno aprende muito mais do que os conteúdos propostos pelo professor. Um gesto, um comentário, uma crítica, uma atitude, ou seja, qualquer ato praticado ou palavra dita pelo professor tem significados que podem marcar para sempre os alunos, seja em seu caráter seja em posturas que adotará durante sua vida (MACHADO, 2007, p.120).

O conhecimento não é estático e não pode ser comparado a uma mercadoria adquirida. O conhecimento é um processo dinâmico, que passa por constantes transformações e precisa ser trabalhado e alimentado constantemente (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2009, p.10).

Os professores de profissão não são meros ventríloquos que aplicam conhecimentos produzidos por outros. São na verdade, atores, sujeitos do conhecimento, no sentido forte do termo, isto é, a partir dos conceitos iniciais utiliza de seu saber próprio para construir novos significados que inspiram a construção do aprendizado e do raciocínio. (TARDIF, 2010, p. 229-230).

Por sua vez, mesmo que o professor tenha um grande domínio do assunto adquirido pela experiência a aula não pode ser feita sem planejamento, de forma aleatória e espontânea, pois toda intervenção pedagógica exige preparo e cuidadoso planejamento prévio (SEVERINO, 2008, p. 17).

Para lecionar, não basta somente ser um profissional bem sucedido na área jurídica que recebeu um convite para ministrar aulas por causa de seu destaque profissional ou para atrair prestígio e alunos para a instituição. A carreira acadêmica requer muito mais. Não basta ser professor por hobby ou como forma de complementar o orçamento. Para ser um bom professor deve haver um vasto conhecimento interdisciplinar, preocupação com a

aprendizagem, conhecimentos pedagógicos para preparar uma aula com introdução, começo meio e fim e revisão.

De acordo com os ensinamentos de Negri, (2008, p.8), a intencionalidade pedagógica se refere a organização e planejamento das aulas de forma a proporcionar de modo consciente o efeito desejado e produtivo no processo de aprendizagem do aluno. Não é um mero ritual de organização de conteúdo, mas sim, uma postura ética, franca, elucidativa perante aos alunos. Como formador de opiniões que é, o professor que executa as suas aulas com intencionalidade pedagógica é capaz de transformar a realidade do aluno, seja ela qual for. Neste sentido:

> Tendo bem presentes as finalidades do ensino superior, aos professores universitários se impõe o compromisso com um investimento sistemático no planejamento de suas disciplinas, na qualificação de sua interação pedagógica com seus alunos e numa concepção do ensino e da aprendizagem como processo de construção do conhecimento bem como num cuidado especial com a avaliação (SEVERINO, 2008, p.14).

Silva (2012, p. 310), faz uma interessante sugestão de dinâmica para ser realizada em sala de aula: ao invés de apresentar a pretensa tese a respeito de determinado assunto como a mais correta, estimular a formação de grupos para apresentarem teses diferentes e propiciar debates. Tal prática pode inclusive servir de estímulo para o aluno formular ideias e defender a sua “tese” perante os outros, tecer comentários acerca de possíveis falhas no ordenamento jurídico, o aluno deve perceber que suas ideias não devem ser descartadas, desconsideradas ou menosprezadas, também como forma de fomento à pesquisa.

Deve haver muita cautela, com as armadilhas do conhecimento, pois as verdades a respeito dos fatos, das ideias, da realidade, podem não ser absolutas. O que hoje é tido como verdade absoluta, amanhã pode não mais ser. Cuidado com os dogmas que a sociedade aceita e não questiona, é para isso que serve a reflexão e o debate (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2009, p.10-13).

A aula planejada e executada de forma consciente e inteligente facilita o aprendizado dos conteúdos e diminui as barreiras entre professores e alunos que se formam no contexto de ensinar e aprender (NEGRI, 2008, p. 9). Neste sentido:

> É urgente que as instituições de ensino do Direito criem serviços de apoio pedagógico aos professores e que estes recebam um treinamento e/ou capacitação docente para que iniciem a atividade com mais segurança e tranquilidade. Este serviço deveria fazer o acompanhamento dos professores iniciantes por certo tempo para auxiliá-los em suas dificuldades, bem como funcionar permanentemente como auxiliar das direções em questões pedagógicas (MACHADO, 2007, p.164)

Por sua vez, a atividade de ensinar e aprender está intimamente vinculada nesse processo de construção do conhecimento, pois ele é a implementação de uma equação de acordo com a qual educar (ensinar e aprender) significa conhecer; e conhecer, por sua vez, significa construir o objeto; mas construir o objeto significa pesquisar (SEVERINO, 2007, p.25).

Com o ingresso no curso superior, deve haver por parte de professores e alunos uma mudança na forma de condução do processo de ensino e aprendizagem, a qual "precisa ser intencionalmente assumida e efetivamente praticada, sob pena de comprometer o processo fazendo-o perder a sua consistência e eficácia" (SEVERINO, 2007, p.22).

Diante do exposto, fica evidente a necessidade de aperfeiçoamento contínuo a ser realizado pela pesquisa e pela extensão, a qual faz com que a universidade exerça sua função de transformar a sociedade, e apara isso, tanto professores como alunos tem que estar engajados no processo de formação e construção do conhecimento e aprendizado.

3. ENSINO JURÍDICO E MUDANÇA SOCIAL – CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Historicamente, segundo a tradição ocidental, o ensino superir visa atingir alguns objetivos, sendo que o principal deles é formar cidadãos conscientes de sua existência histórica, pessoal e social, não somente no âmbito da sociedade ao redor, mas de toda a humanidade. Isso ocorre por meio de uma série de ações pedagógicas e na interação educacional que se espera que ocorra no espaço universitário, como contribuição para o aprimoramento do ser humano para o convívio em sociedade, por intermédio da prestação de

serviços e desenvolvimento da comunidade na qual a universidade é situada (SEVERINO, 2007, p. 22).

Diante do comando invisível direcionado pelo mercado interno e externo das universidades, há uma grande preocupação a respeito de saber qual o tipo de profissional que as instituições de ensino pretendem formar: cientistas do direito ou meros operadores do direito reprodutores do comando emanado da massificação? “Nesse contexto, os acadêmicos compõem um todo desprovido de postura crítica e reflexiva para com a ciência do direito, totalmente alheios ao compromisso com a ciência humana e a efetividade dos direitos fundamentais” (TOLEDO, 2012, p.328).

O compromisso da educação e da universidade é justamente a construção de uma sociedade cidadã, pautada pelos indicadores da democracia e fundamentos de solidariedade que devem coexistir entre os homens. Faz parte da dignidade da pessoa humana, compartilhar bens naturais, sociais e culturais. O ideal é que nenhum ser humano seja reprimido nas suas relações sociais, tolhido em sua sociabilidade ou alienado no usufruto de bens simbólicos na vivência cultural. É para isso que são desenvolvidos no âmbito das universidades projetos de pesquisa e extensão (SEVERINO, 2007, p.23).

O ensino jurídico a ser realizado em um Estado Democrático de Direito, deve abranger uma formação acadêmica que priorize a concretização de direitos fundamentais. A modernidade clama do operador do direito a busca pela busca da efetivação dos valores e a inclusão de grupos excluídos do debate político, acadêmico e social (TOLEDO, 2012, p.329).

Uma sugestão para a solução do problema da formação profissional deficiente é sem sombra de dúvidas, a aproximação do ensino jurídico com a realidade social, para a obtenção de formação teórica e prática, que evidencie as infinitas inquietudes dos fenômenos sociais, bem como as contradições e mazelas da sociedade global (TOLEDO, 2012, p.330).

O conhecimento dos direitos inseridos no texto constitucional gera aos cidadãos expectativas de que o Estado cumpra com o seu papel, por outro lado, o conhecimento dos deveres transforma os cidadãos pessoas mais conscientes e participativas. É lamentável, mas talvez seja por isso a falta de interesse de inserção de projeto que levem mais informação para a população.

Na introdução foi mencionado a respeito da opacidade do direito, deste modo, o direito é opaco e sem e brilho quando existe não consegue atingir os fins a que se destina.

“Caberia acrescentar que nem todos podem compreender o discurso do direito e dele se apropriar. Para muitos, hoje talvez a maioria, o direito é um discurso opaco, crítico e, com isso, distante e indisponível” (CÁRCOVA, 1998, p. 59). Neste sentido:

A igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, uma confrontação que em breve se transformou num vasto campo de análise sociológica e de inovação social centrado na questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e extratos sociais (SANTOS, 1986, p. 16).

O desconhecimento do direito afeta a sociedade geral, sobretudo, quando o grau de vulnerabilidade social e cultural for maior. É interessante destacar que segundo ao autor, o que não se semeia de equidade social, se colhe em rebelião e violência (CÁRCOVA, 1998, p. 35). Neste sentido:

> Não se trata mais de discutir sobre esta *fictio júris*, que, como tantas outras, parecem fazer parte do discurso do direito. Trata-se de afirmar que nossas sociedades estão em condições de mobilizar uma imensa massa de recursos não só financeiros, mas também humanos organizacionais e tecnológicos para divulgar para toda a população noções mínimas e fundamentais de direitos básicos e garantias. E que isso, sem dúvida produziria um salto qualitativo em matéria de políticas de igualização. Ser ou não ser isto prioridade ético-política de governos de Estado, é outro problema (CÁRCOVA, 1998, p. 35).

Compete ao Estado promover meios para que os direitos e garantias inseridos no texto Constitucional deixem de ser uma mera utopia. O conhecimento representa o rompimento do mundo das trevas em busca da luz, da redução das desigualdades, para uma sociedade, mais livre, justa e solidária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos pontos levantados, ficou evidente a necessidade daqueles que têm o papel ensinar de pautar as suas ações a fim de agir de modo responsável.

Ficam pontos a serem observados e a reflexão acerca da necessidade de propagação do conhecimento em especial o do direito, que seja feito com conhecimento e propriedade para atingir seu verdadeiro fim que é ser fonte de libertação, informação, reflexão e não mero ranço tendencioso.

Há necessidade de educação e conscientização da população no sentido de serem implementados projetos que levem noções de cidadania, para o âmbito escolar, e cartilhas para esclarecimento da população. Os alunos do curso de direito seriam ótimos representantes para desempenhar este papel.

A educação, fonte do conhecimento é a única solução para acabar com a ignorância, preconceito, intolerância e reduzir as desigualdades e fazer da sociedade atual um lugar mais justo e solidário.

A fim de instruir a população e provocar a discussão sobre o assunto, os temas correlatos ao direito devem ser abordados com maior propriedade, e não se pode descartar a viabilidade do ensino do direito no ensino médio, para a concretização efetiva da cidadania, pois somente com uma formação consciente é que a população poderá refletir melhor sobre a realidade que a cerca e deixar de ser simples propagadora de ideias transmitidas pelos meios de comunicação.

Outra questão a ser considerada é o investimento em projetos de preparação e capacitação pedagógica dos professores. Há grandes profissionais do direito que possuem um notável conhecimento jurídico, entretanto, isto não significa que eles consigam transmitir conhecimentos de forma adequada e ministrem suas aulas pautados em ações didáticas de intencionalidade pedagógica.

Atualmente pode se chegar a uma triste constatação que os alunos não possuem total domínio e conhecimento do emprego correto e adequado da língua portuguesa. O pior de tudo é sair o bacharel em direito de uma instituição de ensino superior, de um curso como o direito que possui a linguagem como principal ferramenta de trabalho, ainda sem saber escrever de modo correto. Uma solução para esse apontamento seria o aumento da carga horária destinada ao ensino do vernáculo.

A educação no Brasil ainda tem um longo caminho de lutas e transformações a percorrer. Diante do velho e conhecido espetáculo do pão e circo, é sabido que nunca foi

prioridade dos governantes investir em conhecimento para a população, pois só a educação liberta e uma população livre e consciente de seus direitos é mais difícil de ser enganada.

BIBLIOGRAFIA

BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÁRCOVA, Carlos, Maria. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser.A inteligência ética das metodologias jurídicas. **Revista de Direito Público**, Londrina, v.7/8, n.?, p. 165-178, 2003/2004. Disponível em: < http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/issue/view/738>. Acesso em: 17/07/2013.

MACHADO, Ana Maria Ortiz. Ensino jurídico: aprender para ensinar, ensinar para aprender. **Direito e justiça**, Porto Alegre, v.33, n.2, p. 119-170, 2007. Disponível em:< http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/2913/2203>. Acesso em: 19/07/2013.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino Jurídico e mudança social**. 2. ed. São Paulo: Expressão popular, 2009.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Sevilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEGRI, Paulo Sérgio. **Comunicação didática**: a intencionalidade pedagógica como estratégia de ensino: Módulo I. Londrina: Labted, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista crítica de ciências sociais**, Coimbra, v.21, p. 11-37, 1986. Disponível em: < http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Introducao_a_sociologia_da_adm_justica_RCCS21.PDF>. Acesso em: 15/07/2013.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Ensino e pesquisa na docência universitária: caminhos para a integração**. Caderno de pedagogia universitária USP, v. 3. São Paulo, 2008.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Hélcio José. Por um ensino jurídico inclusivo: em diálogo com o pluralismo das realidades sociais. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, v. 16, p. 303-314, 2012. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/225/224>. Acesso em: 15/07/2013.

TARDIF, Maurice. **Saberes docentes e formação profissional**. 11. ed. São Paulo: Vozes, 2010.

TOLEDO, Claudia Mansani Queda de. Breves considerações sobre a crise no ensino jurídico, suas relações com o Estado democrático de direito e o substâncialismo. **Revista Argumenta**, Jacarezinho, v. 16, p. 327-335, 2012. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/227/226>. Acesso em: 15/07/2013.

A SISTEMATIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE SUAS CRESCENTES VIOLAÇÕES POR MEIO DO USO DA INTERNET

Guilherme Barros Martins de SOUZA[1053]

Marcelo Agamenon Goes de SOUZA[1054]

RESUMO

Terá o presente artigo, a função de demonstrar os problemas advindos com o avanço tecnológico da Internet em rota de colisão junto ao direito à intimidade de seus respectivos usuários. Demonstrando assim que a Internet tornou-se um espaço extremamente amplo de modo que carece de uma proteção quanto aos direitos de seus usuários, que depositam inúmeros dados pessoais nestas redes. Sendo também objeto do presente estudo a sistematização dos direitos fundamentais, que encontram-se positivados em nossa Carta Maior, que visam estabelecer direitos,deveres e garantias entre os cidadãos, bem como o direito à intimidade que muitas vezes é violado decorrente das práticas destas condutas acima descritas, e ainda trataremos do direito a informação. Será também objeto de análise a criação e o funcionamento da Internet, bem como suas funções e os principais serviços oferecidos aos seus usuários. Tratando-se ainda dos delitos oriundos dos meios informáticos classificados estes como crimes virtuais próprios e impróprios. Abordando assim, a problemática existente entre a percepção e o respeito ao direito à intimidade e, inevitavelmente, a presença cada vez mais constante, das novas tecnologias na época em que nos encontramos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à intimidade. Direitos e garantias fundamentais. Vida Privada e Intimidade. Internet. Crimes virtuais.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se inicia, tratando da uma mera exposição acerca dos direitos e garantias fundamentais, que se encontram positivados em nossa Constituição Federal de 1988.

[1053] Acadêmico do 7º Termo do Curso de Direito da Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente - SP
[2] Professor Orientador e docente do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. marceloagamenon@unitoledo.br

Em seguida, passa a relatar sobre o direito à intimidade, um dos temas centrais do presente trabalho, que se trata de uma garantia de ordem constitucional à vida privada de todo cidadão, conforme o disposto no artigo 5º X, da Constituição Federal Brasileira.

Na sequência, a pesquisa irá tratar da evolução histórica da internet bem como o seu completo e amplo funcionamento. Levando em consideração, que inevitavelmente a Internet está presente de modo constante em nossas vidas, o que leva diretamente ao choque entre direitos pertencentes aos seus usuários, tendo como base que todo cidadão possui à sua vida privada, intima e que deseja profundamente que esta jamais seja violada ou extirpada por terceiros.

Diante da necessidade e da importância do uso praticamente diário dos meios eletrônicos, entendemos assim pela Internet, pessoas estão usualmente tendo seus direitos violados, mais precisamente seu direito à intimidade, devido também a exposição de suas vidas na internet, o que muitas vezes ocorre sem o consentimento de seus titulares.

E por fim, será feito uma breve exposição acerca da responsabilidade civil do autor da lesão, bem como a dificuldade de se chegar a autoria do delito, e também será analisada a responsabilidade do fornecedor do acesso à Internet.

Enfim, em linhas gerais, serão estes os principais tópicos e assuntos a serem tratados no respectivo trabalho.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Conceito

Em linhas gerais, direitos e garantias fundamentais seriam os direitos indispensáveis para que toda e qualquer pessoa possa vir a viver dignamente.

Direitos e garantias fundamentais possuem como finalidade primária o estabelecimento de direitos, garantias e deveres perante os cidadãos, sistematizando assim noções que servem como base para a regularização de todo aspecto social, político e histórico da vida em sociedade. Possuindo também a finalidade de resguardar a dignidade da pessoa humana em qualquer que sejam as suas dimensões.

O ordenamento jurídico brasileiro utiliza-se da expressão "direitos fundamentais", conforme disposto em nossa Carta Maior. Entretanto, Luiz Alberto David Araujo[1055] que trata do tema emprega diferentes denominações, tais como: direitos humanos, liberdades assecuratórias, liberdades publicas**.**

Mas a doutrina, partidária em sua maioria do pensamento de Luiz Alberto David Araujo (2003, p.86)[1056] e Paulo Bonavides (2003, p.?)[1057], têm por entendimento predominante, que a expressão "direitos fundamentais" é a mais adequada para o tratamento destas garantias.

Não podendo deixar de ser citada, a conceituação dada por Alexandre de Moraes (1997, p.39)[1058] acerca do tema:

> Os direitos fundamentais têm por finalidade básica, o repeito à dignidade do ser humano, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas e desenvolvimento da personalidade humana.

Deste modo, entende-se por direitos e garantias fundamentais, regras básicas atinentes a toda sociedade que almeje uma harmonia entre seus singulares, estabelecendo assim direitos e deveres que devem ser respeitados a qualquer custo.

Por fim, é de suma importância estabelecer a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, haja vista que encontra certa diferenciação na doutrina.

Direito fundamental, são aqueles direitos que encontram-se positivado, ou seja, estão devidamente previsto em lei de forma imperativa.

Já os direitos humanos, são os direitos de ordem subjetiva, ou seja, aqueles que valem por si só, não possuindo previsão legal, mas que existem no consciente de todo ser humano, mais precisamente como uma regra moral.

[1055] Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David de. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva. p.39. 2003.
[1056] Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David de. In. Ob. Cit. p.39. 2013.
[1057] Cf. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28 ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2003.
[1058] Cf. MORAES, Alexandre de. Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 1 ed.São Paulo.1997

1.2 ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os primeiros indícios de que surgiram mecanismos para a proteção individual deram-se no Egito e na Mesopotâmia, baseados no Código de Hamurabi, sendo assim o primeiro indicio da positivação destes direitos, quais sejam: direito à vida, dignidade, propriedade, prevalecendo estes frente aos governantes da época, o que foi um tremendo avanço.

Neste período nasce a filosofia, que muito contribuiu para a positivação destes direitos, haja vista que substitui o saber mitológico pelo saber lógico da razão assim, passa o homem a ser objeto de reflexão, estabelecendo-se assim os primeiros princípios e diretrizes fundamentais de toda vida em sociedade.

O processo de positivação dos direitos humanos deu-se ainda na Idade Média, mais precisamente com a Magna Carta de 1215, que foi criada com a finalidade de acabar com os poderes ilimitados tanto dos reis quanto do papado, cessando-se assim os inúmeros conflitos existentes na época, sendo esta a primeira fonte das chamadas Declarações de Direitos Fundamentais, que com o passar dos anos, foi deixando de ser apenas reivindicações políticas e tornaram-se normas jurídicas em razão de sua constitucionalização.

Com o fim da segunda grande guerra em 1945, já no ano de 1948 surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, com a finalidade de combater as atrocidades praticas naquela, contra a dignidade da pessoa humana.

Diante de todo o exposto contata-se a dificuldade de se estabelecer um marco inicial aos Direitos Fundamentais, diante disso se faz por necessário a descrição dos pensamentos de Norberto Bobbio (1992, p.?)[1059]:

> Os direitos humanos positivados não derivam do estado de natureza, o qual foi utilizado apenas como argumento para justificar racionalmente determinadas exigências do homem. Segundo ele, o real surgimento de alguns direitos deriva das lutas e movimentos travados pelos homens cujas razões devem ser buscadas na realidade social da época, e não no estado de natureza, pois este revela a hipótese abstrata de um estado simples, primitivo, onde o homem vive com poucos

[1059] Cf. BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 4ª ed. Rio de Janeiro. Campus. 1992.

carecimentos essenciais, oposto ao mundo de onde derivou toda a gama de Direitos Fundamentais que hoje conhecemos.

Conclui-se, portanto, que dizer que houve um marco inicial e especifico para a criação dos Direitos Fundamentais não é tarefa fácil, haja vista uma de suas principais características, a imutabilidade.

Mas, o marco mais aceito pelos historiadores do tema, trata-se de seu surgimento na Idade Média, com o cristianismo, haja vista que esta doutrina apontava a igualdade do homem a Deus, sendo este um dos primeiros esboços da concessão de direitos aos cidadãos da referida época.

1.3 DIREITO À INTIMIDADE

1. 3.1 Conceito

O direito a intimidade configura-se um direito fundamental, ao qual confere ao individuo enquanto cidadão, o direito de se resguardar de ações praticadas por terceiros contra a sua pessoa, mais precisamente resguardando sua esfera intima e privada.

Trata-se de um direito que possui significativas características de mutabilidade, visto que encontra-se sempre em constantes modificações, levando-se e em conta os aspectos históricos e sociais aos quais esta sujeitos.

Há certa complexidade em determinar o que vem a ser "intimidade", pois para que seja feita uma relevante definição, deve-se levar em conta o lugar, a época, bem como os valores sociais, morais e políticos de cada período.

Diante disto, verifica-se que a intimidade possui um caráter no que tange ao seu conteúdo muito amplo e extremamente variável, pois emprega certa dificuldade para que seja determinado com precisão.

Nesse sentido são os ensinamentos, encaixa-se perfeitamente a definição de Tércio Sampaio Ferraz, dizendo que não há um conceito absoluto que preceitue o direito à intimidade.

A intimidade trata-se, portanto, de um direito de personalidade, que por consequência possui características de irrenunciabilidade, sendo assim nenhum individuo pode abrir mão em detrimento de seu direito, devendo assim resguardá-lo no seu mais profundo ímpeto. Pois a publicidade inevitavelmente supera a intimidade.

1.3.2 Garantia Constitucional

O direito à intimidade foi promovido à garantia de ordem constitucional, visando assim à proteção do maior bem que qualquer pessoa pode possuir a vida. De modo que se protege a vida pessoal de todo e qualquer individuo, que só poderá ser revelada ou divulgada com a devida permissão deste.

O direito à intimidade encontra-se descrito no artigo 5º, X da Constituição Federal:

> Art.5º: .....
>
> X- São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Sendo assim, toda vez que alguém tiver sua intimidade extirpada ou divulgada, terá o devido direito à indenização pelo dano sofrido, tanto no âmbito moral, quanto no material.

O direito à intimidade está entre os direitos humanos de ordem fundamental, positivados na Constituição Federal, denominados de “cláusulas pétreas". E devido a isso, não se admite, de maneira alguma, que este direito sofra qualquer medida extintiva ou modificativa.

1.3.3 Intimidade e vida privada

Tanto o direito à intimidade, quando o direito à vida privada são tutelados pela Constituição Federal, sendo assim ambos guardam entre si grande vinculação.

Contudo, mesmo que seus conceitos se confundam, possuem características distintas, que podem ser objeto de diferenciação. Tais diferenças residem no fato de que a intimidade reside em um caráter mais interno, ou seja, um círculo mais restrito, diferente do direito à vida.

Para melhor entendimento do tema, faz-se por necessário a citação de Tércio Sampaio Ferraz (1992, p. 449) [1060]:

> A intimidade é o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social, nem mesmo ao alcance da sua vida privada que, por mais isolada que seja, é sempre um viver entre os outros (na família, no trabalho, no lazer comum). Não há um conceito absoluto de intimidade, embora se possa dizer que o seu atributo básico é o estar só, não exclui o segredo e a autonomia. Nestes termos, é possível identificá-la: o diário íntimo, o segredo sob juramento, as próprias convicções, as situações indevassáveis de pudor pessoal, o segredo íntimo cuja mínima publicidade constrange.

Sendo assim, pode-se entender que o direito à intimidade caracteriza-se pela esfera mais íntima de proteção à pessoa, tais como seus pensamentos, seus desejos e suas emoções.

Dizendo respeito ao modo de ser da pessoa, à sua identidade, sendo uma conceituação mais estrita da vida privada. Sendo o mais interior da pessoa, abrangendo um âmbito mais limitado, ligada a uma acepção estrita, à zona espiritual da pessoa.

Já a vida privada ou a privacidade, caracteriza-se pelo caráter mais amplo do que a intimidade, ou seja, tudo o que não transparece para a esfera pública, sendo as ligações com os indivíduos de caráter mais próximos, entende-se por relações familiares ou pessoas de contato diário.

Ou seja, a privacidade encontra-se resguardada por um caráter de maior abrangência subjetiva, de modo que o individuo estende os aspectos pessoas de sua vida para determinado grupo de pessoas, grupo o qual se encontra no convívio social da pessoa.

Faz-se de maneira oportuna a exposição do pensamento do doutrinador Tércio Sampaio Ferraz acerca do tema (1992, p. 450)[1061]:

[1060] Cf. FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, p. 449. 1992.

> A vida privada pode envolver, pois, situações de opção pessoal (como a escolha do regime de bens no casamento), mas que, em certos momentos, podem requerer a comunicação a terceiros (na aquisição, por exemplo, de um imóvel). Por aí ela difere da intimidade, que não experimenta esta forma de repercussão.

Conclui-se, portanto, que de fato só a própria pessoa, pode pelo seu respectivo comportamento estabelecer o âmbito e o limite de sua intimidade, entende-se assim o seu sentido mais estrito.

Por fim, a vida privada manifesta-se para o exterior, estando mais exposta e regida por regras e costumes de convivência social.

1.4 DIREITO À INFORMAÇÃO E À INTERNET

Assegurado pela constituição federal, o Direito à informação encontra-se previsto no art. 5º, inciso XXXIII, onde diz:

> XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Conforme o exposto acima, vivemos em uma sociedade, onde perdura a máxima de que, informação é poder. Deste modo, configura-se que a informação passa a ser um meio de formação de ideia e interpretação de pensamentos e também possibilitando a difusão de noticias, de acontecimentos, possuindo assim importância fundamental na sociedade atual.

A problemática reside quando tratamos de dados pessoais, que são exigidos pelo Estado para um efetivo controle da maquina estatal, que na maioria das vezes são dados

---

[1061] Cf. FERRAZ, Tércio Sampaio. In. Ob. Cit. p. 450. 1992.

atinentes à vida pessoal dos cidadãos. Com o passar do tempo, foi adotado pelo Estado a digitalização destes dados pessoais, ou seja, foram todos armazenados nos bancos de dados do governo, o chamado tratamento automatizado da informação pessoal.

Deste modo, a intimidade das pessoas possui maior vulnerabilidade, vez que se encontra livremente disponível da Internet, e em certas mídias sociais.

O direito de informação encontra-se pautado em 03 (três) vertentes básicas, quais são: o Direito de informar, o Direito de ser informado e o Direito de se informar.

O direito de informar consiste na liberdade de transmissão das informações, ou seja, certos meios que tem como finalidade transmitir qualquer tipo de informação.

O direito de se informar possui como escopo o direito que todo e qualquer cidadão possui de receber as informações que pretende.

E por fim, o direito de ser informado surge no momento em que alguém possui um dever de informar, como podemos verificar nos órgãos públicos tal dever.

Em um mundo contemporâneo, onde as informações encontram-se basicamente situadas nos meios eletrônicos, o exercício do direito à informação, deve ser realizado por meios de pesquisas eletrônicas na rede, para que isto não configure uma violação da privacidade ou de eventual sigilo que possua a respectiva informação.

Alguns dados, como o sigilo fiscal, bancário, telefônico e até mesmo prontuários médicos, possuem caráter sigiloso, devendo assim ser respeitados sob pena de invasão à privacidade e exposição da vida privadas de algumas pessoas.

Conclui-se, portanto, que direito à informação é direito que todo e qualquer cidadão possui, de poder consultar eventuais informações albergadas na Internet, pois na maioria das vezes tais informações possuem caráter publico, haja vista que encontram-se em um meio extremamente difundido e público.

Em suma, todos os cidadãos pertencentes a um Estado democrático de direito, possuem o direito de se informar de eventuais dados necessários pertencentes a outros cidadãos, mas sempre levando-se em conta que certos limites devem ser respeitados, para que não ocorra a deturpação deste direito.

2. A INTERNET

2.1 A história da internet

A internet surgiu a partir de pesquisas militares nos períodos pertencentes à Guerra Fria, em uma época em que qualquer inovação deste caráter poderia ser decisiva para a batalha em que encontravam-se União Soviética e Estados Unidos da America.

Deste modo, o governo dos Estados unidos temia que suas bases militares fossem atacadas e assim, com este ataque suas informações de caráter extremamente sigiloso poderiam vir a tona. Devido a isso, havia a necessidade de se criar um mecanismo que difundisse, espalhasse estas informações, para que não fossem encontradas todas juntas em eventuais ataques militares.

Dessa forma, criou-se uma rede denominada de ARPANET, que funcionava a partir de um sistema de codificação ou de chaveamento, onde as informações transmitidas eram armazenadas em pacotes distintos, podendo ainda ser conectada a redes de outros países.

Na prática, o ataque temido jamais ocorreu, mas tudo isso contribuiu para o surgimento do maior fenômeno midiático no século 20, que conseguiu atingir cerca de 50 milhões de pessoas no mundo.

No Brasil, a internet surgiu a partir do ano de 1987, onde realizou-se uma reunião entre Governo e a EMBRATEL, com o objetivo de criar-se uma rede que possibilitasse a interação entra a comunidade cientifica e acadêmica do Brasil com outros países, com o fim de compartilhar informações.

No ano de 1988, o Laboratório Nacional de Computação Cientifica conseguiu se conectar a Universidade de Maryland, de modo que possibilitou-se a troca de mensagens entre estas instituições.

Por fim, no ano de 1955 realizou-se a primeira transmissão de longe distancia entre os estados brasileiros e após isto, foi liberada a operação comercial no Brasil, permitindo assim ao setor privado os acessos à internet para fins de exploração comercial no Brasil.

Assim sendo, a internet ganhou vida em nosso dia a dia, e cada vez tornando-se mais presente como ferramenta de trabalho, informações, comunicações e entretenimento.

2.2 Uma breve abordagem acerca do funcionamento da internet

Entender o que é e como funciona a Internet faz-se por imprescindível para que seja feito qualquer desenvolvimento de um trabalho atinente a proteção jurídica necessária de um direito nesta seara no caso, o direito à intimidade.

A internet não é apenas uma rede de computadores interligados, mas sim uma rede em caráter mundial de computadores, que se comunicam através de protocolos TCP/IP (Transmission Control Protocol / Internet Protocol)

Segundo Marcelo Cardoso Pereira (2006, p. 38)[1062]*:*

> A internet é uma rede de computadores formada por milhões de outras redes, e tendo em vista que tanto os computadores como as redes comunicam-se obedecendo a determinados protocolos, é necessário por que não dizer obrigatório, que façamos uma aproximação aos protocolos mais importantes que permitem o funcionamento técnico da Rede (TCP/IP, HTTP,WWW,HTML)

O protocolo TCP/IP consiste basicamente em um programa que fragmenta em partes uma mensagem enviada de um computador para outro, par que possa ser transferida pela Rede, até seu destino. O protocolo TCP então é o responsável de organizar, transportar, fragmentar e supervisionar as informações através da internet e ainda, se algo se perde durante este processo, ele será o encarregado de proceder o reenvio da parte que se perdeu.

Já o protocolo IP, se diferencia do endereço IP, um dos mais conhecidos assuntos na internet, que consiste em toda vez que firmamos um contrato de acesso com a Rede, surge um numero que passará a ser o nosso endereço na de Rede, nosso endereço IP, possuindo assim cada maquina seu numero de identificação, que jamais será igual a qualquer outro número.

O protocolo IP, por sua vez, possui a função de estabelecer os endereços de origem e de destino de cada uma das partes, pois o protocolo TCP não sabe a qual computador enviar as informações desejadas.

[1062] Cf. PEREIRA, Marcelo Cardoso. Direito à intimidade na Internet. 1 ed. Curitiba. Editora: Juruá. p.38. 2006.

O protocoo HTTP consiste basicamente na transferência de informações entre o usuário e o servidor de internet, e vice-versa. Quando inserimos uma URL (meio de se localizar servidores existentes na internet) em nosso servidor, este se encarrega de enviar o respectivo pedido ao servidor web, solicitando alguma informação que encontra-se depositada na Rede, que no final resultara na pagina da web conhecida por todos os usuários da internet.

2.3 ALGUNS SERVIÇOS OFERECIDOS PELA INTERNET

2.3.1 World wide web (www)

O surgimento da World Wide Web, ocorreu no ano de 1992, mais precisamente no mês de janeiro deste mesmo ano, através do chamado FPT anônimo, programa este necessário para ao acesso a web, sendo os navegadores padrões, conhecidos por todos atualmente.

A partir deste momento, a WWW encontrava-se disponível para qualquer pessoa acessá-la.

Atualmente, o prenome WWW é de conhecimento notório, constituindo-se basicamente na união de dois fatores imprescindíveis, quais sejam: o hipertexto e internet, sendo considerada pelo estudioso Berners-Lee, a ferramenta mais importante de toda a Rede mundial de computadores.

Marcelo Cardoso Pereira explica sucintamente o funcionamento básico da internet (web) (2006, p. 53)[1063]:

> O protocolo HTTP, o qual, já se sabe, trata-se do protocolo de comunicação utilizado no âmbito da web. Assim, o que o navegador foi, com base em um endereço da Internet (um URL, como dito anteriormente), solicitar ao servidor web uma determinada informação, arquivo, enfim, uma pagina web. Gravadas ao protocolo HTTP, a solicitação é enviada desde um computador a um determinado servidor web, que, em seguida, e uma vez que seja um endereço URL valido, enviará a informação solicitada até o browser, o qual será responsável de ler as instruções HTML e apresentar na tela do computador a copia da pagina web que fora solicitada inicialmente.

[1063] Cf. PEREIRA, Marcelo Cardoso. In. Ob. Cit p. 53. 2006.

Sendo assim, pode-se afirmar que a web é uma tecnologia que nos permite acesso a documentos de hipertexto, para que possa ser recuperada informações nos servidores web.

Deste modo, está devidamente evidenciado que a WWW, com o devido auxilio dos navegadores, permite aos usuários de internet acessar os documentos desejados, conhecidos como páginas na web.

Por fim, cabe ainda ressaltar que há a possibilidade de haver violação ao direito dos usuários, mais especificadamente o direito à intimidade na própria Web, que será objeto de estudo seguinte.

2.4 Por que a internet oferece perigo para a intimidade de seus usuários

Atualmente, a internet passou a figurar como um dos principais meios, senão o principal meio de interação entre pessoas. Alem disso, possui característica de ferramenta essencial em nossas vidas, pois, é por meio dela que realizamos buscas do que desejamos, nos relacionamos, trabalhamos, efetuamos pagamentos, ou seja, quase tudo é realizado na seara virtual.

Marcelo Cardoso Pereira (2006, p. 146)[1064] nos explica bem os "rastros" e informações que deixamos depositadas na Rede, que pode acarretar para nós inúmeros prejuízos, conforme segue:

> A maioria dos serviços disponíveis na internet centra-se no modelo cliente/servidor (envio de solicitações e recebimento de respostas). Isso resulta que "mover-se" pela Rede signifique interação. Quando um usuário se conecta à Internet e começa a " locomover-se " por ela, vai deixando muitos " rastros" (dados e informações, de caráter pessoal ou não) por onde passa (paginas web, mailing, list, grupo de NEWS etc.).

[1064] Cf. PEREIRA, Marcelo Cardoso. In. Ob. Cit p. 164.2006.

Partindo desta premissa, constata-se que não somente o usuário pode consultar dados e informações de seu interesse, mas também, outros internaturas também podem ter acesso a seus dados e informações.

Há de se ressaltar ainda, que há outro fator que evidencia o caráter de vulnerabilidade da Internet, facilitando assim atentados e o furto de informações e dados pessoais confidenciais, são os chamados bugs, que acabam por facilitar o acesso de pessoas de má-fé a dados pessoais de terceiros para fins delitivos.

Deste modo, os usuários da Rede são alvos fáceis de manipulações, furtos de dados pessoais para utilização em fins ilícitos e ainda passiveis de discriminações seja de ordem social, cultural ou religiosa, de modo que fica muito difícil impedir que tais ataques sejam realizados.

Dessa forma, todo e qualquer usuário que se conecte a Internet, mediante computador privativo, se transformará em uma potencial vítima de abusos na seara de sua intimidade.

Faz-se por necessário destacar, que conforme há uma maior incidência da tecnológica e também uma dependência direta desta para que seja possível a realização de atividades diárias, conseqüentemente este espaço se torna um ambiente muito atrativo para o cometimento de crimes.

No mais das vezes, estas condutas são obras arquitetadas pelos denominados *hackers* que se utilizam o meio informático como ferramenta essencial do delito, que são conhecidos como os crimes próprios de informática. Ou ainda, o meio informático é utilizado de maneira aleatória, ou seja, poderia ser qualquer outro meio para a prática da conduta criminosa, todavia, o meio escolhido foi o informático.

Em seguida, serão citados algumas das praticas mais comuns no que tange aos crimes próprios advindo do meio informático, são eles: Acesso não autorizado; obtenção e transferência ilegal de dados, dano informático, disseminação de vírus; divulgação ou utilização indevida de informações; embaraçamento ao funcionamento de sistemas e interceptação ilegal de dados.

Além dos crimes digitais próprios, existem também os delitos do meio informático denominados de impróprios, são eles: Ameaça; participação em suicídio; incitação e apologia ao crime; falsa identidade e falsidade ideológica; violação de direitos autorais; pornografia

infantil; crimes contra a honra. Estes são alguns dos delitos impróprios, praticados através do meio informático, o que nada impede que estes mesmos delitos sejam praticados por outros meios que não o digital. Sendo estes os delitos que já se encontram tipificados penalmente em nosso ordenamento jurídico, mas que são praticados por meio do auxilio da tecnologia da informática.

CONCLUSÃO

Como constatado no presente trabalho, a Internet chegou em nossas vidas como um objeto de grande valia e de extrema necessidade dos dias de hoje, contudo, trouxe consigo grande problemas.

Um de seus maiores problemas reside na ideia no anonimato e do caráter de impunidade tendo em vista dos causadores de delitos por meio da Internet. Haja vista o livre acesso as redes de internet e a facilidade da prática de crimes oriundos de meios digitais.

Outra problemática oriunda do crescente desenvolvimento dos meios digitais reside-se na ideia de apurar a responsabilidade penal em casos pontuais. Verificando assim, seus sujeitos ativos, que são denominados de Hackers, devendo ser analisada o caráter da responsabilidade em tela, seja ela objetiva ou subjetiva.

É de extrema relevância, ponderarmos aqui que o direito à intimidade ao passo de que colida com a Internet, ou similares, deverá sempre prevalecer, levando-se em conta ainda a tutela concedida à vida privada e intima de todo e qualquer cidadão, sendo que esta jamais poderá ser extirpada, sob nenhum aspecto.

Por fim, constatamos que o direito caminha a passos curtos, enquanto que os meios de comunicações e interações sociais caminham a passos longos, sendo assim nem sempre teremos a devida proteção para eventuais práticas delituosas praticas a partir destes meios.

Por todo o exposto, fica evidente e necessária inovação legislativa, como já vem sendo feita, no sentido de ao menos tentar-se inibir ou coibir eventuais condutas criminosas, resguardando-se assim os direitos acima citados e que muitas vezes carecem da devida proteção jurídica.

Não há dúvida que com o advento da Lei nº 12.737/12, houve um significativo avanço no sentido da tipificação de delitos praticados com o auxilio de meios de informática,

tendo a presente lei a função de tipificar como condutas criminosas as ações de invasões de dispositivos informáticos sem prévia autorização do invadido; interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informações de utilidade pública e a falsificação de cartões de crédito.

Contudo, há de se ressaltar a extrema necessidade de novas leis que passem a tipificar condutas delituosas atinentes aos meios informáticos, devendo o direito acompanhar as mudanças sociais a que estamos sujeitos e, deste modo, que seja possível a positivação destas ações, com o objetivo de resguardar os direitos fundamentais de todos os cidadãos.

BIBLIOGRAFIA

PEREIRA, Marcelo Cardoso. Direito à intimidade na Internet. 1ª ed : Juruá Editora. São Paulo.2006.

ANDRADE, Allan Diego Mendes Melo. O direito à intimidade e à vida privada em face das novas tecnologias da informação. Disponível em (http://www.faete.edu.br/revista/ODIREITOAINTIMIDADE_E_%20A_VIDA_PRIVADA_EM_FACEDASNOVASTECNOLOGIASDAINFORMACAO-Allan%20Diego.pdf).
Acessado em 15 de março de 2013.

CONSTITUIÇÃO, da República Federativa do Brasil de 1988.

PARENTE, André. Tramas da rede: novas dimensões filosóficas, estéticas e políticas da comunicação. Porto Alegre: Sulina. 2004.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo. 1992.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1992.

MORAES, Alexandre de. Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 1 ed. São Paulo.1997.

ARAUJO, Luiz Alberto David de. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 28ª ed. São Paulo: Editora Malheiros.2012.

NOGUEIRA, Sandro D'amato. Crimes de Informática. 1ª ed. São Paulo : Editora BH. 2008.

DANO MORAL E A UTILIZAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

Vitor Mizuno COTES[1065]

Guilherme Prado Bohac de HARO[1066]

RESUMO

O Direito é ciência que não para de evoluir, sendo utilizado como importante instrumento da democracia para impedir que os homens cometam, aos olhos de seu povo, injustiças capazes de causar mal-estar social. O estudo do dano moral ilustra bem a necessidade da sofisticação jurídica em regular as nossas relações, cada vez mais complexas. Desde a sua origem, em que debatia-se a indenizabilidade de um dano paralelo ao dano material, até os dias de hoje, em que é pacífica a tentativa de amenizar, ao máximo, o dano sofrido, através de pagamento em dinheiro, o dano moral tem-se mostrado pronto para dar um passo adiante: a possibilidade de, preenchidos certos requisitos e o estudo sério do caso em questão, condenar o transgressor a pagar uma indenização de natureza punitiva, uma vez que desrespeitou direitos importantes de um cidadão ou de toda uma coletividade visando apenas o lucro ou benefício pessoal. Esta teoria, comum em sistemas de *commom law*, pode ser utilizada no Brasil, sendo necessário traçar os seus devidos contornos para que alcancemos um ponto de equilíbrio.

PALAVRAS-CHAVE: Dano moral. *Punitive damages.* Indenização. Sistemas de *commom law* e *civil law*. Aplicação no Brasil.

INTRODUÇÃO

O presente estudo se destina a inspirar os aplicadores do Direito a buscar atenuar ao máximo os danos sofridos em diversas situações a quais estamos sujeitos, uma vez que, em muitos casos, é impossível se retornar ao *status quo ante*.

[1065] O autor é advogado e pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil nas Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente.

[1066] Advogado e Professor. Atualmente é Professor de Direito Econômico e Empresarial das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Advogado integrante do "Rufino Campos Advogados Associados". Dá aulas em Cursos Preparatórios para Concursos. Experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico e Empresarial. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestrando em Direito Negocial perante a Universidade Estadual de Londrina, na Área de Concentração de "Direito Empresarial". *E-mail*: guilherme.pbh@hotmail.com.

A indenização do dano moral nem sempre foi tema pacífico. Os defensores da sua irreparabilidade, dentre os vários argumentos, alegavam que não seria possível compensar a dor com dinheiro. Por outro lado, os favoráveis à ideia de indenização, em resposta, também contra os vários argumentos, alegavam que, mesmo que a dor não seja compensada com dinheiro, tal bem lesado deve ser respeitado, devendo haver certa atenuação da dor sofrida através do dinheiro, ademais, pior seria deixar a vítima indene.

Com a necessidade de se adequar às pretensões sociais, evoluir o Direito e torná-lo apto a acompanhar as ânsias sociais por uma justiça moderna, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, nos anos 1970, que "o dano moral é indenizável, tanto quanto o dano patrimonial".[1067]

A surpreendente decisão para a época se deu em vigência do Código Civil de 1916, em que muitos negavam a indenização por dano moral, tendo em vista ser a interpretação dominante.

A Constituição de 1988 extinguiu a celeuma, elevando a reparabilidade dos danos morais em direito individual, estatuindo, em seu artigo 5º, inciso V, que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"; e, no inciso X, que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Extirpando qualquer dúvida sobre sua cumulatividade, especialmente no que tange à utilização da conjunção *ou* no inciso X supra, o Superior Tribunal de Justiça consolidou a Súmula 37, em que "são cumuláveis as indenizações por dano moral e material oriundos do mesmo fato".

1 DANO MORAL

1.1 Considerações Gerais

Superadas as discussões acerca da indenizabilidade do dano moral, independentemente do dano material provocado, seu conceito se alarga e possibilita uma concepção mais ampla no que tange à sua reparação.

[1067] TJRS, 2.ª Câmara, 29.09.1976, *RJTJRS* 64/198; 1.ª Câmara, 02.05.1978, *RJTJRS* 72/309.

Atento a esta realidade, Andrade demonstra as dificuldades encontradas em reparar os danos morais:

> Na maioria das vezes, impõe-se reconhecer que o dano moral não comporta a reparação *in natura*, de modo que a resposta jurídica para essa modalidade de dano vem, usualmente, sob a forma de indenização em dinheiro. De modo geral, é impossível a recomposição ou reparação, ainda que parcial, do bem personalíssimo lesado, como no caso de dano à vida, de lesão grave consistente na perda de um membro ou de um sentido, da injúria real e de outras tantas situações, para as quais resta apenas o sucedâneo da indenização pecuniária. Mesmo em se tratando de danos em relação aos quais é teoricamente cogitável a reparação *in natura*, muitas vezes a repercussão concreta do dano pode tornar inócua essa forma de reparação. Assim, por exemplo, certos casos de ofensa à honra por meio da imprensa podem ganhar uma proporção tão grande que nenhum desmentido posterior será capaz de reduzir os danos sofridos. Resta, assim, a indenização pecuniária como a única resposta do ordenamento jurídico ao dano moral.[1068]

É justamente por não comportar reparação *in natura* que o Direito deve se ocupar em atenuar, ao máximo, os danos morais sofridos, pois não são facilmente esquecidos, superados ou consertados como os danos materiais. É fácil perceber tal distinção, utilizando-se dos seguintes exemplos: quando sofremos uma batida de carro, a oficina mecânica é capaz de restaurá-lo exatamente ao seu estado anterior e a vítima do acidente, apesar do transtorno gerado, irá superar facilmente o ocorrido, uma vez que há a consciência de que trata-se de um evento comum em nossa sociedade. Consertado o automóvel e resolvida a situação, haverá uma mera lembrança, razão da qual dificilmente o aborrecimento ressurgirá.

Entretanto, a morte de um filho por uma falha de segurança trivial num parque de diversões ou a troca de medicamentos em um hospital, dificilmente será superada pela família, mesmo que em razão disso seja-lhe paga uma quantia considerável em dinheiro a título de danos morais. O aborrecimento, a angústia, o luto e a tristeza farão parte do íntimo dos pais por toda a vida.

[1068] ANDRADE, André Gustado de. *Dano Moral & Indenização Punitiva: Os Punitive Damages da Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 144.

Sendo assim, é fácil perceber a problemática imposta: enquanto os danos materiais exigem simples operação matemática, em que somam-se os valores necessários para a reparação do dano e eventual pagamento de alguns dias de trabalho perdido, os danos morais enfrentam uma série de fatores próprios da natureza humana.

Levando em consideração esse complexo, Cahali assim coloca o dano moral:

> Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.[1069]

É exigível do julgador uma alta carga de sensibilidade para a análise de cada caso concreto, em que devem ser considerados vários fatores que possam resultar numa quantificação justa e equilibrada.

É importante lembrar que nem todas as pessoas sentem a dor na mesma intensidade. Algumas pessoas, por sua própria natureza, são mais frias e apáticas, por outro lado, outras, por serem mais sentimentais, acabam se expressando de maneira mais intensa.

Porém, é necessário clarificar que o julgador não pode levar em consideração, quando da quantificação monetária do dano, somente a dor externada. Até mesmo porque isto pode gerar um desequilíbrio perante aqueles que guardam a dor para si ou tem dificuldades em expressar seus sentimentos.

Em se tratando de direitos indisponíveis violados, mister se faz a sua reparação, medida encontrada pela lei em prestigiar aqueles direitos que impõe uma obrigação a todos: respeitá-los.

[1069] CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 20.

O Brasil viveu uma enxurrada de ações indenizatórias por danos morais, onde na maioria dos casos, pediam-se quantias absurdas para reparar direitos timidamente violados, com efeitos microscópicos.

Esta avalanche de ações foi resultado do novo entendimento vislumbrado e aceito em nossas leis e doutrinas acerca da distinção entre dano material e moral.

E então, com a mediocridade de tratamento conferido ao instituto do dano moral num primeiro momento, em que se concedia muito, tornou-se, ao longo do tempo, teoria utópica, onde agora não se concede nada, dada sua trivialidade.

E é nesse sentido o entendimento em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> Vivemos período marcado por aquilo que se pode denominar banalização do dano moral. Notícias divulgadas pela mídia, muitas vezes com estardalhaço, a respeito de ressarcimentos milionários por alegado dano moral, concedidos por juízes no país e no exterior, acabam por influenciar as pessoas, que acabam por crer na possibilidade de virem a receber polpudas indenizações por aquilo que, a rigor, menos que dano moral, não constitui simples aborrecimento.[1070]

Mas é claro que nem tudo é simples aborrecimento, e violações graves aos direitos básicos do cidadão devem ser devidamente punidas, através de quantia suficiente a recompor ao máximo os danos sofridos.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul esboça as situações em que poderíamos discutir a indenização por danos morais, vejamos.

> Somente fatos e acontecimentos capazes de abalar o equilíbrio psicológico do indivíduo são considerados para a indenização por dano moral, sob pena de banalizar o instituto, atribuindo reparação a meros incômodos do cotidiano.[1071]

[1070] 1ª Câmara do TJSP, Apelação 101.697-4/0-00, rel. Elliot Akel. Também 7ª Câmara do TJSP, 01.10.2008, JTJ 332/453

[1071] 5ª Câmara do TJRS, 19.03.2008, *RJTJRS* 268/163.

A preocupação do Tribunal é importante, no sentido de não tornar o Poder Judiciário numa “indústria” ou “loteria” em que muitos se aproveitariam de quaisquer situações para tentar ganhar algum dinheiro, realidade a qual, diante da cultura de nosso povo, deve ser combatida, sob pena de se instaurar um verdadeiro caos jurídico.

Mas há um certo contrassenso na ideia do Tribunal gaúcho, mesmo que o sujeito não se importe em ter sua honra ou integridade física violadas, por se tratar, por exemplo, de masoquista, o ordenamento jurídico não dispensa proteção a tais direitos, e irá reprimir os exageros.

Também é importante dizer que o dano moral é devido mesmo para aqueles incapazes de sentir dor no sentido material, seja em razão de sua idade, doença ou incapacidade de discernimento. Uma vez violados os direitos da personalidade, exigível será a reparação do dano, conforme veremos a seguir.

Dispensável, portanto, a análise sobre apenas um aspecto do dano moral, qual seja o abalo psicológico no indivíduo. É preciso considerar o dano em sua complexidade, em todas as suas feições e detalhes.

1.2 Violação aos Direitos da Personalidade

Com a evolução das ciências jurídicas, os direitos da personalidade foram aos poucos ganhando proteção e reconhecimento pela doutrina e ordenamento jurídico. Gonçalves assim conceitua os direitos da personalidade:

> A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os *direitos da personalidade*, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o

direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra.[1072]

Sua importância é percebida desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que dispõe, logo no preâmbulo, que os representantes do povo francês,

> [...] resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres...[1073]

Mais adiante, em seu artigo 4º, há preocupação em assegurar a liberdade:

> A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.[1074]

A Declaração Universal dos Direitos Humanos reafirmou a necessidade de proteção aos direitos da personalidade, dispondo em seu artigo III: "Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal."[1075]

[1072] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. 9ª ed. p. 183.
[1073] MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso: em 06 de jun. 2013.
[1074] MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso: em 06 de jun. 2013.
[1075] CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – RIO DE JANEIRO. Disponível em: http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf> Acesso: em 06 de jun. 2013.

Além do já citado artigo 5º, inciso X, de nossa Constituição Federal, o Código Civil traz regras que visam à proteção dos direitos da personalidade, temos como exemplos os artigos 12, 17, 20 e 21:

> Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.
>
> Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.
>
> Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.
>
> Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.
>
> Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

O rol de direitos da personalidade previsto nos artigos 11 a 21 do Código Civil é meramente exemplificativo, uma vez que não é possível listar um número correto de direitos inerentes à pessoa humana.

Sendo assim, está pacificado o entendimento de que é necessário resguardar tais direitos, tendo em vista compor aspectos importantes da vida humana. O Estado, portanto, deve prestigiar a defesa de tais direitos, especialmente quando há relação entre a pessoa e a sociedade.

Para que o Estado efetive tal proteção, certas medidas devem ser tomadas. A reparabilidade dos danos materiais e morais foi um meio encontrado para que, havendo

violação, o julgador, que representa o Estado, decida, com base no devido processo legal, qual dos cidadãos merece receber o ressarcimento dos danos.

Entretanto, o dinamismo das relações comerciais e sociais não se satisfaz com a mera reparação ou atenuação dos danos causados. É preciso mais. É preciso criar medidas que criem no ofensor o desestímulo de praticar condutas ilícitas e desrespeitosas, para que prevaleça a boa-fé em todos os segmentos da sociedade.

Para tanto, a teoria dos *punitive damages* se mostra interessante medida capaz de conceder ao Poder Judiciário a possibilidade de demonstrar que o Brasil é um país sério e que não admite condutas que, sabidamente violadoras de direitos básicos do cidadão, continuam sendo praticadas, tendo em vista somente o lucro.

2 A TEORIA DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Podemos conceituar a teoria dos *punitive damages* como uma indenização concedida à vítima, paralela aos danos materias e morais, com a finalidade de criar no ofensor a consciência de que não são admissíveis condutas que visem lucro ou benefícios em detrimento de direitos dos cidadãos.

O caso que envolveu o pagamento de *punitive damages* pela primeira vez no sistema do *commom law* data de 1763, no julgamento de *Wilkes v. Wood*.

O litígio consistia no fato de que a publicação nº 45 do jornal *The North Briton* continha artigo anônimo com críticas ao rei George III. Em 30 de abril daquele ano, o subsecretário de Estado Robert Wood, vários mensageiros do rei e um policial entraram na casa do Sr. Wilkes com um mandado genérico, o qual autorizava a prisão dos suspeitos sem identificá-los. O Sr. Wood deu ordens no sentido de quebrar as fechaduras e apreender papéis do Sr. Wilkes, o qual sofreu sérios danos.

O sargento Glynn, advogado do Sr. Wilkes sustentou: "Terá sido em vão nossa casa ter sido declarada, pela lei, nosso asilo e proteção, se é passível de ser invadida, sob qualquer motivo fútil ou sem nenhum pretexto, por um secretário de Estado."[1076]

[1076] *Wilkes v. Wood* – Lofft 1, 98 ER 489. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&sqi=2&ved=0CEQQFjAD&url=http%3A%2F%2Flawweb.usc.edu%2Fusers%2Fdklerman%2Fsecure%2Fdocuments%2FWilkesvWoodLofft1.doc&ei=jiu3UZ_bCorY8gTEtIGQBQ&usg=AFQjCNGwYALJl-

. Perceba a importância conferida à residência dos cidadãos, como um lugar em que deve ser respeitada a intimidade e privacidade, ideia que se repete em nossa Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XI, o qual aduz que "A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

Em seguida, comentou sobre a ilegalidade de um mandado genérico, em que não há individualização da pessoa nem os supostos crimes cometidos que justificariam tal medida. "Que a lei nunca admite um mandado de busca genérico. Que na França, ou Espanha, mesmo na própria Inquisição, eles nunca delegaram um poder infinito de busca, e que nenhum magistrado é capaz de delegar tal poder."[1077]

Mais uma vez houve violação aos direitos de intimidade e privacidade, além do ato ter sido considerado abusivo e ditatorial. Em nosso Código de Processo Civil, a busca e apreensão exige um formalismo jurídico e coerência com nossos direitos positivados, como podemos observar nos artigos 840 e 841.

> Art. 840. Na petição inicial exporá o requerente as razões justificativas da medida e da ciência de estar a pessoa ou a coisa no lugar designado.
>
> Art. 841. A justificação prévia far-se-á em segredo de justiça, se for indispensável. Provado quanto baste o alegado, expedir-se-á o mandado que conterá:
>
> I - a indicação da casa ou do lugar em que deve efetuar-se a diligência;
>
> II - a descrição da pessoa ou da coisa procurada e o destino a Ihe dar;
>
> III - a assinatura do juiz, de quem emanar a ordem.

XdvojNQVj0Nfn06q71lA&sig2=LJw1rHYLipc0biquiNpgdw&bvm=bv.47534661,d.eWU&cad=rja> Acesso: em 11 de jun. 2013.
No original: *"In vain has our house been declared, by the law, our asylum and defence, if it is capable of being entered, upon any frivolous or no pretence at all, by a Secretary of State."*

[1077] *Ibidem.* No original: *"That the law never admits of a general search-warrant. That in France, or Spain, even in the Inquisition itself, they never delegate an infinite power to search, and that no magistrate is capable of delegating any such power."*

Em decorrência de tais abusos, Glynn requisitou ao magistrado uma alta quantia referente a "danos exemplares", pois seria uma maneira de evitar novas situações semelhantes.

> Que seu ressentimento contra tais procedimentos devem ser expressos em uma generosa e exemplar indenização; que uma indenização insignificante não poderia pôr um fim em tais procedimentos os quais claramente surgem, quando considerariam as pessoas participantes na presente acusação, pessoas as quais, por seu dever e ofício, deveriam ter sido as protetoras da constituição, ao invés de suas violadoras.[1078]

Ao final, o júri entendeu que a soma de £1000 (mil libras) deveria ser paga a título de indenização exemplar, uma quantia considerada alta para a época.

Foi assim, na Inglaterra do século XVIII, que vislumbramos a atenção e vigilância de direitos básicos do ser humano, tais como a privacidade, intimidade, honra, respeito ao devido processo legal e o direito de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado.

E por serem tão importantes, a violação de tais direitos deve ser severamente repreendida, de modo a não permitir, no futuro, condutas semelhantes que visem a dissolvê-los.

2.1 Responsabilidade em Indenização Punitiva

Com a finalidade de evitar decisões díspares em processos contendo pedidos de indenização punitiva, norteando magistrados quanto ao seu cabimento, a Conferência Nacional dos Comissários de Leis Estaduais Uniformes publicou, em 1996, o Ato Modelo de Indenização Punitiva.

Sendo assim, enumerou as seguintes situações:

[1078] *Ibidem*. No original: *"That their resentment against such proceedings was to be expressed by large and exemplary damages; that trifling damages could put no stop at alf to such proceedings which would plainly appear, when they would consider the persons concerned in the present prosecution, persons, who by their duty and office should have been the protectors of the constitution, instead of the violators of it."*

(a) O julgador de fato pode adjudicar indenização punitiva contra um réu se:

(1) o réu foi considerado responsável por um prejuízo legalmente reconhecido que suporta uma sentença de indenização punitiva sob a lei deste Estado;

(2) o querelante estabeleceu por evidência clara e convincente que o réu maliciosamente pretendia causar prejuízo ou conscientemente e em flagrante desrespeito aos direitos ou interesses de outros causar o prejuízo; e

(3) uma sentença é necessária para punir o réu pela conduta ou detê-lo de conduta similiar nas mesmas circunstâncias.[1079]

O Ato deixa claro que não visa criar situações de responsabilidade além daquelas já previstas nas legislações de cada Estado, visando apenas estabelecer requisitos para um ajuste fino da lei a qual prevê indenização punitiva.

Requer também que o réu tenha agido de maneira consciente e ignorando direitos de outrem. Esta norma se aplica se o réu sabia que o prejuízo seria causado ou que teria uma grande probabilidade de resultado. Também há aplicação se o réu quer prejudicar outra pessoa, mas sob as circunstâncias reconhece que as chances de ocorrerem são muito remotas.

Por último, o parágrafo terceiro indica que é o julgador de fato quem deve decidir, caso não haja base legal em sentido contrário, de acordo com sua concepção, se a indenização punitiva atingiria seu objetivo de punir e desencorajar atos semelhantes.

Vencida a etapa de conceder ou não a indenização punitiva, é necessário atentar para a próxima fase, não menos complexa: a quantificação dos danos.

Nesta mesma linha, o Ato Modelo se preocupa em estabelecer parâmetros para se chegar num valor razoável.

[1079] MODEL PUNITIVE DAMAGES ACT – National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. p. 11. Disponível em: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/punitive%20damages/mpda_final_96.pdf> Acesso em: 28.06.2013. No original: *"(a) The trier of fact may award punitive damages against a defendant if: (1) the defendant has been found liable for a legally recognized injury which supports an award of punitive damages under the law of this State; (2) the plaintiff has established by clear and convincing evidence that the defendant maliciously intended to cause the injury or consciously and flagrantly disregarded the rights or interests of others in causing the injury; and (3) an award is necessary to punish the defendant for the conduct or to deter the defendant from similar conduct in like circumstances."*

(a) Se um réu for responsabilizado em indenização punitiva, uma quantia justa e razoável deve ser concedida para os fins estabelecidos na Seção 5(a)(3). O tribunal deverá instruir o júri em determinar o que constitui uma quantia justa e razoável em indenização punitiva a considerar qualquer evidência que tenha sido admitida em relação aos seguintes fatores:

(1) a natureza da conduta ilegal do réu e seu efeito sobre o reclamante e outros;

(2) a quantidade de danos compensatórios;

(3) quaisquer multas, penalidades, danos ou restituições pagas ou a serem pagas pelo réu decorrente da conduta ilícita;

(4) a condição financeira presente e futura do réu e os efeitos de uma sentença em cada condição;

(5) quaisquer lucros ou ganhos, obtidos pelo réu através da conduta ilícita, em excesso daquilo que provavelmente seria privado por esta e quaisquer outras ações contra o réu por indenização punitiva ou restituição;

(6) qualquer efeito adverso da sentença em pessoas inocentes;

(7) quaisquer medidas corretivas tomadas ou não pelo réu desde a conduta ilícita;

(8) cumprimento ou descumprimento de qualquer norma aplicável promulgada por uma agência governamental ou outra agência geralmente reconhecida ou organização cuja função seja estabelecer normas; e

(9) quaisquer outros fatores agravantes ou atenuantes relevantes à quantia da sentença.[1080]

[1080] *Ibidem*. p. 18. No original: *"(a) If a defendant is found liable for punitive damages, a fair and reasonable amount of damages may be awarded for the purposes stated in Section 5(a)(3). The court shall instruct the jury in determining what constitutes a fair and reasonable amount of punitive damages to consider any evidence that has been admitted regarding the following factors: (1) the nature of defendant's wrongful conduct and its effect on the claimant and others; (2) the amount of compensatory damages; (3) any fines, penalties, damages, or restitution paid or to be paid by the defendant arising from the wrongful conduct; (4) the defendant's present and future financial condition and the effect of an award on each condition; (5) any profit or gain, obtained by the defendant through the wrongful conduct, in excess of that likely to be divested by this and any other actions against the defendant for compensatory damages or restitution; (6) any adverse effect of the award on innocent persons; (7) any remedial measures taken or not taken by the defendant since the wrongful conduct; (8) compliance or noncompliance with any applicable standard promulgated by a governmental or other generally recognized agency or organization whose function it is to establish standards; and (9) any other aggravating or mitigating factors relevant to the amount of the award."*

Toda esta prudência visa individualizar cada sentença atendendo às circunstâncias únicas de cada caso concreto, em que devem ser analisados fatores importantes para se chegar a um valor justo e equilibrado, que atenda à finalidade e objetivo da punição para o réu, não sendo demasiadamente excessiva nem insignificante, com a observância de não criar no autor a sensação de que seu direito não foi respeitado, devido à parca quantia indenizada ou, que o valor recebido, por ser alto demais, crie uma "indústrira da indenização".

O Direito, assim como a vida, exige que lutemos para alcançar um ponto de equilíbrio, tarefa árdua que demanda do magistrado, além de um vasto conhecimento jurídico, paciência e empatia ao ter em mãos casos que demandem não só indenização punitiva, mas ressarcimentos por danos materiais e morais. Somente assim a sociedade irá se satisfazer e aplaudir a função exercida pelo juiz.

CONCLUSÃO

O dano moral foi importante conquista introduzida em nosso ordenamento jurídico, mas ainda é preciso desenhar seus contornos para que sua teoria se concretize e efetive, protegendo os bens jurídicos para os quais fora criada.

Para tanto, é preciso enxergar cada caso concreto como singular e conferir-lhe um tratamento próprio, passando o magistrado por diversas etapas até poder quantificar montante justo e imparcial.

São válidas as lições que visam orientar os julgadores acerca das consequências dos danos causados, fazendo-o enxergar tanto as mudanças no estado fático da vida da vítima, quanto na do transgressor.

Mas além de certa pacificação quanto à necessidade de se reparar os danos morais e materiais, a sociedade brasileira exige, diante de sucessivos desrespeitos aos direitos de seus cidadãos com a mera finalidade de obter lucros cada vez maiores, novo instituto capaz de coibir tais condutas desonrosas.

Tal teoria, denominada de *punitive damages* pode ser importado das doutrinas da *commom law* para o cenário brasileiro, desde que utilizada observando seus critérios e em hipóteses bem definidas.

Sendo assim, é interessante utilizarmos da larga experiência dos países que a adotam para podermos adaptá-la no Brasil, observando as razões aludidas naqueles países, iremos perceber que os direitos e garantias conferidas pelo Direito de lá não é, nem pode ser, tão diferentes quanto o de cá.

Portanto, tal doutrina pode servir como medida apta a educar futuras relações, especialmente econômicas, a se utilizar mais da boa-fé, realidade facilmente encontrada em países mais desenvolvidos.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, André Gustado de. *Dano Moral & Indenização Punitiva: Os Punitive Damages da Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro.* 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 144.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral.* 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf> Acesso: em 06 de jun. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral.* São Paulo: Saraiva, 2011. 9ª ed. p. 183.

MODEL PUNITIVE DAMAGES ACT – National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Disponível em: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/punitive%20damages/mpda_final_96.pdf> Acesso: em 20 maio 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso: em 06 de jun. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/> Acesso: em 05 de jun. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/> Acesso: em 05 de jun. 2013.

WILKES V. WOOD – LOFFT 1, 98 ER 489. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&sqi=2&ved=0CEQQFjAD&url=http%3A%2F%2Flawweb.usc.edu%2Fusers%2Fdklerman%2Fsecure%2Fdocuments%2FWilkesvWoodLofft1.doc&ei=jiu3UZ_bCorY8gTEtIGQBQ&usg=AFQjCNGwYALJl-XdvojNQVj0Nfn06q71lA&sig2=LJw1rHYLipc0biquiNpgdw&bvm=bv.47534661,d.eWU&cad=rja > Acesso: em 11 de jun. 2013.

REDES SOCIAIS: DEMOCRACIAS EXPERIMENTAM A LIBERDADE DE INFORMAR SEM LIMITES

Hugo Crivilim AGUDO[1081]

Fabiana Tamaoki NEVES [1082]

RESUMO

As tecnologias da comunicação diariamente revolucionam a maneira dos indivíduos interagirem com o seu meio. Assim, o presente estudo visa abordar o impacto social das tecnologias comunicativas, conferindo especial atenção às redes sociais. Aborda-se também, neste mesmo sentido, a problemática do direito de acesso à rede, com ênfase na necessidade do amoldamento jurídico do direito posto à nova realidade informativa-social. Por fim, após breve análise histórica, passa-se a abordagem do caráter democrático das redes sociais, para, ao final, concluirmos que, em atendimento ao sistema constitucional de garantias pátrio, se faz necessária efetiva atuação estatal na tutela dos direitos atinentes ao direito de informação em tempos de intenso fluxo de informações, sob pena expor a risco o esteio democrático do estado.

PALAVRAS-CHAVE: Redes sociais. Privacidade. Facebook. Democracia.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea diariamente se surpreende com o advento de novas tecnologias informativo-digitais. Os avanços tecnológicos da atualidade modificaram completamente o modo com que nos comunicamos e interagimos entre si.

A ânsia comunicativa atual encontra-se enraizada na própria essência do ser humano e da vida em sociedade. Não há como olvidarmos que na sociedade em que se inserimos, a comunicação (no sentido mais amplo possível) traduz grande parte das necessidades da coletividade. Além disso, nas democracias, os direitos relativos à manifestação do

[1081] Discente do 7º Termo do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Com endereço para correspondência cito a Rua Beija Flor, nº 77, Jardim Vitória Régia, Santo Anastácio, CEP 19360-000, e-mail: hugo_crivilim@hotmail.com, telefones: (18) 3263-2585 e (18) 9757-5460.

[1082] Doutoranda em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru). Possui graduação em Direito pelo Associação Educacional Toledo (2001) e Mestrado em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino (2004) . Atualmente é professora titular do Associação Educacional Toledo. Tem experiência na área de Direito , com ênfase em Direito Público. Atuando principalmente nos seguintes temas: criança, publicidade, proteção constitucional.

pensamento servem para formar a opinião pública, que elege, pelo voto, dois dos três “poderes”.

Na confluência destes interesses, e vislumbrando a oportunidade da obtenção de um lucro extraordinário, as empresas de tecnologia não medem esforços no sentido de desenvolverem novas tecnologias que viabilizem uma melhor troca de informações entre pessoas determinas, ou a simples difusão global de conhecimentos.

Não questionamos, portanto, que as tecnologias digitais, já intimas para a grande parte da sociedade, vieram para revolucionar nossas vidas. Já não mais é possível retrocedermos, uma vez que as tecnologias já encontram-se incorporadas em nosso cotidiano.

Doutra banda, com a chegada das tecnologias citadas, principalmente após a criação e difusão da internet, nota-se a gênese de um novo cenário jurídico, que já clama por tutela jurisdicional. Assim como fez com a vida em sociedade, as tecnologias (internet) também revolucionaram o cenário jurídico pátrio, forçando o amoldamento do direito positivo às novas situações jurídicas existentes, jamais prognosticadas pelo legislador.

O direito ainda encontra diversos embaraços quando chamado a atuar em desacordos originados em ambientes eletrônico-digitais. Além disso, salienta-se que a internet não reconhece fronteiras físicas, mas deve respeitar nosso sistema constitucional.

Assim sendo, o presente estudo acadêmico volta-se à análise critica do impacto jurídico-social dos avanços tecnológicos, à luz do sistema constitucional de garantia de direitos.

Na pesquisa serão empregados os métodos histórico-evolutivo, comparativo e dialético, embasados em pesquisas bibliográficas e midiáticas.

1. INTERNET: A (R)EVOLUÇÃO DO SÉCULO.

Antes mesmo de analisarmos o papel democrático das redes sociais, assim como o conflito de direitos individuais (tais como a privacidade e liberdade de expressão), amplamente fomentados pelo surgimento da rede, cerne do presente estudo, é valido tecermos breves comentários acerca do escorço histórico-tecnológico da internet, que representa um divisor de aguas neste contexto mediático-informativo que vivenciamos.

A internet, que posteriormente se tornou um instrumento basilar da sociedade global, surgiu em 1960, no auge da Guerra Fria[1083], quando as superpotências Estados Unidos da América e União das Repúblicas Socialistas Soviéticas travavam inexorável corrida bélica.

No Pós-Guerra Fria, a internet, ainda restrita ao território norte-americano, passou a ser utilizada por estudantes e professores universitários, sendo usada primordialmente para a troca de informações entre os acadêmicos.

Nos anos 90, a rede rompe as barreiras norte-americanas, principalmente após o físico britânico Tim Bernes-Lee, no ano de 1992, criar o "WWW" – Word Wide Web (Rede Mundial de Computadores), que introduziu no mundo tecnológico a possibilidade de comunicação via internet através de uma melhor interfase, além de ampliar, a nível mundial, os limites comunicativos da internet.

Nas palavras de José de Oliveira Ascensão, "a internet permitiu a experimentação de um tipo de comunicação de âmbito mundial" [1084].

Tão grande foi a adesão da sociedade à internet, que na grande maioria dos casos as pessoas estavam substituindo os meios de comunicação tradicionais pela internet.

A amplitude comunicativa, o fácil acesso, a atratividade da rede e as inúmeras possibilidades de utilização, transformaram a internet em um serviço indispensável à vida comunicativa global, adquirindo, atualmente, o caráter de serviço essencial, tal como é o fornecimento de energia elétrica e agua tratada.

No mesmo sentido, Ascensão afirma que a internet "apresentou-se com um caráter atrativo, que levou a que os destinatários nela se empenhassem e adestrassem, e por outro lado ficassem dependentes deste modo de comunicação" [1085].

Nesta análise, aplicando tais considerações ao objeto principal da presente análise acadêmica, notamos que a internet, diferencia-se dos demais meios de comunicação (v.g. jornais, revistas, rádios e redes de televisão), uma vez que a sociedade em geral, deixou de ser meramente objeto fim da informações (espectadores), se tornando informantes.

Neste sentido são os ensinamentos de Leonardi:

[1083] Mais sobre vide: MACMAHON, Robert J.. Guerra Fria - Col. L&pm Pocket Encyclopaedia. 01/2012 Brasil: L&pm, 2012. 208 p.
[1084] ASCENSÃO, José de Oliveira. Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação. Porto, Portugal: Almedina, 2001. p. 85.
[1085] Idem.

> A internet representa um dos principais avanços tecnológicos da humanidade. Se a civilização e a cultura se desenvolveram com a escrita, popularizaram-se com a imprensa e foram posteriormente centralizadas, homogeneizadas e hierarquizadas pelos meios de comunicação em massa, a internet alterou radicalmente este quadro, permitindo que a informação, agora em formato digital, seja descentralizada, diversificada e democratizada, possibilitando aos usuários interagir com a informação. [1086]

A internet deu voz àqueles que estavam acostumados serem informados, mas nunca informantes. O sucesso global da internet, dentre outras causas menores, se deu justamente em razão desta interatividade que proporciona aos usuários. Surge, portanto, um instrumento em que as pessoas podem, concomitantemente, informarem o que desejam, e se informarem seguindo a mesma razão lógica.

A empresa norte-americana Netscape Communications, neste arreio evolutivo, também contribuiu significativamente para o sucesso da rede com a criação do "https" (Hyper Text Transfer Protocol Secure), que, estabelecendo uma conexão criptografada e segura, viabilizou a efetivação de transações comerciais por intermédio da rede.

Mais adiante, surgem as "redes sociais", que, dada sua particularidade informativa, será objeto de análise em capítulo específico.

Por outro lado, inúmeras são as modalidades de desvio finalístico da internet: golpes, injúrias, difamações, falsidades, e por fim, as crescentes invasões de privacidade.

Segundo o professor Luiz Flávio Gomes, a internet é "uma terra desconhecida, sem fronteiras e um mundo sem limites. Limite de imaginar, criar, ou cuidar. Alimentar sonhos, encurtar pensamentos e aproximar desejos. A internet é uma terra de ninguém" [1087].

Enquanto na sociedade física existem diversos instrumentos de controle social, que viabilizam o convívio em sociedade (independentemente da (in)eficácia destes métodos), na

[1086] LEONARDI, Marcel. Tutela e privacidade na internet. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 28.
[1087] Disponível em http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/07/16/mas-afinal-o-que-e-a-internet/. Acesso em 03 de julho de 2013.

sociedade digital, a atuação estatal é mínima, criando um cenário anárquico, onde cada um se defende por si próprio, na medida de suas forças.

Os governantes talvez se esqueçam de que a anomia digital, além de colocar em risco a própria rede virtual e seus usuários, submete a uma situação de vulnerabilidade o próprio esteio democrático do Estado, assim como a própria razão teleológica do governo.

1.1 Internet: Um Paradoxo Democrático

A internet deu voz a muitos que se calavam. Em que pese a disposição constitucional no sentido de que "todo poder emana do povo" [1088] e em nome será exercido, a atuação popular no governo, na maior parte das vezes, se restringia à eleição direta de seus representantes, que, segundo suas próprias opiniões, não desempenhavam seu papel social a contento. Agora, além de fiscalizar a atuação dos governantes, a Internet serve para promover manifestações e formar a opinião pública.

A plataforma internet, conferiu aos "governados" o direito de voz tolhido por muitos anos de democracia, criando um espaço para a exposição de opiniões, críticas, insurgências, descontentamentos e manifestações.

A rede social "Facebook" constitui um instrumento democrático sem precedentes, de grande "poder informativo. Assim, é certo que o acesso à rede é um direito de todos e um dever do Estado. Hodiernamente, considerando a intensa revolução tecnológica que vivenciamos; tolher do cidadão o direito de acesso à rede, significa aprisioná-lo em um universo de informações limitadas e manipuláveis.

Nossa Lei Maior assegura aos indivíduos o direito do livre acesso à informação. Deste modo, o que se pretende demonstrar com a presente análise é que nos dias correntes, não basta assegurar ao indivíduo o acesso aos meios convencionais de comunicação (v.g. rádio, televisão, telefone, dentre outros), pois não há sequer condições de compararmos a quantidade de informações que circula na internet, com o fluxo daqueles instrumentos de comunicação.

Portanto, se o direito de antena descrito na Constituição, ficou limitado aos partidos políticos, a rede abriu um espaço bastante amplo e democrático.

[1088] Brasil. Constituição Federal. Brasília. 1988. Art. 1º § único.

É o que bem descreve Rodotà:

> do indivíduo isolado ao indivíduo como expoente de um grupo, de uma coletividade, de uma classe – parece claro que excluir o direito de acesso aos dados anônimos significa permanecer preso à velha lógica individualista e recusar-se a aproveitar a oportunidade oferecida pelo uso dos computadores para promover uma expansão das possibilidades de intervenção e de participação dos indivíduos e dos grupos, que é o único caminho para impedir que, em presença de inovações tecnológicas muito profundas, as modificações do poder se produzam apenas numa direção, isto é, a favor de grupos cada vez mais restritos e de estruturas fechadas e centralizadas. [1089]

Deste modo, nota-se a necessidade do Estado zelar pela segurança, pela privacidade e pelo direito a autodeterminação informativa dos usuários da rede, também sob pena de prejuízo ao firmamento democrático do estado.

Sendo o acesso à rede um direito fundamental, em regra, todos deveriam a ela ter acesso. Deste modo, o estado, desde os primórdios de sua criação na pólis grega, possuía a função de zelar pelos direitos e pelos interesses de seu povo, com legitimidade proveniente do "contrato social" preconizado por Thomas Hobbes (1651) e Jean-Jacques Rousseau (em 1762).

Ives Gandra Martins bem explana sobre o tema:

> o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo.[1090]

[1089] Rodotà, Stefano. A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro. Renovar, 2008.p. 32/33.

[1090] Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural ", n. 1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27.

No mesmo sentido, nossa Constituição Federal prevê, dentre o rol de direitos fundamentais (Art. 5º) o direito à intimidade e à vida privada. Não restando, portanto, imprecisão quanto o dever estatal de tutela à privacidade.

Desta feita concluímos que da mesma forma com que é dever do Estado assegurar a todos o direito de acesso à rede, é necessário também, no mesmo sentido, que a todos (usuários ou não da rede) seja garantido a inviolabilidade da vida privada e a eficácia do direito à autodeterminação informativa.

2. REDES SOCIAIS: A FEBRE DO SÉCULO XXI

Inicialmente, a rede possibilitou a comunicação de seus usuários através das "cartas eletrônicas", popularmente conhecidas como "e-mails" [1091]. Mais adiante surgem os polêmicos "sites de bate papo", nos quais, pessoas selecionas através de um interesse em comum (v.g. namoro, amizades, carros, animais, cidades, sexo, dentre inúmeros assuntos), na grande maioria das vezes desconhecidas entre si, passavam a interagir comunicativamente.

O auge esta modalidade de comunicação se deu idos do ano 2000, não tendo mantido seu sucesso por muito tempo. Surgem também, nesta seara evolutiva, os "chats instantâneos", que permitiam a comunicação pessoal e determinada dos usuários da rede. Aqui, diferentemente do modelo supracitado, o(s) emissor(es) e os receptor(es) era(m) certo(s) e determinado(s). Talvez, o modelo mais conhecido desse tipo de serviço online foi o "MSN Messager", o qual, através do download de um simples programa na internet, possibilitava a comunicação do indivíduo com outros usuários do programa.

O "MSN", mantido pela "Microsoft" de Bill Gates, foi, sem dúvida, um significativo avanço no universo digital-tecnológico, pois viabilizava a troca de informações instantaneamente, diferentemente do sistema de "e-mails".

Mais adiante, surgem as revolucionárias redes sociais, que permitiram a troca de informações entre os usuários da rede de uma maneira até então inimaginável. Segundo notícias da revista online "TecMundo", a primeira "rede social" (com características bem distintas das conhecidas atualmente) foi criada no ano de 1994, com o lançamento do "GeoCites", que consistia em uma ferramenta online que permitia que os usuários criassem

[1091] Segundo se tem notícias, o primeiro e-mail foi enviado ainda no ano de 1971 (mas não ocorreu no Brasil). Mais Sobre:" http://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/33036-a-historia-das-redes-sociais-como-tudo-comecou.htm". Acesso em 10 de julho de 2013.

suas próprias páginas online, veiculando nela as informações que quisessem. Esta ferramenta atingiu o número de 38 milhões de usuários em todo o mundo, encerrando suas atividades no ano de 2009, após ter sido adquirida pela empresa "Yahoo" cinco anos atrás.

Posteriormente, já no ano de 2002, após a criação do "Fotolog" (existente até os dias atuais) que permite o compartilhamento de fotos pessoais seguidas de comentários dos usuários, surge, efetivamente, a primeira rede social nos padrões conhecidos atualmente. Trata-se do "Friendster", que permitia aos usuários criarem novas ou desenvolverem suas amizades, agora no mundo digital.

No ano seguinte (2003) surge o "MySpace", inicialmente considerado uma cópia do "Friendster", foi aderido por milhões de usuários (atualmente estima-se que possua cerca de 25 milhões de usuários apenas nos EUA), já tendo sido considerada a rede social mais utilizada em todo o mundo, tendo, atualmente, sido ultrapassada pelo "Fecebook".

Paralelamente ao surgimento do "MySpace", surge uma rede social voltada para a troca de informações de cunho profissional, "LinkedIn", que, com sede na Califórnia, ainda possui alguns milhões de usuários ativos.

Já nos idos do ano de 2004, a Google, através do trabalho de seu projetista Orkut Büyükkökten, lança a rede social "Orkut", a qual, inicialmente voltada para a população norte-americana, atingiu, posteriormente, a marca de 36 milhões de usuários em todo o mundo, tendo sido considerada a rede social mais utilizada em todo o mundo, somente vindo a perder para o "Facebook" no ano de 2011.

Como mencionado, o Facebook, nos dias correntes, é a rede social mais utilizada em todo o mundo, já tendo atingido a marca de 1 bilhão de usuários ativos em todo o mundo.

Salienta-se, por fim, que os dados apresentados neste capítulo foram obtidos através de pesquisa em sites[1092] informativos sobre o tema, assim como revistas eletrônicas. Outrossim, frisa-se que o escorço histórico ora apresentado não esgotou o tema, havendo muitas mais redes sociais (ainda existentes ou não) que não foram mencionadas por serem desinteressantes ao tema central do presente estudo.

[1092] In: "http://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/33036-a-historia-das-redes-sociais-como-tudo-comecou.htm" e "http://www.tecmundo.com.br/rede-social/18047-comscore-facebook-e-a-maior-rede-social-no-brasil.htm". Acesso em 10 de julho de 2013.

2.1 “THE FACEBOOK”: A Revolução das Redes Sociais

Após analise histórica sobre o desenvolvimento e aperfeiçoamento das redes sociais, dedica-se o presente capítulo à analise do “Facebook”.

Mark Zuckerberg, idealizador do “The Facebook” à época estudante da Universidade de Harvard em Massachusetts – EUA, não se conformava com o fato de não acesso às fotos dos eventos realizados em sua universidade. Assim, Zuckerberg, despretensiosamente, aos 19 anos de idade, criou uma página na internet (que em essência consistia em “álbum de fotografias”), viabilizando o acesso de todos os estudantes a fotografias e informações sobre a universidade.

A adesão dos estudantes foi imediata, superando, inclusive, as expectativas do próprio idealizador. Em meados do ano de 2005, Zuckerberg abriu a rede aos alunos do Ensino Médio (de Harvard), tendo, ano de 2006, aberto as portas da rede para todo o mundo.

Inicialmente, a “rede social” era considerada mera “plataforma social” sem um conteúdo específico. As pessoas entravam no “TheFacebook”, preenchiam um breve cadastro (incluindo status de relacionamento e opção política), adicionavam, se desejassem, uma foto de perfil e uma frase pessoal e já estavam aptos a convidar outros amigos para fazer parte da rede.

Considerando o público alvo para qual o Facebook foi idealizado (jovens adultos), grande parte do conteúdo das publicações e dos recursos da rede social possuíam cunho amoroso, citando, a guisa de exemplo a possibilidade de colocar em seu perfil status de relacionamento de “a procura de”, que facilitava a interação dos membros da rede (contribuindo significativamente para o sucesso da rede).

O sucesso da rede despertou interesse nos empresários locais, que passaram a investir da rede, ampliando ainda mais os horizontes da empresa. Atualmente, segundo informações da revista online “Olhar Digital”[1093], o Facebook já atingiu a marca de 1,1 bilhões de usuários ativos em todo o mundo, mantendo um intenso e contínuo fluxo de informações. “O Facebook é pura informação” [1094].

[1093] Disponível em: “http://www.youtube.com/watch?v=dGghkjpNCQ8”, acesso em 05 de julho de 2013.
[1094] KIRKPATRICK, David. O Efeito Facebook: Os bastidores da empresa que conecta o mundo. Rio de Janeiro: Editora Intrinseca, 2011. 392 p.

Conforme a obra de David Kirkpatrick, “O Efeito Facebook”[1095], a cada mês são realizadas cerca de 30 bilhões de postagens pelos usuários do Facebook, além do adicionamento de mais de 3 bilhões de fotos no mesmo período, sendo o segundo site mais acessado no mundo, apenas perdendo para o buscador Google.

Deste modo, o Facebook se tornou em uma das maiores indústrias de publicidade do mundo, pois o já citado criador soube transformar as informações ofertadas espontaneamente pelos usuários em uma “maquina de ganhar dinheiro”. Zuckerberg “invadiu a nossa vida e ficou bilionário com o que damos a ele de graça” [1096].

O Facebook, através de um sistema avançado de análise de dados, filtra as ações dos usuários na rede, criando um banco de dados universal, que é vendido à empresas que se valem destes “perfis de usuários” para enfocar a publicidade de sua marca aos indivíduos mais propensos a adquirirem seu produto, potencializando os efeitos da publicidade.

Neste sentido são os relatos de Sibilia:

> Poucas semanas mais tarde (após a criação da rede social), o Facebook inaugurou um projeto apresentado como “o Santo Graal da publicidade”, capaz de converter cada usuário da rede em um eficaz instrumento de marketing para dezenas de companhias que vendem produtos e serviços na internet. Esse inovador sistema permite o monitoramento das transações comerciais realizadas pelos usuários da grande comunidade virtual, a fim de alertar seus amigos e conhecidos sobre o tipo de produtos que este tipo de produtos que estes compraram ou comentaram. [1097]

Assim, o Fecebook monitora cada ato, cada “curtida”, cada publicação dos usuários, que, após inserida em um gigantesco banco de dados, se transformará em uma poderosa ferramenta de marketing. A esta gestão de dados pessoais e banco de dados dá-se o nome de *profiling.* Neste sentido são as palavras de Doneda:

[1095] Idem.
[1096] In:” http://revistaepoca.globo.com/vida/noticia/2012/02/ele-sabe-tudo-sobre-voce.html”. Acesso em 10 de julho de 2013.
[1097] SIBILIA, Paula. O show do eu: a intimidade como espetáculo – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008. p. 21.

> Esta técnica , conhecida como *profiling*, pode ser aplicada a indivíduos bem como estendida a grupos. Nela, os dados pessoais são tratados, com o auxílio de métodos estatísticos, técnicas de inteligência artificial e outras mais, com o fim de obter uma "metainformação", que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registros da vida desta pessoa. O resultado pode ser utilizado para traçar um quadro das tendências de futuras decisões, comportamentos e destinos de uma pessoa ou grupo. [1098]

No ano de 2012, a empresa "Facebook" estava avaliada entre US$ 75 100 bilhões de dólares[1099], de modo que, em cálculo simples, é possível estimar que cada usuário da rede social vale US$ 88,75, ou aproximadamente 180 reais.

Ainda que não tenha sido desenvolvido com este ideal, o Facebook é, sem dúvida, uma empresa bilionária, que angaria seus lucros através da gestão de informações pessoais de centenas de milhares de usuários. Talvez o Facebook conheça mais sobre nossa personalidade do que nós próprios.

O historiador britânico Andrew Keen, em entrevista a revista brasileira Veja, na edição de 18 de agosto de 2012, afirmou que o "Twitter e o Facebook estão acabando com os segredos das pessoas" [1100].

2.2 O Facebook e o Desafio da Privacidade

Como se menciona acima, toda a lógica existencial do Facebook se insere na captação e gestão de informações pessoais. Deste modo, inevitavelmente insurge-nos a indagação: É possível utilizar o Facebook (e a internet) e mantermos a salvo nossa privacidade?

O presente capítulo debruçará sintética análise acerca do conflito existencial travado entre as redes sociais, mais especificamente o Facebook, e a privacidade dos usuários da rede e da coletividade.

[1098] DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.p. 173.
[1099] Idem.
[1100] In: "http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/twitter-e-facebook-vao-acabar-com-segredos-das-pessoas", acesso em 05 de maio de 2013.

Não se tem dúvida, neste ponto da análise, que mascaradas por uma interfase simpática, as redes sociais são verdadeiras empresas sedentas por informações pessoais. Nossas informações valem dinheiro (e muito).

Assim sendo, para que tais negócios possam se desenvolver, a cada dia são lançadas novas modalidades de captação de informações pessoais. Um simples "curtir" no Facebook, ou qualquer outra atividade dentro de uma rede social qualquer, é armazenada em um gigantesco banco de dados. Esta é a razão existencial das redes sociais atualmente, ainda que quando de sua idealização não possuíssem tal escopo.

Deste modo, cada vez mais as pessoas são levadas a divulgarem seus dados na rede que fazem consciente ou mesmo inconscientemente. Vezes a divulgação é espontânea, mas na maior parte dos casos a exposição é conduzida pelo próprio sistema.

Sobre esta questão são as palavra de Leonardi:

> A internet e outras tecnologias de informação podem não ter, ainda, acabado com a privacidade; no entanto, elas redefiniram o que o termo significa. Em uma era de processadores, sensores, e redes extremamente baratos, a liberdade corre o risco de se tornar inversamente proporcional à eficiência dos meios disponíveis de vigilância. [1101]

Assim, é fato que o conceito de privacidade, assim como sua eficácia sofreram (e sofrem) severos abalos com o advento destas "tecnologias de comunicação em massa".

Contudo, conforme observamos em capítulo antecedente, a tutela da privacidade (englobando, pois, a autodeterminação informativa) faz parte do esteio democrático do estado, por justamente estar adstrita à natureza humana.

A privacidade esta em risco. Felizes são as palavras de Victor Drummond sobre este cenário: "o perigo da privacidade na internet é um só: o perigo de não existir" [1102].

No mesmo sentido, elucidantes são as palavras de Costa Júnior:

[1101] LEONARDI, Marcel. Tutela e privacidade na internet. São Paulo: Saraiva, 2012.p. 42
[1102] Victor Drummond, Internet, privacidade e dados pessoais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p.9.

> o mais desconcertante não é a verificação objetiva do fenômeno, não é observar que a tecnologia acoberta, estimula e facilita o devassamento da vida privada; é tomar conhecimento de que as pessoas condicionadas pelos meios de divulgação da era tecnológica (a serviço, portanto, de seus desígnios, em termos estritamente apologéticos), sentem-se compelidas a renunciar à própria intimidade. [1103]

É justamente nesta área nebulosa da internet que se situa o Facebook. Por um lado os interesses econômico de "super-empresas" aliadas à personalidades narcísicas contemporâneas, enquanto outra parcela da luta para ter o mínimo de privacidade e intimidade resguardados neste universo das informações.

Em meio a este cenário, as próprias empresas exploradoras deste mercado informativo já se preocupam com a privacidade dos usuários, pois têm ciência de que, em um futuro próximo, o sucesso deste tipo de negócio será geometricamente proporcional ao nível de segurança e privacidade que fornecem aos usuários da rede.

No ano de 2011, um estudante austríaco chamado Max Schrems, decidiu requerer ao Facebook, uma cópia de todos seus dados pessoais que detinha a empresa. Em primeiro momento a empresa negou o pedido de Schrems, o qual recorreu ao Poder Judiciário, conseguindo, findo o processo, que o Facebook lhe enviasse um CD contendo suas informações pessoais. O CD, que contava com mais de 1.200 páginas, continha todas suas informações pessoais de Schrems, incluindo aquelas que ele havia deletado [1104].

Atualmente, em território nacional, embora pouquíssimos usuários saibam, é possível, no próprio site do Facebook, fazermos um download de todas nossas informações pessoais que integram o sistema da rede social. Assim, sugerimos, aos leitores usuários da rede, que façam o teste[1105].

[1103] COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.p. 23.

[1104] Disponível em: "http://revistaepoca.globo.com/vida/noticia/2012/02/ele-sabe-tudo-sobre-voce.html". Acesso em 10 de julho de 2013.

[1105] Dentro da interface do Facebook, basta, na aba superior acessar as configurações de sua conta, e na página seguinte, em discreto link no final na da página, contem "obter uma cópia de seus dados". Acreditamos que se surpreenderá com a quantidade de informações que eles detém a seu respeito.

Pois bem, após alguns minutos da solicitação, o Facebook disponibilizou-me o link para download de minhas informações pessoais. Após a abertura do arquivo, confirmei as informações do estudante austríaco Schrems. O arquivo continha registrado tudo o que foi feito na rede desde meu primeiro dia de acesso, contendo desde as publicações, as fotos, as datas e horários de cada vez que a rede foi acessada, incluindo, os "posts" que haviam sido "apagados".

Ou seja, uma vez colocada na rede, a informação jamais será retirada, salvo se por advento de uma ação judicial (que ainda possuirá, aos nossos olhos, eficácia duvidosa).

Desta forma, somando estas informações ao exposto preliminarmente, podemos concluir que a privacidade e a autodeterminação informativa estão intimamente ligadas à liberdade individual do cidadão, no que tange seu livre arbítrio de fazer ou não fazer algo, ou ainda, em nossa análise, de tornar ou não público determinado fato de sua vida; não podendo o estado se omitir quanto esta tutela.

2.3 "Posto, Logo Existo": Os Voyeurs, Os Narcisistas e Os Exibicionistas Sociais.

Em entrevista para a revista Época (fevereiro/2012) o filósofo Luiz Felipe Pondé afirma que "a banalidade e a enfermidade sempre fizeram parte da condição humana" de modo que "a internet apenas escancarou essa debilidade" social [1106].

O citado pensador prossegue afirmando que "as pessoas escrevem besteiras no Facebook para serem vistas. É só uma questão de autoestima" [1107]. Assim, nota-se que as redes sociais, em verdade, apenas afloraram o instinto narcísico do ser humano ao criar um instrumento que possibilita, ao mesmo tempo, expor sua vida íntima e bisbilhotar a vida alheia.

Em consonância com os ensinamentos da medicina legal[1108], o voyoerismo, o narcisismo e o exibicionismo são transtornos da sexualidade[1109], que, de algum modo, levam o indivíduo a expor/valorizar sua intimidade ou se interessar pelo intimo alheio. Explica-se.

[1106] Disponível em: "http://revistaepoca.globo.com/vida/noticia/2012/02/ele-sabe-tudo-sobre-voce.html". Acesso em 10 de julho de 2013.
[1107] Idem.
[1108] Mais sobre: HERCULES, Hygino de C. Medicina legal: texto e atlas. São Paulo: Atheneu, 2008-2011. 714 p. ISBN 85-7379-771-1
[1109] Os transtornos da sexualidade ocorrem quando o indivíduo substitui a atividade sexual padrão humana, por outro ato que satisfaça sua libido.

Os voyeuristas sentem prazer em assistir a intimidade alheia, se interessando pelo íntimo e pessoal (incluindo atos sexuais) de outros indivíduos. Os exibicionistas se satisfazem através da exposição da própria intimidade (ou do próprio corpo), salientando que o prazer decorre da própria exibição. Por fim, o narcisismo é a admiração pelo próprio corpo; os narcísicos são apaixonados por si mesmos.

Com base nos ensinamentos de Freud[1110], todos os indivíduos, desde seu nascimento possuem, em esseência, algumas características narcísicas e exibicionistas. Assim, com base no discurso dialético de Pondé (retrocitado), as redes sociais não transformaram os indivíduos ou mesmo o modo com que se comportam no ambiente social, tendo apenas ofertado um espaço para que esta característica humana, reprimida por muito tempo, pudesse se aflorar.

3. O FACEBOOK COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA DIRETA

Em que pese a análise que se desenvolverá a seguir pudesse ser aplicada a qualquer rede social, enfocamos o presente estudo especificamente ao Facebook, haja vista que o longo de sua história, esta rede social já participou ativamente de marcantes episódios democráticos.

É certo que o Facebook, assim como qualquer outra rede social, funciona como uma plataforma que viabiliza a interação de milhões de usuários espalhados por todo o mundo. Deste modo, uma informação lançada na rede, em poucos minutos (ou menos que isso), é disseminada para milhões de pessoas.

Cientes da capacidade viral de compartilhamento de informações, o Facebook, quando inteligentemente utilizado, pode ser transformar em um potente instrumento de democracia, por proporcionar aos usuários, um espaço “livre” para a divulgação e debates sobre os rumos do estado.

3.1 “A Revolta dos 20 Centavos”

O ano de 2013 certamente habitará os livros de história vindouros, por ser um marco democrático no desenvolvimento de nosso país.

[1110]FREUD, Sigmund. Introdução ao Narcisismo: Ensaios de Metapsicologia. Brasil: Companhia Das Letras, 2010. 312 p. ISBN 9788535916065

Os meados do ano de 2013 foram marcados por uma série de manifestações populares que reivindicavam melhorias no transporte, economia, política, dentre outras reivindicações menos expressivas (mas não menos importantes).

O início das manifestações ocorreu entre os dias 27 e 30 de março de 2013, quando pequenos grupos de estudantes protestavam contra o aumento do valor das passagens de ônibus nas capitais Porto Alegre – RS e Manaus – AM.

Mais adiante, este clima de insatisfação chega à capital do estado de São Paulo, com um protesto de estudantes pela redução do preço das tarifas do transporte público, e melhorias no Sistema Único de Saúde.

Até então, tudo parecia não passar de insurgências políticas isoladas. Contudo, após o governo da cidade de São Paulo-SP anunciar um aumento na tarifa do transporte urbano municipal, majorando-a em 20 centavos, no dia 06 de junho de 2013, 5 mil pessoas fecham a Avenida Paulista (que é uma das principais avenidas da capital São Paulo) em protesto contra este aumento.

Esta manifestação ocorrida na cidade de São Paulo, contra o acréscimo de 20 centavos na tarifa do transporte, marcou o início de uma série de manifestações por todo o Brasil, como delinear-se-á no que segue.

Considerando que o objetivo primário dos manifestantes (na cidade de São Paulo) era, justamente combater o aumento de 20 centavos no valor das passagens, esta série de manifestações foi popularmente denominada de “revolta dos 20 centavos”.

O descontentamento dos paulistas foi amplamente divulgado nas redes sociais, em especial através do Facebook, fazendo despertar nos brasileiros seu instinto patriota, levando-os as ruas, para reivindicarem melhorias em diversas áreas de atuação do estado.

O ápice das manifestações ocorreu no dia 20 de junho, quando, superando todas as expectativas, 1,4 milhões de brasileiros, espalhados por mais de 130 cidades e capitais, saíram as ruas em protesto contra a atuação do governo em diversas searas.

Segundo os próprios organizadores dos protestos, a maioria (se não a integralidade) das tratativas e organização dos manifestos ocorreu através do Facebook.

A rede social em comento possibilita aos usuários a criação de “eventos”, em que é possível convidar seus amigos. Deste modo, os idealizadores dos manifestos criavam esses

"eventos", informando a data, o local e a razão, e disseminavam de maneira viral essas informações (convites).

Além disso, o Facebook, através de seu próprio software, possibilita a aos usuários a troca de informações em tempo real, criando um amplo espaço para a discussão de problemas governamentais, que poderiam ser objeto de manifestações.

Inexistem dúvidas, pois, que esta sequência de manifestações, que na realidade se caracterizam pelo fiel exercício da democracia, teve imprescindível contribuição da rede social Facebook.

Como citam os colunistas do jornal "O Estado de São Paulo" Bruno Paes Manso e Diego Zanchetta, sobre esta série de manifestações: "O Brasil, mesmo sem saber para onde segue, pode nunca mais ser o mesmo" [1111].

Em apuração parcial, a CNM - Confederação Nacional de Municípios, aponta que houveram protestos em pelo menos 438 cidades, envolvendo mais de 2 milhões de pessoas em todo país[1112].

Em que pese outros meios de comunicação possam ter colaborado para o sucesso das manifestações havidas, rendemos a maior parte de nossos créditos ao pioneiro Facebook.

CONCLUSÕES

Em capítulo preliminar, analisou a criação e a evolução da internet, que passou a ser considerada, nos dias correntes, uma necessidade básica da sociedade.

Dentre as modificações experimentadas pela sociedade após o advento da internet, abordou-se o aflorar do exibicionismo social por intermédio das redes sociais. Com base nos ensinamentos de filósofos e outros estudiosos do tema, notou-se que a sociedade contemporânea caminha para um universo em que as informações (pessoais ou não) ocuparão o âmago dos anseios sociais, passando a ser considerado como um dos mais sagrados direitos dos povos.

[1111] Disponível em: "http://www.estadao.com.br/noticias/nacional,a-revolta-do-gas-lacrimogeneo-%28em-sete-capitulos%29,1045716,0.htm". Acesso em 10 de julho de 2013.

[1112] Disponível em: "http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2013/06/21/interna_brasil,372809/quase-2-milhoes-de-brasileiros-participaram-de-manifestacoes-em-438-cidades.shtml". Acesso em 10 de julho de 2013;

Neste arreio, considerando ser o direito uma ciência social, abordou-se a necessidade do amoldamento do direito posto às modificações sociais atinentes a implantação diária de novos veículos de comunicação em massa.

Caminhando pela evolução das redes sociais, foi possível asseverarmos a importância democrática das redes sociais, por ser um instrumento de comunicação capaz de mobilizar o povo, em busca de um ideal comum, em efetivo exercício da democracia.

Demonstrado o papel democrático das redes sociais, seja em razão da concretização do direito à informação, ou o direito de acesso a rede, foi possível inferirmos o dever do estado, como ente criado com tal finalidade, em garantir aos cidadãos o livre acesso as novas tecnologias da informação, justamente em atendimento as disposições principiológicas do sistema constitucional de garantias.

Tomando por base os estudos apresentados, notamos que é necessário conferir ao direito posto, uma interpretação que se adeque a este contexto informativo-midiático que vivemos, dado que ao tempo da elaboração da maior parte das leis vigentes, não era possível prognosticar-se a estrutura ideológica da sociedade atual.

Por fim, conclui-se o presente trabalho com distintos olhares às redes sociais, atentos às necessidades estatais de tutela deste universo futurístico, que ainda engatinha na sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 573 p. ISBN 978-85-02-09175-7

ASCENSÃO, José de Oliveira. Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação. Porto, Portugal: Almedina, 2001. 316 p. ISBN 9724015017

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 452 p. ISBN 978-85-02-09126-9

BÍBLIA Sagrada. Rio de Janeiro: Barsa, 1965. 285 p.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 7. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. 164 p. ISBN 978-85-218-0359-1

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 232 p. ISBN 85-7001-710-3

BELLEIL, Arnaud. @-privacidade: o mercado dos dados pessoais : protecção da vida privada na idade da internet. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. 210 p. (Sociedade e organizações; 33) ISBN 972-771-597-4

BELTRÃO, Silvio Romero. Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil. São Paulo: Atlas, 2005. 153 p. ISBN 85-224-4029-3

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 93 p. ISBN 85-203-1344-2

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. 2. ed. São Paulo: Quórum, 2008. 363 p. ISBN 978-85-7468-438-3

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 439 p. ISBN 8571475628

DRUMMOND, Victor. Internet - Privacidade e Dados Pessoais. Brasil: Lumen Juris, 2003. 277 p.

FRANCO, Divaldo Pereira. O Homem Integral. Ditado pelo espírito Joanna de Ângelis. Brasil: Leal Livraria Espirita, 2009. 158 p.

FRAZEN, J. apud SIBILIA, P. O show do eu: a intimidade como espetáculo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

FREUD, Sigmund. Introdução ao Narcisismo: Ensaios de Metapsicologia. Brasil: Companhia Das Letras, 2010. 312 p. ISBN 9788535916065

GRAEFF, Antonio; ERCILIA, Maria. A Internet- Col. Folha Explica. Brasil: Publifolha, 2000. 128 p.

HABERMAS, Jürgen. Comentários à Ética do Discurso. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HERCULES, Hygino de C. Medicina legal: texto e atlas. São Paulo: Atheneu, 2008-2011. 714 p. ISBN 85-7379-771-1

KIRKPATRICK, David. O Efeito Facebook: Os bastidores da empresa que conecta o mundo. Rio de Janeiro: Editora Intrinseca, 2011. 392 p.

LEONARDI, Marcel. Tutela e privacidade na internet. São Paulo: Saraiva, 2012. 402 p. ISBN 9788502145146

LIMA, Frederico O. A sociedade digital: impacto da tecnologia na sociedade, na cultura, na educação e nas organizações. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2000. 152 p. ISBN 85-7303-273-1

LITRENTO, Oliveiros. O princípio da autodeterminação dos povos : síntese da soberania e o homem. Rio de Janeiro ; Sao Paulo: Freitas Bastos, 1964. 234p.

MARTINS, Ives Gandra, Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural " , n. 1, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985.

PEREIRA, Marcelo Cardoso. O sistema de proteção de dados pessoais frente ao uso da informática e o papel do direito de autodeterminação informativa. Especial referência ao ordenamento jurídico espanhol.. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2266>. Acesso em: 29 abr. 2013.

RODOTÀ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro. Renovar, 2008. 381p. ISBN 978857147-688-2

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. Tutela penal da intimidade: perpectivas da atuação penal na sociedade da informação. 261 p. ISBN 978-85-224-5084-8

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. Nada a esconder? O direito à proteção de dados frente a medidas de segurança pública e intervenção estatal. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9542>. Acesso em abr 2013.

SIBILIA, Paula. O show do eu: a intimidade como espetáculo – Rio de Janeiro: Nova Fro

SILVA, Filipe Carreira da. Habermas e a esfera pública: reconstruindo a história de uma ideia. Sociologia, Problemas e Práticas, Oeiras, n. 35, abr. 2001 . Disponível em <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65292001000100006&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 10 maio 2013.

SILVA, Taís Carvalho. O espetaculoso mundo do eu. Uma análise do sentido do paradoxo da privacidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3150, 15 fev. 2012 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21092>. Acesso em: 10 jul. 2013.

EPOPÉIA CONSTITUCIONAL: TRAJETÓRIA AO PORVIR

Hugo Rafael Pires dos SANTOS[1113]

Marcela Pradella BUENO[1114]

RESUMO

Os primórdios do Constitucionalismo podem ser encontrados na Idade Antiga com os hebreus e os povos gregos, passando-se pela Idade Média, e mais adiante pela Idade Moderna, até desaguar na Idade Contemporânea. Com esse arcabouço histórico, o presente artigo buscará analisar as evoluções do Constitucionalismo no decorrer do tempo, bem como os seus possíveis indícios no tocante ao porvir. Nesta margem, o leitor está convidado a atravessar o mar conosco, sendo de extrema importância: i) a noção de Constitucionalismo, ii) a juntada do arcabouço constitucional histórico e iii) a vista ao futuro, porque do outro lado do horizonte está a paz social.

PALAVRAS-CHAVE: primórdios; Constitucionalismo; porvir; paz social.

ABSTRACT

The origins of Constitutionalism can be found in the Old Age with the Hebrews, and the Greek people, going by the Medium Age and further on for the Modern Age, until disemboguing in the Contemporary Age. With that historical understructure, the present article will look for to analyze the evolutions of Constitutionalism in elapsing of the time as well as your possible indications concerning the future. In this margin, the reader is invited to cross the sea with us, being of extreme importance: i) the notion of Constitutionalism, ii) joined her/it of the historical constitutional understructure and iii) the view to the future, because on the other side of the horizon it is the social peace.

KEYWORDS: origins; Constitutionalism; future; social peace.

INTRODUÇÃO

"Mesmo as pedras, com o tempo, mudam". Cecília Meireles definiu com pertinência a eterna metamorfose em que vive o homem enquanto ser gregário que é. De tal sorte que essa

[1113] Graduado em Letras / Literatura pela Universidade do Norte Pioneiro (2009); Acadêmico de Direito nas Faculdades Integradas de Ourinhos – Ourinhos, SP. Estagiário do Ministério Público de Ourinhos, SP.
[1114] Acadêmica de Direito nas Faculdades Integradas de Ourinhos – Ourinhos, SP. Estagiária da Justiça Federal de Ourinhos, SP.

constante vai refletir diretamente no texto constitucional de cada época; isto é, se a sociedade e o homem mudam, consequentemente assim também o Direito, posto nada mais ser senão o reflexo de sua época.

Deste modo, discorrer-se-á sobre as evoluções do Constitucionalismo, desde os povos antigos até a contemporaneidade, e apresentar-se-á a teoria da "Constituição Vindoura", do doutrinador José Roberto Dromi, que terá como escopo a efetivação dos direitos de terceira dimensão, sobrelevando, notadamente, a eficácia dos princípios da solidariedade e fraternidade entre as pessoas.

Com efeito, para obter-se mérito neste trabalho e aumentar a margem de acerto no tocante ao desconhecido, apresentar-se-á, primeiramente, os mais diversos conceitos de Constituição expostos na doutrina. Em seguida, uma breve viagem ao passado será alçada para encontrar as diversas fases do Constitucionalismo desde as sociedades mais primitivas até os dias atuais. Por fim, em posse do que é o Constitucionalismo, bem como de suas evoluções históricas no tempo, o leitor será projetado ao futuro onde lhe será apresentado um "Constitucionalismo do porvir", o qual se estabelecerá sobre os ditames da verdade, da solidariedade, do consenso, da continuidade, da participação, da integração e da universalidade.

1. CONCEITOS DE CONSTITUIÇÃO

Traçar a ideia de Constituição apresenta-se como uma árdua tarefa que requer total embasamento doutrinário e histórico. A tentativa de estabelecer um conceito puro e adequado gera intermináveis divergências na doutrina, visto que trata-se de um termo equívoco, ou seja, presta-se a mais de um sentido. Celso Ribeiro Bastos compara a Constituição a um poliedro que fosse examinado a partir de ângulos diferentes, de modo que, "em cada posição para a qual o observador se deslocasse, facetas diferentes dessa figura geométrica seriam vistas, não lhe sendo possível examiná-la toda de uma só vez" (BASTOS, 2001, p. 41).

Neste sentido, Konrad Hesse (1992, *apud* BASTOS, 2001, p. 41), afirma que:

> (...) esta questão não pode ser resolvida recorrendo-se a um conceito de Constituição de aceitação geral ou, pelo menos, majoritariamente admitido. A teoria atual do

> Direito Constitucional, por mais que nela se encontrem amplas coincidências, não chegou a aclarar o conceito e a qualidade da Constituição até o ponto de alcançar um consenso suficientemente amplo para poder ser tido como uma 'opinião dominante'. A compreensão em cada caso subjacente do que é o Estado e as Constituições atuais é com frequência algo dado de antemão ou pressuposto e não algo explicitamente fundamentado.

Pretende-se, portanto, apresentar ao leitor uma ideia substancial, mas não exaurível, do termo "constituição", tratando de explanar o conceito em sentido amplo, em relação ao qual existe plena pacificação por parte dos doutrinadores, por se tratar de um conceito atécnico ou acientífico. Dessa forma, temos que constituição é composição, estrutura, formação, designação ou o modo pelo qual se estabelece algo.

Entretanto, *stricto sensu*, "Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos" (MORAES, 2010, p. 6).

Além da concepção puramente axiológica que se tem do termo, a Constituição costumeiramente é estudada levando-se em conta seu conceito material e formal, diferenciação esta assiduamente tratada por José Afonso da Silva. Com propriedade, o ilustre doutrinador explica que:

> a constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, a conduta humana motivada pelas relações sociais (econômicas, políticas, religiosas etc.); como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo (SILVA, 2012, p. 39).

De tal conceito clássico, ainda, extrai-se a devida associação do termo com noções de democracia, na medida em que se admite que a Constituição é criada (e recriada) devido à supremacia da vontade do povo, do qual emana todo o poder. Por fim, como objetivo, visa à

limitação do poder governamental, bem como à concretização dos valores e princípios que apontam para a existência da vida em sociedade.

De igual modo, Hans Kelsen (2012, p. 247), observou que a Constituição se concretiza por duas maneiras distintas: em seu sentido material, que é quando as normas que integram o corpo constitucional são dotadas de matérias atinentes à regulação de normas gerais, de cunho propriamente constitucional; e, em seu sentido formal, pelo qual as normas precisariam apenas obedecer às regras de integração ao texto constitucional, pouco importando a matéria de que tratam. Nota-se, pois, duas vertentes distintas de inclusão de normas à Constituição.

Desta feita, é tranquilamente possível visualizar que a acepção material de Constituição está intrinsecamente relacionada à sua finalidade, na medida em que o objeto do Direito Constitucional contemporâneo revela-se mais pelo conteúdo das normas jurídicas do que pelas suas considerações formais (BONAVIDES, 2001, p. 22), razão pela qual triunfa hoje a ideia de constitucionalização do Direito, solidificada por premissas principiológicas.

Neste contexto, sob a ideia incutida de leitura moral e axiológica do Direito, impulsionada, sobretudo, pelo pós-positivismo, “a interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais” (BARROSO, 2006, p.20). Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, as quais denotam o mesmo ideal, “uma Constituição deve estabelecer os fundamentos adequados a uma *teoria da justiça*, definindo as estruturas básicas da sociedade sem se comprometer com situações particulares” (CANOTILHO, 2001, p. XXI). Isso significa dizer que a Constituição deve aspirar a efetividade das normas baseada no sentimento *geral* de Justiça, evitando, contudo, o comprometimento com situações individualizadas.

É justamente neste cenário que se encontra ousadia e sustentação para vislumbrar a Constituição do porvir, sugerida no presente artigo como evolutivamente eficaz e aplicável, estabelecida com solidez sob a aparente dualidade: justiça e efetividade de suas normas.

Sendo assim, embalado em um “sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior” (BARROSO, 2006, p.19), o leitor adentrará no real histórico do Constitucionalismo, a partir do qual será possível sentir-se contextualizado nos fundamentos que reputam-se imprescindíveis para a construção do futuro constitucional, para enfim vislumbrar as novidades que sustentavelmente crê-se estar reservadas para a

continuidade e evolução da História.

2. AS SEMINAIS CONSTITUCIONALISTAS NA ANTIGUIDADE: LEIS DE DEUS E A DEMOCRACIA NA GRÉCIA

Já na Idade Antiga é possível encontrar, ainda que grosso modo, o cerne do Direito posto entre a convivência dos povos, isto é, o homem que vivia isoladamente passou a (con) viver em grupos, e, portanto, deixou sua vida nômade para fixar-se nos lugares e ali construir sua vida e seu seio social. Ora, essa reunião dos povos exigia uma determinada ordem para a manutenção da paz, por conseguinte nasce a figura do líder para controlar os grupos que começavam a se formar.

Neste desiderato, o líder precisava de legitimação para sobrepor-se aos demais, pois, se todos eram iguais em estado de natureza, só uma forma de governo seria plausível ao convencimento de todos, qual seja: o líder atendia a um chamado de Deus, e, destarte, era capaz de orientar o povo.

A propósito, cumpre destacar o norteamento do conspícuo doutrinador Paulo Nader, no que tange ao surgimento do Direito, posto que "em sua fase primitiva o Direito foi dominado pela Religião, sob a crença generalizada de que as leis possuíam origem divina e, como tal, não deviam ser reformuladas pela ação humana" (NADER, 2010, p. 95).

Não obstante, as primeiras sementes do Constitucionalismo começaram a ser lançadas por esses povos, de modo que é possível vislumbrar um controle deste poder concedido por Deus, de tal monta que, dentro daquilo que se pode chamar de Estado teocrático, já se despontavam limitações ao poder político, uma vez que era assegurada aos profetas a legitimidade para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos (LENZA, 2011, p.55). André Ramos Tavares aponta que foi Karl Loewenstein quem identificou o nascimento desse movimento entre os hebreus que, já em seu Estado teocrático, criaram limites ao poder político, por meio da imposição da chamada "lei de Deus" (TAVARES, 2003. p. 3).

Impende, todavia, ressaltar, que neste tempo o Direito não possuía quaisquer tipos de divisões, de maneira que não se está a falar de um Direito Constitucional estabelecido, tal como se tem nos dias atuais, mas tão somente de um Constitucionalismo embrionário, baseado sob os costumes da época, para o controle do poder exercido pelos governantes.

Neste passo, cumpre novamente trazer à baila excerto do professor Paulo Nader:

> Primitivamente, o Direito Positivo não possuía divisões em classes ou ramos. Em sua fase pré-científica sequer se cogitou sobre a diferenciação entre o Direito Público e o Privado, que adveio apenas com o Direito Romano. Os códigos primitivos disciplinavam, indistintamente, todo tipo de relações sociais, englobando questões de família, trabalho, tributo, comércio, pena (2010, p. 96).

Outrossim, a experiência das Cidades-Estados na Grécia inovaria no sentido de instituir nas poleis uma democracia constitucional, desvelando evolução no que tange à estruturação mais organizada da sociedade, porquanto nascia ali a noção de cidadania, bem como as noções de política e de Estado.

É possível, assim, visualizar com mais nitidez a ideia de Constitucionalismo intrincada à noção de cidadania, pois os cidadãos, muito embora escolhidos de forma seleta, tinham o direito de participar ativa e diretamente da organização do Estado. Ademais, por força de lei, havia imposições aos poderes estatais. Neste rumo, os filósofos gregos exaltaram a sociedade, a política e o homem, de tal sorte que Sócrates, prestes a morrer, no ápice de sua sapiência, abdicou de resistir à pena que lhe havia sido imputada, conquanto entendia que a lei deveria ser cumprida, para que sua hegemonia fosse assegurada. Ora, isso não é senão a expressão máxima dos princípios constitucionais vistos na contemporaneidade, uma vez que revelava a sucumbência do grande filósofo grego ao poder da lei e ao poder dos princípios, e não apenas ao poder do governante.

3. IDADE MÉDIA E O DESPERTAR DAS LIBERDADES E DOS DIREITOS CIVIS

Adentrando em mar nebuloso, chega-se à “Idade das Trevas”. O Constitucionalismo, por estas bandas, esboça o renascimento das liberdades individuais, muito embora, na prática, nenhum tipo de limitação pudesse ser imposta ao regime absolutista. André Ramos Tavares resume em poucas linhas a governança destes monarcas: “Suas decisões eram consideradas acima das leis, ou seja, seus atos não se submetiam ao controle jurídico” (2003, p. 4).

Mas, nem tudo eram trevas, afinal, como já mencionado acima, a Idade Média fez

despertar a luta pela conquista das liberdades individuais, de modo que a Carta Magna de 1215 desponta como uma das principais fontes do Constitucionalismo atual, uma vez que criou as condições para o estabelecimento de liberdades e direitos civis dos povos.

Neste sentido, importa assinalar o artigo 39 emanado da Carta de João Sem-Terra de 1215, que traz em seu bojo as seminais do devido processo legal:

> Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra (MAGNA, 1215).

Acerca do tema, José Afonso da Silva recorda, em contrapartida, que "(...) tais mandamentos, entre outros, não eram respeitados pelo poder monárquico, que só aos poucos, com o crescimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, foi cedendo ás imposições democráticas" (2012, p. 153).

A observação do douto doutrinador é basilar, pois os monarcas, na prática, não obedeciam aos ditames limitadores de seus poderes, tendo sido relegado a essas previsões tão somente um caráter formal, sem qualquer tipo de eficácia no plano fático. Contudo, é salutar a importância que tiveram, ainda que timidamente, para os movimentos constitucionalistas da Idade Moderna, conforme anota Nicola Matteuci, "o princípio da primazia da lei, a afirmação de que todo poder político tem de ser legalmente limitado, é a maior contribuição da Idade Média para a História do Constitucionalismo" (*apud* TAVARES, 2003, p. 9).

Vencida a Idade Média, é necessário invadir a seara do Constitucionalismo Moderno, donde alguns filósofos pretendem iluminar todas as ideias até aqui tratadas, visando garantir, efetivamente, os direitos fundamentais do Homem. Acendam-se as luzes, que os Iluministas vêm aí.

4. IDADE DAS LUZES E O CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Em decorrência da inobservância aos ditames apregoados na Carta de 1215 no

século XVII, alguns documentos vão surgindo na Inglaterra objetivando o término da Monarquia Absolutista, substituindo, desta forma, a fonte emanadora do poder estatal, que era do monarca, para o texto constitucional. Dentre outros documentos, merecem atenção: o Petition of Rights, de 1628; a Lei do Habeas Corpus, 1679; e o Bill of Rights, 1689.

Contudo, releva assinalar que esses documentos, embora de suma importância na trajetória ao Constitucionalismo do porvir, não representam declarações propriamente ditas de direitos no sentido moderno, as quais só apareceram no século seguinte com as revoluções burguesas. No tocante a Petition of Rights, José Afonso da Silva é categórico ao afirmar que "é um documento dirigido ao monarca em que os membros do Parlamento de então pediram o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos de sua majestade. A petição constituiu um meio de transação entre Parlamento e rei..." (2012, p. 152).

A bem ver, a causa maior do Petition of Rights era a busca pela efetivação dos direitos já consagrados, embora não cumpridos, pela Carta Magna de 1215. Torna-se, pois, de suma importância este documento na caminhada ao Constitucionalismo do porvir, posto que já demonstrava uma efervescência maior na luta pelos direitos fundamentais, além do sempre nítido controle ao poder governamental.

Nesse sentido, em 1679 a Inglaterra vai apresentar ao mundo a Lei do Habeas Corpus, que reivindicava a proibição das prisões ilegais. Cumpre observar, conquanto, que essa previsão já havia sido traçada no artigo 39 da Carta de 1215 (supracitado), ou seja, a Lei do Habeas Corpus buscava efetivar um direito outrora preestabelecido, reforçando a ideia de liberdade individual.

Outrossim, o Bill of Rights de 1689 concretizou a soberania popular, garantindo-se direitos fundamentais aos indivíduos, tais como o direito à liberdade, à vida e à propriedade privada. Este documento, quiçá o mais importante do século XVII, revela, notadamente, um controle mais eficaz ao arbítrio do governante absoluto. Ora, é o poder popular insurgindo contra o poder absolutista, transmudando a soberania para o povo.

Com efeito, o artigo 15 de tal diploma, assinala que: "Reclamam e pedem, com repetidas instâncias, todo o mencionado, considerando-o como um conjunto de direitos e liberdades incontestáveis, como também, que para o futuro não se firmem precedentes nem se deduza consequência alguma em prejuízo ao povo" (RIGHTS, 1689).

Por outras palavras, o que se reivindicava neste e noutros documentos, era a

proibição da arbitrariedade estatal, de tal sorte que o governo não poderia se dar por absoluto, pois havia espaços que ele não poderia invadir, bem como procedimentos que deveriam ser respeitados. O Constitucionalismo desta época foi além de perquirir a limitação ao poder absolutista: anunciou que as pessoas detinham direitos fundamentais e que a soberania, a bem ver, estava nas mãos do povo, que a exercia através de seu governante.

Por fim, a Carta Magna (1215), o Petition of Rights (1628), a Lei do Habeas Corpus (1679) e o Bill of Rights (1689) tinham em comum a busca pela efetivação do "devido processo legal", pois instavam a limitação de arbitrariedades governamentais.

Nessa onda, o século XVIII vai assegurar dentro da Constituição norte-americana inúmeros direitos fundamentais do Homem, dentre os quais destacam-se as emendas aprovadas no Estado da Filadélfia em 1791, que constituíram o Bill of Rights do povo norte-americano. Dentre outros direitos fundamentais, merecem realce: a garantia do direito de propriedade, o devido processo legal, a liberdade e inviolabilidade da pessoa, a proibição da escravatura e a igualdade perante a lei.

Vale trazer à baila as palavras do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski: "É interessante sublinhar que o objetivo que presidiu a elaboração das primeiras constituições e que ainda permanece o mesmo para as atuais, consistia, basicamente, na contenção do poder e na defesa dos direitos individuais" (*apud* TAVARES, 2003, p. 10).

A propósito, a Constituição norte-americana de 1787, resguardadas as proporções, reflete aquilo que se buscava timidamente desde os povos hebreus. A grande inovação trazida foi no tocante à sua forma escrita. Cumpre lembrar que esta tendência exerce forte influência até os dias atuais, sendo poucos os países que sustentam suas Constituições sob a forma consuetudinária.

É preciso ressaltar a importância histórica da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que trazia em seu artigo 6º os seguintes mandamentos:

> A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos,

> segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos (DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789).

Extrai-se, pois, com facilidade, a tendência de se destacar o poder da lei emanado pelo povo. Rousseau foi um dos grandes idealizadores deste dogma, uma vez que entendia que a lei é o reflexo da vontade geral, de modo que o povo ascendia como um terceiro Estado na defesa dos ditos direitos fundamentais de primeira dimensão.

Importantes são as considerações de Elival da Silva Ramos, no tocante à ideia da lei como expressão da vontade geral:

> Produto da razão e, portanto, infalível na visão do liberalismo militante, a lei era o principal instrumento jurídico propulsor da democratização da sociedade setecentista, sendo mesmo considerada um exercício do poder soberano estatal, radicado no povo, à falta de elaboração mais precisa de uma Teoria da Constituição e do Poder Constituinte, como se vê em Rousseau (2010, p. 23).

Conclui-se que a razão começava a ser atributo essencial da organização da sociedade, isto é, o poder não poderia mais ser explicado pelo escopo meramente transcendental, mas sim como manifestação da vontade geral. No entanto, ainda faltava no século XVIII uma teoria elaborada da Constituição condizente com esses avanços do poder da lei, consoante a sua emanação dada pelo povo, ou seja, a Constituição necessitava estar inserida em um texto escrito, com conteúdo constitucional consoante “os termos do antigo contrato social de Rousseau, que, nesse momento, deixava a condição de ficção para tornar-se o diploma jurídico de maior relevância dentro dos ordenamentos estatais” (TAVARES, 2003, p. 10).

Destarte, a Constituição Francesa de 1791 prestava-se a garantir a liberdade, a igualdade e a fraternidade entre os homens, através de um “contrato social”, ou seja, tornavam-se inadmissíveis quaisquer formas de governo de cunho absolutista, pois o povo estava dizendo ao governante que havia espaços de suas vidas que não podiam ser invadidos arbitrariamente pelo rei. Isto é a expressão máxima da ideia liberal, estampada nas palavras de Montesquieu: “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite” (*apud* FACHIN, 2006, p. 41).

Nesta linha de considerações, cumpre assinalar a teoria aprimorada de Montesquieu sobre a tripartição dos poderes, que serviu de sustentáculo na defesa dos direitos fundamentais, haja vista que retirava do rei o controle absoluto do poder, ou seja, estipulou uma forma de o próprio poder limitar o poder, uma vez que as funções do governo passavam a ser atribuídas a órgãos distintos e separados.

De outro norte, o liberalismo econômico vai culminar em drásticos desequilíbrios sociais, posto que o ideal de liberdade (exacerbada) maculava o princípio da igualdade entre as pessoas, repercutindo em miséria desmedida e exploração abusiva da classe menos favorecida.

À frente dessa situação era forçoso criar mecanismos que protegessem os oprimidos e minimizassem as gritantes desigualdades sociais provocadas pelo liberalismo econômico, pois os mais fracos não podiam escapar de seus flagelos, senão com apoio e defesa do Estado, ou seja, o Estado Liberal de Direito só trazia liberdade aos que possuíam poderes econômicos expressivos em detrimento da qualidade de vida digna da grande maioria da população, que no mais das vezes era composta pela classe trabalhadora.

Os primeiros países que deram corporificação constitucional às normas de Direito do Trabalho foram o México em 1917, e a Alemanha com a sua Constituição de Weimar em 1919; “surge, então, a consciência de que os indivíduos que não têm direitos a conservar são os que mais precisam do Estado” (DALLARI, 2011, p. 209).

No dizer de Paulo Bonavides:

> Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência do seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social (2004, p. 186).

Deveras, uma nova dimensão de direitos fundamentais surge, qual seja a dos direitos sociais dentro de um Estado Social de Direito, que vestirá com nova roupagem o Constitucionalismo, transformando-o de mera filosofia do Direito em autêntica Ciência Jurídica. Neste lanço, esclarecedoras são as palavras de André Ramos Tavares:

> Ora, a ideia de formação de um texto constitucional é tributária, num momento inicial, das denominadas teorias contratualistas (...). Não mais se justificam, contudo aquelas teorias, à luz do constitucionalismo atual, que atingiu um grau de maturidade e independência suficiente para se "legitimar por si mesmo" (2003, p. 13).

Posto isto, é chegada a hora de atracar na Idade Contemporânea, donde, conforme assinala André Ramos Tavares, o Constitucionalismo passa a se legitimar por si mesmo, ou seja, desprendendo-se das amarras contratualistas que funcionavam como sustentáculo de sua existência. É o ganhar de asas como ciência autônoma.

5. A CONTEMPORANEIDADE CONSTITUCIONAL – NOVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

Tal ganhar de asas afastou a Constituição dos princípios axiológicos externos ao Direito, sendo necessária, na aplicação da lei, uma interpretação sistemática e extraída do próprio ordenamento jurídico. Demais, projetou-a para o campo meramente político, isto é, fazendo surgir normas programáticas que tão somente traçam caminhos políticos para uma convivência social pacificada, isentas de força normativa. Por outras palavras, as Constituições vão se tornar ferramentas políticas de promessas utópicas e distantes, sem muita potencialidade jurídica.

Paulo Bonavides, com sua pertinência aguda, anota que "a queda do grau de juridicidade das Constituições nessa fase de anárquica e conturbada doutrina se reflete em programaticidade, postulados abstratos, teses doutrinárias; tudo isso ingressa copiosamente no texto das Constituições" (2001, p. 208).

A eclosão da Segunda Guerra Mundial é supedâneo para o surgimento da terceira dimensão de direitos fundamentais, pois após se revelar ao mundo as atrocidades cometidas durante o período de conflito mundial, fez-se necessária a proteção aos direitos de fraternidade e solidariedade. Não bastava apenas a garantia da liberdade individual e dos

direitos sociais, as duas Grandes Guerras serviram para demonstrar ao mundo que a sociedade necessita também ser fraterna e solidária, pois o individualismo exacerbado acarretaria outras tantas tragédias desmedidas que, fatalmente, aniquilariam a raça humana.

Ademais, impende trazer à baila os esclarecimentos de Luís Roberto Barroso:

> Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição (2006, p. 22).

Decorre disto que, no segundo pós-guerra, a Constituição foi alçada suprema e juridicamente para o ápice de todo o ordenamento jurídico. Nesta esteira, Kildare Gonçalves Carvalho ressalta:

> O Constitucionalismo contemporâneo tem sido marcado por um totalitarismo constitucional, no sentido da existência de textos constitucionais amplos, extensos e analíticos, que encarceram temas próprios da legislação ordinária. Há um acentuado conteúdo social, a caracterizar a denominada constituição dirigente, repositório de promessas e programas a serem cumpridos pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, o que muitas vezes acarreta o desprestígio e a desvalorização da própria Constituição, pelas falsas expectativas geradas (2008, p. 237).

Nota-se, pois, que a Constituição passou a tratar de inúmeros temas que antes não possuíam tratativa constitucional, passando a formar um Estado dirigente que busca atender aos chamamentos populares.

Hodiernamente, inúmeros e conhecidos doutrinadores apontam como reflexo dessa expansão do Constitucionalismo, bem como a alocação do texto constitucional ao topo da pirâmide com força normativa, o paradigma “neoconstitucionalista” ou “neopositivista”.

Outrossim, Ricardo Lobo Torres (2005, *apud* BARROSO, 2006, p. 63) lembra que:

> De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de "virada kantiana" *(Kantische Wende),* isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico.

Em síntese, os pós-positivistas asseveram que, ao fim da 2ª Guerra Mundial, o mundo, traumatizado pelos horrores cometidos durante o Holocausto e também pelas explosões atômicas no Japão, passou a se preocupar, sobremaneira, com a retomada dos princípios axiológicos ao Direito, de tal sorte que os princípios incutidos nas Constituições passam a ter eficácia normativa, conferindo maior força ao Poder Judiciário. Por conseguinte, a Constituição deixa de ser vista meramente como uma Carta Política e passa a ter força normativa, de modo que os princípios e as normas constitucionais revestem-se de imperatividade jurídica, característica antes atribuída somente às normas infraconstitucionais.

De outro norte, Elival da Silva Ramos contrapõe-se a essa ideia de um "neopositivismo", conquanto crê na vigência duradoura ainda do positivismo, ao mesmo tempo em que atribui à criação neopositivista o temor emocional da *"Reductio ad Hitlerum"*, traduzido por Dimitri Dimoulis, em sua obra "Positivismo Jurídico":

> Quando se pretende rejeitar uma teoria ou uma visão política, afirma-se que ela foi adotada pelo regime nazista ou, pelo menos, que corresponde à ideologia nazista. Isso permite rejeitar imediatamente essa teoria ou visão política, já que ninguém aceitaria, em nossos dias, defender o pensamento nazista. Temos aqui um artifício retórico que objetiva desqualificar os adversários sem análise da substância (Dimoulis, 2006, *apud* RAMOS, 2010, p. 44).

Os positivistas, influenciados pela "Bíblia" kelseniana, ou seja, pela Teoria Pura do Direito, garantem que o positivismo jurídico ainda não teria se findado e discordam veementemente da ideia de que a 2ª Guerra Mundial teria sido o calvário do afastamento científico do Direito, pois, segundo eles, o Positivismo Jurídico é próprio de Estados Liberais e Democráticos, não se caracterizando, portanto, como embasamento teórico às políticas

totalitaristas do nazismo e do fascismo. Deste modo, apontam que a justificativa neopositivista baseia-se sobre a falácia do *"Reductio ad Hitlerum"*, ou seja, "redução a Hitler", que reduz à ideia de que se algo foi usado por Hitler torna-se nocivo; se não foi, significa que é algo apreciável.

Importa, todavia, ressaltar, que independentemente da corrente doutrinária preferida, fato é que no segundo pós-guerra mundial, novos rumos foram traçados nas relações entre o Estado e o povo. As Constituições ocidentais, em sua grande maioria, foram projetadas ao centro do ordenamento jurídico com força normativa, e todos os atos jurídicos passaram a ser interpretados constitucionalmente sob o princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, essa onda constitucional vai ganhar força com a Constituição de 1988, onde o país passa de um regime autoritário para se consolidar como Estado Democrático de Direito.

Neste norte, a Constituição de 1988 restabeleceu a garantia de direitos fundamentais suprimidos durante o regime militar, tais como liberdade de expressão e direitos políticos, e posicionou como um dos fundamentos da República Federativa o princípio da dignidade da pessoa humana para a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária.

Vive-se sob um verdadeiro totalitarismo constitucional, visto que todas as normas abaixo da Constituição devem estar em acordo e harmonia com o texto supremo. Luís Roberto Barroso aponta que "quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição" (BARROSO, 2006, p. 36).

É a vitória do Constitucionalismo no Ocidente. Mas, ainda muito há que ser percorrido para que se efetive, verdadeiramente, os direitos fundamentais da pessoa humana. Para tanto, a partir daqui o leitor será projetado ao futuro, ao lado de José Roberto Dromi, na busca de se tentar traçar os novos rumos do Constitucionalismo, utilizando-se como referência a Constituição brasileira de 1988.

6. CONSTITUCIONALISMO DO PORVIR

Depois de rapidamente revisitados os povos hebreus, os filósofos gregos, a "Idade das Trevas" e a "Idade das Luzes", bem como vencidas duas guerras mundiais no século XX

para chegar à contemporaneidade, finalmente apresentar-se-á as projeções de futuro do jurista José Roberto Dromi. Cumpre lembrar que toda viagem na imaginação exige nobres devaneios, que parecem ter tomado conta do douto e percuciente doutrinador, ao que profetizou que o futuro do Constitucionalismo "deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade" (Dromi, 1997, *apud* LENZA, 2011, p.58).

Deste modo, a *verdade* deve vir estampada no sentido de que a Constituição não deverá gerar falsas expectativas, sob risco de incidir naquilo que Kildare Gonçalves Carvalho (2008, p. 237) manifestou como sendo causa geradora de desprestígio e descrédito do texto constitucional. No entanto, é utópico pensar que o Estado conseguirá atender a todas as classes sociais e agradar a todos seus cidadãos, por óbvio que não é essa a ideia de Dromi. O princípio da verdade se posiciona aqui no sentido de que devem ser erradicadas do sistema constitucional normas de cunho programático que são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados, e haver maior cobrança para implementação das normas que são esquecidas pela falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis (TAVARES, 2003, p. 14).

A título de exemplo, cumpre demonstrar um modelo de norma programática na Constituição de 1988, encontrado no artigo 7º, inciso IV:

> São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim (BRASIL. Constituição, 1988).

É pena que para tudo isso o salário seja mínimo! Quando o Poder Constituinte cria promessas inalcançáveis, ele está a limitar a luta da sociedade, porque ilude toda uma nação com ineficazes promessas, apenas para tranqüilizar os ânimos e demonstrar uma pseudopreocupação com o estado de pobreza, calamidade e desigualdades sociais, sendo que

na prática, os menos favorecidos estão a cumprir pena de vida.

Basilar a observação de Paulo Bonavides, quanto à efetivação de direitos sociais:

> Fatores econômicos objetivos e reais seriam, portanto, decisivos para concretizá-los. Quanto mais desfalcada de bens ou mais débil a ordem econômica de um país constitucional, mais vulnerável e frágil nele a proteção efetiva dos sobreditos direitos; em outros termos, mais programaticidade e menos juridicidade ostentam. (2001, p. 597).

No tocante à *solidariedade*, José Roberto Dromi sugere que, no futuro, as Constituições mundiais serão pautadas expressamente pela solidariedade entre os povos, sempre com efetividade material, posto que as normas programáticas não terão mais espaço dentro das Constituições pátrias. A sociedade deverá ser solidária e fraterna, e males como a discriminação ou preconceitos por origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação serão erradicados do seio social, posto que a solidariedade gerará maior tolerância entre os povos e entre as classes sociais. Esses valores podem ser encontrados na leitura do artigo 3º, incisos I e IV da CR/88, contudo com caráter unicamente programático.

O *consenso* remete à ideia de que, na elaboração dessa nova Constituição, os povos se reunirão democraticamente para construírem novos ditames constitucionais. Destarte, está intrincado diretamente à democracia; contudo, não se está a dizer que consenso seja concordância unânime, pois é sabido que, em uma sociedade heterogênea, dificilmente as opiniões se coadunam de modo geral. No entanto, mesmo diante desta heterogeneidade, deverá haver um consenso no sentido de que a parte derrotada submeta-se à vontade da outra parte, ainda que emane de um grupo minoritário, pois o objetivo será a manutenção do sistema democrático. Portanto, ao contrário da ideia de maioria onde o grupo dominante sobrepuja os interesses de grupos menores, no ideal de consenso, a vontade vencedora pode ser emanada de um grupo minoritário, seja em número de pessoas, seja em poder econômico inferior ou em representatividade social. Consenso, destarte, é o reconhecimento solidário de que nem sempre aos mais fortes pertence a razão.

Do mesmo modo, as Constituições deverão ser pautadas sob uma *continuidade* histórica e lógica, ou seja, o constituinte originário deverá pautar-se nos elementos históricos

de seu país, perdendo, relativamente, sua arbitrariedade absoluta, uma vez que deverá estar adstrito à História. André Ramos Tavares aponta em sua obra que é possível reconhecer na teoria de Dromi o que a doutrina chama de bipartição do poder constituinte originário em originário propriamente dito e instituído, estando este último inserido numa continuidade histórica (TAVARES, 2003, p. 14).

Ademais, continuidade também sugere a ideia de que as normas constitucionais jamais poderão regredir no tocante aos direitos fundamentais já conquistados, porquanto a necessidade de um encadeamento lógico e contínuo em suas modificações.

Impende ressaltar a importância da *participação* da sociedade na formação de um novo país, consolidando-se o real sentido democrático. Ora só, a democracia não se prende apenas à ideia de sufrágio universal, isto é, não basta que as pessoas simplesmente votem: é preciso que questionem o poder posto e participem ativamente da formação da sociedade.

O jurista argentino prossegue dizendo que a paz só será alcançada quando houver *integração* espiritual, moral, ética e institucional entre os povos, de tal sorte que essas integrações só poderão ser efetivadas através da criação de órgãos supranacionais. Dessa forma, é de suma importância a influência das tecnologias avançadas, visto que diminuem as distâncias entre os povos, pois a informação percorre o mundo em questão de segundos, e uma vez adequadamente usada, será o meio principal da integração mundial.

Por último, o doutrinador sinaliza no sentido de que haverá uma verdadeira *universalização* dos direitos fundamentais, o que representaria a efetivação dos objetivos traçados explicitamente nos ideais da Revolução Francesa, e mais recentemente na Declaração Universal dos Direitos Humanos elaborada pela ONU em meados do século passado. Cumpre frisar que ambas as declarações detiveram-se apenas a estabelecer regras formais e, além disso, não se pode falar que tenham abrangido todos os países, porquanto os países do Oriente não se encaixarem nos preceitos ditados pelo Ocidente. O Constitucionalismo do porvir, pois, almeja universalizar os direitos fundamentais do Homem.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS: É VIÁVEL O CONSTITUCIONALISMO DO PORVIR?

O Constitucionalismo resume-se à busca de limitação do poder estatal e à tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana. Representou na Antiguidade, de modo ainda

embrionário, a tentativa de limitação do poder concedido ao líder; posteriormente, além de tal limitação, separou em três as funções do governante e buscou a proteção de direitos individuais, bem como a tutela de direitos sociais, e por fim, numa terceira dimensão, a defesa de direitos de solidariedade e fraternidade. O leitor atento terá notado que as três dimensões de direitos fundamentais conquistados ao longo dos séculos já haviam sido estampadas como ideais na Revolução Francesa do século XVIII.

Quiçá no século XVIII os revolucionários também tenham sido chamados de utópicos por acreditarem que um dia a sociedade seria justa, igualitária e fraterna. Mas o fato é que, numa luta que atravessou séculos, o Constitucionalismo saiu vitorioso, e consubstanciou uma verdadeira epopéia até os dias atuais e tende a prosseguir nesta esteira epopeica rumo ao porvir.

Conforme já mencionado, a teoria de Dromi sofre dos riscos imanentes a qualquer previsão futura e incerta, contudo, nem por isso perde pelo mérito da qualidade do estudo. Deveras, alguns valores projetados no "porvir" já são exercidos atualmente no Ocidente. O *consenso,* por exemplo, já é visto como valor fundamental, uma vez que já se tem a democracia como o governo da maioria consoante o respeito às minorias. Do contrário, seria sinônimo de ditadura da maioria, e por óbvio, não é essa a ideia democrática, daí a importância atual do consenso.

Neste sentido, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal no Brasil denotam preocupação de assegurar isonomicamente os direitos das minorias, seja através de ações afirmativas ou do reconhecimento de direitos fundamentais que o legislador pátrio se absteve de tutelar**.** Esse posicionamento ficou clarividente no julgamento da ADPF 186 onde o Supremo julgou constitucional o sistema de cotas raciais nas Universidades Federais do país; na ADI 4277 e ADPF 132 onde houve o reconhecimento da união homoafetiva entre pessoas do mesmo sexo; na ADI 4424 no reconhecimento da constitucionalidade da Lei Maria da Penha; e na ADPF 54 sobre a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos (BRASIL. Supremo Tribunal Federal). Tais decisões revelam os ideais de *solidariedade, consenso, continuidade, participação,* e *integração* nacional, extraídos da Constituição Cidadã de 1988.

Mais uma vez o leitor astuto terá notado outra evidência nesta epopéia: até aqui o presente artigo cuidou apenas de tratar das evoluções constitucionais no Ocidente, esquecendo-se, copiosamente, do "universo" oriental. De fato, as informações doutrinárias acerca das evoluções do Constitucionalismo no hemisfério leste são inócuas para uma

apreciação devida sobre o tema.

No entanto, não se apresse a tecer conclusões precipitadas, caro leitor, pois é justamente neste cenário fragmentado que se justifica o último princípio da teoria de Dromi, qual seja: a *universalização* dos direitos fundamentais.

As recentes revoluções árabes têm demonstrado a insatisfação daqueles povos com os governos sultânicos, abrindo-se, deste modo, as portas para a democracia, representando uma verdadeira luta pelo Constitucionalismo e, sobretudo, desvelando indícios de que o mundo ruma para a efetiva universalização dos direitos humanos (REVOLTA ÁRABE, 2013).

André Ramos Tavares aponta:

> Assim, a exigência de democracias, no modelo norte-americano, de Estados que garantam e respeitem eles próprios os direitos humanos já consagrados, incluindo a liberdade de religião, bem como outros tantos princípios, foi disseminada como verdadeiro "dogma", valor absoluto do qual não se pode desviar qualquer país. Ora, em síntese, tem-se uma fase "final" do constitucionalismo, que é justamente a de propagar-se e alcançar todas as nações, unificando os ideais a serem consagrados juridicamente (2003, p. 15).

A tendência democrática baseada no modelo norte-americano a que se refere o insigne doutrinador é no sentido de que o princípio da supremacia constitucional se propagará a todos os países, unificando as nações sob ideais consagrados jurídica e constitucionalmente.

Neste norte, será de suma importância a criação de órgãos transnacionais capazes de apregoarem os ditames universais de direitos humanos. Entretanto, poderão insurgir dúvidas quanto à aplicação de tais normas quando conflitarem com as normas constitucionais internas do país. Neste sentido, novamente André Ramos Tavares perspicazmente assinala: "neste campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno; a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana" (2003, p. 392).

Atualmente, mais de ¾ das Constituições mundiais foram promulgadas após a

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Isso serve para demonstrar a forte influência que o documento, ainda que destituído de força normativa, apresenta (TAVARES, 2003, p. 391).

Em última análise, a Constituição Brasileira de 1988 em homenagem aos Direitos Humanos, tratou em seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, e, foi além, também consagrou no § 3º, do artigo 5º, que:

> Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais (BRASIL. Constituição, 1988).

Nota-se, pois, a observância à soberania estatal, uma vez que para serem inseridos na Constituição, os tratados e convenções internacionais devem, primeiramente, ser aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, respeitados os dois turnos de votação e a aprovação de três quintos dos Deputados e Senadores, mas evidencia-se também uma tendência a reconhecer que os direitos humanos são universais e, portanto, merecedores de força constitucional.

Assim, é chegada a hora do encerramento do presente artigo, lembrando que com base na teoria apresentada por José Roberto Dromi, apostamos na viabilidade da aplicação dos valores do Constitucionalismo do porvir que, em certa medida, já são componentes, ainda que de forma tímida, das Constituições ocidentais. Destarte, contagiados por tal teoria e em comemoração aos 25 anos de Constituição Cidadã no Brasil, é relevante olhar para os próximos 25, 50, 100 anos que estão retidos no porvir e sonhar com um futuro melhor, sabendo-se sempre que o povo sonha, a luta conquista e o constituinte atende aos conclames sociais porque, afinal, “mesmo as pedras, com o tempo, mudam”.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 22ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 11ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito.* 18ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social.* 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito* (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará: Fortaleza, v.4, nº 2, jul/dez. 2006. p.13-100. Em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2008/10/themis_v4_n_2.pdf>.

Acesso em: 17 de março de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. **(nº Edição). (cidade) : (editora) ,** 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva**,** 2003.

MAGNA, 1215. Disponível em: <http://georgelins.com/2009/08/09/a-magna-charta-de-joao-sem-terra-1215-a-peticao-de-direitos-1628-e-o-devido-processo-legal/>. Acesso em: 07 de março de 2013.

RIGHTS, 1689. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decbill.htm>. Acesso em: 07 de março de 2013.

DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 08 de março de 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial*: Parâmetros Dogmáticos. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

FACHIN, Zulmar. *Teoria Geral do Direito Constitucional.* 1ª Edição. Londrina: IDCC, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional:* Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo, 14ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988. In: Vade Mecum Saraiva / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cúria, Lívia Céspedes e Juliana Nicoletti. - 14ª ed. atualizada e ampliada. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 186, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>. Acesso em: 16 de março de 2013.

_____. ADI 4277 e ADPF 132, disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 16 de março de 2013.

_____. ADI 4424, disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199853>. Acesso em: 16 de março de 2013.

_____. ADPF 54, disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>. Acesso em: 16 de março de 2013.

REVOLTA ÁRABE, 2013. Disponível em:

<http://www.cartamaior.com.br/templates/index.cfm?alterarHomeAtual=1&home_id=111>. Acesso em: 16 de março de 2013.

MEIRELES, Cecília. Disponível em: <http://psb40.org.br/bib/b116.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2013.

DO DIREITO INTEGRACIONAL AO DIREITO COMUNITÁRIO: UMA LEITURA JURÍDICO-HISTÓRICA A PARTIR DOS BLOCOS ECONÔMICOS

Jamile Gonçalves CALISSI[1115]

RESUMO

Pretende-se fazer uma análise do processo integracional regional a fim de entendê-lo à luz de sua importância no âmbito econômico-internacional para, servindo de justificativa, dar ênfase ao Direito Comunitário e suas implicações constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Integracional – Direito Comunitário – Direito Constitucional

ABSTRACT

It is intended to analyze the regional process integracional order to understand it in light of their importance in economic and international, serving as justification, emphasize the Law and its constitutional implications.

KEYWORDS: Integracional Law - European Law – Constitucional Law

INTRODUÇÃO

Desde muito, a importância da formação de blocos regionalizados ainda faz parte da pauta na qual a regra é a união de países com o objetivo de fortalecimento no mercado internacional.

Dessa forma, a pretensão é fazer uma análise de todo esse processo com o intuito de verificar a sua conseqüência político-jurídica que é o Direito Comunitário.

[1115] Doutoranda em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Mestrado em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru, como bolsista integral CAPES, área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos. Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas de Jaú – Fundação Educacional Dr. Raul Bauab. MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Professora das Faculdades Integradas de Jaú – Fundação Educacional Dr. Raul Bauab. Servidora Pública.
currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/5100816232667133

As raízes da questão datam do final da Segunda Guerra e, por isso, necessário se fez a abordagem de vários pontos para, posteriormente se chegar à análise da União Européia e, principalmente o Mercosul e suas origens e suas perspectivas.

Demonstrar-se-á que o contexto histórico apresentou-se fundamental para o entendimento da nova conceituação do direito em tela, e a análise da União Européia, único bloco na atualidade que realmente aplica as regras de Direito Comunitário, serviu como ponto de partida para se entender o Mercosul e os demais blocos existentes.

Já consciente da importância desse novo direito para os dias atuais, passou-se a análise do processo de integração, com todas as suas etapas, objetivos e conseqüências.

Há, ainda, uma abordagem a respeito do assunto blocos econômicos, explicando mais detalhadamente o processo integracional na União Européia e demonstrando alguns dos blocos mais importantes a partir de 1989, logo após a transição do mundo bipolar para o mundo da cooperação internacional.

Explicar-se-á, então, as fases do processo de integração, demonstrando algumas teorias que se prezam a explicar o fenômeno.

Respeitando o contexto global, o Mercosul foi tratado de maneira efetiva, abordando sua origem histórica, seu processo de adaptação e desenvolvimento, sua estrutura e, por fim, suas perspectivas.

1. O DIREITO INTEGRACIONAL

A realidade econômica que compõe a atualidade é complexa e se apresenta como uma nova fronteira do constitucionalismo.

A tendência surgida após a Segunda Guerra Mundial foi a formação de blocos regionalizados, adeptos da integração econômica, um processo longo que teve como intuito a auto proteção e a ampla atuação internacional, ou seja, a organização para uma melhor atuação competitiva.

E, mais, a integração regional foi legitimada pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) já em 1947 e pela Organização Mundial do Comércio (OMC) a partir de 1994.

Dessa forma, é possível distinguir os dois tipos de mercados participantes do processo de integração.

> Mercado nacional é o espaço econômico, correspondente ao território de um Estado, em que se realizam as atividades produtivas caracterizadas pelo intercâmbio de bens ou serviços e pela produção industrial.
>
> Mercado comum é o espaço econômico, com aquelas mesmas características, que se estende pelos territórios de dois ou mais estados constituído por tratado ou acordo internacional[1116].

Partindo dessa diferenciação entre os dois tipos de mercados, chega-se ao processo de integração econômica regional, que se desenvolveu e se instalou por toda a economia mundial, até em áreas menos prováveis do globo terrestre.

A integração tem por objetivo direto o livre comércio interno e o protecionismo externo.

Vale entender, é de sua essência que os mercados nacionais se unam em torno de um mercado comum propondo o livre comércio entre os países signatários do acordo e, paralelamente a isso, desenvolva esse novo mercado, uma proteção externa contra os demais países ou blocos.

A integração que pode ser entendida como a eliminação de barreiras alfandegárias, incidência de impostos de importação, ou qualquer outro tipo de discriminação que vise a entrada de produtos extra-bloco, tem como primeiro passo a organização interna do espaço comum por meio do livre comércio e posterior defesa dos interesses do bloco perante a economia mundial.

Aponta-se, ainda, que nesse primeiro passo, a integração pode ser entre dois países apenas ou entre vários, por meio de tratados multilaterais. Pode, ainda, ser uma Integração total onde não haja restrições ao comércio interno, ou parcial, onde só uma parte dos bens é passível de transações. E menciono primeiro passo, pois, outros mais existem.

Dessa forma, é possível concluir que, criar um livre comércio, de fato significa integrar o mercado, mas o próprio significado do termo integração é muito mais complexo e

---

[1116] FARIA, Werter R. *Disciplina da Concorrência e Controle das Concentrações de Empresas no Mercosul*. Estudos da Integração, vol. 5º, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993, p. 08.

demonstra objetivos mais avançados, tal qual, o último deles, a aplicação do Direito Comunitário por meio de uma total e efetiva harmonização de leis entre os países participantes.

1.1. – TEORIAS INTEGRACIONISTAS

A integração, fenômeno comum no mundo atualmente, como já mencionado, vem se desenvolvendo desde o final da Segunda Guerra Mundial.

Entendida como um conjunto de medidas de caráter econômico e comercial, tendo por objetivo a promoção, aproximação e união entre as economias de vários países, a integração não é una, pelo contrário, caracteriza-se como um processo que tem início na diminuição (ou até eliminação) das barreiras tarifárias e não tarifárias, passando pela criação de uma tarifa externa comum, pela liberalização do comércio de serviços e a livre circulação dos fatores de produção, até chegar ao extremo da adoção de uma moeda única e, quiçá, à adoção de um espaço comunitário.

Para explicar o fenômeno, foram adotadas aqui, algumas teorias não só relacionadas ao termo integração, mas à toda evolução econômica que o mundo vem sofrendo ao longo das décadas.

Dessa forma, em um primeiro momento é possível destacar duas formas de explicação: a Teoria Clássica e a Teoria Neoclássica.

Segundo a Teoria Clássica baseada no liberalismo comercial (ou livre comércio), também conhecida como a Teoria da Divisão Internacional do Trabalho, ou como foi denominada por Smith de Teoria dos Custos Absolutos (ou Teoria das Vantagens Absolutas), um país produz aquilo que ele tem mais facilidade para produzir e, posteriormente, exporta esse produto. Quando consegue exportar seu excedente, diz-se que houve uma ampliação do mercado, já que preparado ele estava para exportar determinada quantidade do produto[1117].

Por só produzir o que tem facilidade, esse país tem que comprar aquilo que ele não produz, o que o leva a adquirir o que outros países produzem a um menor custo do que ele produziria.

[1117] SMITH, Adam, A Riqueza das Nações. Vol. I, São Paulo: Nova Cultural, Coleção "Os Economistas"1988, pág. 17-54.

No entanto, essa prática facilita somente os países ricos que, por conta de sua condição privilegiada, têm menos custos na produção de qualquer setor, e assim, nunca importaria os produtos produzidos pelos países menos privilegiados.

Para tentar corrigir isso, surgiu a Teoria Neoclássica, ou Teoria do não-intervencionismo estatal.

Surgida em decorrência da primeira, essa teoria

> ...supõe a complementação dos mercados de forma espontânea, usando as leis de mercado como mecanismo de integração, fundadas nos princípios do livre comércio[1118].

Em contra partida a essas duas teorias, uma mais recente surgiu para tentar explicar, em definitivo, o processo de integração.

A Teoria Estruturalista baseia-se em cinco vertentes: proteção das nações mais fracas; proximidade geográfica dos países membros; homogeneidade das estruturas voltadas ao desenvolvimento comum; busca de controle sobre as diferenças regionais; não domínio dos interesses privados; aplicação da supranacionalidade e dos sistemas de maiorias.[1119]

Para essa teoria, o processo de integração não atinge somente os mercados e os intercâmbios, pelo contrário, atinge toda a economia em profundidade. O objetivo é a fusão das economias.

Outro ponto de discordância: as teorias clássica e neoclássica consideram a integração como estática, enquanto que para a teoria estruturalista o processo todo é progressivo, gerando solidariedade entre os membros.

No entanto, hoje, a integração apresenta dois efeitos: o estático e o dinâmico.

[1118] MARX, Vanessa. *Investimento Direto Estrangeiro na Argentina e no Brasil*. Estudos da Integração, vol 13º, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, pág. 38.
[1119] MARX, Vanessa. Investimento Direito Estrangeiro na Argentina e no Brasil. Estudos da Integração, vol 13º, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997., p.46.

> O efeito estático deriva da designação de recursos que se produz como conseqüência da abertura. É o resultado de uma designação mais eficiente de recursos produtivos num mercado amplo, que não impõe restrições ao movimento de bens.
>
> O efeito dinâmico refere-se à taxa de crescimento a longo prazo da economia através do maior crescimento da produtividade ou aumento na taxa de formação de capital. Esse efeito tem caráter permanente[1120].

Assim, muitas são as formas de tentar explicar o fenômeno, porém, o que importa, fundamentalmente, é que os modelos de integração sempre se basearão na vontade dos Estados em obter, através de sua adoção, vantagens econômicas que se definirão, basicamente, em: aumento geral da produção, aumento da produtividade e estímulo à eficiência, por meio do aumento da concorrência interna.

No mais, é importante salientar que, a melhor teoria para explicar todo o processo é aquela adotada pela Teoria do Comércio Internacional que considera quatro as situações clássicas de integração econômicas, representada pelas quatro primeiras etapas do processo como um todo (zonas de tarifas preferenciais; zona de livre comércio; união aduaneira; mercado comum) mais etapa união econômica e monetária e, por fim, o estágio derradeiro de Direito Comunitário adotado, ainda, somente pela Europa.

1.2. – Fases da integração

O processo de integração é complexo e visa, ao final, via de regra, atingir a efetiva aplicação do chamado Direito Comunitário, ou seja, a formação de uma área onde os países participantes flexibilizem suas soberanias em prol de uma soberania comum, fenômeno denominado de supranacionalidade, que irá instalar-se, figurativamente, como poeira sobre os países signatários do tratado que ensejou tal condição, depositando sobre eles o intuito da cooperação para a manutenção de um bloco constituído de regras únicas e regido por instituições, princípios e objetivos comuns que levarão, inevitavelmente, a uma reinterpretação da soberania e do Direito Constitucional.

Porém, o caminho até esse estágio é longo e deveras trabalhoso.

[1120] MARX, Vanessa. *Investimento Direito Estrangeiro na Argentina e no Brasil*. Estudos da Integração, vol 13º, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997 pág. 50.

É um caminho constituído por fases que devem ser alcançadas gradualmente, à medida que a região vai se preparando para a adoção do novo modo de pensar a economia mundial.

São elas: zonas de tarifas preferenciais; zona de livre comércio; união aduaneira; mercado comum; união econômica ou monetária.

1.2.1. – Zonas de tarifas preferenciais

Ao tornarem-se signatários de um acordo que visa o processo de integração, os países, que nesta fase são sempre em número pequeno, se comprometem, primeiramente, à redução parcial das tarifas alfandegárias entre as nações participantes.

Objetiva-se, neste estágio, que os países participantes se igualem com vistas a prepararem-se para a fase seguinte, onde todos deverão estar prontos para a abolição total das tarifas de comércio.

Assim, essa fase poder ser considerada o embrião de todo o processo, pois aqui começa a desenvolver a mentalidade dos países signatários, ajustando-os para enfrentar todo o processo de redução e futuro aniquilamento das tarifas alfandegárias.

1.2.2 – Zona de livre comércio

Esse estágio, vale dizer, é uma continuação direta do primeiro. Mas, se no primeiro estágio o propósito era apenas a redução parcial das tarifas alfandegárias como modo de preparar os países signatários para a futura abolição dessas tarifas, esse momento deverá ocorrer no estágio presente, até mesmo como conseqüência natural daquele.

Além disso, se na primeira etapa a redução tarifária era parcial, aqui a redução é total, porém, nem sempre para todos os produtos.

Geralmente o que acontece é a eliminação total para um certo número de produtos. Com o tempo, essa eliminação vai gradualmente se ampliando e atingindo um número maior de produtos até, ao final, atingir todo o comércio entre as nações participantes.

A zona de livre comércio tem conceito amplo que varia conforme o enfoque.

Sob o prisma jurídico, a zona de livre comércio é exatamente essa associação já referida entre dois ou mais países com o intuito de constituição de um mercado comum (com livre circulação de produtos, capitais e pessoas).

O enfoque econômico é outro. Entende-se por zona de livre comércio no sentido econômico, áreas separadas do território nacional, dentro das quais os bens provenientes do exterior podem ser comprados sem restrições de cota e sem o pagamento de tarifas e impostos.

Podem ser áreas de pequeno porte, como um freeshop situado em um aeroporto, ou de grandes extensões, como o território de Hong Kong (considerado a maior área de livre comércio), que divide-se, por sua vez, em zonas de processamento e exportação e zona franca. Na primeira, em uma diferenciação superficial, a finalidade é eminentemente industrial, e na Segunda, além da área industrial, temos também a área de prestação de serviços e comercial.[1121]

No entanto, para este estudo, o entendimento jurídico da questão em tela é o ponto principal.

Essa etapa consiste, então, no seguinte processo:

> Nessa etapa do processo integrativo, os estados participantes da Zona assumem reciprocamente o compromisso de eliminar as barreiras tarifárias existentes nas suas fronteiras, para as mercadorias produzidas nos demais países participantes. Isto é, as mercadorias produzidas em cada um dos países envolvidos no processo de integração têm livre circulação nos demais. As barreiras tarifárias permanecem apenas em relação ao produtos importados por empresas sediadas em qualquer um dos países participantes, para a comercialização nos outros[1122].

Assim, neste momento não há que se falar ainda em uma relação do bloco com os demais países não participantes. Essa relação só será possível posteriormente, quando as

[1121] LINDNER, Eduardo. *ZPEs Brasileiras: a necessidade de mudanças no contexto do Mercosul*. Estudos da Integração, vol. 4º, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993, pág.14.
[1122] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vol. 1, 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 46.

tarifas alfandegárias forem completamente anuladas, configurando o estágio seguinte, o da união aduaneira.

1.2.3 – União Aduaneira

Nesta terceira etapa que se segue, as tarifas alfandegárias que já encontram-se anuladas entre os países signatários, passam a valer também para terceiros países, vale dizer,

> ...os participantes mantém a liberdade de circulação e mercadorias entre as suas fronteiras e uniformizam as tarifas de importação incidentes sobre as trazidas de países não participantes[1123].

Assim, como nesse ponto já foi atingida a alíquota zero para todos os produtos do comércio dentro da área, faz parte também do processo, a adoção de uma harmonização das políticas fiscais, monetária e cambial entre os países membros, visando à proteção interna por meio do chamado Protecionismo Comunitário, que consiste no estabelecimento de medidas conjuntas, conhecidas por barreiras alfandegárias, diante dos países que não pertencem ao bloco.

Essa terceira fase pode, simplificadamente, ser traduzido como o momento em que o bloco uniformiza as políticas de comércio exterior de cada Estado-participante, terminando por padronizar as alíquotas para a importação e exportação dos produtos.[1124]

Porém, o entendimento como um todo é mais profundo e exige certa atenção.

Essa união alfandegária corresponde ao

> ...complexo das trocas de mercadoria, comportando parâmetros à proibição, no interior do território comunitário, de impostos alfandegários à exportação e à

[1123] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 1, 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1999 pág. 47 e 48.
[1124] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, vol. 1, 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1999 pág. 48.

importação, e de quaisquer taxas de efeito equivalente, e também à adoção de uma tarifa alfandegária comum nas relações entre Estados-membros e terceiros países[1125].

Na verdade, a união alfandegária é um acordo que visa a igualdade interna e a proteção externa.[1126]

Assim, os países que lá no início se uniram em torno do processo de integração sem considerar, pelo menos a princípio, suas diferenças, aqui se encontram em igualdade. E essa igualdade foi sendo adquirida ao longo do processo.

Dessa forma, os países signatários foram se uniformizando em torno de uma mesma proposta e preparando-se para o estágio seguinte, o chamado mercado comum, verdadeiro avanço, não só econômico, bem como social e até cultural, no mencionado processo de integração.

1.2.4 – Mercado comum

A quarta etapa corresponde à formação de um mercado comum propriamente dito, sendo o momento mais longo e complexo da integração.

Nessa etapa, os países envolvidos com o processo de integração adotam compromissos internacionais que possibilitam o livre trânsito de mercadorias, capitais, bens, pessoas e serviços entre os respectivos territórios nacionais[1127].

Esse estágio, na verdade, compreende a soma da união aduaneira e a livre mobilidade dos fatores de produção. Ou seja, além do livre comércio dentro do mercado comum com

---

[1125] FORTE, Umberto. *União Européia – Comunidade Econômica Européia (Direito das Comunidades Européias e harmonização fiscal).* São Paulo: Malheiros, 1994, pág. 124.

[1126] *"Em particular, a união alfandegária implica: a) a instituição de uma tarifa alfandegária comum (TCD) aplicável nos limites do território alfandegário comum; b) a elaboração e aplicação de uma legislação alfandegária comum; c) a proibição, no comércio entre os Estados-membros da união alfandegária, dos impostos alfandegários e das taxas de efeito equivalente e de quaisquer regulamentações restritivas*." (FORTE, Umberto. *União Européia – Comunidade Econômica Européia (Direito das Comunidades Européias e harmonização fiscal)*. São Paulo: Malheiros, 1994 pág. 125).

[1127] FORTE, Umberto. União Européia – Comunidade Econômica Européia (Direito das Comunidades Européias e harmonização fiscal). São Paulo: Malheiros, 1994, cap. XV pág. 48.

tarifas alfandegárias já unificadas, inclusive em relação a terceiros países, atinge-se a livre locomoção de bens de capital, recursos financeiros e mão-de-obra.

Como conseqüência disso tudo, a unificação do sistema tributário, previdênciário, trabalhista, etc. será inevitável.

Nesse sentido:

> ...o mercado comum adiciona às exigências dos modelos anteriores a supressão de barreiras à livre circulação de pessoas, serviços, mercadorias e capitais entre os Estados-membros, com como exige grau mínimo de coordenação e harmonização de políticas econômicas comuns, em setores vitais da economia integrada[1128].

Dessa forma, pode-se dizer que o mercado comum é composto, não só de uma união aduaneira, já efetivada, mas também, da livre circulação de mercadorias, livre circulação de pessoas, livre prestação de serviços e livre circulação de capitais.

A livre circulação de mercadorias, que além de exigir a igualdade aduaneira, aqui já devidamente entendida como a supressão dos impostos alfandegários e restrições quantitativas, tem como pressuposto o trânsito comunitário. Este, por sua vez, tende a eliminar cada documento alfandegário para a circulação das mercadorias entre os Estados-membros.

Na persecução de tal objetivo, o sistema em questão foi articulado segundo modalidades que contemplam dois diversos processos: trânsito comunitário externo e interno.[1129]

Vale entender que, o trânsito comunitário externo aplica-se às mercadorias não originárias dos Estados signatário, ou sobre as mercadoria provenientes de terceiros países que não tenham participação na área.. Já o trânsito comunitário, por sua vez, diz respeito à mercadorias provenientes dos países-membros ou daqueles não membros mas que possuem acesso livre à área.

[1128] CASELLA, Paulo Borba. *Instituições do Mercosul*. Estudos da Integração, vol. 14º, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, pág. 11.

[1129] FORTE, Umberto. *União Européia – Comunidade Econômica Européia (Direito das Comunidades Européias e harmonização fiscal).* São Paulo: Malheiros, 1994, cap. XV pág. 126.

A livre circulação de pessoas diz respeito à quebra das barreiras técnicas e fiscais. O cidadão comunitário deve ter livre acesso e circulação dentro da área, bem como o direito de residir dentro do território dos Estados-membros, criando-se, assim, uma cidadania comum.

Por livre prestação de serviços entende-se a liberdade de o cidadão comunitário fixar residência em um Estado-membro e lá exercer atividade profissional.

Na União Européia, as maiores realizações no campo de estabelecimento ocorreram nos setores da agricultura, indústria e artesanato, comércio, empresa de serviços, bancos e seguros.[1130]

No entanto, a livre prestação de serviços nem sempre ocorre livremente.

Também na União Européia que é possível encontrar exemplos de limitação desse direito. É proibido, naquela área, a liberdade de estabelecimento nas atividades relativas a cargos públicos, ou outros motivos, tais quais, de ordem, segurança e saúde pública.

Finalmente, na livre circulação de capitais, o objetivo é a liberação das operações financeiras, com a conseqüente liberdade para as modalidades de operações bancárias.

Assim, já em um estágio mais complexo, o mercado comum leva, naturalmente, a um mercado único,

> ...podendo-se chegar a uma união econômica onde, além da supressão de barreiras, sejam institucionalizadas a unidade e a organicidade do mercado abrangido por esse território, podendo alcançar os patamares de união monetária, ou mesmo de grau maior ou menor de união política[1131], estes, os últimos estágios possíveis na integração.

1.2.5 – União Econômica ou Monetária

Esta é a última etapa no processo integracionista e tem como característica a unificação das políticas monetária, fiscal e cambial entre os países-membros.

[1130] FORTE, Umberto. *União Européia – Comunidade Econômica Européia (Direito das Comunidades Européias e harmonização fiscal).* São Paulo: Malheiros, 1994, cap. XV pág. 130.

[1131] CASELLA, Paulo Borba. Instituições do Mercosul. Estudos da Integração, vol. 14º, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, pág. 11.

Com a unificação, fica inevitável a criação de uma moeda única, e a existência de uma autoridade supranacional já não é mera ficção.

Esse é o estágio que a União Européia tenta concretizar por meio da EURO, a moeda comum a todos os Estados-signatários do Tratado de Maastricht, estabelecido em 1992.

2. O DIREITO INTEGRACIONAL NO NOVO MUNDO E OS BLOCOS PÓS 89.

Em uma rápida comparação, apenas para efeitos de localização, enquanto a globalização pode assim ser entendida:

> ...um processo de disputa ao controle dos principais mercados consumidores do mundo, uma guerra comercial das corporações transnacionais[1132].

A integração, por sua vez, pode ser interpretada como:

> ...um processo de formação de blocos econômicos regionais, comandados pelo objetivo político comum de criar e manter seus próprios mercados, através de um espaço protegido, um processo que verdadeiramente não é comandado pelo mercado, mas pela política para criar um mercado[1133].

E, *"...inequivocamente, o processo de integração não se confunde com o de globalização"*[1134], mas os dois fenômenos, hoje, agem juntos, interdependentes, já que a globalização criou um estado de comportamento político e econômico no mundo que ensejou a necessidade de aproximação entre países e aceitação da integração entre eles. Ou seja:

[1132] MARX, Vanessa. *Investimento direto estrangeiro na Argentina e no Brasil*. Estudos da Integração, vol. 13º, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997, pág. 14.
[1133] PRAXEDES, Walter e PILETTI, Nelson. O Mercosul e a sociedade global. São Paulo: Ática, 1997. pág. 6.
[1134] BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. *As Tendências do Direito Público. No limiar de um novo milênio*, 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pág. 31.

> ...é fato que o fenômeno da globalização da economia e o crescente surgimento e formação de blocos regionais têm praticamente imposto aos demais países a união com seus limítrofes[1135].

Porém, os fenômenos agem diferentemente. Enquanto a globalização se apresenta de maneira selvagem, invadindo violentamente os espaços ainda não ocupados, a integração se dá de maneira bem mais lenta e civilizada, já que depende de tratados e respectivos acordos entre aqueles que se mostram interessados ou necessitados de participarem da nova tendência.

A globalização, por sua vez, se instala de maneira rápida e eficiente, impondo novas regras, na maioria das vezes, relativas às questões econômicas, assim como o processo de integração, mas tão mais abrangente e feroz que, por vezes, impõe normas e padrões de comportamento relativos às outras áreas.

A globalização, diferentemente da integração, a princípio, impõe modificações significativas nos padrões culturais vigentes, pois a ela interessa o domínio total, enquanto que no processo de integração, o dinheiro e as possibilidades de lucro são os interesses primeiros, moldados pelas questões políticas de primeira ordem. As demais questões, tais quais, a cultura e os costumes locais, permanecem, de certa forma, intocáveis, já que o processo de adaptação é longo e, ainda não se pode avaliar o quanto o fenômeno interferirá futuramente nas questões de segunda ordem.

No mais, a integração, que tem como aspecto mais relevante a harmonização do direito[1136], faz parte do chamado Direito Comunitário, e o fato de dividir o mesmo momento histórico com a globalização pode ensejar tal confusão, que se resolve com o entendimento de que ambos os fenômenos interagem e se completam nas novas questões que o mundo atual comporta ou vem comportando nos últimos e decisivos anos de seu desenvolvimento político, econômico, cultural, etc.

2.1 – Os Blocos Econômicos

[1135] BASTOS, Carlos E. C. *O Processo de Integração do Mercosul e a questão da Hierarquia Constitucional dos Tratados*. Estudos da Integração, vol. 12º, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, pág. 08.

[1136] A harmonização do direito é aqui entendida como a eliminação das diferenças legislativas que possam obstaculizar o desenvolvimento do processo integrativo.

Nessa linha de pensamento é que a realidade “Blocos Econômicos”, muito embora pareça uma concepção meramente econômica e mercadológica, encontra sua explicação mais convincente dentro de um novo Direito que ainda trabalha para ser compreendido no mundo atual: o chamado Direito Comunitário.

Nesse ínterim, é de suma importância entender que os Blocos Econômicos representam um fenômeno político/econômico recente que tomou força após o fim oficial do socialismo, mas que tem raízes no Direito Comunitário, ou mais, podem ser considerados a exteriorização desse Direito Comunitário que, assim como a globalização, vêm acontecendo silenciosamente desde o fim da Segunda Grande Guerra.

Antes mesmo do final da década de 80, quando o mundo sofreu a transição do capitalismo/socialismo para a cooperação mundial em torno de blocos constituídos de Estados dispostos a agirem mutuamente, o Direito Comunitário já se fazia presente, de maneira primitiva, mas com características e objetivos até hoje contemplados.

E, como não poderia deixar de ser, o berço dessa nova tendência de integração do direito foi a Europa. Em grande parte pela questão cultural, já que no velho continente, desde a Era Medieval, a vontade de aproximação dos Estados já existia e, bastou a experiência devastadora de duas guerras mundiais para que se desencadeasse uma conscientização voltada para as novas perspectivas de cooperação entre os países.

Hoje, o bloco mais importante no quadro mundial é a União Européia.

No entanto, desde o final da década de 80, muitos movimentos se intensificaram, ganharam força e hoje começam a se desenvolver intensivamente. Outros, vítimas da própria atuação, se extinguiram. E outros, ainda, começam a surgir, pegando carona no movimento que vem crescendo de maneira efetiva.

Assim, pode-se mencionar os seguintes os blocos formados ou desenvolvidos oficialmente após o ano de 1989, resultado do término da guerra ideológica capitalismo/socialismo, sendo que alguns prosperaram e iniciaram relações com outros blocos, e outros, infelizmente, foram meros coadjuvantes: **UNIÃO EUROPÉIA** (envolve a maioria dos países europeus e, por merecer maior atenção, será estudada de maneira mais aprofundada); **NAFTA** – North American Free Trade Association (Estados Unidos, Canadá e México); **BLOCO DO PACÍFICO** (envolve os Tigres Asiáticos, Japão, dentre outros); **ASEAN** – Associação das Nações do Sudeste Asiático (Indonésia, Malásia, Filipinas, Cingapura, Tailândia, Brunei e Vietnã) **APEC** – Cooperação Econômica da Ásia e do Pacífico (constituído, inicialmente pelos membros do Asean mais seis parceiros econômicos

da região do Pacífico, e compreendendo hoje os seguintes países: Austrália, Brunei, Canadá, Indonésia, Japão, Malásia, Nova Zelândia, Filipinas, Cingapura, Coréia do Sul, Tailândia, Estados Unidos, China, Hong Kong e Formosa, México, Papua Nova Guiné e Chile), **CARICOM** – Comunidade do Caribe e **MCCA** - Mercado Comum Centro Americano (Antígua e Barbuda, Barbados, Belize, Dominica, Granada, Guiana, Jamaica, Montserrat,, Santa Lúcia, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Granadinas, Suriname e Trindad e Tobago, Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Turks e Caicos, e Suriname e Bahamas, que é membro da comunidade, mas não participa do Mercado Comum), **CEI** – Comunidade dos Estados Independentes (Federação Russa, Cazaquistão, Ucrânia, Belarus, Tadjiquistão, Turcomênia, Geórgia, Quirguízia, Armênia, Uzbequistão, Azerbaidjão e Moldávia); **PACTO ANDINO OU COMUNIDADE ANDINA** (Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela); **TIGRES ASIÁTICOS** (Coréia do Sul, Formosa, Hong Kong, Cingapura, Malásia, Tailândia e Indonésia); **MERCOSUL** (Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai).

Vale lembrar que essas formações se modificam constantemente, seja pela entrada de novos países, ou pela cooperação que se dá não somente entre os países participantes de um mesmo bloco econômico, mas também entre blocos (Mercosul e União Européia, por exemplo), ou ainda, pela formação (ou previsão de formação) de novos seguimentos.

3. – O DIREITO COMUNITÁRIO.

O Direito é objeto da ciência jurídica que deve estar em movimento para, acima de tudo, procurar adequação na ordem social vigente.

Se antes os povos mais desenvolvidos se jogavam ao mar em direção ao desconhecido, em busca de novas terras e novos povos a serem conquistados, é certo que hoje o mundo mudou, os interesses são outros, e nada mais lógico também os conceitos se modificarem para atenderem a esses novos interesses.

Assim é também o Direito, que no estágio atual vem sofrendo modificações constantes e incorporações de novos conceitos, tudo para acompanhar a velocidade de acontecimentos que a globalização, entre outros fatores, emprega no mundo.

E nessa linha de pensamento, o Direito em geral tem observado um fenômeno de proporções imensas, o chamado fenômeno da “flexibilização da soberania nacional” que, ao contrário do que se pode pensar, não é um conjunto de acontecimentos que visam, em prol da coletividade mundial, agredir inconseqüentemente a soberania de cada Estado, muito pelo

contrário, os objetivos são nobres, mas para que eles façam parte de nosso dia-a-dia de maneira efetiva, é preciso que haja primeiro essa flexibilização na soberania dos países participantes, para que, após esse período de adaptação, os Estados signatários de tais objetivos possam adequar-se aos interesses de primeira ordem que se apresentam atualmente e fazem funcionar os novos conceitos que estão por aí, preparando-se para fazer parte da história do século XXI.

Está-se a não só de novas maneiras de se observar a atualidade, mas também de novas formas de agir em sociedade. E agora, uma sociedade global, não mais tribal. É um novo ramo dentro da ciência jurídica, o Direito Comunitário.

Novo, pois, em uma escala histórica mundial, é considerado a **Quarta Geração** do Direito, sendo os seus antecessores as chamadas **Terceira Geração**, surgida após a Segunda Guerra Mundial com os avanços científicos e tecnológicos e surgimento dos direitos difusos e coletivos próprios dos conflitos de massa; **Segunda Geração**, correspondentes aos direitos sociais das massas impulsionados pelo desenvolvimento da burguesia; e **Primeira Geração**, dos direitos constitucionais e fundamentais surgidos com a Revolução Francesa (liberdade de expressão, direito à vida, direito à propriedade, etc.)[1137].

Direito porque, embora seja novo, é autônomo, possuindo objeto (normas supranacionais), institutos (reenvio prejudicial, recursos de anulação dos atos jurídicos emanados dos órgãos comunitários, processo por descumprimento dos tratados por parte dos Estados-membros, recursos para corrigir omissões dos agentes comunitários, etc.), métodos (emprego de instrumentos gnoseológicos e hermenêuticos especiais, sem prescindir daqueles do Direito Interno e do Direito Internacional, privilegiando a interpretação teleológica ou

[1137] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, pág. 27. Esclarece-se, por oportuno, que a divisão dos direitos fundamentais em gerações de direitos (ou dimensões de direitos como querem alguns contemporâneos) foi inicialmente apresentada pelo sociólogo britânico T. H.Marshall em sua obra "Cidadania, classe social e status", na qual ele desenvolveu um estudo sobre cidadania e os direitos e obrigações inerentes a ela, que ele classificou como sendo os direitos civis e políticos de primeira geração e os direitos sociais de segunda geração (MARSHALL, T.H. Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro. Zahar, 1967). Posteriormente, Norberto Bobbio difundiu essa ideia de divisão dos direitos fundamentais em quatro gerações, a saber, os direitos de liberdade de primeira geração, os direitos sociais de segunda geração, o direito de viver em um ambiente saudável de terceira geração e os direitos referentes às pesquisas de engenharia genética de quarta geração (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992). Outra corrente teórica defende que o "criador" do termo teria sido o jurista Karel Vasak na oportunidade de uma aula inaugural em 1979 no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem em Estraburgo (Alemanha) quando dividiu os direitos fundamentais em três gerações, utilizando-se da bandeira Francesa para determinar os direitos de liberdade (direitos civis e políticos), direitos de igualdade (direitos econômicos, sociais e culturais) e direitos de fraternidade ou solidariedade (direito a desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente) (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo: Saraiva 1996, p.57-68). Foi com base nessa classificação que Cançado Trindade, por sua vez, rechaçou tal tese ao longo de suas obras, alegando falta de fundamentação jurídica, fragmentação e atomismo.

finalista) e princípios informativos (princípio da paz, da unidade, da igualdade, da liberdade, da solidariedade, da segurança, do respeito aos direitos fundamentais, da subsidiariedade, da proporcionalidade, além dos já consagrados Princípios Gerais do Direito) próprios.[1138]

Dessa forma, é possível visualizar o início de um novo modo de pensar o mundo e sua estrutura política-econômica-jurídica. Conhecer o Direito Comunitário tornou-se, portanto, uma questão de urgência e necessidade para todos, pois se as mudanças continuarem a ocorrer na velocidade atual, em breve estaremos diante de uma organização mundial totalmente diferente daquela que vivemos até hoje, organização essa só imaginada pela desbravadora literatura ficcional.

A questão do Direito Comunitário, no entanto, é antiga, e o mundo, há muito, vem se organizando nesse sentido. Entretanto, o grande impulso para a exteriorização real desses conceitos, por meio dos Blocos Econômicos, só ocorreu após o término oficial do comunismo, quando os conceitos ideológicos começaram a mudar. Se antes a única preocupação era uma possível guerra entre Estados Unidos e União Soviética, após a queda do muro de Berlim essa preocupação praticamente desapareceu, cedendo espaço para o surgimento de novas questões.

A partir dessas transformações, o mundo ficou mais livre para prestar atenção ao desenvolvimento mercadológico que vinha se acentuando.

No entanto, manifestar vontade de formação de blocos regionalizados e posterior cooperação entre países não diz respeito somente às questões econômicas. Pelo contrário, o processo de integração exige compreensão multidisciplinar. Está agregado a esse processo, conceitos de economia, finanças, direito comercial, direito internacional público e privado, tudo isso culminando com o Direito Comunitário.[1139]

Por ser um novo ramo, o Direito Comunitário é, assim como os direitos difusos, de difícil classificação e, assim como este está para o Direito Público e o Direito Privado, aquele está para o Direito Interno e o Direito Internacional, correspondendo a um imenso abismo entre ambos, não fazendo parte nem de um, nem de outro, mas tendo como base o respeito aos Princípios Gerais de Direito existente em cada uma das áreas.

[1138] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Direito Comunitário e Soberania – Algumas Reflexões*. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, coord. *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional. O papel do Juiz no Processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, pág. 184 e 185.

[1139] SANTOS, Nildo Nery. *Direito Comunitário – 45 anos*. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, coord. *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional. O papel do Juiz no Processo de Integração Regional*, pág. 96.

O Direito Comunitário, para existir com sucesso, deve viver em harmonia com os outros dois Direitos. No entanto, é de suma importância que se reconheça os seus próprios princípios para que se determine os limites entre os três ramos.

3.1 - Princípios norteadores do direito comunitário.

Os Tratados que constituem cooperação entre países, visando a adoção do Direito Comunitário, regem-se por princípios que direcionam e são base para o novo sistema.

Assim é que, além dos Princípios Gerais de Direito, tem ainda o Direito Comunitário duas classes de princípios: 1) princípio da solidariedade, princípio da liberdade, princípio da igualdade, princípio da unidade jurídica; 2) princípio da autonomia da ordem jurídica comunitária, princípio da cooperação entre o Direito Comunitário e o Interno, princípio da aplicabilidade direta do Direito Comunitário, princípio da supremacia do Direito Comunitário sobre o Direito Interno que lhe é contrário.[1140]

Alguns princípios merecem maiores comentários, senão vejamos:

Primeiro Segmento:

Princípio da solidariedade: consiste na obrigação de cooperação entre os Estados signatários dos Tratados constitutivos.

Princípio da liberdade: esse princípio diz respeito a cinco liberdades fundamentais para a zona comum, são elas: livre circulação de mercadorias, livre circulação de trabalhadores ou serviços, livre circulação de capitais, liberdade de estabelecimento ou livre circulação de pessoas e liberdade de concorrência.

Vale lembrar que um dos mais nobres objetivos da União Européia, atualmente a vitrine do Direito Comunitário no mundo, é a promoção do progresso econômico e social dos povos europeus, com a criação de uma área sem fronteiras internas, sendo que uma das inovações mais importantes foi a previsão da cidadania da União, paralelamente à dos Estados-membros, facilitando a locomoção e domicílio das pessoas dentro da área comunitária, e expandindo ao extremo os princípios constantes do direito à liberdade.

[1140] SABBATO, Luiz Roberto. *O Direito Comunitário. Noções Introdutórias, Conceituação, Definição e Fontes: Direito Originário, Direito Derivado, Direito Complementar e Jurisprudência. Conclusões a respeito da Realidade Jurídica Globalizada, sob a égide deste novo Ramo do Direito.* In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, coord. *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional. O papel do Juiz no processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, pág. 160.

No mais, esse princípio é um dos pontos que distingue a zona comunitária da zona meramente aduaneira ou de livre comércio. Este último não contempla as cinco liberdades fundamentais para o mercado comum.

Princípio da igualdade: todos os membros da comunidade e seus cidadãos são iguais perante a égide do Direito Comunitário. É proibida qualquer forma de discriminação.

Princípio da unidade: contempla a unicidade entre as questões jurídicas e as questões econômicas.

Somam-se a esses princípios outros mais[1141]

Princípio da paz: é um princípio de suma importância para o conceito de comunidade, já que esta deve lidar com a união de vários povos e, se não houver a propensão à paz, nada construtivo será feito.

Princípio da segurança: a segurança é uma das bases para uma sociedade sólida e em desenvolvimento.

Princípio do respeito aos direitos fundamentais: muito embora o Direito Comunitário possua princípios distintos próprios, nunca deixará de atuar com respeito aos direitos fundamentais à pessoa humana.

Princípio da subsidiariedade: atenta para o fato de que o poder da Comunidade é relacionado com os limites de sua atuação e da atuação de cada Estado-membro, devendo ela intervir nos domínios de suas atribuições exclusivas. Quando não se tratar de atribuições exclusivas, a Comunidade deve intervir subsidiariamente, somente naquilo que o Estado-membro não possa suficientemente atuar, para garantir o bem estar comunitário e do país signatário (art. 3º B, Tratado da CEE pelo Tratado da União Européia).

Princípio da proporcionalidade: a Comunidade deve agir nos limites para não exceder os objetivos do Tratado (art. 3º B, Tratado da CEE).

<u>Segundo Segmento</u>:

Princípio da autonomia da ordem jurídica comunitária: quando constituído um poder comunitário, este vigorará entre as partes de maneira autônoma, com vida própria,

[1141] LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, coord. *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional*. *O papel do Juiz no processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, pág. 185.

independente de qualquer outro sistema pertencente a um dos países membros do tratado. O Direito Comunitário cria uma nova ordem jurídica para os países participantes.

Princípio da cooperação entre Direito Comunitário e Direito Interno: assim como o Direito Comunitário tem por característica a preocupação com os Princípios Gerais de Direito, a sua constituição gera uma nova ordem jurídica que será autônoma nos limites de suas atribuições, recorrendo sempre que necessário ao Direito Interno, visando com isso, uma harmonia em prol dos interesses coletivos.

Princípio da aplicabilidade direta do Direito Comunitário: o Direito Comunitário, ao contrário do Direito Internacional, tem aplicabilidade direta nos países signatários.

Assim:

> ...uma vez que, desde a entrada em vigor do Tratado, fica ele integrado no sistema jurídico dos Estados-membros, pela particularidade e originalidade do Direito Comunitário, como ordenamento jurídico autônomo[1142].

Já no Direito Internacional, a dicotomia monismo-dualismo deve ser levada em consideração na hora de verificar o grau de aplicabilidade do Tratado.

> Para a corrente monista, o Direito Internacional e Interno compõem uma mesma e única ordem jurídica. Já para os dualistas, o Direito Internacional e Interno constituem ordens separadas, incomunicáveis e distintas. Consequentemente, para a corrente monista, o ato de ratificação do tratado, por si só, irradia efeitos jurídicos no plano internacional e interno, concomitantemente – o tratado ratificado obriga nos planos internacional e interno. Para a corrente dualista, a ratificação só irradia efeitos no plano internacional, sendo necessário ato jurídico interno para que o tratado passe a irradiar efeitos no cenário interno[1143].

[1142] SANTOS, Nildo Nery. *Direito Comunitário – 45 anos*. In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, coord. *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional. O papel do Juiz no Processo de Integração Regional*, p. 95.
[1143] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 69.

Para países adotantes da teoria dualista, o Tratado Internacional, após assinado, deve submeter-se a uma aprovação interna para que seja aceito.

A teoria dualista caracteriza-se basicamente por considerar direito interno e direito internacional realidades e sistemas absolutamente distintos. O direito interno, então, é produto da vontade soberana do Estado e o direito internacional só poderá ser aplicado internamento após a sua incorporação ao ordenamento jurídico pátrio.

Formulada primeiramente por Carl Heinrich Triepel em 1899, mas só denominada assim por Alfred Verdross em 1914, essa teoria seria mais tarde adotada pelos italianos, sobretudo por Dionísio Anzilotti que, em 1905 fez algumas alterações na teoria original concebendo a possibilidade de, em alguns casos, o direito internacional ser aplicado internamente sem a devida alteração. [1144].

A segunda teoria, denominada monista, tem como característica básica o fato de não contemplar duas ordens distintas, porque considera que o direito internacional e o direito interno não são ordens jurídicas autônomas. Por isso, essa teoria dividiu-se em duas posições: uma que defende a primazia do direito interno e outra que defende a primazia do direito internacional.

Quanto à primeira teoria, que contempla a primazia do direito interno, o Estado, que possuiria uma soberania absoluta[1145], não estaria sujeito a nenhum outro sistema jurídico que não o seu.

Encontrando adeptos na França, na Alemanha e, posteriormente, na Rússia, essa doutrina, além de adotar o direito internacional como algo meramente discricionário, teve seu nacionalismo extremado pelos nazistas, que a utilizaram manipulando-a de acordo com os seus interesses.

A segunda modalidade monista teve como maior precursor Hans Kelsen para quem a primazia do direito internacional encontrava justificativa em sua própria tese de norma fundamental. Para esta vertente, o direito internacional preponderaria sobre o direito interno.

[1144] ARIOSI, Mariângela. Conflitos entre tratados internacionais e leis internas*:* o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 62.

[1145] Tomar cuidado com este termo, porque após o advento do Direito Comunitário, o conceito clássico de soberania feneceu. Hoje, toda e qualquer discussão acerca de soberania deve ser feita com o devido cuidado e sob a argumentação de diversos fenômenos, como o próprio Direito Comunitário e a globalização. Diz-se, hoje, portanto, que a soberania não mais seria absoluta, mas relativizada.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, § 2º, reconhece que, além de todos os direitos fundamentais elencados na Magna Carta, outros, decorrentes do regime e princípios por ela adotados, mais os Tratados Internacionais, poderão fazer parte do regime interno.

Ainda, o § 3º do artigo 5º que atribui ao Tratado Internacional uma estatura especial equivalente a uma emenda constitucional.

E vai além quanto aos Tratados Internacionais, classificando sua aprovação como atribuição exclusiva do Congresso Nacional (artigo 49, I, CF), e por isso, feita por meio de Decreto Legislativo e Emenda Constitucional (artigo 5º § 3º, CF).

Aqui, fica claro que o Brasil, muito embora exista os que digam o contrário, adotou a teoria dualista para os Tratados Internacionais, necessitando estes de aprovação para valerem dentro do território nacional.

Assim, No Brasil, via de regra, a sistemática de aprovação de um tratado internacional segue a seguinte inteligência.

-Negociação;

-Assinatura;

-Mensagem ao Congresso;

-Aprovação parlamentar mediante decreto legislativo;

-Ratificação;

-Promulgação do texto mediante decreto presidencial.

Portanto, reside justamente nesse ponto a diferença entre Direito Comunitário e Direito Internacional. O primeiro tem aplicabilidade direta sobre os países signatários. O segundo precisa de aprovação interna.

Nos países que adotam a teoria monista, por sua vez, a aprovação interna não ocorre. O Tratado, a partir do momento em que for assinado, passa a valer internamente. "*Na visão monista, há a incorporação automática dos tratados no plano interno, enquanto que na corrente dualista a incorporação não é automática.*"[1146]

[1146] PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 69. "*A incorporação automática é adotada pela maioria dos países europeus, como a França, a Suíça e os Países-Baixos, no*

Porém, nem mesmo nesse caso os dois ramos de direito se confundem. Isso porque o Direito Internacional trata de meras uniões aduaneiras ou de zonas de livre comércio, e o Direito Comunitário tem por objetivo um espaço de soberania comum, fortalecido pela competitividade do conjunto em contraposição aos desafios internacionais.

Observação importante é o que fazem alguns autores:

> ...o conceito de soberania e suas causas e efeitos jurídicos levam a considerar superada a já clássica dicotomia monismo/dualismo a respeito de Direito Internacional[1147].

Alegam, assim, que essas relações de Direito Interno e Internacional tendem a serem regidas por uma harmonização geral.

A contrário senso, discorda quem entende a distinção entre Direito Internacional e Direito Comunitário como algo muito visível e dependente das teorias monismo/dualismo.

Assim, define que no âmbito do Direito Internacional, existe ainda os chamados tratados a respeito de união aduaneira ou de zonas de livre comércio, enquanto que, no âmbito do Direito Comunitário, os países que já adotam esse sistema encontram-se sob a égide de uma soberania comum "*...fortalecida pela competitividade do conjunto em contraposição aos desafios internacionais*"[1148].

Essa última conclusão demonstra a tendência a um mundo constituído de áreas harmonizadas muito forte e consistente, mas na prática isso ainda não ocorreu, já que o que se observa atualmente, com exceção da União Européia, são blocos regionalizados ainda em formação, que possuem união aduaneira e zonas de livre comércio, mas ainda não podem ser considerados signatários de Direito Comunitário, pois suas soberanias ainda têm um alto grau de conflito e, por isso, não adotam todos os princípios inerentes a esse ramo do direito.

---

continente americano pelos Estados Unidos e alguns países latino-americanos, e ainda por países africanos asiáticos".

[1147] BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público . No limiar de um novo milênio*,.1º ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 32.

[1148] SABBATO, Luiz Roberto. *O Direito Comunitário. Noções Introdutórias, Conceituação, Definição e Fontes: Direito Originário, Direito Derivado, Direito Complementar e Jurisprudência. Conclusões a respeito da Realidade Jurídica Globalizada, sob a égide deste novo Ramo do Direito.* In: LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, coord. *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional. O papel do Juiz no processo de Integração Regional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000. p. 158.

Fica como exemplo desses “quase blocos” o Mercosul (Mercado Comum do Cone Sul) e o Nafta (North American Free Trade Association).

Princípio da supremacia do Direito Comunitário sobre o Direito Interno que lhe é contrário: esse princípio, quando integralmente aplicado, descreve bem o que se propõe, em termos jurídicos, com o Direito Comunitário.

A essência do Direito Comunitário, como já foi dito, é ter liberdade para impor-se soberanamente diante dos países participantes.

Nos momentos em que as normas do Direito Interno se chocam com as normas do Direito Comunitário, este deverá prevalecer sobre aquele, posto que faz parte de sua atuação o efeito impositivo.

3.2 – O Direito Comunitário e o Novo Constitucionalismo Global

Sobre o fundamental princípio da soberania foi construído o direito público do Estado moderno na Europa.

Do ponto de vista jurídico, a soberania expressava-se mediante a recondução de qualquer manifestação de força política do Estado.

Na perspectiva interna, a soberania indicava a incomensurabilidade do Estado frente a quaisquer outros sujeitos.

Na perspectiva externa, os Estados se apresentavam como fortalezas fechadas, protegidas pelo princípio da não ingerência.

A noção básica do direito do Estado está em sua vertente interna (o direito público interno) ou na externa (o direito público externo – internacional).

Hoje esta noção não pode reconhecer-se como aquela realidade política operante.

Desde o final do século passado atuam vigorosas forças corrosivas, tanto interna como externas: o pluralismo político e social interno, que se opõem à idéia de soberania e de sujeição; a formação de centros de poder alternativos e concorrentes com o Estado, que operam no campo político, econômico, cultural e religioso com freqüência em dimensões totalmente independentes do território estatal; a progressiva institucionalização promovida às

vezes pelos próprios Estados que integram seus poderes em dimensões supraestatais subtraindo assim a disponibilidade dos Estados particulares[1149].

É o caso, por exemplo, do continente europeu e a sua União Européia que, passadosalguns anos, ainda enseja calorosas discussões a respeito de sua composição jurídico-política.

> Por um lado, a EU é uma organização supranacional sem constituição própria, fundada sobre contratos do direito público internacional. Em tal medida ela não é um Estado (no sentido do Estado constitucional moderno, amparado sobre o monopólio do poder e soberano tanto interna quanto externamente). Por outro lado, os órgãos da comunidade criam um direito europeu que vincula os Estados-membros. E em tal medida a EU exerce direito de soberania, que até então estava reservado ao Estado em sentido estrito[1150].
>
> Dessa forma, há tempos se fala do surgimento de um Direito constitucional europeu comunitário e de um espaço constitucional europeu, que teria como Constituição a Convenção Europeia de Direitos do Homem, e o Tribunal de Direitos Humanos de Estrasburgo como titular de uma jurisdição constitucional comum européia. Assim, a ideia de Constituição deixa o horizonte nacional para trás e avança mais alem, para os campos supraestatais[1151].

Ocorre, porém, que o projeto de Tratado sobre uma Constituição para a Europa, adotado na Convenção da União Europeia de 2003, até o momento, é um projeto fracassado[1152] porque rechaçado em referendos na França e Holanda. E isso, porque:

> O euroceticismo quanto ao direito constitucional leva portanto ao um argumento empiricamente fundamentado: enquanto não houver um povo europeu

---

[1149] ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, pág. 11.
[1150] HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, pág. 177.
[1151] BIAGGINI, Giovanni. La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización?. Zúrich: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Nueva época, tomo CXIX (2000), vol. 1, cuaderno 5, pp. 42-75), Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 7, 2003.
[1152] DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural. Madri: Trotta, 2007, pág. 30.

suficientemente “homogêneo” para formar uma vontade política, não deve tampouco haver uma Constituição européia[1153].

Posteriormente, mas ainda não obtendo o sucesso programado em virtude de pendência de regulamento viabilizador da democracia participativa, o Tratado de Lisboa de 2007, com entrada em vigor em 2009, buscou superar o fracasso da “Constituição Europeia” criando novos dispositivos menos simbólicos, substituindo o Tratado que institui a Comunidade Europeia, o Tratado que institui a Comunidade Européia da Energia Atômica e o Tratado da União Européia e re-denominando a então Comunidade Europeia de União Europeia.

Enfim, o objetivo de unificação política plena da Europa ainda transita o horizonte, mas agora de maneira menos entusiasta. Um primeiro projeto chamado de Europa das Nações já resta superado e o outro projeto, chamado de Europa de Estados, em vigor hoje, mantém viva as soberanias dos Estados-membros da União Europeia.

Contudo, em que pese os esforços ainda em vão, parte de uma doutrina europeia engajada no constitucionalismo global defende que em algum momento as Constituições nacionais poderão sucumbir e, se isso ainda não aconteceu, contrário senso, já seria possível defender a ideia de que essas mesmas Constituições nacionais já são instrumentos viabilizadores e concretizadores de uma Constituição global comprometida com o projeto internacional para os direitos humanos[1154].

Hoje, os Estados-membros da União Europeia possuem sistemas constitucionais próprios sem, contudo, afetar o direito comunitário implantado na Europa[1155].

Destarte, um Estado que queira pertencer à família de Estados europeus deve, hoje em dia, poder exibir uma Constituição qualificada que se ajuste a um determinado modelo de democracia e Estado de Direito. Só então será admitido no Conselho da Europa.

Após o advento do Direito Comunitário na Europa, é possível afirmar a existência de um novo constitucionalismo, dito global porque emergente da nova ordem internacional, que

---

[1153] HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, pág 178.
[1154] CUNHA, Paulo Ferreira da. Do constitucionalismo global. Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo, n. 15, jan-jun, 2010. <http://www.esdc.com.br> Acesso em 21.jun.2013.
[1155] POZZOLI, Lafayette. Direito Comunitário Europeu. São Paulo: Método, 2003, págs. 103-104.

tende a subverter conceitos antigos de forma a fortalecer a interconstitucionalidade[1156] e atribuir à dignidade humana o subsídio do constitucionalismo[1157].

Contudo, desde a Constituição como plataforma de partida que representa a garantia da legitimidade para cada um dos setores sociais, pode-se começar a competição para imprimir ao Estado uma orientação de um outro sinal, no âmbito das possibilidades oferecidas pelo compromisso constitucional.

Esta é a natureza das constituições democráticas na época do pluralismo.

Nessas circunstancias deve ser considerado possível substituir em sua função ordenadora, a soberania do Estado pela soberania da Constituição[1158].

Nesse ínterim, é possível falar em concretização dos direitos fundamentais dentro do âmbito comunitário com a incorporação da Carta de Direitos Fundamentais ao arcabouço jurídico comunitário europeu[1159] sem, entretanto, creditar a isso a efetivação de Constituição única e supranacional[1160].

Vale dizer, as Constituições ocupantes de espaços comunitários deverão passar por uma análise sob a ótica do direito exarado dos princípios, considerar a atividade de interpretação com base em uma hermenêutica evolutiva[1161] e, ainda, avaliar a interferência de

---

[1156] A interconstitucionalidade enquanto fenômeno constitucional estuda as relações entre diversas Constituições que compõem um mesmo espaço político.

[1157] CANOTILHO, J. J. Gomes. Brancosos e interconstitucionalidade: itinerários sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 283.

[1158] ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, pág 13.

[1159] Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, disponível em <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>

[1160] Antes disso, defende-se o ponto de vista do diálogo constitucional, como proposto pelo transconstitucionalismo. Marcelo Neves explica que o transconstitucionalismo não é um processo de formação de transconstituições, mas uma proposta de diálogo entre os sistemas constitucionais. Assim, pode haver o transconstitucionalismo sem uma transconstituição, na medida em que o prefixo trans aponta para a ocorrência de elementos que atravessam os sistemas, e não que os unificam em uma espécie de metasistema. No espaço comunitário, assim, deverá haver o diálogo constitucional legitimador naquilo que é chamado por Marcelo Neves de concepção histórico-universal de Constituição, ou seja, norma jurídica suprema dentro de uma ordem social, em uma relação de coordenação e não mais de subordinação. Dessa forma, somente em um espaço onde seja possível haver o diálogo entre política e direito é que existirá uma Constituição substancial. E se houver um documento que faça o acoplamento estrutural entre a política e o direito, a Constituição existirá formalmente. Dessa forma, somente em um espaço onde seja possível haver o diálogo entre política e direito é que existirá uma Constituição substancial. E se houver um documento que faça o acoplamento estrutural entre a política e o direito, a Constituição existirá formalmente. (NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo. Martins Fontes, 2009, *passim).*

[1161] A interpretação evolutiva "consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes" (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 4º ed.. São Paulo: 2001, pág. 135).

normas internacionais, demanda antecipada por Bóris Mirkine-Guetzévitch já no entre guerras:

> nas novas constituições, a tendência para a racionalização do poder manifesta-se também pela penetração do direito internacional nos textos constitucionais, pelo reconhecimento da força obrigatória das normas de direito constitucional[1162].

Ou seja, na esteira do posicionamento neoconstitucional e tudo o que ele engloba, das novas perspectivas hermenêuticas à supremacia constitucional, da constitucionalização do direto como um todo à universalização do projeto constitucional[1163], a interpretação evolutiva considera a progressiva concretização dos princípios constitucionais para promover a alteração na compreensão dos significados e não na alteração da "letra da lei", além de considerar as normas internacionais em sua análise.

Princípios, portanto, passam a ser o "carro-chefe" para a efetivação de direitos fundamentais, também no âmbito comunitário e, por via de conseqüência, portanto, em ambiente multicultural[1164].

E mais, é nessa perspectiva de soberania constitucional, então, que se apresenta possível a discussão da ideia de superação do Estado como pressuposto do Direito Constitucional implementada pelos juristas alemães.

O Estado agora só seria Estado naquilo que a Constituição o determinasse como tal[1165], ainda que "a doutrina dominante, hoje, analisa (sic) o Estado a partir de uma Constituição democraticamente legitimada"[1166] e "muitos e prestigiados autores têm negado a

---

[1162] MIRKINE-GUETZÉVITCH, Bóris. Novas Tendências do Direito Constitucional. Trad. de Candido Motta Filho. São Paulo: Nacional, 1933, p. 95.
[1163] CUNHA, Paulo Ferreira da. Do constitucionalismo global. Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo, n. 15, jan-jun, 2010. <http://www.esdc.com.br> Acesso em 21.jun.2013.
[1164] O multiculturalismo possui diversas formas de compreensão, porque conceito amplo. A intenção aqui é utilizar o multiculturalismo sob a ótica do multiculturalismo crítico que mais se enquadra na proposta comunitária. Esse multiculturalismo considera a sociedade pluralista e objetiva a implementação do reconhecimento enquanto política de valorização das diferenças culturais
[1165] DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural. Madri: Trotta, 2007, *passim.*
[1166] CANOTILHO, J. J. Gomes. Brancosos e interconstitucionalidade: itinerários sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina 2006, pág. 133.

possibilidade e, mesmo, a pensabilidade de uma constituição divorciada do Estado e da Nação"[1167].

E a União Européia, palco para a premissa do chamado constitucionalismo global "surge como uma instituição que deve ser suportada e com cujas abstrações nós temos de conviver"[1168], porque no âmbito do seu espaço comunitário abre-se a possibilidade de interlocução a respeito do papel da Constituição e do Estado.

Para muitos, o projeto de Constituição Europeia fracassou porque a Europa não é um Estado e, este, enquanto "categoria política ontologicamente pré-existente"[1169] seria o elemento ensejador da Constituição.

Jürgen Habermas em referência ao posicionamento de Dieter Grimm, critica a imposição de uma Constituição única no bojo da União Europeia:

> D. Grimm evidencia as conseqüências indesejadas que a transformação da União Europeia em um Estado confederado de constituição democrática poderia ocasionar, caso as instituições não pudessem lançar raízes em solo fértil. Enquanto faltarem uma sociedade civil integrada em âmbito europeu, uma opinião política e uma cultura política em comum, os processos decisórios supranacionais necessariamente continuarão se autonomizando em face dos processos de formação de opinião e de vontade, que são hoje como ontem organizados em âmbito nacional. Considero plausível esse prognóstico em relação aos perigos[1170].

Por outro lado, o direito comunitário deve ter em seu âmbito o diálogo constitucional e não somente o diálogo meramente nacional. E por diálogo constitucional entenda-se um discurso para além das Constituições documentadas. Pressupõe, pois, um diálogo entre direito e política que parta de premissas substanciais[1171].

[1167] CANOTILHO, 2 J. J. Gomes. Brancosos e interconstitucionalidade: itinerários sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina 2006, pág. 201.
[1168] HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, pág. 180.
[1169] CANOTILHO, J. J. Gomes. Brancosos e interconstitucionalidade: itinerários sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006, pág. 202.
[1170] HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Estudos de teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, págs. 176-179.
[1171] NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo. São Paulo. Martins Fontes, 2009, *passim.*

Segundo essa concepção, e fazendo referência ao espaço comunitário, afirma-se, ainda, a existência de sistemas nacionais soberanos e autônomos, problemática perpetuada quanto às novas relações constitucionais.

É o mesmo que encarar as novas situações, chamadas pelos europeus de pós-modernas, com a mesma perspectiva paradigmática liberal-individualista-normativista que tem em seu modo de produção (do ponto de vista da política econômica de regulamentação, proteção e legitimação em um dado espaço nacional, em um momento específico) a instituição do Direito para resolver disputas meramente interindividuais, o que denota a crítica à impossibilidade de "encaixe" no sistema de Estado Democrático de Direito[1172] e de relações no espaço comunitário.

Por fim, talvez seja a hora de reconhecer que este panorama denota uma nova legitimidade constitucional que se refere a contextos regionais específicos passíveis de estabelecimento de limites políticos. Nesse ambiente, então, os Estados estabelecem relações e situações supranacionais que um dia poderão se converter em Estado unificado, mas que por agora, ainda não observam essa unicidade.

CONCLUSÃO

O Direito Comunitário, surgido da temeridade de eclosão de uma nova Guerra Mundial e prestando-se como fator defensivo perante a competição predatória desencadeada pela globalização da economia não é mais uma hipótese, é realidade, pura e simples.

Entretanto, realidade só na União Européia. Mas é um novo direito que teima em se espalhar, pois, presenciando processos de integração ao longo de todo o globo terrestre, o mundo também presencia a necessidade de regulamentar novas formas de agrupamentos, e nesse tocante, o Direito Comunitário ainda é o caminho, a solução.

O mundo, no passado, contemplou diversas formas de organizações e agrupamentos até se conhecer o conceito de Estado que hoje é conhecido.

Há muitas divergências quanto ao início desse conceito, porém, sabe-se que ele vem evoluindo desde a Polis grega e a Civitas romana.

[1172] STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, págs. 31-33.

Hoje, e já faz algum tempo desde que o Estado político foi concebido, o mundo contempla essa figura sob três elementos básicos a serem considerados, a saber: população, território e governo. Escondido nesses três elementos, a soberania aparece para conceber a figura como ente autônomo e suficiente.

Desde então, tem esse Estado sofrido transformações. Foi absolutista, tornou-se liberal, transformou-se em neoliberal, cogitou-se o Estado social...

Sem muitas considerações a respeito dessas designações políticas, é certo que hoje, um dos elementos do Estado, até então intocável, vem sofrendo transformações.

A soberania, considerada por muitos um quarto elemento do Estado, e por outros o próprio Estado, até pouco era absoluta. Um governo político não poderia ser concebido sem essa figura.

Entretanto, os tempos mudaram.

A soberania de hoje não é a mesma de seu conceito clássico. Diferentemente de estar relacionada, desde a Idade Média, ao fato de ser intocável, mas ainda sendo elemento constitutivo, atualmente a soberania tem uma concorrente: a supranacionalidade. Figura esta que não passa de uma soberania camuflada, mas agora atendendo e representando os interesses não só de um país, mas de um conjunto de países, um ente próprio criado com a finalidade de existir em nome dos outros.

O que antes bastava como um, agora necessita de vários.

Com o fim da guerra fria, o mundo que até então era dividido ideologicamente em dois blocos ou seguimentos, passou a ter mais tempo para determinados assuntos que a guerra ideológica não permitia.

O cenário mundial se abriu, e os países que até aquele momento viviam protegidos por uma das duas super potências militares, ou sendo capitalistas, ou sendo socialistas, inexplicavelmente se encontraram sozinhos.

Ser capitalista ou ser socialista já não bastava mais para se impor diante dos outros.

Os Estados passaram a perder espaços e importância para as multinacionais, e estas, saídas dos escombros de duas guerras tomaram para si o controle e passaram a ditar as regras econômicas.

A cooperação entre países se fez necessária e, hoje, diante de uma velocidade impensável de informações, os países se unem para formarem, ao mesmo tempo, uma proteção e um ataque ao espaço externo.

A União Européia foi a primeira. Não que isso se explique no fato de ter a Europa tendências para o agrupamento e a integração desde a Idade Média, mas tão somente porque ela se antecipou aos acontecimentos e à recessão trazida pela Segunda Guerra e adotou novas formas de pensar a relação internacional.

Nascia, então, o Direito Comunitário que, ainda é aplicado somente na Europa, o berço pioneiro da cooperação mundial sob esse aspecto.

O caminho desde o instante em que se assina um tratado objetivando a redução de tarifas até o momento em que se goza de uma integração total entre países é longo.

O cenário mundial hoje não será, com certeza, o de amanhã. Fica claro que os blocos mais fortes tendem a desenvolver-se ainda mais fixando-se como parâmetros para os demais em formação, mas tudo isso é hipótese, já que os interesses que regem tais formações, são, primeiramente, econômicos, e somente aqueles que saírem ilesos de todo o longo e cansativo processo de integração é que conseguirão firmar-se para, finalmente e, se esse for o objetivo, acoplarem-se em formação comunitária que, à guisa de sua já longa existência, ainda é objeto de estudos e investigações, sobretudo do ponto de vista do Direito Constitucional.

BIBLIOGRAFIA

BASTOS, Carlos E. C. *O Processo de Integração do Mercosul e a Questão da Hierarquia Constitucional dos Tratados.* Estudos da Integração. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997. 75 p.

BASTOS, Celso Ribeiro e FINKESTEIN, Cláudio coord. *Mercosul – Lições do Período de Transitoriedade.* São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998. 208 p.

BASTOS, Celso Ribeiro e TAVARES, André Ramos. *As Tendências do Direito Público. No Limiar de um Novo Milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000. 360 p.

BIAGGINI, Giovanni. La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización?. Zúrich: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Nueva época, tomo CXIX

(2000), vol. 1, cuaderno 5, pp. 42-75), Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, núm. 7, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Brancosos e interconstitucionalidade: itinerários sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CASELLA, Paulo Borba. *Instituições do Mercosul*. Estudos da Integração. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997. 92 p.

CASELLA, Paulo Borba. *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*. São Paulo: LTR, 1996. 642 p.

CASELLA, Paulo Borba; LIQUIDATO, Vera Lúcia Viegas. Direito da Integração. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

COELLHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do constitucionalismo global. Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo, n. 15, jan-jun, 2010. <http://www.esdc.com.br> Acesso em 21.jun.2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1999. 368 p.

DEL´OLMO, Florisbal de Souza; PEREIRA MACHADO, Diego. Direito da Integração, Direito Comunitário, MERCOSUL e União Europeia, Salvador: Juspodivm, 2005.

DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. Derecho Constitucional para la Sociedad Multicultural. Madri: Trotta, 2007.

FARIA, Werter. *Disciplina da Concorrência e Controle das Concentrações de Empresas no Mercosul. Estudos da Integração*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993. 104 p.

HELD, David e MCGREW, Anthony. *Prós e Contras da Globalização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. 95 p.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Direito Comunitário e Jurisdição Supranacional. O Papel do Juiz no Processo de Integração Regional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. 268 p.

_____. Globalização, regionalização e soberania. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LINDNER, Eduardo. ZPEs Brasileiras: *A necessidade de Mudanças no Contexto do Mercosul.* Estudos da Integração. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1993. 63 p.

LITRENTO, Oliveiros. A ordem internacional contemporânea. Um estudo da soberania em mudança. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LOBO, Maria Teresa Carcomo. Manual de Direito Comunitário. 50 anos de Integração. 3º ed., Curitiba: Juruá, 2007.

MARX, Vanessa. *Investimento Direto Estrangeiro na Argentina e Brasil*. Estudo da Integração. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1997. 105 p.

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Bóris. Novas Tendências do Direito Constitucional. Trad. de Candido Motta Filho. São Paulo: Nacional, 1933.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Lei.* São Paulo: Nova Cultural, 1997. 382 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* São Paulo: Atlas, 1997. 616 p.

OLIVEIRA, Odete Maria. *Integração: um desafio à Globalização*. Revista da Faculdade de Direito da UFSC, vol. 1, 1998.

POZZOLI, Lafayette. Direito Comunitário Europeu. São Paulo: Método, 2003.

PUCCI, Adriana Noemi. *A Arbitragem nos Países do Mercosul*. Estudos da Integração. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996. 37 p.

SMITH, Adam, A Riqueza das Nações. Vol. I, São Paulo: Nova Cultural, Coleção "Os Economistas"1988, pág. 17-54.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Mercosul. Direitos Humanos, globalização e soberania. 2º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TOLEDO SILVA, Marcus Rector. *Mercosul e Personalidade Jurídica Internacional: As Relações Externas do Bloco Sub-Regional Pós Ouro Preto*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 186 p.

ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, 5a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003.

LIBERDADE RELIGIOSA E LAICIDADE ESTATAL: A MINISTRAÇÃO DO ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS

Junio Barreto dos REIS[1173]

RESUMO

O principal objetivo do trabalho é demonstrar que, apesar do estado ser laico, este deve garantir que cada religião tenha possibilidade de ministrar o ensino religioso na escola pública, de acordo com a crença dos alunos. Se o Estado garantiu a liberdade religiosa, fazendo surgir um pluralismo religioso, deve também garantir os meios que essa liberdade possa ser exercida por todos os cidadãos que professam a fé em determinada religião, independente se é esfera pública ou privada. E o ensino religioso na escola pública é um das formas garantidas pelo Constituinte em seu art. 210, § 1º CF, para que possa exercer a liberdade religiosa. A melhor maneira para que haja efetivamente a ministração do ensino religioso, é que se institua um dia com determinado horário para que as próprias religiões ministrem as aulas, pois caso não seja assim, poderá haver privilégios para determinada religião.

PALAVRA-CHAVES: Liberdade Religiosa; Laicidade; Ensino Religioso.

ABSTRACT

The main objective of this work is to demonstrate that, despite of the state be secular, this should ensure that each religion has the chance to minister religious education in public school, according to the belief of the students. If the state guaranteed religious freedom, giving rise to religious pluralism, should also guarantee the means that this liberty may be exerted by all citizens who profess faith in a determined religion, regardless if it is public domain or private. And the religious education in public school is one of the forms guaranteed by the Constituent in its art. 210, § 1º CF, in order to exercise religious freedom. The best way so that there is effectively the ministry of religious education, is the establishment of a day with a certain time for the religions to minister their own classes, because if not so, there may be privileges for a particular religion.

KEYWORDS: Religious Freedom; Secularism; Religious Education**.**

[1173] Advogado, Pós-Graduado em Direito do Estado pela FIO/PROJURIS, Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, Bolsista da CAPES.

INTRODUÇÃO

Desde a existência do homem, este de alguma maneira, busca por algo sobrenatural ou pelo transcendente para firmar sua fé.

Pelos relatos bíblicos, o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus para adorá-lo unicamente, mas o povo, devido à existência de várias nações, instituíam outros deuses para prestarem adoração e, assim, surgiam variadas religiões.

Observa-se que essa busca pela religiosidade faz parte da natureza do homem, ou seja, há sempre uma busca constante em acreditar em algo ou, no caso dos ateus, tentam explicar a inexistência de um ser transcendental ou do sobrenatural.

Com a criação do Estado, iniciam-se as divergências religiosas, pois o Estado sempre instituía uma religião Oficial em detrimento das demais. Não se pode desprezar que as grandes guerras iniciaram-se com as divergências religiosas entre nações.

No presente trabalho, procura-se compreender a relação da liberdade religiosa com a laicidade estatal e o ensino religioso nas escolas públicas de todas as religiões, frente que o Estado brasileiro não adotar religião oficial. Discussões acirradas acontecem entre os estudiosos do Direito, as muitas das quais chegam aos Tribunais para decisão, em relação a determinadas posturas que o Estado toma que denotam a adoção de uma religião como a privilegiada.

Em contraponto à laicidade estatal, tem se discutido a posição de se estabelecer o secularismo ou o laicismo nas escolas públicas, com a reexame da postura do Estado Constitucional no tocante à permissão da prática do ensino religiosa na escola.

Em razão das raízes matriz judaico-cristã do Estado Constitucional Brasileiro, o estudo alisará qual a postura que deve ser adotada pelo Estado para incluir e possibilitar que todas as religiões ministrem aulas na escola pública, desde que haja alunos adeptos a determinada religião.

A metodologia usada, na presente pesquisa, está relacionada a procedimentos hermenêuticos de interpretação de textos da doutrina brasileira e de interpretação da legislação.

1. A LIBERDADE RELIGIOSA E SEUS DESDOBRAMENTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A liberdade religiosa está reconhecida entre os direitos fundamentais de primeira geração, denominados como direitos de defesa, em que o Estado não pode interferir na vida do indivíduo. Ainda mais, é considerada como liberdade negativa, "na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos". (BOBBIO, 2002, p. 48)

Pode-se considerar que a liberdade religiosa está relacionada ao livre arbítrio – vontade - da pessoa humana em poder escolher e decidir o exercício livre e consciente de sua crença e culto, sem sofrer limitação ou coação de terceiros e por parte do Estado, porém sempre deve respeitar a liberdade do outro cidadão.

Atualmente, o direito à liberdade religiosa vem estampado nos Tratados Internacionais e pelas Constituições dos países democráticos, reconhecidas como direitos e garantias fundamentais do homem, com isso, faz surgir um pluralismo religioso, em que cada grupo humano pode expressar livremente a sua crença e prestar o seu culto, sem sofrer retaliações.

Essa não interferência do Estado nos atos praticados pelo cidadão, quando de sua liberdade religiosa, não significa que este não deva agir positivamente, no sentido de impedir que o direito fundamental à liberdade religiosa seja violado. Deve o Estado garantir a ordem para o exercício das diferentes religiões.

Conceituando liberdade religiosa, Bastos e Martins (2001, p.101) descrevem que:

> A liberdade religiosa consiste na livre escolha pelo indivíduo da sua religião. No entanto, ela não se esgota nesta fé ou crença. Ela demanda uma prática religiosa ou culto com um dos seus elementos fundamentais do que resulta também inclusa, na liberdade religiosa, a possibilidade de organização destes mesmos cultos, [...].

Humberto Martins (2009, p. 134) ensina que

> a liberdade de religião implica escolher uma fé religiosa, alterar seu vínculo com a igreja escolhida ou mesmo deixar de acreditar em determinada expressão de religiosidade.

José Afonso da Silva aponta que a liberdade religiosa se desdobra em três vertentes: a) a liberdade de crença; b) a liberdade de culto; e c) a liberdade de organização religiosa.

Liberdade de crença e de consciência: Está prevista no artigo 5º inciso VI, que descreve ser inviolável a liberdade de consciência e de crença (...). O presente inciso traz a menção da liberdade de consciência e de crença; assim, importante se faz a sua distinção. As primeiras Constituições a fazerem essa diferenciação foram as de 1934 e 1946, mas as constituições de 1967/1969 previam apenas a liberdade de consciência. A Constituição de 1988 trouxe essa diferenciação em razão da sua extrema importância, vez que as duas não se confundem.

O indivíduo que tem uma consciência livre poderá escolher se terá uma crença ou não e, caso ele não tenha uma crença, terá o direito de reivindicar ao Estado que o tutele juridicamente. A liberdade de consciência tem decisão de foro individual, e tende a proteger os ateus e os agnósticos, além daqueles que apontam adesão a certos valores morais e espirituais que não são de cunho religioso.

A liberdade de crença está relacionada na opção do indivíduo em aderir ou não à determinada religião ou seita religiosa. Nela está relacionada a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, liberdade de mudar de religião e liberdade de também de não aderir a nenhuma religião. (SILVA, 1999, p. 252).

E está também protegida no inc. VII, do art. 5, da CF, que menciona que ninguém será privado de direitos por motivos de crença. O constituinte visou a proteger o *fórum internum* do indivíduo, resguardando-o de qualquer pressão que possa a vir sofrer de particulares ou do poder público. Na liberdade de crença engloba-se o proselitismo, que está relacionada à divulgação e difusão da crença professada por uma pessoa ou determinado grupo (LEITE, 2008, p. 305).

Liberdade de culto: A liberdade de culto está prevista no inc. VI, do art. 5º, da CF, que menciona que é assegurado o livre exercício dos cultos religiosos garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de cultos e suas liturgias.

Na época do Império, a Carta Constitucional de 1824, apenas garantia a liberdade de crença; a de culto destinava-se àqueles que professavam a fé da religião da Igreja Católica Apostólica Romana. Aos seguidores das demais religiões era concedido o direito de realizarem culto doméstico, em residência particular e se proibia a edificação de templos para a prestação dos cultos e suas liturgias.

A liberdade de culto não se concretizará plenamente se ficar restrito ao plano espiritual e a determinado lugar, mas sim na realização de cerimônias, manifestações, reuniões em casa ou em lugares públicos. Ademais, a liberdade de culto garante às pessoas de se comportarem conforme a doutrina de sua religião.

Jose Afonso da Silva (1999, p.252) ensina que:

> A religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples contemplação do ente sagrado, não é simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática de ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida.

E continua afirmando que diferentemente das constituições anteriores, a Constituição Federal de 1988, retirou de seu texto a realização do culto sob a observância da ordem pública e dos bons costumes. Quando havia essas observâncias, de certa maneira, causava uma certa limitação. Porém é válida a sua retirada em razão de serem termos indefinidos e vagos, que serviriam de intervenções arbitrárias. (1999, p. 253)

Mas Celso Ribeiro de Bastos coloca que a ordem pública e os bons costumes são valores estruturantes de toda ordem normativa, e cabe ao Estado não permitir, mesmo sob o fundamento de proteção da liberdade de culto, que atos venham a ser praticados contra uma moral dominante ou mesmo à condição humana. (2002, p. 335).

A liberdade de organização religiosa: Está relacionada com as possibilidades de organizações e estabelecimentos de igrejas e suas relações com o Estado. Encontra-se prevista no art. 5º, inc. VI, da CF.

Em razão da separação entre Estado e Igreja, o Estado não pode obstruir a abertura e funcionamento de determina religião ou, de outro lado, conceder privilégios desmesurados a determinado credo religioso.

2. CONSIDERAÇÕE SOBRE LAICIDADE, SECURALISMO E LAICISMO

Segundo o dicionário De Plácido e Silva: "LAICO. Do latim *laicus*, é o mesmo que leigo, equivalendo ao sentido de secular, em oposição ao de bispo, ou religioso" (2008, p. 45).

A laicidade estatal vem denominada como a desvinculação do Estado de uma religião oficial e com a garantia da liberdade religiosa.

O Estado laico tem a sua fundamentação na democracia, pois ele não é instituído por dogmas religiosos, mais sim pela vontade popular. Então, laico não deriva da religião mais sim da imposição de como o Estado quer se constituir para conduzir a sociedade, e escolhendo ser laico, cabe a ele salvaguardar as diversas confissões religiosos contra os abusos que estas venham a sofrer, sejam do poder público ou do particular.

Daniel Sarmento, afirma que a laicidade também protege o Estado contra as ingerências de assuntos religiosos na sua administração. Evita-se todo tipo de confusão entre o poder secular e democrático. (2007, p. 04)

A Constituição Federal, em seu artigo 19, inciso I, consagra o princípio da laicidade no Brasil, ao vedar à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança.

Vale aqui citar os artigos 4, 5, 6 da Declaração Universal Da Laicidade No Século XXI, que fora apresentada por Jean Baubérot (França), Micheline Milot (Canadá) e Roberto Blancarte (México) no Senado Francês, em 9 de dezembro de 2005, por ocasião das comemorações do centenário da separação Estado-Igrejas na França.

Nela expressa-se a conceituação de laicidade e sua instituição como princípio fundamental do estado democrático de direito:

> Artigo 4º: Definimos a laicidade como a harmonização, em diversas conjunturas sócio-históricas e geopolíticas, dos três princípios já indicados: respeito à liberdade de consciência e a sua prática individual e coletiva; autonomia da política e da sociedade civil com relação às normas religiosas e filosóficas particulares; nenhuma discriminação direta ou indireta contra os seres humanos.
>
> Artigo 5º: Um processo laicizador emerge quando o Estado não está mais legitimado por uma religião ou por uma corrente de pensamento especifica, e quando o conjunto de cidadãos puder deliberar pacificamente, com igualdade de direitos e dignidade, para exercer sua soberania no exercício do poder político. Respeitando os princípios indicados, este processo se dá através de uma relação íntima com a formação de todo o Estado moderno, que pretende garantir os direitos fundamentais de cada cidadão. (...)
>
> Artigo 6º: A laicidade, assim concebida, constitui um elemento chave da vida democrática. Impregna, inevitavelmente, o político e o jurídico, acompanhando assim os avanços da democracia, o reconhecimento dos direitos fundamentais e a aceitação social e política do pluralismo.

Apesar de a Declaração citada ser um documento informal, ela é de grande valia para a conceituação de laicidade no cenário internacional, uma vez que várias nações ainda não garantem total liberdade aos seus cidadãos para expressarem a sua fé em determinada religião. Dela, pode-se extrair a garantia da liberdade religiosa, a independência do Estado quanto à vinculação de normas religiosas e a proibição de discriminação contra o cidadão que professe sua fé e institui seu culto.

Nesse contexto, entende-se que a laicidade é elemento chave da vida democrática e, consequentemente, um reconhecimento dos direitos fundamentais e a aceitação social e política do pluralismo.

Não se pode esquecer que a laicidade está relacionada também com a igualdade. O Estado, que é laico, deve tratar de forma igual todos àqueles que professam ou deixam de professar alguma fé.

> Percebe-se, então, que a posição do Estado na garantia do direito à liberdade religiosa não é passiva, não consistindo a laicidade do Estado em uma completa omissão, até porque um estado omisso na garantia da liberdade de religião não é um Estado laico e sim um Estado contra a religião. (ALVES e BREGA FILHO, 2009, p. 87)

Todavia, atualmente, no âmbito do ensino religioso na escola pública, se prega que deve-se ser adotado o secularismo. O secularismo está relacionado com o afastamento do ser humano com as normas que regem a religião e sua aproximação com regras racionais, científicas e técnicas que regem o comportamento humano. Há um total distanciamento da sociedade com os valores religiosos.

Segundo Jónatas Machado, o secularismo é um "processo pelo qual a sociedade se afastou do controle da Igreja, de forma que a ciência, a educação, a arte e a política ficaram livres da conformidade com o dogma religioso e das hierarquias eclesiásticas." (1996, p. 93).

> O termo secular deu origem a secularização, expressão que designa o processo de mudança pelo qual a sociedade deixa de ter instituições legitimadas pelo sagrado, baseadas no ritualismo e na tradição, tornando-se cada vez mais profanas (ou seculares). O processo de secularização leva à compreensão do mundo e da humanidade a partir de critérios imanentes, isto é, internos a eles próprios, sem o recurso ao sobrenatural. A secularização implica a perda da força da religião para regular a vida social, mas não implica, necessariamente, o fim da religião, que pode se manter e até mesmo aumentar sua força na dimensão íntima da vida dos indivíduos. Num sentido mais geral, a secularização remete à cultura que se torna mais baseada em critérios racionais ou utilitários do que em valores e práticas tradicionais (OLÉ, 2012).

Destaca-se que o secularismo está intimamente ligado às formas de comportamento e crença da sociedade, já, a laicidade determina a maneira de como o Estado deve se comportar com referência às questões religiosas. O secularismo é uma tendência da sociedade moderna. (ORO, 2007, p. 4).

O Laicismo surge quando há uma exclusão das manifestações religiosas da esfera pública. Inadmite-se qualquer penetração da religião em ambientes pertencentes ao Estado. Tem-se como exemplo a França que, em 2004, o parlamento aprovou a Lei nº 2004-228, que proíbe os alunos de utilizarem símbolos e vestimentas que de alguma maneira, possa manifestar suas convicções religiosas. O laicismo restringe as manifestações religiosas nas esferas públicas, porém as manifestações em âmbitos particulares são permitidas. Observa-se que em razão das raízes religiosas existentes na cultura do Brasil, torna-se difícil a sua aceitação no país.

3. ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS: MINISTRAÇÃO DE AULAS PELAS DIVERSAS RELIGIÕES

A Constituição Federal de 1998 disciplinou o ensino público religioso no artigo 210, § 1º, in verbis: "O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental".

Na seara infraconstitucional, inicialmente, em âmbito federal, o assunto foi regulamentado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (lei nº 9.394/96), em seu artigo 33, in verbis:

> O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituiu disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo oferecido, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferencias manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis, em caráter:
>
> I – confessional, de acordo com a opção religiosa do aluno ou do seu responsável, ministrado por professores ou orientadores religiosos preparados e credenciados pelas respectivas igrejas ou entidades religiosas; ou
>
> II – interconfessional, resultante de acordo entre as diversas entidades religiosas, que se responsabilização pela elaboração do respectivo programa.

Porém foi observado que o conteúdo do disposto acima citado mantinha relação de dependência entre o Estado e as organizações religiosas, além de desrespeitar o pluralismo

religioso existente no Brasil, infringindo a laicidade estatal. (ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 158).

Em razão dessas incongruências, foi promulgada a Lei 9.475/97, que alterou o art. 33, que passou a dispor sobre o assunto da seguinte forma:

> Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.
>
> §1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.
>
> §2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

Com a mudança de redação do artigo 33, percebe-se que o legislador primou em estabelecer o ensino religioso nas escolas públicas para expor o caráter cultural, social e filosófico das mesmas. Considera-se que, em razão da diversidade cultural, existente no país, a exposição do ensino religioso confessional, violaria a laicidade do Estado. (ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 158).

Ademais, o art. 33 também vedou o proselitismo, ou seja, veda-se a divulgação de crença religiosa por determinado grupo no âmbito do ensino público.

Marco Huaco (2008, p.75) entende que,

> A realidade demonstra que, quando a escola pública, não é laica se produzem anomalias como discriminação de alunos que não professam a religião dos demais companheiros de classe; a obrigatoriedade de revelar as próprias convicções religiosas ou de consciência para solicitar a exoneração das disciplinas religiosas.

O que se tem notado é o total desrespeito à laicidade estatal, tendo em vista que o sistema de ensino público tem permitido que as religiões propagem o proselitismo no âmbito escolar público. (ZYLBERSZTAJN, 2012, p.160)

Alvaro Augusto Fernandes da Cruz explica que há desvirtuamento na ministração da matéria de religião, pois não existe regulamentação para a formação específica de um profissional para lecionar a aula, que ensine tanto a confessionalidade quanto a não confessionalidade. (2011, p. 66)

E continua:

> O que ocorre na prática são aulas atribuídas a líderes religiosos de uma determinada religião em específico, que ministram aulas com o rótulo de "ecumênicas" – que por conceito é o termo que significa a unificação das igrejas cristãs (católica, ortodoxa e protestante), que na verdade não o são, pois, o líder religioso, não pode abrir mão de sua fé religiosa, ocorrendo um direcionamento do aluno a religião a qual o professor está vinculado e ainda, um ensino religioso cristão não é neutro e sim, confessional.

Ives Gandra da Silva Martins afirma o objetivo do constituinte ao instituir o ensino religioso foi o de privilegiar a Igreja Católica, tendo em vista o histórico cultural do Brasil com referida religião no período colonial.

> Qual o tipo de ensino religioso que deve ser ministrado?(...) O ensino religiosos a que se refere [a Constituição] é um só, o da Igreja que levou os portugueses a conquistarem o mundo em nome de Cristo e que comemorou a descoberta do Brasil com a missa e a eucaristia pertinentes ao rito católico apostólico romano. À evidência, no Brasil há outras Igrejas, assim como uma proliferação de seitas que se utilizam do nome de Cristo para a arrecadação de fundos fantásticos, mas não a elas se referiu o constituinte, visto que, na tradição da história brasileira foi a Igreja Católica Apostólica Romana aquela que conformou seu perfil de Nação continente e que colaborou na formação cultural de seu povo. Não poderia, todavia, o constituinte desconhecer a realidade de outros cultos, inclusive importado de outros costumes, razão pela qual permitiu a facultatividade da matrícula. Ninguém precisa cursar a disciplina, a não ser aquelas pessoas de formação católica apostólica romana.

> (...)Entendo, pois, que por ter se referido, o constituinte, ao ensino religioso – necessariamente católico apostólico romano – é que a obrigatoriedade de sua divulgação correspondia à facultatividade da frequência, em clara demonstração do legislador supremo de respeito ao livre arbítrio das pessoas. Por fim, sendo o ensino religioso o da doutrina da Igreja Católica Apostólica Romana, à evidencia, caberá a esta Igreja dar o conteúdo da matéria a ser ensinada, sendo a responsável por seu programa. (1995, p. 81-82)

Em 11 de fevereiro de 2010 foi promulgado o Decreto nº 7.107 que trata do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. Nele ficou estabelecido o direito da Igreja católica desempenhar a sua missao apostólica no Brasil, inclusive garantindo a propagação de suas atividas na esfera pública, desde que observado o ordenamento jurídico brasileiro.

O referido Decreto tratou também sobre o ensino religioso na escola pública no artigo 11 e §1º:

> A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.
>
> §1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

A promulgação do Acordo trouxe novamente a discussão sobre a laicidade estatal. Considera-se que o Acordo contraria a Constituição Federal, tendo em vista que em seu artigo 19 impede qualquer relação do Estado brasileiro com as confissões religiosas.

Luiz Antonio Cunha, analisando a Concordara Brasil-Vaticano, chega à conclusão que no tocante ao ensino religioso na escola pública há certamente o caráter confessional no ensino da forma ali tratada. Salienta que no caput do art.11, há declaração da importância do

ensino religioso na formação integral da pessoa, e no §1º está explícito a declaração de que o ensino religioso destina-se à igreja católica e às outras confissões religiosas. (2009, p. 263-280)

Apesar dessa interpretação de que a Concordata Brasil-Vaticano fere frontalmente a laicidade estatal ao estabelecer o ensino confessional, é possível extrair que não ficou vedada a exposição e discussão de assuntos de caráter não-confessional nas escolas, até por que a corcordata destacou a diversidade cultural, o pluralismo existente no país, além de conceder a facultatividade ao aluno em efetuar a matrícula para frequentar o ensino religioso ministrado pela escola.

Todas as normas jurídicas que tratam sobre o ensino religioso na escola pública, seja ela de ordem nacional ou internacional, trazem sempre em seu bojo o caráter facultativo no tocante à realização da matrícula pelo aluno. Por facultativo pode extrair-se como algo não obrigatório a ser praticado pelo cidadão, agir ou deixar de agir conforme a sua consciencia.

Desse modo, o aluno poderá escolher ou não em realizar a matéria de ensino religioso, mas se decidir por não frequentar é dever da escola promover a sua inclusão em outra atividade pedagógica, sem lhe causar constrangimento, nunca o deixando na inatividade.

Já Fábio Portela Lopes De Almeida argumenta que a facultatividade de matrícula no ensino religioso apenas era concebível quando o Brasil adotava uma religião oficial, que na época era o catolicismo e, assim, se concedia a possibilidade dos seguidores de outras religiões não assistirem as aulas ministradas pela escola, em razão do caráter eminentemente católico. Tal facultatividade visava a proteção da liberdade religiosa. (2009, p. 34)

Porventura, se o ensino religioso for não confessional não é mais possível que se conceda essa facultatividade na matrícula de ensino religioso, tendo em vista que a escola pública deve promover a tolerância nos seus alunos. Com a frequência nas aulas de ensino religioso os alunos terão oportunidade de conhecer as mais diversas concepções religiosas e filosóficas e com isso os educadores terão oportunidade de demonstrar a pluralidade de grupos existente na sociedade e a imprescindibilidade de respeitá-los e tolerá-los.

Sobre a tolerância, Paulo Freire ensina:

> Ninguém é verdadeiramente tolerante se se admite o direito de dizer do outro ou da outra: o máximo que posso fazer é tolerá-lo, é aguentá-lo. A tolerância genuína, por outro lado, não exige de mim que concorde com aquele ou com aquela a quem tolero ou também não me pede que a estime ou o estime. O que a tolerância autêntica demanda de mim é que respeite o diferente, seus sonhos, suas idéias, suas opções, seus gostos, que não o negue só porque é diferente. É nesse sentido que a tolerância é virtude a ser criada e cultivada por nós enquanto a intolerância é distorção viciosa (2004, p. 24).

Tem de se desenvolver nas crianças um espírito de tolerância à concepção religiosa ou filosófica adotada por outrem, mas para que adquira essa virtude é necessário que a ensine desde a tenra idade, o que, por conseguinte aprenderá a tolerar o próximo na comunidade em que está inserida.

De outro lado, de maneira enfática Jónatas Machado afirma que o ensino religioso confessional deve estar presente na grade de ensino das escolas públicas, tendo em vista que no Estado Constitucional tem sua base na matriz judaico-cristã. Leciona ainda, que negar o ensino religioso, seria eliminar os vestígios culturais e históricos do país.

> Um ensino público desprovido de referências religiosas, longe de ser ideologicamente neutro, não deixaria de afirmar positivamente a irrelevância da religião para os assuntos humanos. Por sua vez, um ensino da religião em termos não confessionais, diluído na história, na sociologia ou na ciência das religiões, permitiria que a mensagem religiosa fosse distorcida por professores que lhe fossem indiferentes ou adoptassem uma determinada perspectiva religiosa ou ideológica. (2013, p. 146)

E continua

> Os poderes públicos devem facilitar o ensino religioso nas escolas públicas, num quadro de autonomia confessional, e protege-lo de interferências não religiosas ideologicamente motivadas quando ministrado em escolas religiosas. (2013, p 157-158)

A matéria ainda merece muito debate, ainda mais a laicidade estatal, porém cabe ao Estado fomentar que se ministre ensino religioso nas escolas públicas, mas não da forma que se encontra hoje, que se finge que o caráter é não confessional, que na verdade destina-se um professor para ministrar aulas somente de uma religião.

Não se pode tirar o ensino religioso das escolas, pois como ensina Jónatas Machado, o Brasil tem enraizado em sua cultura e histórico o caráter religioso, todavia deve-se permanecer como matricula facultativa. Essas aulas ficariam a cargo de cada instituição religiosa, sob a coordenação e organização da própria escola em que o ensino é ministrado.

As escolas devem proceder a inclusão do ensino religioso em seu âmbito, com observância da laicidade estatal, ou seja, sem haver preferência à determinada religião e, também, não obrigar que os alunos assistam a aulas religiosas diferentes da sua crença.

Assim, todas as religiões têm como garantia constitucional a ministração do ensino religioso na escola pública, desde que haja alunos que adiram à crença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já se observou no presente trabalho, desde que existe o homem, existem também os conflitos religiosos, pois este sempre está em busca de algum ser ou coisa que para fixar sua fé, donde se forma, então, o pluralismo religioso, e inegavelmente o Direito tem que estar sempre presente para dirimir eventuais conflitos surgidos entre crenças religiosas.

A liberdade religiosa está reconhecida entre os direitos fundamentais de primeira geração, denominados como direitos de defesa, em que o Estado não pode interferir na vida do indivíduo. Pode-se considerar que a liberdade religiosa está relacionada ao livre arbítrio – vontade - da pessoa humana em poder escolher e decidir o exercício livre e consciente de sua crença e culto, sem sofrer limitação ou coação de terceiros ou pelo Estado.

Mas nem sempre o homem esteve livre para expressar a sua fé, notadamente no Brasil, o processo para a garantia do direito a liberdade religiosa foi longa. Desde o descobrimento do Brasil, a religião e o Estado sempre tiveram uma ligação muito próxima, tendo instituído a Igreja Católica Apostólica Romana como a religião oficial do Estado, ou seja, todos os cidadãos residentes no país deveriam apenas professar a fé que ensinava a Igreja

Católica. Aqueles cidadãos que resolvessem expressar ou seguir outras religiões eram passíveis de sofrer perseguições.

Em 1890, através do Decreto nº 119-A, redigido por Ruy Barbosa, houve a ruptura entre a religião e o Estado e estabeleceu que o Brasil deveria ser um país laico, deixando de dar preferência à Igreja Católica como anteriormente na época colonial e imperial.

Apesar de, juridicamente, ter ficado instituída a separação do Estado e Igreja, na prática, o Estado e a Igreja Católica Romana ainda continuavam mantendo relações como anteriormente, em razão disso, outras religiões começaram-se a se revoltar frente à atitude do Estado. Apenas com a evolução das Constituições que foram promulgadas é que, paulatinamente, a liberdade religiosa passou a ser garantida para os cidadãos e, consequentemente, o país passou a ser considerado realmente laico, ou seja, não estabelece nenhuma religião como a oficial.

O Estado laico tem a sua fundamentação na democracia, pois ele não é instituído por dogmas religiosos, mais sim pela vontade popular. Então, laico não deriva da religião mas sim da maneira de como o Estado quer se constituir para conduzir a sociedade no trato religioso, e escolhendo ser laico, cabe a ele salvaguardar as diversas confissões religiosos contra os abusos que estas venham sofrer, sejam do poder público ou do particular.

Afirma que a laicidade também protege o Estado contra as ingerências de assuntos religiosos na sua administração. Evita-se todo tipo de confusão entre o poder secular e democrático.

Apesar do Estado brasileiro ser laico, ainda pairam algumas discussões práticas que são consideradas como a preferência do Estado para uma determinada religião, notadamente a forma como é ministrado o ensino religioso nas escolas públicas.

É necessário que haja uma mudança de como são ministradas as aulas de ensino religioso. Apesar de a legislação estabelecer a facultatividade da matrícula, o que ocorre é uma imposição da direção escolar para que o aluno assista a aula, sob pena de ser penalizado referida disciplina.

O modelo atualmente existente apenas privilegia uma única religião, que é o catolicismo, pois há ainda resistência que outras religiões ministrem suas aulas, tendo em vista os traços culturais no Brasil com essa religião.

Todavia, se o Estado permitiu que se ministrem aulas de ensino religioso, que então se organize para que conceda oportunidade para que todas as religiões, de acordo com o segmento religioso dos alunos adeptos, também possa ser incluídas para ministrarem as aulas. Neste caso, haveria necessidade de separar um dia na semana em determinado horário para que as diversas religiões possam estar ali presentes, ficando a critério do aluno a sua frequência. Se houver alunos que não adotem algum modelo de religião, que a escola promova outra atividade pedagógica, para não se sentirem isolados dos demais.

Por fim, pode-se analisar no presente trabalho que ainda há muito a ser discutido sobre a liberdade religiosa, laicidade estatal e ensino religioso, pois se a Constituição Federal garante que cada cidadão pode professar a sua fé livremente, tem, também, que garantir que os direitos desses cidadãos, principalmente os das religiões minoritárias sejam preservados, sem que ocorram violações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes De. O Ensino Religioso nas escolas públicas brasileiras, revista Libertas: Estudos em Direito, Estado e Religião, Vol. 1 nº 1, p. 9-39 1º Semestre de 2009.

ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Da liberdade religiosa como direito fundamental: Limites, proteção e efetividade. Revista Argumenta. n. 11 (julho-dezembro) – Jacarezinho, 2009

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. Comentários à constituição do Brasil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BREGA FILHO, Vladimir. Direitos fundamentais na Constituição de 1988. São Paulo. Editora Juarez, 2002.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 15 de mar. 2013.

CRUZ, Alvaro Augusto Fernandes da. O princípio constitucional da laicidade: A liberdade religiosa e sua efetividade. Marília SP, 2011. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

CUNHA, Luiz Antônio. A educação na concordata Brasil-Vaticano. In: educação e Sociedade. V.30, n. 106, 2009, p. 263-280.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da tolerância. Organização e notas por Ana Maria Araújo Freire. São Paulo: Editora Unesp, 2004.

HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito, in Roberto Arruda Lorea (org.). Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Avogado, 2008: 33-80.

LEITE, Fábio Carvalho. Estado e religião no Brasil: A liberdade religiosa na Constituição de 1988. Rio de Janeiro, 2008. Tese (Doutorado em Direito). Departamento de Direito da UERJ.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes, Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: Entre o teísmo e o (neo)ateísmo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996.

MARTINS, Humberto. Liberdade religiosa e estado democrático de direito. In: SORIANO, Aldir; MAZZUOLI, Valério (org.). Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Educação religiosa nas escolas públicas – inteligência do art. 210 da CF. Revista dos Tribunais. Ano 84. Vol, 721. Novembro de 1995.

OLÉ. Observatório da Laicidade do Estado. Núcleo de Estudos de Políticas Públicas em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Menu "Conceituaçao do site http://www.nepp-dh.ufrj.br/ole/conceituacao4.html, acessado dia 27 de abr. 2013.

ORO, Ari Pedro e URETA, Marcela. Religião e política na América Latina: uma análise da legislação dos países. *Horiz. antropol.* [online]. 2007, vol.13, n.27, pp. 281-310.

SARMENTO, Daniel, O Crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado, Revista Eletrônica PRPE. Maio de 2007

SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico Conciso. Editora Forense Jurídica. 1ª edição, 2008.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZYLBERSZTAJN, Joana. O princípio da laicidade na constituição federal de 1988. São Paulo – SP, 2012. Tese (Doutorado em direito). Departamento de Direito da Universidade de São Paulo.

AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA FORMA DE EXPRESSÃO DO MULTICULTURALISMO ACRESCIDO DAS GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Livia Carla Silva RIGÃO[1174]

Milena Fernanda Manzano BRENZAN[1175]

RESUMO

Atualmente, as políticas de ações afirmativas têm sido alvo de grandes debates no âmbito do Direito Constitucional, abrangendo, em especial, a sua validade e suposta eficácia. Faz-se necessário conhecer suas reais origens e finalidades, afinal não se devem encarar as políticas de ações afirmativas como algo permanente dentro da sociedade, mas sim como uma medida que tem por finalidade reduzir ao máximo as desigualdades existentes. Muitos alegam ser esta uma discriminação lícita uma vez que é necessária para garantir o próprio princípio da isonomia, ou seja, para que a ideia de igualdade atenda aos preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana e da produção discursiva do direito. Na verdade, a própria Constituição Federal de 1988 deixa explícito não se admitir qualquer tipo de discriminação por violar preceito fundamental conforme artigo 5º da mesma. Dessa forma, é de suma importância entender tais ações de acordo com a evolução da sociedade, pois, se esta veio para garantir e efetivar direitos, isto só pode ocorrer de acordo com as necessidades sociais. Uma vez instituída tais políticas, garantir-se-ia o status de país democrático com vistas a um Estado Social de Direito. O debate acirrado em torno das chamadas "cotas" permite-nos dizer que, num contexto social no qual as políticas de identidade vêm ganhando crescente destaque, as posições "a favor" e "contra" constituem, muitas vezes, tipos de identidade.

ABSTRACT

Currently, the affirmative action policies have been the subject of much debates in the Constitutional Law, including, in particular, its validity and alleged effectiveness. It is necessary to know their true origins and purposes, after all should not face the affirmative action policies as permanent within society, but as a measure that aims to reduce the maximum inequalities. Many argue that this discrimination is lawful as necessary to ensure the very principle of equality, ie, that the idea of equality meets the precepts of the principle

[1174] Graduanda de Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Estagiária do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e da Juventude (NEDDIJ).

[1175] Graduanda de Direito na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Estagiária da Procuradoria Federal Especializada do INSS.

of human dignity and the right of discourse production. Indeed, the very Constitution of 1988 makes explicit not admit any discrimination by violating fundamental precept as Article 5 of the same. Thus, it is of paramount importance to understand such shares in accordance with the evolution of society, because if this came to ensure effective and rights, this can only occur in accordance with social needs. Once instituted such policies, would ensure the status of democratic country with a view to a State Social Rights. The heated debate around the so-called "quotas" allows us to say that, in a social context in which identity politics have been gaining increasing prominence, positions "for" and "against" are often types of identity.

KEYWORDS: Affirmative action. Guarantee of Fundamental Rights. Integration. Multiculturalism. Effective democracy.

PALAVRAS-CHAVE: Ações afirmativas. Garantia dos Direitos Fundamentais. Integração. Multiculturalismo. Efetivação da democracia.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como fito discutir a necessidade de criação de meios alternativos que possam promover a igualdade de forma a não deixá-la somente no plano formal. O tema em questão é amplo, sendo alvo de grandes discussões na esfera jurídica. Desta forma, esta pesquisa poderá servir como meio de informação, além de incentivo para novos trabalhos científicos que versem sobre o mesmo assunto. É notória a existência de desigualdades, porém não se pode deixar esta permanecer se se quiser falar em democracia e em uma constituição que tem como base a efetivação de direitos fundamentais. Fica evidenciada a constante e urgente evolução das necessidades de direitos básicos que vão tornando-se inerentes à pessoa humana com o decorrer da história.

Utilizando-se desta premissa, mister se faz uma justificação e fundamentação acerca de quais benefícios traz tal entendimento ao destinatário final da Constituição. Nasce, portanto, a necessidade de programar políticas públicas ou privadas que visem a uma maior integração dos indivíduos, principalmente em se tratando do cunho educacional. Tais políticas são hoje denominadas ações afirmativas.

A pesquisa realizada para a elaboração deste artigo científico tem o objetivo principal de compreender as reais condições sociais e o alcance dos direitos do indivíduo, os quais estão na fase de concretização. Tal pesquisa não tem por finalidade modificar a

realidade, pois almeja apenas um acréscimo de conhecimento aos que dela venham a se utilizar. Em relação aos aspectos metodológicos, o trabalho baseou-se em pesquisas bibliográficas e documentais. É uma pesquisa qualitativa uma vez que seu critério não é numérico, visando apenas o aprofundamento de conceitos e teorias, além de conhecer a natureza de determinado assunto. O método utilizado foi o histórico-evolutivo na medida em que se buscou uma análise histórica do assunto em questão, além de sua evolução ao longo do tempo.

No primeiro tópico, será feita uma abordagem sobre os princípios fundamentais que nortearam o legislador constituinte e a influência destes no âmbito da promoção da igualdade, sendo que será dado um maior enfoque ao Princípio da Igualdade, o qual é de suma importância. Já no segundo tópico, discutir-se-á a respeito das políticas de ações afirmativas e algumas teorias que visam entender e dar legitimidade às mesmas. É necessário, neste contexto, o entendimento de conceitos que podem contribuir para o êxito das ações afirmativas e a inclusão social. A abordagem feita no terceiro item é de suma importância uma vez que está relacionada a um novo campo do Direito, campo este que tem se destacado por inovadoras decisões constitucionais. Por fim, será feito uma breve análise das ações afirmativas como meio de integração e promoção da cidadania, pois a partir dela ter-se-ia uma maior miscigenação e, consequentemente, a consolidação de uma democracia participativa.

1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais podem ser definidos, de modo geral, como garantias que buscam atenuar a convivência entre os cidadãos ou entre estes e o Estado. Delimitam a atuação do Estado em seus diversos setores e tem por objetivo tutelar liberdade, vida e dignidade humana, além de outros valores essenciais ao homem. A concepção de direitos fundamentais varia de acordo com cada país visto que estes são os direitos humanos revestidos de garantias constitucionais. Portanto, esta é a grande diferença entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Ainda assim, podem-se confundir os direitos fundamentais com os naturais. Bobbio assim os diferencia:

> Somos tentados a descrever o processo de desenvolvimento que culmina da Declaração Universal também de outro modo, servindo-nos das categorias

> tradicionais do direito natural e do direito positivo: os direitos dos homens nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. (BOBBIO, 1992, p.30)

Ainda sem possuírem sua concretização material, são princípios ideais e garantias constitucionais que podem ser evocados a qualquer momento por qualquer componente do povo e, possuindo, ainda, como guardião o Ministério Público graças ao seu novo papel constitucional.

Isto posto, percebe-se que os direitos fundamentais originam-se dos direitos dos homens, porém são universais, morais, fundamentais, preferenciais e abstratos. São direitos que dependem do próprio Direito uma vez que não necessitariam ser positivados, mas devido a grande importância que apresentam, foram normatizados no âmbito constitucional.

Já pela abrangência de tais direitos, a teoria dos direitos fundamentais é multidimensional, pois não se delimita a um único campo do conhecimento. A finalidade desta teoria é, em última análise, possibilitar mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais. Adverte Norberto Bobbio (1992, p.25):

> O problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los [...] Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Os direitos fundamentais embora imponham uma limitação ao poder decorrente das diversas esferas do Estado, não impede, tão pouco nega a atuação deste. Muito pelo contrário, em muitos casos, é próprio dos direitos fundamentais clamar por uma ação positiva do estado que vise a uma justiça distributiva. Prova disso, pode ser verificada no período pós segunda guerra mundial, no qual foi consagrado o estado de bem estar social tendente a fazer do poder estatal um grande aliado das conquistas sociais.

1.1 Igualdades formal e material

Uma das vertentes defendidas pelo Direito Fundamental é a liberdade. Esta tem grande incidência no âmbito constitucional. Mister se faz uma diferenciação entre ambos os conceitos para que se possa compreender de que forma se pode correlaciona-la com as políticas de ações afirmativas uma vez que este mecanismo tem por finalidade última alcançar a igualdade.

A igualdade formal está relacionada a um conceito mais amplo e geral, pois é dirigida a todos indistintamente. É, portanto, abstrata. Está positivada na Constituição Federal, possuindo assim força normativa. O artigo 5° da Constituição Federal diz: “todos são iguais perante a lei”. Desta forma. É considerado ilícito discriminação de qualquer natureza na aplicação da lei. Contudo tal espécie de igualdade é insuficiente para efetivação dos valores a que se preza. A igualdade materializa um dever ético-jurídico de respeito aos indivíduos e tem por objetivo a não discriminação, a tolerância, o combate ao preconceito e ao racismo.

Surge, desse contexto, a necessidade da igualdade material, esta sim a igualdade de fato. Significa a efetiva realização da igualdade, a partir da concretização dos direitos humanos, e levando em consideração as desigualdades presentes na sociedade. Ainda que a igualdade formal não seja suficiente, já representa um avanço na implementação efetiva do Direito. Tem-se que:

> [...] essa convicção de que todos os seres humanos têm direito a serem igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância: a lei escrita, como regra geral e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem numa sociedade organizada. (COMPARATO, 2004, p.4)

A igualdade na lei (formal) é dirigida ao legislador que, ao criar normas abstratas, deve tratar todos com isonomia. A lei não pode estabelecer diferença entre os indivíduos.

A igualdade perante a lei (material) ocorre no momento da concretização. Não se deve aplicar qualquer comportamento preconceituoso na aplicação da lei. É preciso praticar medidas concretas e objetivas tendentes à aproximação social, política e econômica entre os indivíduos.

Sobre esta questão, assim já decidiu o STF:

> O princípio da isonomia, que se reveste de autoaplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica, suscetível de regulamentação ou de complementação. Esse princípio — cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público — deve ser considerado, em sua precípua função de obstar a discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei — que opera numa fase de generalidade puramente abstrata — constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais Poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. (STF, MI 58, rel. Min. Celso de Mello)

1.2 O princípio da igualdade na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 proclama, em várias passagens, o princípio da igualdade, colocando-o como premissa dos direitos fundamentais. Muitas são as teorias que já tentaram discutir e encontrar o real conceito de igualdade de forma que se possa aplica-lo. No entanto, essa ideia é muito mais ampla. É necessário compreender tal princípio de acordo com a sociedade em que se vive. Não se pode querer aplicar a igualdade sem saber ao menos quem são os desiguais e qual a medida de desigualdade entre eles. Além disso, um relevante questionamento é feito: qual o critério legítimo capaz de distinguir as pessoas, separá-las em grupos e conceder-lhes um tratamento jurídico diferenciado, sem ferir o princípio da isonomia?

O princípio constitucional aparece de forma expressa no caput do art. 5° da Constituição Federal nos seguintes termos:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988)

De acordo com o princípio retro mencionado, incorre-se que o próprio ordenamento jurídico veda o tratamento diferenciado às pessoas. No entanto, como a distribuição de renda ocorre de forma desigual, é necessário que o Estado crie método que possam ao menos diminuir tais desigualdades. É essencial a implementação de políticas públicas que tenham como objetivo transformar a igualdade formal, prevista em vários ordenamentos jurídicos do mundo numa realidade material, ou seja, sair do plano deôntico para a realidade.

A respeito da matéria destacam Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz (1980, p. 17) que:

> Fundamental para saber qual é o conteúdo jurídico do princípio da igualdade é, por incrível que pareça, conhecer quando é válida a desigualdade. Se soubermos quando podemos discriminar, conheceremos o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Isso significa legitimidade que fundamenta, perante o ordenamento jurídico, determinado fator discriminatório, Isso determinará a observância ou inobservância do preceito da igualdade.

Portanto, o princípio da igualdade não proíbe, mas antes pressupõe que a lei estabeleça diferenciações de acordo com cada situação, desde que haja um fundamento material e um objetivo para tal discriminação.

1.3 Da dignidade da pessoa humana

Os direitos e garantias fundamentais sempre foram lembrados nas constituições brasileiras desde 1824. Porém, a dignidade da pessoa humana, só foi consagrada pela Constituição de 1934 (a primeira da era Vargas), sendo lembrada novamente apenas em 1967. Isto parece até um pouco contraditório, pois a Constituição de 1967 nasceu e foi promulgada durante uma ditadura militar. Mesmo assim, inseriu em seu texto constitucional o tópico referente à dignidade da pessoa humana. Vale ressaltar que tal inserção foi apenas um

momento inspirado e romântico do autor daquele texto, não chegando a se concretizar da forma que imaginar-se-ia hodiernamente.

Na verdade, a dignidade da pessoa humana foi inserida naquele texto como visando a tutelar garantias trabalhistas e nada mais. Seu caráter de princípio constitucional veio apenas a partir da Constituição Federal de 1988, esta a mais democrática de todas, já no seu artigo primeiro na forma de fundamento do Estado Social, o que se demonstra, *in verbis:*

> Art. 1° A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:
>
> III – a dignidade da pessoa humana

Para Flaudemir Gerônimo Belinati Martins (2003, p.122):

> A noção de dignidade da pessoa humana foi historicamente elaborada e construída no âmbito do pensamento filosófico ocidental. Partindo da filosofia grega, cuja grande contribuição para o pensamento ocidental radica em um novo modo de pensar racional e filosófico, chegamos ao pensamento cristão, no qual o homem é concebido à imagem e semelhança de Deus, e exatamente por isso, todos os homens são considerados iguais. Nessa perspectiva, observamos que a humanidade ocidental inspirada, em menor ou maior grau, na filosofia cristã, passou a buscar como expressão de respeito a sua dignidade, a igualdade entre os seres humanos, no contexto da filosofia cristão destaca-se a contribuição de Tomás de Aquino, para o autor, dignidade humana nada mais é do que uma qualidade inerente a todo ser humano e que o distingue das demais criaturas: a racionalidade. Através da racionalidade, o ser humano passa a ser livre e responsável por seu destino, significando o que há de mais perfeito em todo o universo e constituindo um valor absoluto, um fim em si.

Quanto à constitucionalização da dignidade da pessoa humana, vale citar o que foi observado por Ana Paula de Barcellos (2002, p.110):

> A reação à barbárie do nazismo e do fascismo em geral levou, no pós guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava (Alemanha, Portugal e Espanha, *e. g.*, em suas novas cartas; a Bélgica tratou do tema através de emendas à Constituição), juridicizando, *com estatura constitucional*, o tema. Também a Constituição Brasileira de 1988 introduziu o princípio pela primeira vez, em seu artigo 1°, III [...].

A conceituação de dignidade da pessoa humana é um pouco tanto complexa, não possuindo ao certo uma definição fixa. Certo é afirmar que tal garantia constitucional visa a gerir mínimos existenciais que possam assegurar a todos uma condição de vida digna e íntegra. Para tanto, o Estado, a fim de promover e efetivar tal princípio, deve se abster de condutas que possam o ferir como também deve praticar condutas positivas tendentes a proteger a pessoa humana. Uma vida digna implica, sobretudo, direito à educação, alimentação, sistema de saúde, além de outros implícitos no texto constitucional como, por exemplo, o direito de arguir perante um órgão judicial.

O atual texto constitucional procurou ainda consolidar os direitos à liberdade, igualdade e fraternidade, dando um novo e fortificado enfoque aos direitos sociais além de incorporar de forma moderna o direito ao meio ambiente, aumentando ainda mais as garantias da dignidade da pessoa humana.

2 AÇÕES AFIRMATIVAS E DIRCRIMINAÇÃO LÍCITA

O papel do Direito é ser instrumento de transformação social a fim de resgatar direitos ainda hoje não concretizados. É o caso dos direitos fundamentais os quais necessitam de um caminho que possa reconstruir sua efetividade. Nesse sentido, cabe ao Estado, através da aplicação de sua função social, instituir políticas que possam trazer para a esfera concreta a tentativa de manter e aumentar a igualdade, ainda que para isso seja necessário agir desigualmente.

> A igualdade procedimental do período contemporâneo deve ser entendida como uma igualdade aritmeticamente inclusiva para viabilizar que um número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da sociedade. (CRUZ, 2003, p.12)

Surge, desse pressuposto, a necessidade de combinar a proibição da segregação com política compensatórias que visem a acelerar a promoção da igualdade. Isto significa que para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação, mediante legislação repressiva. São de suma importância as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis. Acrescenta-se que:

> Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (SANTOS, 2003, p.56)

As discriminações que são fatores geradores de desigualdades podem ser de dois tipos: negativas ou ilícitas e positivas ou lícitas. As primeiras são aquelas que desrespeitam o outro e que desconsidera o próximo pela simples vontade de menosprezar. Não há um motivo plausível que possa justifica-la. Já as discriminações positivas ou lícitas são as justificáveis e legítimas, pois discriminam para, posteriormente, incluir no âmago da sociedade grupos até então menosprezados pela mesma. Muitas vezes, estabelecer uma diferença, distinguir ou separar é necessário e indispensável para a garantia do próprio princípio da isonomia.

> O que se percebe é que a proibição da exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofreram e sofrem debaixo de um consistente padrão de violência e preconceito. (PIOVESAN, 2009, p.21)

As ações afirmativas são sim discriminações legítimas assim como as discriminações por idade que proíbem uma criança menor de 14 (quatorze) anos de contrair relação de emprego (art. 227, § 3 ° da Constituição Federal), ou um adolescente menor de 16 (dezesseis) anos de votar (art. 14, inciso II, alínea "c" da Constituição Federal). Nestes casos elencados, a discriminação determina uma preferência em favor de alguém. No entanto, as discriminações lícitas podem se dar também por via excludente, como no caso da norma constitucional que impõe aposentadoria compulsória a um magistrado que alcance a idade de 70 (setenta) anos. Reconhecer a legitimidade do texto constitucional não significa descurar-se do constante e necessário esforço de respeito mútuo entre diferentes indivíduos e diferentes coletividades.

2.1 Da legitimidade das ações afirmativas

É evidente que a discriminação ilícita deve ser extirpada da sociedade, pois a medida que ela cresce, muitos são os desafios que dela decorrem, contribuindo para defasar a ordem e a paz social. Desde os tempos mais remotos já se tentava explicar o surgimento de tais desigualdades. Para o marxismo, a origem da discriminação era o elemento econômico. Não haveria qualquer interferência cultural na discriminação. Logo, não haveria motivo algum para promover politicas públicas ou privadas ligadas a gêneros, cor, raça, etc. Eram oriundas única e exclusivamente do sistema econômico vigente.

Posteriormente, tal teoria foi tida como insuficiente, pois não há como reduzir as desigualdades somente a fatores econômicos. Há incutido em sua origem, fatores sociais, culturais e axiológicos. A teoria compensatória surge para dar um fundamento de validade para as ações afirmativas. Essa concepção entende que as ações afirmativas seriam indenizações pagas aos inúmeros descendentes das vítimas de gerações que sofreram o segregacionismo e violações de seus direitos. Comparando, seria uma restauração pelo prejuízo causado, uma ação indenizatória.

A teoria compensatória, assim como as anteriores, sofreu duras criticas, uma vez que as indenizações tem como base casos de responsabilidade civil por atos ilícitos de que apenas aquele agente que de fato os praticou pode ser acionado judicialmente. Assim, tal teoria assim como a marxista acima mencionada não concedem legitimidade para as ações afirmativas.

Uma tese favorável a legitimidade das ações afirmativas é a que se apega no pluralismo jurídico e na dignidade da pessoa humana. A necessidade do reconhecimento de uma sociedade plural e democrática exige a participação formal, material e, sobretudo, procedimentalmente igualitária no tocante ao tratamento estatal e a divisão social.

> Logo, as ações afirmativas são, em nossa opinião, uma necessidade temporária de correção de rumos na sociedade, um corte estrutural na forma de pensar, uma maneira de impedir que relações sociais, culturais e econômicas sejam deterioradas em função da discriminação. Negar as ações afirmativas significa negar a existência da própria discriminação ou negar as conquistas que elas trouxeram, especialmente na sociedade norteamericana. (CRUZ, 2003, p. 134-135)

No Brasil, cujo IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) é baixo, é de suma importância a existência de discriminações lícitas para que se possa corrigir as diversas desigualdades existentes. A complexa realidade brasileira endossa um alarmante quadro de exclusão social e discriminação, termos interligados, que compõem um ciclo vicioso, em que a exclusão implica discriminação e a discriminação implica exclusão.

Além disso, manter um ambiente plural e diversificado, principalmente em ambientes universitários, corrobora para a miscigenação, grande característica brasileira. De acordo com a Ministra Carmen Lúcia: “as ações afirmativas não são a melhor opção, mas são uma etapa.” Portanto, deixa-se claro que tais ações não são vistas como algo permanente, mas sim como algo que busca atenuar os riscos da discriminação e que deve também estar acompanhada de outras políticas estatais para que não se concretize o preconceito e desrespeito já tão reincidentes.

3 AÇÕES AFIRMTIVAS E O DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos nasce com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Desde então, o mundo assiste a um progressivo desenvolvimento de diversos instrumentos e uma ampla gama de tratados internacionais que vem compor um sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos.

Na esteira da evolução do movimento global em defesa dos Direitos Humanos, já no mundo pós-Guerra Fria, vemos a Declaração de Viena de 1993 estender, renovar e ampliar o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade dos Direitos Humanos, ao proclamar a interdependência entre Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento, apontando a democracia como o regime político mais compatível com a proteção aos direitos Humanos.

A Constituição brasileira de 1988, conhecida informalmente por “Constituição Cidadã”, recebeu profunda inspiração da Declaração Universal de 1948, aproveitando suas emanações jurídicas fundamentais, chegando ao ponto de ser considerada por alguns como sendo sua mentora e matriz. Na época de sua promulgação, a Carta Política brasileira figurava no rol das Constituições nacionais que maior número de direitos e garantias fundamentais tutelava. Assim, a Constituição de 1988 abriga os compromissos anteriormente assumidos pelo Brasil no plano internacional, reforçando sua importância e materializando-os no plano interno.

Pode-se afirmar, também, que a Constituição brasileira vai além da Declaração Universal, garantindo ainda outros direitos que surgiram e se consolidaram durante os quarenta anos que a separam da publicação da Declaração de 1948. Assim sendo, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos celebrados pelo Brasil se somam os do diploma brasileiro que assegura o mais amplo e detalhado elenco de direitos e liberdades individuais, coletivos e sociais, notadamente no artigo 5º e seus 78 incisos, os quais cobrem abrangente gama dos chamados direitos e garantias fundamentais. No que diz respeito à importância que ocupa a temática dos Direitos Humanos no âmbito constitucional brasileiro, o artigo 4º, inciso II, da referida Constituição, deixa absolutamente claro o comprometimento do Brasil com os Direitos Humanos, ao afirmar que o país é regido, nas suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos. Portanto há uma profunda preocupação do constituinte originário em demonstrar que os direitos humanos são garantias nacionais e também internacionais, na medida em que o Brasil se torna signatário dos tratados internacionais, os quais, conforme dispõe a Constituição, serão recebidos como lei ordinária, porém os referentes a direitos humanos e que forem aprovados no Congresso Nacional serão equivalentes às emendas constitucionais.

> Atualmente, o que se vem percebendo é o surgimento gradual de uma nova mentalidade, mais aberta e otimista, em relação aos Direitos Humanos, principalmente dessa nova geração de juristas. Não mais se cogita, para esse novo grupo, em monismo e dualismo, o que já estaria (e efetivamente está!) por demais superado. O que pretendem, ao que nos parece, é que seja dado às normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais, o seu devido valor. Não admitem essa igualização dos tratados com a legislação interna do país. Ao contrário: desejam

> ver aqueles compromissos internacionais igualados à Constituição do Estado. (MAZZUOLI, 1999)

Por ser a ação afirmativa um assunto que suscita questões de direitos humanos, pode este tema ser levada para o Direito Internacional e ocorrer, posteriormente, um julgamento da Suprema Corte. Assim, desde que o país aceite interferências em seu ordenamento, como ocorre com o Brasil, um assunto relevante e que não conseguiu ser resolvido dentro do âmbito nacional, poderá ser direcionado para a Corte Interamericana de Direitos Humanas, a qual o julgará tendo por preceito básico e primordial a garantia dos direitos humanos.

3.1 Recente decisão da Suprema Corte

É visível o papel de extrema relevância que a Suprema Corte desempenha através de seus julgados e que têm contribuído para a construção de uma sociedade plural na América. Nesse sentido, é fundamental destacar julgados nos quais a própria Corte deflagrou e executou programas de ações afirmativas. A corte, ao adotar o critério de uma ponderação de valores, estabeleceu preferências e privilégios entre as próprias minorias.

> É curioso o fato de que, quando a Suprema Corte examina condutas potencialmente violadoras dos direitos fundamentais, emprega um *standart* menos rigoroso (*ordinary scrutiny)*. Contudo, quando aprecia normas de conteúdo afirmativo em prol de negros, homossexuais, índios ou minorias religiosas, submete-as a um exame rígido de sua constitucionalidade. Fica claro que a Corte utiliza-se de aspectos culturais e tradicionais da cultura americana, impondo juízos de valor no trabalho de interpretar o Direito. (CRUZ, 2003, p.152)

Há vários casos em que é evidenciada a posição favorável da Suprema corte com relação às ações afirmativas. As ações afirmativas vêm expressamente previstas em vários desses documentos dos quais o Brasil é signatário, como, por exemplo, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, etc. Isso se

dá pela necessidade e urgência, em muitos países do mundo, assim como no Brasil, de se resgatar o valor da igualdade, desfigurado por um passado de preconceitos e discriminações.

Porém, em recente discussão, foi questionada a legitimidade das ações afirmativas. Segundo notícia publicada no site UOL no dia 14 de outubro de 2012, o Juiz John Roberts questionou quantas diversidades seriam necessárias e quantas faculdades alcançariam a diversidade sem ter de recorrer a ações afirmativas. Tal posicionamento difere de alguns julgados proferidos pela Juíza Sandra Day O'Connor, já aposentada. Essa magistrada proferiu favoravelmente, no caso Grutter versus Bollinger, ao uso da raça como parte de uma análise holística pelas universidades públicas.

Fica claro o desequilíbrio que existe na Suprema Corte desde então. Resta esperar por uma futura decisão que porá fim a uma milenar discussão sobre a legitimidade ou não das ações afirmativas. No entanto, há de se perceber a reiteração nas decisões positivas da Suprema Corte em relação a este em tema em especial por alegarem que, de fato, implementar as ações afirmativas favorece o sistema educacional, fazendo o mesmo fluir de forma diversificada.

Muitos são os desafios que os defensores deste programa de inclusão enfrentarão, posto que alguns juízes ainda são desfavoráveis ao uso de iniciativas de discriminação lícita, um dos conceitos muito bem explicados e adotados para as ações afirmativas.

4 MULTICULTURALISMO E PROMOÇÃO DA IGUALDADE

O atual contexto que está se afirmando, certamente, não constitui um cenário propício à afirmação de apenas uma cultura. Globalização, políticas neoliberais, segurança global, estas são realidades que estão acentuando a exclusão, em suas diferentes formas e manifestações. No entanto, não afetam igualmente a todos os grupos sociais e culturais, nem a todos os países e, dentro de cada país, as diferentes regiões e pessoas. Deve-se, no meio desses conflituosos tempos, buscar caminhos de afirmação de uma cultura dos direitos humanos que visem a garantir tanto uma multiplicidade étnica como também uma maior presença da igualdade entre as pessoas.

Hoje em dia, não se pode falar em igualdade sem incluir a questão da diversidade, nem se pode abordar a questão da diferença dissociada da afirmação da igualdade. Não significa, pois, motivar um multiculturalismo radical. Na verdade, é necessário ficar no meio

dos extremos, ou seja, incentivar a diversidade tendo por fundamento aumentar a igualdade e diminuir as diferenças.

Uma frase do sociólogo português Boaventura Souza Santos sintetiza de maneira especialmente oportuna esta tensão: *"temos direito a reivindicar a igualdade sempre que a diferença nos inferioriza e temos direito de reivindicar a diferença sempre que a igualdade nos descaracteriza"*. Assim, igualdade não se opõe a diferença. Deve-se negar a padronização e lutar contra todas as formas de desigualdade. Nem padronização nem desigualdade. E sim, lutar pela igualdade e pelo reconhecimento das diferenças.

> Antes de tudo, que a cultura deve ser pensada como um direito do cidadão - isto é, algo de que as classes populares não podem ser nem se sentir excluídas (como acontece na identificação popular entre cultura e instrução) e que a cultura não se reduz às belas artes - como julga a classe dominante [...] (CHAUÍ, 2006, p.14-15)

Por assim dizer, manter uma variedade de culturas é uma forma de garantir, desde o princípio, um direito do qual todos são portadores, promovendo a interculturalidade e afastar a ideia de *apartheid* social e cultural. A perspectiva intercultural não é ingênua. É consciente de que nessas relações existem não só diferenças, como também desigualdades, conflitos, assimetrias de poder. No entanto, parte do pressuposto de que, para se construir uma sociedade pluralista e democrática, o diálogo com o outro, os confrontos entre os diferentes grupos sociais e culturais são fundamentais e enriquecem a todos, pessoal e coletivamente, na nossa humanidade, nas nossas identidades, nas nossas maneiras de ver o mundo, a nossa sociedade e a vida em sua totalidade.

A interculturalidade aposta na relação entre grupos sociais e étnicos. Não elude os conflitos. Enfrenta a conflitividade inerente a essas relações. Favorece os processos de negociação cultural, a construção de identidades de "fronteira", "híbridas", plurais e dinâmicas, nas diferentes dimensões da dinâmica social. A perspectiva intercultural quer promover uma educação para o reconhecimento do "outro", para o diálogo entre os diferentes grupos sociais e culturais. Uma educação para a negociação cultural.

A perspectiva intercultural está orientada à construção de uma sociedade democrática, plural, humana, que articule políticas de igualdade com políticas de identidade.

Direitos Humanos e multiculturalismo nos colocam no horizonte da afirmação da dignidade humana num mundo que parece não ter mais essa convicção como inferência radical. Nesse sentido, trata-se de afirmar uma perspectiva alternativa e contra hegemônica de construção social e política.

Dessa forma, em elo com as ações afirmativas, meio de promover um multiculturalismo acrescido da proclamação de igualdade, elucida Guimarães (1999, p.180):

> Não podemos continuar a dispensar um tratamento formalmente igual aos que, de fato, são tratados como pertencentes a um estamento inferior. Políticas de ação afirmativa têm, antes de mais nada, um compromisso com o ideal de todos como iguais. Por isso, e só por isso, é preciso em certos momentos, em algumas esferas sociais privilegiadas, que aceitemos tratar como privilegiados, os desprivilegiados.

5 AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA

Predomina, infelizmente, uma visão muito formal de democracia, segundo a qual a cidadania se manifesta exclusivamente através do exercício dos direitos políticos, padronizando uma cidadania formal. Evidentemente, isso são elementos inerentes à ideia de democracia. No entanto, nos dias atuais, surge a necessidade de ampliar o conceito de cidadania/democracia, desvinculado de qualquer noção de raça, cor, sexo, gênero ou opção sexual e, retirar da concepção social a ideia de “democracia politizada” para, então, introduzir a noção de democracia participativa e inclusiva.

Para que os direitos sociais possam ter efetiva implementação, mostra-se necessário que o Poder Executivo promova a elaboração e cumprimento das correspondentes políticas públicas, traçando estratégias de atuação na busca da efetivação de tais direitos, tais como a criação de ações afirmativas.

As ações afirmativas têm sido criadas como resposta do Estado às demandas que emergem da sociedade e do seu próprio interior numa tentativa de minorar as desigualdades tão crescentes no país. Ou seja, elas são expressão do compromisso público de atuação do Estado numa determinada área.

Reconhecer as diferentes culturas existentes em uma sociedade, valorizando-as e fazendo com que estas diferentes tradições tenham espaços de manifestação e representação na sociedade como um todo, é fundamental para uma democracia plena e de reconhecimento da cidadania cultural.

De acordo com Flávia Piovesan (2003, p.199-200):

> As ações afirmativas, enquanto políticas compensatórias adotadas para aliviar e remediar as condições resultantes de um passado discriminatório, cumprem uma finalidade pública decisiva ao projeto democrático, que é a de assegurar a diversidade e a pluralidade social. Trata-se de medidas concretas que viabilizam o direito à igualdade, com a crença de que a igualdade deve se moldar no respeito à diferença e à diversidade. Através delas transita-se da igualdade formal para a igualdade material e substantiva.

Dessa forma, esmiuçando o conceito de ação afirmativa, pode-se dizer que são políticas, quer sejam privadas quer sejam públicas, de caráter temporário, concebidas de forma voluntária ou compulsória e que são direcionadas a grupos vulneráveis e minoritários com a finalidade de os inserir no âmago da sociedade, prevenindo discriminações através da aplicação do princípio da isonomia. As ações afirmativas são poderosos instrumentos de inclusão social e promoção da democracia em sentido estrito, ou seja, em uma participação plural e ampla.

A ação afirmativa evidencia o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. A correção das desigualdades é possível. Conforme lição de Guimarães (1997) as ações afirmativas estão ligadas às sociedades democráticas, que tenham no mérito individual e na igualdade de oportunidades seus principais valores. Desse modo, prossegue o autor, as ações afirmativas surgem como um formato de aprimoramento jurídico de uma sociedade cujas normas e valores são pautados pelo princípio da igualdade de oportunidades na competição entre indivíduos livres, justificando-se a desigualdade de tratamento no acesso aos bens e aos meios apenas como forma de restituir tal igualdade, devendo, por isso, tal ação ter caráter temporário, dentro de um âmbito e escopo restrito.

Não há como negar que as mesmas representam um importante instrumento de efetivação da cidadania, pois esta só se exerce tendo seus direitos e garantias assegurados constitucionalmente. Ocorre que não basta uma previsão formal de tais direitos numa sociedade, como a brasileira, repleta de desigualdades. É necessária a criação de políticas públicas e ações afirmativas que tentem minimizar tanta disparidade entre aqueles que a Lei considera iguais.

CONCLUSÃO

Ao analisar a evolução histórica da sociedade, percebem-se quão grandes foram as alterações que esta sofreu. Partiu-se de uma sociedade medieval, baseada em estamentos, na qual tudo era determinado pelo nascimento, para se chegar a uma sociedade que procura respeitar, proteger e efetivar os direitos e garantias individuais. O Direito, visto nascer e se concretizar na sociedade, não pode ficar alheio aos fatos que o geram. Desta forma, deve acompanhar as necessidades sociais que emergem dos avanços tecnológicos, sociais e políticos para tentar sempre tutelar e garantir estabilidade dentro do âmbito social.

A história da humanidade é marcada por lutas e tensões, pois se buscava melhorias que pudessem tornar a vida do cidadão mais digna. Por exemplo, sempre houve movimentos libertários em prol do reconhecimento da liberdade como direito fundamental. Da mesma forma ocorreu com os movimentos que visavam à igualdade. Desde os tempos mais remotos, tais termos foram alvo de discussões e reivindicações, sendo que até mesmo hoje, no século XXI, não se conseguiu uma definição exata nem ao menos uma concretização efetiva de tais “direitos”.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, muitos dispositivos foram criados para dar ao ser humano maiores garantias. Criaram-se os direitos fundamentais, grande cerne deste século. No entanto, mesmo com uma gama enorme de normas que tratem da igualdade, esta ainda não é concreta, pois existe apenas no plano formal. Assim, diante de um cenário de desigualdades extremas, com índices díspares de educação, é necessária a implementação de políticas que visem amenizar tais diferenças com o intuito de gerar maior efetivação do princípio da isonomia.

Neste contexto, surgem as ações afirmativas como medidas públicas ou privadas, coercitiva ou voluntária, posta em prática para integração de indivíduos ou grupos

discriminados pela sociedade com base em critérios como raça, cor, religião, opção sexual, classe econômica, etc. Ao se utilizar das políticas de ações afirmativas, estar-se-ia discriminando, no entanto, seria uma discriminação que tem por fito extinguir a mesma. Para alguns, é a chamada discriminação lícita.

Muitos são os benefícios oriundos deste meio de integração, pois alcança níveis que atingem até mesmo o próprio conceito de democracia. Traz uma miscigenação de grande importância para os avanços do Brasil, bem como promove uma interculturalidade entre os diversos tipos de povos que vivem hoje aqui. Além disso, é um importante instrumento de concretização da igualdade, tirando-a do âmbito formal e trazendo-a para o âmbito material. Por fim, tais políticas ratificam o ideal de democracia participativa, contribuindo para uma possível mudança da concepção do exercício da cidadania, posto que a mesma não deve se restringir aos Direitos Políticos consagrados na Carta Constitucional.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988 conteúdo jurídico das expressões.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Cidadania cultural**: O direito à cultura. 1. ed. São Paulo: Perseu Abrano, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Disponível em: <http://noticias.bol.uol.com.br/educacao/2012/10/14/suprema-corte-reavalia-adocao-de-acoes-afirmativas-nas-universidades-americanas.jhtm >. Acesso em: 16 out. 2012.

FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. **Dispensa e Licitações.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUIMARÃES, A. S. A. **A Desigualdade que anula a desigualdade**: notas sobre a ação afirmativa no Brasil. In: SOUZA, J. (org.). Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil- Estados Unidos**.** Brasília: Paralelo 15, 1997.

_____. **Racismo e Anti-racismo no Brasil**. S. Paulo, Edit. 34,1999.

MARTINS, Flaudemir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana princípio constitucional fundamental.** Curitiba: Juruá, 2003.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A influência dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno.** Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 37, 1 dez. 1999 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1608>. Acesso em: 15 nov. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Ações Afirmativas da perspectiva dos direitos humanos**. In: DUARTE, Evandro C. Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima; SILVA, Paulo Vinícius Baptista de (coords). Cotas raciais no ensino superior – entre o jurídico e o político. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

STF, MI 58, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19.04.1991.

O "PENSAMENTO VERDE" DA EMPRESA: O DEVER CONSTITUCIONAL DE UM MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO, A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A SUSTENTABILIDADE

Lucyellen Roberta Dias GARCIA [1176]
Marco Antonio TURATTI JUNIOR [1177]

RESUMO

O pressuposto constitucional da manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado por meio de sua defesa e proteção do Poder Público e da população para as futuras gerações conseguiu se efetivar no contexto atual com uma modificação no pensamento e nas atitudes gerais de sustentabilidade. Dentro dessa nova modalidade, a empresa baseada em seus quatro pilares poliédricos tenta encontrar meios de se sustentar e fazer valer a função social legalmente imposta e benéfica para a sociedade como em sua totalidade. Por meio das necessidades de adequação e desafios de implantação de meios mais verdes, vê-se que a sustentabilidade não pode ser uma característica de marketing do mercado, mas sim uma característica inerente de seu papel dentro de uma sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Função Social da Empresa. Sustentabilidade.

ABSTRACT

A constitutional principle for maintence of an ecologically balanced natural environment is able to carry out though the sustainability on firm social function. According Asquini's theory that divides the firm in four pillars – subjective, functional, corporative and objective – by its formation in a legal plan, this article intends to show how the firm can be sustainable at all its four columns of firm's formation. The necessities and dares of a society confirm that sustainability cannot be a social marketing, but a firm's vital feature. This work makes a vision of new manners to be sustainable and care of about one ecologically and balanced natural environment.

[1176] Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Professora de Direito Ambiental e Agrário nos cursos de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Faculdade do Norte Pioneiro (FANORPI-UNIESP). *ludiasgarcia@hotmail.com*

[1177] Acadêmico de graduação no terceiro ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). É vinculado à Fundação Araucária como bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da própria UENP, tratando sobre liberdades constitucionais e seus reflexos na sociedade sob a orientação do Professor Doutor Fernando de Brito Alves. *juniorturatti@hotmail.com*

KEYWORDS: Ecologically and balanced natural environment; firm social function; sustainability.

INTRODUÇÃO

Com o presente estudo, busca-se por meio da interdisciplinaridade do direito, a harmonização de seus institutos e a melhor efetivação combinada deles. Precisa-se ressaltar que nada no direito é singular e exclusivo a ponto de não ter comunicações com as demais áreas jurídicas, então aqui, fazemos tal ligação e a demonstramos passo a passo seu reflexo para a sociedade.

São áreas do direito que trabalhamos: direito empresarial e o direito constitucional, permeando suas diretrizes ambientais. Unir metodicamente uma matéria infraconstitucional com seu dispositivo máximo é uma tarefa simples, mas aqui se busca demonstrar uma concretização e uma máxima efetivação de institutos abstratos e, à primeira vista, distantes.

A simbiose entre a função social da empresa e a busca de um meio ambiente ecologicamente equilibrado pode se dar por diversas maneiras no exercício regular de uma empresa. Mas, aqui o foco será em cada uma delas, e demonstrar necessidades e desafios quanto à sustentabilidade no âmbito empresarial.

No conteúdo do artigo dividido em quatro tópicos, o primeiro dedica-se a analisar o que é um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e como isso interfere nas pessoas de uma sociedade e nos institutos criados pelo ordenamento jurídico. O “pensar verde” seria um conceito para trabalharmos por meio de todo o artigo, não como um marketing social, mas uma necessidade iminente.

No outro, caminhamos mais para as características do ordenamento civil de socialidade para as manutenções de propriedade e de contrato, a busca por uma humanização do Direito e a ideia de função social da empresa. Analisamos a Principiologia do código civil e suas reflexões nos institutos que traz seu código. Porque deve ser respeitado esse caráter e assim buscamos a efetivação da ordem social constitucional de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a sociedade.

No próximo tópico, encontra-se a efetivação das ideias, para nortear os estudos, encontramos base na divisão da empresa nos conceitos de Alberto Asquini no clássico

fenômeno poliédrico e analisamos nelas, as atitudes sustentáveis possíveis. Para ilustrar, podemos dizer que no âmbito da empresa subjetiva, onde a empresa é vista como o empresário, tal deverá buscar sempre a melhor opção ética de atuação no mercado, relacionando o seu íntimo com o social influenciado. No âmbito da empresa corporativa, onde a empresa é vista na relação entre empregados e empregadores, a sustentabilidade estará presente em boas condições de trabalho oferecidas, assim como a saúde profissional e sabedoria relacional. No âmbito da empresa funcional, onde a empresa é vista como seu conhecimento, a sustentabilidade se encontra em maneiras de respeitar a biodiversidade do planeta e utilizar sua tecnologia a favor disso. No último âmbito, o material, é mais clara a presença da sustentabilidade, por ser a parte correspondente de do estabelecimento e do complexo de bens, portanto é a busca de recursos renováveis e evitar os desperdícios.

A função social da empresa faz com que a empresa seja um relevante agente social dotado de poder socioeconômico. A função social se dá pela preservação da dignidade humana, da livre inciativa, do pleno emprego, redução das dignidades sociais, e a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado é a busca de recursos renováveis e desperdícios. Os desafios de manter uma harmonização da sociedade com o direito e os caminhos para isso são demonstrados aqui.

1 O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: O PENSAMENTO VERDE DA POPULAÇÃO

Tratar sobre o meio ambiente e o atual estágio de proteção que lhe é conferido, requer, necessariamente, uma breve análise dos fatos históricos consubstanciados notadamente na esfera internacional e que se tornaram determinantes para o despertar da humanidade acerca da necessidade não só de um corpo normativo materialmente eficaz, mas principalmente sobre o papel do individuo no processo de garantia de um meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Mais do que isso, os fatos históricos que se perpassaram durante anos demonstram que os efeitos cumulativos da ação humana sobre o meio ambiente e o evidente despreparo e insensibilidade para lidar com essa problemática de alcance mundial levaram a uma situação de impossível reversão. O despertar da humanidade para com a crise ambiental demonstra a necessidade de tomada de novos posicionamentos do individuo, como cidadão, aquisição de

valores éticos e culturais e a disseminação entre os povos de atitudes sustentáveis que vertam para novos ventos.

Tudo isso representa o que se propõe analisar através da expressão “pensamento verde”, e que será pormenorizadamente explanada na presente pesquisa, estabelecendo-se um paralelo entre o que se espera do indivíduo em termos de cidadania ambiental e a importância de tais comportamentos no âmbito das relações privadas empresariais, tendo como objetivo o alcance de uma sociedade sustentável e progressista.

Desde a antiguidade, a preocupação com o meio ambiente e a necessidade de sua interação com o homem esteve presente em legislações esparsas, visando punir qualquer ato humano que se voltasse contra a perpetuidade das espécies componentes da natureza.

O Código de Hamurabi e a Lei das XII Tábuas são clássicos exemplos de instrumentos normativos adotados já nos mais remotos tempos como forma de tutelar o meio ambiente e que trouxeram em seu bojo noções de biodiversidade e conservação das espécies animais e vegetais, sendo estes considerados sagrados, a ponto de se impor rigorosa punição nas hipóteses de atentado contra a sua integridade.

Na medida em que a compreensão acerca dos efeitos resultantes da atividade humana sobre o meio ambiente se tornou mais clara e ameaçadora, foi-se desenhando um novo modelo de regulamentação ambiental no âmbito internacional, passando os países a incorporar em seus ordenamentos novos mecanismos de gerenciamento de recursos naturais e medidas de coerção e punição ao infrator.

O início da nova era se deu com a realização da Conferência de Estocolmo, também chamada de Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, na qual diversos países se reuniram na cidade de Estocolmo, na Suécia, para discutir medidas emergenciais que contivessem o avanço da crise ambiental. Essa reunião determinou a constituição de 26 princípios que tratam, dentre outros temas, sobre a liberdade, igualdade e a necessidade de condições de vida satisfatórias que permitam ao homem viver num ambiente sadio e digno. Sem sombra de dúvidas, o fato histórico em questão representou o inicio do movimento de universalização dos direitos humanos.

Em meados de 1980, diante dos limitados resultados obtidos com a Declaração de Estocolmo, a Assembleia Geral das Nações Unidas convocou nova Conferência, instituindo previamente uma Comissão, denominada de Bruntland, com a finalidade de relacionar e

priorizar as medidas centrais e os novos rumos a serem seguidos. Essa Comissão foi encarregada, dentre as inúmeras atribuições, de propor estratégias ambientais para serem implementadas por volta do ano 2000 em diante e estabelecer medidas para que a comunidade internacional possa lidar com as intempéries ambientais.

Os estudos contidos no Relatório de Bruntland foram fundamentais para a surgimento institucional do principio da responsabilidade intergeracional e do próprio conceito de desenvolvimento sustentável. Este último, em plena sintonia com o primeiro, visa garantir o atendimento das necessidades do presente sem comprometer a integridade das futuras gerações. Trata-se de um constante processo de mudanças, cuja pauta prioritária é estabelecer novos rumos de desenvolvimento tecnológico e investimentos, atentando-se para os efeitos dessas medidas sobre o meio ambiente, o que torna indissociável: meio ambiente e economia.

Outros importantes documentos que se destacaram na trajetória ambiental foram a Agenda 21, que de forma inovadora apresentou um eficiente modelo de desenvolvimento sustentável, incorporando os interesses econômicos a temática ambiental, como forma de atender as necessidades globais, bem como a Declaração do Rio (ou RIO 92) assinado durante a Conferência da Terra, trazendo em seu bojo 27 princípios delineadores da política ambiental econômica contemporânea. Este documento reafirma o que fora proposto na Conferencia de Estocolmo e no Relatório de Bruntland.

A recepção das normas internacionais coincide com o processo de constitucionalização do direito ambiental no Brasil. A principal disposição acerca do Direito Ambiental encontra-se no art. 225 da Constituição Federal, com destaque para o *caput*, que assim reza:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preserva-lo para as presentes e futuras gerações.

Analisando o teor do dispositivo legal, denota-se que o meio ambiente é direito de todos, o que remete a mesma ideia do comando constitucional contido no art. 5º, XXXV, que

diz que a todos pertence o direito de buscar no judiciário a proteção deste direito contra lesão ou ameaça.

Diferentemente do que se observa na Lei da Politica Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a Constituição de 1988 inovou na matéria trazendo um conceito mais amplo de meio ambiente, que ultrapassa a ideia simplista e isolada do meio natural, para alcançar todas as condições (cultuais, sociais, laborais) que possam afetar o meio sadio em que habita o ser humano.

Em suma, a solidariedade e a responsabilidade ética intergeracional são apresentados como elementos inovadores da nova ordem Constitucional, desenhando um novo modelo de Estado, ora denominado de "Estado Democrático de Direito", que se fundamenta no respeito para com o próximo e a inclusão social.

Vladimir Brega Filho defende que a Constituição Federal de 1988 valorizou em sua essência os princípios democráticos e da solidariedade, como norteador do novo Estado Ambiental que ora prospera:

> Por fim, a Constituição de 1988, novamente inspirada por ventos democráticos, ampliou os direitos fundamentais, e seguindo a tendência mundial, além dos direitos individuais e sociais, reconheceu os direitos de solidariedade (direitos fundamentais de terceira geração). (2002, p. 39)

Outrossim, o ordenamento jurídico nacional apresentou o princípio da responsabilidade intergeracional, de modo a vincular, de forma ética e legal, Poder Público e Sociedade, ao comprometimento pela defesa do meio ambiente. Todas essas mudanças apontaram para o começo de uma reforma político econômica para a proteção ambiental.

Verifica-se, pelo sentido dado a norma constitucional e demais leis ambientais que conferem proteção ao meio ambiente. que o conjunto de normas e costumes que se despontaram nos tempos remotos como as primeiras manifestações de proteção a natureza e reconhecimento desta, e todos como elemento indispensável à sobrevivência humana influenciaram de sobremaneira a corrente antropocêntrica que por muitos anos permaneceu incólume, colocando o homem como centro do Universo, em torno do qual gravitam os demais seres inferiores.

É certo que a corrente antropocêntrica teve grande influência ocidental, em razão das posições racionalistas que à época vigoravam, “partindo-se do pressuposto que a razão (*ratio)* é atributo exclusivo do homem e se constitui no valor maior e determinante da finalidade das coisas.” (MILARÉ, 2005, p. 87).

O mesmo autor explica que:

> [...] o racionalismo moderno e o desvendamento dos segredos da natureza ensejaram ao homem a posição de arrogância e de ambição desmedidas que caracterizam o mundo ocidental contemporâneo. E o desenvolvimento científico-tecnológico, submetido ao controle de capital para efeitos de produção e criação de riquezas artificiais, desembocou nessa lamentável ‘coisificação’ da natureza e dos seus encantos. (MILARÉ, 2005, p. 87)

Essa ética antropocêntrica, que orientou as doutrinas e leis posteriores, e que estuda o comportamento social do homem em si (como ser individual), levando o homem ao pedestal através do estudo de seu comportamento social, mas considerado em sua individualidade não mais prevalece em tempos modernos, sendo, pois, mitigada pelo chamado ecocentrismo, dando ensejo ao antropocentrismo alargado/mitigado. (SANTOS, 2003, p. 311)

Pela ideia que se tem de antropocentrismo alargado, busca-se analisar o comportamento do homem em relação à natureza global, resultando no surgimento de uma nova ética diversa da tradicional.

Antonio Silveira Santos, em seu livro “Biodiversidade e desenvolvimento sustentável” define essa nova corrente como ética ambiental, explicando tratar-se de uma “conduta comportamental do ser humano em relação à natureza, decorrente da conscientização ambiental e consequente compromisso personalíssimo preservacionista, tendo como objetivo a conservação da vida global” (1997, p.96)

Em que pese o primor da nova corrente ética que se estabelecera, a crise ambiental vivenciada pela sociedade de risco que se formara por conta do inadequado comportamento humano para com o bem ambiental, demonstra um retrocesso social latente a ser superado.

Com efeito, a herança depositada pela corrente antropocêntrica, não obstante a tímida, mas crescente mitigação pela ética ambiental, ainda permanece vivificada na

comunidade mundial, influenciada pela lógica mercadológica e capitalista que se baseia no consumo irresponsável e irrestrita ausência de consciência acerca da importância de sua atuação individual, em prol do coletivo, da fraternidade e solidariedade humana, elementos estes hoje já reconhecidos como componentes da terceira dimensão dos direitos fundamentais, ao lado do meio ambiente.

Apesar do moderno corpo normativo existente em prol do bem ambiental, fruto de discussões, debates e conferências na esfera internacional, ainda hoje é possível observar, através de ações humanas manifestamente predatórias, o tratamento do meio ambiente como mera matéria-prima, de relevante valor econômico e desacompanhado de medidas protetivas.

Tal fato leva a crer que a sociedade contemporânea, apesar do momento histórico vivenciado, encontra-se circundada numa intensa crise, resultado do consumismo excessivo e influencia mercadológica a que esta exposta constantemente em razão da politica capitalista operante.

A mudança que se espera deste quadro, importa principalmente na concretização do ideal de desenvolvimento sustentável, pelo o qual os interesses que permeiam o desenvolvimento econômico do país devem guardar harmonia com as regras de proteção ao meio ambiente, tidos os dois elementos como partes indissociáveis para se alcançar o almejado meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Além da conciliação dos interesses econômicos e ambientais, torna-se imperioso uma mudança de atitudes, comportamentos e sensibilização para com a problemática ambiental vivenciada em pleno século XXI pela sociedade de risco.

O meio ambiente, alçado a condição de direito fundamental de terceira dimensão com o advento da Carta Magna, ter por fundamento, ao lado dos demais direito da geração em questão, o respeito pelo próximo, a solidariedade e proteção aos direitos coletivos.

Há que se destacar que a fundamentalidade do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado nada mais é do que o próprio direito a vida a que fazem jus as presentes e futuras gerações; não basta o mero reconhecimento deste direito, devendo o mesmo ser implementado com qualidade, o que significa ultrapassar a esfera do mínimo vital para se atingir o complexo alcance do mínimo existencial.

Neste sentido, Duarte explica:

> O direito fundamental à vida há de ser considerado em duas dimensões. A primeira, de caráter amplo, referente ao direito do ser humano de não ser privado de sua vida (seria o direito a vida propriamente dito, pertencente a área de proteção dos direitos civis e políticos) e a segunda em caráter próprio, consistente no direito de todo ser humano de dispor de um meio apropriado de subsistência e de um padrão de vida decente. (2007, p. 86)

Falar em solidariedade e respeito pelos direitos de uma geração que sequer existe parece utopia no atual momento vivenciado pela sociedade de risco, influenciada pelos efeitos nefastos da globalização que não obstante os avanços trazidos no campo da economia e tecnologia veio a reforçar o individualismo e o consumo irresponsável de produtos.

Ao tratar dos efeitos da globalização como elemento intensificador da crise ambiental, Andrea Klock destaca que a crise vivenciada pelos povos alcança proporções mundiais, não estando adstrita a determinado espaço territorial, o que realça o caráter moral e jurídico das normas de direito ambiental:

> Como expressão da sistemática imposta pela globalização ao mundo, a crise ambiental está universalizada, a escassez de recursos naturais é problema de todos os Estados, como expressão dos anseios mundiais quanto a necessidade de se proteger, evitando a visão meramente econômica do meio ambiente, assim cabe a cada Estado dar efetiva proteção ao bem, sendo esta que esta proteção é mais do que uma obrigação de cunho moral onde os Estados devem agir implementando políticas públicas, pois o dever de proteção também revela o cunho jurídico, uma vez que sua previsão está em documentos mundialmente reconhecidos. (2011, p.68)

Para que um novo modelo de Estado Ambiental se torne viável, necessário que a sociedade contemporânea supere o modelo antropocêntrico que por anos prevaleceu, situando o homem no centro do universo e os recursos naturais como um estoque de matéria prima voltado à satisfação das necessidades humanas.

Nesta toada, evidente que a crise ambiental vivenciada no mundo encontra suas raízes numa crise de valores, de ética e de comportamento de uma sociedade que tem em suas

mãos o poder de mudar o futuro das gerações atuais e vindouras, bastando, para tanto, uma simples mudança de olhares para com o próximo e para com o planeta que habita.

Segundo Duarte:

> Em verdade, a crise que deriva da sociedade atual, que ao longo do tempo se torna insustentável, não é do meio ambiente, mas uma crise de valores, o que determina o seu caráter ético. Isso suscita uma grande responsabilidade social na construção de um ambiente sadio, partindo da cosmovisão contemporânea da natureza, holística e integrada ao seu humano venha desmistificar conceitos – reconstruindo-os a partir da práxis social. (2007, p. 507)

Ainda segundo Andrea Klock:

> A crise ambiental que assola o mundo globalizado, impulsionador de uma sociedade marcada por uma desigualdade social revela que a exploração imoderada dos recursos naturais conduz ao colapso ecológico. O capitalismo se apropria da natureza de forma desmedida, tendo esta sob o enfoque meramente econômico. (2011 , p.69)

O surgimento de uma nova consciência, que neste trabalho se denomina “pensamento verde”, vem gradativamente conquistando um significativo espaço a partir do momento em o homem passa a entender a importância de seu comportamento individual com reflexos no coletivo nesta estreita relação que se estabelece com a natureza.

E como explica CARVALHO, “isso implica imperativamente, não somente numa revisão global dos pressupostos econômicos, sociais, culturais e científicos que informa a nossa civilização, mas, sobretudo, no estabelecimento de novos valores éticos.” (2003, p. 20)

Outrossim, denota-se uma conduta proativa da própria Administração Pública inserida neste ideal, na medida em que se torna moral e legalmente responsável por exigir uma conduta cautelosa por parte das empresas, tanto no processo produtivo dos produtos colocados no mercado, como também no trato ecologicamente correto deste bem pós-consumo.

O dever de zelar e proteger o meio ambiente, preservando a sua integridade para as gerações vindouras é repartido entre Estado e sociedade, dando ensejo ao principio da cooperação ambiental. A distribuição desse ônus ambiental entre os povos e o Poder Público somente é possível após o estudo e diagnostico da gravidade do dano ambiental. Com base nestes subsídios, torna-se possível sensibilizar a sociedade e exigir do Poder Público a implementação de politicas públicas voltadas a educação ambiental e ao cumprimento dos mandamentos legais que prezam pelo consumo e produção sustentável.

Em suma, atualmente existe uma demanda crescente para que a sociedade esteja mais motivada e propensa a assumir um papel propositivo e crítico, o que inclui questionar a omissão do governo no tocante a implementação de politicas públicas que visem harmonizar o binômio economia e meio ambiente, o que certamente fomenta a crise da inclusão social.

A postura omissa e irresponsável do cidadão, em desarmonia com o propagado "pensamento verde" que se espera das sociedades contemporâneas certamente não parte de sua desídia exclusiva, encontrando, pois, suas raízes, na desinformação, falta de consciência ambiental e num déficit cultural característico de um pais que não é afeto á práticas comunitárias e envolvimento dos cidadãos nos problemas que ultrapassam a esfera do individualismo.

Essa nova postura e mudança de paradigmas que se almeja da sociedade impõe muito mais do que a propagação de um mero discurso ecológico em que o individuo se compromete formalmente a dispender esforços no sentido de evitar o desmatamento e a degradação ambiental.

Espera-se do cidadão, considerado individualmente, na qualidade de ator principal do processo de mudanças que implica na formação de um novo Estado Ambiental de Direito, comportamentos e atitudes concretas que envolvam os seus semelhantes, chamando-os à responsabilidade pelo futuro e sobrevivência do planeta, de modo que as futuras gerações possam fazer parte desse dialogo ético, usufruindo dos mesmos direitos deferidos a geração atual.

A ética intergeracional que obriga o Poder Público e a coletividade a construir um planeta sustentável, pautado no equilíbrio e na possibilidade de renovação dos bens naturais, abarcando neste complexo emaranhado os impactos determinados pela atividade econômica é o maior desafio que se percebe em termos ambientais.

Esse almeja equilíbrio somente poderá ser alcançado mediante a construção de uma base social sólida putada no respeito aos pilares da sustentabilidade que envolve, de forma conjunta, comportamentos éticos, não só no que se refere ao trato com o bem o público, como também e, principalmente, no âmbito das empresas e da sociedade, todos exercendo seu papel na sociedade, conforme os ditames da ética ambiental.

2 A CARACTERÍSTICA SOCIAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Temos na premissa do atual ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo na Constituição Federal de 1988, um caráter democrático, e, além disso, social. Os direitos fundamentais, garantidos numa época em que a lei precisava saciar a ânsia de direitos mais humanitários da população, se acomodam junto com outras esferas de direitos como os sociais, que visam uma melhoria dentro do quadro em que os direitos individuais serão observados.

Consoante se infere da redação do artigo 193 da Carta Magna, denota-se que a ordem social tem como base o primado do trabalho, expressando como objetivo a ser alcançado, o bem-estar e a justiça sociais. Assim, é uma ideia consolidada de um meio bem desenvolvido com garantias adequadas para sua manutenção (como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, que foi tratado no tópico anterior) que conseguirá fundamentar uma maneira propícia para a sustentação de garantias individuais dentro da harmonização do direito e suas normas.

Sobre o tema, pertinentes os ensinamentos de José Afonso da Silva (2007, p. 758):

> [...], ter como *objetivo* o bem-estar e a justiça sociais quer dizer que as relações econômicas e sociais do país, para gerarem o bem-estar, hão de propiciar trabalho e condição de vida, material, espiritual e intelectual, adequada ao trabalhador e sua família, e que a riqueza produzida no país, para gerar justiça social, há de ser equanimemente distribuída.

É dentro de tantas esferas que se dividem essa ordem social para propiciar ao cidadão as garantias individuais a que faz jus, que se encontram os direitos à previdência social, à cultura, à educação, a ciência e tecnologia, à comunicação social, entre outros, destacando-se aqui, o objeto de estudo no presente trabalho científico: o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesta toada, "cabe salientar ainda, que o **preservacionismo ambiental** caracteriza-se como direito humano de **terceira dimensão**, estando o ser humano inserido na coletividade, assim titular dos direitos de **solidariedade**" (grifo do autor, LENZA, 2011, p. 1087).

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que considerado elemento indissociável do princípio da dignidade humana, deveria impingir nas demais legislações esparsas, aqui compreendido como todas aquelas que legislam sobre a vida humana em seus pormenores, os ideais de solidariedade, fraternidade e cooperação, e não apenas se fazer presentes por nuances gerais que de forma superficial não vinculam os destinatários da norma ao real alcance almejado.

Fez-se, pois, necessário estender a garantia de uma vida digna e um ambiente equilibrado, necessários para a manutenção da ordem social, a outros ramos do direito, notadamente os da esfera privada, reconhecendo o meio ambiente tal como o mesmo se apresenta; como um direito difuso alocado dentro da Constituição do homem comum – *o direito civil* (NADER, 2012, p. 363). Dessa forma, tal característica ganhou silhueta no ordenamento civil por meio de diversos institutos que acabaram se pautando em formas sociais.

Dessa maneira, entende-se que dentro de um ordenamento baseado nas regras da Constituição Federal que determinam direitos e garantias fundamentais, num caráter mais solidário de sua face legislativa, teria dentro das suas normatizações infraconstitucionais tal caráter. Assim, podemos observar dentro do Código Civil um princípio de socialidade que permeia todos os seus institutos. É a manutenção de uma ordem social (trazida constitucionalmente) dentro das obrigações, das propriedades, dos contratos e no objeto de nosso estudo, as empresas.

É compreendido esse caráter no Código Civil como o princípio de solidariedade social como a função social dos direitos civis, da propriedade e dos negócios jurídicos (atos e contratos de natureza civil ou econômico-empresarial), a fim de que se conciliem as

exigências de todo o coletivo com os citados poderes conferidos aos indivíduos (REALE, 2010, p.360).

Tal caráter de socialidade é importante ressaltá-lo dentro do Código Civil, pois é tal codificação mais importante dentro do meio privado, ele é quem determina nortes para serem guiados frente aos encalços jurídicos. “O Código Civil é a lei básica e não global do direito privado (DINIZ, 2009, p. 4).”

Ensina Nader que a

> Dogmática Civil é um Direito geral e comum, que se aplica supletivamente a outros ramos do Direito Privado, nos casos de lacunas. É também o direito privado por excelência. Dele se destacaram vários ramos, como o trabalhista, agrário, minas, entre outros (2012, p. 364).

Assim, tal princípio reforça a novidade humanitária, e necessária, que diz a Constituição Federal. Afunilando o presente estudo e chegando ao ponto da interdisciplinaridade que nós propusemos, veremos agora como funciona este princípio no direito empresarial, regido não só pelo Código, mas também por leis esparsas no ordenamento jurídico; e, consequentemente como este tema estreita sua relação com o direito ambiental e a ordem social proposta na Constituição Federal.

Pontua Maria Helena Diniz:

> “(...) o contrato ou estatuto social deverá perseguir a função econômica ou social, exigida pelo art. 421 do Código Civil, mero corolário do princípio constitucional da função da propriedade e da justiça, norteador da ordem econômica. O art. 421 institui, expressamente, a função social do contrato, revitalizando-o para atender a interesses sociais, limitando o arbítrio dos contratantes, para tutelá-los no seio da coletividade, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual, facilitando o reajuste das atividades ou prestações e até mesmo sua resolução. (...) Pela teoria da função social da empresa, o empresário e a sociedade empresária deverão ter o

poder-dever de, no desenvolvimento de sua atividade, agir a serviço da coletividade. (2009, p.23)".

Como diz o próprio nome da função, social significa tudo aquilo que tenha influência na sociedade. Não podemos esquecer aqui que é socialmente interessante também os salários dos funcionários, os tributos pagos ao Estado, o lucro do empresário, entre outras coisas. Ensina Maria Helena Diniz (2009, p. 33) que:

> A empresa tem responsabilidade social e desempenha importante função econômica e social, sendo elemento de paz social e solidariedade, constituindo um instrumento de política social e de promoção da justiça social. Sua responsabilidade social a impulsiona a propiciar, com sua atividade econômica, comunicação mais aberta com seus colaboradores e com a coletividade, melhores condições sociais, garantindo sua sobrevivência no mercado globalizado, por ser fator decisivo para seu crescimento, visto que ganhará o respeito de seus colaboradores e consumidores e provocará sua inserção na sociedade.

Esta garantia promovida pela integração do coletivo com os direitos individuais dá para a empresa uma maior importância para o contexto que ela está na sociedade. É, por vezes, considerado um diferencial de grande importância para investimentos de terceiros, sendo que sua função social é geral, e deveria ser observada por todas elas. Enfim, grandes projetos são importantes destaca-los, uma vez que a conscientização com o coletivo ainda não é comum entre empresários.

Tal ideia é trazida mais como um *marketing social* e buscada após uma consolidação da empresa ou na busca de novos clientes ou investidores. Mas, não muito difundida em etapas iniciais desde a sua concepção.

> O uso do marketing social na divulgação de seus projetos sociais ou projetos de desenvolvimento de gestão social responsável, sem qualquer retorno financeiro, em muito melhoraria seus negócios e sua imagem, visto que uma boa atuação

> empresarial poderá ser polo de atração de grupos de interesse, em termos de investimentos e compromissos a serem assumidos com a cadeia de produção e circulação de bens e serviços. (DINIZ, 2009, p. 33-34).

Concluindo a ideia de que as empresas têm a sua função social obrigatória, baseada em preceitos constitucionais da ordem social, podemos analisar aqui uma convergência de um dos fatores abordados por tal ordem e o caráter de socialidade da empresa: a **sustentabilidade**. Não apenas a do meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também toda uma gama na ideia da empresa se sustentar sem interferir negativamente na paisagem natural do lugar onde se encontra, física e socialmente. Assim, encontramos aqui, maneiras de serem sustentáveis, atitudes com o ambiente, com a relação vertical interna da empresa e também econômica.

Assim, tem-se que:

> A **sustentabilidade** apresenta-se, então, como a chave mestra para a solução desse aparente conflito de valores constitucionalizados [equilíbrio entre os direitos humanos, o direito ao desenvolvimento e o direito a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações], seja mediante a garantia do direito ao desenvolvimento, seja prestigiando a preservação do ser humano e seus direitos fundamentais. (grifo do autor) (LENZA, 2011, p.1090).

Finaliza-se aqui a ideia de que além daquilo que traz o artigo 225, em foco, a consagração de um desenvolvimento sustentável também precisa se adequar com a sociedade, com aquilo que ela realmente necessita e almeja. Vendo na sustentabilidade, uma modalidade que solucionará a desarmonia entre direitos, prevalecendo o equilíbrio benéfico a sociedade.

3 A EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL NOS PERFIS DA EMPRESA: A SUSTENTABILIDADE

Para que a sustentabilidade possa ser uma ferramenta eficaz na efetivação dos direitos fundamentais, conforme o desmembramento do princípio fundamental demonstrado

no tópico anterior, ela deve ser inerente à formação da empresa. Dessa maneira, a empresa conseguirá ser sustentável desde o seu inicio, e não sofrerá com uma possível adequação já no andamento de suas atividades. E também, afasta-se aqui a ideia de se vender a sua função social como um diferencial, um marketing social sendo que esta deveria ser obrigatória a todas.

Para localizar, então, a sustentabilidade por um viés inerente à formação da empresa, vamos, primeiramente, analisar o que é e quais são seus fatores primordiais na sua construção. O novo Código Civil não traz em nenhum de seus dispositivos legais a definição de empresa, traz apenas a de empresário, dando maior ênfase ao estudo na atividade que é exercida pelo empresário e não mais na criação de um instituto abstrato a ser adequado posteriormente.

O conceito de empresário demonstra que a empresa é muito mais enfatizada pela atividade proposta por ele. Faz essa diferenciação, Maria Helena Diniz: “A empresa é, portanto, a atividade econômica organizada desenvolvida pelo empresário; logo, não é sujeito de direito, não tendo personalidade jurídica. Sujeito de direito é o empresário individual ou coletivo, titular da empresa.” (2009, p.14).

Muitos autores, contudo, para conseguir compreender o que o direito empresarial abrange em suas atividades tuteladas, se dispõem em criar teorias que dividem a sua existência. Com elas fica mais fácil entender seus pilares de funcionamento, uma vez que seu conceito não é legalmente determinado, mas toda a sua atividade é regulamentada. Assim, o presente estudo se encontra com uma das mais clássicas divisões de elementos fundamentais da empresa do jurista italiano Alberto Asquini, e é nestes elementos que fará um estudo de atividades e atitudes sustentáveis que cada pilar pode apresentar. Conseguindo, dessa forma, demonstrar a sustentabilidade inerente à formação da empresa.

Alberto Asquini (1943, obra original) defende a empresa como um fenômeno poliédrico, onde quatro perfis com diferentes intuitos construiria a ideia de empresa em si. São eles: o subjetivo (considerado o empresário); o material (compreendido pela universalidade de bens e direitos da empresa); o funcional (a atividade desenvolvida em si) e o corporativo (relação entre o empregado e os empregadores, bem como seus fornecedores).

Analisemos, agora, cada um deles.

Primeiramente, analisaremos o perfil **subjetivo** que consiste no empresário. Para tanto, vale a pena aqui transcrever o conceito legal e máximo que trazemos do Código Civil

que explica quem é o empresário: *considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços* – artigo 966. Tendo em vista tal definição, podemos entender quem é esta figura de liderança e chave para a empresa.

Explica Maria Helena Diniz sobre o titular da empresa:

> Há uma simbiose entre empresa e empresário. A empresa é uma sucessão repetida de atos praticados de forma organizada e estável, sendo uma constante oferta de bens ou serviços, que é sua finalidade unitária e permanente. Logo, toda atividade empresarial pressupõe o empresário (individual ou coletivo) como sujeito de obrigações e titular da empresa, detentor de poder de iniciativa e de decisão, pois cabe-lhe determinar o destino da empresa e o ritmo de sua atividade, assumindo todos os riscos, ou seja, vantagens e prejuízos (2009, p. 35).

É o empresário a peça fundamental da empresa, isso explica a maior importância na legislação em se conceitua-lo invés da atividade denominada empresa. Assim, podemos entender que as decisões que serão tomadas por uma empresa provêm do empresário, de sua visão de marketing e noção de empreendedorismos nas esferas econômica e social.

Um empresário que aja com interesses convergentes, tanto profissionais quanto sociais, para a obtenção do lucro e pautado em atitudes éticas, está ele sendo sustentável em sua atividade. Explico melhor: é um erro acreditar que sustentabilidade é relacionada apenas com degradações ambientais, ela tem o seu caráter social desenvolvido, e com uma boa relação entre a empresa e a sociedade nela envolvida já torna a relação produtiva e harmônica para a ordem social.

O segundo perfil da teoria asquiniana é o **material**, que como dito acima compreende a universalidade de bens e o complexo de direitos sobre os bens empresariais (DINIZ, 2009, p.13). Aqui, neste que é considerado o elemento essencial da empresa, nos deparamos na mais clara forma de sustentabilidade dentro da empresa, pois, se é formado por um complexo de bens, de lugares, que estes sejam sustentáveis social e ambientalmente. Não podemos ter uma empresa que logo na sua fixação de atividade escolha um estabelecimento que possa dificultar a vida da população vizinha. Isso, mesmo que seus produtos traga uma

influente e positiva contribuição para tal, não compensa se demonstrar uma perda da harmonia e característica própria da sociedade.

Para não correr o risco de limitarmos a ideia da sustentabilidade em um possível estabelecimento de empresa, vamos conceitua-lo com a ajuda de Maria Helena Diniz:

> Estabelecimento é o complexo de bens de natureza variada, materiais (mercadorias, máquinas, imóveis, veículos, equipamentos etc.) ou imateriais (marcas, modelos de utilidade, desenhos industriais, expressões e sinais de propaganda, invenções, fórmulas, patentes, tecnologia, ponto, direito pessoal patrimonial, direito à prestação do trabalho dos empregados, direito de franquia, nome empresarial etc.) reunidos e organizados pelo empresário ou pela sociedade empresária, por serem necessários ou úteis ao desenvolvimento e exploração de sua atividade econômica, ou melhor, ao exercício da empresa. (2009, p.684).

Todas essas coisas podem ser sustentáveis baseadas na ética no contato com seus funcionários, empresas colaboradoras ou fornecedoras direta ou indiretamente do seu serviço, quando se tratar de características imateriais. Ou, quando seu caráter for material, são sustentáveis aquelas que buscam recursos renováveis e que evitam o desperdício, para que a passagem da empresa não destrua o ambiente natural que ela encontra na sociedade que pretende se inserir.

O terceiro perfil da teoria do fenômeno poliédrico da empresa defendida por Alberto Asquini é o **funcional** que condiz a atividade com um fim único que converge todas as outras sucessivas atividades dentro de uma empresa. Aqui para tanto “organiza a força do trabalho e o capital necessário para a produção e distribuição de bens e serviços” na empresa (DINIZ, 2009, p. 13).

Do ensinamento do criador da teoria:

> E razão da empresa econômica ser uma organização produtiva que opera por definição, no tempo, guiada pela atividade do empresário é que, sob o ponto de vista funcional ou dinâmico, a empresa aparece como aquela força em movimento que é a

> atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo. (...) Em virtude de nosso vocabulário não dispor de uma outra palavra, simples como a palavra empresa, para eximir o conceito de atividade empresarial, não é fácil resistir ao uso da palavra empresa em tal sentido, conquanto não seja um uso monopolístico. (ASQUINI, 1996, p. 116).

Enfim, este talvez seja o perfil mais difícil de encaixar a sua sustentabilidade. Entendemos que essa atividade empresarial descrita é o conhecimento que o empresário e seus funcionários têm para produzir aquilo que eles se dispuseram a produzir. Assim podemos usar um termo mais técnico e interno: *know-how*. É este *know-how* que as empresas possuem que deve ser sustentável.

De maneira tal, que o método que eles criaram para poder criar seus produtos encontre na tecnologia necessária um método não agressivo à ordem social. Por exemplo, teríamos aqui maneiras de se respeitar a biodiversidade do planeta, as características intrínsecas da sociedade local e costumes arraigados culturalmente.

O último perfil que iremos analisar neste tópico é o **corporativo** que é relacionado ao tipo de relação que existe entre empresário e seus colaboradores horizontais e verticais. Por exemplo, o empresário e seus subordinados, ou seus sócios, ou seus colaboradores, ou seus fornecedores.

> O empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção. A organização se realiza através da hierarquia das relações entre o empresário dotado de um poder de mando – e os colaboradores, sujeitos à obrigação de fidelidade do interesse comum (ASQUINI, 1996, p. 122).

Terminando o reconhecimento da sustentabilidade logo na formação da empresa, aqui nós encontramos o ramo mais ético da sustentabilidade que é aquele da gerência das relações profissionais. Aqui se prezam para uma boa ordem social e também a dignidade da pessoa humana, elementos como boas condições para serem oferecidas no trabalho, saúde profissional e harmonização do trabalho na realidade, bem como a sabedoria relacional das pessoas no geral.

Entendemos, pois, que a sustentabilidade pode e deve estar presente nas quatro fases da empresa segundo a clássica teoria asquiniana. E se desde a sua concepção, a sustentabilidade já está em pauta, o tal marketing social buscado já se encontra presente nos resultados e lucros obtidos, além da credibilidade que a empresa passa para o seu cliente desta forma.

4 A EMPRESA E A BUSCA DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO: NECESSIDADES E DESAFIOS

A função social da empresa faz com que a empresa seja um relevante agente social dotado de poder socioeconômico. A função social se dá pela preservação da dignidade humana, da livre inciativa, do pleno emprego, redução das dignidades sociais, e a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como dito no tópico anterior é a busca de recursos renováveis e desperdícios.

Tornar uma necessidade efetiva no meio do caminho de uma relação jurídica é um desafio, uma vez que, se ela ainda não existe, por algum motivo é. E esse motivo, por vezes, dificulta tal transformação por se tratar de algo dispendioso ou de quase nulo interesse para a produção. Criar métodos sustentáveis não deve ser preocupação futura, mas uma presença logo no processo de criação conforme dito no tópico explicativo acima.

E assim, com a função social da empresa em voga juntamente com um interesse de preservação do meio ambiente em que encontra o instituto, a sustentabilidade – isto é, a própria empresa se sustentar sem degradar o seu meio natural, a dignidade da pessoa humana, a relação de trabalho digna e saudável – deixa de ser desafio e passa a se tornar realidade.

> O princípio do desenvolvimento sustentável foi consagrado na Conferência das Nações Unidas de 1993, sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, e reflete a visão política predominante atualmente em relação à crise ambiental. (...) A consequência principal desse modelo de desenvolvimento é de elevar a defesa do meio ambiente ao mesmo patamar de importância de outros valores econômicos sociais protegidos pela ordem jurídica. (CARVALHO, 2010, p.442).

O pensamento verde trabalhado no inicio, pois, é a harmonização dos direitos, com relação ao meio ambiente que se vive, e deve se prezar, com privilégios a quem faz isso. Uma empresa sustentável, com compromisso com os cidadãos de uma sociedade, tem seu atestado de qualidade. Ainda encontramos isso como diferencial singular em poucas empresas, mas para tal pensamento verde atingir uma coletividade, o desenvolvimento das relações deve seguir da mesma maneira que faz com normas materiais e procedimentais, tais ideais sustentáveis em seus pilares de formação.

Ainda, complementamos com o ensinamento de Edson Ferreira de Carvalho:

> Não há duvida de que a proteção da vida, da saúde e do bem-estar humano só terá êxito se feita em harmonia da natureza. (...) Deve-se ressaltar que a proteção ambiental não deve ser interpretada como simples preservação do ambiente, em que as plantas nativas e os animais selvagens devam permanecer intocados. O que se busca é o equilíbrio entre conservação e utilização do meio ambiente, pois conservar significa utilizar respeitando as regras que regem o funcionamento dos ecossistemas. Dessa forma, a proteção ambiental ou a conservação da natureza tem por finalidade o manejo dos recursos naturais com o propósito de alcançar e sustentar elevada qualidade de vida humana para as gerações presentes e futuras. De acordo com o principio da interdependência, não há como separar os interesses humanos da proteção da espécie humana, necessariamente há que se conservarem os ecossistemas, paralisando e impedindo as ações devastadoras do homem com o meio ambiente. (2010, p.444).

Muito mais que uma interdisciplinaridade respeitada dentro do âmbito do direito, e uma harmonização de suas regras, deve haver uma adequação dos institutos naturais e dos criados legalmente. Aqui, voltamos para a máxima do ensino do direito que diz que ele é para a sociedade e criado pela sociedade, então ele deve respeitar aquilo que já existe e trazer novidades com justa e plena aceitação.

Para concluir,

> Partindo-se da constatação de que o meio ambiente constitui o pressuposto sem o qual não pode haver condições propícias à vida, e em decorrência não poderá haver o gozo dos demais direitos humanos (tantos civis e políticos, quanto econômicos, sociais e culturais), então sua proteção deverá envolver limitações à liberdade individual. A noção de se impor em restrições ecológicas aos direitos humanos é recente e refere-se ao fato de que a liberdade individual não é determinada somente pelo contexto social (a dimensão social dos direitos humanos), mas também pelo ecológico. (CARVALHO, 2010, p. 450).

Uma atitude sustentável, uma vida sustentável e um instituto legal sustentável nunca desrespeitarão princípios básicos de convivência e de observância constitucionalmente obrigatórios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pensamento verde trabalhado em todo artigo refere-se muito mais a um caráter que todos os cidadãos devem se comprometer a ter e exercê-lo. Um caráter que pense de maneira sustentável, e mais que aja de maneira tal que não devaste liberdades do outro, ou destrua partes do ambiente ou que de certa forma prive liberdades dos outros.

Ser sustentável dentro de relações jurídicas ou não, é a melhor maneira de preservar a harmonia que o direito tanto preza. Buscar dentro de a sociedade conviver com o meio ambiente e os direitos humanos sem feri-los efetiva tanto um quanto o outro. Assim, é que esse presente trabalho finaliza com maneiras de se mostrar como é sustentável, mas não ser

como uma ideia de marketing social para apenas vende-la, mas sim de algo inerente ao caráter de formação de cada um.

Recortamos aqui, da formação de uma empresa, etapas em que se pode ser sustentável e também respeitar os direitos individuais de cada um. E, através da interdisciplinaridade do direito, mostrar que a harmonia dele, depende de atitudes dentro de várias esferas do convívio em sociedade, sejam elas, culturais, econômicas e naturais.

Novos hábitos são sempre difíceis para adequação, portanto, algo que já nasça sustentável tem mais chances de adequação na sociedade. Não é **ter** o "pensamento verde" em casos isolados e ser algo desafiador, mas **ser** o "pensamento verde" desde sempre na relação com os demais, a partir do momento da formação, desenvolvimento, construção e êxito de uma atividade por clara necessidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Angela Maria de Oliveira et. al. *Violência, exclusão social e desenvolvimento humano: estudos em representações sociais.* Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental.* 11 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lunen Juris Editora, 2008.

_____. *Dano ambiental:* uma abordagem conceitual. 1 ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* São Paulo, v.35, n. 104, p. 109-26. out/dez 1996.

BRASIL. *Constituição Federal*. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Civil*. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

CARVALHO. Carlos Gomes. *O que é Direito Ambiental:* dos descaminhos da casa à harmonia da nave. Florianópolis: Habitus, 2003.

CARVALHO, Edson Ferreira de. *Meio ambiente & Direitos humanos*. 1ª ed. 6ª reimp. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro,* volume 8: Direito de Empresa. 2ª ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

DUARTE, Marise Costa de Souza. *Meio ambiente sadio:* direito fundamental em crise. 1ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988*: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 39.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro.* 13 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

KLOCK, Andréa Bulgakov. *Estado Ambiental de Direito*. Argumenta. Jacarezinho, v.15, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 3ed., Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro.* 19 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 34 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito.* 27ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBAS, Luiz César. *A problemática ambiental:* Reflexões, Ensaios e Propostas. São Paulo: Editora de Direito, 1999

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. *Direito Ambiental*: Surgimento, Importância e Situação Atual, IN "Historia do Direito Brasileiros", vários autores, São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Biodiversidade e Desenvolvimento Sustentável.* Revista de Direito Ambiental. n. 07, jul/set de 1997

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 9ª ed. revi. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2011.

OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS E A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Luiz Eduardo de Lima GENEROSO [1]

Marcela Barrile FERNANDES [2]

RESUMO

Com o advento da Lei nº 9.099/95, um novo modelo de procedimento foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro. Os Juizados Especiais Cíveis tornaram muito mais célere o resultado das prestações juridiscionais e facilitaram o acesso à justiça daqueles menos favorecidos. Porém, somente em 2001, com a Lei 10.259 é que foram criados os Juizados Especiais Federais, que em muito se assemelham com aqueles criados seis anos antes. O presente trabalho versa sobre como os Juizados Especiais Federais, em grande parte em decorrência de seus princípios norteadores, democratizaram o acesso à justiça, tornando-o muito mais efetivo dentro do mundo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Juizados Especiais Federais. Democratização. Acesso à Justiça

ABSTRACT

With the advent of the 9.099/95 law, a new procedure method was introduced in the brazilian legal system The Special civil courts made the jurisdictional acts much faster and made an easier justice access to the disadvantaged people. But, only in 2011, with the 10.259 law, there were created the Special Federal Courts, which are really similar to those from six years ago. This article is about how the Special Federal Courts, mostly because of its guiding principles, democratized the justice access, making it much more effective in the juridical world.

KEY WORDS: Special Federal Courts. Democratization. Justice Access

INTRODUÇÃO

Em decorrência da proibição da autotutela, surge a necessidade de equipar o cidadão com um instrumento apto a tutelar seus interesses. A concretização deste direito ocorreu com a criação do Poder Judiciário, órgão detentor do poder-dever de analisar e conferir uma resposta a todas as pretensões levadas à juízo. Frise-se bem, o Judiciário possui o dever, e

não simples prerrogativa; pois caso contrário, ter-se-ia uma função estatal totalmente fundada em arbitrariedade, já que não raro, ocorreria a discussão de determinados direitos e, concomitantemente, o afastamento de outros.

A regra de que toda pretensão do individuo levada a juízo, corresponde a uma atuação do órgão jurisdicional, descreve o *princípio da inafastabilidade da jurisdição,* que foi consolidado pelo artigo 5º da Constituição Federal/88, XXXV, o qual dispõe que: "A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito". Interessante mencionar que "embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão" (JUNIOR, 1999, p. 92)

> De acordo com Luiz Alberto David de ARAUJO e Vidal Serrano NUNES Júnior, convém destacar que: A mensagem normativa foi clara ao colocar sob o manto da atividade jurisdicional tanto a lesão como a ameaça a direito. Assim, conclui-se que o dispositivo constitucional citado, ao proteger a ameaça a direito, dotou o Poder Judiciário de um poder geral de cautela, ou seja, mesmo à míngua de disposição infraconstitucional expressa, deve-se presumir o poder de concessão de medidas liminares ou cautelares como forma de resguardo do indivíduo das ameaças a direitos. (CAMPOS, 2003).

Conforme descreve Nelson Nery Junior (1999, p. 97 e 99), essa garantia constitucional não exclui a necessidade de preenchimento das condições da ação, dos pressupostos processuais, bem como dos prazos para o exercício do direito de ação e das formas dos atos processuais. O fato de determinado caso posto à juízo não receber sentença de mérito em razão do não preenchimento das condições da ação não implica em ofensa ao princípio mencionado. Tais "barreiras" – conforme denomina o próprio autor – não configuram impedimento à aplicação do princípio mencionado, mas meras "limitações naturais do exercício do direito de ação".

1 DO ACESSO À JUSTIÇA

A simples garantia de que nenhuma questão será afastada do judiciário não garante que este estará disponível para todos os indivíduos, já que tornar tal sistema disponível não

significa, efetivamente, colocá-lo ao alcance da população. Exemplificando, o fato de se construir uma sede forense na cidade X, e permitir que todos os cidadãos levem suas pretensões à juízo, não garante que todos os indivíduos efetivamente o farão. Aquele que não possui condições de arcar com as custas processuais e com os honorários advocatícios, mesmo diante da disponibilidade de uma vara federal/estadual, manter-se-á inerte na busca pelo seus direitos. "Daí porque, acentua Nicolò Trocker, a disponibilidade financeira constitui relevantíssimo *pressuposto* da possibilidade de por em causa direitos ou defendê-los em juízo" (CRUZ e TUCCI, 1999, p. 10)

Busca-se, atualmente, pelo que se denomina "universalização da justiça", ou seja, pela disponibilização dos mecanismos garantidores dos direitos de todos os cidadãos, independente de escolaridade, condição econômica, raça ou religião. Aos que apresentam maior necessidade, o sistema, inclusive, confere prerrogativas facilitadoras deste acesso. É o caso dos beneficiários da Justiça Gratuita e dos que são representados por defensores públicos ou por advogados dativos, os quais, sem a isenção de custas, jamais tutelariam seus direitos por meio do sistema jurisdicional. "O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos." (CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre: 1988. Página 12.)

Ressalta-se que no Brasil, "a assistência judiciária só adquiriu status de garantia constitucional expressa a partir do advento da Constituição de 1934 (...)" (LENZA, Pedro, 2010, p. 692). Porém, tal garantia individual foi retirada do texto da Constituição de 1937, reaparecendo depois, na Constituição de 1946 e na de 1967. Mas foi na Constituição de 1988, no inciso LXXIV, do artigo 5°, que tal garantia deixou de ser apenas "assistência judiciária" e passou a ser "assistência jurídica, integral e gratuita". Dessa forma, podemos notar que

> a grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo 'judiciário', mas passa a compreender tudo que seja 'jurídico'. A mudança do adjetivo qualificador da 'assistência', reforçada pelo acréscimo 'integral', importa notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação que cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamento e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e

> movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos. (MOREIRA, 2007, p. 407)

Diante da efetivação de tais garantias constitucionais e processuais, estaria resguardada a todos os indivíduos a possibilidade de buscar no Judiciário a concretização de seus direitos ou encontrar uma solução ou reparo para a violação deles.

> Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito e também direito daquele contra quem se age, contra quem se propor a ação. Garante-se a plenitude de defesa, agora mais incisivamente assegurada no inc. LV do mesmo artigo: aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. (SILVA, 2005 , p. 43)

O acesso à justiça não é a mera criação de instituições jurisdicionais aptas a resolver os conflitos que lhe são postos, mas a efetiva disponibilidade do sistema judiciário à toda a população. A concretização deste princípio ocorre no momento em que todo e qualquer cidadão tiver condições de pleitear defender seus direitos em juízo. Esta garantia – de agir e defender-se em juízo – compete a todos indistintamente.

Frise-se que “a garantia constitucional do acesso à justiça não significa que o processo deve ser gratuito. No entanto, se a taxa judiciária for excessiva de modo a criar obstáculo ao acesso à justiça, tem-se entendido ser ela inconstitucional” (JUNIOR, 1999, p. 98).

> É natural que, evitando tornar a garantia judiciária inútil à maioria da população, e ao menos para os desprovidos de fortuna e recursos, a ordem jurídica estabeleça mecanismos de apoio e socorro aos menos favorecidos. Antes de colocar os necessitados em situação material de igualdade, no processo, urge fornecer-lhes meios mínimos para ingressar na Justiça, sem embargo da ulterior necessidade de recursos e armas técnicas, promovendo o equilíbrio concreto. Nesse sentido, a gratuidade é essencial à garantia do acesso à Justiça. [Neste sentido] o art. 5º,

> LXXIV, da CF/88 assegura que, aos que provarem insuficiência de recursos, *assistência jurídica integral e gratuita*. (CRUZ; TUCCI, 1999, p. 10).

2 DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O alcance das pretensões buscadas pelos indivíduos vai muito além do acesso à justiça – o qual, conforme já mencionado, embora consolidado como garantia constitucional, não se encontra totalmente efetivado nos casos concretos – mas também à duração da tutela jurisdicional.

Pode-se até mesmo dizer que a morosidade judiciária constitui um corolário do acesso à justiça, uma vez que a demora do atingimento das pretensões levadas a juízo, torna-se um verdadeiro desestimulante àqueles que têm seus interesses violados. Quando uma norma de direito material é violada, aquele que foi prejudicado, mesmo cercado de mecanismos já mencionados (justiça gratuita e disponibilidade de defensores públicos...), prefere deixar de lado suas pretensões em razão da incredulidade em relação ao sistema jurisdicional, que, por muitas vezes, poderia demorar anos para satisfazer seu direito.

> Não basta apenas garantir o acesso ao Poder judiciário e os meios adequados para defesa, pois para satisfazer o jurisdicionado é preciso ainda que a tutela pleiteada seja conferida dentro de um razoável prazo, sob pena de se tornar totalmente inútil. (SPALDING, 2005).

Como forma de dizimar este problema, o sistema processual passa, atualmente, por grandes alterações, o que se percebe pelo surgimento de novos movimentos e tendências, cujos instrumentos prestam-se a atender as necessidades das sociedades contemporâneas.

Se antigamente a prioridade restringia-se apenas à cognição aprofundada e exauriente da lide concreta, atualmente, ao lado desta garantia tem-se, também, a preocupação com o desenvolvimento célere do processo. Importante mencionar que a existência deve ser preservada e ocorrer da maneira mais harmônica possível, de modo que nenhum destes princípios sucumba em relação ao outro. Em outras palavras, deve ser conferido a todos os indivíduos um processo célere e ao mesmo tempo garantidor dos direitos pleiteados.

> Nesse sentido, a **EC n. 45/2004**, ampliando os direitos e garantias fundamentais, estabeleceu, no art. 5º, LXXVIII, que a todos, no âmbito **judicial** e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Conforme sinalizou Grinover, "esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da Ementa n. 45/2004. Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para garantia da celeridade e de sua tramitação". (LENZA, 2010, p. 800).

3 DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

> A Constituição, prevê no art. 98, ao lado da divisão tradicional dos órgãos jurisdicionais, a criação dos Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo. (...) O parágrafo primeiro possibilita a criação dos Juizados Especiais no âmbito federal (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 18).

Como forma de concretizar os desejos por um meio jurisdicional célere e acessível a população, surgem os juizados especiais federais, cuja criação se tornou possível a partir da publicação da Emenda Constitucional 22/1999 que "acrescentou o parágrafo único ao art. 98, dispondo expressamente sobre a criação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, por meio de lei ordinária federal" (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 11).

Quando da criação do juizado na esfera federal, já existia legislação dispondo sobre os juizados especiais no âmbito estadual, bem como normas processuais oriundas do Código de Processo Civil, de modo que, conforme dispõem Bochenek e Nascimento, restou como opção disciplinar as novidades decorrentes do novo sistema e, ao mesmo tempo, utilizar-se subsidiariamente dos diplomas já existentes, desde que, é claro, não se violasse princípios orientadores dos juizados.

Ressalta-se que os Juizados Especiais Federais "foram criados com a finalidade de solucionar ou amenizar o problema da morosidade da Justiça Federal, que constituía verdadeiro entrave ao efetivo acesso à justiça pela população" (DONIZETTI, 2012, p. 445).

A grande característica desse novo sistema é a importância dada à oralidade e a resolução do litigio em detrimento das regras procedimentais já estabelecidas na legislação.

> Existe um direito processual mínimo na Lei 10.259. Entende-se que a grande mudança necessária para a efetividade dos direitos é a prevalência do direito material sobre o direito processual. Se o direito material pode ser satisfeito pela via A ou pela via B, então não se deve anular o processo apenas para privilegiar a forma ou a discussão teórico-processual. Espera-se que a tendência da Lei 10.259 irradie-se por todo o sistema jurídico para privilegiar o direito material e para que a forma processual tenha menos importância. (...) Afinal, o processo é instrumento e a finalidade é a satisfação do direito material. O tão esquecido princípio da instrumentalidade das formas (art. 244 do CPC) é resgatado como ponto cardeal do processo civil. (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 11).

Bochenek e Nascimento, em sua obra *Juizados Especiais Federais Cíveis & Casos Práticos (2011)* exemplificam as principais inovações trazidas pela lei 10.259/01, como a eliminação das prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública, o que se dá com a eliminação do prazo em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, como também pela supressão do reexame necessário; a dispensa da representação judicial por meio de advogado, a utilização de via eletrônica, simplificação do procedimento para citação e intimação; a possibilidade de conciliação ou transação entre as partes; realização de perícia minutos antes da audiência; a diminuição do número de recursos; inexistência de condenação nas custas e nos honorários em primeiro grau, entre outros.

Tais características, conforme apontam os autores mencionados, decorrem dos princípios adotados pelo Juizado Especial, quais sejam, o da oralidade, simplicidade, informalidade, da celeridade e o da economia processual, responsáveis por conferir uma tutela jurisdicional rápida e eficaz.

Esta simplificação acaba por gerar certa confiança na comunidade, visto que, aqueles indivíduos que se encontravam totalmente desestimulados a pleitear seus direitos em juízo, por vislumbrarem a possibilidade de uma análise rápida, gratuita, eficaz, e com procedimentos simplificados, sentem-se estimulados a utilizar-se da tutela jurisdicional. Vê-se, então, o quão acessível se torna o sistema judiciário com a criação do Juizado Especial.

4 PRINCÍPIOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Ainda, como forma de garantir o preenchimento das finalidades inerentes ao JEF, dispõem os doutrinadores que na hipótese de serem respeitadas as finalidades para as quais os atos processuais realizados e atendidos os princípios da autocomposição, oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual, tais atos serão considerados válidos, visto que não haverá nulidade sem que haja prejuízo.

> (...) na prática dos atos processuais, deve prevalecer a finalidade atingida para atendimento do direito material sobre a formalidade processual, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas processuais (art. 244 do CPC) e à máxima jurídica de que "não há nulidade sem prejuízo" ("pás de nullité sans grief"). (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 102)

O primeiro princípio norteador dos Juizados Especiais Federais (e também dos Juizados Especiais Estaduais e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública) é o princípio da autocomposição. A resolução dos litígios da forma mais eficaz e rápida possível é um dos principais objetivos dos Juizados Especiais.

> A autocomposição se dá mediante técnicas de aproximação das partes e resolução de controvérsias de forma menos traumática, na procura da composição amigável, e se revela na forma mais eficiente de solução de conflitos. Na autocomposição há manifestação de vontade espontânea das partes e aceitação mútua a respeito de questões conflituosas existentes entre elas, tendo por escopo a pacificação social dos conflitos e a maior satisfação dos envolvidos, pois a decisão não é imposta por uma sentença pelo magistrado, mas obtida pelo acordo entre as partes. (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 29)

Portanto, busca-se com a autocomposição a resolução do conflito da forma mais amigável possível. Nada mais é do que uma conciliação, onde as partes comparecem perante o juiz ou conciliador e acontece uma audiência buscando esse fim. Tal princípio em muito se relaciona com o princípio da celeridade, característico dos Juizados Especiais também. Isso porque, a realização da audiência de conciliação tem dois objetivos principais. O primeiro, como já dito, é a conciliação. No caso de insucesso desta, o juiz, aproveitando a oportunidade,

já faz a colheita da prova oral, evitando-se, assim, que nova audiência seja marcada para tal fim.

Nesse sentido, o princípio da celeridade, como já dito anteriormente, tem como objetivo que o processo dure o mínimo de tempo possível, atendendo, assim, o disposto no inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal, que garante a todo individuo a razoável duração do processo.

Uma característica marcante nos procedimentos dos Juizados Especiais Federais é o fato de o uso da palavra falada assumir especial importância no processo, o que levou muitos doutrinadores a chamá-lo de processo oral. Assim, vários atos processuais, como por exemplo a propositura da ação e o requerimento de execução da sentença, podem ser praticados verbalmente pelas partes.

Porém, "a possibilidade de utilização da palavra falada em detrimento da escrita, conquanto salutar em tese, não encontrou muita aceitação na prática (...), sobretudo em face do excessivo apego do operador do direito com a sistemática do processo civil tradicional" (DONIZETTI, 2012, p. 447).

O princípio da oralidade apresenta-se sobre duas facetas. A primeira, mencionada acima, diz respeitos à predominância da palavra falada sobre a escrita. A segunda está atrelada à concentração dos atos processuais em audiência, o que, de certa forma, está correlacionado ao princípio da autocomposição.

> Intimamente relacionados com a oralidade são os princípios da simplicidade e da informalidade, que, a bem da verdade, não guardam qualquer distinção entre si. Tanto a simplificação dos atos processuais quanto a informalidade constituem decorrência lógica da perspectiva instrumentalista do direito processual, segundo o qual o processo não deve ser um fim em si mesmo, mas sim um meio para se alcançar decisões justas. Assim, não é por menos que o art. 13, caput e § 1°, da Lei nº 9.099/95, dispõe que os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, não se pronunciando qualquer nulidade sem que tenha havido prejuízo. (DONIZETTI, 2012, p. 448)

O princípio da simplicidade pode ser traduzido de várias maneiras. Desde a diminuição de materiais juntados aos processos até pela "forma com que o demandante aporta nessa Justiça especial, dirigindo-se à secretaria, onde um servidor ouvirá sua pretensão e a transformará em escrito" (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 47).

> O processo deve ser simples no seu trâmite, despido de exigências burocráticas ou protelatórias, com a supressão de quaisquer fórmulas complicadas, inúteis ou obsoletas. A adoção do processo eletrônico no âmbito de alguns tribunais, e de forma exclusiva no âmbito do Tribunal Regional da 4ª Região, contribuiu para a aplicação do princípio da simplicidade nos Juizados Especiais Federais. Foram simplificados diversos procedimentos e outros foram abandonados. O processo virtual não utiliza mais a elaboração de boletins de intimação, a colocação de carimbos e etiquetas em processos. Houve a simplificação da forma de expedição de certidões, sem contar na economia de tempo e de recursos materiais. As partes não necessitam mais se descolar à secretaria para consultar o processo. (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 33).

Importante, ainda, mencionar as mudanças implantadas pelo Juizado Especial Federal quanto aos procedimentos utilizados, além de ser dispensada a assistência de advogado – sendo permitido ao individuo que reduza a termo seu pedido mediante a ajuda do servidor- tem-se o fato de que

> O processo virtual não utiliza mais a juntada de peças aos autos pela secretaria, a elaboração de boletins de intimação, a colocação de carimbos e etiquetas em processos, a numeração de folhas. Houve simplificação da forma de expedição de certidões, sem contar na economia de tempo e de recursos materiais. As partes não necessitam mais se deslocar à secretaria do Juizado para consultar o processo, não há mais aquela indisponibilidade dos autos por estarem em carga com a parte adversa ou conclusos com o juízo. A petição, o recurso ou a decisão podem ser realizados de qualquer lugar do mundo e a qualquer hora, pois o sistema eletrônico funciona via internet, sete dias por semana, vinte e quatro horas por dia. (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 103)

Os princípios da simplicidade e informalidade do juizado têm também interferência nos meios de comunicação processuais, sendo “prática corrente nos Juizados da Justiça Federal da 4ª. Região, a solicitação de atos processuais de um juízo federal a outro através de e-mail pela internet” (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 102). Quanto aos procedimentos de carta rogatória, estes “são incompatíveis no Juizado Especial Federal,

porque causam uma demora muito grande no trâmite da ação. (...) após polêmica inicial, hoje é pacífica a posição de admissão de sua expedição para oitiva de testemunhas" (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 117).

Dessa forma, o juiz deve buscar formas processuais diferentes das já estabelecidas, a fim de obter uma prestação jurisdicional efetiva e adequada ao direito material em questão. As soluções alternativas garantem uma maneira mais eficaz e rápida na solução dos conflitos.

Outro princípio que serve de norte aos Juizados Especiais Federais e que, consequentemente, acaba por influir na concretização do acesso à Justiça é o da economia processual, através do qual se busca obter o maior rendimento possível com o mínimo de atos processuais. A título de exemplo, podemos citar as ações previdenciárias. Nas ações previdenciárias de concessão de benefícios por incapacidade (Auxílio-doença, Aposentadoria por Invalidez e o Benefício Assistencial - "LOAS") dos Juizados Especiais Federais, algumas perícias médicas judiciais são realizadas minutos antes da audiência de conciliação. O médico perito apresenta o laudo médico ao juiz no início da audiência, juntamente com o seu parecer técnico e, ainda, quando solicitado, responde perguntas formuladas pelo advogado da parte autora ou pelo Procurador do INSS. Após a manifestação das partes o processo já estará pronto para ser sentenciado, celeridade esta não vislumbrada nos mesmos casos propostos na Justiça Federal ou, quando ausente esta, na Justiça Comum.

Em suma, o princípio da economia processual, "visa à obtenção do máximo de rendimento da legislação processual na aplicação do direito com o mínimo possível de emprego das atividades processuais" (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 35).

Tais princípios, assim, são essenciais aos procedimentos dos Juizados Especiais Federais e, consequentemente, à concretização do acesso à Justiça, afinal "o rol de princípios norteadores dos juizados especiais federais cíveis agirá como verdadeiras barreiras às afrontas do acesso a essa nova Justiça" (NETTO, 2005, p. 46).

5 DA COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Os Juizados Especiais Federais, embora dotados de características próprias, conforme ensinam Bochenek e Nascimento, existem em condições de igualdade com os demais órgãos jurisdicionais, com a única diferença de que a cada um deles é conferida competência para uma determinada causa. Os juizados são, obrigatoriamente, utilizados nas

demandas de menor complexidade. Possibilitar a livre escolha do juízo pelo autor conferir-lhe-ia benefícios exacerbados em detrimento do réu, já que o demandante acabaria escolhendo os órgãos julgadores de primeiro e segundo grau, os prazos que incidiriam no processo, os recursos possíveis, o número de testemunhas, a sistemática que seria utilizada.

> A matéria de procedimento é de ordem pública e de natureza cogente. As partes não têm a faculdade de escolher o procedimento que é mais vantajoso, nem dispor quanto a eles ou subtrair-se das suas consequências, sob pena de ofensa ao princípio da igualdade. A forma de procedimento não é posta no interesse das partes, mas da efetiva prestação jurisdicional. Também não há possibilidade de mesclar os diversos procedimentos previstos, criando um procedimento heterogêneo, ainda que as partes concordem. (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 20).

Conforme afirmam os autores acima mencionados, se foi determinado um tipo de procedimento para cada tipo de ação, é porque cada um deles foi considerado o mais adequado para aquela prestação jurisdicional. Mencionam, ainda, que embora a Constituição tenha estabelecido como competência do Juizado as causas de menor complexidade, não estabeleceu exatamente que causas seriam estas. Tal tarefa foi deixada ao legislador infraconstitucional, o qual, conforme se constata com a leitura do art. 3º da Lei 10.259/01, definiu como de menor complexidade, as causas cujo valor fosse inferior a 60 salários mínimos.

Entretanto, não se limitou a utilização do valor da causa como critério de competência, preocupando-se, ainda, em limitar a utilização dos Juizados Especiais Federais especificando as matérias que não poderiam ser levadas às suas jurisdições.

> O legislador optou por não estabelecer a competência dos Juizados Especiais Federais em razão da matéria por inclusão, mas, sim, por exclusão (art. 3.º, § 1.º, da Lei 10.259/2001), diferentemente do que fez na Lei dos Juizados Especiais Estaduais. Estão excluídas da competência do Juizado em razão da matéria as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e município ou pessoa domiciliada no País (art. 109, II, da Constituição) e as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (art. 109, III, da Constituição). São causas de maior complexidade, portanto excluídas da competência do Juizado, pois envolvem relações internacionais, nas quais podem

> figurar como partes as pessoas jurídicas de direito público, de direito privado e pessoas físicas. (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 89)

> Note-se que normalmente a competência em razão do valor não será uma competência de foro, mas será uma competência de juízo. Encontrado o local onde o feito deve tramitar, consoante as regras gerais, o valor da causa determinará nesse foro o juiz competente. Não pode o Juizado Especial ficar entregue à opção do autor, pois se trata de competência de juízo, que não é relativa, mas absoluta. Indiscutível que aqui se trata de competência de juízo: a lei diz qual o juízo que é competente para aquelas causas que especifica, (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 43).

Em resumo, o indivíduo, ao intencionar a propositura de uma ação no JEF, deve atentar-se aos seguintes requisitos:

> Inspirados no Juiz Federal Guilherme Bollorini Pereira (op. cit.), expomos que antes de propor a ação, a parte autora deve constatar, em primeiro lugar, se a causa não está entre aquelas excluídas da competência dos Juizados Especiais Federais pelo parágrafo 1º, do art. 3.º, da Lei 10.259/2001. Em segundo, verificar se as pessoas que irão compor o polo ativo e o polo passivo da relação jurídico processual são admitidas, em suas respectivas posições, no art. 6.º da Lei 10.259 ou pela jurisprudência. Depois, examinar se o objeto da ação é o pagamento de prestações relativas a obrigações de trato sucessivo, pois a soma daquelas não pode ultrapassar sessenta salários mínimos (parágrafo 2.º, do art. 3.º, da Lei 10.259/2001), pois se o valor for superior, poderá renunciar expressamente ao excedente, juntando o instrumento da renúncia ao propor a ação, ou dando poderes ao advogado para renunciar ao excedente da alçada, a não ser que o objeto da demanda impeça a renúncia parcial do bem discutido em juízo. (BOCHENEK; NASCIMENTO, 2011, p. 105).

Ainda, pontuam os autores que enquanto no Juizado Especial Estadual apenas as pessoas físicas capazes tem a permissão de ser parte, o mesmo não ocorre na esfera Federal, na qual a simples condição de pessoa física já é suficiente para permitir que o indivíduo litigue em juízo. Neste sentido, interessante mencionar as lides previdenciárias, as quais, não raramente, contam com a presença de indivíduos incapazes pleiteando por seus benefícios.

Mencionam Bochenek e Nascimento (2011), que os procedimentos especiais, como as ações populares, execuções fiscais, mandado de segurança, ações civis públicas, ações de habeas data, de desapropriação, monitórias, embargos de terceiros, entre outras, por exigirem um tratamento processual diferenciado, são excluídas da competência do Juizado Especial Federal, evitando-se, assim, sobrecarregar a instituição com procedimentos incompatíveis com os princípios que o regem.

Cumpre pontuar que, mesmo que de valor até sessenta salários mínimos, a Lei 10.259/2001 excluiu da competência dos Juizados Especiais Federais as causas previstas nos incisos II, III e XI do artigo 109, da Constituição Federal. Dessa forma, as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa residente e domiciliada no País, as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional e as causas que versem sobre a disputa sobre direitos indígenas estão excluídas da competência dos Juizados Especiais Federais.

Ainda são excluídas da competência dos Juizados Federais as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, as ações populares, as execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Porém, a exclusão da competência dos Juizados Especiais Federais quanto às demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos os individuais homogêneos somente se aplica quanto a ações coletivas, isto porque tais direitos e interesses normalmente são defendidos por meio de ação civil pública (lei 7.247/85), o que torna o procedimentos dos Juizados inadequado.

O artigo 3° da Lei 10.259, em seu parágrafo primeiro, além das causas citadas acima, ainda, determina não serem de competência dos Juizados Especiais Federais, as causas sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais, as causas de anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal e as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

Por fim, explica Marisa Ferreira dos Santos e Ricardo Cunha Chimenti que

> havendo na legislação especial rito específico para determinados tipos de ações (adjudicação compulsória, ação demarcatória etc), a fim de melhor atender às suas especificações, inviável se mostra o processamento destas pelo procedimento da Lei n. 9.099/95, sobretudo após a tentativa de conciliação. (SANTOS. CHIMENTI, 2011, p. 30).

6 OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS E A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Os Juizados Especiais Federais são um importante meio de acesso à Justiça, pois permitem que os indivíduos alcancem soluções para os seus conflitos cotidianos de forma rápida e gratuita. Foi em 2001, com a criação da Lei nº 10.259, que foram criados os Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais, em observância ao disposto no parágrafo primeiro do artigo 98 da Carta Magna. Uma das razões para sua criação foi a tentativa de solucionar o problema da morosidade da Justiça Federal, que constituía uma barreira ao efetivo acesso à Justiça pela população.

> Com o escopo de ampliar o acesso à Justiça, a Carta de 1988 tornou obrigatória a criação de juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. (Art. 98, I). De forma concorrente, cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre a criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas (Art. 24, X). A distância entre a Justiça e o Povo é muito grande. Fruto desse divórcio, os Juizados Especiais foram criados pela Lei 9.099/95. Surgiram não como resposta para a solução da crise da prestação jurisdicional, mas como a única porta para a aproximação do Judiciário e o Povo. (OLIVEIRA, 2001)

Dessa forma, os Juizados Especiais Federais tornaram-se um instrumento importantíssimo de acesso à justiça, por permitir que todos pudessem buscar uma solução para os seus conflitos do cotidiano, os quais, muitas vezes, não eram sequer levados ao Poder Judiciário e, nos casos em que esta tutela acontecia, levava anos para ser completamente satisfeita. O distanciamento das pretensões dos indivíduos da Justiça brasileira ocorria, muitas vezes, em razão da dificuldade do cidadão comum em contratar um advogado para postular em seu favor – seja pelo valor que este serviço custa, seja pela burocratização que a contratação de um advogado dativo demanda. Aliado ao valor necessário para postular suas pretensões em juízo, o cidadão encontrava também um Poder Judiciário com enorme o

acúmulo de ações, o que propiciava aos cidadãos uma justiça extremamente morosa. Frente a isso, os Juizados Especiais Federais vieram para resolver não só um, mas dois problemas que eram óbices ao efetivo acesso à Justiça.

Primeiro porque permitiu que qualquer pessoa pudesse ingressar com uma ação (desde que dentro da respectiva competência) para postular um direito seu, independentemente de ter ou não um advogado. Tal inovação foi de extrema importância na busca pela efetivação do acesso à Justiça, por permitir que qualquer cidadão, munido de seus documentos, ingressasse no balcão da secretaria do Juizado com a ação (desde que preenchidos os requisitos para tal fim). A presença do advogado, portanto, torna-se facultativa, podendo, ser designada pelo juiz, quando necessária.

Segundo porque em razão dos princípios da celeridade, economia processual e informalidade, os procedimentos se tornaram mais rápidos, não tendo mais, por exemplo, um idoso que esperar por longos meses pelo julgamento da sua ação previdenciária de concessão de aposentadoria. Interessante repetir que a morosidade não é apenas prejudicial aos que possuem ações tramitando no Judiciário, mas também aqueles que deixam de postular seus direitos em razão da expectativa de demora da tutela jurisdicional.

Nesse sentido,

> o objetivo principal dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal é o de agilizar o exame dos processos que envolvem questões de pequena repercussão econômica e menor complexidade. Com a concretização dos Juizados, a quantidade de recursos desnecessários encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, cuja solução poderia ser alcançada com rapidez em instâncias inferiores, será possivelmente reduzida. A maior parte das ações de baixo valor que abarrotam os gabinetes do STJ relaciona-se com questões previdenciárias. (OLIVEIRA, 2001)

A estrutura da Justiça Federal não pode ser aplicada aos Juizados, principalmente em razão dessa atual “burocracia processual”. Por isso, se torna importante a conscientização dos funcionários e Juízes para os princípios disciplinadores dos Juizados e a forma com que o processo vai se desenvolver.

> Diante do cenário alinhavado, verifica-se os grandes desafios que os Juizados Especiais Federais terão que enfrentar. Para a concretização da legislação dos Juizados, será necessário um olhar por todos os cenários da Justiça Federal. As pesquisas do próprio Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal demonstram um primeiro caminho. O Judiciário precisa ousar, para não fazer dos Juizados Federais uma promessa vazia. O povo quer acesso à Justiça e não acesso ao Poder Judiciário. É preciso ousar. (OLIVEIRA, 2001)

CONCLUSÃO

Na busca pela melhor forma de tutelar o direito dos cidadãos mediante um sistema jurisdicional célere, garantidor e acessível, surge a figura do Juizado Especial Federal, que dispensa a necessidade de contratação de advogados, garante a rapidez procedimental – sem, é claro, prejudicar a cognição plena e exauriente do caso concreto – e estimula os indivíduos a procurarem a tutela jurisdicional. O tão falado "acesso à justiça" não deve se restringir apenas à disponibilização de sedes forenses para a população, mas garantir que todos, efetivamente, tenham condições de tutelar seus direitos. É passar a todos os cidadãos, até aqueles dotados de menores recursos e conhecimento, a ideia de que o Sistema Judiciário é algo simples e totalmente acessível. A Justiça não deve ser temida, e muito menos ter sua força subestimada.

Embora distantes da realidade, e até mesmo utópicos, pensamentos como os mencionados, além dos ideais de simplicidade, celeridade, são estimulados e maximizados com a criação dos Juizados Especiais Federais. Juntamente com os princípios e regras basilares deste procedimento, o fato de ele ter como aliado os meios eletrônicos permite, além de um melhor acesso aos atos procedimentais em geral- tendo em vista que as partes têm acesso ao processo em tempo integral, em qualquer lugar, sem necessidade de deslocar-se ao cartório – a dispensa de atos desnecessários e que demandam um tempo, que para as próprias partes seria precioso. É o caso da juntada de petições, emissão de etiquetas, abertura de novos volumes de autos, os quais, com a implantação do processo eletrônico, não são mais necessários.

Vê-se, então, que os Juizados Especiais Federais são um novo veículo auxiliador da justiça, garantindo que o acesso à justiça, o processo célere, a simplicidade, deixem de ser meros princípios e se torne uma realidade para toda a sociedade. Ainda, o alcance desta nova ideia de processo deu-se, principalmente, pela supressão de fases processuais desnecessárias e incompatíveis com o Juizado Especial Federal, priorizando-se a efetivação do caso concreto,

em detrimento de formalidades exigidas por alguns procedimentos. Nunca o “menos” foi tão “mais”.

BIBLIOGRAFIA

BARBOSA MOREIRA, J. C. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*, RePro 67/130. In: Pedro Lenza, Direito Constitucional Esquematizado. 8. ed. versão, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2005.

BOCHENEK, Antonio César; NASCIMENTO, Márcio Augusto. *Juizado Especiais Federais Cíveis.* E-book. Porto Alegre: direito dos autores, 2011.

CAMPOS, Corine. *Direito de ação: princípio da inafastabilidade da jurisdição*. 2003. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1067/Direito-de-Acao-Principio-da-Inafastabilidade-da-Jurisdicao> Acesso em 11/07/2013.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coordenador). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DONIZETTI, Elpídio.*Curso didático de direito processual civil*. 16. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999)

NETTO, Luiz Fernando Silveira. *Juizados especiais federais cíveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, André Macedo de. *Democratizando o acesso à justiça*. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2172/democratizando-o-acesso-a-justica#ixzz2ZLwL1Ll3> Acesso em 12/07/2013.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Juizados especiais: federais e estaduais*, volume 15 – tomo II. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

SPALDING, Alessandra Mendes. *Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004*. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et al (Coord.). Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

A PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Maiara Aparecida Galdino dos SANTOS[1178]

Francisco José Dias GOMES[1179]

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a exceção de impenhorabilidade do bem de família do fiador prevista pela Lei 8.009/1990 em seu artigo 3º, inciso VII, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em relação aos princípios e direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como o direito à moradia, o princípio da isonomia e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana. Em razão da divergência doutrinária e jurisprudencial em torno da constitucionalidade da exceção prevista pelo legislador após o advento da Emenda Constitucional nº 26, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais, o Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição, se manifestou a respeito do tema reconhecendo a constitucionalidade da exceção constante na Lei. Neste contexto, o presente trabalho explora o posicionamento do Egrégio Tribunal nos autos do Recurso Extraordinário (RE) 407.688/SP, julgado em 08 de fevereiro de 2006, e ratificado em 2010, nos autos do RE 612.360/SP, na tentativa de rechaçar os argumentos utilizados pelos nobres ministros, vez que efetivamente a exceção prevista viola de modo significativo o direito social e fundamental à moradia, e, por consequência, o próprio texto constitucional em sua soberania.

PALAVRAS-CHAVE: Bem de família. Impenhorabilidade. Contrato de Fiança. Contrato de Locação. Princípios Constitucionais. Direito à Moradia.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the exception of unseizability the well of family of the guarantor provided by Law 8.009 /1990, in his article 3, section VII, the light of the brazilian legal system, especially in relation to fundamental principles and rights constitutionally guaranteed, as the right to housing, the principle of isonomy, and, above all, the principle of human dignity. Due to the divergence doctrinal and jurisprudential around the

[1178] Discente do 5º ano (10º termo A) do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. E-mail: maiara_santos@unitoledo.br

[1179] Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo. E-mail: franciscogomes@unitoledo.br.

constitutionality of the exception provided by the legislature after the advent of Constitutional Amendment no. 26, which included the right to housing in the list of social rights, the Federal Supreme Court, in condition of guardian of the Constitution, if expressed regarding the subject recognizing the constitutionality of the exception set out in Law. In this context, the present aims explore the positioning of Honorable Court in the case of Extraordinary Appeal (RE) 407.688/SP, judged on February 8, 2006, and ratified in 2010, in the records of the RE 612.360/SP in an attempt to reject the arguments used by the noble ministers, since effectively the exception provided significantly violates the fundamental and social right to housing, and therefore, the constitutional text itself on its sovereignty.

KEYWORDS: Well of Family. Unseizability. Contract of Guarantee. Lease. Constitutional Principles. Right to Housing.

INTRODUÇÃO

O contrato é considerado a mola propulsora da economia de um país e, não raras vezes, ocorre a inadimplência dos contratantes, o que motiva o legislador a criar mecanismos que visem assegurar o adimplemento das obrigações pactuadas, e garantir, ainda que minimamente, a efetividade das relações jurídicas contratuais.

De outro vértice, o legislador consolidou uma efetiva conquista social, ao criar o instituto do bem de família, reconhecido em vários ordenamentos jurídicos, que corresponde à ideia de tornar inalienável e impenhorável o único imóvel destinado à moradia familiar[1180].

Pois bem, um dos contratos que tem por finalidade assegurar o adimplemento de outro é o contrato de fiança, que vincula o contratante a responder pelo inadimplemento do devedor principal com todo seu patrimônio, inclusive, no caso da locação, com seu imóvel bem de família juridicamente protegido.

Tendo por princípio fundamental inerente ao Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, desponta o questionamento se, ao permitir que o único imóvel destinado à moradia da família responda pela obrigação assumida pelo fiador do contrato de locação, o legislador infraconstitucional violou (ou não) alguma das garantias constitucionais.

[1180] Diz-se que a essência do bem de família reside no peculiar amparo conferido à entidade familiar, sobretudo, na concretização do direito fundamental e social à moradia.

Logo, valendo-se dos métodos dedutivo e comparativo, sem pretensão de esgotar o assunto, pode-se afirmar que este trabalho apresenta um panorama geral acerca da problemática existente em torno do imóvel bem de família do fiador, propiciando aos leitores elementos para que possam refletir e se filiarem a corrente que entenderem mais equânime e, acima de tudo, não violadora de garantias minimamente asseguradas, como o direito à moradia e proteção à dignidade da pessoa humana.

1 FIANÇA E O BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NA LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA

O contrato de locação é aquele pelo qual alguém, denominado locador, mediante remuneração, compromete-se a fornecer a outrem, denominado locatário, o uso e o gozo de coisa não fungível, a prestação de um serviço, ou, a execução de uma obra ou de um trabalho.

A locação imobiliária urbana é regulamentada pela Lei 8.245/1991 e é conhecida popularmente como “a Lei do Inquilinato”, embora regulada por lei especial, lhe são aplicáveis as regras previstas no Código Civil e demais disposições inerentes à teoria geral dos contratos, principalmente os princípios contratuais.

Conforme esclarece Flávio Tartuce (2010, p. 359-361):

> A *Lei de Locação* (Lei 8.245/1991) constitui um *microssistema jurídico* ou estatuto jurídico próprio que regulamenta a locação de imóveis urbanos residenciais e não residenciais. Apesar da corriqueira utilização da expressão *Lei do Inquilinato*, preferimos a primeira expressão, pois vemos um termo não muito agradável no termo *inquilino*. Primeiro, pois a palavra tem um sentido de subalterno e de precário, diante de sua origem romana na expressão *inquilinius* (MEIRA, Sílvio A. *Instituições*...,1971, p. 374). Segundo, porque a utilização do termo parece indicar que a norma é protetiva do locatário ou inquilino, o que não é verdade. A Lei 8.245/1991 de forma alguma constitui um sistema de proteção, assim como é a Lei 8.078/1990 em relação ao consumidor.

De acordo com o autor, considera-se imóvel urbano para fim de incidência da Lei 8.245/1991, “aquele destinado à residência, indústria, comércio e serviços com intuito empresarial”, e rural ou rústico, “aquele destinado à agricultura, à pecuária, ao extrativismo ou terrenos baldios”.

No contrato de locação de imóvel urbano, em relação à obrigação do pagamento dos aluguéis, têm-se o locador ou senhorio como a parte credora da relação, e o locatário ou inquilino como a parte devedora. E dentre as garantias previstas pela Lei, está a fiança, que, em regra, é prestada por pessoa física ou instituição financeira - hipótese que caracteriza a prestação de fiança bancária.

A fiança caracteriza uma garantia fidejussória (de ordem pessoal), na qual o fiador assume perante o locador (credor), a obrigação de satisfazer a obrigação do locatário (devedor) caso este não a cumpra no tempo e modo avençados.

A fiança envolve duas relações jurídicas, uma entre devedor e fiador (relação que a origina), e outra entre fiador e credor (relação garantida), e conforme prevê o artigo 79 da Lei em comento, o contrato de fiança, para o fim de locação, rege-se pelo Código Civil.

Na fiança locatícia, o garantidor (fiador), responde com todo o seu patrimônio presente e futuro pela obrigação do devedor afiançado, logo, o único imóvel onde reside, considerado bem de família legal, pela regra, impenhorável, está abrangido pela garantia locatícia da fiança, consoante ressalva da própria Lei 8.009/1990, que assim dispõe sobre a penhorabilidade do bem nesta hipótese:

> Art. 3º - A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciário, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
>
> [...]
>
> VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Original não grafado)

Traçadas essas considerações, o que muito se discutia - e para alguns, ainda hoje se discute - era se a exceção de impenhorabilidade do bem de família do fiador prevista pela Lei 8.009/1990 se tornou constitucional após o advento da emenda nº 26 de 2000, que incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais.

1.1 (In)Constitucionalidade da Penhora do Bem de Família do Fiador por Obrigação Decorrente de Fiança Concedida em Contrato de Locação e o Direito à Moradia

Até 2000, a jurisprudência era pacífica em entender penhorável o único bem imóvel residência do fiador de obrigação locatícia, contudo, com o advento da Emenda Constitucional nº 26, em 14 de fevereiro de 2000, o direito à moradia foi inserido no rol dos direitos sociais (artigo 6º da Constituição Federal), e a questão, ora pacificada, ganhou novos contornos.

A corrente defendida por José Rogério Cruz e Tucci, Heitor Vitor Mendonça Sica, José Fernando Lutz Coelho, dentre outros adeptos, sustenta que a introdução do direito à moradia no rol dos direitos sociais representa a previsão de um direito "genérico", vez que o artigo 6º da Constituição é considerado uma norma de eficácia limitada ou reduzida (também chamada de norma programática). Espécies de normas que, de acordo com a classificação adotada pelo professor José Afonso da Silva, necessitam de regulamentação posterior para produzirem seus efeitos.

Noutras palavras, os partidários dessa corrente defendem que embora o direito à moradia seja previsto constitucionalmente, por estar enquadrado no rol dos direitos sociais, a norma que o prevê tem eficácia limitada, de modo que o direito não pode ser invocado de imediato, carecendo de regulamentação infraconstitucional para ser aplicável, então, por decorrência, continua válida e eficaz a exceção de penhorabilidade do bem de família do fiador prevista pela Lei 8.009/1990.

Conforme explica José Fernando Lutz Coelho (2008, p. 69):

> [...] O direito de moradia introduzido no art. 6º da CF pela Emenda 26/2000, na tendo regulamentado na Constituição *(sic)*, serve apenas como um horizonte ou referência de atuação para o Estado, carecendo de regulamentação, sem ter eficácia plena, e, por consequência, não atingindo ou derrogando o art. 3º da Lei 8.009/1990, inc. VII, ou melhor, não atingiu nenhuma das hipóteses elencadas no referido dispositivo legal.

Portanto, considerando a extensão da norma (eficácia limitada), os adeptos dessa corrente afirmam que enquanto o direito à moradia não for devidamente regulamentado, conforme previsto no artigo 6º da própria Constituição[1181], continua válida e eficaz a exceção de penhorabilidade do bem de família do fiador prevista pela Lei 8.009/1990.

[1181] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta

Em contrapartida, uma segunda corrente, defendida por Clito Fornaciari Júnior, Genacéia da Silva Alberton, Flávio Tartuce, José Fernando Simão, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e outros adeptos, sustenta que o direito à moradia configura um direito social e fundamental com incidência imediata, haja vista que as normas de eficácia limitada são dotadas de eficácia jurídica (que permite a revogação de todas as demais leis incompatíveis com seu texto normativo), e por trazerem em seu bojo um direito fundamental, tem aplicabilidade imediata, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, que expressamente declara que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Argumenta Genacéia da Silva Alberton (2003, p. 128) que mesmo que o direito à moradia seja entendido como uma norma de eficácia limitada e necessite de regulamentação específica, ainda assim não tem o condão de afastar a impenhorabilidade do bem de família do fiador, pois "a atuação mínima do Estado se apresenta a função do Judiciário que é interpretar as normas legais à luz das coordenadas constitucionais".

Em suma, para a segunda corrente, com o advento da Emenda nº 26, a previsão constante no inciso VII, artigo 3º, da Lei 8.009/1990 deveria ser considerada inconstitucional por brutal ofensa ao fundamental e social direito à moradia.

Em verdade, a corrente que defende a impenhorabilidade do bem de família do fiador na relação locatícia tem como vigas mestres dos seus argumentos os princípios constitucionais da isonomia e proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, se faz conveniente a análise das razões dos defensores da tese da impenhorabilidade, sob a luz dos mencionados princípios.

1.2 Princípio da Isonomia

O princípio da isonomia representa o princípio da igualdade, impõe tratamento igualitário àqueles que se encontram numa mesma situação jurídica, basicamente se resume em tratar igual, os iguais, e desigual os desiguais, na medida de suas respectivas desigualdades.

Trata-se de um princípio previsto constitucionalmente (artigo 5º, "caput"), que visa sem qualquer distinção igualar todos perante a lei, e traz como premissa o preceito de que "onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito".

Constituição**.** (Original não grafado)

Com fulcro na acessoriedade do contrato de fiança, e considerando, pela regra, que o fiador é devedor subsidiário, a corrente que defende a inconstitucionalidade da penhora sustenta que a exceção prevista pelo inciso VII, artigo 3º, da Lei 8.009/1990 viola significativamente o princípio da isonomia, tendo em vista que o legislador infraconstitucional permite que o fiador, devedor subsidiário e garantidor da dívida terceiro, tenha seu imóvel bem de família penhorado e impede que o locatário, principal devedor, sofra tal constrição, inclusive em ação de regresso proposta pelo fiador.

Esta corrente entende que se o devedor principal não pode sofrer a constrição de perder seu único imóvel, com base no princípio da isonomia, que impõe tratamento igualitário a situações idênticas, o fiador também não poderia sofrê-la.

Outrossim, defendem que a fiança enquanto contrato acessório, não pode trazer mais obrigações que o contrato principal. Logo, sob pena de violar o princípio da isonomia, fiador e devedor não podem receber tratamento diferenciado.

Para os adeptos desta corrente, as obrigações do fiador e devedor são da mesma natureza e, portanto, iguais, vez que derivam da mesma causa (contrato de locação) e tem o mesmo credor (locador).

Partindo da premissa de que as obrigações do fiador e do locatário têm a mesma base jurídica, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 331), entendem não ser justo que o primeiro responda com seu bem, quando a mesma exigência não é feita ao segundo, e questionam a razoabilidade desta medida.

Em contraposição aos defensores da impenhorabilidade, e tentando afastar o argumento da ofensa ao princípio da isonomia, Heitor Vitor Mendonça Sica (2003, p. 47) explica que:

> Dizer que locatário e fiador são devedores de obrigações iguais não corresponde à verdade. O locatário responde pelas obrigações assumidas no contrato de locação, ao passo que o fiador pelo contrato acessório, de garantia. Muito embora o objeto das prestações devidas por ambos seja o mesmo, os contratos que deram origem a elas são diferentes, com requisitos e vicissitudes próprias. Se assim não fosse, o locatário poderia alegar que o art. 1483 do CC[1182], que consagra o princípio de que a fiança há

[1182] Quando o autor se refere ao artigo 1483, o faz fundado no antigo Código Civil de 1916, atualmente, leia-se artigo 819.

de ser interpretada restritivamente, fere o princípio da isonomia, pois o ordenamento não estabelece o mesmo postulado para o contrato de locação.

Em resumo, para os defensores da penhora do bem de família do fiador, não há que se falar em inconstitucionalidade do inciso VII, artigo 3º, da Lei, tendo em vista que fiador e devedor assumem obrigações distintas, ao passo que para a corrente oposta, a exceção prevista pelo legislador não deve prosperar, vez que, em razão da posição de igualdade entre fiador e devedor, a lei jamais poderia ter conferido tal previsão ao primeiro, já que enquanto mero garantidor da dívida, não pode ser tratado de forma mais rígida que o devedor principal, real inadimplente.

1.3 Princípio da Proteção da Dignidade da Pessoa Humana

Como bem explicam Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2010, p. 32-33), o Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, denominada "princípio máximo, ou superprincípio, ou macroprincípio, ou princípio dos princípios", logo, todas as normas jurídicas devem ser compatíveis com essa proteção inafastável.

A dignidade da pessoa humana constitui um princípio fundamental que confere à pessoa garantias mínimas, como educação, saúde, emprego, moradia, etc., de tal modo, qualquer ofensa a essas garantias indiretamente ofendem ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que representa um valor guia para todo ordenamento jurídico.

Neste sentido, Flávio Tartuce (2010, p. 427), defensor da inconstitucionalidade do dispositivo legal que permite a penhora do bem de família do fiador, inclusive após o julgamento do STF, que será abordado a seguir, entende que a exceção prevista pelo legislador desrespeita a proteção constitucional do direito à moradia, enquanto uma das exteriorizações do princípio da proteção da dignidade da pessoa humana.

Sustenta o aludido doutrinador que quando a Lei 8.009/1990 dispõe acerca da impenhorabilidade do bem de família, em consonância com o princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana, contempla a proteção à família, ao direito constitucional, social e fundamental à moradia, e acima de tudo, à própria dignidade humana prevista constitucionalmente.

De outro vértice, como bem pondera a corrente contrária, se, com fulcro no direito à moradia e, sobretudo, na dignidade da pessoa humana adotar-se a tese da inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, todas as demais exceções contempladas pelo legislador, por extensão, também devem ser declaradas inconstitucionais.

Na tentativa de rechaçar o respectivo argumento, o civilista José Fernando Simão (2007, p. 93-95), sabiamente esclarece que os incisos I, II e IV, do artigo 3º, afastam o direito à proteção legal da impenhorabilidade porque tratam de débitos inerentes ao próprio imóvel, oriundos das chamadas obrigações *propter rem,* que impedem juridicamente a alegação de impenhorabilidade, tendo em vista não representarem obrigações civis tradicionais, mas obrigações que acompanham a própria *res* (coisa), obrigações híbridas, que se originam do direito real mas são tratadas como direito obrigacional.

Quanto aos incisos III, V e VI, entende que da mesma forma não há violação, pois, em relação ao inciso III, considerando o conflito de bens jurídicos envolvidos, entende pertinente a exceção, vez que coerente prevalecer o direito à vida em detrimento do direito à moradia do devedor de alimentos. Quanto ao inciso V, explica que quando a família entrega o bem em garantia, renuncia o benefício previsto em lei, logo, invocá-lo posteriormente seria beneficiar-se da própria torpeza, malícia não permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, em relação ao inciso VI, entende justificada a exceção por considerar que a Lei não pode beneficiar o criminoso em detrimento da vítima.

Portanto, para a corrente adotada por alguns civilistas contemporâneos, com a ofensa ao direito à moradia, ao princípio da isonomia e, principalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana, a exceção da impenhorabilidade do bem de família prevista pelo legislador no inciso VII, artigo 3º, da Lei 8.009/1990, viola alicerces fundamentais do Estado de Direito e não se justifica.

2 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

Como se verifica, a discussão era bastante acirrada, com argumentos e contra-argumentos para ambos os lados. Longe de ser pacificada e considerando a falta de interpretação uniforme do dispositivo, principalmente nos tribunais, como esperado, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, órgão guardião da Constituição e instância máxima de julgamento em matérias constitucionais.

Em sessão realizada no dia 08 de fevereiro de 2006, nos autos do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 407.688/SP, por maioria de votos, o Plenário do STF conheceu e negou provimento ao recurso interposto contra decisão denegatória de agravo de instrumento do antigo Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, que indeferia pedido de liberação de constrição judicial recaída sobre bem de família do fiador, então recorrente.

Conforme ementa a seguir transcrita, o Supremo declarou constitucional o dispositivo que prevê a penhorabilidade do bem de família do fiador:

> **FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de ser imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/1990, com a redação da Lei nº 8.245/1991. Recurso Extraordinário desprovido. Votos vencidos**. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (STF. RE 407.688/SP. Plenário. Relator: Min. Cezar Peluso. Data de Julgamento: 08/02/2006).

Em resumo, no processo discutia-se justamente se com o advento da Emenda nº 26, persistia ou não a exceção de impenhorabilidade do bem de família do fiador prevista no inciso VII da Lei 8.009/1990.

Conforme argumentos explanados pelo Ministro Cesar Peluso, relator do processo, o direito à moradia, enquanto direito social, deveria ser visto de forma ampla, e não apenas sob a ótica dos proprietários de um imóvel. Reconhecendo que a tutela à moradia abarca principalmente os não proprietários, e valendo-se do argumento de que os locadores não locam sem garantia, o Ministro entendeu que o Estado pode concretizar o direito à moradia, estabelecendo, inclusive, na hipótese de ser exigida caução como condição de acesso ao mercado imobiliário das locações, exceção à impenhorabilidade do bem de família.

Embasando-se naqueles que não tem condições econômicas de serem proprietários de um imóvel e precisam valer-se da locação para terem acesso à moradia - classe por ele chamada de “despossuídos” -, o Ministro entendeu que a exceção prevista pelo legislador “é

uma das modalidades de conformação do direito de moradia por via normativa", referindo-se à disposição constante na Constituição Portuguesa, sustentou que para tutelar esse direito "o Estado pode tomar uma medida de incentivo à moradia arrendada, que compreende os casos de locação".

O Ministro negou provimento ao recurso e entendeu pela constitucionalidade da exceção prevista pela Lei de Locações. Seguiram seu voto os dos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, sendo que para este último, a exceção prevista pela Lei nos remete ao confronto entre dois princípios fundamentais que merecem tratamento igualitário, qual seja: direito social à moradia x direito à liberdade, consubstanciado na autonomia de vontade, em especial, na autonomia de contratar.

Para o supracitado Ministro, quando se presta a fiança, significa dizer que por livre manifestação de vontade alguém (fiador), decidiu obrigar-se contratualmente por outrem (devedor afiançado), assumindo, como consequência dessa contratação, todos os ônus da relação, inclusive a possibilidade de perder seu único imóvel, protegido até então pelo direito social e fundamental à moradia. Argumentando que os direitos fundamentais não são absolutos, esclareceu que "em determinadas situações, nada impede que um direito fundamental ceda o passo em prol da afirmação de outro, também em jogo numa relação jurídica concreta".

No mesmo entendimento, o Ministro Gilmar Mendes acrescentou ao debate o princípio da autonomia privada, enquanto princípio integrante dos direitos de personalidade, e votou pela constitucionalidade do dispositivo legal.

Também acompanharam o voto do Ministro César Peluso, a ex-ministra Ellen Gracie, que considerando os princípios constitucionais que asseguram a proteção à família; a finalidade da impenhorabilidade em proteger o núcleo familiar; bem como o fato de que "a Constituição busca assegurar um amplo acesso à moradia, o qual pressupõe as condições necessárias à sua obtenção, seja no regime de propriedade, seja no regime de locação", entendeu que a exceção não violava a Magna Carta e, portanto, deveria ser entendida como constitucional.

No mesmo sentido ainda foram os posicionamentos dos ex-ministros Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence, ao afirmarem que quando o legislador viabiliza a locação está, na realidade, concretizando o direito à moradia.

Contudo, com argumentos contrários, o ex-ministro Eros Grau, entendendo injustificável a exceção prevista pelo legislador e invocando precedentes da Corte, afirmou

que com o advento da Emenda nº 26, que conferiu nova redação ao artigo 6º da Constituição Brasileira, a exceção prevista pela Lei 8.009/1990 em seu artigo 3º, inciso VII, não foi recepcionada.

Para o Ministro, a exceção ao benefício da impenhorabilidade prevista no inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990 ofendia o princípio da isonomia, vez que o fiador não goza deste benefício e o locatário sim, inclusive em ação de regresso movida pelo fiador.

Defendeu que o argumento de que o artigo 6º da Constituição Federal seja uma norma programática e necessite de lei ordinária para regulamentá-la, para só assim ter eficácia, não deveria prosperar, uma vez que os textos constitucionais são dotados de eficácia vinculante. Usando como referência decisão do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, cujo entendimento denota que deste modo não entendido vulnera-se a hierarquia normativa da Constituição, o ex-ministro afirmou que nesta linha de pensamento "bastaria a omissão do Poder Legislativo para que o preceito constitucional fosse retirado de vigência".

Sustentou também que não se pode fazer leitura da Constituição para atender à lógica do mercado imobiliário das locações, e muito menos comprometer direitos e garantias à fluência desse mercado.

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Britto remetendo-se à Constituição que traz a moradia como um direito social (artigo 6º), necessidade vital básica do trabalhador e sua família (artigo 7º, inciso IV), e também como uma política pública (artigo 23, inciso IX), entendeu pela indisponibilidade do direito à moradia e concluiu que o contrato de fiança não poderia permitir sua decadência. Defendendo ainda que como a família tem "especial" proteção do Estado, conforme previsão constante no artigo 226 da Constituição, a exceção prevista pelo legislador, sem dúvidas, violava o disposto na Constituição.

Seguindo o posicionamento dos Ministros Eros Grau e Carlos Brito, o Ministro Celso de Mello, também invocando precedente da Corte, defendeu que a exceção prevista pela Lei violava o princípio da isonomia, vez que trata de forma desigual situações iguais. Reconhecendo o direito à moradia como uma "necessidade básica da pessoa", o Ministro entendeu que o Poder Público deveria zelar por esse direito, motivo pelo qual, plenamente inconstitucional a exceção.

Malgrado o posicionamento final do STF, os próprios fundamentos exarados pelos Ministros vencidos demonstram que a questão ainda continua polêmica, e considerando que, por enquanto, a questão ainda não está sumulada, é perfeitamente possível que juízes e

tribunais, valendo-se do princípio do livre convencimento motivado reconheçam a inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador do contrato de locação.

3 PENHORABILIDADE E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tribunais, contrários à tese da penhorabilidade do bem de família do fiador sustentam, em síntese, que a penhora é inconstitucional por violar o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, do direito social e fundamental à moradia constante no rol dos direitos sociais (argumentos consignados pelos ministros vencidos quando do julgamento do RE 407.688, em 2006).

A violação à isonomia, bem como à razoabilidade, se apresenta em razão do legislador entender impenhorável o imóvel bem de família do devedor principal e penhorável o do fiador, mero garantidor da obrigação que pratica liberalidade em favor de terceiro.

Quanto à dignidade da pessoa humana, enquanto princípio inerente ao Estado Democrático de Direito, que protege a pessoa humana acima de qualquer outro bem, este princípio deve ser acolhido como um superprincípio e assim ser sempre considerado, pois à frente das obrigações está a dignidade, logo, o devedor não pode ser levado ao desabrigo para que o crédito do credor seja satisfeito, vez que isso acarreta brutal ofensa à dignidade da pessoa humana.

Contrapondo o argumento do Supremo, e embasando o aqui defendido, esses tribunais também entendem que a penhorabilidade do bem de família do fiador não estimula ou facilita o acesso à habitação arrendada, defendida pelo Ministro Cesar Peluso, vez que nesta situação, na realidade, se acaba é desestimulando possíveis fiadores.

Em relação ao direito social e fundamental à moradia, reconhecem que o artigo 6º da Constituição Federal é uma norma de ordem pública, autoaplicável, de eficácia plena e imediata, manifesta do interesse social que deve prevalecer em detrimento do particular. O que significa dizer que o dispositivo infraconstitucional constante na Lei 8.009/1990 (artigo 3º, inciso VII) não foi recepcionado pela Constituição após o advento da Emenda nº 26/2000, que conferiu nova redação ao “caput” do referido artigo.

Nesse contexto, é indiscutível que o direito à moradia representa um direito fundamental e social inerente a toda pessoa, Loreci Gottschalk Nolasco (2008, p. 88) o define como:

> O direito de moradia consiste na posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção contra a intempérie e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão. Trata-se de direito *erga omnes.* Nesse sentido, moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e os seus; daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção.

O direito à moradia é o direito de morar, e não pode ser confundido com o direito de propriedade, pois é mais amplo, visa assegurar um asilo inviolável à família, podendo ser concretizado através da propriedade ou por meio da locação, no caso das famílias menos favorecidas economicamente.

Cuida-se do direito mínimo necessário a uma vida decente e digna. É premissa fundamental à discussão, pois quando o fiador presta fiança, conforme bem ponderou o Ministro Cesar Peluso, está, na realidade, concretizando o direito de moradia de outro indivíduo, no caso o locatário, que para ter o seu direito assegurado, necessita do contrato de fiança.

Todavia, quando a Lei excepciona que nesta hipótese o fiador pode sofrer eventual constrição em seu bem de família, é o direito mínimo de morar do fiador que passa a necessitar de proteção e concretude.

Assim, ao excepcionar a impenhorabilidade do bem de família do fiador, a lei garante o direito de moradia do locatário, responsável pelo inadimplemento das obrigações, em detrimento do direito à moradia do fiador, mero garantidor da dívida, que enquanto devedor subsidiário, não pode ser punido de forma mais severa que o locatário, principal devedor.

Quando o fiador assume essa condição, exerce outro direito fundamental implícito (vez que a Constituição Federal não o consagra de forma expressa como faz com outros direitos), qual seja, a autonomia da vontade consubstanciada na liberdade de contratar.

A autonomia da vontade pode ser entendida como a possibilidade que o indivíduo tem de se manifestar segundo seus próprios desejos, de se autodeterminar. Nas palavras de

George Marmelstein (2008, fls. 94), é “a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências”.

Destarte, como bem invocou o Ministro Joaquim Barbosa, a polêmica também envolve o conflito entre esse dois direitos fundamentais (direito à moradia e autonomia da vontade).

Lecionam Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2010, p. 140-148), que os direitos fundamentais possuem características intrínsecas e extrínsecas.

Intrínsecas são àquelas essenciais à identificação desses direitos, sendo elas: historicidade, autogeneratividade, universalidade, limitabilidade, irrenunciabilidade e concorrência (ou cumulatividade). Já as extrínsecas, àquelas que os distinguem dos demais direitos, como as hipóteses da rigidez constitucional, normas pétreas e aplicabilidade imediata.

Dessas características, ao tema em estudo merecem destaque a limitabilidade, a irrenunciabilidade e aplicabilidade imediata.

A limitabilidade dos direitos fundamentais, grosso modo, pode ser entendida como a característica que revela a ideia de que nenhum direito, nem mesmo os fundamentais, são absolutos. O que significa dizer que, em eventual colisão de direitos[1183], onde se confrontam posições subjetivas, não haverá absolutismo de um em relação ao outro, devendo o intérprete, no caso concreto, sopesar os valores em jogo e com fulcro na ponderação de valores buscar uma solução ao conflito.

A característica da irrenunciabilidade exprime que os direitos fundamentais são irrenunciáveis, haja vista serem direitos mínimos de proteção, inerentes a toda pessoa; o que significa dizer que renunciá-los seria renunciar a própria condição humana.

Por fim, de acordo com o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, a terceira característica revela que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são dotadas de aplicabilidade imediata. Ou seja, ainda que se manifestem em uma norma de eficácia limitada, que como visto, necessita de regulamentação infraconstitucional, por ser acima de tudo uma norma que reflete direito fundamental, não necessita de norma regulamentadora para ter aplicabilidade.

[1183] Colisão de direitos não se confunde com concorrência de direitos, enquanto a colisão envolve conflito de posições subjetivas, a concorrência envolve conflito de dois ou mais direitos em relação a um mesmo titular.

Isso posto, conclui-se que quando o fiador assume esta condição por meio do contrato de fiança e sofre a penhora de seu único imóvel, asilo familiar, indiretamente está renunciando seu direito à moradia, no entanto, como os direitos fundamentais são irrenunciáveis, esta renúncia não pode ser considerada válida, tampouco produzir qualquer efeito.

Como bem pondera o Desembargador Viçoso Rodrigues nos autos do Agravo de Instrumento nº 1.0480.05.076516-7/002, julgado em 19/02/2008 pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, "se a proteção do bem visa atender à família, e não apenas ao devedor, deve-se concluir que este não poderá, por ato processual individual e isolado, renunciar à proteção, outorgada por lei em norma de ordem pública, a toda entidade familiar".

Em relação à liberdade de contratar, por óbvio que esta não pode se sobrepor à proteção da entidade familiar prevista na Constituição em seu artigo 226, "caput", sob pena de ocorrer inversão de valores fundamentalmente assegurados – o Estado não pode permitir que a liberdade de contratar prevaleça em detrimento do direito à moradia, enquanto exteriorização do princípio da proteção à dignidade da pessoa humana.

Além disso, para Francisco Emílio Baleotti (2003, p. 459-460), é possível a parte contratante, desde que esteja de boa-fé, opor-se ao cumprimento de um contrato quando este lhe é lesivo ou ofende norma constitucional.

E para Roberto Senise Lisboa (2004, p. 50), "é limitado demais afirmar que as obrigações existem para serem cumpridas", haja vista que o objetivo do direito obrigacional é "a satisfação da pessoa, desde que harmônica aos interesses da sociedade".

Referidas afirmações ocorrem em razão da função social do contrato, que é um importante princípio de limitação à liberdade de contratar, conforme artigo 421 do Código Civil[1184].

Conforme explica Claudio Luiz Bueno de Godoy (2004, p. 119), "por meio dela, retira-se o contrato da perspectiva individualista", vez que o contrato deve atender aos propósitos e valores escolhidos pelo sistema para serem protegidos.

Portanto, sob a ótica da função social, os contratos devem atender os valores instituídos pela sociedade, e sua respectiva interpretação deve ser pautada na proteção conferida a esses valores.

[1184] Art. 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Consoante explica o enunciado nº 23 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF):

> A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. (Original não grafado).

Assim, infringindo o direito fundamental e social à moradia, a exceção prevista pelo legislador faz com que o contrato de fiança não atenda sua função social, que seria justamente a de zelar pela efetividade desse direito.

Para algumas pessoas, é injusto que o locador não tenha sua obrigação satisfeita por aquele que a assumiu ou garantiu, principalmente mediante o contrato de fiança, que tem essa finalidade e vincula o garantidor com todo seu patrimônio presente e futuro, inclusive seu único imóvel familiar.

Contudo, como esclarece Roberto Senise Lisboa (2004, p. 46):

> Não se pretende fazer uma apologia do mau pagador. O credor tem todo direito de receber o que é devido pelos meios legítimos e não proibidos pelo sistema jurídico. Somente não se pode permitir que a redução do patrimônio do devedor inviabilize a sua subsistência ou de sua família, sob pena de vulneração do princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana.

Com o auxílio dos princípios e regras do ordenamento jurídico brasileiro, este estudo busca demonstrar que a exceção prevista pelo legislador infraconstitucional é incompatível com a Constituição Brasileira, responsável por cuidar dos princípios e direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito.

Como ensina George Marmelstein (2008, p. 235) sobre os direitos fundamentais:

> Eles correspondem aos valores mais básicos e mais importantes, escolhidos pelo povo (poder constituinte), que seriam dignos de uma proteção privilegiada. Eles são

> (perdoem a tautologia) fundamentais porque são tão necessários para a garantia da dignidade dos seres humanos que são inegociáveis no jogo político. [...] Eles estão acima das leis, constituindo fundamento ético de todo ordenamento jurídico.

Segundo o autor, a supremacia dos direitos fundamentais implica três consequências: inconstitucionalidade das normas infraconstitucionais incompatíveis com esses direitos; não recepção de normas infraconstitucionais anteriores à Constituição e contrárias aos mesmos, e reinterpretação das normas anteriores à Constituição, e desde que com ela compatíveis.

Como o objeto deste trabalho é analisar a exceção de impenhorabilidade do bem de família do fiador, será estudada apenas a primeira consequência.

Foi visto em linhas anteriores que a Constituição Brasileira assegura o direito à moradia como um direito social e fundamental, e a Lei 8.009/1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, protege o seio familiar e assegura à família, via de regra, o direito à moradia.

Como em seu artigo 3º a Lei traz sete hipóteses que excepcionam a impenhorabilidade, dentre elas o inciso VII, que ressalva a regra em relação ao fiador, pelos argumentos expostos, nota-se que a exceção não deveria existir, eis que incompatível com os princípios e regras que regulam os contratos, e, sobretudo, com a própria Constituição Federal.

Assim, ante a existência e vigência do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/1990, o mesmo deve ser declarado inconstitucional, tendo em vista configurar uma previsão incompatível com os valores cultivados pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente os cominados pelos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, é possível concluir que o legislador constituinte, reconhecendo a entidade familiar como “base da sociedade”, atentou-se em lhe conferir proteção constitucional, sendo possível afirmar que um dos meios de exteriorização desta proteção é o implemento do instituto do bem de família no ordenamento jurídico brasileiro.

Instituto que, como visto, reconhece a impenhorabilidade face às execuções por inadimplemento de obrigações ao imóvel que sirva de asilo à família. O que significa dizer

que o bem de família corresponde ao bem inapto a sofrer constrições por dívidas, assegurando à família o direito de propriedade, e acima de tudo, à moradia.

Entretanto, esta impenhorabilidade não é absoluta, vez que a Lei 8.009/1990 traz hipóteses de exceção à regra, dentre elas, o inciso VII, do artigo 3º, que prevê a penhorabilidade do bem de família do fiador no contrato de locação.

Considerando que o cotidiano revela o contrato de locação como um dos contratos mais celebrados, para atender esse mercado, o contrato de fiança confere maiores garantias ao locador, pois neste, o fiador assume a responsabilidade de adimplir com a obrigação do devedor afiançado caso este não a faça no tempo e modo avençados.

De acordo com a vontade do legislador infraconstitucional, o bem de família do devedor é impenhorável, ao passo que o do fiador, em regra, devedor subsidiário, penhorável, eis que não goza desta mesma proteção, circunstância que viola de modo significativo a Constituição Brasileira, que traz em seu bojo o princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, e o direito fundamental e social à moradia.

Não obstante essas nítidas violações, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, ao analisar a exceção reconheceu que o dispositivo não ofende o texto constitucional. Contudo, ainda que o STF tenha reconhecido a constitucionalidade da exceção, conforme demonstrado, não se pode privilegiar a liberdade de contratar em avaria ao direito à moradia.

Ademais, o argumento adotado pelo Supremo Tribunal Federal de que essa exceção atenta-se justamente para a efetivação do direito à moradia daqueles que necessitam locar um imóvel não prospera, já que, nesse caso, para essas pessoas terem o “seu” direito à moradia assegurado, sacrifica-se o direito à moradia do fiador.

Desproteger aquele que tem um bem em prol do que não tem, é como descobrir um lado para cobrir outro. Quando o fiador não tem mais imóvel próprio, necessita da locação para efetivar seu direito à moradia, logo, volta-se ao problema inicial, fato que demonstra nitidamente a incongruência do argumento utilizado pelo STF.

Se o objetivo da exceção é efetivar o direito à moradia de determinada classe de pessoas, incumbe ao Estado, responsável por proteger o seio familiar, promover novas políticas, inclusive mais eficazes, e oferecer outra solução ao mercado imobiliário das locações, não permitir a violação do direito do fiador em prol desse mercado, que na realidade

acaba se enfraquecendo, considerando que agora possíveis fiadores pensam duas vezes antes de se aventurarem no contrato de fiança.

Os contratos não podem ofender o direito mínimo à moradia, atrelado ao princípio máximo da proteção da dignidade da pessoa humana, especialmente o contrato de fiança, que tem por finalidade justamente contribuir para o exercício desse direito.

Portanto, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, não se pode concluir que a penhorabilidade do bem de família do fiador seja constitucional, pois, partindo da premissa de que a Constituição Federal é o ápice da pirâmide normativa, os direitos fundamentais ali estabelecidos também o são, logo, todos os demais atos normativos, como as leis infraconstitucionais e regulamentos, devem guardar compatibilidade com esses direitos sob pena de serem inconstitucionais.

Assim, por todo o exposto, principalmente a inexistência de súmula vinculante a respeito do tema, a chama da esperança de que o dispositivo ainda seja declarado inconstitucional permanece acesa.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (Coord.). I Jornada de Direito Civil: parte geral:

enunciado 23. In:_____. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 02 out. 2012.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel.** 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2012.

ANTONIUK, Elisete; UTIME, Marly Célia. **A proteção do bem de família**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord.). **Efetivando direitos constitucionais.** Bauru: Edite, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Verbatim, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família: com comentários à Lei 8.009/1990**. São Paulo: RT, 2002.

AZEVEDO, Gilmal Alvez de. **Da Locação: doutrina, prática, legislação e jurisprudência**. 2. ed. Leme-SP: Fórum, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPec&pagina=principal> Acesso em: 02 out. 2012.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004.** Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPec&pagina=principal> Acesso em: 02 out. 2012.

_____. **Lei 556 de 25 de Junho de 1850.** Brasília: Senado, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 10 out. 2012.

_____. **Lei 5.869 de 11 de Janeiro de 1973.** Brasília: Senado, 1973.

_____. **Lei 8.009 de 29 de Março de 1990.** Brasília: Senado, 1990.

_____. **Lei 8.245 de 18 de Outubro de 1991.** Brasília: Senado, 1991.

_____. **Novo código Civil: lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.** Brasília: Senado, 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Fiador. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de ser imóvel residencial. Bem de família**. Recurso Extraordinário nº 407.688-8, São Paulo. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 08 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>. Acesso em: 19 jul. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno:** atualizado até julho de 2012. Brasília: STF, 2012. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2012.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul. **Apelação cível. Embargos à arrematação. Ação de execução. Título executivo judicial. Ilegimitidade passiva *AD CAUSAM*. Artigo 741, III, do cpc. Não ocorrência. Impenhorabilidade. Bem de família do fiador . Recurso parcialmente provido. Recurso parcialmente provido.** Apelação Cível nº 2006.006110-9. Apelante: Elida Ferreira Mechi e outro(s). Apelado: Sisika Misioka. Relator: Desembargador Oswaldo Rodrigues de Melo. Campo Grande, 29 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6005519/apelacao-civel-ac-6110-ms-2006006110-9-tjms/inteiro-teor>. Acesso em: 25 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. **Apelação cível. Embargos à execução. Penhora sobre bem de família. Fiador em contrato de locação. preliminar. Falta de fundamentação da sentença. Afastada. nulidade da penhora. Recurso parcialmente provido.** Apelação Cível nº 2008.025448-7. Apelante: Eunides de Souza Lima. Apelado: Francisco de Assis Basdão. Relator: Desembargador Vladimir Abreu da Silva. Campo Grande, 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5711636/apelacao-civel-ac-25448-ms-2008025448-7-tjms/inteiro-teor>. Acesso em: 25 ago. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de instrumento. Embargos à execução julgados improcedentes. Apelação. Efeito suspensivo. Penhora. Imóvel do fiador. Bem de família. Direito à moradia. Violação aos princípios da dignidade humana e igualdade. Irrenunciabilidade**. Agravo de Instrumento nº 1.0480.05.076516-7/002. Agravante: Marcos Gomes de Deus e Altina Boaventura Gomes. Agravado: Niceias Rodrigues Cordeiro e outro(s). Relator: Desembargador Viçoso Rodrigues. Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2008. Disponível em:

< http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5943362/104800507651670021-mg-1048005076516-7-002-1-tjmg/inteiro-teor>. Acesso em: 25 ago. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo de instrumento. Existência de dois sobrados no imóvel constrito. Matéria não enfrentada pelo juízo a quo. Supressão de instância e inovação recursal caracterizada. Penhora de bem de família do fiador em contrato de locação**. Agravo de Instrumento nº 352.151-1. Agravante: Roberley de Matias. Agravado: Antonio Adir Vaz e outra. Relatora: Desembargadora Maria Mercis Gomes

Aniceto. Curitiba, 16 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6308096/agravo-de-instrumento-ai-3521511-pr-0352151-1-tjpr/inteiro-teor>. Acesso em: 25 ago. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Agravo interno. Ação de despejo por falta de pagamento. Penhora que recai sobre o imóvel utilizado pelo fiador e sua família como moradia.** Agravo interno nº 903.508-0/01. Agravantes: Incabex Indústria de Madeiras Ltda e outro(s). Agravada: Roca Participações Ltda. Relatora: Desembargadora Ivanise Maria Tratz Martins. Curitiba, 29 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22376759/933508001-pr-933508-0-01-acordao-tjpr/inteiro-teor>. Acesso em: 05 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de instrumento. Locação. fiador. Penhor. Recurso a que se nega seguimento.** Agravo de Instrumento nº 70050423649. Agravante: Enio Galante e outro(s). Agravada: Ana Lucia Fiorio Zampieri. Relatora: Desembargadora Ana Maria Nedel Scalzilli. Porto Alegre, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22163412/agravo-de-instrumento-ai-70050423649-rs-tjrs/inteiro-teor >. Acesso em: 06 de set. 2012

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de instrumento. Fiador em contrato locatício. Bem de família. Penhorabilidade. Norma de conteúdo programático. Mantida a constrição judicial. Recurso desprovido**. Agravo de Instrumento n° 088705-57.2012.8.26.0000. Agravante: Antonio Inácio da Silva e outro(s). Agravada: Maria Fonseca da Silva. Relator: Desembargador Mello Pinto. São Paulo, 31 de agosto de 2012. Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev6/files/JUS2/TJSP/IT/AI_887055720128260000_SP_1346555204495.pdf>. Acesso em: 05 out. 2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Agravo de instrumento. Execução. Bem de família do fiador de contrato de locação. Impenhorabilidade. Dignidade da pessoa humana e isonomia**. Agravo de Instrumento nº 0398/2008 (Processo nº 2008203947). Agravante: Espólio de Humberto Melo Queiroz. Agravada: Maria Valmira Cardoso. Relator: Desembargador Cláudio Dinart Déda Chagas. Aracaju, 05 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7884252/agravo-de-instrumento-ag-2008203947-se-tjse/inteiro-teor>. Acesso em: 25 ago. 2012.

COELHO, José Fernando Lutz. **Locação: questões atuais e polêmicas.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **O contrato de fiança e sua exoneração na locação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

DICIO: **dicionário online de português, 2012.** Disponível em: <http://www.dicio.com.br> Acesso em: 02 out. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACULDADES INTEGRADAS ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007. Presidente Prudente, 2007, 110 p.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 14. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do Contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. In: Capítulo X: do mandato. PELUSO, Cezar (Coord). **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém o Código Civil de 1916.** 6. ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

LISBOA. Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2004.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008.

SANTOS, Marcione Pereira. **Bem de família: voluntário e legal.** São Paulo: Saraiva, 2003.

SIDOU, J. M. Othon. **Fiança: convencional, legal e judicial no Direito vigente e no Projeto de Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SIMÃO, José Fernando. **Legislação civil especial: locação e propriedade fiduciária.** São Paulo: Atlas, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Lei de introdução e parte geral.** Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2010.

_____. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 5. ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2010.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **A penhora e o bem de família do fiador da locação.** São Paulo: RT, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: contratos em espécie**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Lei do inquilinato comentada: doutrina e prática: Lei nº 8.245, de 18-10-1991.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil: Leis 11.382/2006, 11417/2006, 11.418/2006, 11341/2006, 11.419/2006, 11.441/2007 e 11.448/2007**. São Paulo: RT, 2007.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS DO PROCESSO ELETRÔNICO

Maria José Crepaldi Ganancio LIBERATI[1185]
Márcio Ricardo da Silva ZAGO[1186]

RESUMO

Este artigo analisa a lei nº 11.419 de 19 de dezembro de 2006 que autoriza a informatização do processo eletrônico abordando os princípios constitucionais e processuais que ela assegura e renova.

PALAVRAS CHAVE: Processo Eletrônico. Tecnologia da Informação. Informatização do Processo Judicial.

ABSTRACT

This article analyses the law n. 11.419 of December 19th, 2006 that authorizes the computerization of electronic process approaching constitutional and procedural principles that assures and renews.

KEYWORDS: Electronic Process. Information Technology. Computerization of the Judicial Process.

INTRODUÇÃO

A cada dia a tecnologia está sendo mais utilizada nas relações entre pessoas e empresas, especialmente após o advento da Internet que facilitou o compartilhamento e o trânsito de informações. A informatização atinge diversas áreas do conhecimento, está presente no cotidiano das pessoas que utilizam a tecnologia para buscar conhecimento, informações e solucionar problemas.

Diante dos anseios da sociedade para agilizar os processos judiciais, o Poder Judiciário encontrou na Tecnologia da Informação mecanismos para instrumentalizar o processo para realização do Direito e da Justiça.

Busca-se a utilidade do processo tornando-o instituto constitucional sob o qual estão presentes direitos e garantias, como por exemplo, o direito universal de acesso à justiça,

[1185]Graduanda em Direito, Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente/SP (término em 2013). Mestre em Educação, Unoeste (2003). Bacharel em Análise de Sistemas, PUC Campinas (1981). Especialista em Tecnologia da Informação, Unesp (2002). Professora de Tecnologia da Informação na Unoeste desde 2001. e-mail: mjliberati@unoeste.br.
[1186]Professor das Faculdades Integradas "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente/SP. e-mail: marcio@unitoledo.br.

consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 e o direito à duração razoável do processo, assegurado no art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna.

Com a necessidade de aprimorar a prestação jurisdicional e satisfazer a sociedade foi promulgada a Lei 11.419/2006, que dispõe sobre a implantação do processo judicial eletrônico.

A organização deste artigo apresenta-se da seguinte forma: a primeira seção descreve o processo eletrônico após a criação da lei 11.419/06 que regulamenta o artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal que assegura a duração razoável do processo; a segunda seção revista os escopos do processo; a terceira estabelece uma comparação entre os princípios constitucionais e processuais abordados pela lei 11.419/06; a quarta seção apresenta as considerações finais que descrevem as vantagens que o processo eletrônico traz para a sociedade, atingindo os escopos sociais, políticos e jurídicos, com as garantias constitucionais e infraconstitucionais demonstradas.

1 PROCESSO ELETRÔNICO

A legislação processual começou a ser alterada com o advento da Emenda Constitucional nº 45, que acrescentou o inciso LXXVIII, no artigo 5º da Constituição Federal que apregoa: *"a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação"*.

Para regulamentar este dispositivo da Constituição Federal a lei 11.419/06, conhecida por Lei do Processo Eletrônico foi promulgada, com o objetivo de dar maior celeridade ao desenvolvimento do processo perante a estrutura do Poder Judiciário.

A intimação e a citação eletrônica, o diário da justiça eletrônico e o peticionamento eletrônico foram as modificações trazidas pela lei do processo eletrônico e introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro.

O uso do meio eletrônico para a tramitação do processo judicial é regulamentado no artigo 1º da lei 11.419/06:

> Artigo 1º: O uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta lei. [...]
>
> § 2º: Para o disposto nesta Lei considera-se:
>
> I – meio eletrônico qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais;

> II – transmissão eletrônica toda forma de comunicação a distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores; [...].

A lei optou pela Internet como meio eletrônico preferencial para comunicação de atos processuais e envio de peças processuais, sempre com certificação digital, para garantir sua autenticidade e originalidade.

O processo eletrônico pode ser implementado em qualquer grau de jurisdição e colocado em prática em todo o Poder Judiciário.

Na Justiça do Trabalho (PJe/JT) o processo eletrônico já é amplamente utilizado pelos seus Tribunais. O diário eletrônico da Justiça do Trabalho, o peticionamento eletrônico e o uso de cartas precatórias eletrônicas são possíveis atualmente.

A lei 11.419/06 também foi aplicada nos processos que tramitam na Justiça Eleitoral. As eleições no Brasil são informatizadas e a votação é eletrônica realizada por meio de urnas eletrônicas. A apuração dos votos e o envio dos relatórios são realizados pela Internet.

Iniciativas como a utilização da identificação digital do eleitor para evitar fraudes estão em andamento.

O Conselho Nacional de Justiça está implantando o processo eletrônico (Sistema Projudi)[1187] em diversas comarcas do país para efetivar a tramitação eletrônica.

O processo eletrônico no Supremo Tribunal Federal (e-STF) está funcionando desde 2006 para os recursos extraordinários e desde outubro de 2009 para as demais classes de processos. Mas ainda nesta época, os advogados podiam optar entre o ajuizamento eletrônico e o sistema tradicional em papel. A partir de fevereiro de 2010 não há mais opção: foram suspensos os recebimentos em meio físico para seis classes de processos originários.

2 OS ESCOPOS DO PROCESSO

Todo processo é um instrumento, um meio, para alcance de objetivos. E todo meio só se legitima, em função dos fins a que se destina, conforme explica Dinamarco (2009, p.177). Para o autor é importante, então, fixar os escopos do processo, ou seja, fixar os propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam; isto equivale a revelar o grau de sua utilidade.

[1187] Foi desenvolvido em software livre e está sendo distribuído a todos os Tribunais de Justiça.

Conforme argumenta Dinamarco, (2009, p.178), a visão dos escopos do sistema processual se reflete na estrutura do processo civil e sua instrumentalidade é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação.

Alega ainda o citado autor (2009, p.183) que o que há de mais moderno no direito processual é a "tendência em estabelecer um binômio de objetivos distribuídos entre o campo jurídico e o social", e revela "que o escopo do processo reside na realização dos direitos subjetivos e confirmação da ordem jurídica", com o objetivo de manter a paz social e da garantir a segurança jurídica.

O autor traz a idéia do escopo metajurídico da jurisdição localizado na paz social e define os três escopos: o político, o social e o jurídico para revelar o grau de utilidade do processo. É a técnica jurídica a serviço dos objetivos políticos e sociais, fazendo interagir o plano social, o político e o jurídico.

Para Bedaque (2001, p. 50) "a verdadeira dimensão do direito processual é ser um instrumento voltado para fora do processo, pois tem o escopo de conferir eficácia a outro direito – o material (jurídico), para no final atingir seus escopos social e político".

Os escopos sociais são: a pacificação com justiça e a educação.

A paz social é o escopo fundamental da lei e da função jurisdicional do Estado. A jurisdição é eficaz quando traz a Justiça à vida social, indicando seu trabalho através dos resultados na vida da sociedade.

O Estado tem por obrigação dar fim às insatisfações da população, buscando a reparação dos danos sofridos, mostrando assim sua legitimidade.

Portanto, o processo e o Direito destinam-se à pacificação de conflitos.

Outra função jurisdicional do Estado é conscientizar a sociedade para os direitos e obrigações de seus membros. Uma população educada quanto a seus direitos e obrigações torna a sociedade mais responsável e confiante no Poder Judiciário.

Com a educação, a população torna-se consciente quanto ao modo de usar a jurisdição do Estado para dirimir seus conflitos e espera dela uma justiça equilibrada e preparada para receber todas as demandas.

A educação e a paz social trazem ao jurisdicionado o conforto da solução de seus problemas, mas é pelo acesso ao sistema processual que poderá alcançar o bem da vida tutelado.

Os escopos políticos são: o poder do Estado, o culto à liberdade e a participação democrática da sociedade.

O Estado demonstra o seu poder soberano e sua autoridade imposta aos membros da sociedade. A soberania não é só um poder de fato, mas o poder de organizar-se politicamente e juridicamente nos limites dos fins éticos de conveniência, segundo Miguel Reale (1960, p. 127).

A autoridade do Estado é legítima quando representa o interesse coletivo reconhecido por uma coletividade ou indivíduo.

O culto à liberdade é um escopo que visa garantir as liberdades públicas e a preservação do princípio liberal entre o Estado e o indivíduo. O Estado democrático limita o exercício do poder do Estado para que este se abstenha de tolher a liberdade do indivíduo e não prejudique a vida da sociedade e seus objetivos comuns.

Outro escopo político do processo é a participação democrática do povo, que por intermédio do voto ou de ação popular limita o poder do Estado e permite, por exemplo, a fiscalização da moralidade administrativa.

Para Dinamarco (2009, p.198) os escopos políticos podem ser valorados nos seguintes aspectos:

> São fundamentalmente três aspectos. Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (poder), sem a qual ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para seu ordenamento jurídico, posição positivada do seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor liberdade, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos as quais ele se exerce; finalmente assegurar a participação dos cidadãos por si mesmo ou através de associações, nos destinos da sociedade política. Poder (autoridade) e liberdade são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; participação é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político. Pois a missão jurisdicional tem a missão institucionalizada de promover a efetividade desses três valores fundamentais no Estado e na Democracia, para a estabilidade das instituições.

A instrumentalidade é o elo entre o processo, Constituição e a ordem política nela delineada, com o objetivo de preservar as liberdades públicas e torná-las efetivas. Ela é destacada, quando o ordenamento jurídico oferece uma estrutura que permite o uso de ações constitucionais como o Habeas Corpus, o Mandado de Segurança e a ação popular.

Por fim, os escopos jurídicos do processo são: a justa composição da lide, a vontade concreta da lei e a segurança jurídica.

Para Dinamarco (2009, p.180) há somente um escopo jurídico no rol dos escopos do processo: atuar a vontade do direito. Mas esta postura contrasta com o ideal da efetividade que aproxima cada vez mais o direito processual do direito material e a tendência é destacar o escopo da tutela concreta dos direitos como o mais importante escopo do processo civil.

Continua o citado autor (2009, p.182 e 183) que, o processualista contemporâneo tem a responsabilidade de conscientizar os planos social, político e jurídico, extrapolando os lindes do direito e da sua vida, projetando-se para fora. É preciso, além do objetivo puramente jurídico da jurisdição, encarar as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e o Estado. Para isto, Dinamarco (2009, p.184) elenca que todo processualista precisa:

a) estar informado dos conceitos e sugestões que outras ciências lhe possam fornecer;
b) conhecer a vivência do processo como instrumento;
c) conhecer sua potencialidade a conduzir resultados;
d) ter sensibilidade para as suas deficiências;
e) e ter disposição para seu aperfeiçoamento.

É importante, para este aprimoramento, ter visão panorâmica dos instrumentos do direito processual, considerando os escopos do processo, de forma a oferecer meios aptos a cumprirem toda a função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os escopos institucionais, conforme apregoa Dinamarco (2009, p.319).

Bedaque (2001, p. 51) afirma que o escopo jurídico absorve o social e o político:

> Daí as decisões proferidas em conformidade com as regras de direito material serem aptas a pacificar e afirmar a autoridade do Estado. [...] É correto afirmar que o direito processual não tem por objetivo apenas a paz social, mas o acesso efetivo a valores jurídicos: paz social legítima é aquela obtida segundo os valores jurídicos da sociedade.

Neste sentido observam-se as reconfigurações do direito processual para permitir o desenvolvimento da atuação estatal no ciberespaço[1188] e a inserção do Poder Judiciário no meio eletrônico, de forma que os escopos do processo sejam atingidos.

O processo eletrônico ainda está em construção, mas, para permitir maior transparência e participação dos sujeitos e prover a efetividade à prestação jurisdicional na sociedade pós-moderna, todos os esforços estão sendo feitos, especialmente, pelos tribunais.

Com a implantação do sistema procedimental eletrônico há maior visibilidade e transparência aos procedimentos realizados pelos órgãos do Poder Judiciário.

Um Poder Judiciário que avança na liberação de informações com transparência, e na prestação de serviços de forma que estas sejam acessíveis a todos os cidadãos, caminha para o amadurecimento da democracia, possibilita o exercício pleno da cidadania e atinge os escopos sociais, políticos e jurídicos do processo.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS DO PROCESSO ELETRÔNICO

As leis existentes no ordenamento jurídico foram elaboradas e fundamentadas nos princípios constitucionais e processuais.

A lei 11.419/06 que dispõe sobre a informatização do processo judicial criou novos princípios processuais específicos e deu nova abordagem aos princípios já existentes, sem ferir os direitos subjetivos.

Dentre os princípios tradicionais que tiveram nova abordagem são destacados o princípio do devido processo legal, da igualdade, do contraditório e da ampla defesa, da publicidade, da celeridade, da instrumentalidade das formas e da boa-fé.

Os princípios processuais específicos do processo eletrônico são os seguintes: princípio da universalidade; da ubiquidade judiciária (conexão); da uniformidade (imaterialidade); da formalidade automatizada; da intermidialidade; da interação; da hiper-realidade; da instantaneidade; da desterritorialização e da obrigatoriedade.

O princípio do devido processo legal insculpido no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal refere-se à atuação justa do Estado fundada nas normas processuais traçadas pelo Direito Processual Civil. É a realização de um processo justo que se desenvolve

[1188] Ciberespaço: é definido como um mundo virtual porque está presente em potência, é um espaço desterritorializante. Esse mundo não é palpável, mas existe de outra forma, outra realidade. O ciberespaço é o mais novo local de *"disponibilização"* de informações possibilitado pelas novas tecnologias. Uma nova mídia que absorve todas as outras e oferece recursos inimagináveis, há algumas décadas. Disponível em: <http://www.dgz.org.br/jun07/Art_03.htm>. Acesso 1 set. 2012.

respeitando os modelos estabelecidos pela constituição e pelos costumes e valores sedimentados pela sociedade,

Theodoro Júnior (2009, p. 26) ensina a importância da função do devido processo legal:

> Nesse âmbito de comprometimento com o justo, com a efetividade e a presteza da prestação jurisdicional, o due processo of law realiza, dentre outras, a função de um super princípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a proporcionalidade e razoabilidade que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.

Vários dispositivos constitucionais relacionados ao processo constituem desdobramento do princípio do devido processo legal, como as disposições dos incisos: XXXV, relativo à garantia do acesso à justiça; XXXVII, que se refere à garantia do juiz natural; LIII, quanto ao juiz competente; LV, sobre a ampla defesa e o contraditório; e LVI, relativo à inadmissibilidade de provas ilícitas.

Atheniense (2010, p.91) explica que a principal inovação trazida pelo processo eletrônico para efetivar este princípio se refere à comunicação dos atos processuais e à prática processual, que passa a ser pela via eletrônica.

Antes da lei 11.419/06, os atos processuais eram presenciais e impressos e, após a vigência da referida lei, tais atos puderam ser realizados também à distância e por meio de documento eletrônico, como, por exemplo, as intimações, que passam a ser publicadas nos portais dos tribunais ou, ainda, as publicações dos atos processuais que são feitas nos diários de justiça eletrônicos.

Esta inovação será efetivada plenamente quando a infraestrutura tecnológica dos tribunais permitir amplo acesso ao sistema de informação para garantir o processamento do processo eletrônico em todos os seus graus.

O princípio da igualdade esculpido no artigo 5º, caput, da Constituição Federal veda o tratamento privilegiado a qualquer pessoa em detrimento de outra, pregando que todos são iguais perante a lei, indistintamente.

O emprego deste princípio no processo eletrônico implantado pela lei 11.419/06 significa a extensão do benefício a todos os jurisdicionados. É necessário que o sistema do

processo eletrônico permita o acesso pleno a todos que necessitam deste tipo de serviço, para respeitar o princípio da igualdade.

O processo tradicional e o eletrônico devem coexistir neste momento transição, para que as pessoas possam capacitar-se ao uso dessa nova tecnologia. O sucesso na implantação do Processo Judicial Eletrônico dependerá de políticas públicas de inclusão digital.

O Governo Federal possui políticas de inclusão digital para que a população tenha acesso à tecnologia e usufrua dos seus benefícios. Conforme destaca Andrade (2008, s.p), a partir de uma série de programas, projetos e medidas para promover a inclusão digital, o Governo pretende reduzir a exclusão digital, como por exemplo:

a) Programa Computador para Todos – redução de impostos sobre microcomputadores para permitir sua aquisição pela Classe C.
b) Projeto Computadores para Inclusão – recuperação de computadores e periféricos descartados pelo governo e iniciativa privada para aproveitamento em telecentros, escolas e bibliotecas.
c) Acordo com as operadoras de telefonia fixa – troca de postos de serviço telefônico pela ampliação da estrutura de acesso em banda larga.
d) Programa Banda Larga nas Escolas – acesso à internet por banda larga para todos os alunos das escolas públicas do ensino fundamental e médio situadas na área urbana.

Por outro lado, o fato da lei exigir o cadastramento dos advogados e outros profissionais perante os órgãos judiciários para praticar os atos processuais não fere o princípio da igualdade se não prejudicar aqueles que não puderem ajuizar e participar do processo por falta de recursos tecnológicos.

Junior Lima (2012, s.p.) aponta com muita propriedade que o Projeto do Novo Código de Processo Civil[1189] sugere uma nova nomenclatura para o princípio da igualdade: princípio da paridade de tratamento processual, defendendo no artigo 7º, a parte processual com hipossuficiência técnica:

> Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à

[1189] Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 381. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso: em 16 set. 2012.

aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.

Para Didier Jr (2007, p. 41) o princípio da igualdade – ou isonomia – processual significa que:

> Os litigantes devem receber tratamento processual idêntico; devem estar em combate com as mesmas armas, de modo a que possam lutar em pé de igualdade. Chama-se a isso de paridade de armas: o procedimento deve proporcionar às partes as mesmas armas para a luta.

O princípio constitucional de acesso à justiça está previsto no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal que reza que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Ele também chamado de direito de ação ou da inafastabilidade do controle jurisdicional. Este princípio representa uma garantia de cidadania e de igualdade a todos os indivíduos.

A lei 11.419/06 ao regulamentar o processo eletrônico e definir, para fins legais termos como meio eletrônico, transmissão eletrônica e assinatura eletrônica, permitiu o uso de mecanismos para garantir o acesso à justiça com facilidade, eficiência e eficácia.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são garantidos pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso LV, oportunizando as partes participarem da prática de todos os atos processuais e de pleitearem uma decisão favorável aos seus interesses.

Chaves Júnior (2010, p. 32) ressalta que, no processo eletrônico a oralidade é totalmente preservada, pois as audiências podem ser certificadas por meio de arquivos eletrônicos de voz. Mas, este princípio é valorizado pela hiper-realidade[1190] que recria e simula no processo não somente dados sonoros, mas também imagéticos[1191], ricos em detalhes, que agiliza a busca da verdade real-virtual e não apenas a verdade formalizada no papel.

[1190] Hiper-realidade: conceito formulado pelo sociólogo francês Jean Baudrillard, a partir da fábula de Borges que trata dos cartógrafos do império que traçam um mapa tão detalhado que cobre exatamente o próprio território mapeado. “Hoje a abstração já não é do mapa... é a simulação de um território... uma substância. (...) O real é produzido a partir de células miniaturizadas, de matrizes e de memórias... e pode ser reproduzido um número indefinido de vezes.[...] Na verdade é um hiper real, produto de síntese irradiando modelos combinatórios num hiperespaço sem atmosfera”. Disponível em: <http://tauanaecoisasafins.blogspot.com.br/2012/04/de-onde-surgiu-essa-ideia-ora-dos.html>. Acesso: em 02 set. 2012.

[1191] Imagético: que advém da imagem.

Enquanto a oralidade se traduz no trinômio *verdade real-representação-celeridade*, o "esquema da hiper-realidade é traduzido no trinômio *verdade real-apresentação-celeridade"*, tendo como substrato a instantaneidade, em tempo real, online, on network, como explica Chaves Júnior (2010, p. 33).

Para Clementino (2011, p.161):

> O processo judicial eletrônico é corolário do princípio da oralidade, na medida em que reduz o número de documentos escritos que instruem o processo, simplifica o ritual processual e garante a perenidade da prova oral na sua integralidade, por intermédio de gravação em arquivo eletrônico de fácil armazenamento.

Além disso, o processo eletrônico garante a estável comunicação dos atos processuais com o fim de impedir o cerceamento de defesa. É pelo princípio da intermidialidade que se permite a utilização de várias mídias, para a eficiência desta comunicação: além da linguagem escrita podem ser acrescidos documentos contendo sons, imagens, filmes, dentre outros.

A Lei da informatização do processo judicial acrescentou no rol do artigo 221 do CPC, um quarto inciso, declarando ser possível a citação por meio eletrônico.

O e-mail é um método pelo qual é possível enviar, compor e receber mensagens através da Internet. Sendo assim, as citações e as intimações podem ser feitas via correio eletrônico com os cuidados e as ressalvas previstas pela lei.

A lei 11.419/06 dispõe em seu art. 6º: "Observadas as formas e as cautelas do art. 5º desta Lei, as citações, inclusive da Fazenda Pública, excetuadas as dos Direitos Processuais Criminal e Infracional, poderão ser feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando".

Nesse sentido a citação segue as mesmas regras do artigo 5º da lei 11.419/06:

> Art. 5º: As intimações serão feitas por meio eletrônico em portal próprio aos que se cadastrarem na forma do art. 2º desta Lei, dispensando-se a publicação no órgão oficial, inclusive eletrônico.
>
> § 1º: Considerar-se-á realizada a intimação no dia em que o intimando efetivar a consulta eletrônica ao teor da intimação, certificando-se nos autos a sua realização.
>
> § 2º: Na hipótese do § 1º deste artigo, nos casos em que a consulta se dê em dia não útil, a intimação será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte.

§ 3º: A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.

§ 4º: Em caráter informativo, poderá ser efetivada remessa de correspondência eletrônica, comunicando o envio da intimação e a abertura automática do prazo processual nos termos do § 3º deste artigo, aos que manifestarem interesse por esse serviço.

§ 5º: Nos casos urgentes em que a intimação feita na forma deste artigo possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada qualquer tentativa de burla ao sistema, o ato processual deverá ser realizado por outro meio que atinja a sua finalidade, conforme determinado pelo juiz.

§ 6º: As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.

O interessado (geralmente o advogado do caso) poderá solicitar informações via e-mail que avisam a situação processual, especialmente nos casos de citações e intimações, pela utilização do sistema Push.

A Lei coloca os meios tradicionais de comunicação processual para citação, como subsidiários aos eletrônicos, nos casos urgentes em que a citação eletrônica possa causar prejuízo a quaisquer das partes ou nos casos em que for evidenciada alguma tentativa de burla ao sistema, conforme determinado pelo juiz.

A lei 11.429/06 prevê o acesso dos autos por meio eletrônico na íntegra, a qualquer momento, o que significa “a ampliação das possibilidades de atuação processual, garante mais agilidade ao processo e torna o contraditório mais intenso”, como explica Baiocco (2012, s.p.) enfatizando que:

> O contraditório clássico, linear e fragmentado, ganha em intensidade, autenticidade e verossimilhança quando acrescido da instantaneidade que é marca das novas tecnologias. O meio eletrônico permite não apenas a contradição, mas verdadeira interação, isto é, participação efetiva e em paridade de condições. O princípio da interação incrementa, pois, um aspecto substancial de compromisso com a verdade, evitando assim dilações indevidas.
>
> Ao mesmo tempo em que a participação das partes é aumentada, com o que o processo ganha em traços democráticos, incrementa-se também a responsabilidade

> desses partícipes. Não basta narrar os fatos e aguardar a resposta jurisdicional. Nesse novo contexto de interação, o contraditório (possibilidade efetiva de influir na construção da decisão) e a ampla defesa (defesa técnica) serão efetivamente respeitados, uma vez que os contraditores poderão extrair do meio eletrônico todas as possibilidades de influir na formação do juízo de fato (indicação e produção de provas, além de fatos comuns e conectáveis) e no juízo de direito, neste caso não apenas indicando a norma aplicável, mas, sobretudo, estabelecendo seu conteúdo e alcance. As responsabilidades são maiores também em termos éticos. A partir desta potencialização da busca da verdade, será reduzida, em tese, a margem de alegação ou de negação de fatos facilmente verificáveis.

A lei do processo eletrônico permite anexar ao processo os mecanismos introduzidos pela tecnologia da informação, sem ofensas aos princípios fundamentais garantidores do processo como o contraditório e a ampla defesa.

O processo eletrônico liga sistemas e seus componentes como hardware, software e pessoas, para o envio online do conteúdo dos atos processuais pelos operadores do direito.

Chaves Júnior (2010, p. 34) elenca o princípio da interação como um dos princípios específicos do processo eletrônico o qual "garante, valoriza e dá um *plus* no princípio do contraditório tradicional", pois incorpora o compromisso com a verdade e com a realidade virtual:

> O contraditório hipertextual, hiper-real, intermediático, imediato e participativo acaba se tornando muito mais interação do que mera contradição. [...]. Interagir é contradizer em tempo real, com sinergia e maior grau de autenticidade.

Conforme descreve Atheniense (2010, p. 93), no processo eletrônico o princípio da ampla defesa é mais abrangente. Considerando que as relações humanas migram cada vez mais para o mundo digital, os documentos que farão parte do processo serão gerados por meio eletrônico e utilizados como meio de prova.

O princípio constitucional da publicidade assegurado no artigo 93, IX, permite a todos acompanhar os atos processuais publicamente, com a preservação do sigilo nos casos de direito de família.

O direito de acesso aos atos processuais é universal e o princípio da publicidade existe justamente para dar conhecimento de todos os atos do processo, ou seja, para permitir a visualização sem obstáculos ao processo, de forma transparente.

Com o processo eletrônico o princípio da publicidade foi ampliado permitindo a publicação integral dos atos processuais pela internet; além disso, o grande benefício trazido pela lei 11.419/06 foi a divulgação destes atos em tempo real.

Isto se torna possível, pois os sistemas de informação eletrônicos armazenam todos os passos processuais e atualizam num banco de dados[1192] que integra a gestão processual.

Mas a publicidade no processo eletrônico tem seus limites. Somente os usuários autorizados podem ter acesso a publicação na íntegra dos autos digitais disponíveis pela Internet.

O Conselho Nacional de Justiça após diversas reclamações contra tribunais que não autorizavam o acesso ao público emitiu a Resolução nº 121/2010[1193] que autoriza a consulta, por qualquer pessoa do povo, aos dados básicos do processo eletrônico, tais como, número, nome das partes e inteiro teor dos despachos e sentenças, independentemente da demonstração de interesse, ressalvando os casos de sigilo e segredo de justiça.

A resolução autoriza ainda que os advogados, mesmo sem procuração nos autos e não sendo caso de segredo de justiça, tenham acesso integral a todos os documentos e atos processuais digitais, desde que demonstrado o interesse para fins de registro.

Esta resolução do CNJ vem ao encontro da desmaterialização do processo judicial, do direito à cidadania e do princípio da publicidade.

A Justiça Federal, com base nesta resolução editou uma cartilha contendo as novas regras de consulta do processo eletrônico[1194].

Conforme consta da referida cartilha, a consulta processual normal (sem usar a senha de acesso), pode ser efetuada por qualquer pessoa, mas seu acesso será somente ao andamento processual e peças públicas (como despacho, decisão, sentença), sem a possibilidade de acesso à visualização das demais peças, da parte autora, mesmo que identificada.

[1192] Banco de Dados: são coleções de informações que se relacionam entre si. São de vital importância para empresas, e há duas décadas se tornaram a principal peça dos sistemas de informação.
São operados pelos Sistemas Gerenciadores de Bancos de Dados (SGBD), que surgiram na década de 70.

[1193] Resolução nº 121 de 5 de outubro de 2010, CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12239-resolucao-no-121-de-5-de-outubro-de-2010>. Acesso: em 13 set. 2012.

[1194] Novas regras para consulta do processo eletrônico. Justiça Federal Digital. Ano 4 – nº 128 – Jan/2011. Disponível em: <http://www.jfes.jus.br/jfDigital/2011/arq20110128165659_JF_Digital_128.pdf>. Acesso: em 13 set. 2012.

Continua a cartilha que para o advogado ou parte utilizar a consulta especial (que requer cadastro), é necessário ser um dos integrantes cadastrados no processo (autor, réu, advogado da parte, etc.) para poder ver todas as peças.

Quanto ao polêmico tema sobre o segredo de justiça relacionado com o princípio da publicidade, Theodoro Júnior (2009, p.32) assegura que:

> A regra constitucional que tolera o processo "em segredo de Justiça", ressalva que a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo prevalece enquanto não prejudicar o interesse público à informação (CF, art 93, IX). Estando em jogo interesses de ordem pública (repressão penal, risco para a saúde pública, dano ao Erário, ofensa à moralidade pública, perigo à segurança pública etc.), os atos processuais praticados nos moldes do "segredo de Justiça" podem ser investigados e conhecidos por outros, além das partes e advogados, por autorização do juiz.

O princípio da celeridade processual, também conhecido como princípio da brevidade está elencado no artigo 5º, inciso LXXVIII e teve sua origem na Emenda Constitucional nº 45, que assegurou a todos a duração razoável do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação.

Esta emenda e a lei do processo eletrônico, imbuídos de espírito inovador, surgiram da necessidade de aprimorar a prestação jurisdicional e visam a qualidade total do sistema judiciário brasileiro.

O processo judicial eletrônico veio fazer eco ao que Ruy Barbosa, em 1921, já criticava: “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta[1195]”.

No processo eletrônico e informatizado, as etapas consideradas “tempo de inércia” na tramitação são reduzidas, melhorando o tempo de duração do processo. Esta agilidade na tramitação caracteriza a aplicação do princípio da celeridade e da instantaneidade.

Pelo processo virtual a mediação é bastante reduzida, pois se evita os pedidos de vistas em face de estar o processo disponível todo o tempo às partes que estão conectadas. É um processo em rede (on network) e instantâneo (online).

Bedaque (2010, p. 49) orienta que:

[1195] BARBOSA. Ruy. **Oração aos Moços**. Disponível em: <http://www.espacodoaluno.com/arquivos/4546ff68de78db36d0a1e91dac5314c7.pdf>. Pag. 40. Acesso: em 16 set. 2012.

> Processo efetivo é aquele que observado o equilíbrio entre segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material. É necessário reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo.

Esta concepção de efetividade atende ao princípio da economia processual que visa concretizar o ideal de justiça rápida, barata e justa. Preconiza a eficiência obtendo o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo de esforço. Exemplos deste ideal de justiça encontram-se nas leis 9.099/95 (Juizados Especiais) e 9.079/95 (Ação monitória) e nos artigos 105 (conexão e continência) e 130 (o juiz pode indeferir provas inúteis) do Código de Processo Civil.

Com a informatização do processo surge uma nova relação econômica processual que permite uma economia de tempo, espaço e recursos econômicos na tramitação do processo.

Para dar celeridade e efetividade ao processo é necessário combater o culto exagerado às formas. No procedimento eletrônico o formalismo inviabiliza o processo. Por isso, a instrumentalidade das formas é outro princípio que está presente no processo civil moderno, uma vez que é instrumento viabilizador da ordem jurídica e forte aliado na busca pelo acesso à justiça.

Para Clementino (2011, p.167):

> A utilização do Processo Virtual amplia a efetividade do princípio da instrumentalidade das formas, haja vista que toda e qualquer forma de melhoria na condução da via processual vem ao encontro do objetivo maior do processo que é estabelecer a melhor forma de buscar a solução da lide dentro de um espaço de tempo razoável.

O princípio da boa-fé processual exige lealdade e comportamento ético das partes. É um dos princípios mais importantes do processo civil moderno e, portanto, todo comportamento processual precisa ser examinado à luz do princípio da boa-fé.

Zat (2012, s.p) relata que:

> No processo eletrônico os documentos são digitalizados, enviados e assinados eletronicamente, baseados na confiança e boa-fé, das partes, advogados e juiz. Os

> documentos somente serão conferidos caso solicitado pelo juiz ou suscitada falsidade por uma das partes. Caso contrário nada será material, tudo o que será analisado serão arquivos e documentos que tende a serem cópias fiéis das originais. Dessa forma o princípio da boa-fé é muito aplicado ao processo eletrônico.

O princípio da universalidade é explicado por Botelho (2007, s.p) como um princípio especial do processo eletrônico, trazido pela lei 11.419/06:

> O processo eletrônico constitui gênero cuja disciplina se torna multi-interferente, isto é: *a lei promove sua aplicação a toda a irrestrita generalidade de graus jurisdicionais e à ampla possibilidade processual-judicial brasileira (cível, penal, trabalhista, infracional de incapazes, e juizados especiais).* Promove, nisso, isonomia do tratamento processual inovador, que não poderá ser diferenciado quanto à forma de sua aplicação. Assim, são espécies de processo eletrônico – ou serão afetados universalmente por este gênero: o processo civil, o processo penal, o processo trabalhista, o processo infracional de incapazes, o processo dos juizados especiais cíveis e criminais, todos os respectivos incidentes e recursos.

Portanto, a lei 11.419/06 é inovadora quando permite o tratamento processual igualitário, porque o processo eletrônico é universal em relação à realização dos atos processuais abrangendo todas as esferas processuais do direito brasileiro.

Os ritos processuais específicos não foram revogados pela lei do processo eletrônico, mas modificados por ela, preservando-os quando não os trata.

Outro princípio especial do processo eletrônico é o da ubiquidade judiciária, também explicado por Botelho (2007, s.p.):

> Na medida em que a base física do processo judicial sofre alteração pela lei nova, fazendo com que os sistemas eletrônicos – a nova base processual – passe a ser adotada como matriz da prestação jurisdicional, permite-se o acionamento judiciário a partir de qualquer ponto geográfico do planeta onde disponível acesso remoto-eletrônico (por partes, para consulta, e por atores da prestação devida, para trabalho e atuação técnicos). O acesso para consulta e trabalho poderá ser feito a qualquer momento do dia ou da noite (limitado apenas o horário do peticionamento eletrônico). As redes computacionais e telemáticas não exigem consultas *in loco*, em

> modo convencional (físico-espacial), o que faz com que se rompa, pela lei nova e respectiva implantação do processo eletrônico, a convenção espacial-temporal clássica da justiça. Os processos poderão ser produzidos – processados, formados, gravados / armazenados, e consultados – a partir de qualquer conexão remota (de que se utilizem os legalmente legitimados à atuação).

O processo eletrônico adquire um perfil ubíquo pelo fato de estar acessível em qualquer local, a qualquer momento, pois a internet é globalizada. Com a lei 11.419/06 a convenção espaço-temporal clássica de justiça é rompida.

Conforme descreve Botelho (2007, s.p), a justiça eletrônica serve a todos, independente de local, em tempo real, através do acesso eletrônico seguro e permite que o serviço público da justiça se torne uma realidade ubíqua, ou presente, virtualmente, em toda a jurisdição, desde que não seja um processo que tramite em segredo de justiça.

O processo eletrônico é um processo que funciona em rede, conectado sob o ponto de vista tecnológico e social. É um processo de conexão qualificada, reticular[1196], entre sistemas, máquinas e pessoas, conforme relata Chaves Júnior (2010, p. 27).

Todo ambiente informatizado do Poder Judiciário é protegido por firewall - o nome dado aos dispositivos de uma rede de computadores com o objetivo de dar segurança ao tráfego de dados e regular a transmissão para proibir ou impedir acessos nocivos ou não autorizados (hackers) de uma rede para outra - e por programas de antivírus.

Pelo princípio da uniformidade Botelho (2007, s.p.) informa que a eletrônica é a única forma adotada pelo processo eletrônico, pois "torna homogênea a tramitação e formação dos atos processuais e absorvendo em sua estrutura, o clássico princípio documentativo do processo judicial brasileiro", e acrescenta ainda:

> A forma eletrônica afeta, substancialmente, as tradicionais necessidades de conversão de formas, do processo em papel, permitindo que uma única forma – a eletrônica – seja adotada tanto para a formação dos atos processuais, desde a origem, em que gerado o fato, quanto para o destino, em que gerada a sua apreciação judicial. É a própria desmaterialização dos autos.

A forma adotada pelo processo virtual é apenas a eletrônica em substituição ao papel antes utilizado para sua formação. As audiências eletrônicas dispensam as transcrições que

[1196] Reticular: não linear.

geram lentidão ao trâmite processual e o temor de não representarem fielmente o que se quis de fato expressar.

Portanto, o formato do processo eletrônico será unificado para todos os atos que o integram. Deve existir uma compatibilidade entre a tecnologia empregada e a forma eletrônica, sendo necessária, para isto, a conversão dos dados para o uso correto, sem distorções pelo sistema.

O princípio da formalidade automatizada também é explicado pelas palavras de Botelho (2007, s.p):

> O processo eletrônico se forma – seus atos se formam – a partir de um pré-definido *workflow* (seqüência de passos necessários para que se possa atingir a automação de processos de um negócio). Esse fluxo de trabalho automatizado significa que certas funcionalidades do sistema serão pré-estabelecidas, **segundo ritos e especificidades previstos em lei e não alterados pela Lei 11.419/2006**, portanto, ainda regidos pelas respectivas normas processuais de origem. Desse modo, a forma de processamento será eletrônica, mas o seu fluxo equivalerá a etapas do rito processual previsto na lei respectiva – o rito é que será automatizado (isto é, serão formadas etapas processuais na medida em que ocorrerem, mas segundo diretriz traçada previamente pelo gestor do sistema eletrônico, e não mais pela atuação manual, episódica, de escreventes e escrivães, partes, procuradores, magistrados, e promotores de justiça). Assim, ao definir o fluxo correspondente ao rito, o gestor do sistema deverá preservar os atos preponderantes que o definem a luz estrita da lei aplicável à modalidade processual, mas algumas formalidades, convencionadas e intrínsecas ao processo em papel, serão naturalmente eliminadas, pela absoluta, lógica e razoável desnecessidade de que passam a padecer, ou, formalmente, pelo *deficit* de amparo legal que a *ab-rogação tácita* provoca (*significa*: quando uma nova lei introduz preceitos novos e incompatíveis com a lei anterior sem, no entanto, a revogar explicitamente – no caso abordado, pela Lei 11.419/2006). Exemplos: a numeração de peças do processo perde totalmente o sentido em um sistema eletrônico, cuja ordenação passa a ser feita pelo software gerenciador das “juntadas” eletrônicas, o qual, bloqueado na origem – pela definição do fluxo de trabalho e, principalmente, pelo emprego da criptografia de assinatura digital - não necessita de segurança numérica formal.

Condicionados ao workflow e desafiados pela imaterialidade, os atores do processo tendem a ser proativos e vão moldando uma concepção mais construtivista e democrática do processo, segundo Chaves Júnior (2010, p. 27).

A Lei nº 11.419/2006 não alterou os ritos processuais que permanecem regidos pelas respectivas normas de origem, apenas o meio de processamento é diferente do tradicional.

O processo eletrônico traz com ele também o princípio da desterritorialização. O Sistema BACENJUD é uma prova vigente disto, pois com ele o juiz determina a apreensão judicial de recursos financeiros contidos em contas bancárias, de poupanças e aplicações financeiras em todo território nacional, com o bloqueio dos valores ali encontrados, sem a necessidade da expedição de carta precatória.

Isto para Chaves Júnior (2010, p. 37) significa a fluência da efetividade dos direitos, que não pode mais ser contida pelas limitações materiais do espaço físico. A *longa manus* do juiz, desmaterializada e conectada pelo processo eletrônico torna-se mais intensa.

Segundo Dondoerfer (2012, s.p.), outro princípio do processo eletrônico é o princípio da obrigatoriedade do direito, o qual compõe a segurança jurídica e, portanto, o processo para ser útil à sociedade deve proporcionar segurança jurídica, desenvolver-se amparado de mecanismos de segurança que garantam a sua integridade, assim exalando confiabilidade.

No processo eletrônico, os atos processuais deverão obedecer a critérios de autenticidade, segurança e integridade, “sob pena de verem-se adulterados os atos já praticados”, segundo Batistella (s.d., s.p.).

Souza (2009, s.p) explica que:

> A autenticidade do documento representa a certeza de que o objeto provém das fontes informadas e que não sofreu alterações ao longo do processo. A integridade refere-se à confiabilidade dos documentos, da disposição correta e em formato compatível com as informações apresentadas. A segurança é a proteção contra o acesso não autorizado.

A segurança jurídica no processo eletrônico para Dondoerfer (2012, s.p.) significa a segurança material do mesmo. Argumenta o autor que só haverá segurança jurídica no processo cujo procedimento for seguro, com acesso a sites protegidos, que permita determinar

com precisão a origem de cada acesso eletrônico, bem como a manutenção de cópias seguras por meio de backups.[1197]

Dondoerfer (2012, s.p) alega, ainda, que o sistema do processo eletrônico proporciona segurança jurídica, uma vez que observa os princípios da celeridade, da economia processual, da boa-fé, e outros; aplica soluções mais efetivas e mais rápidas; e protege o envio e o conteúdo das informações processuais, evitando malefícios às partes, acrescentando que a segurança jurídica:

> É um princípio muito importante para o processo eletrônico. Contudo, esta segurança é relativa, pois esbarra no problema de como o sistema e o processo são montados para possibilitar a utilização das ferramentas disponíveis para determinados fins. Assim, a utilização de serviços eletrônicos necessita de alto padrão de tecnologia e a interface com diversas ciências faz-se necessária, para garantir ao indivíduo usuário a segurança indispensável para a sua proteção.

É possível, a partir do estudo dos princípios constitucionais e processuais do processo eletrônico, comparar seus preceitos e verificar os benefícios que a informática proporciona ao mundo jurídico analisando o quadro elaborado a seguir:

QUADRO 1 – Princípios constitucionais e processuais do processo eletrônico.

Princípios	**Constituição Federal / Leis**	**Nova Abordagem após lei 11.419/06**
Devido Processo Legal	Artigo 5º, LIV: garante um processo justo conforme parâmetros fixados pela CF e pelas leis.	✓ Comunicação dos atos processuais com nova roupagem; ✓ Prática processual via eletrônica.
Igualdade	Artigo 5º, caput: todos são iguais perante a lei.	✓ Extensão do benefício a todos os jurisdicionados.
Acesso à Justiça	Artigo 5º, XXXV: garante o acesso ao judiciário e o exercício da cidadania.	✓ Definição de meio eletrônico, transmissão eletrônica e assinatura eletrônica;

[1197] Backup: termo em inglês que significa cópia de segurança. É utilizado em informática para indicar a existência de cópia de um ou mais arquivos guardados em diferentes dispositivos de armazenamento. Se, por qualquer motivo, houver perda dos arquivos originais, a cópia de segurança armazenada pode ser restaurada para repor os dados perdidos.

		✓ Mecanismos para alcançar eficiência, eficácia e garantia do acesso à justiça.
Contraditório e Ampla Defesa	Artigo 5º, LV: garante às partes participarem de todos os atos processuais.	✓ Garante todas as formas de comunicação eficiente e estável dos atos processuais; princípio da intermidialidade e da hiper-realidade. ✓ Acesso dos autos na íntegra; ✓ Documentos eletrônicos como meio de prova. ✓ Princípio da interação.
Publicidade	Artigo 93, IX: permite o acompanhamento do processo com transparência.	✓ Disponibilidade integral do processo na Internet; ✓ Divulgação dos atos em tempo real.
Celeridade processual	Artigo 5º LXXVIII: garante a duração razoável do processo.	✓ Redução do tempo de inércia na tramitação. ✓ Princípio da instantaneidade.
Economia processual	Art. 105, CPC; art. 130, CPC; lei 9.099/95; lei 9.079/95: buscam atingir o ideal de justiça rápida, barata e justa.	✓ Nova relação econômica processual: economia de tempo, espaço e recursos econômicos na tramitação; ✓ Melhor aproveitamento do fator humano.
Instrumentalidade das formas	Arts. 154, 244 e 249, § 2º, CPC: princípio das liberdades das formas.	✓ Melhor forma de buscar solução da lide dentro de um espaço de tempo razoável.
Boa-fé	Art. 187, CC: impõe comportamento leal, ético das partes.	✓ Documentos são digitalizados, enviados e assinados eletronicamente, baseados na confiança e boa-fé, das partes, advogados e juiz.
Universalidade		✓ Abrange todas as esferas

		processuais do direito brasileiro.
Ubiquidade Judiciária		✓ Acessível em qualquer local, a qualquer momento, em tempo real; ✓ Rompe a convenção espaço X temporal clássica. ✓ Princípio da conexão.
Uniformidade		✓ Forma única (eletrônica) compatível. ✓ Princípio da imaterialidade.
Formalidade automatizada		✓ Funcionalidades pré-estabelecidas, automatizadas que obedecem a ritos previstos em lei.
Desterritorialidade		✓ Desmaterialização de foro e circunscrição judicial; ✓ Efetividade dos direitos.
Obrigatoriedade		✓ Segurança jurídica: procedimento seguro.

Os princípios processuais devem sempre ser considerados como meios para a obtenção de uma justiça rápida e eficiente, segundo Bedaque (2001, p.50).

Bedaque (2001, p. 51) observa ainda que:

> Nesta visão do direito processual em que a preocupação fundamental é com os resultados a serem eficazmente produzidos no plano material, assume enorme importância o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também denominado de princípio da elasticidade processual.

Para Dinamarco (2000, p. 309), o princípio da adaptabilidade do processo consiste na procura do procedimento mais capaz de conduzir ao provimento jurisdicional desejado, de modo eficiente e econômico e tão rapidamente quanto possível.

Por certo alguns princípios deverão se adequar ao sistema do processo digital, sem perder de vista que tais princípios devem estar intimamente, conectados aos princípios do devido processo legal e da garantia de acesso à justiça.

Ao analisar as possibilidades da aplicação do processo judicial eletrônico diante dos princípios constitucionais e infraconstitucionais, verifica-se que ele alcança com louvor o fim a que se propõe: aperfeiçoar as formas de participação dos sujeitos processuais para que os escopos jurisdicionais sejam plenamente atingidos tornando o processo mais célere, seguro, econômico, transparente e confiável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conservadorismo do Poder Judiciário se deve, muitas vezes, ao princípio da inércia da jurisdição, pois, para a prestação da atividade jurisdicional ele aguarda ser provocado. Mas, também, o Judiciário está sujeito ao princípio da eficiência ao prestar um serviço essencial, devendo, portanto, se instrumentalizar com as melhores ferramentas.

O processo eletrônico permite que o Poder Judiciário preste um serviço correto, rápido e eficiente e ofereça um tratamento digno para quem precisar buscá-lo para resolver seus conflitos, embora a relação dos usuários com a tecnologia ainda seja tímida e conflituosa.

Mas a Tecnologia da Informação, por fazer parte de um sistema flexível e aberto, pode se alinhar com as pessoas que a utilizam, conforme suas necessidades, limitações e emoções. Ela pode se humanizar ao ser mudada, adaptada, reformulada pelos usuários para ajustes e melhorias de todo o sistema.

A expectativa do legislador ao criar a lei 11.419/06 e da sociedade é que todos os órgãos do Poder Judiciário possam utilizar sistemas informatizados, aptos a alcançar os escopos do processo e suportar a execução de todas as atividades processuais por meio eletrônico e que sejam dotados de: capacidade para realizar eletronicamente o envio e recebimento de mensagens; proteção da autenticidade e integridade dos textos recebidos; segurança no armazenamento e recuperação dos dados; segurança no credenciamento de todos os usuários do sistema.

A tramitação célere do processo que a informatização processual traz, obedecendo a constituição federal, é uma grande vantagem que pode se dissipar se não forem observados os princípios do contraditório e da ampla defesa em conjunto com o devido processo legal.

A tecnologia da informação possibilita aos usuários do processo eletrônico uma forma mais transparente e vantajosa para chegar à solução de conflitos. Além disso, a informatização do processo melhora a imagem do Poder Judiciário e, especialmente, auxilia na consecução do escopo maior que é o atendimento cada vez melhor do cidadão.

Este artigo demonstra enfim, que o processo eletrônico é garantidor dos princípios constitucionais e infraconstitucionais que comparecem, expressa ou implicitamente no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André. **Acesso aos Serviços de E-GOV da Justiça Brasileira**. Disponível em: <http://dgroups.org/file2.axd/4aca6c06-9c4a-45eb-9e6c-824e3991ee81/Acesso%20aos%20servicos%20de%20e-gov.doc>. Acesso: em 28 abr. 2012.

ATHENIENSE, Alexandre. **Comentários à Lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos Tribunais Brasileiros.** Curitiba: Juruá, 2010.

BAIOCCO, Elton. **Processo Eletrônico: novas perspectivas de processo justo**. 1/6/2012. In: Jornal de Londrina. Disponível em: <http://www.jornaldelondrina.com.br/online/conteudo.phtml?id=1260563>. Acesso: em 2 set. 2012.

BATISTELLA, Sérgio Renato. **O princípio da instrumentalidade das formas e a informatização do processo judicial no Brasil.** Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Batistella.pdf. Acesso: em 19 ago. 2012.

BEDAQUE. José Roberto dos Santos. **Direito e Processo. A Influência do Direito Material sobre o Processo.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Efetividade do Processo e Técnica Processual.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOTELHO, Fernando Neto. **O Processo eletrônico escrutinado - Parte VIII**. 6/11/2007. Disponível em: <http://www.aliceramos.com/view.asp?materia=1336>. Acesso: em 28 abr. 2012.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Comentários à lei do processo eletrônico.** São Paulo: LTr, 2010.

CLEMENTINO, Edilberto Barbosa. Processo Judicial Eletrônico. 1 ed. (2007), 1ª reimpressão (2011). Curitiba: Juruá, 2011.

DIDIER JR., Fredie. **Direito Processual Civil.** Volume I, 8 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2007, p.41.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 7 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **A Instrumentalidade do Processo.** 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DONDOERFER, Crystian Josué. **Princípio da Segurança Jurídica conjugado com o processo eletrônico.** 14/2/2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-seguran%C3%A7-jur%C3%ADdica-conjugado-com-o-processo-eletr%C3%B4nico>. Acesso: em 28 abr. 2012.

LIMA, Junior Gonçalves. **Processo Judicial Eletrônico: uma análise principiológica.** Jus Navegandi, Teresina, ano 17, n. 3263, 7 jun.2012. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/21933/processo-judicial-eletronico-uma-analise-principiologica/3>. Acesso: em 16 set. 2012.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 2 ed. São Paulo: Martins, 1960, p.127.

SOUZA, Walber Santos de. **O Processo Judicial Eletrônico e sua Adequação aos Princípios do direito Processual Civil: estudo de caso no 4º Juizado Especial Cível de Goiânia.** Publicado em 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/handle/2011/35534>. Acesso: em 16 set. 2012.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 50 ed., vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ZAT, Ferdinando. **Princípio da Boa Fé no Processo Eletrônico**. 20/2/2012. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/princ%25C3%25ADpio-da-boa-f%25C3%25A9-no-processo-eletr%25C3%25B4nico. Acesso: em 15 out. 2012.

DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE EM TEMPOS DE INTERNET

Matheus Arcangelo FEDATO[1198]

Stéfanin Santos CIRELLI[1199]

RESUMO

O presente trabalho aborda o direito fundamental à privacidade e os desafios por ele enfrentados nos tempos atuais com a intensificação do uso da internet, por meio de um olhar crítico para a importância de preservação desse direito. Dentro da problemática apresentada observa-se em acontecimentos recentes que essa garantia vem sendo cada vez mais violada por pessoas que buscam promover-se ou ganhar benefícios ilicitamente usando a privacidade alheia como meio. Há também o debate sobre a existência de conflito entre o direito fundamental à liberdade de informação e o direito à privacidade, assim como a problemática da territorialidade e a questionabilidade da invasão da privacidade por parte do Estado. Objetiva-se, mediante este artigo, a exposição dos desafios enfrentados pelo Direito e a necessidade de encontrar formas eficazes para acompanhar os avanços tecnológicos e garantir a vida privada do indivíduo. Para atingir o objetivo do estudo, foi utilizado o método hipotético – dedutivo, além de meios de pesquisa documental, eletrônico e bibliográficos.

PALAVRAS - CHAVE: Direito à Privacidade. Invasão. Internet. Desafios.

ABSTRACT

This paper addresses the fundamental right to privacy and the challenges that it faced nowadays with the increased use of the internet, through a critical look at the importance of preserving this right. Inside the issue presented notes on recent events that security is being increasingly violated by people seeking to promote themselves or gain benefits illegally using another's privacy as a means. There is also debate about the existence of conflict between the fundamental right to freedom of information and privacy rights, as well as the issue of territoriality and questionableness invasion of privacy by the state. Objective is, through this article, the exposure of the challenges faced by the law and the need to find effective ways to keep up with technological advances and ensure the privacy of the individual. To achieve the objective of the study, we used the hypothetical - deductive, and means of bibliographic, electronic and documentary research.

[1198] Graduando do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Vinculado à Fundação Araucária como bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da própria UENP sob a orientação do Professor Mestre Luiz Fernando Kazmierczak.

[1199] Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

KEYWORDS: Right to Privacy. Invasion. Internet. Challenges.

INTRODUÇÃO

O tema proposto neste trabalho é atual e suscita inúmeras controvérsias, pois trata da perda e da necessidade de preservação do direito à privacidade em face das novas tecnologias, principalmente o avanço da internet.

A privacidade encontra-se em situação de risco, pois com a enorme agilidade e conectividade de informações distribuídas em rede e a acessibilidade presente nesse meio, a faculdade de expor somente aquilo que convém está se perdendo e dados confidenciais têm se tornado objeto de furto e exposição para fins ilícitos.

O direito à privacidade hoje se constitui em uma garantia fundamental extremamente importante estabelecida pela Constituição Federal Brasileira, uma vez que, o uso da rede mundial de computadores tem se multiplicado, gerando uma maior facilidade no acesso a dados pessoais pertencentes a terceiros e, consequentemente, aumentando o índice de crimes relacionados à invasão de privacidade, o que gera a necessidade de uma efetiva presença, não só da Lei Maior, como também do ordenamento jurídico como um todo, na eliminação destes delitos.

Um problema atual, que é a invasão da privacidade por parte do Estado, é também relatado ao longo do texto, mencionando seus meios para tal ação e justificativa de provimento de segurança da população, o que sucinta uma dúvida a respeito da flexibilização do direito à privacidade em prol de outros benefícios.

A partir destes fatos surgem as seguintes questões: Até onde um ordenamento jurídico tem validade? Onde acaba seu poder de atuação? Pode a Carta Marga conter normas destituídas de eficácia? As atitudes de invasão da privacidade, por parte do Estado, em troca de segurança são plausíveis? Busca-se ao longo do texto discutir estes assuntos e encontrar respostas primordiais.

Para a evolução deste artigo, o método utilizado foi o hipotético – dedutivo, além de pesquisas por meio de documentos, livros e endereços eletrônicos.

O trabalho se encontra estruturado em dois tópicos. O primeiro trata da fundamentação do direito à privacidade, sua conceituação e eficácia, no ambiente real e digital, com foco no último. No segundo são abordados alguns desafios postos a este direito, a sua não preservação por parte do Estado e a problemática da territorialidade em relação aos crimes cometidos em meio eletrônico. Ao final, estão apresentadas conclusões a respeito da

grandiosidade da discussão sobre o tema, fazendo-se um alerta para a imprescindibilidade de uma revisão mais atenta por parte dos operadores do Direito.

O presente trabalho tem por objetivo salientar o aumento dos casos de conflito em relação ao direito à privacidade presentes no ambiente virtual e a necessidade de uma postura efetiva do Direito no acompanhamento das novas tecnologias para que, assim, possa dirimir de forma eficaz todos os atos ilícitos presentes nesse meio.

Ressalta-se que o recorte epistemológico amplo assumido no presente trabalho visa tão somente fornecer subsídios à compreensão geral do tema proposto, envolvendo situações emblemáticas, de maneira que as diversas questões suscitadas merecem detida análise em estudo específico.

1 FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À PRIVACIDADE

O conceito do vocábulo privacidade no dicionário de Língua Portuguesa é notavelmente simples: "Vida privada; intimidade" [1200]; porém no sentido real este termo pode possuir inúmeros significados, uma vez que, o desenvolvimento da sociedade faz transformar, a cada dia, o que é ou não considerado privado.

Segundo José Serpa, a privacidade é algo mais complexo em relação ao que está descrito no dicionário e pode ser entendida como:

> Um modo específico de vivência pessoal, isolada, numa esfera reservada, consoante escolha espontânea do interessado, primacialmente dentro do grupo familiar efetivo, ou com maior insulamento, mas sempre sem uma notória forma de participação de terceiros, seja pelo resguardo contra a ingerência ou molestamento malevo alheio, seja pela utilização da faculdade que se lhe é atribuída para razoável exclusão do conhecimento público, de dados, ações, ideias e emoções que lhe são peculiares.[1201]

A fim de assegurar ao indivíduo esse poder de determinar o que de si é público e o que é privativo, a Constituição Federal brasileira instituiu como fundamental e inviolável o direito à privacidade, com garantia de indenização em face do descumprimento de tal preceito. Assim dispõe em seu artigo 5º, X: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a

[1200] WEISZFLOG, Walter. **Michaelis**: Moderno dicionário da língua portuguesa. 1. Ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.
[1201] SANTA MARIA, José Serpa de. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. Campinas: Julex, 1987. p. 55.

honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;".

A partir desta garantia constitucional, doutrinadores fornecem conceitos distintos de direito à privacidade, conforme o que cada um considera como imprescindível para o bem estar do indivíduo. Assim, o jurista Celso Ribeiro Bastos determina este direito como

> A faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. [1202]

Túlio Vianna, professor de Direito da UFMG, conceitua de modo distinto, afirmando que o direito à privacidade é composto por uma tríade de direitos: (i) o direito de não ser monitorado, não ser visto ou ouvido; (ii) o direito de não ser registrado: ter conversas ou imagens gravadas; e (iii) o direito de não ser reconhecido. [1203]

Com a pluralidade de significados existentes em razão do direito à privacidade, o presente trabalho está fundamentado na conceituação dada por Celso Ribeiro Bastos que se refere à faculdade do indivíduo de interditar aquilo que pertence à sua vida privada, bem como a de seus familiares, preservando a honra e a imagem de cada um.

1.1 O direito à privacidade na legislação brasileira

A inviolabilidade do direito à privacidade e o dever de indenização quando este for desrespeitado estão prescritos de forma abrangente e exata na Carta Magna, conforme exposto anteriormente. Conjuntamente, diferentes abordagens dessa garantia podem ser encontradas em todo o restante do ordenamento jurídico brasileiro, cada qual com especificações enquadradas em lei correspondente.

O Código Penal dispõe o direito à privacidade em seu sexto capítulo sobre os crimes contra a liberdade individual, abordando as garantias de liberdade pessoal e inviolabilidade de domicílio, de correspondência e dos segredos, com devidas previsões de sanção em caso de violação de cada um desses direitos.

[1202] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 55-56.
[1203] VIANNA, Túlio. **Transparência pública, opacidade privada**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Igualmente, o Código Civil trata da privacidade em seu segundo capítulo a respeito dos direitos da personalidade, os quais podem ser definidos por Elsita Collor Elesbão:

> São da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros. [1204]

Referido capítulo, além de fornecer as garantias inerentes ao homem e às suas relações no meio social, também prescreve a inviolabilidade da vida privada da pessoa natural, conforme expõe o artigo 21: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma;".

No âmbito das legislações especiais existem inúmeras leis que também abordam assuntos relacionados ao direito à privacidade. Como exemplos, podem ser destacadas as leis nº 7.232 de 29 de outubro de 1984; nº 9.784 de 29 de janeiro 1999; e nº 12.737 de 30 de novembro de 2012.

A primeira dispõe sobre a Política Nacional de Informática e fornece providências para situações incompatíveis à sua prescrição. A privacidade, nesta regulamentação, é um dos princípios garantidos em benefício da capacitação nacional nas atividades de informática, conforme expõem os incisos VIII e IX de seu artigo 2°:

> Art. 2º: A Política Nacional de Informática tem por objetivo a capacitação nacional nas atividades de informática, em proveito do desenvolvimento social, cultural, político, tecnológico e econômico da sociedade brasileira, atendidos os seguintes princípios:
> [...]
> VIII - estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e técnicos para a proteção do sigilo dos dados armazenados, processados e veiculados, do interesse da privacidade e de segurança das pessoas físicas e jurídicas, privadas e públicas;

[1204] ELESBÃO, Elsita Collor. Os direitos da personalidade no novo Código Civil brasileiro. In: **Pessoa, gênero e família.** Adriana Mendes Oliveira de Castro *et al*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 09-34.

> IX - estabelecimento de mecanismos e instrumentos para assegurar a todo cidadão o direito ao acesso e à retificação de informações sobre ele existentes em bases de dados públicas ou privadas.

A segunda regula o procedimento administrativo na esfera da Administração Pública Federal direta ou indiretamente, visando, especialmente, preservar os direitos dos administrados e a melhor execução dos fins da Administração. A privacidade é tutelada em seu artigo 46 referente aos direitos das partes no processo:

> Art. 46. Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

A terceira, e mais relevante ao tema abordado por este trabalho, conhecida como "Lei Carolina Dieckmann", dispõe sobre a tipificação criminal dos delitos informáticos e fornece providências pertinentes a este. Fora aprovada com o intuito de garantir, de forma mais específica, a segurança informática, definida nos padrões internacionais (ISO/IEC 27002:2005) como: "proteção de um conjunto de dados, no sentido de preservar o valor que possuem para um indivíduo ou uma organização". [1205] Referido conceito é reforçado por meio da presença de uma tríade de atributos básicos em sua composição:

> Confidencialidade - propriedade que limita o acesso à informação tão somente às entidades legítimas, ou seja, àquelas autorizadas pelo proprietário da informação.
> Integridade - propriedade que garante que a informação manipulada mantenha todas as características originais estabelecidas pelo proprietário da informação, incluindo controle de mudanças e garantia do seu ciclo de vida (nascimento, manutenção e destruição).

[1205] ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO/IEC 27002:2005**: Tecnologia da informação – Técnicas de segurança – Código de prática para a gestão da segurança da informação.

> Disponibilidade - propriedade que garante que a informação esteja sempre disponível para o uso legítimo, ou seja, por aqueles usuários autorizados pelo proprietário da informação. [1206]

Pode-se concluir, então, que leis regulamentadas em prol do direito à privacidade estão distribuídas em todo o Direito brasileiro, porém há uma ordem a ser seguida no momento da interpretação do caso concreto a ser orientado, conforme descreve Celso Ribeiro Bastos:

> O intérprete ao realizar a sua função deve sempre iniciá-la pelos princípios constitucionais, é dizer, deve-se partir do princípio maior que rege a matéria em questão, voltando-se em seguida para o mais genérico, depois o mais específico, até encontrar-se a regra concreta que vai orientar a espécie. [1207]

Assim, primeiramente, deve-se buscar pelo princípio da inviolabilidade do direito fundamental à privacidade contido na Lei Maior e, posteriormente, examinar as demais regulamentações até obter a mais específica em relação ao caso de violação a ser esclarecido.

1.2 Privacidade Digital

A privacidade no meio digital é considerada um assunto fundamental em relação à aplicação legal das recentes tecnologias e se refere a possibilidade de uma pessoa fazer uso de redes de acesso, como exemplo a internet, e conservar em sigilo suas informações profissionais, bancárias e pessoais. [1208]

Além do indíviduo em particular, há também toda a parcela organizacional da sociedade, englobando empresas, indústrias e instituições públicas e privadas que fazem uso de inúmeros dados confidenciais expostos em rede, tanto de seus colaboradores, quanto de clientes, ou até mesmo da administração, os quais caracterizam exemplos de informações profissionais que, com a ocorrência de invasões, viriam a sofrer sérios prejuízos, dificilmente sanáveis.

[1206] Idem. Ibidem.

[1207] Id. **As modernas formas de interpretação constitucional.** Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24: 45-50, jul./set. 1998. p. 45.

[1208] REBOUÇAS, Fernando. **Privacidade digital.** Disponível em: <http://www.infoescola.com/internet/privacidade-digital/> Acesso em: 15 jul. 2013.

Informações bancárias, uma vez invadidas, podem prejudicar investimentos de longa data, desencadear fraudes no sistema bancário e, consequentemente, lesar o cliente provisoriamente, pois a instituição financeira, que sofre a lesão permanente, tem o dever de o ressarcir e ainda prover um ambiente virtual livre de vírus, invasores e coletores de dados.

No âmbito das informações pessoais, podem ser citados os e-mails e contas em redes sociais, ambos utilizados diariamente em todo o mundo e caracterizadores do maior índice de crimes virtuais, com lesões, na maioria das vezes, irreversíveis ao indivíduo, que vê sua privacidade invadida, sem garantia total de ressarcimento, visto que, embora venha a receber alguma indenização por dano moral, sua imagem e honra estarão permanentemente denegridos perante a sociedade.

1.3 Eficácia e aplicabilidade do direito à privacidade digital

No ambiente virtual não há barreiras, tudo está exposto mundialmente e a sociedade encontra-se intrinsecamente ligada a esse modo de se comunicar, estudar, tomar conhecimento dos acontecimentos ao redor de todo o planeta, acessar dados bancários, buscar informações diversas, criar e manter relações pessoais, enfim, realizar a maioria de suas ações cotidianas que poderiam ser executadas por meio de outros recursos, porém, devido a agilidade e modernidade deste, grande parte da sociedade é atraída.

Desse modo, o direito de manter a proteção da vida privada ultrapassa o ambiente real, estendendo-se ao meio digital, este, entretanto, com uma dificuldade extremamente maior em efetivar todas as garantias intrínsecas ao homem e suas relações, uma vez que as divergências geradas neste âmbito caracterizam grandes desafios para o Direito que nem sempre possui meios específicos para acompanhar os avanços tecnológicos e dirimir os conflitos, o que põe em risco, então, a efetividade e a aplicabilidade do bem jurídico tutelado.

A evolução das tecnologias em relação à internet, gera inúmeros benefícios para a sociedade, como a facilidade de comunicação e o acesso rápido à informações mundiais, todavia, os riscos para a segurança multiplicam-se, pois, com isso, os dados individuais tornam-se facilmente acessíveis e disseminâveis o que gera a perda da privacidade e o aumento dos furtos de dados pessoais e a utilização destes para fins ilícitos.

Com a grande ocorrência e diversidade dos crimes ocorridos na internet, o Direito vem encontrando dificuldades em proteger as garantias prescritas e, dependendo da complexidade de cada caso concreto, faltam, ainda, modos definitivamente eficazes e capazes de fazer justiça e impedir que a privacidade seja perdida de vez nesse meio digital.

Conforme assevera Vladimir Brega Filho: “Não podemos admitir que na Constituição existam normas destituídas de eficácia. Retirar-se a eficácia de normais constitucionais é fraudar a Contituição, é violar a vontade do constituinte e consequentemente do povo.”. [1209] Portanto, a perda da eficácia do direito à privacidade não pode ser aceita de modo algum, pois trata-se, consoante explícito anteriormente, de uma garantia fundamental estabelecida pela Constituição Federal, a qual, pela sua extrema importância, não admite regras ineficazes.

2 DESAFIOS EM TEMPOS DE INTERNET

Além dos benefícios trazidos pela internet, também existem malefícios, e alguns dos reflexos negativos são: a) a aquisição indevida de informações pessoais, que poderão ser empregadas eventualmente para fins fraudulentos; b) a violação de privacidade; c) a comercialização das informações obtidas. [1210]

No julgado abaixo, pode-se perceber uma violação do direito à privacidade, bem como a existência do dever de ressarcir.

> APELAÇÃO CÍVEL. COLISÃO DE DIREITOS. LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIREITO À IMAGEM, PRIVACIDADE, HONRA E DIGNIDADE HUMANA. LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS À LIBERDADE DE IMPRENSA. AUSÊNCIA DE ESPONTANEIDADE PARA A CAPTAÇÃO DA IMAGEM. MANIPULAÇÃO DA IMAGEM JORNALÍSTICA. FOTO OBTIDA NO INTERIOR DO DISTRITO POLICIAL. NECESSIDADE DE ANUÊNCIA DO DETENTOR DO DIREITO PERSONALÍSSIMO. ATO ILÍCITO. DANO MORAL, A TEOR DOS ARTS. 186, 927 DO CC. DIVULGAÇÃO, SEM EXCESSOS, DE FATO JORNALÍSTICO APURADO PELA POLÍCIA. DIREITO-DEVER DA IMPRENSA. VINCULAÇÃO DE INDIVÍDUO À PRÁTICA DE CRIME. NÃO COMPROVAÇÃO. CALÚNIA. ART. 138, CP. AUSÊNCIA DO *ANIMUS NARRANDI*. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. MANUTENÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO NA SENTENÇA A QUO. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DO ARBITRAMENTO. JUROS DE MORA A

[1209] BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 56.

[1210] SALES, Fabio Augusto Cornazzani; LIMA, Gisele Truzzi de; MIRANDA, Rodrigo Barros de. **Privacidade e Internet**. 2007. Disponível em: < http://www.truzzi.com.br/pdf/artigo-privacidade-internet-gisele-truzzi-fabio-augusto-cornazzani-sales-rodrigo-barros-de-miranda.pdf> Acesso em: 25 de jun. 2013. p. 3.

INCIDIR DA DATA DO EVENTO DANOSO. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO.

1. A mesma Constituição que garante a liberdade de expressão, garante também outros direitos fundamentais, como os direitos à inviolabilidade, à privacidade, à honra e à dignidade humana. Para o STF, esses direitos são limitações constitucionais à liberdade de imprensa. E sempre que essas garantias, da mesma estatura constitucional, estiverem em conflito, o Poder Judiciário deverá definir qual dos direitos deverá prevalecer, em cada caso, com base no princípio da proporcionalidade. [1211]

Na Carta Constitucional brasileira existem vários direitos fundamentais, um não tem valor maior que o outro, e se caso eles entrarem em conflito será usado o princípio da proporcionalidade, ponderando cada um no caso concreto. O mundo digital impõe, muitas vezes devido à facilidade de publicação de informação, desafios, pois, assim como existe a liberdade de imprensa, também existe o direito à privacidade, esta que no caso acima se sobrelevou em relação àquela.

Porém, deve-se recorrer a uma análise fática já que, e em alguns casos a privacidade será flexibilizada em prol de outro direito, como no caso da modelo Daniella Cicarelli, a qual teve um vídeo divulgado na internet, em que mantinha relações sexuais com seu namorado em uma praia espanhola. O entendimento foi de que ela assumiu o risco de ser filmada e de ser vista, pois estava em um local público, fazendo com que a ação proposta pelo casal contra o site que hospedava o vídeo fosse julgada improcedente. [1212]

Como visto, o uso indevido da imagem gera o dever de indenização. Nos meios digitais, a propagação da informação é gigantesca, em pouco tempo a privacidade de alguém pode perder – se completamente. Surge então um novo desafio aos direitos fundamentais, que em tempos de internet são relativizados, podendo facilmente ser desrespeitados.

Estão em risco os nichos mais preciosos da privacidade. Contas correntes, declarações do Imposto de Renda, números e operações dos cartões de crédito, dados

[1211] BRASIL, Tribunal de Justiça – PI. **APELAÇÃO CÍVEL 200900010031668 PI**, Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, Data de Julgamento: 23/02/2011, 3a. Câmara Especializada Cível. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18310180/apelacao-civel-ac-200900010031668-pi-tjpi>. Acesso em: 20 mai. 13.

[1212] MATSUURA, Lilian. **Vídeo de Cicarelli na praia pode voltar à internet**. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jun-25/video_cicarelli_praia_voltar_internet?pagina=6> Acesso em: 09 de jul. 2013.

> do passaporte, nomes e endereços de contatos comerciais e pessoais poderão ser devassados e alterados por qualquer pessoa. O mais grave: isso poderá ocorrer em qualquer lugar do mundo. [1213]

Muitos dados pessoais são coletados diariamente sem que as pessoas se deem conta, isso serve para a criação de perfis de atividades cotidianas. Um exemplo disso são os Provedores de Internet que conservam o registro de acesso a *sites*, envio e recebimento de emails e preferências de conteúdo acessado.

> O cruzamento dessas informações permite a criação de um minucioso banco de dados, que detalha características, informações habituais e práticas corriqueiras de milhares de pessoas, revelando facetas que passaram despercebidas até pelo próprio indivíduo. A elaboração de tais bases de dados pode ser efetuada por empresas privadas, para fins comerciais, ou por órgãos do governo, inclusive para fins de investigação criminal. [1214]

Tal conduta praticada pelas empresas pode vir a facilitar os negócios, favorecendo-as economicamente, contudo, a observância dos valores da vida privada deve ser levada em conta. Essas práticas devem ser cuidadosamente analisadas, razão pela qual se faz necessário delimitar o modo como serão desempenhadas para que não constituam violação de privacidade.

2.1 A Problemática da Territorialidade

Outro grande problema enfrentado é o da territorialidade, devido ao fato de que um delito pode ser praticado em qualquer parte do mundo, produzindo resultados em muitas outras partes. Isso porque nesse novo mundo que se vivencia hoje, alguém que está no Brasil pode instantaneamente se comunicar com alguém que está no Japão, cujas leis são completamente diferentes, fazendo surgir dúvida sobre como proceder em caso de cometimento de crime, como o de furto de dados, por exemplo.

[1213] PAESINI, Liliana Minardi. **Direito e Internet:** liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 59.
[1214] SALES, et al. Op. cit. p. 04.

Até onde um ordenamento jurídico tem validade e eficácia? Onde acaba seu poder de atuação? Nesse mundo digital é muito difícil determinar onde acontecem as relações jurídicas. [1215]

Parte das situações que ocorrem no meio digital podem ser tratadas pelo Código Penal Brasileiro, que preleciona em seu artigo 5º "Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.", e em seu artigo 6º "Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.". Conforme postura adotada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> O Tribunal também enfrentou a questão da ausência de fronteira física no chamado ciberespaço ao entender que, se o crime tem efeitos em território nacional, deve-se aplicar a lei brasileira. [...] um acusado de pedofilia alegou que as fotos pornográficas envolvendo crianças e adolescentes foram obtidas no sítio da internet do Kazaa, um programa internacional de armazenamento e compartilhamento de arquivos eletrônicos sediado fora do Brasil. A Corte entendeu que, como o resultado e a execução ocorreram em território nacional, o fato de os arquivos terem sido obtidos no Kazaa, com sede no estrangeiro, seria irrelevante para a ação. [1216]

Assim, é necessária uma efetiva atuação do Direito, independentemente do ordenamento jurídico utilizado na resolução dos mais diversos conflitos. É mister que o mesmo esteja atento às mudanças que ocorrem na sociedade, precisando adaptar-se a elas para que não fique defasado e impossibilitado de fazer justiça em determinados casos.

Um caso de violação de direitos que teve grande repercussão foi o da atriz Carolina Dieckmann, que teve diversas fotos íntimas divulgadas na internet. A atriz teve sua intimidade, imagem, honra e privacidade violadas através de meios informáticos, o que causou um grande questionamento sobre o tratamento do assunto pela legislação brasileira. "O advogado de Dieckmann ameaçou processar o Google, pedindo para que o site retirasse do ar a ferramenta que direcionava às páginas com fotos dela." [1217]

[1215] PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 79.

[1216] BRASIL – Superior Tribunal de Justiça. **Justiça usa Código Penal para combater crime virtual.** 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=90108> Acesso em: 09 jul. 2013.

[1217] BERNARDO, Kaluan. **5 famosos que já enfrentaram o Google por causa das buscas**: Figuras públicas têm problemas quando fotos íntimas vazam na internet. 2013. Disponível em: < http://olhardigital.uol.com.br/jovem/digital_news/noticias/5-famosos-que-ja-processaram-o-google> Acesso em:

No entanto, a empresa alegou que não seria possível remover o conteúdo, fazendo com que o advogado desistisse da ação. Devido ao enorme debate criado acerca do tema após a publicação das fotos da atriz, o Legislativo brasileiro decidiu intervir no assunto, propondo, portanto, a lei nº 12.737/12, que ficou conhecida como "Lei Carolina Dieckmann", conforme exposto anteriormente.

2.2 Invasão de Privacidade por parte do Estado: Justificável?

Atualmente tem-se observado que não só usuários comuns podem se aproveitar da privacidade alheia, mas também o Estado, que com o pretexto de garantir a segurança nacional monitora os dados das pessoas, bem como, conversas, mensagens, telefonemas, etc.

Devido a recente onda de manifestações que ocorreram no Brasil, o Governo, para prevê-las, resolveu monitorar um sistema de mensagens pra celular, conhecido como WhatsApp.

> [...] a Agência Brasileira de Inteligência (Abin) montou às pressas uma operação para monitorar a internet. O governo destacou oficiais de inteligência para acompanhar, por meio do Facebook, Twitter, Instagram e WhatsApp, a movimentação dos manifestantes. [1218]

Depreende-se do trecho acima que o Estado está invadindo a privacidade de certas pessoas em prol da coletividade, ou pelo menos essa é a justificativa. Será tal atitude plausível em um Estado Democrático de Direito? A privacidade nesse caso pode ser deixada de lado? Não se estaria nesse caso abrindo mão da liberdade em benefício da segurança? Cabe a reflexão sobre tais questões, que são de suma importância no que tange à questão da privacidade.

Há ainda uma invasão que ocorre fora do Brasil, feita pelo governo dos Estados Unidos.

> Um ex-agente da NSA, a Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos, revelou que o país monitora tudo o que eu, você ou praticamente qualquer outra pessoa faz na internet. Chamado de PRISM, o projeto contaria com a colaboração de

---

25 jul. 2013.

[1218] MONTEIRO, Tania; RIZZO, Alana. **Abin monta rede para monitorar a internet.** 2013. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,abin-monta-rede-para-monitorar-internet,1044500,0.htm> Acesso em: 25 jul. 2013.

empresas de telefonia e também de algumas das maiores companhias digitais do mundo, como Facebook, Microsoft, Apple e Google. [1219]

Além disso, segundo o jornal norte-americano The Guardian existe um documento em que o governo exigiu que a operadora de telefonia Verizon entregasse a totalidade dos dados das ligações feitas por celular entre os meses de abril e julho de 2013.

A Agência de Segurança Nacional está frequentemente coletando as ligações telefônicas de milhões de clientes da Verizon, uma das maiores companhias telefônicas da América, sob segredo de justiça emitido em Abril. [1220]

De acordo com o Wall Street Journal existem outras empresas prestadoras de serviço de telefonia repassando informações ao governo norte americano como a AT&T e a Sprint Nextel. [1221]

Em resposta a tais condutas, os governantes disseram que graças a elas vários atentados e ataques terroristas foram frustrados. Assim, deve-se pensar se tal invasão de privacidade é ou não benéfica, abusiva ou ilegal. Cria-se desse modo um paradoxo entre segurança e liberdade, o que eleva ainda mais a importância do tema.

Na visão de Gisele Truzzi, sempre que existir conflito entre a liberdade de informação e a vida privada e intimidade, esses dois últimos direitos deverão prevalecer, a fim de manter ilesa a individualidade do ser humano. O privado prevalece sobre o público. [1222]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

[1219] KARASINSKI, Lucas. **PRISM: entenda toda a polêmica sobre como os EUA controlam você:** Ex-agente da NSA revelou esquema de espionagem que monitora praticamente tudo o que nós fazemos na internet. Será que não há mais nenhuma privacidade na rede?. 2013. Disponível em: <http://www.tecmundo.com.br/privacidade/40816-prism-entenda-toda-a-polemica-sobre-como-os-eua-controlam-voce.htm#ixzz2XHeJ7hiV> Acesso em: 25 jul. 2013.

[1220] GREENWALD ,Glenn. **NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily Exclusive:** Top secret court order requiring Verizon to hand over all call data shows scale of domestic surveillance under Obama. 2013. Disponível em: < http://www.guardian.co.uk/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order> Acesso em: 26 jul. 2013. Tradução Nossa "The National Security Agency is currently collecting the telephone records of millions of US customers of Verizon, one of America's largest telecoms providers, under a top secret court order issued in April."

[1221] GORMAN, Siobhan; PEREZ, Evan; HOOK, Janet. **U.S. Collects Vast Data Trove:** NSA Monitoring Includes Three Major Phone Companies, as Well as Online Activity. 2013. Disponível em: http://online.wsj.com/article/SB10001424127887324299104578529112289298922.html> Acesso em: 26 jul. 2013. "The agency is using its secret access to the communications of millions of Americans to target possible terrorists, said people familiar with the effort."

[1222] SALES, et al. Op. cit. p. 11.

Como visto acima, as novas tecnologias, além de se tornarem uma ferramenta de imensa importância em nosso cotidiano, fazendo com que as relações que se tinha com os outros mudassem completamente, também tem um lado negativo, que pode ser muito prejudicial à vida das pessoas. Esse lado deve ser observado pelo Direito, assumindo este o seu papel na sociedade, que é o de regrar as condutas.

O lado negativo abordado nesse trabalho é o da invasão de privacidade, constituindo-se em uma não obediência ao texto constitucional, que tutela e protege a vida privativa do indivíduo.

No mundo informático a privacidade dos usuários corre grande risco, devendo os usuários desse meio estar sempre atentos a tudo que fazem frente ao computador. Em um "piscar de olhos" alguém mal intencionado pode vir a se apropriar de uma foto constrangedora de um usuário e postá-la para que todos na internet possam ver.

Assim, têm-se além da invasão da privacidade, a imagem da pessoa denegrida, e uma vez postada tal imagem, fica extremamente difícil sua remoção. Para tanto é assegurado o direito de indenização àquele que teve seu direito violado.

Entende-se que cabe ao Direito estar atento a esses novos desafios. Como a internet ocorre em nível mundial, a questão da territorialidade ganha destaque. Um delito pode ser cometido em um país, vindo a ter resultado em outro, diante de tal situação qual ordenamento deve-se aplicar? Observa-se que pelo Código Penal Brasileiro, aplica-se a lei brasileira, sem prejuízos aos tratados e convenções internacionais.

Há muitos usuários que estão na rede para praticar condutas delitivas, para ganhar dinheiro, status, fama etc. à custa dos outros. Como observado, o menor descuido pode levar a um enorme prejuízo, resultando na impossibilidade de remoção do conteúdo publicado.

Ainda há que se falar no caso da invasão de privacidade por parte do governo, que sob a resposta de estar tutelando a segurança nacional, viola o direito dos usuários na busca por suspeitos. Tal ação é demasiada questionável, uma vez que ninguém tem a prerrogativa de violar o direito de outrem, a não ser que tal privilégio lhe seja expressamente dado.

Conclui-se que o ser humano deve ter sua individualidade preservada, devendo sua privacidade prevalecer. E ao Direito é dado o dever de se atualizar a tal realidade, para que possa satisfatoriamente solucionar os conflitos que ocorrem na sociedade.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR ISO/IEC 27002:2005**: Tecnologia da informação – Técnicas de segurança – Código de prática para a gestão da segurança da informação.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **As modernas formas de interpretação constitucional.** Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24: 45-50, jul./set. 1998.

BERNARDO, Kaluan. **5 famosos que já enfrentaram o Google por causa das buscas**: Figuras públicas têm problemas quando fotos íntimas vazam na internet. 2013. Disponível em: < http://olhardigital.uol.com.br/jovem/digital_news/noticias/5-famosos-que-ja-processaram-o-google> Acesso em: 25 jun. 2013.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro.** Brasília, DF: Senado.1942.

_____. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado. 2002.

_____ . **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988.

_____. **Lei n. 7.232 de 29 de outubro de 1984.** Brasília, Distrito Federal. 1984.

_____. **Lei n. 9.784 de 29 de janeiro 1999.** Brasília, Distrito Federal. 1999.

_____. **Lei n. 12.737 de 30 de novembro de 2012.** Brasília, Distrito Federal. 2012.

_____. Tribunal de Justiça – PI. **APELAÇÃO CÍVEL 200900010031668 PI**, Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, Data de Julgamento: 23/02/2011, 3a. Câmara Especializada Cível. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18310180/apelacao-civel-ac-200900010031668-pi-tjpi>. Acesso em: 20 mai. 13.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Justiça usa Código Penal para combater crime virtual**. 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=90108> Acesso em: 09 jul. 2013.

ELESBÃO, Elsita Collor. Os direitos da personalidade no novo Código Civil brasileiro. In: **Pessoa, gênero e família.** Adriana Mendes Oliveira de Castro *et al*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

GORMAN, Siobhan; PEREZ, Evan; HOOK, Janet. **U.S. Collects Vast Data Trove: NSA Monitoring Includes Three Major Phone Companies, as Well as Online Activity.** 2013. Disponível em: http://online.wsj.com/article/SB10001424127887324299104578529112289298922.html> Acesso em: 26 jul. de 2013.

GREENWALD,Glenn. **NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily Exclusive**: Top secret court order requiring Verizon to hand over all call data shows scale of domestic surveillance under Obama. 2013. Disponível em: < http://www.guardian.co.uk/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order> Acesso em: 26 jul. 2013.

KARASINSKI, Lucas. **PRISM: entenda toda a polêmica sobre como os EUA controlam você:** Ex-agente da NSA revelou esquema de espionagem que monitora praticamente tudo o que nós fazemos na internet. Será que não há mais nenhuma privacidade na rede?. 2013. Disponível em: <http://www.tecmundo.com.br/privacidade/40816-prism-entenda-toda-a-polemica-sobre-como-os-eua-controlam-voce.htm#ixzz2XHeJ7hiV> Acesso em: 25 jun. 2013.

MATSUURA, Lilian. **Vídeo de Cicarelli na praia pode voltar à internet**. 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-jun-25/video_cicarelli_praia_voltar_internet?pagina=6> Acesso em: 09 jul. 2013.

MONTEIRO, Tania; RIZZO, Alana. **Abin monta rede para monitorar a internet.** 2013. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,abin-monta-rede-para-monitorar-internet,1044500,0.htm> Acesso em: 25 jun. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PAESINI, Liliana Minardi. **Direito e Internet:** liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

REBOUÇAS, Fernando. **Privacidade digital.** Disponível em: <http://www.infoescola.com/internet/privacidade-digital/> Acesso em: 15 jul. 2013.

SALES, Fabio Augusto Cornazzani; LIMA, Gisele Truzzi de; MIRANDA, Rodrigo Barros de. **Privacidade e Internet**. 2007. Disponível em: < http://www.truzzi.com.br/pdf/artigo-privacidade-internet-gisele-truzzi-fabio-augusto-cornazzani-sales-rodrigo-barros-de-miranda.pdf> Acesso em: 25 de jun. 2013.

SANTA MARIA, José Serpa de. **Direitos da personalidade e a sistemática civil geral**. Campinas: Julex, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

VIANNA, Túlio. **Transparência pública, opacidade privada**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WEISZFLOG, Walter. **Michaelis**: Moderno dicionário da língua portuguesa. 1. Ed. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE RESPOSTA

Nicacio José da SILVA[1223]

Roberney Pinto BISPO[1224]

RESUMO

O direito de resposta, também denominado “direito de resposta proporcional ao agravo”, está previsto no inciso V do art. 5°. da Constituição Federal, e é uma das mais importantes e sagradas garantias dos cidadãos. No entanto tal tema não tem sido muito estudado no âmbito do direito brasileiro. O presente trabalho tem como objetivo investigar o tema a luz das discussões publicadas por especialistas na área até então, traçando um panorama do arcabouço teórico a respeito do tema em questão. Além disso, objetiva-se com esse estudo, discorrer como foi tratado o direito de resposta como direito fundamental do ser humano nas constituições brasileiras anteriores e também naquela que está em vigor atualmente. Para atingir aos objetivos foi realizada uma pesquisa bibliográfica. Os resultados mostram os diversos aspectos que norteiam o direito de resposta como direito fundamental do ser humano e aponta que esse direito vem sendo tratado historicamente pelas Constituições do país, inclusive aquela que está em vigor atualmente. Por fim, entende-se que o direito de resposta não é apenas um direito fundamental do ser humano, mas vai além disso, sendo um dever, uma obrigação que se impõe àquele que se sinto de certa forma prejudicado em sua honra.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de resposta. Direitos fundamentais. Liberdade de expressão.

ABSTRACT

The right of reply, also called "right to proportionate response to the offense", is set forth in item V of article. 5 °. of the Federal Constitution, and is one of the most important and sacred guarantees of citizens. However this theme has not been studied under Brazilian law. This study aims to investigate the subject light of published discussions by experts in the field so far, tracing an overview of the theoretical on the subject in question. Furthermore, the objective with this study, discuss how it was handled the right of reply as a fundamental right

[1223] Mestrando em Direito - Centro Universitário de Maringá – CESUMAR, Pós Graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC de Londrina, Pós Graduado em Direito e Processo Penal - UEL, E-mail: nicacios@gmail.com

[1224] Mestrando em Direito - Centro Universitário de Maringá – CESUMAR, Professor Universitário, Advogado em Londrina, Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo, Especialista em Direito e Processo do Trabalho ambos pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC de Londrina, Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina – UEL, E-mail: neibispo@hotmail.com

of the human being in the constitutions previous Brazilian and also in what is currently in place. To achieve the objectives we conducted a literature search. The results show the various aspects that govern the right of reply as a fundamental right of the human being and points out that this right has been treated historically by the constitutions of the country, including one that is currently in effect. Finally, it is understood that the right response is not only a fundamental human right, but it will also be a duty, an obligation that imposes on those who feel somewhat hampered in his honor.

KEYWORDS: Right of reply. Fundamental rights. Freedom of expression.

INTRODUÇÃO

O direito de resposta, previsto na Constituição Federal de 1988, constitui-se num dos mais importantes direitos fundamentais do homem (ser humano). Tal direito está estreitamente relacionado com outros direitos fundamentais ao ser humano, tais como a liberdade de expressão e a defesa dos direitos da personalidade, englobando aí a defesa da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. E ainda acrescenta Washington de Barros Monteiro, sobre as características dos direitos da personalidade:

> Realmente, não podem ser objeto de transação, nem se transmitem a qualquer título aos sucessores do seu detentor, que também a eles não pode renunciar, nem estabelecer limites voluntários. Se houver limitações, somente por lei poderão ser fixados. Assim, nem mesmo o titular está autorizado a estabelecer autolimitação a seu exercício (MONTEIRO, 2003, p. 97).

"No texto constitucional, direito à privacidade é termo genérico que compreende proteção à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". (RUARO; RODRIGUEZ; FINGER, 2011, p. 50).

A violação desses direitos é uma das transgressões mais graves que possa ser feita a pessoa humana. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (apud FELIPE, 2000, p. 108):

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade

> ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

Sendo assim, quase sempre esse tipo de transgressão acarreta o direito de resposta assegurado constitucionalmente.

O direito de resposta, também denominado “direito de resposta proporcional ao agravo”, está previsto no inciso V do art. 5°. da Constituição Federal, e é uma das mais importantes e sagradas garantias dos cidadãos. No entanto tal tema não tem sido muito estudado no âmbito do direito brasileiro, sendo que permaneceu por mais de quatro décadas vinculado à Lei n° 5.250/67, conhecida popularmente como Lei de Imprensa.

No entanto a Lei da Imprensa foi revogada integralmente pelo Supremo Tribunal Federal – STF em 30 de abril de 2009, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n°. 130. Desde então entende-se que o direito de resposta encontra respaldo no já citado no inciso V do art. 5°. da Constituição Federal.

Desde então, por se tratar de um acontecimento deveras recente, o direito de resposta exige um estudo científico mais aprofundado no que tange a aplicabilidade de tal dispositivo constitucional. Esses estudos devem, sobretudo, apresentar aos intérpretes conclusões objetivas acerca da vigência do instituto, bem como da necessidade de sua observação, por parte dos mais diferentes órgãos, públicos e privados. (GERMANO, 2010).

Diante desse contexto exposto até então, o presente trabalho tem como objetivo investigar o tema a luz das discussões publicadas por especialistas na área até então, traçando um panorama do arcabouço teórico a respeito do tema em questão. Além disso, objetiva-se com esse estudo, discorrer como foi tratado o direito de resposta como direito fundamental do ser humano nas constituições brasileiras anteriores e também naquela que está em vigor atualmente.

Justifica-se a realização deste estudo ao perceber a falta de trabalhos que investiguem o tema que como salienta Germano (2010), o direito de resposta exige um estudo científico mais aprofundado no que tange a aplicabilidade de tal dispositivo constitucional, ou seja, o

inciso V do art. 5°. da Constituição Federal. Assim sendo, os estudos voltados a esse tema contribuem para elucidar as questões ainda problemáticas devido aos acontecimentos recentes como a extinção da Lei da Imprensa.

A metodologia utilizada para a consecução do trabalho foi a revisão bibliográfica onde se buscou aportes teóricos na literatura publicada por especialistas no tema em questão nos mais diversos canais de publicação especializados, tais como livros, periódicos, bases de dados, documentos digitais e nas Constituições disponibilizadas digitalmente pelo governo federal do país.

Nos tópicos que se seguem são apresentados os resultados da pesquisa e as discussões que destes resultados se originaram.

1.DIREITOS FUNDAMENTAIS

Quando discutimos acerca do direito de resposta é bastante conveniente ressaltar que este se trata de um direito fundamental do ser humano, amparado pela Constituição em vigor no país. No entanto este direito trata-se de uma conquista relativamente recente.

Num contexto histórico, os direitos fundamentais resultaram de um movimento de constitucionalização que começou em meados do século XVIII. Encontram-se incorporados ao patrimônio comum da humanidade e são reconhecidos internacionalmente a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.

Os direitos fundamentais do ser humano muito têm contribuído para o progresso moral da sociedade, pois são direitos inerentes à pessoa humana, pré-existentes ao ordenamento jurídico, visto que decorrem da própria natureza do homem. Sendo assim, são direitos indispensáveis e necessários para assegurar a todas as pessoas uma existência livre, digna e igualitária. Na literatura especializada em direito várias são as expressões usadas para nomeá-los: direitos do homem, direitos naturais, direitos individuais, direitos humanos, liberdades fundamentais etc. (ABREU, 1995).

A respeito da garantia desses direitos fundamentais do ser humano é o Estado Democrático que tem o dever de assegurar tal garantia. Assim, ao mesmo tempo em que tutela o interesse público, não permitindo que condutas ilícitas sejam praticadas contra os interesses estatais, O Estado Democrático também consagra uma série de direitos, dentre os quais se

destacam os denominados “fundamentais” e os “humanos”, previstos em tratados, convenções e constituições.

> Dentre as necessidades fundamentais a que estão sujeitos, destacam-se nos homens os desejos inatos e irresistíveis que todos têm de saber, de conhecer e de compreenderem-se a si e aos demais, de entender e desvendar o mundo que os cerca, e de com outros compartilharem seus saberes, bem como suas idéias e avaliações. Como fundamentais essas necessidades se apresentam mesmo inconsciente ou involuntariamente aos indivíduos; mas, o interesse e disposição por satisfazê-las, inclusive se as assegurando política e juridicamente, somente se manifesta na medida em que delas o indivíduo toma consciência. Desses conhecimentos, em determinadas circunstâncias alguns se afiguram a certos indivíduos como dotados de utilidade, conveniência ou serventia qualquer, por presumivelmente prestarem-se a consubstanciar-lhes possíveis sensações, atitudes ou comportamentos. Tais conhecimentos, então, revestem-se do caráter de bens, cuja regulação e tutela pelo Estado passa a impor-se, para que deles todos os interessados possam se valer. (FERREIRA, 1997, p. 65).

Para Ferreira (2008), os direitos fundamentais configuram-se por situações jurídicas sem as quais nenhuma pessoa humana se realiza, não convive, e por vezes, nem mesmo sobrevive. Se diz “fundamentais” do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Assim, Direitos Fundamentais do Homem (da Pessoa Humana) ou Direitos Humanos Fundamentais encabeça o Título II da Constituição Federal de 1988, que se completa, como Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, expressa e tacitamente, no art.17.

Para Moraes (2005) a Constituição Federal de 1988 veio a inovar no sistema brasileiro, pois esta se trata de uma Constituição extremamente preocupada com o lado social, ou seja, com a população brasileira de uma maneira geral. Dessa maneira, os direitos fundamentais foram divididos em diversas áreas de classificação dentro da Constituição de 1988, a saber: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e os direitos relacionados à estruturação e organização dos partidos políticos.

Importante para este trabalho salientar a respeito dos direitos individuais coletivos e dos direitos sociais:

> **Direitos individuais e coletivos:** correspondem aqueles direitos que são intimamente ligados à pessoa humana e sua personalidade. Exemplo: direito à liberdade. [...] **Direitos sociais:** são aqueles direitos relacionados com obrigatoriedade de determinados serviços por parte do Estado. Sua principal função é zelar pela melhoria na qualidade de vida das pessoas buscando a igualdade entre os cidadãos, pois esta constitui o pilar do Estado Democrático de Direito. (MORAES, 2005, p. 25-26, grifo nosso).

Ainda que o direito a liberdade esteja amparado pelos direitos individuais e coletivos, sendo ligados à pessoa humana e sua personalidade, existe um limite no que se refere a utilização dessa liberdade, ou seja, a violação ou ofensa aos direitos da personalidade, trata-se de uma prova da existência de limites quanto à utilização dos princípios fundamentais ligados às liberdades do pensamento. Sendo dessa forma, podemos dizer que a inadequada utilização dos direitos relativos ao pensamento, especificamente os direitos de expressão, de informação, de informação jornalística, de opinião e de comunicação social, entre outros podem ofender bens da vida do ser humano, acarretando prejuízos morais que devem ser restaurados.

Cabe ao Estado, portanto, por tratar-se de direitos fundamentais do ser humano, tutelar seus limites na preservação dos direitos e liberdades individuais, tais como o direito de se informar a respeitos dos cidadãos, de informar aos cidadãos e ser informado pelos mesmos. É importante conferir-lhes instrumentos de proteção nesse sentido, como o direito de resposta, como garantias para a preservação da própria democracia.

Indispensável identificar o direito de resposta como um dos fundamentos à prática do contraditório público, caracterizando-se, portanto, como um direito fundamental de defesa. O direito de resposta constitui-se em um dos mecanismos mais importantes à defesa da honra, da intimidade e dos demais direitos de personalidade que devem ser assegurados a todas as pessoas. Tal direito relacionando-se diretamente ao exercício da liberdade de expressão, se inserindo, inclusive como elemento indissociável.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Bastante abrangente, a liberdade de expressão se reveste de diversos aspectos que devem, necessariamente, ser levados em consideração para sua compreensão. É de fato um direito fundamental do ser humano, no entanto ainda que seja um direito fundamental, a liberdade de expressão requer do ser humano certo cuidado quando da exteriorização de opiniões, informações, entre outros.

A liberdade de expressão é o mais abrangente dos direitos fundamentais ligados ao pensamento humano, esse direito pode ser exercido pode meio de diversos veículos de comunicação social ou através de qualquer tipo de manifestação cultural, tais como músicas, peças de teatros, quadros e outros. (MIRANDA, 1996).

Por meio da liberdade de expressão, qualquer pessoa pode exteriorizar qualquer aspecto de sua vida pessoal ou até mesmo de outra pessoa. Essa exteriorização pode se dar em diversas dimensões e sob diversas formas.

A liberdade de expressão atinge qualquer exteriorização da vida própria das pessoas: crenças religiosas, convicções, idéias, ideologias, opiniões, sentimentos, emoções e outros atos de manifestação de vontade, como as produções teatrais e cinematográficas, além da pintura, entre outras formas de manifestações humanas. A liberdade de expressão pode ainda se revestir de diferentes formas: palavra oral ou escrita, gesto, imagem e até mesmo o silêncio. A liberdade de expressão está intimamente a diversos outros direitos fundamentais, como o já citado direito de resposta, está ainda ligada à manifestação do pensamento e do direito de comunicação social e também se relacionada com os direitos de informação. (MIRANDA, 1996).

No entanto, a liberdade de expressão requer responsabilidade no tocante a sua utilização pelas pessoas. A divulgação, exteriorização de opiniões, fatos, informações que sejam mentirosas, duvidosas ou ofensivas a outrem ferem outro direito fundamental do ser humano: a defesa da honra, devendo assim, em determinados casos, o direito de resposta.

> A liberdade, entretanto, é uma via de duas mãos: ao mesmo tempo em que deve ser resguardada como alicerce da democracia, possibilitando a todos a livre expressão do pensamento, também a eles atribui responsabilidades. Nesse sentido, aquele que deliberadamente decide por divulgar um fato cuja veracidade é duvidosa ou ofensiva

> aos direitos de personalidade de outrem, deve arcar com as consequencias decorrentes desse ato. A responsabilidade decorre dos próprios valores e princípios constitucionais, em que se deve priorizar, dentre outros, os direitos humanos e os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. (GERMANO, 2010, p. 12).

A liberdade de expressão, assim como os direitos relativos à manifestação do pensamento são considerados direitos fundamentais por exercerem um papel importante na formação da consciência política, social, cultural da sociedade. Por esse motivo, o legislador lhes confere esta proteção, mas que, no entanto, não é absoluta. (PORTO; AMARAL, 2009).

Ou seja, os cidadãos tem o direito de liberdade de expressão, de manifestação garantidos, mas essa proteção obviamente não é absoluta, pelo motivo que tal direito pode ferir a dignidade e honra de outra.

Desse modo, a liberdade de expressão também é limitada. É que para uma aplicação efetiva e harmônica de todos os direitos fundamentais, cada um desses direitos se encontra limitado pelos demais. “Se a nossa Constituição, por um lado, garante a liberdade de expressão, por outro, ao garantir também diversos outros direitos fundamentais, acaba impondo, através desses outros direitos fundamentais, limites externos ao direito fundamental primeiramente garantido”. (CHERQUER, 2011, p. 37).

Nos dias atuais, a liberdade de expressão se dá em diversos ambientes, como por exemplo no âmbito de comunicação. Nesses casos, não se permite divulgação de conteúdo relacionados a apologia anti-semita, pedofilia ou homofobia, ou ainda informações com teor discriminatório tais como discriminação ao negro, porque conflitam irremediavelmente com conquistas humanas não sujeitas absolutamente à retrocessão. Nesses casos e havendo, assim, ofensa a outrem em manifestação verbal ou escrita, seja por jornalista no estrito cumprimento da função, seja por qualquer outra pessoa, seja pelos meios tradicionais de comunicação (rádio, tevê, revistas ou jornais impressos), seja por meios eletrônicos atuais (*sites*, *blogs* ou *twitters*), poderá o ofendido exercer judicialmente o direito de resposta, para esclarecer os fatos, para dar a sua versão a respeito ou para negá-los total ou parcialmente, muitas vezes no mesmo meio em que foi ofendido. (GONÇALVES, 2010).

Entende-se, portanto que o direito de resposta é também um direito fundamental garantido constitucionalmente e intimamente ligado ao direito fundamental de liberdade de expressão.

3.DIREITO DE RESPOSTA

O direito de resposta ou retificação é reconhecido constitucionalmente como direito fundamental no art. 5, inc. V da Constituição Federal e, encontrava-se, até o ano de 2009, regulamentado na Lei da Imprensa n. 5.250/67, arts. 29 a 36.

Segundo a extinta lei de imprensa, o direito de resposta constitui-se como direito que assiste a toda pessoa, física ou jurídica, objeto de uma notícia publicada por um órgão de comunicação social, de ver difundido gratuitamente um desmentido, uma defesa ou uma retificação de informações nela contidas. (NICOLDI, 2007).

Em um contexto histórico o direito de resposta surge durante a Revolução Francesa, nascendo com o intuito de assegurar equilíbrio de forças no tocante ao direito fundamental de liberdade de expressão visto que esse pode ser exercido sem responsabilidade, ferindo a hora do ser humano.

> O direito de resposta, cuja origem ideológica remete-se à Revolução Francesa, é uma conquista da democracia, estruturada a partir do Direito. Aliás, trata-se de uma das descobertas jurídicas mais festejadas, principalmente quando se propõe o estudo dos direitos fundamentais relacionados à liberdade de expressão, de comunicação, de informação e de imprensa. É um meio célere e não oneroso, o qual dispensa a propositura de qualquer ação perante o Poder Judiciário para que seja exercido, salvo diante de resistência administrativa injustificada. Através do exercício do direito de resposta, alguém, atingido por uma notícia, informação ou expressão disseminada de maneira pública ou mesmo restrita, poderá oferecer a sua contraposição, ensejando, com isso, um equilíbrio de forças na realização dos misteres fundamentais e democráticos. (GERMANO, 2010, p. 16).

Surgido em França, em 1822, o direito de resposta expandiu-se rapidamente por outros países europeus, e, posteriormente, alcançou os países anglo-saxões. Entretanto, não se aplica uniformemente em todos os países assim como é aplicado em países europeus. Nesse sentido, há dois sistemas balizadores: o francês, o qual admite o direito de resposta num sentido muito mais amplo, abarcando, por exemplo, tanto os fatos como as opiniões expressadas; e existe também o sistema alemão, que é mais restritivo, no sentido de admitir apenas a contraposição às referências de fato. Já no Brasil, é de se admitir o alargamento das hipóteses, pois a plena eficácia do inciso V do art. 5° da Constituição não enseja restrições, bastando, para tanto, que haja a pretensão de alguém em responder proporcionalmente a algo que lhe tenha ocasionado um agravo. (GERMANO, 2010).

Observa-se que no Brasil o direito de resposta aproxima-se mais do modelo Frances, visto que para que lhe seja permitido esse direito, basta apena haver a pretensão de fazê-lo, desde a existência de algum dano. O direito de resposta pode se dar de diversas formas assim como as já citadas quando discutiu sobre liberdade de expressão.

O direito de resposta ou retificação pode resultar de qualquer texto ou imagem difundida por um órgão de comunicação social, inclusive de meras transcrições de declaração de titulares de órgãos de soberania, comunicados oficiais, anúncios, editoriais ou carta dos leitores, crítica literária, fotografias ou caricaturas, entre outros exemplos. (MOREIRA, 1994).

> O universo de hipóteses que podem originar o direito de resposta é significativo. Tanto uma informação disseminada pelos veículos de comunicação, assim como uma obra literária, uma palestra ou uma simples reunião podem dar causa a um pedido de resposta, bastando que haja um agravo a ser superado ou corrigido. Diante disso, pronunciamentos públicos ou privados, no âmbito de seus respectivos alcances, podem ser respondidos, no âmbito do preconizado pelo inciso V do art. 5° da Constituição Federal. (GERMANO, 2010, p. 18).

A causa do direito de resposta em dias atuais não se restringe apenas aos meios de comunicação notórios, tais como jornais, revistas e outros meios de comunicação mais conhecidos que eram abarcados pela extinta Lei da Imprensa. Devido ao contexto

comunicacional atual, onde o meio digital se faz cada vez mais presente, contribuindo com o aumento e facilidade da liberdade de expressão, os meios pelos quais um cidadão possa sentir sua honra ofendida aumentaram consideravelmente.

Desse modo, o direito de resposta pode ter causa em diferentes meios de comunicação. Até meados da década de 1990, normalmente, eram os órgãos de imprensa, bem como os jornalistas, editores, colunistas, entre outros profissionais da imprensa além de opinantes desses meios de comunicação, aqueles que, através de seus misteres, acabam por dar ensejo ao exercício da resposta, uma vez que o número de destinatários das informações, notícias e opiniões por eles patrocinadas é suficientemente mais expressivo. Todavia, com o avanço das tecnologias de informação e comunicação, sobretudo a internet, outros passaram a ser passíveis de serem causa de direito de resposta, tais como os sites e blogs hospedados em ambiente da internet, além de campanhas publicitárias através de outdoors, a manifestação pública em seminários e congressos, a disseminação de idéias e opiniões em livros e demais obras literárias, e ainda discursos e ofensas patrocinadas no âmbito eleitoral. Aqui, registre-se, há lei que regulamenta o exercício do direito de resposta, pois se está diante de uma situação *sui generis*, a qual exige uma mediação temporal e extensiva acerca do que se processa em período de eleições, bem como nos programas de natureza partidária. (GERMANO, 2010).

A mensuração que orienta o direito de resposta deve ser observada de acordo com o agravo sofrido, residindo nesse aspecto à proporcionalidade que integra o seu fundamento constitucional. É de se considerar, portanto, todos os elementos que compõem o fato sob análise para que se possa dimensionar a resposta a ser ofertada, bem como os seus limites, sob pena de desvirtuamento do instituto.

O direito de resposta não se restringe aos fatos e opiniões procedentes dos veículos de comunicação e demais órgãos de informação. Toda manifestação, em qualquer ambiente, público ou privado, que esteja a causar uma ofensa ou agravo a alguém, pode ser respondida, utilizando-se o titular do direito dos mesmos meios e espaços ocupados por aquele que deu origem à resposta. Trata-se de um direito subjetivo público de aplicação imediata.

> Dessa forma, o direito de resposta não é somente uma parte ou vertente do direito de informação, de expressão e de comunicação, mas faz parte dos dispositivos constitucionais que asseguram os direitos da personalidade, como honra, imagem, privacidade e intimidade. Como ficou demonstrado, o direito de resposta garante o

> dever de verdade que a notícia jornalística deve conter, enquanto que o direito de réplica é atinente a mensagem chamada de crítica, que faz um juízo de valores. (PORTO; AMARAL, 2009, p. 11).

Indispensável que se reconheça no direito de resposta proporcional ao agravo algumas características que lhe são peculiares. A primeira delas diz respeito ao direito fundamental de defesa que o dispositivo constitucional contempla. O direito de resposta integra a própria liberdade de expressão, sendo também, portanto, um direito fundamental. Nesse sentido, deve ser estudado como um mecanismo através do qual se exerce a ampla defesa e o contraditório, direitos consagrados no âmbito do inciso LV, do art. 5° da Carta Política. A segunda peculiaridade diz respeito à sua autonomia. O direito de resposta não depende de outros elementos do sistema para ser exercido, bastando que estejam presentes os requisitos à sua efetivação. Trata-se, pois, de uma regra constitucional, cuja aplicabilidade é plena e imediata. (GERMANO, 2010).

O direito de resposta é um direito protegido pela constituição vigente no país e vem sendo tratado pelas constituições anteriores desde a Constituição de 1934, ainda que fosse parcialmente suprimida em alguns momentos históricos do país.

No capítulo que se segue apresenta-se um estudo de todas as Constituições no que tange ao tratamento do direito de resposta dispensada pelas Constituições ao longo da história do país.

4.DIREITO DE RESPOSTA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A simples previsão do direito de resposta no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal basta para suprimir a lacuna deixada com o sepultamento da Lei de Imprensa. Em decisão proferida na quinta-feira (25/11), o ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, entendeu que não é necessária uma nova lei para fazer valer a garantia constitucional. (SCRIBONI, 2010).

A Constituição, segundo Dalmo Dallari, é a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras que, visando a

proteção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo. (DALLARI, 1985).

A primeira Constituição brasileira, denominada Constituição Política do Império do Brasil, foi elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Numa época bastante conturbada essa Constituição não fazia menção alguma ao direito de resposta como um direito fundamental do homem. (BRASIL, 1824).

A Constituição seguinte entrou em vigor no dia 16 de julho de 1934. Segundo seu preâmbulo, a Constituição era destinada a "organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico..." (BRASIL, 1934). No entanto, essa Constituição vigorou apenas por um ano. No que tange ao direito de resposta como direito fundamental do homem, essa foi a primeira Constituição a contemplar tal tema. No Capítulo II "Dos direitos e das garantias individuais", artigo 113, inciso 9, indica-se que:

> Em qualquer assunto é livre a manifestação do pensamento, sem dependência de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar. Não é permitido anonimato. É segurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos independe de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda, de guerra ou de processos violentos, para subverter a ordem política ou social. (BRASIL, 1934).

A Constituição Brasileira de 1937, popularmente conhecida como polaca, foi implantada em 10 de novembro de 1937, mesma data em que foi instaurado o Estado Novo. Sob um momento bastante conturbado o inciso 15 do capítulo II cita que "todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.". Em específico no que diz respeito ao direito de resposta, é mencionado apenas que "é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação". (BRASIL, 1937).

Promulgada em setembro de 1946, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, devolveu as liberdades expressas na Constituição de 1934 e que haviam sido retiradas da Constituição de 1937.

> É livre a manifestação do pensamento, sem que dependa de censura, salvo quanto a espetáculos e diversões públicas, respondendo cada um, nos casos e na forma que a lei preceituar pelos abusos que cometer. Não é permitido o anonimato. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros e periódicos não dependerá de licença do Poder Público. Não será, porém, tolerada propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe. (BRASIL, 1946).

Trinta anos depois do golpe do Estado Novo, o Brasil ganhou uma nova constituição autoritária. No entanto, a Constituição de 1967 do Regime Militar foi alterada pelo Ato Institucional Nº 5 em 1968. (BRASIL, 2013).

No que tange ao direito de resposta, como garantia fundamental do homem, a Constituição de 1967, no Capítulo IV “Dos direitos e garantias individuais”, inciso 8, aponta que:

> É livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica, bem como a prestação de informação independentemente de censura, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos, respondendo cada um, nos têrmos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos não depende de licença da autoridade. Não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes. (BRASIL, 1967).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em cinco de outubro de 1988 é a Constituição vigente no país desde então. No que tange ao direito de

resposta como direito fundamental do homem, o artigo 5 do título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, indica que: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que direito de resposta é uma conquista social importante e relativamente recente. Está intimamente ligada a outros direitos fundamentais do ser humano tais como a honra, imagem e privacidade. No entanto, encontra na liberdade de expressão sua maior ligação na medida em que é a liberdade de expressão quando utilizada sem responsabilidade é que gera o direito de resposta.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante o direito de resposta. As Constituições anteriores, de uma forma geral, também garantiam o direito de resposta, ainda que tenham existidos momentos históricos em que o contexto civil e político do país tenham acarretado a supressão de tal direito, como foi o caso das Constituições de 1937 e 1967.

Mapearam-se os diversos meios de comunicação e divulgação que tanto causam direitos de respostas quanto podem ser utilizados para que esse direito aconteça. Destacam-se nesses sentidos os seguintes canais:

- Jornais impressos,
- Jornais televisionados,
- Programas de Televisão,
- Revistas,
- Sites
- Blogs
- Campanhas publicitárias divulgadas em diversos meios
- Outdoors
- Manifestação pública
- Seminários e congressos
- Livros e demais obras literárias
- Discursos e ofensas patrocinadas no âmbito eleitoral, entre outros

Entende-se que o direito de resposta não é apenas um direito fundamental do ser humano, mas vai além disso, sendo um dever, uma obrigação que se impõe àquele que, manifestando-se publicamente, a partir do que expressou, dá causa para que alguém possa se explicar, corrigir ou mesmo contrapor as informações disseminadas de maneira que possam ser dolosas.

Convém enfatizar ainda que a justificativa pelo direito de resposta não se encontra apenas quando ocorre alguma ofensa ou agressão aos direitos da personalidade da pessoa. Cabe também o direito de resposta quando ocorre a divulgação de alguma notícia ou ofensa que posa ser divulgada em qualquer meio em que se trone pública, ou ainda quando tal divulgação contenha apenas imprecisões ou incorreções.

Por fim, sendo o tema pouco tratado cientificamente notou-se claramente a necessidade de outros estudos que levem a mais discussões proporcionando o avanço de tão importante questão que seja os direitos fundamentais do ser humano.

REFERÊNCIAS

ABREU. Neide Maria Carvalho de. **Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Anais do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós - Graduação em Direito, 2007 Disponível em: <http://www.passeja.com.br/file/download/Os_direitos_fundamentais_na_constituicao.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2011.

BRASIL. **Guia de direito constitucional:** Constituições Brasileiras anteriores a 1988. 2013, Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaGuiaDC&pagina=constituicaoanterior1988>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2013.

_____. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 196788. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>.Acesso em: 12 jul. 2013.

_____. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 12 jul. 2013.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 10 jul. 2013.

_____. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil.** Rio de Janeiro. 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 10 jul. 2013.

CHERQUER, Cláudio. A liberdade de expressão como direito fundamental preferencial *prima facie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte.** São Paulo: Saraiva, 1985.

FELIPE, Arley César. A evolução da noção jurídica dos princípios constitucionais. **Revista Curso de Direito Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, n. 28, 2000.

FERREIRA, Conceição de Maria Barbosa. **Direitos fundamentais:** inovações na Constituição Federal de 1988. 2008. Monografia (Especialização em Direito Público). - Universidade Cândido Mendes (UCAM), Brasília, DF,. 2008. Disponível em: <http://www.passeja.com.br/file/download/Os_direitos_fundamentais_na_constituicao.pdf>. Acesso em 10 jul. 2013.

GERMANO, Luiz Paulo Rosek. **O direito de resposta proporcional ao agravo:** o pleno exercício da liberdade de expressão. 2010. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre –RS, 2010.

GONÇALVES, José Wilson. **Direito comum de resposta:** exercício por eficácia direta da Constituição Federal. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2591, 5 ago. 2010 . Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17120>. Acesso em: 18 jul. 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. Ed. Coimbra, Ed. Coimbra: 1996.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito civil:** parte geral. 33. ed. São Paulo:

Saraiva, 2003, v. 1

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Vital. **O direito de resposta na comunicação social.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994

NICOLDI, Ana Maria. **O direito de resposta.** 2007. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/29029>. Acesso em: 12 jul. 2013.

PORTO, Shemara Iamada; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Direito de resposta:** um instrumento de defesa dos direitos da personalidade. 2009. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1234/1176>. Acesso em 9 jul. 2013.

RUARO, R. L.; RODRIGUEZ, D. P.; FINGER, B. O direito à proteção de dados pessoais e a privacidade. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, n. 47, p.45-66, 2011.

SCRIBONI, Marília. Previsão constitucional supre Lei de Imprensa. Revista **Consultor Jurídico**, nov. 2010. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-nov-29/previsao-constitucional-direito-resposta-supre-lei-imprensa>.Acesso em: 12 jul. 2013.

GUERRILHA DO ARAGUAIA: CONFLITO ENTRE DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ramon de Souza Freitas MACHADO

RESUMO

O objetivo desse artigo é esclarecer a importância do direito internacional na atualidade e seus reflexos no ordenamento nacional, considerando os tratados ratificados e a Constituição Federal de nosso país, bem como, os limites jurisdicionais, a aplicação e execução das decisões das cortes internacionais e a postura da corte superior nacional, ou seja, Supremo Tribunal Federal, diante do assunto, destacando um caso prático, da Guerrilha do Araguaia. Com isso, enfrentamos alguns confrontos de normas e decisões, que refletem no sentido da soberania dos países e do poder jurisdicional das cortes internacionais. Para tanto, é preciso esclarecer alguns conceitos, capazes de clarear o assunto, tais como, soberania, tratados internacionais, Constituição Federal, cortes internacionais e corte superior nacional. Desse modo, pretendemos oferecer um estudo sobre as possíveis condutas e sanções a serem tomadas pelos aplicadores do direito no que tange aos direitos internacionais e o direito constitucional dos países.

PALAVRAS-CHAVE:oberania; Cortes internacionais; Corte superior nacional.

ABSTRACT

The aim of this article is to clarify the importance of international law at present and their effects on national law, considering treaties ratified and the Federal Constitution of our country and for example jurisdictional limits, the application and enforcement of decisions of international courts and national posture of superior court, or Supreme Court on the matter, highlighting a practical case, the Araguaia Guerrilla.Thus, we face some confrontations of rules and decisions that reflect the meaning of state sovereignty and jurisdictional power of international courts. To do so, we need to clarify some concepts, able to lighten the subject, such as sovereignty, international treaties, federal constitution, international courts and national higher court. We intend to provide a study on the possible behaviors and sanctions to be taken by the executors of the law in relation to international rights and constitutional law countries.

KEYWORDS: Sovereignty, International Courts, Superior Court National.

INTRODUÇÃO

Assim como todos os ramos de estudos (as ciências exatas, biológicas ou humanas), pode-se afirmar que o Direito está passando por um momento global, ou seja, não é mais considerado isoladamente, mas sim, em um contexto de âmbito mundial.

Isso significa que não basta mais haver interpretações internas e completamente soberanas, surgindo a necessidade da aplicação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade entre os princípios e normas.

Primeiramente, precisamos entender o conceito de soberania. Nada mais é que o poder do Estado perante seu povo, seu limite territorial e toda sua cultura, ou seja, o poder do Estado para sua nação e os demais estados.

Para John Locke a soberania não reside no Estado, mas sim na população. Como bem postula José Afonso da Silva:

> Uma coletividade territorial, pois, só adquire a qualificação de Estado, quando conquista sua capacidade de autodeterminação, com a independência em relação a outros Estados. Foi o que se deu com o Estado brasileiro, proclamado independente em 1822, assumindo a condição de ente com poder soberano num território de mais de oito milhões e meio de quilômetros quadrados, com população superior a cento e setenta milhões de pessoas, com os fundamentos, objetivos (finalidades) e estrutura previstos nos arts.1º, 2º e 3º da Constituição (...). (DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, 2007, p.98).

Visto isso, é importante definirmos Constituição Federal: “é a carta maior do Estado", “a lei das leis”, “o conjunto de princípios e normas que servem de diretriz para as demais leis do ordenamento jurídico”.

Observamos que a Assembleia Constituinte, formada por juristas, estudiosos, políticos e homens do povo, a partir de um poder ilimitado e incondicional, define as bases, os alicerces de uma estrutura jurídica de um país, e assim elaboram a Constituição Federal. Com as palavras de Kelsen:

> A indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não poder ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (grundnorm). (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, 6ª ed., Tradução de João Batista Machado. Coimbra : Armênio Armado Editor, 1984, p. 269).

Para Ferdinand Lassalle, no livro “O que é uma Constituição?”, a Constituição é entendida no sentido sociológico, ou seja, é a soma de fatores reais do poder, sendo essa constituição efetiva e real, e a escrita, apenas uma “folha de papel”.

Já para Carl Schmitt, parafraseando o professor José Afonso da Silva, de acordo com os conceitos de Schimitt, na Constituição Brasileira, o entendimento é político, isso significa que é uma decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política. Assim, há distinção entre constituição e leis constitucionais. Aquela se refere a decisões políticas fundamentais, enquanto essa, aos demais dispositivos que compõe o documento sem cunho político fundamental.

Uma terceira corrente liderada por Hans Kelsen entende a Constituição em um sentido jurídico, ou seja, como norma pura, dever-ser, sem qualquer pretensão política ou sociológica, a qual serve de parâmetro, norma fundamental hipotética, com fulcro de servir como fundamento lógico e transcendental para as demais normas.

Dessa forma, observadas definições de soberania e Constituição, cabe conceituar os tratados internacionais, que nada mais são que os acordos ratificados pelos países a fim de definir direitos e obrigações uns para com os outros e assim, resguardar seu povo de possíveis violações de âmbito internacional. É importante que se destaque que a ratificação desses tratados é facultativa e uma vez realizada deve ser cumprida, até por uma questão de segurança jurídica, efetividade dos compromissos firmados e diplomacia.

Vejamos, os tratados no nosso ordenamento possuem uma previsão na própria Constituição Federal. O art. 49, inciso I, da CF prevê que "é da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos

internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

Isso indica que, apesar da assinatura dos tratados ser realizada pelo chefe do Poder Executivo, que é o Presidente da República, sua efetiva ratificação é realizada pelo Congresso Nacional. Caso o tratado seja sobre direitos humanos, essa votação será feita nos moldes de emenda constitucional, ou seja, com aprovação de três quintos das duas casas, em dois turnos, de acordo com a Emenda Constitucional nº. 45/2004, que modificou o artigo 5º, §3º, da Constituição Federal.

O internacionalista Valério de Oliveira Mazzuoli, em seu livro "Curso de Direito Internacional Público", denomina tal realidade de "controle de convencionalidade das leis". Tal denominação introduz uma nova concepção constitucional para o ordenamento, pois não se fala mais em constitucional e infraconstitucional, apenas. Agora, temos constitucional, supralegal e infraconstitucional.

Desse modo, na mesma obra, o autor define que o controle de constitucionalidade exercido de maneira difusa ou concentrada, deve observar não apenas a Constituição Federal, mas também os tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Nesse ponto, algumas interpretações jurisprudenciais ainda divergem, e são pontuais para nossa pesquisa.

Já para efetivação dos tratados internacionais, foram criadas as cortes internacionais, que tem o objetivo de fiscalizar e executar os tratados ratificados pelos países a fim de garantir sua efetividade.

No que se refere a tais cortes, convém ressaltar que são estas compostas por membros do Poder Judiciário de todos os países interligados pelo tratado, ou seja, possui jurisdição internacional, porém, sua eficácia se demonstra abalada uma vez que, a soberania dos países não pode ser violada baseada em um acordo internacional.

Quanto à origem dessas cortes, surgiram a partir da Liga das Nações, a partir de uma análise histórico temporal, cujos objetivos são manutenção ou obtenção da paz, desenvolvimento cultural, social e econômico, resolução de conflitos armados, entre outros.

Desse modo, com a globalização, nota-se que as organizações internacionais, cada vez mais, assumem mais relevância no cenário mundial, principalmente, após o massacre deixado pela Segunda Guerra Mundial.

Por essa razão, a busca da paz e da estabilidade global se fez necessária, para não

chegarmos ao caos absoluto.

Segundo Mazzuoli, em sua obra supracitada, da mesma forma que as cortes internacionais resguardam os tratados internacionais, os Estados possuem cortes supremas de âmbito nacional, que resguardam as constituições nacionais. Essas cortes têm a função de guardiãs das leis maiores e é delas a última estância judiciária dos países. Com o advento dos tratados internacionais, é de competência dessas cortes internas, analisar sua efetividade em âmbito nacional. Ocorre que, como vimos, os tratados passam pelos três âmbitos de poder, Executivo com a assinatura, Legislativo com a ratificação e Judiciário com a análise jurisdicional.

Contudo, apesar da importância das organizações internacionais e consequentemente dos tratados e das cortes que os resguardam, alguns confrontos entre jurisdição internacional e nacional estão ocorrendo.

Assim, chegamos aos principais problemas enfrentados no Direito Internacional atual, quais sejam: Como efetivar os tratados ratificados e não cumpridos?; A soberania de um país pode ser quebrada por uma corte internacional?; Há um conflito de jurisdições?

Essas são as questões com as quais nos deparamos e tentaremos esclarecê-las.

Enfim, buscaremos, agora, desenvolver o tema e chegar às conclusões mais plausíveis no que tange às decisões internacionais e sua efetividade no âmbito interno do nosso país, considerando a inviolabilidade de nossa soberania, e a competência e jurisdição das cortes internacionais e da corte suprema nacional.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1. Supremo Tribunal Federal:

Como vimos existem cortes nacionais que exercem o papel de guardiã da Constituição nos ordenamentos jurídicos.

Observamos que existem dois sistemas que regem o exercício dessas cortes, o sistema norte-americano e o sistema europeu, segundo Pedro Lenza.

O primeiro é fundado no critério difuso, que resolve questões constitucionais em todos os âmbitos de jurisdição, sendo o caso concreto resolvido. Porém, a análise específica da constitucionalidade de certa norma é exercida apenas pela corte superior, com o controle

concentrado.

Já o segundo, o sistema europeu, por sua vez, O segundo, por sua vez, é de natureza política e ideológica, com a institucionalização das cortes constitucionais em 1920, como tribunais específicos e únicos para exercer o controle de constitucionalidade.

Notamos, que o Brasil adota o sistema norte-americano ou seja, exerce o controle de constitucionalidade difuso por qualquer órgão jurisdicional e o controle concentrado por sua corte superior, guardiã da Constituição, o Supremo Tribunal Federal.

De acordo com a Constituição Federal brasileira, o Supremo Tribunal Federal é composto por onze ministros, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dente cidadãos brasileiros natos, com idade igual ou superior a trinta e cinco anos e inferior a sessenta e cinco anos, com reputação ilibada e notável saber jurídico, previsto no artigo 101 da Constituição Federal.

Percebemos que, apesar dos integrantes da nossa corte suprema serem escolhidos de acordo com sua capacidade jurídica e reputação exemplar, a escolha é feita pelo chefe do Poder Executivo, com aprovação dos membros do Poder Legislativo, o que demonstra que a corte não é estritamente jurídica, possuindo um forte caráter político.

No que se refere às matérias de competência da Corte Suprema brasileira, há previsão na Constituição Federal, em seu artigo 102, que estabelece a divisão de tais matérias em três grupos: as de julgamento e processamento originário, que significam que é o único e definitivo juízo competente; as de julgamento de recurso ordinário, previstas no inciso II; e as de julgamento em recurso extraordinário, que são as causas em última ou única Instância, ou quando a decisão envolva as questões enumeradas no inciso III.

Como o próprio site institucional do tribunal prevê:

> Entre suas principais atribuições está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro.
>
> Na área penal, destaca-se a competência para julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional,

> seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros.
>
> Em grau de recurso, sobressaem-se as atribuições de julgar, em recurso ordinário, o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição. (STF, 2013).

Notamos, no que, no que diz respeito aos tratados internacionais, como já elencado, o papel do Supremo Tribunal Federal é o de exercício jurisdicional, ou seja, a utilização dos tratados como diretriz para análise dos casos concretos e das demais leis.

Ocorre que, em alguns casos práticos, a Corte Interamericana é requisitada por cidadãos que se veem em situação de risco ou de não tutela do Estado, e a morosidade do Supremo Tribunal Federal, que ocorre por conta do excesso de processos e julgamentos é fundamento para alegar o esgotamento dos recursos internos do ordenamento, requisito básico para processamento na Corte, segundo Valério Mazzuoli.

É preciso demonstrar que essa situação de esgotamento dos recursos internos e possíveis decisões divergentes entre corte suprema nacional e cortes internacionais, podem ocorrer com qualquer corte a qual o Brasil esteja vinculado por meio de um tratado assinado e ratificado pelo Congresso Nacional.

Ressaltamos que a citação da Corte Interamericana é apenas a título exemplificativo, pois é dela que emanam as situações que estão em destaque na divergência de sentenças entre Brasil e Corte Internacional, e o enfoque do artigo está mais voltado para o caso específico da Guerrilha do Araguaia.

Portanto, como vimos, o Supremo Tribunal Federal é a corte suprema em nosso ordenamento, que é responsável pelo julgamento de recursos em última instância ou pelo controle concentrado de constitucionalidade, em que os tratados tem total vínculo com as decisões do Supremo e a política acaba interferindo em alguns pontos.

1.2. Organizações internacionais

As organizações internacionais são Estados que se unem por livre e espontânea vontade, dispostos a atingir um objetivo em comum.

Convém ressaltar, que os primeiros acordos formadores dessas organizações foram acerca de direitos humanos e responsabilidades humanitárias tendo em vista as duas guerras mundiais que a humanidade enfrentou, e que por uma questão lógica de sobrevivência não

podem sustentar um terceiro e fatal conflito.

Dentre as organizações internacionais, a Organização das Nações Unidas é a maior no âmbito mundial, pois engloba a maioria dos Estados, sendo 192 atualmente, segundo o site institucional do órgão e tem o objetivo de manter a paz e a segurança internacionais, de acordo com o artigo primeiro:

> Manter a paz e a segurança internacionais, e para esse fim: tomar coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz; (Art. 1º, Carta das Nações Unidas)

Em seguida temos a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que trás em seu preâmbulo:

> Apresente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações e como o objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade, que, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. (Preâmbulo, Declaração Universal dos Direitos do Homem).

Com essas considerações de alguns acordos internacionais que formam organizações universais é possível perceber que os objetivos são bem direcionados à defesa dos povos, independente dos Estados.

A partir disso, é de extrema relevância que esses acordos e tratados sejam cumpridos com efetividade, ainda mais pelos próprios Estados que os constituem.

Ocorre que havendo discrepância entre as normas internacionais dos tratados e as de caráter interno e nacional, chegamos a uma nova discussão, que atinge a soberania dos Estados e a própria jurisdição.

Então, percebemos que as organizações internacionais possuem sua origem baseada nas necessidades dos homens em se proteger de novas guerras, de novas atrocidades.

Além disso, cabe salientarmos que, existem organizações econômicas, baseadas na globalização, que é outra forma de união dos povos , sendo que o principal impasse dessas organizações, que em tese, possuem um caráter completamente benéfico as Estados, é a administração das normas internacionais e as normas internas.

Esse é um panorama geral e *lato senso* das organizações internacionais, sendo que o nosso caso analisado é mais estrito e específico.

3.3 Corte Interamericana de Direitos Humanos:

Antes de analisarmos o funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é preciso destacar sua importância e o motivo pelo qual essa Organização Internacional será analisada com mais profundidade em detrimento de outras que o Brasil faz parte.

A justificativa se encontra no constante exercício da Corte Interamericana, que tem grande participação ativa em decisões internacionais, das quais o Brasil faz parte.

Portanto, é de grande valia um órgão internacional ativo e frequente em relação a nosso ordenamento para que a discussão entre jurisdição internacional e nacional fique clara e perceptível na prática e não apenas na teoria.

Dessa forma, primeiramente destacamos que, o Brasil sendo signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos desde 1992 (mil novecentos e noventa e dois), convenção esta pautada nos direitos do homem que abrangem os países signatários da América, fica sujeito às suas normas e procedimentos, de acordo com o DECRETO LEGISLATIVO N. 89, de 3 de dezembro de 1998.

Tal Convenção Interamericana, possui o seguinte trâmite o cidadão de algum país signatário da convenção, no momento em que se sinta lesado, com seus direitos humanos violados pelo Estado do qual ele se origina, recorre à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Ocorre, que essa Comissão faz, na verdade, uma triagem para que o caso seja analisado e direcionado ou não para o julgamento da Corte Interamericana.

Isso significa que nem todos os casos apresentados à Comissão serão julgados pela Corte, uma vez que, são necessários alguns requisitos de admissibilidade para o julgamento.

No que se refere à composição da Comissão, podemos observar que é formada por sete membros de nacionalidades diferentes, eleitos por um mandato de quatro anos e podem ser reeleitos apenas por mais um mandato, artigo 2º, do REGULAMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

Já quanto à votação da Comissão, a mesma será feita pelos países membros da convenção. Três dos sete terão um mandato de apenas dois anos, que serão selecionados por sorteio. Dentre as funções da comissão temos a proteção dos direitos humanos, recomendações a estados-membros que estejam na iminência de violação dos direitos humanos, apresentação anual de relatórios sobre a atuação da comissão e análise de petições para posterior julgamento da corte. Os requisitos para que a petição seja recebida são basicamente: esgotamento dos recursos internos; previsão na convenção do direito violado; declaração do país membro sobre a aceitação da competência da comissão e da corte, tudo previsto na Convenção.

Os requisitos de admissibilidade da ação normalmente são preenchidos pela vítima, contudo, a defesa dos Estados sempre apresentam contestações, tais como, o não esgotamento dos recursos internos, visto que, a maioria dos casos se encontra em análise pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, é preciso lembrar que o Supremo Tribunal Federal é de composição jurídica, mas também política. Dessa forma, a morosidade no julgamento de violação a direitos humanos que vão contra o Estado pode ser tendenciosa.

Uma vez aprovada a petição pela comissão será submetida ao julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa corte é composta por sete juízes de reputação ilibada e conhecimento relevante sobre direitos humanos, que possuem mandato de seis anos, sendo possível a reeleição por mais uma vez. Três dos juízes cumprirá mandato de três anos, e serão escolhidos por sorteio. A votação será feita pelos países membros, representados na Assembleia de Organização. O julgamento será feito pela corte com sentença devidamente fundamentada. As sanções são interrupção da violação dos direitos humanos, reparação de danos às vítimas e multas. (Art. 52, 61 a 65, Convenção Interamericana de Direitos Humanos).

A partir desse momento, surgem os problemas de confronto de jurisdição começam, pois algumas punições sentenciadas pela Corte podem não ser aceitas pelos tribunais superiores internos dos países, havendo discussão sobre a invasão da soberania e o não cumprimento do *"pacta sunt servanda"*.

3.3 Conflito de jurisdições

Para se falar em conflito de jurisdições delinearemos a definição de jurisdição.

De forma simplificada e em breves palavras, jurisdição é o poder de aplicar a justiça, exercido pelo Estado sobre seu povo e perante os outros estados. As funções do Estado são divididas em três: Legislar, Executar e Julgar. A jurisdição se encontra na função de julgar do Estado, ou seja, de aplicar a justiça de acordo com as normas constitucionais e processuais para a resolução de litígios, com fulcro no poder do Estado.

Algumas das características da jurisdição, segundo Sabrina Dourado, Mestre em Direito Público pela UFBA e doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Buenos Aires (UBA) são: Monopólio do Estado; Inércia; Imparcialidade; Substitutividade; Competência para fazer coisa julgada, de acordo com

Quanto ao monopólio do Estado em exercer o poder jurisdicional, podemos afirmar que se encontra relativamente mitigado, pois a arbitragem já ocupa um espaço considerável em nosso ordenamento. Porém, para nossa análise a arbitragem não é cabível por se tratar de direitos indisponíveis (direitos humanos), sendo então, o Estado único a exercer a jurisdição para esse fim.

No que se refere à Inércia, esta é característica típica do Poder Judiciário como um todo, pois depende de provocação para exercer sua função, ou seja, até que seja requisitado, não age de ofício.

Já a Imparcialidade, é outra característica típica do Poder Judiciário, uma vez que, para um julgamento justo e correto não pode haver interesses particulares interferindo na atividade jurisdicional.

A outra característica típica do Poder Judiciário é a Substitutividade, que se refere à substituição das partes pelo Estado, ou seja, por não poder praticar a justiça com as próprias mãos cabe ao Estado resolver os litígios.

Por fim a competência de fazer a coisa julgada é o ápice do poder jurisdicional. Isso significa que quando a coisa julgada é alcançada o litígio está resolvido e os recursos sobre o tema estão esgotados.

Para Fábio Alexandre Coelho, processualista, a jurisdição não se encerra na aplicação da decisão, pois ataca o caráter sociológico de pacificação social:

> No exercício da jurisdição, o Estado, por meio do Poder Judiciário, busca não apenas solucionar o conflito, considerado em si mesmo, e impor compulsoriamente a observância da decisão, se não for observada voluntariamente. Na verdade, a finalidade ultima da atividade jurisdicional é a pacificação social. Com efeito,

> somente com a solução dos conflitos é que será possível ao homem viver de forma adequada em sociedade, visto que os conflitos trazem intranquilidade social, colocando mesmo em risco a própria existência humana. Portanto, num sentido amplo, fala-se em escopos ou finalidades que o Estado almeja alcançar através do exercício da jurisdição. Esse três escopos ou finalidades são descritos como sendo de ordem social, política ou jurídica. (Coelho, Fábio Alexandre. Teoria Geral do Processo, p. 14, 1ª ed., 2004).

Essa é a noção básica de jurisdição.

Com isso, percebemos que se, tanto o Supremo Tribunal Federal, corte superior do Estado brasileiro, como a Corte Interamericana de Direito Humanos, órgão internacional do qual o Brasil faz parte, exercem o poder jurisdicional, ambos possuem jurisdição e competência para produzir a coisa julgada.

Dessa forma, há o seguinte questionamento: E qual o limite dessa jurisdição, qual o limite dessa competência?

Essas respostas estão longe da pacificação, existindo entendimentos para várias possibilidades.

Como observamos, o Supremo Tribunal Federal teria limite na Constituição Federal e no limite territorial do Brasil.

Já a Corte teria limite na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e no limite territorial dos países signatários.

Todavia, temos entendimento do “controle de convencionalidade” trazido por Valério Mazzuoli, e a partir de então, o Supremo Tribunal Federal também passaria a exercer sua jurisdição com parâmetro na Convenção Interamericana e talvez decidir de forma divergente à da Corte.

Então, passamos para o caráter principiológico da jurisdição.

Como bem colocado pelo professor Fábio Alexandre Coelho o principal fim da jurisdição não é a imposição da decisão, mas sim, a pacificação social, o bom convívio entre os cidadãos e entre o Estado e os cidadãos.

Por isso, ao falarmos de exercício jurisdicional de órgãos diferentes como o Supremo e a Corte, é preciso que se busque a pacificação social, a satisfação das partes, o sentimento de justiça, sentimento de harmonia.

É óbvio que a parte derrotada em um processo não ficará extremamente satisfeita, mas ficará ciente de que o Estado está observando os litígios e assegurando soluções para sua proteção.

Observamos ainda que, caso haja divergência entre as decisões da Corte e do Supremo, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser aplicados.

Assim, com decisões razoáveis e proporcionais pode-se encontrar um ponto de equilíbrio entre os órgãos jurisdicionais.

Em razão disso, é importante a presença de membros de outros Estados signatários na Corte, que podem auxiliar de forma mais imparcial na busca desse equilíbrio.

Notamos, que o conflito de jurisdições deve-ser resolvido de forma equilibrada, justa e harmônica, tendo em vista que o principal fim da jurisdição é a pacificação social.

Enfim, cabe ainda frisar que a diplomacia, a diplomacia, o respeito para com os demais países signatários e a própria tutela dos direitos humanos devem ser substratos para que os órgãos jurisdicionais cheguem a um consenso.

2. CASO PRÁTICO ENTRE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:

O caso mais impactante no que tange a posições divergentes entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos é sobre a Lei 6.683/79, Lei de Anistia, e o caso da Guerrilha do Araguaia, que será mais detalhado, segundo Renato Souza Dellova.

Nessa ocasião, isto é, em 26 de março de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos as questões atinentes à Guerrilha do Araguaia, o Caso “Julia Gomes Lund e Outros”, que estava sob sua análise desde 7 de agosto de 1995.

Na alegação dos autores, a denúncia versou sobre a detenção ilegal e arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de aproximadamente 70 (setenta) membros do movimento conhecido como Guerrilha do Araguaia entre os anos de 1972 e 1975 e da posterior falta de investigação desses atos, o que se encontra na Lei n° 6.683, de 28 de agosto de 1979, Lei da Anistia, com o sigilo permanente sobre documentos a respeito dessa atividade do Estado.

No ano de 2008, a Comissão Interamericana emitiu o relatório de mérito do Caso, no qual formulou recomendações ao Estado brasileiro, porém, entendendo que estas não haviam

sido cumpridas a contente, decidiu encaminhar o Caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Após ouvir a defesa de ambas as partes (vítimas e Estado Brasileiro), testemunhas e peritos, em audiência, a Corte passou a elaborar a sentença.

Frisamos ainda, que o Estado brasileiro alegou algumas considerações processuais, tais como a falta de competência da Corte e o não esgotamento dos recursos internos. Alegações essas que foram parcialmente deferidas, uma vez que, o Brasil reconhece a competência da corte a partir de 1998, a partir de quando a corte passou a analisar os fatos.

Em 24 de novembro de 2010 a Corte prolatou a sentença, que foi divulgada em 10 de dezembro do mesmo ano, em que o Brasil foi condenado pelo desaparecimento de pessoas durante a Guerrilha do Araguaia, violando, portanto, direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3º), à vida (artigo 4º), à integridade pessoal (artigo 5º) e à liberdade pessoal (artigo 7º), bem como pela violação dos direitos às garantias judiciais (artigo 8º) e à proteção judicial (artigo 25º), previstos na Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Considerando que as violações ocorreram de fato, a Corte condenou o Brasil a: determinar o paradeiro das pessoas desaparecidas; identificar os restos mortais das vítimas; proporcionar tratamento psicológico e psiquiátrico aos familiares das vítimas, custeado pelo Estado; divulgação na íntegra da sentença no Diário Oficial do país, devendo ficar disponível na internet por um ano; Providências essas, que deveriam ser tomadas nos 6 (seis) meses posteriores à notificação do Estado.

Além disso, o Estado também deveria realizar um ato público de reconhecimento da violação dos direitos humanos, com a presença de autoridades competentes, das vítimas e familiares, aberto ao povo.

Dessa forma, embora o Estado brasileiro devesse acatar tais sanções, não o fez, mas sim recepcionou a Lei de Anistia como constitucional e, portanto, considerou legítimos os atos praticados durante a Guerrilha do Araguaia.

É nesse ponto que percebemos o conflito de jurisdições e a dificuldade da execução da sanção aplicada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A corte decidiu que houve violação de direitos humanos e aplicou sanções contra o Estado.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal entende que a lei que seria inconstitucional e daria validade à decisão da Corte Interamericana, é na verdade, constitucional. Empresto aqui as sábias palavras de Renato Souza Dellova:

Considerando, minimamente, a teoria dos sistemas, parece mais adequado sugerir

> que o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e o sistema jurídico brasileiro são dois sistemas distintos e autônomos, uma vez que possuem regras e racionalidades diferentes, possuem limites próprios e se diferenciam do seu entorno e entre si. A partir disso, a experiência brasileira de participação no Sistema Interamericano se mostrou positiva, com importantes avanços no campo dos direitos humanos. As relações travadas pelos dois sistemas devem, para o aprimoramento dessa experiência, ser de interação e não de antinomia. O Estado brasileiro não tem interesse em romper essas relações, negar ou promover violações dos direitos humanos no país, conforme os fundamentos, objetivos e princípios determinados pelos artigos 1°, 3° e 4° da Constituição Federal. O importante mesmo é promover a interação entre os dois sistemas, ao invés de fomentar a antinomia ou a rivalidade entre eles. Uma proposição que pode colaborar com a interação entre os dois sistemas é a edição de normas que regulamentam o cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, possibilitando algum grau de harmonização das diferenças entre os dois sistemas e, assim, a melhor comunicação entre eles. (DELLOVA, Renato Souza. Considerações sobre o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a Lei de Anistia no Brasil)

E esse é o caso mais impactante julgado pela Corte Interamericana e não acatado pelo ordenamento brasileiro com a defesa do Supremo Tribunal Federal, deixando claro a necessidade de regulamentação do cumprimento desse tipo de sanção, para que conflitos de jurisdição como esse não sejam frequentes.

CONCLUSÃO

Com toda a análise chegamos a uma conclusão de que o Direito Internacional está cada vez mais inserido em nosso ordenamento, e sua repercussão é cada vez mais incisiva e presente.

Dessa forma, é essencial que o ordenamento jurídico brasileiro passe a produzir por regulamentação legal, seja por doutrinadores, seja pela jurisprudência dos Tribunais Superiores e principalmente do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido.

Na prática o que vimos é que pautado na soberania dos países as decisões da Corte

Interamericana acaba sendo de efeito diplomático e não prático, uma vez que se o tribunal superior do país decidir de forma diversa à corte e não houver regulamentação interna para verificar essa antinomia, não chegaremos ao equilíbrio fundamental para a justiça das decisões.

Quanto ao caso prático apresentado os familiares de vítimas da Guerrilha do Araguaia estão com seus direitos fundamentais em constante violação e apesar da Corte Interamericana de Direitos Humanos ter decido a favor deles o Supremo Tribunal Federal tem a palavra final dentro do território brasileiro e, enquanto aceitar a Lei de Anistia, nada será modificado.

Por fim, percebemos que a atualização legal e interpretativa é fundamental para resolver o conflito de jurisdições entre Estado e organizações internacionais. Possivelmente, com essa regulamentação tais conflitos terão solução e o Direito Internacional em conjunto com o Direito Constitucional Brasileiro formarão a desejada unidade do ordenamento como um todo.

REFERÊNCIAS

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo,* São Paulo, 2007, p.98.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, 6ª ed., Tradução de João Batista Machado. Coimbra : Armênio Armado Editor, 1984, p. 269.

Site do Supremo Tribunal Federal.

Carta das Nações Unidas.

Preâmbulo, Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Coelho, Fábio Alexandre. Teoria Geral do Processo, p. 14, 1ª ed., 2004.

DELLOVA, Renato Souza, Considerações sobre o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a Lei de Anistia no Brasil.

LASSALLE, Ferdinand. “O que é uma Constituição?”.

MAZZUOLI, Valério. Curso de Direito Internacional Público.

LENZA, Pedro. Esquematizado Direito Constitucional.

DOURADO, Sabrina. Considerações sobre jurisdição.

A SÚMULA nº 443 E A PROTEÇÃO À DISPENSA ARBITRÁRIA DO EMPREGADO SOROPOSITIVO. ATIVISMO JUDICIÁRIO NECESSÁRIO OU DESNECESSÁRIO

Raquel Cristina Silva NEVES[1225]

RESUMO

O presente artigo centra-se na proteção contra a dispensa discriminatória para os trabalhadores portadores de HIV conferida pela Súmula nº 443 editada pelo TST. Muito embora já houvesse no ordenamento jurídico brasileiro normas visando a proteção geral contra a discriminação estas, seja pela generalidade ou, naquela que é mais específica (Lei nº 9029/95) pela omissão quanto ao caso dos empregados doentes, deixaram lacunas prejudiciais àqueles que se viram privados do trabalho por conta de uma doença estigmatizante. Desta forma, a atuação do TST, como se quer demonstrar não foi de invasão à esfera legislativa, antes, foi de uma interpretação abrangente do que já está sedimentado na legislação, todavia, sem até então alcançar a efetividade que se verifica neste precedente do judiciário trabalhista.

RIASSUNTO

Questo articolo centrasi nella protezione contro il licenziamento dei lavoratori malato della HIV che viene garantita nella Súmula nº 443, a cura dello TST. Nonostante già há avuto nella legislazione brasiliana norme mirando uma protezione generale contro la discriminazione questa, sai per la sua generalità oppure, sia perche piú specifica (Legge 9029/95) perchè omitesse quanto ai casi dei lavoratori malati, havevano lasciato alcune lacune dannosi per coloro che sono stati privati di lavoro a causa di uma malattia stigmatizzante. In questo caso la performance del TST, come serai dimonstrato non invade la sfera legislativa, prima, riprisenta uma interpretazione più abrangente di ciò che è giá stabilito nella normativa, tuttavia, senza verificare l'efficacia di questa giurisprudenza della magistratura del lavora.

PALAVRA-CHAVE: Súmula 443, discriminação, portador do vírus HIV, ativismo judiciário.

PAROLE CHIAVE: Súmula 443, discriminazzione, sieropositività, ativismo giudiciàrio.

[1225] Mestranda em Ciências Jurídicas pela UENP, Especialista em Direito do Trabalho (CESUMAR), Professora de Direito pela PUC-PR, advogada trabalhista.

INTRODUÇÃO

O estudo visa analisar a proteção que foi conferida pela Súmula nº 443 contra a ruptura contratual motivada por discriminação contra empregados portadores de doenças graves, doenças estas que redundem em estigma e preconceito.

Concentra-se a análise nos casos relativos aos trabalhadores portadores de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, porquanto a Súmula foi editada a partir de reiterados julgados unânimes sobre casos específicos de demissão arbitrária de empregados com HIV.

A partir de uma análise do que já consta no ordenamento jurídico nacional como medidas de coibição de toda forma de discriminação, forte naquelas que são mais especificamente dirigidas ao contrato de trabalho, verifica-se a ineficácia da norma na proteção do trabalhador discriminado por motivo de doença grave, principalmente infectocontagiosa como é o caso do HIV e, defende-se a necessidade de um pronunciamento judicial garantidor da integração do sistema jurídico de modo a dar efetividade ao princípio da não discriminação.

1. A SÚMULA nº443 DO C. TST E A PROTEÇÃO CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA DO EMPREGADO SOROPOSITIVO

Em setembro de 2012 o TST editou a Súmula nº 443 que, reputa discriminatória e, portanto, impõe a reintegração do empregado que, portador de doença grave que enseje estigma ou preconceito, tenha sido sumariamente demitido.

Esta condição afronta diametralmente o direito até então reconhecido como sendo potestativo, do empregador de dispensar qualquer empregado, desde que não possuidor de estabilidade.

A legislação trabalhista aponta como sendo empregados detentores de estabilidade provisória: a gestante, o empregado eleito para ocupar um cargo na CIPA, o dirigente sindical e o empregado que sofreu acidente de trabalho e ficou afastado recebendo benefício previdenciário acidentário.

Quanto aos demais empregados, não detentores de estabilidade, não há restrição à dispensa, restando-lhes o direito de receber a indenização fundiária de 40% (quarenta por

cento) caso venham a ser dispensados sem justa causa, eis que, ao empregador é assegurado o direito de dispensá-los a qualquer tempo sem ter que dar causa a este ato, ou seja, não apresentando seus motivos.

A Constituição Federal de 1988 havia firmado posição no sentido de se coibir qualquer forma de dispensa arbitrária, é o que se verifica no art. 7º, I que assegura a proteção do trabalhador contra *despedida arbitrária ou sem justa causa*.

Não é o caso de aqui tentar definir a exaustão o que vem a ser despedida arbitrária, todavia, numa consideração razoável, arbitrária seria a despedida do empregado que não fosse motivada por algum aspecto técnico, financeiro ou de adequação do próprio empregado à rotina da empresa, neste sentido Celso Ribeiro de Bastos (1989, p. 412/413), em corajosa obra editada logo após a promulgação do Texto Constitucional, esclarece:

> Em nível doutrinário pode-se entender a despedida arbitrária como sendo aquela que decorre de um abuso do direito do empregador. Com efeito, embora inexistindo a estabilidade e, em consequência, prevalecendo o direito de despedida, ainda assim, este há de ser feito valer com a moderação própria ao exercício de qualquer direito, máxime quando se trata de um com tantas repercussões na vida dos outros.
>
> É arbitrária, pois, a despedida não antecedida de razões ponderáveis para que ela se dê. É fruto, pois, do capricho, do humor, ou mesmo do propósito deliberado de causar um malefício ao empregado, aí podendo se incluir também a chamada despedida obstativa, qual seja, aquela que visa a impedir que o empregado adquira determinado direito.[1226]

Muito embora inovador, o texto constitucional condicionou a proteção contra a despedida arbitrária a texto de lei complementar que deveria prever sua regulamentação e eventuais consequências advindas da adoção pelo empregador da dispensa arbitrária.

Este texto de lei jamais existiu, restando ao empregado imotivadamente demitido, apenas a indenização da dispensa sem justa causa consubstanciada na multa de 40% sobre o saldo fundiário.

[1226] . Nos dizeres do próprio autor a obra, iniciada em dezembro de 1985 Comentários à Constituição do Brasil, acompanhou o período de convocação dos Constituintes e a preparação dos anteprojetos ofertados, inclusive depoimentos e palestras nas duas Casas Legislativas, ou seja, é possível destacar que incorporou o próprio espírito constituinte.

Ocorre, porém, que esta liberdade do empregador de despedir sem motivar, em diversas ocasiões coloca em uma mesma condição empregados que são demitidos por motivos econômicos: redução da capacidade produtiva, fechamento de setores; motivos técnicos: inadequação do empregado ao sistema produtivo e empregados que são despedidos porque simplesmente não agradam o empregador ou os chefes imediatos.

A dificuldade está, porém, em situações em que estes últimos são despedidos não só por não agradarem, mas porque carregam consigo algum elemento que dificulta sua inserção em qualquer novo ambiente de trabalho, o estigma, estigma este que recebe a resposta social do preconceito.

O ambiente de trabalho nada mais é do que um micro sistema social e as respostas nele apresentadas refletem o âmbito macro da sociedade que ainda se recente de muito preconceito contra o que não é igual, contra minorias.

Estigma é uma marca infamante, que outrora seria feita com ferrete principalmente para identificar o seu portador como sendo um escravo ou um criminoso, por tal razão o estigma cria a segregação no local de trabalho, afastando seu portador do convívio normal com os demais e com o próprio empregador que na maioria das vezes extirpa o *"mau pela raiz"*.

Aos poucos, foram surgindo nos tribunais trabalhistas uma onda de processos que têm tido por escopo o reconhecimento de que este poder do empregador deve ser mitigado quando se tratar de discriminação em face de empregados que estejam sofrendo discriminação em decorrência de serem portadora de doenças não ocupacionais que limitam sua capacidade para o trabalho, seja pelo fato de minimizarem suas forças físicas seja pelo fato de causarem um estigma dentro do ambiente de trabalho, afastando-os do convívio normal neste local.

Na análise da Súmula nº 443 é possível constatar que as decisões reiteradas dos Tribunais Trabalhistas que a embasaram foram no sentido de se proteger, mais especificamente, o trabalhador portador da *Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA)*, ou mais comumente AIDS, do preconceito do empregador.

Esta doença caracteriza o que se disse acima acerca do estigma, eis que, coloca seu portador numa condição de exclusão que muitas vezes é apenas velada, já que, como salienta NASCIMENTO (2005, p. 120), as minorias, tais como os portadores de HIV, continuam sofrendo discriminações, que por vezes são escondidas, havendo uma discriminação por via

indireta que não é escancarada, logo, dificilmente poderá ser provada pelo próprio empregado que dela é vítima.

O Brasil e, por consequência, nós brasileiros, gostamos de enfatizar que somos desprovidos de preconceitos, e aí reside um grande perigo porque compactuamos com a forma mais dissimulada deste mau, ou seja, praticamos justamente este preconceito velado que limita a própria defesa daquele que dele é vítima.

Neste sentido, justamente considerando a forma latente com que são cometidas as discriminações, surge esta preocupação dos juristas que se justifica ainda mais em face da grande massa de trabalhadores que dela estão sendo vítimas, pois, como identifica SANCHES (2006, p. 208):

> A persistência da epidemia da AIDS no país, bem como a progressiva mudança em seu perfil e a crescente feminização, atingindo grupos populacionais, cada vez mais amplos, tem gerado grande preocupação, pois a maior parcela das pessoas infectadas encontra-se na população economicamente ativa.

Uma das decisões que serviram de supedâneo para a uniformização da jurisprudência do TST através da Súmula nº 443 merece destaque pelos contornos que trouxe à questão:

> **RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DO VIRUS HIV. PRESUNÇÃO DE DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**. Presume-se discriminatória a ruptura arbitrária, quando não comprovado um motivo justificável, em face de circunstancial debilidade física causada pela grave doença em comento (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - AIDS) e da realidade que, ainda nos tempos atuais, se observa no seio da sociedade, no que toca à discriminação e preconceito do portador do vírus HIV. A AIDS ainda é uma doença que apresenta repercussões estigmatizantes na sociedade e, em particular, no mundo do trabalho. Nesse contexto, a matéria deve ser analisada à luz dos princípios constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana, à não-discriminação e à função social do trabalho e da propriedade (art. 1º, III, IV, 3° IV, e 170 da CF/88). Não se olvide, outrossim, que faz parte do compromisso do Brasil, também na ordem internacional (Convenção 111 da OIT), o rechaçamento a toda forma de discriminação no âmbito laboral. É, portanto, papel do Judiciário Trabalhista, considerando a máxima eficiência que se deve extrair dos princípios constitucionais, a concretização dos direitos fundamentais

> relativamente à efetiva tutela antidiscriminatória do trabalhador portador de doença grave e estigmatizante, como a AIDS. Pesa ainda mais a presunção de discriminação, no caso concreto, o fato de a Reclamada cessar o contrato de emprego com base em teste de produtividade, no qual o Reclamante certamente seria prejudicado em virtude do debilitado estado de saúde e do tratamento a que se submetia, ainda que tivesse sido facilitado pela Reclamada. **Recurso de revista conhecido e provido.**

O julgado reflete a ideia de que não se está coibindo o poder do empregador de promover a rescisão contratual, porém, o que a Súmula está resguardando é a presunção favorável ao empregado quando este encontra-se acometido de doença grave e estigmatizante, como é o caso da Síndrome da Imunodeficiencia Adquirida, de que a motivação, em tal caso, tem cunho discriminatório.

O direito do trabalhador infectado com o vírus da AIDS de não ser discriminado repercute principalmente no fato de que, hodiernamente, considerando a melhoria na condição de saúde que é propiciada pela gama de medicamentos que são ofertados, é possível que estes empregados mantenham-se plenamente capazes, não necessitando sofrer internações e, por consequência, sejam plenamente produtivos. Se são produtivos não há sequer um único fator técnico que possa ser atribuído pelo empregador para justificar a rescisão contratual, salvo, efetivamente o preconceito.

Não se pode olvidar ainda, como identifica VIEIRA (2011), que a AIDS ainda é considerada um câncer gay, mesmo que, como se constatou linhas acima, tenha havido uma contemporânea feminização da doença.

Assim, o papel do judiciário, através da Súmula nº 443, foi exercido no sentido de obstar a dispensa discriminatória do trabalhador portador de doença grave que possa constituir um estigma, porém, algumas questões se elevam no tocante a saber se esta decisão, principalmente ao impor ao empregador a reintegração em tais circunstâncias, não estaria invadindo a área de competência do legislativo ou se neste caso, o judiciário estaria apenas interpretando razoavelmente o próprio ordenamento jurídico, já que, deve sempre entregar a tutela jurisdicional não se furtando à lesão ou ameaça a direito.

2. O ORDENAMENTO JURÍDICO E A REGULAMENTAÇÃO CONTRA PRÁTICAS DISCRIMINATÓRIAS. EFICÁCIA OU INEFICÁCIA DA NORMA PARA COIBIR TAIS PRÁTICAS.

2.1 Dispositivos constitucionais

Diversas foram as regras trazidas pelo ordenamento jurídico constitucional para tratar de uma política antidiscriminatória, neste sentido, tem-se os artigos 1º, 3º, inciso IV, 5º e incisos, 7º, I, 8º, VIII, 23, 24, 37, 203, 227.

No próprio preâmbulo constitucional declara o escopo da: *construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.*

No citado inciso IV do art. 3º, muito embora seja traçada uma relação de situações em que se busca promover o bem de todos, sem preconceito, esta relação é tida expressamente como não exaustiva já que é objetivo da República promover o bem de todos livre de preconceitos *e quaisquer outras formas de discriminação*.

Estes preceitos constitucionais se inserem no que é denominado pela doutrina como sendo Direitos Sociais, que foram inovadoramente insculpidos no Diploma Constitucional de 1988 e que, porém, acirram inúmeros debates sobre sua efetividade prática, visto que, para muitos são vistos como meramente parte de um constitucionalismo simbólico que não se traduz em efetividade. Justamente a efetividade ou não das regras constitucionais é tema de amplo estudo de Ingo Wolfgang Sarlet (2008) que esclarece:

> Além disso, assume particular relevância a controvérsia em torno do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, uma vez reconhecida a sua condição de direitos fundamentais, o que, por sua vez, remete ao problema de sua eficácia e, por conseguinte, de sua efetividade.
>
> De outra parte, resulta evidente que a mera previsão de direitos sociais nos textos constitucionais, ainda que acompanhada de outras providências, como a criação de um sistema jurídico-constitucional de garantias institucionais, procedimentais, ou mesmo de outra natureza, nunca foi o suficiente para, por si só, neutralizar as objeções da mais variada natureza ou mesmo impedir um maior ou menor déficit de efetividade dos direitos sociais, notadamente no que diz respeito aos padrões de bem-estar social e econômico vigentes. Saber em que medida os direitos sociais, a despeito do regime jurídico que lhes foi atribuído

> pela Constituição (em que pese a controvérsia sobre qual exatamente é este regime jurídico), de fato representam mais do que manifestação de um constitucionalismo simbólico, já seria matéria mais do que suficiente para ocupar uma monografia de envergadura, e, por certo, não haveria como ser suficientemente discutido nos limites deste breve ensaio. Todavia, embora não seja o nosso propósito discorrer sobre o constitucionalismo simbólico, não há como desconsiderar que o tema guarda íntima vinculação (também) com o problema das resistências aos direitos sociais, seja no que diz com o uso meramente retórico do discurso dos direitos, seja no que diz respeito à sua eficácia e efetividade.

É certo, pois, que o próprio estudo desenvolvido pelo autor supra citado se mostra necessário justamente frente ao fato de que pouco se ousa na jurisprudência em dar reconhecimento à regra constitucional de cunho social, parecendo que esta é encarada como mero simbolismo vez que, encerra preceitos comprometidos com direitos fundamentais cuja efetividade seria questionável pela própria abrangência do tema.

Em que pese, pois, a existência de regras constitucionais claras tocantes à vedação a qualquer forma de preconceito e discriminação, tais regras raramente eram invocadas como forma de fazer reconhecer o direito dos empregados portadores de HIV de serem protegidos contra medidas arbitrárias dos empregadores, seja na admissão ou dispensa destes empregados.

Sérgio Pinto Martins (2005, p. 486) muito embora reconheça a proteção constitucional contra a discriminação, entende que os artigos que tratam do assunto constituem apenas “regras genéricas” sobre a matéria.

O estado de coisas em que vivemos e, mais notadamente no caso em análise a existência de um escancarado preconceito no ambiente de trabalho em relação aos portadores da SIDA, exige a tomada de postura do intérprete do direito no sentido de *expor-se à dialética do necessário no contato com a realidade social* (BRANCO, 2009)

2.2 A Lei nº 9029/95

Ainda no tocante à vedação a práticas discriminatórias que possam interferir no contrato de trabalho, seguindo os preceitos constitucionais, foi criada a Lei nº 9029/95.

Referida lei tem que ser enaltecida por ser um divisor de águas no tocante à regulamentação da coibição às práticas discriminatórias que ou impediam o candidato a obter uma vaga de trabalho ou impediam a permanência no empregado já registrado.

Verificando-se que o empregador procedeu adotou medidas discriminatórias, rescindindo o contrato de trabalho do empregado em tais casos, fica sujeito ao pagamento de uma indenização ou reintegração cabendo ao empregado a escolha, sem prejuízo da caracterização como criminosa da conduta do empregador que tentar produzir prova pericial da condição da mulher em relação à gravidez ou esterilização.

Todavia, em que pese o avanço ainda restaram lacunas a serem preenchidas, lacunas que possibilitam ainda a adoção de algumas práticas discriminatórias.

O art. 1º da Lei nº 9029, aponta claramente para a vedação legal à prática discriminatória no âmbito do contrato de trabalho, todavia, o faz numa relação que para muitos juristas ainda é considerada *números clausulus,* fato que impedia sua aplicação aos casos em que o móvel da discriminação fosse outro que não o constante no elenco legal.

Ficaram devidamente protegidas na referida lei contra a dispensa arbitrária, situações de dispensa motivada por sexo, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, salvo a proteção ao menor.

Muito embora alguns juízes afirmem que a esta lista é meramente exemplificativa, esta ambiguidade autorizou que muitos decisões judiciais considerassem válida a dispensa de empregados portadores e HIV e outros estigmas porquanto não tiveram assegurados no texto da Lei nº 9029/95 qualquer forma de proteção, já que a lei não fez qualquer referência à doença estigmatizante, orientação sexual, doença incapacitante, deficientes, entre outras situações capazes de gerar discriminação no âmbito do trabalho.

A magistrada do trabalho Ana Paula Sefrin Saladini (2010, p. 246), compactua esta concepção de se tratar de uma Lei pouco abrangente:

> Inobstante o esforço legislativo, o rol dos motivos ficou aquém do esperado, excluindo hipóteses como o fato do trabalhador ter uma vida pregressa, ou ser portador de doenças, apenas para citar alguns exemplos. Ademais, silenciou sobre a aplicação de penalidade para algumas práticas, de modo que até hoje essas lacunas não foram sanada pela legislação [...]

Assim, muito embora inovadora, a legislação não fecha o ciclo iniciado pela própria Constituição Federal em direção a uma implementação do reconhecimento da despedida arbitrária em situação de motivações meramente preconceituosas do empregador.

3. O ATIVISMO DO JUDICIÁRIO TRABALHISTA ATRAVÉS A SÚMULA nº 443

Como demonstrado acima, muito embora o ordenamento jurídico tenha previsões acerca do repúdio a práticas discriminatórias, não foi capaz de coibir efetivamente a adoção de medidas arbitrárias por parte dos empregadores que, até a edição da Súmula ora em análise prosseguiam dispensando empregados sem motivar, mas, indiretamente eram movidos por preconceitos velados.

Quer nos parecer que a Súmula nº 443, suprirá esta timidez legislativa, todavia, não sem causar algum questionamento sobra a atuação legiferante em tais casos, neste sentido, oportuna e pontual a abordagem do artigo de Ana Paula Tauceda Branco (2009), que discorrendo acerca do ativismo do judiciário, mais especificamente o judiciário trabalhista, a partir da Constituição Republicana de 1988, redefiniu seu papel antes meramente interpretativo para um papel atuante, comprometido com a efetivação dos direitos humanos fundamentais, dando, com isso, vida à Constituição.

Assim, muito embora o judiciário tenha assumido um certo protagonismo em relação ao Legislativo, o faz numa relação direita de integração direito-cidadania.

Não só no que se refere à nossa mais alta Corte Trabalhista o Tribunal Superior do Trabalho, em outros níveis o direito processual brasileiro na atualidade debruça-se sobre a crescente importância que se tem atribuído aos precedentes judiciais. Importam-se conceitos e métodos do *common law* na tentativa de operacionalizar o sistema ou, na falta da possibilidade de operacionalização, no intento de dar explicações ao que ocorre na práxis forense.

Muito se diz sobre o ativismo do judiciário, mas há que se constatar em que circunstâncias ele ocorre, BARROSO (2010) deixa bem claro que se trata de uma escolha do magistrado do modo de interpretar a norma constitucional ampliando-lhe o alcance mas isto associado a uma retração do Legislativo, não se trata, pois, de entrar em choque com a atuação Legislativa.

O fato é que a aplicação do direito exige que se dê atenção à história já construída pelo Judiciário em decisões anteriores, a fim de que se encontre uma coerência entre as

decisões judiciais e se possa alcançar a tão almejada segurança jurídica. É o que, em linhas gerais, propõe DWORKIN (2006, p. 133): que o juiz, ao decidir um caso concreto, aceite "um princípio superior e independente – o princípio da integridade", independentemente das suas convicções acerca da justiça, levando os direitos a sério e sendo mais um colaborador no desenvolvimento de uma história, atentando para o que já se fez no passado, assumindo o seu papel de romancista em cadeia, com o que não está autorizado a romper, mas somente a aperfeiçoar.

MARINONI enxerga o precedente sob duas óticas: da segurança jurídica e da igualdade. Para ele, é dever do Estado "tutelar a confiança do jurisdicionado, no exato sentido da previsibilidade", além de ser inadmissível que se ofereçam decisões diversas a casos iguais.

A partir disso, sobreleva-se a importância das súmulas editadas pelos tribunais pátrios, que servem como parâmetros para as decisões dos outros órgãos jurisdicionais. Não se pode negar o caráter facilitador das súmulas no momento da aplicação do direito pelo juiz. O instrumento é necessário, até mesmo diante da imensa quantidade de informações a que as pessoas são submetidas diariamente.

A edição de súmulas pelo Poder Judiciário e o respeito aos precedentes de um modo geral não significa e não pode significar que este poder esteja legislando. A integridade defendida por Dworkin, com vistas ao sistema do *common law*, é perfeitamente aplicável ao sistema brasileiro, de origem romana. O respeito aos precedentes é importante também aqui, muito embora se tenha uma atividade legislativa profícua e até mesmo porque aqui se tem essa atividade.

Explica-se: não obstante a atividade legislativa brasileira seja grande, o juiz deve estar atento para os precedentes, enxergando para além da lei, a fim de que consiga observar o seu objeto compreendendo o todo do ordenamento, para que a sua decisão esteja em consonância com a Constituição, com a lei e com a história do já decidido. Ademais, a profícua atividade legislativa no Brasil abre os caminhos para uma maior atividade do Poder Judiciário, uma vez que em muitos casos a redação dos dispositivos legais não é adequadamente formulada, abrindo margem para interpretações e até mesmo para a ofensa à ordem constitucional. Dessa forma, legitima-se por dois vieses o respeito aos precedentes.

Não cabe aqui a discussão sobre a qualidade das decisões das quais decorrem os precedentes produzidos ou a forma como estes vêm sendo aplicados, pois estas questões requerem análise aprofundada em outra esfera. O que se propõe aqui é defender a necessidade

de atenção aos precedentes como fatores de otimização da atividade jurisdicional e, para isso, sem dúvida, os precedentes se mostram adequados.

A existência de um mecanismo que possibilite aos tribunais a edição de súmulas para dar publicidade ainda maior aos seus entendimentos sobre as questões que lhes são submetidas é de grande auxílio, não implicando, a princípio e em tese, na invasão de competência entre as funções estatais.

Aqui cabe a menção às críticas levantadas por Lenio Streck e Georges Abboud, para quem "quando se faz uma súmula ou uma 'ementa', busca-se sequestrar todas as possíveis contingências que venham a irritar 'o sistema'". Os referidos autores destacam o caráter anti-hermenêutico de se igualar texto e norma e lei e direito a partir da utilização de uma súmula "de forma atemporal e a-histórica". De fato, qualquer tentativa de aplicação dos precedentes e súmulas sem a devida contextualização caracterizará uma ofensa à hermenêutica, que já demonstrou ser impossível que se anteveja todas as hipóteses de aplicação de uma norma.

Entretanto, reafirme-se, o que se defende aqui é a correta leitura do precedente, aqui entendido no seu sentido amplo. E essa correta leitura implica na análise dele frente à Constituição e à própria lei. Tão só a crítica à necessidade de respeito aos precedentes é pouco. A afirmação do caráter anti-hermenêutico das súmulas não se sustenta diante dos benefícios do sistema de precedentes, desde que bem formulados e adequadamente aplicados.

Por obvio, a elaboração da lei é mais lenta do que a evolução da sociedade e, sendo assim, passa-se a exigir do Judiciário as respostas que não são dadas pelo legislador. Tal fato é natural, já que cabe ao Estado a pacificação social e, se o perfil do legislador silencia, o perfil do julgador fará o enfrentamento da questão.

Ressaltando este quadro, convém relembrar, como dito linhas acima, que a regra constitucional do art. 7º, I que assegura como direito dos trabalhadores a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária, até os dias atuais padece de regulamentação.

A grande problemática disso é saber até que ponto o Judiciário está autorizado a caminhar sem que isso implique em uma atividade legislativa. A inovação judicial sempre deverá estar ancorada no ordenamento jurídico estabelecido. Inovar na formulação do precedente é uma conduta de extremo risco e o Judiciário está legitimado a fazê-lo, já que é provocado (aqui reside o caráter democrático desse agir), mas desde que em atenção à integridade que deve nortear a sua atuação. A inovação pura e simples (não-autorizada), sem base em qualquer dispositivo constitucional ou legal, não é da competência do Poder Judiciário, cabendo, esta sim, ao Legislativo, representativo das mais variadas linhas ideológicas da sociedade.

Então, diante da tênue linha entre a inovação autorizada e a inovação não-autorizada e considerando que na formulação e aplicação de um precedente a questão central é de hermenêutica, muito embora seja o respeito aos precedentes necessário para promoção da segurança jurídica e da igualdade, o encontro da resposta correta passa, antes, pela construção adequada da decisão judicial, que deve considerar o contraditório como sua base formadora, ou seja, tudo quanto for alegado e provado pelas partes deve ser sopesado pelo juiz na primeira instância e, na hipótese de recurso, a segunda instância deve levar em conta a construção do magistrado *a quo* em conjunto com as partes e, se ainda assim houver nova insurgência recursal, os tribunais superiores não podem ser autorizados a desprezar toda a construção até então formulada.

Que sejam as súmulas padrões de otimização do sistema e não de engessamento da decisão judicial, que é um construir coletivo e, por isso, democrática. Para que isso seja possível, necessária se faz a correta construção da decisão judicial, que leve em conta Constituição, leis, precedentes, mas que analise o caso concreto, para que o Judiciário não seja um carimbador ou um formulador de teses desapegadas de qualquer ligação fática.

CONCLUSÃO

A Súmula nº 443 representa uma abrangente atuação do judiciário em prol da implantação de uma medida contra a discriminação aos portares de HIV e outras doenças que causem preconceito no ambiente de trabalho. Esta atuação sem dúvida pode sim vir a ser taxada de ativismo, todavia, há que se reconhecer que se trata não de um ativismo criador do preceito jurídico, mas apenas revelador da abrangência estabelecida pela própria constituição para coibir qualquer forma de discriminação.

O judiciário não pode quedar-se inerte frente a existência do desrespeito aos preceitos que visam resguardar, acima de tudo, o irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana, como já assegurado no ordenamento jurídico porém, não efetivado.

Como se viu, linhas acima, vários são os artigos constitucionais que vedam toda forma de discriminação, inclusive foi editada a Lei 9029/95 com este mesmo intuito, todavia, sem ter demonstrado qualquer força prática principalmente em relação ao caso que se analisa através deste artigo, ou seja, dos portadores de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA).

Antes de ser reconhecida pelo TST a presunção de discriminação na dispensa do empregador portador do vírus HIV, este estava sujeito a ser dispensado sem qualquer motivo pelo empregador e receber a mera indenização de 40% sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, porém, já em razão de sua condição de portador de uma doença estigmatizante, sofria o calvário de tentar obter um novo emprego.

Obviamente quando doente e incapacitado o empregado recebe o auxílio previdenciário, porém, quando mesmo infectado encontra-se apto para o trabalho, ao ver-se demitido perde a fonte de seu sustento e não é absolutamente o caso de tentar buscá-la através do assistencialismo, porque se trata de uma pessoa produtiva e capaz.

Se a mera condição de portador do vírus afasta o trabalhador dos meios produtivos, sofrerá um enorme prejuízo psicológico para além do já notório prejuízo financeiro.

Por certo que muito será debatido acerca da limitação do poder do empregador de dispensar o empregado que se encontra infectado, porém, não se trata de impedir a ação, o direito do empregador de rescindir o contrato de trabalho, só que, ao fazê-lo deverá apresentar uma razão técnica, econômica ou disciplinar.

Necessário, pois, motivar o ato porque, em se tratando de empregado portador de doença grave, estigma e preconceito, haverá uma presunção de que o motivo foi a discriminação e, em tal caso, a medida para repará-la será a reintegração do trabalhador.

Ao reconhecer esta presunção, o C. TST ainda lança o ônus probatório para a parte que tem efetivamente condições de produzí-la, porque uma das grandes dificuldades ante atitudes preconceituosas que são em sua quase totalidade veladas, é justamente provar que se está sob a égide da discriminação.

Assim, é relevante destacar que a disposição ativa do TST em relação à Súmula nº 443 indica uma abertura hermenêutica fundada nos preceitos constitucionais que já de longe necessitavam deste reconhecimento que é totalmente compatível com os princípios do Direito do Trabalho e com o ideal constitucional do respeito à pessoa humana do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. v. 2, São Paulo, Editora Saraiva, 1989, p. 412/413.

BARROSO, Luís Roberto. Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Artigo disponível em: http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/12350666701742181819O1.pdf. Acesso em: 20/07/2013.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. O Ativismo Judiciário Negativo Verificado em Súmulas Editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho. Revista Jurídica Amatra – 17ª Região. Vitória - ES. Artigo disponível em http://www.amatra17.org.br/arquivos/4ac2c477939c9.pdf

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. *In*: A força dos precedentes. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, p. 583.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 21ª Ed, São Paulo, Editora Atlas, 2005.

MASCARO, Sônia A. C. Nascimento. A vedação de práticas discriminatórias no ordenamento jurídico brasileiro. Artigo. In Revista do Advogado, publicação da Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXV, nº 82, São Paulo – SP, 2005.

SALADINI, Ana Paula Sefrin e SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola. Da limitação do poder de despedir – A aplicação do art. 7º, I da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais**.** Artigo. In. **Revista LTR** Legislação do Trabalho, publicação mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência, ano 74, nº 2. São Paulo – SP, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Artigo disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 31.

DIREITO E CIDADANIA: A TRANSPARÊNCIA NA LEI Nº. 12.527/2011

Raquel de Naday DI CREDDO[1227]

RESUMO

O trabalho teve por objeto a análise da transparência no contexto do Direito à Informação sob a perspectiva da Lei nº. 12.527/2011, que regulamenta o acesso à informação pública no Brasil, como medida de garantia à cidadania. De natureza explanatória, pautada no funcionalismo e no estruturalismo, centra-se na análise do direito à informação como direito fundamental, permitindo que os cidadãos conheçam as atividades da Administração Pública e os caminhos percorridos no aspecto dos gastos públicos, haja vista ser o povo o titular desse poder concedido, sendo indispensável a participação na fiscalização da gestão pública. A instrumentalização trazida pela mencionada Lei encontra obstáculos justamente na inovação que proporciona, exigindo adaptação para que toda a sua inteireza seja atingida, tendo sua efetividade garantida no aspecto imediato do uso pelo Poder Judiciário, primando pela transparência e clareza de apresentação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Informação; cidadania; Lei 12.527/2011

ABSTRACT

This paper aims at analyzing the right to information under law 12.527/2011, which governs the access to public information in Brazil, as a means of fostering citizenship. This explanatory paper, based on the functionalist and structural approach, focuses on analyzing] the right to information as a fundamental right enabling citizens to monitor the activities of public administration and the ways public funds are spent, as the people are entitled to this information and to participating in overseeing public management. The empowerment brought by the aforementioned law meets with obstacles in its very innovation. The law must be adapted for its objectives to be fully attained. Its effectiveness is guaranteed in the short term through its use in the judiciary, which strives for its presentation to be transparent and clear.

KEYWORDS: right to information; citizenship; law 12.527/2011

[1227] Aluna do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas – UENP.

INTRODUÇÃO

Pelo retrospecto histórico da política praticada no Brasil é verificável que nossos representantes usaram (e usam) de seus cargos como uma extensão de sua vida privada, objeto de *status* e meio para aquisição de riquezas, cuja administração do país se faz com fins particulares e pouco retorno à coletividade.

Utilizando-se de meios aparentemente legítimos buscavam medidas de contenção a todos os impulsos de transparência pública utilizando da repressão para seus desmandos políticos e enriquecimento ilícito.

A situação culmina com o clamor da população por melhores condições, pela observância dos preceitos constitucionais em interesses renovados à sociedade.

A promulgação da Constituição de 1988, surgida a partir de um movimento de oposição às políticas ditatoriais latinoamericanas dos anos 1970, evidencia a essência de um Estado Democrático no Brasil, com uma extensão de direitos, garantias e proteções cujo objetivo é se resguardar de possíveis golpes de Estado que pudessem vir a ser intentados, e ainda garantir segurança à coletividade em seu aspecto social, econômico e jurídico.

Algumas dessas disposições constitucionais, porém, prescindem de regulamentação específica, de modo a tornar o direito manuseável, com contornos práticos, obrigando os interessados.

Assim ocorre com o Direito à Informação no seu viés público, que embora tenha sido previsto desde 1988 nos termos da Constituição, é na atualidade que encontra uma regulamentação mais específica, permitindo maior exigibilidade e contraprestação do Estado.

Não existe brasileiro que nunca tenha questionado, ainda que a si mesmo, quais são e como se procedem as atividades administrativas, os planos, as receitas, as despesas a serem praticadas em prol da coletividade e diante da obscuridade desse sistema não tenha apresentado críticas severas e até mesmo preconceituosas.

Questionamentos e críticas são práticas naturais do ser humano, que traduzem sua forma mais tradicional de adquirir conhecimento e aprimorar aquilo que traz pré-concebido do conhecimento ordinário.

Diante de questionamentos e críticas sente-se a importância em aprofundar os estudos referentes à relação existente entre o Estado de Direito, a Administração Pública e Direito à Informação com bases cidadãs.

Nessa estrutura de direitos ao longo dos anos foram travados debates e estudos em torno da Constituição Cidadã: inicialmente, o estabelecimento das garantias; após, os aspectos da exclusão social na participação das decisões do Estado; por fim, para contornar essa exclusão e a desinformação constatadas, a participação popular, que na atualidade vem ampliada através da regulamentação do acesso à informação, instrumento dos meios de intervenção.

O acesso à informação pública, regulamentado pela Lei nº. 12.527/2011, permite a ampliação da fiscalização das estruturas públicas nos aspectos econômicos, jurídicos e sociais.

Por meio do sistema de informação toda a coletividade pode ter conhecimento, por exemplo, das receitas e despesas praticadas pelos órgãos públicos e a partir daí exigir que novas posturas administrativas sejam adotadas de modo a otimizar os gastos e redirecionar os investimentos de acordo com as necessidades sentidas pela coletividade.

A recente regulamentação ao acesso à informação ganha relevância ao trazer a maior ferramenta de fiscalização popular já vista até então, demandando a clareza na prestação da informação, condenando a publicidade por meio de dados confusos ou incompletos que impedem a conclusão lógica daquele que busca as informações.

Necessário ressaltar aqui que, apesar da ênfase econômica dada à Lei pelos doutrinadores e comentaristas legislativos, a este aspecto não se restringe.

O acesso à informação dos interessados deve vir permeado de amplitude, atendendo às mais variadas hipóteses de necessidades, em maior eficácia ao texto legal, consoante a disposição do art. 7º da comentada Lei, [1228] como, por exemplo, informação acerca dos

[1228] Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:
I - orientação sobre os procedimentos para a consecução de acesso, bem como sobre o local onde poderá ser encontrada ou obtida a informação almejada;
II - informação contida em registros ou documentos, produzidos ou acumulados por seus órgãos ou entidades, recolhidos ou não a arquivos públicos;
III - informação produzida ou custodiada por pessoa física ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com seus órgãos ou entidades, mesmo que esse vínculo já tenha cessado;
IV - informação primária, íntegra, autêntica e atualizada;
V - informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços;
VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos; e

tratamentos utilizados em determinadas doenças, os padrões de conduta dos servidores públicos dentre outros.

Por questões de recorte, a ênfase dada no discorrer deste artigo será a fiscalização quanto aos gastos públicos, seguindo a tendência doutrinária.

Sob a perspectiva do funcionalismo e do estruturalismo, em que a lógica das ações e reações dos indivíduos é regida pela lógica das ações e reações institucionais, a sociedade é regida como um todo que se comporta como um mecanismo em operação, e a pesquisa se debruça em evidenciar a participação do cidadão na fiscalização dos gastos públicos e combate a corrupção, de maneira atuante e não mais como um expectador que aguarda a atuação do Estado.

Com a nova perspectiva dada pela Lei nº. 12.527/2011 e seu Decreto Regulamentar nº. 7.724/2012 a coletividade ganha um papel atuante junto ao Estado, permitindo uma melhoria na administração e possibilitando que o contexto de insatisfação que paira sobre ele seja afastado.

A intenção desta pesquisa é fomentar a discussão sobre o tema, buscar medidas que contribuam para a prestação de informações com clareza, e que incentivem a participação popular a um olhar mais atento às atividades administrativas para o desenvolvimento do Estado nas diretrizes que a sociedade almeja atingir.

1 O ESTADO BRASILEIRO E A CIDADANIA

A Constituição Federal Brasileira evidencia logo nos seus quatro primeiros artigos as características elementares do Estado: forma de Estado Federativo, Sistema Republicano de governo, com regime presidencialista e político democrático-representativo, cujas funções do exercício de poder são tripartidos em Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo ainda a concepção de Estado de Direito protetor do direito fundamental à dignidade da pessoa humana e à cidadania. [1229]

VII - informação relativa:
a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos;
b) ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores.

[1229] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

O governo republicano fulcrado na igualdade formal e na participação dos cidadãos prevê que os detentores do poder político exerçam-no de maneira responsável.

Neste viés, ocorre a outorga de uma parcela de liberdade individual, para que o Estado, por meio de seus representantes, possa atuar na defesa dos interesses da coletividade.

Dado o momento histórico da promulgação, a Carta Constitucional brasileira cuida sensivelmente de minuciar os direitos a serem protegidos com o objetivo de dificultar que novos golpes, novos desmandos com ares de legalidade e legitimidade se estampassem no cenário nacional.

> Em cada período histórico os legisladores constituintes, de regra, incorporam nas Leis Fundamentais aquilo que no período correspondente se consagrou como a mais generosa expressão do ideário da época. Fazem-no, muitas vezes, com simples propósito retórico ou porque não se podem lavar de consigná-los. Mas, animados de reta intenção ou servindo-se disto como blandicioso meio de atrair sustentação política ou de esquivar-se à coima de retrógradas, o certo é que geralmente as Cartas Constitucionais estampam versículos prestigiadores dos mais nobres objetivos sociais e humanitários que integram o ideário avalizado pela cultura da época.

I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
I - independência nacional;
II - prevalência dos direitos humanos;
III - autodeterminação dos povos;
IV - não-intervenção;
V - igualdade entre os Estados;
VI - defesa da paz;
VII - solução pacífica dos conflitos;
VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
X - concessão de asilo político.
Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

> Acresce que o paradigma em que se espelham é o dos centros culturais mais evoluídos. Daí a razão pela qual estes supremos documentos políticos, mesmo quando gestados de forma autoritária, impopular ou antidemocrática, exibem também, em seu bojo, preceptivos iluminados por fulgurações progressistas humanitárias, deferentes para com a Justiça Social. (MELLO, 2010, p. 9-10)

É o Texto Constitucional a norma hipotética fundamental, dita por Hans Kelsen, positivada, que traduz em seu corpo normativo um ideário transformado em regras impositivas, a disciplinar condutas obrigatórias envolvendo cidadãos e elementos estruturais (órgãos e entes) do Poder. Tem conotação máxima e coloca sob o seu jugo os demais elementos normativos, razão pela qual entendê-la, senti-la e observá-la é tarefa tão relevante.

Os "conturbados governos e regimes políticos contraditórios e ditatoriais escancararam a necessidade de uma organização justa de Estado e, com isso, o contexto histórico revelou a busca por um ideal social e político através da luta por um Estado Democrático de Direito" (ZANARDI, 2010, p.6). A ideia era a de opressão e desinformação para o subjugo do pensamento crítico.

A necessidade de afirmação de liberdade é o traço mais marcante desse momento histórico sendo o Estado Democrático o garantidor do respeito às liberdades, aos direitos humanos e à coletividade, que de tão essenciais foram gravados de maneira pétrea, com imutabilidade assegurada pelo art. 60, §4º, [1230] do diploma constitucional.

Conforme José Afonso da Silva (2005, p. 117), o Estado Democrático de Direito encontra fundamento no princípio da soberania popular, garantindo os direitos fundamentais da pessoa humana.

Deve o Estado Democrático de Direito propiciar a participação ampla na população no processo político, negócios públicos e decisões do governo permitindo à Administração Pública seu controle, submetendo o Estado, proporcionando a justiça social.

[1230] § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais

> Com a consagração da democracia, firma-se a ideia de que o povo é o titular da vontade soberana do Estado. Assim, busca-se no Estado Democrático de Direito a mais ampla participação da sociedade na formação da vontade política do Estado e, ainda, formas de participação ampla em todas as esferas da vida social e política, assim como a legitimidade material do Estado, ou seja, não basta a lei formalmente elaborada, mas também o seu conteúdo de busca de justiça efetiva. (LOPES, 1997, p. 171)

Verifica-se, portanto, a essencialidade da participação popular de maneira efetiva de modo a fazer jus à democracia conquistada. É esse o aspecto da democracia participativa ou cidadã.

E no sentido correspondente ao direito de participar do processo de tomada de decisões coletivas que a palavra cidadania será aqui empregada.

Compreende a cidadania um conjunto de direitos e obrigações que instrumentaliza a vontade pública por meio da participação popular no Estado Democrático.

> A *cidadania* seria, assim, um conceito-chave para determinar nosso sentimento de pertencimento e participação numa determinada comunidade, tanto no aspecto político, jurídico-moral, como sócio-econômico. Pertencimento e participação política, como sujeitos ativos do processo de tomada de decisão coletiva. Pertencimento e participação jurídico-moral, enquanto sujeitos de direitos voltados à proteção da dignidade e realização da autonomia. Pertencimento e participação social e econômica, como produtores e beneficiários das riquezas (e demais recursos) socialmente produzidas.
>
> [...]
>
> Logo, quando falamos de direito à cidadania nos dias de hoje estamos nos referindo a um conjunto de prerrogativas e obrigações conferidas a todas as pessoas de participar do processo de formação e implementação da vontade pública. (VILHENA VIEIRA, 2006, p.607-613)

Nesta temática, Odete Medauar (2003, p.229) salienta que “a participação se apresenta como expressão e efeito da moderna ideia de relação Estado-sociedade, em que se vislumbra não rigorosa separação, nem fusão, mas recíproca coordenação.”

Em tal óptica, a cidadania plena não encontra limites no exercício do voto e ao voto quando da escolha de representantes ou questões submetidas diretamente ao cidadão, mas deve alçar a participação integrada ao poder, fazendo parte do todo estatal.

É a democracia participativa dando novos tons ao Estado Democrático de Direito, permeada pela nova gestão pública que se pauta nos princípios da eficiência e da transparência.

2. O DIREITO À INFORMAÇÃO, A LEI Nº. 12.527/2011 E O GOVERNO ELETRÔNICO

No contexto da participação cidadã no Estado Democrático de Direito há a interação com o Direito à Informação, previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

O art. 5º evidencia um rol de direitos considerados como de fundamental necessidade de proteção, incluindo a garantia à informação:

> Art. 5º [...]
>
> XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;
>
> XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

A garantia ao direito de informação era necessidade efervescente na realidade do Constituinte de 1988, posto que a atividade do Estado se realizava de maneira obscura, tolhida de responsabilidade e adequação em razão da manutenção de um poder desmedido, que não guarda qualquer relação com o exercício ideal do poder.

A liberdade de informação apresentada no dispositivo constitucional adquire caráter abrangente, preventivo e vinculante, evitando assim que qualquer elemento normativo

infraconstitucional seja capaz de reduzir essa garantia legítima prevista pelo legislador originário.

O estudo do direito à informação projeta seus corolários no direito de informar, de se informar e de ser informado.

Conforme explica Pereira, o direito de informar compreende

> a liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem [...] O direito de se informar consiste, designadamente na liberdade de recolha de informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. Finalmente, o direito de ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de comunicação [...] e pelos poderes públicos [...].(PEREIRA, 2001, p. 104-105)

Os corolários ao direito à informação são considerados interdependentes, de modo que o descompasso entre eles acaba por afastar sua finalidade.

> É patente a exclusão social produzida pela desinformação, que torna uma grande massa de indivíduos em meros espectadores da vontade de uma minoria dominante. Diante disso, a opinião formada não é pública e sim publicada de acordo com a ideologia privada, desorientando o cidadão que, mais do que nunca, necessita da informação para se autodeterminar. (TESTA JÚNIOR, 2010, p.10)

Receber informação adequada ganha espaço no interesse da coletividade, posto ser sentida a necessidade de conhecer o resultado das interações realizadas pelos seus representantes e que possam ter reflexo na situação interna do país abrangendo aspectos sociais, econômicos, políticos, jurídicos, permitindo a participação da população e ainda a fiscalização das atividades estatais.

> A democracia é o governo do poder visível, devendo-se expor publicamente seus atos, justificativas, intenções, e decisões. Na democracia há um espaço público de circulação da informação, livre de censuras e empecilhos ao conhecimento da informação e debate das idéias produzidas (ELIAS, 2012, p.13 – PDF)

É nesse contexto que se dá a promulgação da Lei nº. 12.527/2011, regulamentando o acesso à informação pública no Brasil, legislação fundamental ao fortalecimento do regime democrático, ampliativa do precedente processo de transparência pública implantado pela Lei Complementar 101/2000, alterada pela Lei Complementar 131/2009 que se perfaz como instrumento no esclarecimento da população e no combate à corrupção.

Trata-se de uma norma programática, prevista no art. 37, §3º inciso II da Constituição Federal:

> § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
>
> II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII

Segundo o guia de fontes de acesso à informação pública a Lei nº. 12.527/2011 traz como desafio a implantação de mecanismos que garantam a divulgação e a disponibilização das informações, sendo notável a previsão de restrições ao acesso de informações quando tiverem caráter pessoal ou imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, garantindo acesso à parte não sigilosa.

"A transparência é o foco de atuação de uma gestão pública responsável e eficiente. É, ainda, requisito para um efetivo controle social das finanças públicas [...]" (SALES, 2012, p.30)

A restrição é medida de exceção e por isso deve passar por constante aferição das razões que justifiquem sua restrição.

> A prática dessas ações, além de favorecer a transparência na administração, proporcionará benefícios sociais ao aumentar a capacidade da população de acompanhar e cobrar as decisões do governo, tornando-se um importante marco na consolidação da democracia brasileira. (Guia de Fontes, sem data, p. 3)

No controle da gestão pública a lei de acesso a informação ganha destaque, vez que subordinou sua observância a órgãos, entes e instituições que realizem ações de interesse público, bem como sejam articuladores de recursos públicos, expressa os conteúdos a serem divulgados, bem como facilitou a participação ao vincular a divulgação de dados ao espaço cibernético cujo acesso deve ser fácil, com clara linguagem, com relatórios de análises, e mais, informações autênticas e íntegras.

"Abrem-se canais de participação, que, sem serem núcleos de decisões vinculantes, exercem poder de influência sobre as decisões estatais." (ELIAS, 2011, p. 10 – PDF)

Nas explicações de Santos (2012, p.34-36), o governo eletrônico surge da necessidade de comunicação entre o governo e o público externo de maneira rápida e eficiente, permitindo uma gestão pública otimizada, inserindo o cidadão no processo de decisão político-administrativa, alinhando as políticas às necessidades sociais, com a inserção da Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC) que tem como o canal dessa comunicação a Internet, informatizando as atividades governamentais

> É importante ressaltar que este conceito não se limita unicamente em automatizar os processos ou disponibilizar serviços públicos através de serviços on-line, mas trata-se um uma mudança do modo com que o governo, através da TIC, atinge os seus objetivos para o cumprimento do papel do estado. (FEITOSA, et al., 2008, p. 3228)
>
> Mais do que instrumentos para agilizar os processos e serviços, conferindo mais eficiência à administração pública federal, ou para servir de instrumento de *marketing* para os gestores, as tecnologias e, em especial, a *Internet*, devem ser empregadas para promover a transparência, levando informações atualizadas, relevantes e de interesse público à população. (LEAL DA SILVA, 2012, p.25)

Sobre o governo eletrônico assevera James Vieira (2012, p. 27-28) ser este um instrumento que busca transformar a sociedade, atuando em diversas vertentes, de modo a promover a cidadania e o desenvolvimento atendendo às demandas coletivas e promovendo o acesso e a consolidação de seus direitos; instrumentalizar a mudança das organizações públicas, com o objetivo de melhorar o atendimento aos cidadãos e racionalizar os recursos públicos, disponibilizando informações e serviços virtuais e mais, beneficiar a sociedade com o efetivo acesso aos serviços públicos da maneira mais ampla que se possa, viabilizando ao governo eletrônico construir capacidades coletivas de controle social e participação política; disseminar o processo das tecnologias da informação e da comunicação através de empresas nacionais a medida do aumento da demanda por produtos, serviços e iniciativas de fomento e financiamento; divulgar práticas de gestão do conhecimento na Administração Pública, utilizando da produção compartilhada e colaborativa da informação e do conhecimento do setor público, viabilizando meios de articular e gerir estrategicamente políticas públicas, essenciais à integração das três esferas do governo.

A ampliação dos meios de comunicação em razão da cibernética é realidade atual, rápida, que permite atuação pontual, precisa e eficaz do controle social.

De acordo com Norberto Bobbio (2005, p.31), é por meio das mudanças sociais que o modo de exercer a democracia é modificado, embora não se altere o titular do poder, que é o "povo", nesse sentido o governo eletrônico tem o condão de ampliar as bases de atuação à democracia participativa, e encontra na Lei nº. 12.527/2011 o respaldo para tanto.

Muitas são as situações que o cidadão tem interesse em conhecer as intenções, planos, metas, ganhos e gastos do administrador, garantindo a convergência das ações.

A Lei abordada, diretiva das formas divulgação da informação, divide dois momentos da participação democrática da sociedade. Antes dela, todos aqueles que quisessem analisar os planos, metas e balanços financeiros deveriam requerer à repartição pública administrativa correspondente as planilhas e projetos oficiais ou ainda a prestação de contas através do Poder Judiciário para a obtenção dos documentos que exibissem os dados pretendidos, desde que ficassem evidentes as razões pelas quais era realizado o pedido.

A cultura que era de sigilo e divulgação das informações apenas quando requeridas, passa por uma mudança de seus paradigmas instituindo uma cultura de publicidade e transparência dos documentos públicos. "A administração pública deve ser revestida de paredes de vidro" (ELIAS, 2012, p12 – PDF)

Elemento fundamental a essa mudança é inserção do governo eletrônico como instrumento essencial da transparência no setor público.

Porém, quando não seja possível a divulgação eletrônica, é possível que as informações sejam prestadas por todas as formas a atingirem o seu fim, sem prejudicialidade à fiscalização, bastando o pedido simples, sem os formalismos antes exigidos.

> Art. 10. Qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações aos órgãos e entidades referidos no art. 1º desta Lei, por qualquer meio legítimo, devendo o pedido conter a identificação do requerente e a especificação da informação requerida.
>
> § 1º Para o acesso a informações de interesse público, a identificação do requerente não pode conter exigências que inviabilizem a solicitação.
>
> § 2º Os órgãos e entidades do poder público devem viabilizar alternativa de encaminhamento de pedidos de acesso por meio de seus sítios oficiais na internet.

Para que seja adequada a informação deve seguir atentamente a previsão do art. 5º da Lei nº. 12.527/2011, [1231] atentando-se para linguagem compreensível, forma transparente, com procedimentos objetivos e ágeis no fito de atender ao seu escopo.

> [...] a transparência não é realizada por qualquer forma de divulgação da informação. Seu cumprimento depende de que a exteriorização da informação cumpra sua finalidade com o maior alcance possível. A informação deve ser acessível, de forma clara ao maior número possível de interessados, levando-se em conta as atuais condições de tecnologia e de recursos humanos e financeiros disponíveis, com a observância da legislação vigente. (ELIAS, 2012, p.17 –PDF)

Asseverado por Sales (2012, p.40), para que seja efetivamente transparente o governo deve apresentar o conteúdo de todos os contratos e convênios realizados, com o

[1231] **Art. 5º** É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.

detalhamento dos valores repassados entre entes, órgãos e instituições de interesse social, valores gastos com saúde, educação, segurança pública, cultura, meio ambiente, discriminando, inclusive, bens e serviços fornecidos e adquiridos. Amplia-se a exigência, retirando do espaço os relatórios com simples valores globais. Com o conhecimento detalhado das transações, dos pactos e do andamento das obras o cidadão poderá exigir a realização ou a responsabilização diante de inadimplemento.

A ideia permeada pela Lei é que todo cidadão interessado possa participar desse processo, sentindo-se esclarecido e ainda membro capaz de identificar e participar da solução às falhas administrativas, sendo que a falta de clareza pode acarretar em responsabilização do agente público, nos termos da Lei.

3. A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONTROLE PÚBLICO DIANTE DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELO ESTADO E OS REFLEXOS NAS DEMAIS ESFERAS DO PODER

No contexto da pesquisa, configura a participação popular como um dos meios eficientes no acompanhamento e fiscalização das práticas públicas e essencialmente no combate a corrupção nos órgãos públicos.

> Assim, a corrupção nada mais é do que a manifestação de ineficiência econômica. Quem sofre com a ineficiência é a coletividade, em particular os segmentos mais pobres, os quais, em um país com as carências brasileiras, são os que mais perdem com cada real desviado (CAPOBIANCO; ABRAMO, 2004, p.232).

Ives Gandra Martins, nas obras Exercício da Cidadania e Sistema Tributário na Constituição de 1988, critica duramente a corrupção e a má aplicação do dinheiro público, a situação confiscatória em que se visualiza a atividade tributária atualmente, que causa uma revolta silente em toda sociedade.

Diante da corrupção é fundamental a investigação das contas públicas, que conta hoje com a divulgação ampla dos dados públicos, principalmente nos meios eletrônicos.

Assim, quanto mais pessoas estiverem dispostas a fiscalizar e apontar práticas administrativas desconexas, melhores serão as condições para otimização da atuação pública.

A garantia constitucional, os desmandos públicos e a revolta coletiva, que nos últimos meses deixou de ser silente, são elementos que eclodem em pressões sociais que devidamente organizadas e articuladas tem o condão de induzir a Administração à eficiência e promover novos padrões à comunidade nacional.

É através da democracia participativa que os cidadãos fazem parte do todo estatal ao tomarem conhecimento do largo espectro abrangido pela informação pública e sua lei garantista, priorizando o alcance desses objetivos.

> [...] o fortalecimento da democracia [...] possibilita maiores discussões e controle sobre as finanças públicas, bem como a exigência de concretização de políticas públicas e de responsabilização pelo descumprimento à legislação. Ademais, o próprio fortalecimento da cidadania viabiliza e estimula um maior acesso a esses dados, funcionando, portanto, como uma via de acesso duplo (SALES, 2012, p.32).

Nas palavras de Pereira (2001, p 103) "O direito à informação integra as chamadas liberdades públicas, intimamente ligado que se encontra à própria ideia de cidadania, que a *Lex* Suprema, em seu art. 1º, inciso II, erigiu em fundamento do Estado Democrático de Direito", aliando o princípio da transparência à participação popular.

A inovação trazida pela Lei nº. 12.527/2011 garante os instrumentos para que a coletividade esteja efetivamente inserida no combate à corrupção ou ainda ao gasto ineficiente.

Os portais de informação e transparência são essenciais inclusive para a atuação do Ministério Público na defesa do Patrimônio Público (bem como demais interesses da coletividade), de Advogados, Magistrados e os Observatórios Sociais, [1232] entretanto, ainda é necessário mais.

[1232] O Observatório Social do Brasil (OSB) é fruto do Movimento pela Cidadania Fiscal, criado em Maringá (PR) pela iniciativa de representantes da sociedade civil organizada que resolveu tomar atitudes para estimular a cidadania e a ética, monitorando a qualidade da aplicação dos recursos públicos, por meio do acompanhamento de licitações e de ações de educação fiscal.

A ampla divulgação de dados permite a análise integral do caminho percorrido pelo dinheiro público, de forma a facilitar o reconhecimento aos locais de falhas, bem como as falhas das Administrações Públicas. Em uma analogia à “Super-Receita”, forma-se aqui uma Supergestão.

A responsabilidade pela corrupção passa a ser dividida, ou seja, toda a coletividade passa a estar, de certo modo, inserida na fiscalização da corrupção e do gasto ineficiente, posto que tinha à disposição os mecanismos necessários para a sua proteção.

Agora, à coletividade se lhe permite amplitude na fiscalização e reclamo de providências quanto às ingerências encontradas.

Na conjugação dos interesses sociais, a Lei de Acesso à Informação traz como perspectiva introduzir novos hábitos no país, proporcionando ferramentas de controle.

Apesar de toda a amplitude e euforia que se verifica em torno dessas novas ferramentas, não se pode negligenciar que a Lei de Acesso à Informação Pública traz conteúdo diferenciado para a realidade brasileira.

Os cidadãos ainda não estão acostumados a fiscalizar individual e particularmente a gestão pública, o que se quer dizer é que não há ainda no Brasil uma cultura de fiscalização por parte das pessoas em sua individualidade, e é essa cultura que se busca.

Essa modificação cultural deve ser analisada como uma medida de conscientização que pode não ter os reflexos pretendidos imediatamente, exigindo maior publicidade através dos meios de comunicação, envolvimento das comunidades mais esclarecidas às mais deficitárias, a realização de campanhas e introdução da prática de fiscalização nas escolas e universidades, de modo a abranger cada vez mais pessoas na atuação cidadã.

De maneira imediata as informações públicas são fundamentais para a atuação dos Poderes dentro do sistema de freios e contrapesos, garantindo elementos substanciais às investigações e decisões processuais, desde já mais eficazes, permitindo uma nova realidade nacional.

De maneira mediata, a ampliação da participação popular há de ser o grande colaborador para a instauração de uma novidade político-financeira no país.

Para atingir as esferas que se pretende é indispensável buscar elementos que sistematizem essa divulgação oficial dos dados governamentais de maneira responsável, padronizando a linguagem, tópicos e suas especificidades.

> A palavra chave nessas situações de risco é responsabilidade. Esta é o antídoto a qualquer risco que se torne um perigo. Quem é quem entre os agentes que em diversos níveis são responsáveis pelas conseqüências de atos e omissões realizadas? Definir este cenário parece mais inteligente e com certeza é uma tarefa regulatória de difícil realização, haja vista que, bem ou mal, a responsabilidade das decisões recai cada vez mais sobre os sistemas e as pessoas não se sentem mais responsáveis por elas. Não há ninguém para culpar se algo der errado: culpa dos sistemas. (ROVER, 2008, P.6)

As indicações apontadas são primárias e buscam suprir superficialmente problemas que podem advir, porém, casos mais complexos e suas soluções são difíceis de serem previstos, vindo a ser solucionadas à medida que surgem.

O trabalho em torno da questão da informação pública prestada pelos meios eletrônicos requer um aprofundamento nas pesquisas, mas, por ora, firma-se que a prestação da informação adequada nos parâmetros dos dispositivos legais citados e ainda a conscientização da população de maneira a participar de fato nessa fiscalização, instrumento atuante da democracia brasileira na efetivação da cidadania, podem ser identificadas como as bases válidas da Lei de Acesso à Informação pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estudar o direito à informação com ênfase no acesso público à base das garantias constitucionais exige a observação do seu contexto de inserção no Estado Democrático de Direito e seu aspecto de cidadania.

A possibilidade de se informar e de ser informado garante que o complexo social seja claro. A mesma clareza exigida nas relações interpessoais é exigida também nas relações entre o Estado e os cidadãos, afinal, concede parcela de liberdade ao Estado, e nada mais

coerente do que exigir deste uma contraprestação efetiva das suas realizações, uma verdadeira satisfação.

O direito à informação nos moldes pretendidos encontra-se alocado nos direitos fundamentais em razão dos desmandos experimentados historicamente, o que tornou necessária a sua positivação na norma máxima nacional.

Toda atividade prestada pelo Estado tem uma razão de ser, e influencia na cadeia das atividades garantistas de sociedade justa, igualitária e digna.

Não se defende aqui, em momento algum, que esta é a realidade atual da sociedade, mas sim aponta e defende a busca da maior lisura na atuação funcional das atividades públicas.

E a realização destas atividades não pode estar subentendida ao cidadão, deve ele poder verificar diretamente suas bases, suas realizações, concluindo pela sua satisfação ou não, permitindo-lhe que, insatisfeito recorra a meios capazes de efetivar suas garantias.

Muito se vê em atividades isoladas do Estado, por meio de seus órgãos e agentes, principalmente da Administração Pública e pouco se considera quanto ao caminho percorrido para a chegada aos objetivos. É durante o caminho percorrido no exercício administrativo que, por exemplo, o dinheiro público pode ser aplicado de maneira incorreta, ou ainda não ser aplicado no montante que se pretendia, às bases da corrupção.

Com base nisso, a Lei de Acesso à Informação Pública surge como meio de evidenciar as etapas das atividades administrativas, que deve ser feita calcada na clareza dos investimentos, preconizando o bem público e as necessidades sociais.

Por mais ousado que pareça, é uma lei avante no contexto sócio-político-econômico internacional. Países mais desenvolvidos que o Brasil vem adotando hoje a postura da transparência, o que leva ao seguinte raciocínio: se no momento em que tinham um desenvolvimento similar ao do Brasil não tinham o uso de tais ferramentas de informação, o Brasil com essa possibilidade pode chegar a um desenvolvimento positivo, evitando crises futuras, com a análise dos precedentes comparativos e medidas de política cidadã.

É a influência legislativa alterando todo o rumo contextual do país, na tentativa de cercar os representantes populares, encarcerando suas políticas de bastidores em vias de promoção pessoal para a promoção social.

O acesso é público, mas os portais da transparência ainda encontram seu uso praticamente restrito ao poder judiciário, no qual se observa sua utilidade imediata.

A questão é cultural, apesar da coletividade se questionar e até mesmo se revoltar sobre os planos e ações da Administração até então não havia ferramentas a pronta disposição para tanto.

Não basta ter ferramentas à disposição se não as conhece. É preciso instruir, fomentar, incutir a cultura da participação ampla da sociedade civil como responsável pela realidade em que vive.

A Lei nº. 12.527/2011 traz novos contextos de participação popular, de cidadania e de responsabilidade social, amplia os conceitos até então existentes, fortalece o poder popular, e espera sua retribuição, que ainda a longo prazo traz expectativas de melhoraria administrativa.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norbert. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BRASIL. **Cartilha Acesso à Informação Pública** http://www.cgu.gov.br/publicacoes/CartilhaAcessoaInformacao/CartilhaAcessoaInformacao.pdf. Último acesso em 30.08.2012

_____. **Guia de fontes:** Acesso à informação pública. http://www.acessoainformacao.gov.br/acessoainformacaogov/publicacoes/guia-de-fontes.pdf. Último acesso em 30.08.2012

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. 1ªed. – São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002

CAPOBIANCO, Eduardo. ABRAMO, Claudio Weber. **O Combate à Corrupção.** In PINSKI, Jaime. (Org.) Práticas de cidadania. – São Paulo: Contexto, 2004.

ELIAS, Gustavo Terra. **Da publicidade à transparência:** o percurso para reafirmação da democracia participativa. IN **Anais do XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF.** Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=faa453efde4ac6a3. P. 353 – 379 PDF. 26p. Último acesso em 10.03.2013.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; Et al. **Governo Eletrônico:** graus de democracia digital no uso da internet pelas capitais brasileiras. IN **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI.** Disponível em http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/06_685.pdf. P. 3225- 3237 PDF. Último acesso em 20.12.2012.

LENZA, Marconi de Paiva. **Democracia e Direitos Sociais:** Uma nova perspectiva de participação popular através da internet. IN **Democracia Digital e Governo Eletrônico,** n.7 (2012). Disponível em:

http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/34198/33099. Último acesso em 10.03.2013.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. **O direito à informação e às concessões de rádio e televisão –** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 26ªed. atual. pelo Prof. Miguel Alfredo

Malufe Neto; 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006;

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais.** 1ª Ed. 2ª tiragem –São Paulo: Malheiros, 2010.

MEZZAROBA, Orides; ROVER, Aires José (org.). **Democracia Digital e Governo Eletrônico** (ISBN 978 – 85 – 7874 – 281 – 2). Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. 226 p.. Versão digital disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/livro_egov_aires_orides_2012.pdf. Último acesso em 20.12.2012.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Estudos Constitucionais:** Constituição Federal de 1988 – Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado.** 4ª Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 1984.

REIS, Friede. **Curso de ciência política e teoria geral do estado:** (teoria constitucional e relações internacionais). 2ªed. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ROVER, Aires José. **O governo eletrônico e a inclusão digital:** duas faces da mesma moeda chamada democracia. In ROVER, Aires José (org). **Inclusão digital e governo eletrônico.** Zaragoza: Prensas Universitarias, 2008, 322 p. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/lefis_artigo_aires.pdf. Último acesso em 20.12.2012.

SANTOS, Paloma Maria; *et al.* **Avaliação dos Portais de Justiça Federais: um estudo baseado na métrica Lefis.** In. MEZZAROBA, Orides; ROVER, Aires José (org.). **Democracia Digital e Governo Eletrônico** (ISBN 978 – 85 – 7874 – 281 – 2). Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. 226 p.. Versão digital disponível em http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/livro_egov_aires_orides_2012.pdf. Último acesso em 20.12.2012.

SALES, Tainah Simões. **Acesso à Informação, Controle Social das Finanças Públicas e Democracia:** Análise dos Portais da Transparência dos Estados Brasileiros Antes e Após o Advento da Lei nº 12.527/2011. In. **Revista Direito Público** (ISSN: 1806-8200), nº48. P.28-48, Nov-Dez. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25ª Ed, rev.atual. – São Paulo: Malheiros, 08.2005.

SILVA, Rosane Leal da. **O desenvolvimento da teledemocracia e da cibercidadania no Brasil:** o uso das tecnologias da informação e comunicação pelo Poder Executivo Federal. In **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI** (ISBN: 978-85-7840-081-1). Disponível em http://www.publicadireito.com.br/publicacao/?evento=37. P. 4824 – 4854 PDF. Último acesso em: 20.12.2012

TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. **Direito Fundamental À Informação Factual Verdadeira:** Regulação Constitucional da Imprensa. 2010. Dissertação (Mestrado) Universidade Estadual do Norte do Paraná – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Jacarezinho – PR. 2010.

VIEIRA, James Batista. **Transparência Pública e Corrupção nos Municípios Brasileiros:** o impacto do governo eletrônico. In. **Revista Democracia Digital e Governo Público** (ISSN 2175-9391), Nº6, P.17-41, 2012. Disponível em: http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/34150/33074; Último acesso em 20.12.2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais:** Uma Leitura da Jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 04.2006

ZANARDI, Bianca Botter. **A Imprensa e a Liberdade de Expressão no Estado Democrático de Direito:** Análise da concepção de justiça difundida pelos meios de comunicação em massa. Disponível em: http://www.abert.org.br/site/images/stories/biblioteca/aimprensaealiberdadedeimpressao.pdf. 2010 - último acesso em 30.08.2012.

A MEDIDA PROVISÓRIA E AS SUAS IMPLICAÇÕES NA TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES ESTATAIS

Renê Francisco HELLMAN[1233]

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade a análise do instituto da medida provisória, estabelecido no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1988 e as suas implicações na tripartição das funções estatais. A abordagem estará focada na demonstração de como a medida provisória é limitadora da função legislativa do órgão ao qual a Constituição Federal concedeu a competência precípua de legislar, estabelecendo uma relação de desigualdade em relação ao Poder Executivo, que desobedece solenemente os comandos constitucionais, editando medidas provisórias que não se enquadram nos requisitos de urgência e relevância. Com a análise sobre o dirigismo concentrado no Brasil e a paternalização do chefe do Executivo, pretende-se demonstrar as consequências danosas da aplicação equivocada que vem sendo dada ao instituto da medida provisória.

PALAVRAS-CHAVE: Medida provisória; Tripartição das funções estatais; Poder Legislativo; Poder Executivo.

RESUMEN

Este estudio tiene como objetivo analizar la institución de la medida provisional, establecida en el ordenamiento jurídico brasileño en la Constitución Federal de 1988 y sus implicaciones en las funciones del Estado. El enfoque se centrará en la demostración de cómo la medida provisional se limita a la función legislativa del órgano al que la Constitución otorga la facultad de legislar, estableciendo una relación de desigualdad con el Poder Ejecutivo, que viola comandos constitucionales, sin respeto a los requisitos de urgencia y relevancia. Con el análisis del dirigismo concentrado en el jefe del Ejecutivo em Brasíl, el objetivo es demostrar las consecuencias perjudiciales del uso indebido que se le está dando a las medidas provisionales.

PALABRAS-CLAVE: Medida Provisional; Tripartición de las funciones del Estado, Poder Legislativo, Poder Ejecutivo.

[1233] Professor e coordenador geral da FATEB – Faculdade de Telêmaco Borba, advogado e aluno do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP – Universidade do Norte do Paraná.

INTRODUÇÃO

A história brasileira demonstra a sobreposição, em vários momentos, do Poder Executivo sobre os demais, seja a partir do exercício indevido do poder, pela força ou pelo carisma do chefe do Executivo, seja a partir do manejo de instrumentos estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

A medida provisória, como se sabe, é instrumento próprio do sistema parlamentarista, que foi adaptado para o Presidencialismo brasileiro, substituindo o mal afamado Decreto-lei, dos tempos ditatoriais.

A roupagem pseudodemocrática da medida provisória, entretanto, não se sustenta a partir de uma análise crítica da forma como ela vem sendo utilizada em terras tupiniquins, em que se verifica a deturpação dos requisitos e o seu manejo como forma que o Poder Executivo encontrou de fazer valer, imediatamente, a sua vontade, sem que se aguardasse a decisão legislativa a ser tomada pelo poder competente.

Então, a partir do método dedutivo, baseado em uma pesquisa bibliográfica, pretende-se analisar, num primeiro momento de que forma a medida provisória vem sendo utilizada como fator de limitação da função legislativa do Poder Legislativo. Na sequência será feita uma análise da problemática do dirigismo concentrado no sistema presidencialista brasileiro e o paradigma do paternalismo estatal. Após, será feita uma breve observação das interferências entre os poderes estatais e, por fim, serão analisadas as formas de adaptação do método ideal de tripartição dos poderes ao sistema brasileiro atual.

1. MEDIDA PROVISÓRIA COMO INSTRUMENTO LIMITADOR DO PODER LEGISLATIVO

É cediço que a possibilidade concedida ao Poder Executivo de editar normas de caráter genérico, mesmo que em situações excepcionais, conjugada com o chamado Estado Social, leva a uma limitação natural das competências do Poder Legislativo, o que, *a priori*, não significa um defeito do sistema, desde que respeitados os ditames legais.

O que se percebe atualmente é o crescimento da interferência estatal nos mais variados ramos sociais, a fim de garantir a concreta efetivação dos direitos assegurados pela

lei. Surge, então, com grande força, o Estado-provedor, em vista dos grandes desequilíbrios econômicos que, segundo Reinhold Zippelius, provocam "um grave risco para a harmonização equilibrada e justa dos interesses"[1234]; além do risco decorrente da própria liberdade do mercado, visto que, com a concentração de empresas, os cartéis, a concorrência ruinosa, colocam em xeque a organização natural das forças que se espera no mercado liberal. Zippelius defende que o surgimento deste novo Estado, que busca a providência social, é resultado destas forças destruidoras, a saber:

> Da conjugação destas experiências havia de nascer como tarefa do Estado velar por um equilíbrio adequado entre os poderes sociais, reagir contra os processos de concentração, impedir abusos de posições de poder, garantindo, desta maneira, em termos gerais, uma harmonização adequada dos interesses conflituantes, e ainda proteger o sistema económico contra crises e danos, implementando uma política económica conjuntural e promovendo a regulação e o controlo dos sistemas monetário e de crédito. [1235]

Além dos motivos acima expostos, o jurista alemão ainda elenca como causa do surgimento do Estado Social a "administração da escassez"[1236], tendo em vista a limitação dos recursos naturais utilizados pelo homem no desenvolvimento das suas atividades. O problema advindo da escassez destes recursos passa a preocupar o Estado na medida em que o mercado liberal não possui capacidade para resolver de forma coerente e satisfatória os problemas dele decorrentes, "dado que está unilateralmente orientado para promover as ofertas dos bens mais rentáveis"[1237]. Assevera Zippelius que o mercado somente reage com atraso, não satisfazendo os interesses sociais, cujo alcance é indiscutivelmente maior do que os interesses dos grandes grupos econômicos que passaram a dominar as suas regras.

Nessa linha, as intervenções estatais não se devem limitar a mera regulação ou a medidas preventivas de perigos iminentes. A atuação do Estado deve-se dar de forma positiva, incisiva, regulando questões sociais de forma clara e precisa, a fim de fazer valer as

---

[1234] ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 462.
[1235] ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 463.
[1236] ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 463.
[1237] ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 464.

determinações legais asseguradoras dos direitos fundamentais, para completa preservação dos interesses da sociedade.

E essa atuação justifica-se em vista da conjuntura atual, em que o maior grupo de indivíduos é urbano, não podendo prover o seu próprio abastecimento a partir dos bens que produz, da mesma forma, não possui a capacidade de eliminar os resíduos produzidos, cabendo ao Estado a providência destes recursos de ordem vital. Outro aspecto relativo ao Estado Social diz respeito ao fomento da urbanização, a criação de instituições de ensino, além da prestação dos serviços básicos de saúde e, inclusive, de lazer[1238].

Dalmo de Abreu Dallari[1239] afirma a necessidade da intervenção estatal no campo social, com o escopo de regulação, financiamento, fomento social, econômico, cultural, educacional etc., sinalizando a existência de um grande estímulo da atitude intervencionista estatal justamente pelos membros daqueles grupos sociais que, antes, encaravam o Estado como um mal.

Para Clèmerson Clève, a opção pelo Estado Social a partir da Constituição de 1988 foi mais uma imposição histórica do que propriamente um resultado da vontade dos constituintes. Segundo o professor paranaense:

> O Estado social "é um Estado que garante a subsistência e, portanto, é Estado de prestações, de redistribuição de riqueza". É um Estado de serviços. Por este motivo, dos três poderes, o Executivo é aquele que tem ampliada a sua atuação. Esse tipo de Estado, aliás, como pretende Forsthoff, com imensa dificuldade concilia-se com o Estado de Direito, e sabe-se que a separação dos poderes só tem sentido em um Estado de Direito. Tanto é assim que há modelos de Estados sociais que se encaminharam para o totalitarismo, e cabe aqui referir as experiências do nazi-fascismo na Alemanha e na Itália. Mesmo o Brasil experimentou o Estado Novo, que outra coisa não foi senão a manifestação de uma forma de organização política que se recusava a guardar qualquer tipo de relação com o Estado de Direito.[1240]

[1238] ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 464.
[1239] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 281.
[1240] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 41/42.

Segundo Clève[1241], não importa qual a denominação que se dê ao Estado, nem qual o regime de governo adotado, visto que há que se considerar uma sensível predominância do Executivo, no sentido de ser este poder aquele que desempenha a liderança política no Estado.

Para Rogério José Bento Soares do Nascimento[1242], que comunga dos mesmos ideais de Clèmerson Clève, a noção clássica de lei não encontra mais guarida no atual contexto do Estado, em que não há mais que se falar em primazia do Poder Legislativo sobre os demais.

Nascimento entende a predominância do Executivo neste Estado Social moderno, entretanto, reconhece a presença do princípio da separação dos poderes, invocado "como princípio articulador das forças estatais e sociais"[1243].

É fato que o Estado Social exige uma atuação mais agressiva do Poder Executivo na seara legal, não podendo este ser um mero executor dos ditames advindos do Poder Legislativo. A teoria da separação dos poderes formulada por Montesquieu é mitigada através destas funções estatais que agora já não mais são pré-definidas, em vista dessas ingerências mútuas, que já se analisou anteriormente.

Sendo assim, não há possibilidade de se andar na contramão da história e defender a separação pura, que, como muitos autores já reconheceram, é utópica. Atualmente tem-se não mais a separação e sim a harmonia entre os poderes, que, embora independentes (quesito essencial para preservação da democracia), necessitam desta inter-relação, como uma forma de sobrevivência do Estado. E urge esclarecer que o fato de haver harmonia entre os poderes estatais, com uma conjugação das forças e dos ideais, não é prejudicial ao Estado, nem à sociedade, na medida em que isto não se converta na prática de atos autoritários.

Admitir a predominância de um dos poderes em face dos demais não significa legitimar os abusos que eventualmente possam ser cometidos, eis que as distorções devem ser combatidas de forma eficaz, através do controle recíproco. A questão da prevalência do Executivo deve ser tratada com cuidado, considerando-se a legalidade como corolário do sistema, impondo limites objetivos à sua atuação e reforçando os mecanismos de controle através do Legislativo e do Judiciário.

[1241] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.
[1242] NASCIMENTO, Rogério José Soares do. **Abuso do Poder de Legislar, Controle Judicial da Legislação de Urgência no Brasil e na Itália**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 49.
[1243] NASCIMENTO, Rogério José Soares do. **Abuso do Poder de Legislar, Controle Judicial da Legislação de Urgência no Brasil e na Itália**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 49.

Com a utilização das medidas provisórias há uma clara limitação do Poder Legislativo, eis que, não obstante os freios constitucionais do artigo 62, medidas provisórias são editadas sem que sejam respeitados os critérios da necessidade e da urgência, além das outras limitações materiais mais específicas constantes dos dispositivos que formam o texto legal do referido artigo.

É comum que o Executivo lance mão do instituto da medida provisória para encartar no ordenamento jurídico a disciplina sobre determinadas matérias que poderiam ser objeto de discussões mais elaboradas e que não exigem a entrada imediata em vigor de seu regramento e isto acontece em vista das arbitrariedades cometidas por aquele que acredita ser o chefe maior de uma nação e, muitas vezes, não tem o discernimento necessário para identificar as limitações impostas pela lei, ou se as vislumbra, não acha conveniente respeitá-las, em nome de interesses políticos.

Antes da Emenda Constitucional nº 32/2001 o que se tinha era o abuso da prerrogativa da reedição e aquele tema que era para ser disciplinado de forma excepcional e temporária passa a perpetuar-se no sistema, sem que o Legislativo tenha tempo hábil ou interesse em discipliná-lo de forma definitiva. Atualmente, não obstante não haver a possibilidade de reedição, e mesmo havendo as limitações introduzidas pela referida emenda constitucional, ainda assim há a utilização indevida do instituto.

Embora tímida, a atuação do Supremo Tribunal Federal, quando constatada de forma cabal a ausência dos requisitos de relevância e urgência, vai no sentido de suspender os efeitos da medida provisória. Fala-se em atuação tímida, eis que, desde os tempos do Decreto-Lei o posicionamento do STF é o de que, em respeito à discricionariedade do Poder Executivo, não se pode efetuar o controle jurisdicional dos institutos, excetuados os casos em que há flagrante desvio de finalidade ou abuso do poder de legislar[1244].

Verifica-se neste caso que os resquícios do período ditatorial ainda persistem no sistema jurídico brasileiro, mesmo que de forma velada. O Judiciário omite-se na apreciação da matéria, somente intervindo em casos extremos e o Legislativo aceita passivamente os abusos perpetrados pelo Executivo. O Supremo Tribunal Federal entende que os requisitos estabelecidos no artigo 62 da Constituição Federal deverão ser objeto de análise, *a priori*, pelo Chefe do Executivo no momento da edição, em segundo lugar pelo Legislativo, quando da apreciação com fins de conversão ou rejeição.

[1244] MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 557.

Entretanto, convém ressaltar que, nos tempos passados, quando era muito utilizado o recurso da reedição, o que se via era a perpetuação no ordenamento de determinados ditames provisórios, sem que se tivesse um controle efetivo dos seus pressupostos, silenciando o Judiciário, em nome da discricionariedade do Executivo e da liberdade do Legislativo, que é, via de regra, formado por repetidores das palavras do governo, que não fazem uma profunda reflexão acerca dos efeitos dos seus atos.

A transferência de responsabilidade que o Supremo Tribunal Federal faz nos casos em que, mesmo havendo desrespeito ao disposto na Constituição não se configura uma afronta cabal, significa que a Corte está enraizada dos interesses políticos, no sentido de preservação da harmonia entre os poderes. Não se discute aqui a necessidade desta harmonia, o que se questiona é o juízo de valor entre o que é mais importante, se é a boa convivência entre os poderes do Estado, ou se é a preservação do ordenamento constitucional com a coibição de atos que o afrontem, mesmo que indiretamente.

Dúvidas não restam quanto às limitações impostas ao Poder Legislativo que, buscando a preservação de interesses políticos, não se insurge contra essa prática desmedida do Executivo. O que se percebe, principalmente neste final de legislatura, é que o Congresso Nacional encontra-se desacreditado, não tendo estatura moral para a cobrança que deve ser feita em face do Executivo. No Brasil caminha-se para a subserviência total do Legislativo em face do Executivo, visto que se tem um Presidente da República com toda a força política e um Congresso Nacional formado na sua maioria por seguidores e fiéis interessados em recursos orçamentários advindos do Executivo e que sabem que deverão respeitá-lo, mesmo que com ele não concordem.

Parafraseando Nascimento[1245], os congressistas brasileiros buscam a sua perpetuação na cena política brasileira, assumindo determinadas posições que lhes garantam uma certa notoriedade, buscando uma grande repercussão de seus atos frente ao eleitorado. O que se tem atualmente é a política de barganha, um tácito pacto de dependência, onde o Legislativo exige do Executivo determinadas vantagens e condições (cargos na administração pública, verbas orçamentárias, “mensalão” etc.) para a votação de projetos de leis ou para a conversão de medidas provisórias de seu interesse. Desta forma, mesmo estando o Legislativo no papel

[1245] NASCIMENTO, Rogério José Soares do. **Abuso do Poder de Legislar, Controle Judicial da Legislação de Urgência no Brasil e na Itália**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 224.

daquele que exige a contrapartida, torna-se, na mesma medida, refém das vontades do Executivo, que "não se furta a assumir o encargo de condução do processo político[1246].

Nota-se, pela análise da atual conjuntura política brasileira, que, não obstante não possuir o governo a maioria desejada nos quadros do Congresso Nacional, óbices não encontra para a aprovação das suas medidas, eis que se buscam outros meios de conquista desta maioria, que não seja pela ideologia. A história recente mostra que o Executivo exerce forte influência nas decisões legislativas, lançando mão de artifícios como o pagamento de verbas ilícitas aos parlamentares, em troca de votos de apoio.

São casos como este que levam ao descontrole da República, através da ofensa frontal aos seus princípios fundamentais. Percebe-se que o poder oferecido àqueles que desempenham funções públicas os corrompe de forma cabal, não deixando qualquer sombra de ética. Tem-se atualmente um Congresso amarrado pelos grilhões da dependência do Executivo, que impede qualquer manifestação válida de combate às aberrações jurídicas impostas pelo governo de um só homem (ou mulher, para reforçar o padrão atual de promoção da igualdade de gênero), eis que o Legislativo passa ao papel de mero figurante no cenário republicano e, quando busca sobressair-se, desempenha um papel pífio e, muitas vezes, vergonhoso.

Outro aspecto que convém ressaltar diz respeito ao trancamento da pauta do Legislativo quando não há a apreciação da medida provisória em tempo hábil, previsto no artigo 62, §6º da Constituição Federal. O que se vê é a entrada em regime de urgência da medida, mesmo que a sua matéria não seja de caráter relevante, o que ocorre em muitos casos.

Pela análise do referido dispositivo infere-se que o seu teor aproxima-se do regime de urgência para os projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo, conforme dispositivo do artigo 64, §2º da Constituição Federal. Niebuhr elenca quatro complicações advindas da determinação do §6º do artigo 62 da Constituição:

> Em primeiro lugar, o § 6º do artigo 62 redunda em posição desfavorável ao Senado Federal. Ora, se a Câmara ultrapassa o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, a medida provisória já chega ao Senado Federal na ordem do dia, sobrestando as demais deliberações. Isso significa que a Câmara teria o prazo relativamente confortável de

[1246] NASCIMENTO, Rogério José Soares do. **Abuso do Poder de Legislar, Controle Judicial da Legislação de Urgência no Brasil e na Itália**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 225.

45 (quarenta e cinco) dias, e o Senado deveria resolver o assunto imediatamente, na primeira sessão após o recebimento da medida provisória.

Em segundo lugar, a prorrogação prevista no § 3º do artigo 62, que permite renovar o prazo de vigência inicial de 60 (sessenta) dias, atingindo o total de 120 (cento e vinte) dias, perde por completo o sentido e a utilidade. Tudo porque, se em 45 (quarenta e cinco) dias a medida provisória passa à ordem do dia, supõe-se que a votação dela seja ultimada em prazo bem menor do que os 75 (setenta e cinco) dias restantes. Salvo, evidentemente, se fosse aceitável que as Casas do Congresso Nacional permanecessem por tanto tempo sem decidir nada sobre nada, já que outras deliberações são sobrestadas.

(...)

Logo, é de evidência solar que, conquanto o prazo tenha sido ampliado, o procedimento legislativo tornou-se mais acelerado. Antes se dispunha de 30 (trinta) dias para discutir e votar de uma vez medida provisória; agora se dispõe de 45 (quarenta e cinco) dias, conforme o caso, para discutir e votar duas ou três vezes, a fim de evitar o regime de urgência. Em suma, a intenção foi a de dar mais tempo ao Legislativo; porém o § 6º do artigo 62 o compele a tratar das medidas provisórias ainda de forma mais apressada.

Em quarto lugar, se o Presidente da República continuar a editar medidas provisórias no ritmo dos últimos anos, para casos nem um pouco relevantes e urgentes, a pauta de ambas as casas do Congresso Nacional estará toda preenchida por medida provisória. O Poder Legislativo estará adstrito a discutir e deliberar apenas as medidas provisórias postas na ordem do dia, sem dar conta de versar outros assuntos. Em outras palavras, a agenda do Poder Legislativo será estabelecida pelo Presidente da República. Vai-se discutir aquilo que interessa ao Presidente da República, não à Nação.[1247]

Desta forma, o que se percebe é uma clara ingerência entre os poderes, legitimada pela Constituição, que acaba por limitar o Legislativo às amarras impostas pelo Executivo com a sua sanha de legislar através de medidas provisórias quando poderia lançar mão, por

[1247] NIEBUHR, Joel de Menezes. **O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 132/133.

exemplo, do projeto de lei em regime de urgência, previsto no artigo 64, §2º da Constituição Federal.

2. A PROBLEMÁTICA DO DIRIGISMO CONCENTRADO NO SISTEMA PRESIDENCIALISTA BRASILEIRO E O PARADIGMA DO PATERNALISMO ESTATAL

Como já dito, atualmente vive-se no Brasil um período de exacerbação do poder político e normativo do chefe do Executivo, que passa a desempenhar papel de preponderância sobre os demais poderes, eis que é o detentor de determinadas prerrogativas não comuns ao Legislativo e ao Judiciário.

O presente problema pode ser dissecado nos seguintes aspectos: forte poder político concedido ao Presidente da República através da utilização de práticas populistas e da paternalização da sua figura, e a problemática do Estado Social, provedor por excelência, cujas características são desvirtuadas pelas políticas públicas assistencialistas próprias dos países em desenvolvimento (tardio) como o Brasil.

O problema do excessivo poder do chefe do Executivo é de ordem histórica, iniciando-se com a Constituição de 1891, que o denominava como “Chefe supremo da Nação”.

Também as Constituições de 1934 e de 1946 contaram com dispositivos consagradores do poder pessoal do Presidente da República. As Cartas de 1967 e 1988 não foram diferentes, incrementando, entretanto, a regra com a disposição de que os ministros de Estado desempenhariam papel de auxílio. A ditadura militar exacerbou os poderes concedidos ao Chefe do Executivo e, mesmo havendo manifestação de ojeriza de grande parcela da sociedade, que culminou com a queda do regime e a promulgação da nova ordem constitucional, atualmente, através de meios duvidosos, vive-se novamente o que se pode chamar de uma ditadura presidencial.

No Brasil comumente se percebe o nascimento de um grande líder, e isto se deve à grande dificuldade vivida pela população, que não recebe do Estado as contraprestações devidas. A vida na miséria, sem saúde, saneamento, educação, leva a pessoa a uma situação de alienação política. Aos estadistas não interessa a resolução dos problemas que assolam a população carente, eis que ela é uma fonte inesgotável de votos fáceis e baratos.

Desta forma, vivendo nesta alienação, a população fica propensa a aceitar e a fomentar o crescimento de líderes que se dizem salvadores. A sociedade brasileira já viu nascer muitos destes líderes, que surgem em épocas de crise, com o discurso da salvação. Foi assim no governo de Getúlio Vargas, que ao garantir os direitos sociais, mesmo perpetrando uma ditadura fascista disfarçada, conseguiu o imenso apoio das massas, que o intitularam de "pai dos pobres".

Em Juscelino Kubitschek nota-se mais um grande líder, com discurso fácil e envolvente que promete o crescimento do país em níveis jamais vistos. Consegue a proeza de construir uma nova capital, uma obra megalomaníaca, que, ao que parece, teve por principal objetivo o afastamento físico do poder político dos clamores sociais, eis que se projeta uma nova cidade, no meio do país, distante das grandes capitais, onde borbulham os movimentos sociais que poderiam imprimir novos rumos ao país, através da sua influência. Com o afastamento geográfico, tem-se a dificuldade de pressão popular sobre aqueles que detêm as prerrogativas de mando da política nacional e isso ainda persiste, mesmo em tempos de aproximação digital pelas redes sociais da internet.

Contemporaneamente desponta como novo líder o ex-presidente, Luís Inácio Lula da Silva, que, aos olhos do povo, é o seu legítimo representante no poder, visto que a sua origem é a mesma dos miseráveis retirantes nordestinos que buscam a melhoria da vida nas fábricas do sul e do sudeste.

A real dimensão do poder popular concedido ao ex-presidente Lula percebe-se a partir da sua incolumidade frente aos mais variados escândalos políticos que assolaram o seu governo. A sua imagem frente à grande massa manteve-se impávida, sem que nela respingasse qualquer vestígio da lama política que assolou o Congresso Nacional e que teve início dentro do próprio governo, com o envolvimento direto de ministros e assessores de alto coturno, inclusive de amigos pessoais do Presidente.

A figura do Presidente permaneceu intocada enquanto que o Congresso perdeu toda a sua expressão a partir dos escândalos do "mensalão". Além do mais, a queda de ministros importantes e a atuação nonsense do Presidente não foram aptas a fazer diminuir a sua força frente às massas, que continuam acreditando na ladainha de salvação.

O combate a situações como a que ora se apresenta deve-se pautar no fortalecimento dos partidos políticos, ao contrário do que ocorre atualmente, visto que se observou a imagem do partido a que pertence o ex-presidente ruir, enquanto que ele permanecia intacto, como que

inserido numa bolha impenetrável de proteção. A democracia corre sério risco quando um homem passa a ser maior do que aquilo que lhe alçou ao poder.

O segundo ponto que cabe analisar diz respeito ao Estado Social, o provedor, cujos princípios acabam sendo desvirtuados pela prática cotidiana, gerando uma situação de dependência do indivíduo ao Estado, que passa a dominar todos os campos de atuação, exigindo-se dele uma rápida resposta aos anseios sociais. Em nome disto é que o chefe do Executivo passa à posição de predomínio, alçando voos cada vez maiores na seara legislativa, limitando, por conseguinte, a atuação do Poder Legislativo.

Não se discute aqui a importância do Estado Social, eis que restou demonstrado que a auto regência da sociedade não vingou, merecendo, então, uma atuação mais incisiva do Estado, que deverá tutelar de forma eficaz as relações sociais e jurídicas. Para Lenio Streck[1248], considerando a modernidade tardia do Brasil, há a necessidade de atuação do poder estatal como um importante árbitro na solução das injustiças.

A discussão que ora se propõe deve dizer respeito aos abusos perpetrados pelos estadistas baseados, erroneamente, nas exigências impostas pelo Estado Social. Os limites são ultrapassados sem pejo, em nome da satisfação dos interesses sociais, conceito este deveras amplo, amplitude que, por sua vez, serve aos interesses (particulares) escusos daqueles que detêm o poder.

Lenio Streck[1249] observa que os governos de Fernando Collor e Fernando Henrique Cardoso buscaram o enfraquecimento do Estado a partir da aplicação de técnicas neoliberais. Segundo o professor gaúcho:

> Vivemos, nesta última década, sob deliberado processo de enfraquecimento do Estado, patrocinado pelos governos neoliberais globalizantes dos Presidentes Collor e Cardoso. O exame das propostas frustradas de reforma constitucional pretendidas pelo primeiro e daquelas logradas pelo segundo evidencia a identidade de valores nos programas de um e de outro. ora, obtida a fragilização do Estado, todos os seus produtos passam a exibir as marcas dessa fragilização. O Direito que imediatamente conhecemos e aplicamos, posto pelo Estado, dele dizemos ser "posto" pelo Estado

[1248] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 69.
[1249] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 17/18.

> não apenas porque seus textos são escritos pelo Legislativo, mas também porque suas normas são produzidas pelo Judiciário. Em segundo lugar, cumpre observar que a fragilização do Poder Judiciário atende a interesses bem marcados dos Executivos fortes, que se nutrem de projetos desdobrados de uma nítida transposição, hoje, dos quadros do privado para os do público, do individualismo possessivo. Penso podermos afirmar que, se de um lado o capitalismo já não padece do temor da contestação social, os executivos já não têm pejo de violar as Constituições e de violentar as exigências de harmonia entre os Poderes. A América Latina tem sido profusa e generosa em exemplos... O desconforto provocado por essa crise coloca os estudiosos do Direito sob o desafio do descobrimento de caminhos que conduzem à produção de justiça material, no mínimo a uma reeticização do Direito.

Para Streck[1250], quando defende que o constitucionalismo não morreu, o Estado Social não existe no Brasil, não obstante haja um forte intervencionismo do Estado e do Direito no campo social. O autor gaúcho defende a efetivação dos direitos previstos constitucionalmente a partir da concretização dos princípios do *Welfare State*, corolário do Estado Democrático de Direito.

Atualmente, percebe-se uma certa semelhança entre o fenômeno identificado por Lenio Streck[1251] nos governos de Fernando Collor e de Fernando Henrique Cardoso e no atual governo, encarado este como uma continuidade do governo Lula, com as mesmas características. Anteriormente, com a aplicação dos princípios neoliberais, percebe-se o enfraquecimento dos Poderes Legislativo e Judiciário[1252] e a diminuição da atuação do Estado; em contrapartida, tem-se o fortalecimento do Poder Executivo, que passa a contar com determinadas prerrogativas que lhe garantem uma atuação mais ampla. Já hodiernamente, o fenômeno se repete, com algumas diferenças. A ideologia do partido que detém o poder atualmente condena as práticas neoliberais e defende a proteção dos menos favorecidos através de políticas públicas assistencialistas. Da mesma forma, ocorre o fortalecimento do chefe do Executivo, que passa a contar com uma popularidade absurda

---

[1250] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 19.

[1251] STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 19.

[1252] Importante destacar que, muito embora se possa verificar atualmente um certo protagonismo judicial, decorrente do fenômeno do ativismo e do grande destaque que o Supremo Tribunal Federal obteve com o julgamento de grandes questões, que atraíram a atenção da mídia, ainda se pode verificar a prevalência do poder que o Executivo tem sobre os demais.

devido às suas práticas populistas, com o consequente enfraquecimento dos demais poderes. São fenômenos ideológicos diferentes (direita e esquerda), cujas consequências guardam total correspondência entre si. Da mesma forma, não se pode falar em Estado Social, e, sim em Estado Assistencial, que produz dependência social, que se constitui em um grave prejuízo para a sociedade a longo prazo.

3. INTERFERÊNCIAS ENTRE OS PODERES ESTATAIS

O crescimento das interferências entre os poderes estatais pode ser observado juntamente com a modificação do conceito de lei. O que antes era considerado um ato normativo de caracteres genéricos e abstratos, "como conseqüência do primado da racionalidade"[1253], passa a conter características mais casuístas, tratando de casos mais específicos. Vale destacar neste sentido a lição de José Adércio Leite Sampaio, para quem:

> As mudanças estruturais do século XX embotariam as premissas da legalidade, atraindo aquela força também para certos expedientes normativos, oriundos do Poder Executivo. Não bastasse isso, surgiram as chamadas leis-medida (*Massnahmegesetze*) ou de utilidade, orientadas a fins concretos, deferidas, originariamente, apenas ao Executivo (art. 48.2 de Weimar), para depois ser estendida também à produção dos Parlamentos. Mais e mais se divorciava a lei de um sentido de justiça, racionalidade, abstração e generalidade, para se ocupar de grupos específicos de casos ou pessoas, de programas concretos. O cenário ainda se tornaria mais complexo e cheio de perplexidade com a multiplicação das fontes normativas, como resoluções, decretos e regimentos parlamentares, regimentos judiciários, ou da identificação de *status* da própria lei tradicional, em leis constitucionais, leis orgânicas, leis complementares e leis comuns ou ordinárias. Mais e mais se combinavam e se misturavam os significados, material e formal, de lei.[1254]

[1253] SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 432.

[1254] SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 433.

Como salvaguarda do Parlamento e do princípio da separação dos poderes, busca-se uma chamada reserva legislativa para aquele, com o fim de não permitir que a sua competência para a edição de normas se esgote frente às mudanças trazidas pela modificação do que se imaginava ser a lei.

O Executivo está mais propenso às intervenções indevidas, que ultrapassam os limites fixados pela lei, tudo isto em nome da prestação de serviços de interesse público. Entretanto, muitas vezes não se faz a devida observação dos limites legais a fim de inferir-se qual dos interesses em questão (da preservação da competência do Legislativo e da sua independência *versus* interesse público a ser tutelado pelo Executivo) é o melhor a ser preservado no momento.

4. MEIOS DE ADAPTAÇÃO DA FORMA IDEAL DE TRIPARTIÇÃO DOS PODERES AO SISTEMA BRASILEIRO ATUAL

No tocante ao princípio da tripartição dos poderes, é cediço que já não mais é entendido em caráter absoluto, eis que com a evolução dos tempos e as novas maneiras de se pensar o Estado, não cabe mais o conceito de separação de três setores estanques. Fala-se atualmente em harmonia e colaboração entre os poderes, cujo escopo é a manutenção da paz social e a promoção do bem estar dos cidadãos. Neste sentido, não se pode mais imaginar um Estado formado por três órgãos que executam suas funções de forma separada, sem inter-relacionamento. O Estado provedor exige uma atuação conjunta dos poderes para oferecer à sociedade as respostas que ela deseja obter e isto deve ocorrer de forma ágil, eis que as mudanças sociais, culturais, tecnológicas etc. ocorrem rapidamente.

É aqui, neste aspecto de agilidade, que entra a atuação incisiva de um Poder Executivo eficiente, que deve estar em contato direto com os anseios sociais, de forma a capacitar a sua ação, para que haja eficácia de seus métodos.

Como bem observa Clèmerson Clève[1255], o Estado Social é pródigo em fazer florescer o totalitarismo, eis que não se enquadra com o chamado Estado de Direito, não dando fundamental importância à separação dos poderes. Com isso, tem-se uma fortificação exacerbada do Executivo. Exemplificando, Clève cita o caso vivido pelo Brasil na época do Estado Novo, "que outra coisa não foi senão a manifestação de uma forma de organização política que se recusava a guardar qualquer tipo de relação com o Estado de Direito".

[1255] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.

O Brasil vive tempos de ineficácia das disposições constitucionais asseguradoras de direitos fundamentais. O Estado não se presta a efetivar estes direitos de forma satisfatória. A crise da ineficácia dos direitos assola a sociedade e corrompe os poderes estatais, que a cada dia mais estão sendo povoados por ações que buscam remediar a situação calamitosa, sem encontrar, todavia, a cura definitiva para os males que afligem a sociedade.

O Estado Social, como previsto na Constituição de 1988, não encontra morada na realidade brasileira. A Constituição Cidadã, embora tenha aplicabilidade em determinadas situações, não é de todo efetivada, perecendo, desta forma, muitos direitos nela assegurados.

Pode-se afirmar que o Brasil, da forma como está conduzindo a problemática da ineficácia da Constituição, não conseguirá suplantar as mazelas que se impõem dia após dia. O caminho mostrado pelo constituinte de 1988 não está sendo seguido, em muitos aspectos, nem pelo legislador infraconstitucional, nem pelo aplicador do Direito e, em grau muito menor, pelo Poder Executivo.

Mesmo que não haja possibilidade de aplicação do princípio da tripartição dos poderes de forma pura, isto não significa que serão toleradas intervenções autoritárias e injustificadas. É necessário ter em mente que a separação dos poderes estatais é corolário do Estado Democrático de Direito, o qual, em que pesem as críticas, é o que se mostrou mais justo até a atualidade. Sendo assim, mesmo mitigado e sofrendo com as inúmeras intervenções entre os poderes estatais, deve-se observar a aplicabilidade do princípio, não como letra morta, ou mero penduricalho, e sim como a base forte de um Estado Democrático que busca a efetividade da justiça social.

Para isso, é necessário que cada poder tenha respeitada a sua competência privativa, livrando-se das interferências arbitrárias, coibindo-as de forma eficaz.

Diz-se que, pela sua natureza, o ser humano é corruptível pelo poder. Desta forma, o *modus operandi* daquele que detém as prerrogativas de decisão do destino de milhões de cidadãos deve ser anteriormente traçado pela lei e controlado pelos demais poderes, sem qualquer espécie de intimidação, seja ela política, moral ou ideológica.

A independência entre os poderes deve ser preservada de forma a garantir autonomia para um controle livre das amarras da corrupção.

O que parece utopia pode ser alcançado através da conscientização dos cidadãos, para que, ao efetuarem a escolha de seus representantes, deem igual importância aos componentes do Executivo e do Legislativo.

O fortalecimento do poder elaborador das leis parece ser o caminho para o combate aos abusos perpetrados por um Executivo cada vez mais despótico.

É interessante notar que as interferências do Poder Executivo nas competências do Legislativo se dão de forma sub-reptícia, seja através da influência ideológica, seja através da corrupção, da força política, ou mesmo da edição de medidas provisórias, cuja adequação aos requisitos constitucionais é discutível. Explica-se: o Supremo Tribunal Federal encontra sérias dificuldades em identificar uma afronta à Constituição, que possa ser considerada direta. Sendo assim, dado o caráter dúbio de muitas medidas, o Executivo vai passando incólume pelo controle dos demais poderes.

Importante ressaltar a posição de Clèmerson Clève, para quem o Estado atual, da mesma forma como influencia, também sofre com as influências sociais. Hodiernamente a sociedade organizada está equipada para exigir do Estado a sua atuação concreta. Neste sentido é a sua lição:

Ora, no mundo de hoje, o homem necessita preocupar-se com o Estado. Também deve precaver-se contra os grupos, porque, em face deles, mais uma vez a liberdade corre perigo. É preciso limitar o Estado, mas é preciso verificar que nem ele nem a sociedade correspondem às imagens oferecidas pelos séculos XVIII e XIX. Reivindica-se, agora, a atuação do Poder Público para quebrar o domínio dos grupos e corporações.

Se, neste ponto da historia, o princípio rígido e dogmaticamente interpretado da separação dos poderes não é funcional, cumpre lembrar que, como idéia racionalizadora do aparato estatal ou como técnica de organização do poder para a garantia das liberdades, não pode ser esquecido, nem se encontra superado.

Montesquieu criou para sua época um sistema de equilíbrio do poder (que não corresponde necessariamente a um sistema de equilíbrio entre os poderes), oferecendo as bases para a constituição de um governo misto, moderado pela ação das forças dinamizadoras do tecido societário. A missão atual dos juristas é a de adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, aceita-se aparelhar o Executivo, sim, para que possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (tais mecanismos) mais seguros e eficazes.[1256]

[1256] CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade Legislativa do Poder Executivo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 44.

Considerando-se que não há como aplicar o princípio da separação dos poderes da forma como pensada por Montesquieu, a atuação do Estado deve-se pautar, portanto, pelo respeito mútuo entre os poderes, sem que haja ingerências indevidas nas esferas privativas de cada poder, que devem ser respeitadas, com o fim de preservação da democracia.

Pela análise da atual conjuntura política e jurídica do Brasil, mister se faz considerar que mudanças deverão ser operadas para a preservação do Poder Legislativo que se encontra desacreditado, ao passo que o Executivo assume um maior campo de atuação a cada dia.

Sendo assim, caso haja a persistência do instituto da medida provisória no ordenamento jurídico pátrio, é preciso que o Executivo passe a ter maiores responsabilidades sobre as suas ações, para que não se desvirtuem as finalidades do instituto, que é servir ao Estado para efetuar as prestações de natureza excepcional de forma rápida.

> A medida provisória foi criada para ser aplicada em países que adotaram como sistema de governo o parlamentarismo, que permite um maior controle das ações do Poder Executivo pelo Legislativo, ocasionando, inclusive, em determinados casos, a demissão do governo.

O governo presidencialista, principalmente em países como o Brasil, leva a uma paternalização da pessoa que assume o cargo de Presidente da República, que passa a ter mais importância do que a instituição que representa. Neste sentido é que reside o perigo de contaminação pelos benefícios oferecidos pelo poder supremo, o indivíduo passa a acreditar na sua onipotência, e tem motivos para isso, eis que o Congresso Nacional, via de regra, passa a representar o papel de mero repetidor das vontades do Executivo, e o Poder Judiciário, muitas vezes, busca legitimar as ações impróprias do Executivo, com o fito de preservar a harmonia entre os poderes.

Na realidade, o que se tem são os objetivos políticos (e politiqueiros, em determinados casos) que passam a permear todas as instâncias do poder estatal. O Executivo, por meio do populismo, busca a satisfação dos anseios sociais que possam render mais votos; o Legislativo, da mesma forma, repete as determinações do Executivo como um refém de uma politicagem sórdida, manifestando-se somente quando o apelo da opinião pública não deixa dúvidas acerca da sua vontade. Os fins são os mesmos, meramente eleitoreiros. Já o Judiciário preserva-se, em termos, à distância destas influências, sucumbindo, em determinados casos, ou não decidindo da forma incisiva que dele se espera.

O fortalecimento do Legislativo e do Judiciário passa pela diminuição do poder concedido ao Executivo. Para isso, é necessária a conscientização de que a figura representada

pelo Presidente da República não está apta a solucionar todos os problemas que se apresentam em uma nação. Os cidadãos devem tomar conhecimento de que as soluções deverão ser buscadas na lei, eis que ela é a fonte do poder e, ao mesmo tempo, a sua limitação natural.

A atuação do Poder Executivo deve guardar o devido respeito às normas constitucionais, sem ofensas à soberania dos poderes. Desta forma, mesmo o Estado provedor por excelência, aquele que pratica ingerências em todos os níveis sociais, buscando a melhoria das condições de vida de seus súditos e a promoção da justiça social, não restará prejudicando o Estado de Direito, uma vez que os poderes estatais estarão em harmonia e com a sua independência devidamente preservada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto conclui-se que as disposições do princípio da tripartição dos poderes não podem ser consideradas letra morta, visto que encontram aplicabilidade na atual conjuntura brasileira, até mesmo para a preservação do Estado Democrático de Direito, que passa a aliar-se ao Estado Social na promoção da melhoria das condições de vida dos cidadãos.

É importante ressaltar que o princípio encontra-se mitigado, eis que atualmente preza-se pela harmonia entre os poderes, sem esquecer-se, evidentemente, da independência entre os mesmos, para que as formas de controle recíproco tenham plena aplicabilidade, recaindo sobre o poder infringente de alguma norma, ou mesmo sobre a pessoa, ou as pessoas que exercem referido poder, a responsabilidade pelos atos que afrontem os dispositivos legais.

Nesta seara, não deve encontrar óbice a produção legislativa pelo Executivo, eis que o mundo moderno exige atuação rápida do Estado, que não pode ficar condicionado ao lento procedimento de elaboração de uma lei pelo Legislativo. Entretanto, os limites estabelecidos pela lei deverão ser respeitados, sob pena de quebra do princípio formulado por Montesquieu e, consequentemente, afronta do Estado Democrático de Direito.

No tocante às medidas provisórias, embora haja críticas sobre o modo como a Constituição as disciplinou, não se pode fugir da realidade fática, eis que os dispositivos estão sendo aplicados e, muitas vezes, distorcidos em favor do Poder Executivo. Entretanto, cabe à doutrina e à jurisprudência estabelecer parâmetros de utilização e aplicar os já existentes, com o escopo de coibir os eventuais abusos praticados. Conforme já discorrido no presente trabalho, os tribunais pátrios estão servidos de argumentos para fazer valer a verdade

constitucional e evitar as ingerências indevidas entre os poderes, falta, portanto, coragem no enfrentamento da questão.

Por derradeiro, mesmo que haja este controle, o entendimento a que se chega é no sentido de que a utilização do instituto da medida provisória e toda a atuação do Poder Executivo na seara legislativa somente seria devidamente controlada com o fortalecimento do Legislativo.

REFERÊNCIAS

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade Legislativa do Poder Executivo. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NASCIMENTO, Rogério José Soares do. Abuso do Poder de Legislar, Controle Judicial da Legislação de Urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O Novo Regime Constitucional da Medida Provisória. São Paulo: Dialética, 2001.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MÍNIMO VITAL: PRESERVAÇÃO DE UM PATRIMÔNIO ALHEIO À TRIBUTAÇÃO NA LEITURA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Ricardo Almeida ZACHARIAS

RESUMO

O presente artigo busca promover uma reflexão crítica acerca do real significado do princípio da capacidade contributiva, na sua face inferior, que é denominado mínimo vital, responsável pela preservação de um patrimônio básico alheio à tributação, com o objetivo de realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, em seu aspecto econômico. Para tanto, analisamos a questão central pelo método da revisão doutrinária e pela indução, à luz da Constituição Federal de 1988 e dos princípios norteadores do Sistema Tributário Nacional nela inseridos, a fim de contribuir à consolidação do primado da preservação do mínimo vital, necessário à sobrevivência digna do cidadão, sem a imposição de um ônus impositivo fiscal estrangulador da sua capacidade econômica.

PALAVRAS-CHAVE: Mínimo Vital, Capacidade Contributiva, Patrimônio Alheio à Tributação, Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

This paper aims to promote a critical reflection on the real meaning of the principle of ability to pay, on its underside, which is called the minimum vital, responsible for the preservation of a heritage oblivious to taxation, with the aim of realizing the principle of the dignity of human person, in its economic aspect. Therefore, the analysis will be made by the method of induction and doctrinal revision in the light of the Constitution of 1988 (CF/88) and the guiding principles of the National Tax System within it, in order to contribute to the consolidation of the rule of preservation of the minimum necessary for survival with dignity of citizens, without imposing a tax burden that strangle their economic capacity.

KEY-WORDS: Minimum Vital, Ability to Pay, Heritage Immune to the Tax, Dignity of the Human Person.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de estudar o instituto jurídico do mínimo vital, expressão fiscal do mínimo existencial, que pode ser conceituado como um patrimônio mínimo do contribuinte, que deverá atender às suas necessidades básicas, em realização do princípio da dignidade da pessoa humana, sempre alheio à tributação por parte do Estado.

Abordaremos uma visão crítica acerca da excessiva tributação indireta por meio da incidência fiscal sobre o consumo, em detrimento da renda e do patrimônio, como causadora de injustiça social, por não proporcionar a redistribuição da riqueza produzida no país, em ofensa aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Exploraremos, ainda, medidas tendentes a reverter o quadro de injustiça fiscal advindo do desrespeito da preservação de um patrimônio mínimo imune à tributação.

O artigo está subdividido em três partes, além desta introdução: A Justiça Fiscal como Primado Constitucional, Mínimo Vital e Conclusão, indicando, ao final, as Referências Bibliográficas.

1. A JUSTIÇA FISCAL COMO PRIMADO CONSTITUCIONAL

A República Brasileira, organizada federativamente, constitui-se em Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, da Magna Carta de 1988, e tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, valor norteador dos inúmeros princípios espalhados no seu texto, garantidores de uma vida socialmente integrada, protegendo a população do Poder Estatal, impondo-lhe limites à sua atuação tendo em vista os objetivos fundamentais do art. 3º, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, reduzindo a pobreza, a marginalidade e as desigualdades, com vistas a promover o bem comum[1257].

[1257] Constituição Federal de 1988, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em dezembro de 2012:
Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III - a dignidade da pessoa humana;
(...)
Art. 3° Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

A dignidade da pessoa humana funciona como um sobreprincípio dos demais princípios constitucionais, influenciando a atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que deverão pautar suas ações levando em conta uma perspectiva concreta de proporcionar vida digna ao cidadão, ao mesmo tempo em que as políticas públicas realizadas não poderão sufocar a pessoa, reduzindo-lhe sua liberdade física, psíquica e/ou econômica.

A dignidade da pessoa humana irradia efeitos nos Títulos II, VI, VII e VIII da CF/88, garantindo que toda ação estatal ou privada respeite o valor de uma vida calcada no bem estar, sendo que seu maior revelo estaria nos arts. 5º (direitos e deveres individuais e coletivos) e 7º (direito fundamental do trabalho), dispositivos norteadores das políticas sociais da Constituição cidadã.

Em sua faceta tributário-fiscal, podemos afirmar que as limitações constitucionais ao poder de tributar, dispostos na Seção II do Capítulo I (arts. 150 e 151) do Sistema Tributário Nacional (Título VI da CF/1988), visam garantir dignidade ao contribuinte frente à voracidade do Fisco diante dos comandos constitucionais que determinam a consecução de políticas públicas das mais variadas, desde a educação básica ao serviço público de saúde, transpassando pelos valores sociais: do trabalho, da previdência, assistência e saúde, da proteção da criança e do adolescente e da família como um todo, dos índios, dos idosos, enfim, de todas as minorias desamparadas historicamente no Brasil.

Encontra-se inserido no conceito de limitação constitucional ao poder de tributar do Estado, em favor do respeito ao patrimônio do cidadão, o princípio da capacidade contributiva, insculpido no parágrafo primeiro do art. 145, da CF/88:

> § 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A capacidade contributiva diz respeito ao perfil econômico do sujeito passivo, diante da necessidade de oferecer uma quantia em moeda ao Estado para a realização das suas

---

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

responsabilidades constitucionais, somente podendo ser tributado segundo suas forças, sendo vedado ao Fisco atingir desmesuradamente seu patrimônio.

Luciano Amaro apresenta um conceito abrangente acerca do princípio da capacidade contributiva:

> O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo que em terra seca não adianta abrir poço à busca de água. Porém, na formulação jurídica do princípio, não se quer apenas preservar a eficácia da lei de incidência (no sentido de que esta não caia no vazio, por falta de riqueza que suporte o imposto); além disso, quer-se preservar o contribuinte, buscando-se evitar que uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência, ou o livre exercício de sua profissão, ou a livre exploração de sua empresa, ou o exercício de outros direitos fundamentais, já que tudo isso relativiza sua capacidade econômica. Como registraram Geraldo Ataliba e Cléber Giardino, a capacidade econômica corresponde " a real possibilidade de diminuir-se patrimonialmente, sem destruir-se e sem perder a possibilidade de persistir gerando riqueza como lastro à tributação.[1258]

O princípio da capacidade contributiva, de índole constitucional, vincula-se ao princípio da igualdade, na medida em que os contribuintes devem ser tratados de forma igual pelo Estado quando se encontrarem em situações equiparadas na análise da sua renda, consumo ou patrimônio.

O Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro José Marcos Domingos de Oliveira nos ensina que:

> a) se todos são iguais perante a lei, **todos** devem ser por ela tributados (princípio da generalidade):
>
> b) o critério de igualação ou desigualação há de ser a riqueza de cada um, pois o tributo visa retirar recursos do contribuinte para manter as finanças públicas, **assim**, pagarão **todos** os que tenham riqueza, localizados os que têm riqueza (logo, contribuintes) devem todos ser tratados igualmente – ou seja – tributados

[1258] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.136.

identicamente na medida em que possuírem igual riqueza (princípio da igualdade tributária);

c) essa "riqueza" só poderá referir-se ao que exceder o mínimo necessário à sobrevivência digna, pois até este nível o contribuinte age ou atua para manter a si e aos seus dependentes, ou à unidade produtora daquela riqueza (primeira opção do princípio da capacidade contributiva, enquanto pressuposto ou fundamento do tributo);

d) essa tributação, ademais, não pode se tornar excessiva, proibitiva ou confiscatória, ou seja, a tributação, em cotejo com diversos princípios e garantias constitucionais (direito ao trabalho e à livre iniciativa, proteção à propriedade), não poderá inviabilizar ou mesmo inibir o exercício de atividade profissional ou empresarial lícita nem retirar do contribuinte parcela substancial de propriedade (segunda acepção do princípio da capacidade contributiva, enquanto critério de graduação e limite da tributação)[1259]

Segundo Keziah Alessandra Vianna Silva Pinto e Milena Zampieri Sellmann de Menezes:

O princípio da capacidade contributiva serve para a realização da igualdade na tributação, atribuindo tratamento desigual aos desiguais, segundo a capacidade econômica individual, para arcar com o ônus tributário e, por isso, é corolário do princípio da igualdade e constitui um dos meios mais eficazes para a realização da justiça fiscal[1260].

O professor Ricardo Lodi Ribeiro nos apresenta uma importante observação acerca do princípio da capacidade contributiva:

[1259] OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. *Capacidade Contributiva*: Conteúdo e Eficácia do Princípio. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 13, destaques do autor, *apud* DUTRA, Micaela Dominguez. Capacidade Contributiva: Análise dos Direitos Humanos e Fundamentais, 1ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, págs. 25/26.

[1260] PINTO, Keziah Alessandra Vianna Silva. MENEZES, Milena Zampieri Sellmann de. Aplicação do Princípio da Capacidade Contributiva ao Imposto Sobre a Renda de Pessoa Física como Forma de Efetivação dos Direitos Sociais à Saúde e Educação. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI - Uberlândia: XXI Encontro Nacional do CONPEDI – Uberlândia, junho de 2012,p. 4.

> Nessa perspectiva igualitária, há que se inquirir em relação ao que as coisas são iguais e, a partir daí, averiguar se as distinções encontradas justificam, de fato, a atribuição de um tratamento diferenciado pelo legislador tributário. As distinções que devem ser levadas em consideração pela lei são as que se baseiam numa diferente manifestação de riqueza, salvo se presente outro fundamento a ser ponderado com a Capacidade Contributiva.
>
> Por outro lado, sob a perspectiva da Solidariedade, sendo uma das tarefas do Estado Social e Democrático de Direito a garantia da dignidade da pessoa humana - o que está sempre a exigir prestações estatais positivas - é necessário angariar recursos daqueles cuja sobrevivência digna não depende das prestações estatais para, desta forma, socorrer os reclames elementares da grande massa que, embora não tenha recursos para contribuir, necessita das prestações estatais. Nesse sentido, o princípio da Capacidade Contributiva, como instrumento da Justiça distributiva, promove a redistribuição de rendas.
>
> (...)
>
> Deste modo, a Capacidade Contributiva consiste na manifestação econômica identificada pelo legislador como signo presuntivo de riqueza a fundamentar a tributação.[1261]

O princípio da capacidade contributiva se desdobra em dois subprincípios axiológicos, o mínimo vital e a vedação do confisco.

1.1 Mínimo vital

O limite inferior da tributação, aquele véu sob o qual se reserva um patrimônio alheio à imposição fiscal denomina-se mínimo vital, enquanto que o limite superior da capacidade contributiva, no qual não se impõe exação alguma é a vedação do confisco, ou seja, o marco sobre o qual não haverá mais dispêndio do contribuinte para com o Estado, sob pena de estrangulamento do seu patrimônio (injustiça fiscal).

[1261] RIBEIRO, Ricardo Lodi. O Princípio da Capacidade Contributiva nos Impostos, nas Taxas e nas Contribuições Parafiscais: RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, n. 18(2010), p. 6/7, grifo no original.

O mínimo vital não está disposto expressamente na CF/88, podendo ser extraído por procedimento hermenêutico do art. 7°, IV, que trata do salário mínimo (tema que será explorado no próximo capítulo), em cotejo com as demais limitações constitucionais ao poder de tributar.

1.2 Vedação do confisco

A vedação do confisco é uma limitação constitucional ao poder de tributar expressamente disposta no art. 150, IV, da Magna Carta:

> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> IV: utilizar tributo com efeito de confisco;

Segundo Ives Gandra da Siva Martins:

> (...) na minha especial maneira de ver o confisco, não posso examiná-lo a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda a carga tributária incidente sobre um único contribuinte. Se a soma de diversos tributos incidentes representa carga que impeça o pagador de tributos de viver e se desenvolver, estar-se-á perante carga geral confiscatória, razão pela qual todo o sistema terá que ser revisto, mas principalmente aquele tributo que, quando criado, ultrapasse o limite da capacidade tributária do cidadão. Há, pois, um tributo confiscatório e um sistema confiscatório decorrencial. A meu ver, a Constituição proibiu a ocorrência dos dois, como proteção ao cidadão.[1262]

[1262] MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O Sistema Tributário na Constituição de 1988*, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 141, *apud* MURTA, Antônio Carlos Diniz. O Princípio do Não Confisco Tributário à Luz de Uma Interpretação Objetiva no Estado Democrático de Direito: Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Maringá, Julho de 2009, p.10.

Valem mencionar, ainda, os posicionamentos do mestre Ricardo Lobo Torres e de Moris Lehner, citados por Ricardo Lodi Ribeiro:

> Vale ainda advertir que no plano subjetivo do princípio da Capacidade Contributiva, além do primeiro aspecto revelado pelo critério de graduação da tributação, o que lhe confere uma dimensão horizontal a permitir a diferenciação de um contribuinte em relação aos demais, há também uma dimensão vertical, a ser exercida em relação ao Estado, por meio da fixação de limites, seja no patamar inferior, por meio do mínimo existencial, seja na esfera superior pela vedação ao confisco, que se revelam como verdadeiras fronteiras delimitadoras do referido princípio em suas porções mínimas e máximas, no que se realiza o seu segundo aspecto subjetivo. Não se pode tributar abaixo do mínimo existencial, pois não há riqueza disponível. Não se tributa acima dos limites confiscatórios, onde a seara da capacidade contributiva exaure-se.
>
> Embora não possua dicção constitucional própria, o mínimo existencial deriva, segundo Ricardo Lobo Torres, da idéia de Liberdade, de Igualdade e dos direitos humanos, e tem seus contornos definidos pela linha que separa a vida simples do cidadão humilde da pobreza absoluta que deve ser combatida pelo Estado, não só por meio de abstenção na tributação, como também por prestações positivas, envolvendo além dos direitos individuais, os sociais, relativos à saúde, à alimentação, à educação e à assistência social. Assim, no campo tributário, o mínimo existencial deixa o contribuinte livre de qualquer tributação até o limite em que sejam atendidos os requisitos mínimos para uma vida humana digna.[1263]

Confiscar o dinheiro do contribuinte macula a imagem do Poder Público, estrangula o poder de compra das pessoas, diminui a distribuição da riqueza, aumenta a diferença entre os mais ricos e os mais pobres, aumentando o abismo social brasileiro.

Leandro Pausen nos ensina que:

[1263] TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário,* Vol. II - *Valores e Princípios Constitucionais Tributários.* Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 304, Vol. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 146; LEHNER, *Moris*. Considerações Econômicas e Tributação conforme a Capacidade Contributiva. Sobre a possibilidade de Uma Interpretação Teleológica de Normas com Finalidades Arrecadatórias", p. 151, citando precedente do Tribunal Constitucional Alemão que delineou os contornos do mínimo existencial, *apud* RIBEIRO, Ricardo Lodi, ob. cit. p. 15.

> O princípio da capacidade contributiva também se projeta nas situações extremas, de pobreza ou de muita riqueza. Impõe, de um lado, que nada seja exigido de quem só tem recursos para sua própria subsistência e, de outro lado, que a elevada capacidade econômica do contribuinte não sirva de pretexto para tributação em patamares confiscatórios que, abandonando a ideia de contribuição para as despesas públicas, imponha desestímulo à geração de riqueza e tenha efeito oblíquo de expropriação.[1264]

Portanto, as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) somente poderão impor o dever de recolher tributos ao cidadão naquela fatia econômica situada entre o mínimo vital e a vedação do confisco, em realização ao ditame maior da Justiça Fiscal, primado constitucional ínsito na Carta Politica de 1988.

Inúmeras são as limitações constitucionais ao poder de tributar espalhadas no texto de 1988, como as imunidades (recíproca, religiosa, dos livros, jornais e periódicos, das entidades sindicais, etc..), mas estes institutos jurídicos não serão abordados neste artigo, que se limitará a contribuir para o estudo do mínimo vital, expressão fiscal do mínimo existencial.

2. O MÍNIMO VITAL PROPRIAMENTE DITO

A preservação de um patrimônio mínimo e digno ao cidadão, livre da imposição tributária, encontra no subprincípio da capacidade contributiva do mínimo vital a sua expressão valorativa e uma forma eficaz para combater a manutenção da disparidade entre a concentração de renda no país.

O art. 145, § 1°, da CF/88 disciplina que somente os impostos serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte, mas perfilhamos o entendimento de que não só esta espécie tributária deve passar ao largo do mínimo vital, como todo e qualquer tributo que interfira economicamente na possibilidade de se levar uma vida digna.[1265]

[1264] PAULSEN. Leandro. Curso de Direito Tributário Completo, Livraria do Advogado Editora, 4ª Edição, Porto Alegre, 2012, pág. 74.
[1265] RIBEIRO, Ricardo Lodi, ob. cit. p. 18.

Não deverá haver tributação sobre a expressão econômica que proporcione a manutenção das necessidades básicas do contribuinte e de sua família, com despesas relacionadas à educação vestuário, moradia, lazer, previdência e saúde, etc..

O art. 7, IV, da CF/88, dispõe:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> IV: - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

Se o salário mínimo, que é a menor remuneração paga no Brasil deve proporcionar essa gama de necessidades vitais para o sustento de uma pessoa e/ou família, sobre este valor não deveria incidir a figura do tributo.

No que tange à figura dos impostos, há isenção do imposto de renda da pessoa física sobre a fatia da remuneração do trabalhador público ou privado inferior a R$ 1.637,11 para o ano-calendário de 2012, a ser declarado até de março a abril de 2013; para aqueles que perceberem salário ou rendimento superior a R$ 1.637,11 estão fixadas alíquotas progressivas de 7,5 % (do valor isento até R$ 2.453,50) com dedução de R$ 122,78, de 15 % (de R$ 2.453,50 até R$ 3.271,38) com dedução de R$ 306,80, de 22,5 % (de R$ 3.271,38 até R$ 4.087,65) com dedução de R$ 552,15 e por fim, de 27,5% (salário superior a R$ 4.087,65) com dedução de R$ 756,53.[1266]

Esta progressão da alíquota do imposto de renda da pessoa física é ditada por comando constitucional (art. 153, III, e § 2°, I, da CF/88).[1267]

[1266] Lei n° 12.469, de 26/08/2011, disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12469.htm, acesso em dezembro de 2012.

[1267] Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
II - renda e proventos de qualquer natureza;
§ 2º - O imposto previsto no inciso III:
I - será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;

A catedrática Janaína Rigo Santin, nos ensina:

> Se o respeito ao mínimo isento exige que os tributos sejam aplicados a partir da medida de capacidade econômica das pessoas, do mesmo modo estabelece que, ante a insuficiência de capacidade econômica, será impossível o gravame tributário. Trata-se, pois, de uma exceção ao dever de contribuir, convertendo-se em uma exigência lógica derivada do princípio que exige cobrar o dever tributário de acordo com a capacidade econômica do sujeito, partindo da riqueza destinada a cumprir suas necessidades básicas, as quais não devem ser consideradas riquezas graváveis. Assim, à necessidade de garantir recursos ao Estado para cumprimento de suas finalidades deve ser sempre respeitado o limite absoluto à própria sobrevivência do ser humano, cuja garantia constitui a primeira exigência de desenvolvimento das teorias sobre justiça. [1268]

No Brasil, o subprincípio do mínimo vital, como limite à atuação do Fisco em respeito a um patrimônio mínimo do contribuinte com vistas a proporcionar a si mesmo e à sua família uma vida digna, livre de tributos, é pouco estudado e propalado na doutrina e na jurisprudência.

No sítio do Supremo Tribunal Federal, em dezembro de 2012, adicionando as expressões mínimo vital e mínimo isento (sinônimas) na busca de jurisprudência, não encontramos acórdão algum que tratasse dessa faceta do princípio da capacidade contributiva.[1269]

As expressões rastreadas pelo sítio do STF foram: salário mínimo e mínimo existencial, em casos julgados com suporte fático nos debates acerca do embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível, e a vinculação de vencimentos ao salário mínimo.

As lições acerca do mínimo existencial relacionam-se às questões em que se exigem prestações positivas devidas pelo Estado em favor dos cidadãos. Na visualização do mínimo

---

[1268] SANTIN. Janaína Rigo. Princípio da Capacidade Contributiva e Mínimo Isento: Uma Abordagem de Direito Comparado. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Salvador: Junhno de 2008, p. 9.

[1269] Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+vital%29&base=baseAcordaos, acesso em dezembro de 2012.

vital como subprincípio da capacidade contributiva, de outro giro, exigimos uma não interferência do Estado no patrimônio do contribuinte.

Argumentamos um não agir, pleiteamos um respeito à dignidade da pessoa humana, no sentido de se preservar a liberdade econômica do cidadão diante da voracidade do Fisco, em favor de condições básicas de sobrevivência.

Ademais, o custo de vida do brasileiro cresce exponencialmente, a contraprestação aos valores arrecadados com os tributos não é sentido pela população; ou são retribuídos com serviços de duvidosa eficiência. Os serviços públicos essenciais de saúde, direito de todos e dever do Estado (art. 196, CF), e de educação, também gratuito e obrigatório dos 4 aos 17 anos (art. 208, da CF) são prestados de forma insatisfatória.

O brasileiro que adquire melhor condição financeira gasta além de suas econômicas para educar seus filhos em escolas particulares e evitam o SUS aderindo a planos de saúde privados.

Micaela Domiguez Dutra, com acerto, nos remete à noção de que:

> Todo tributo que venha a incidir sobre os recursos destinados a garantir as necessidades básicas, fundamentais para a sobrevivência, será inconstitucional por ferir a capacidade contributiva.
>
> A capacidade contributiva só surge após o preenchimento das necessidades básicas do indivíduo, e nunca sobre estas, sendo essa a relação existente entre capacidade contributiva e o mínimo existencial. [1270]

Prossegue a autora, auxiliando-se dos ensinamentos do mestre Ricardo Lobo Torres, afirmando que "a capacidade contributiva começa *além* do mínimo necessário a existência humana digna e termina *aquém* do limite destruidor da propriedade. As condições iniciais de liberdade e a inintributabilidade do mínimo vital, por conseguinte, coincidem com a não capacidade contributiva, que é a face negativa que na Constituição aparece positivamente. O

[1270] DUTRA, Micaela Dominguez. Capacidade Contributiva: Análise dos Direitos Humanos e Fundamentais, 1ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010 p. 104.

mínimo existencial encontra na capacidade contributiva o seu *balizamento e jamais o seu fundamento*.[1271]

O respeito ao mínimo vital é mais nítido, perceptível e difundido no direito brasileiro nos impostos direitos, como o IRPF (imposto de renda da pessoa física) e o IPI (imposto sobre produtos industrializados), principalmente pela fixação das alíquotas do imposto de renda da pessoa física, em que os vencimentos abaixo de R$ 1.637,11 não sofrem a incidência do IRPF, e na tributação conforme a essencialidade do produto no IPI (art. 153, §3º, I, CF). mas uma crítica crucial deve ser lembrada.

No entanto, uma crítica crucial deve ser explorada. Tanto o trabalhador que percebe um salário superior a R$ 4.087,65, como aquele abastado empresário que aufira renda mensal milionária, sofrem a mesma incidência da alíquota de 27,5%, em odiosa equiparação, que malfere os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, mal se utilizando, o legislador, da progressividade constitucional do imposto de renda.

Melhor seria a implantação de uma dezena (ou dezenas) de alíquotas progressivas para o imposto de renda da pessoa física, nas mais variadas fatias de percepção de salários, vencimentos, pensões, soldos e demais rendimentos percebidos pela população, sejam empregados privados, servidores públicos, militares ou atores empresariais.

As desonerações sucessivas implantadas pelo Governo Federal como medidas paliativas em face da crise econômica internacional também refletem uma busca pela preservação do mínimo vital, principalmente na redução do IPI da linha branca e dos automóveis de baixa motorização.

O mínimo vital visa preservar um patrimônio mínimo apto a proporcionar uma vida humana digna, e a aquisição de bens materiais, como um automóvel e uma geladeira, um fogão, por exemplo, é uma das formas de se atingir um patamar de vida confortável.

Por esta razão, o ideal seria a definitiva desoneração por meio do IPI e do ICMS dos bens considerados básicos para uma vida confortável, pois nos impostos indiretos vislumbramos as maiores injustiças fiscais, ou ainda, aglutinar num único imposto de valor agregado, várias figuras fiscais, com reduzida alíquota.

Segundo Leonardo Cesarino Pessoa e Marcello Muniz da Silva, em análise feita acerca da tributação indireta incidente sobre a população brasileira:

[1271] Ob. cit., p. 104.

> Como se pode ver no gráfico, o trabalho concluiu que a carga tributária direta é progressiva: nas famílias que recebem até 2 salários mínimos por mês, por exemplo, essa carga é de menos de 2% da renda bruta, enquanto que, para as famílias cuja renda mensal é superior a 30 salários mínimos, a carga tributária direta atinge aproximadamente 11% da renda.
>
> Embora, para as famílias que estão no topo da pirâmide, a carga tributária direta seja cerca de 6 vezes superior que para as famílias que estão na sua base, o trabalho aponta que, se analisada a diferença entre os rendimentos, quem está no topo ganha cerca de 37 vezes mais do que quem está na base da pirâmide, sugerindo-se que o grau de progressividade existente seria insuficiente para compensar o tamanho da desigualdade. O aumento do salário mínimo ocorrido após a publicação desse trabalho atenuou essa diferença, que, continua, no entanto, ainda muito grande.
>
> O trabalho de Viana et al mostra que a carga tributária indireta, no entanto, é extremamente regressiva. Ela atinge cerca de 27% da renda das famílias que ganham até 2 salários mínimos, enquanto que as famílias no topo da pirâmide gastam apenas 7% da renda bruta em tributos indiretos. [1272]

Este quadro é extremamente injusto, um verdadeiro drama na vida da população mais carente do nosso continental país.

É evidente que a tributação escorchante dos mais pobres fere o princípio da capacidade contributiva, fulminando-lhes o direito de alcançar uma vida boa, digna, livre de tributos.

Essa política fiscal fere a Constituição de 1988 na medida em que, proporcionalmente, o pobre recolhe mais tributo que o rico, numa cíclica espiral de aumento do abismo patrimonial entre as diversas camadas econômicas da sociedade brasileira.

Outros tempos tivemos dispositivo expresso na Constituição Federal que privilegiava o mínimo vital. O art. 15, § 1º, da CF 1946, estipulava:

[1272] PESSÔA. Leonel Cesariano. SILVA, Marcello Muniz. Renda Básica, Capacidade Contributiva e o Mínimo Vital. Anais do 13º Congresso Internacional da BIEN – Rede Mundial de Renda Básica, USP - Universidade de São Paulo; UFF - Universidade Federal Fluminense; UFRJ - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010, São Paulo, SP, p.7.

> § 1º - São isentos do imposto de consumo os artigos que a lei classificar como o mínimo indispensável à habitação, vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica.

Juntamente com o art. 202 da CF 1946 (que determinava a graduação dos tributos conforme a capacidade econômica do contribuinte), o art.15, § 1º, foi revogado pela Emenda Constitucional nº 18/1965, em odioso retrocesso fiscal.

É indiscutivelmente injusta a tributação sobre o consumo na realidade social brasileira.

A saída para o problema não é simples, mas temos mecanismos constitucionais para a salvaguarda dos direitos tributários dos menos favorecidos, em prol da preservação do mínimo vital.

A primeira delas passa pela consideração da raiz da questão pelo Poder Legislativo, primeiro destinatário dos princípios constitucionais acima ventilados (dignidade da pessoa humana, respeito à capacidade contributiva e preservação do mínimo existencial em sua feição fiscal).

Caberia ao Congresso Nacional reformar a legislação tributária, criando um mecanismo de armazenamento e controle do perfil econômico da população, que possibilitasse a dedução de gastos às pessoas mais carentes de recursos, na aquisição de produtos com a incidência maior de tributos indiretos.

A identificação do mínimo vital vai variar proporcionalmente ao conceito do que se considera necessidade primordial da sociedade; depende de decisão política fundamental do legislador, que deverá se ater na ausência de base constitucional suficiente, àquilo que uma sociedade razoavelmente considerar necessidades básicas do indivíduo e da família.[1273]

Não teremos justiça fiscal sem o respeito à capacidade contributiva. Para haver isonomia e justiça tributária deve-se combinar a capacidade contributiva com os demais

[1273] COSTA, Regina Helena. Princípio da Capacidade Contributiva, Malheiros Editores, 4ª edição, São Paulo, 2012, pág. 28.

preceitos constitucionais, exigindo-se da administração fiscal o respeito ao mínimo existencial do cidadão e de sua família.[1274]

O mínimo existencial no seu feitio tributário emana, como dissemos desde o início, do princípio da capacidade contributiva que o protege, não permitindo que se tribute a renda, enquanto esta não ultrapassar o mínimo vital, em atenção aos princípios da dignidade humana e do Estado Social. Não se permite a penetração do mínimo existencial pela tributação, total ou parcialmente, mesmo que se faça uma compensação por meio da extensão de benefícios previdenciários. [1275]

O Estado não pode subtrair o que o mesmo Estado irá devolver com o Seguro Social. O princípio da unidade do ordenamento jurídico exige que o mínimo existencial fiscal não seja menor do que o mínimo existencial da seguridade social. [1276]

Em nossa visão, o Poder Executivo deveria apresentar uma proposta de racionalização do nosso sistema tributário, simplificando-o e mostrando-se menos sensível ao lobby do empresariado. Hoje, vemos muito mais desoneração para o atendimento de uma parcela de grandes segmentos econômicos (que acabam amealhando recordes de vendas) do que a intenção de solucionar o problema da supertributação dos mais pobres.

Engana-se quem pensa que o povo não raciocina que paga muito tributo. Equivoca-se quem pensa que a redução da carga tributária não está na agenda de assuntos caros da sociedade brasileira. Segundo pesquisa do cientista político Alberto Carlos Almeida, o brasileiro prefere a redução dos tributos ao aumento da oferta do programa bolsa-família, provando estatisticamente que nós almejamos a redução imediata de impostos. Essa pauta inevitavelmente ganhará força nas decisões políticas fundamentais da agenda governamental nos próximos anos, segundo o autor, constatação com a qual concordamos.[1277]

Defendemos que o Poder Judiciário tem a obrigação de identificar o desrespeito ao princípio da capacidade contributiva. A sua atuação tem sido tímida na defesa do contribuinte contra o poder estatal de instituir e aumentar os tributos.

[1274] ZILVETI, Fernando Aureli. Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva. Quartier latin, São Paulo, 2004, pág. 124.
[1275] TIPKE. Klaus. YAMASHITA, Douglas. Justiça Fiscal e princípio da Capacidade Contributiva. Malheiros Editores, São Paulo, 2002, pág. 34.
[1276] Idem. Ob cit.
[1277] ALMEIDA, Carlos Alberto. O Dedo na Ferida: menos imposto e mais consumo. Editora Record, 1. Ed, 2010, Rio de Janeiro, pág. 67/69.

Leonardo Cesarino Pessoa fez uma pesquisa jurisprudencial no sítio do Supremo Tribunal Federal e constatou:

> No trabalho realizado, os setenta acórdãos do STF em que os termos "capacidade contributiva" aparecem foram classificados de acordo com o interesse protegido.
>
> Estas análises e classificação conduzem a uma conclusão principal: no Brasil, o princípio da capacidade contributiva foi utilizado pelos ministros do STF, em alguns poucos acórdãos, para proteger o interesse do contribuinte e quase sempre para proteger o interesse do fisco.[1278]

Especial relevo adquire a questão quando posta sob o crivo do Poder Judiciário, que exercendo um papel contramajoritário[1279], tem o dever de afastar a legislação que descumpra o comando constitucional de graduação tributária conforme a capacidade econômica do contribuinte, controlando a constitucionalidade do seu teor.

CONCLUSÃO

Neste artigo, verificamos que o mínimo vital é um subprincípio da capacidade contributiva, juntamente com a vedação do confisco, funcionamento como limite inferior da tributação, ou seja, os recursos necessários à concretização de uma vida básica, sem luxo ou extravagância, não poderão ser tributados, com o objetivo de proporcionar um patrimônio mínimo ao cidadão, em realização do princípio da dignidade da pessoa humana, como corolário da justiça fiscal.

Procuramos demonstrar que a imposição fiscal que atinja o mínimo vital estrangula o poder aquisitivo do cidadão, impedindo-o de conquistar uma vida digna, apta a lhe fornecer moradia, higiene, saúde, educação, previdência, dentre outros valores caros ao poder constituinte originário.

Ilustramos que a população brasileira está madura para discutir um futuro político de redução da carga tributária, tema inserido na agenda social, definitivamente.

[1278] PESSÔA. Leonel Cesarino. O Princípio da Capacidade Contributiva na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Direito GV, São Paulo: 5(1) | P. 095-106 | Jan-Jun 2009, pág. 11.

[1279] BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. Revista Eletrônica de Direito de Estado nº 18, Salvador/BA, abril/maio/junho de 2009, p. 11.

Por esta razão, consideramos inconstitucional qualquer lei que interfira na liberdade econômica do contribuinte calcada no mínimo vital. Essa norma causa injustiça social grave, impedindo a pessoa de exercer seu status de cidadania, motivo pelo qual cabe aos três poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e ao Legislativo e Executivo municipais o respeito ao mínimo isento na consecução das suas políticas tributárias.

Importante lembrar que o Poder Judiciário é ator do princípio contramajoritário e responsável pela ressonância das vozes das minorias, fazendo ecoar por suas decisões os comandos constitucionais quando desrespeitados pelos representantes eleitos pelo voto popular, sejam parlamentares ou membros do Poder Executivo.

Portanto, vislumbramos que é plenamente possível num futuro próximo, diante de sua nova composição e a constante renovação dos seus Ministros, que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, possa aperfeiçoar sua tradicional jurisprudência de resguardo da capacidade contributiva em favor do Estado, para avançar na proteção do mínimo vital, como expressão econômica da dignidade da pessoa humana, com o fim de preservar um patrimônio básico alheio à tributação.

Chegou o momento do Poder Público atentar para circunstâncias históricas favoráveis à diminuição da carga tributária incidente sobre o consumo. A economia solidificou-se após o Plano Real. Ou seja, vivenciamos quase vinte anos de estabilização monetária calcada numa elevação paulatina dos impostos na década de noventa e em um controle rígido do câmbio e da taxa de juros.

Isso possibilitou crescimento econômico, trouxe a confiança dos investidores internacionais para o Brasil e melhorou a prestação de serviços com as privatizações.

Ocorre que a carga tributária continua onerando sobremaneira a classe média e as classes C e D, de forma desproporcional. Se compararmos o peso dos tributos nas classes mais ricas, veremos que uma pessoa abastada suporta com desenvoltura econômica a imposição fiscal brasileira.

Essa situação, em nosso ver, é insustentável, tanto do ponto de vista político como numa análise jurídica, eis que a Constituição Federal valoriza em seu âmago, como primado maior da República, consubstanciada em Estado Democrático de Direito, o princípio da igualdade.

Esse tratamento desigual pela Federação da real capacidade econômica do contribuinte merece ser revisto, e a preservação de um patrimônio mínimo alheio à tributação é um caminho a ser trilhado pelos três órgãos que exercem o poder em nome do povo brasileiro, com vistas a produzir a tão propalada justiça fiscal.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Alberto. O Dedo na Ferida: menos imposto e mais consumo. Editora Record, 1ª. Ed, 2010, Rio de Janeiro.

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008. Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática. Revista Eletrônica de Direito de Estado nº 18, Salvador/BA, abril/maio/junho de 2009.

CONSTITUIÇÃO Federal, de 05/10/1988, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em dezembro de 2012.

COSTA, Regina Helena. Princípio da Capacidade Contributiva, Malheiros Editores, 4ª edição, São Paulo, 2012.

DUTRA, Micaela Dominguez. Capacidade Contributiva: Análise dos Direitos Humanos e Fundamentais, 1 ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LEI N° 12.469, de 26/08/2011, disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12469.htm, acesso em dezembro de 2012.

MURTA, Antônio Carlos Diniz. O Princípio do Não Confisco Tributário à Luz de Uma Interpretação Objetiva no Estado Democrático de Direito: Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI – Maringá, Julho de 2009.

PAULSEN. Leandro. Curso de Direito Tributário Completo, Livraria do Advogado Editora, 4ª Edição, Porto Alegre, 2012.

PESQUISA de Jurisprudência do STF: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28m%EDnimo+vital%29&base=baseAcordaos, acesso em dezembro de 2012.

PESSÔA. Leonel Cesarino. SILVA, Marcello Muniz. Renda Básica, Capacidade Contributiva e o Mínimo Vital. Anais do 13º Congresso Internacional da BIEN – Rede Mundial de Renda

Básica, USP - Universidade de São Paulo; UFF - Universidade Federal Fluminense; UFRJ - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010, São Paulo, SP.

_____, Leonel Cesarino. O Princípio da Capacidade Contributiva na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista Direito GV, São Paulo: 5(1) | P. 095-106 | Jan-Jun 2009.

PINTO, Keziah Alessandra Vianna Silva. MENEZES, Milena Zampieri Sellmann de. Aplicação do Princípio da Capacidade Contributiva ao Imposto Sobre a Renda de Pessoa Física como Forma de Efetivação dos Direitos Sociais à Saúde e Educação. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI - Uberlândia: XXI Encontro Nacional do CONPEDI – Uberlândia, junho de 2012.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. O Princípio da Capacidade Contributiva nos Impostos, nas Taxas e nas Contribuições Parafiscais: RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, n. 18(2010), p. 6/7.

SANTIN. Janaína Rigo. Princípio da Capacidade Contributiva e Mínimo Isento: Uma Abordagem de Direito Comparado. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI - Salvador: Junho de 2008.

TIPKE. Klaus. YAMASHITA, Douglas. Justiça Fiscal e princípio da Capacidade Contributiva. Malheiros Editores, São Paulo, 2002.

ZILVETI, Fernando Aureli. Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva. Quartier latin, São Paulo, 2004

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS LIBERDADES

Roberto FEGURI[1280]

Fernanda Eloise Schmidt FERREIRA FEGURI[1281]

RESUMO

Entende-se pelo tema da jurisdição constitucional o mecanismo de aplicação do direito constitucional, que atualmente se divide em jurisdição constitucional, que é o vetor que se preocupa em resguardar a constitucionalidades das leis e ainda em atos normativos da Administração, bem como no aspecto que tange à jurisdição constitucional das liberdades, que pode ser colocado como o instrumento que protege os direitos fundamentais da coletividade, especialmente em casos de colisão desses direitos mencionado. O presente artigo buscará fazer uma análise acerca da jurisdição constitucional, todavia tendo por foco especial a jurisdição constitucional das liberdades, demonstrando, desta feita, a importância deste instrumento no ordenamento jurídico pátrio e suas principais particularidades.

PALAVRAS-CHAVES: jurisdição constitucional das liberdades, direitos fundamentais, colisão.

ABSTRACT

It can be understood by the theme os constitutional jurisdiction the application mechanism of constitutional law, nowadays shared in constitutional jurisdiction, that is the point that worries in safeguard the constitutionality of laws and still in normative acts of the Administration, as well in the aspect about freedom constitutional jurisdiction, that can be used as an instrument that protects the fundamental rights of the persons, especially in cases of collision among these rights. This article will seek to make an analysis about the constitutional jurisdiction, however based on the freedom constitutional jurisdiction, demonstrating the importance of this instrument in the national laws and their main characteristics.

KEYWORDS: freedom constitutional jurisdiction, fundamental rights, collision.

[1280] Advogado, Professor do Ensino Superior, Mestrando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE - Bauru/SP).

[1281] Advogada, Professora do Ensino Superior, Mestre e Doutoranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE - Bauru/SP).

INTRODUÇÃO

A jurisdição é uma atividade que cabe ao Estado exercer. A jurisdição realiza-se por meio do processo, que compõe uma situação litigiosa, tendo por finalidade dar a cada um aquilo que é seu, fazendo justiça por meio da aplicação do direito no caso concreto.

A jurisdição constitucional pode ser entendida sob dois ângulos: é instrumento de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos da administração; e, na denominada jurisdição constitucional das liberdades, visa proteger os direitos fundamentais de forma efetiva, utilizando para isso remédios constitucionais processuais, bem como dirimindo a colisão entre esses direitos.

Assim, o conceito restrito de jurisdição constitucional que cuida apenas do controle de constitucionalidade foi superado, dando lugar a uma forma de controle que abrange os direitos fundamentais como normatizações lineares à própria essência constitucional.

De tal forma, buscou-se por meio de um recorte bibliográfico, explanar acerca de alguns postulados da jurisdição constitucional, dando ênfase à jurisdição constitucional das liberdades, a fim de se demonstrar a importância de se tutelar os direitos fundamentais para se evitar abusos e retrocessos na sociedade.

2. A CONSTITUIÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO PÁTRIO

Para se compreender o tema jurisdição constitucional é preciso entender alguns postulados técnicos, especialmente o que se refere ao conceito de Constituição, vez que, sem essa noção prévia é impossível dissertar a respeito do que vem a ser o tema.

Na teoria kelsiana, a Constituição é vista dentro de um modelo hierárquico, piramidal, encontrando-se no topo da pirâmide jurídica de um Estado. Assim, a Constituição possui natureza de uma norma, sendo um dever de ordem, um mandamento, preceito, que norteia os comportamentos sociais, direcionando como as pessoas que estão sob sua tutela devem agir.

De tal modo, Kelsen (2012, p.269) ensina que:

> A indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e mais elevada. Como norma mais elevada ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A

> sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não poder ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental.

Nestes moldes, a Constituição assume caráter de norma fundamental, sendo o lugar apropriado para se estabelecer as regras que regulam o procedimento de criação legislativa, legitimando, por conseguinte, a introdução de outras normas e atestando sua validade. Justamente por isso, faz parte de sua essência a ordem jurídica de que outras normas devem ser criadas em conformidade com seus preceitos.

Dispõe Kelsen (2012, p. 271) a esse respeito:

> A Constituição como norma fundamental não define o conteúdo somente a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder de uma autoridade legisladora, uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental.

Em verdade, complementa o aludido autor que, a Constituição dá ao legislador o poder de estabelecer normas pelas quais se ditam certas condutas que os sujeitos que estão sob o seu domínio devam cumprir (KELSEN, 2012).

Não há dúvidas de que o entendimento acerca de Constituição evoluiu, todavia sempre se conservou seu postulado nuclear, ou seja, a ideia de um "princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem. Ela sempre é fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender" (KELSEN, 2012, p. 130).

Medeiros (2006, p. 352) elucida que é esse núcleo permanente que traz à baila a concepção de que a Constituição - exatamente por ser o pilar de uma determinada Ordem Jurídica – "é a norma que disciplina o processo de elaboração das leis e das normais gerais que legitimam a atividade dos organismos estatais, dos tribunais e das autoridades administrativas". A Constituição é desta forma, um receptáculo das normas que "regulam o procedimento da legislação, inclusive no tocante à distribuição de competência entre os órgãos e autoridades estatais partícipes do processo legiferante".

Neste diapasão, deve-se cada vez mais propiciar às normas constitucionais maior estabilidade, isto é,

> Uma estabilidade, que acresça-se, capaz de justificar o dificultoso processo de alteração constitucional, se comparado com os processos de alteração das demais espécies normativas. É a partir da ideia de reforma constitucional por um método legislativo exigente de condições difíceis de serem reunidas que surge a dicotomia forma constitucional e forma legislativa ordinária. Mais: como é a Lei Fundamental de um país quem estabelece o processo de elaboração das espécies normativas e os respectivos protagonistas (órgãos e autoridades públicas), qualquer desrespeito às normas constitucionais atinentes ao processo legislativo contamina formalmente o próprio produto do parlamento.

Tendo em vista tais pressupostos, o conceito de Constituição também possui um sentido mais amplo, já que esta norma fundamental não se limita somente a um cabedal de disposições que regulam os procedimentos adotados pelo sistema legislativo. A lei Maior deve ainda fixar em suas disposições um rol de direitos fundamentais a serem garantidos aos cidadãos sob sua tutela. Por isso que:

> (...) ela não traça tão-somente o itinerário a ser seguido pelo legislador na elaboração da vontade geral, mas estabelece limites a sua autuação. Assim, uma determinada espécie normativa elaborada em plena conformidade com as regras procedimentais é formalmente constitucional. Entretanto, essa mesma espécie normativa, ainda que formalmente válida, pode ser materialmente inconstitucional, se o legislador olvidar alguma limitação a ele imposta pela Lei Fundamental (MEDEIROS, 2006, p. 354).

Doutro modo, também se extrai outra peculiaridade: qualquer dispositivo constitucional que se refere ao processo legislativo e ao conteúdo das leis apenas por leis podem ser criados ou alterados. Portanto,

> (...) as garantias constitucionais ficariam restritas a um conjunto de meios contra leis inconstitucionais. Todavia, quando a noção de Constituição é ampliada a outros objetos que não o procedimento legislativo e o conteúdo das leis, torna-se possível que a Lei Maior se concretize por intermédio de outras formas jurídicas que não sejam leis (MEDEIROS, 2006, p. 354).

Diante disso, estabelece-se que a concepção de Constituição dentro da perspectiva citada acima amplia ainda mais a proteção dos direitos e garantias constitucionais ofertadas aos indivíduos que estão sobre o mando de uma Constituição.

Destarte, como bem explana Leal (2003, p. 15):

> (...) é possível dizer que a Constituição é o complexo de normas fundamentais de um dado ordenamento jurídico, ou a ordem jurídica fundamental da comunidade, acrescentando, ainda, que ela estabelece os pressupostos de criação, de vigência e de execução das normas do resto do ordenamento, determinado amplamente seu conteúdo, bem como se converte em elemento de unidade da comunidade em seu conjunto, colocando-se ela, em razão disso, como base, como ponto de partida e como fundamento de validade de todo o sistema.

Sem uma Constituição o sistema ruiria, pois através desta é que o sistema se estrutura, limitando-se e organizando o poder por meio do ordenamento jurídico em que a Constituição se encontra. Assim, a função da Constituição é criar um elo entre o poder e o Estado de Direito. A Constituição, neste sentido, converge-se em um:

> (...) sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado (SILVA, 2010, p. 38).

Para Bonavides (2007) o conceito de Constituição é dividido entre material e formal. O material é todo seu conteúdo político, enquanto que o formal é composto pela matérias que não apresentam este cunho político:

> Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, forma de governo, direitos da pessoa humana. Trata-se do conteúdo básico de composição e de funcionamento da ordem política. A partir do critério formal, o *status* constitucional é atribuído a determinadas normas e a determinadas matérias pelo simples fato de estarem contidas no texto da Constituição (e não porque sejam

> referentes a elementos básicos e fundamentais da organização política). Estas normas adquirem um status diferenciado não por sua natureza, mas por integrarem o corpo da Constituição (GORCZEVSKI *et. al.*, 2007, p. 160).

Ademais, para se entender o conceito de Constituição, é preciso ter em mente o sentido que o Direito Constitucional lhe atribui hodiernamente. Em suma, o conceito de Constituição deve estar amparado não apenas em discursos teóricos, mas deve, sobretudo, estar atrelado a novas elucubrações constitucionais capazes de coadunarem com a atual realidade vivida pela sociedade.

É sobre este aspecto que se diz que uma Constituição não é apenas um apanhado frio de leis, apartada de fatores históricos, filosóficos, políticos e culturais de uma determinada sociedade. Uma Constituição é sempre condicionada ao seu tempo, à história da época em que foi concebida. Diante disso, a norma e a realidade se contrapõem de certa forma, mas buscam meios de conviverem harmonicamente, sendo esta a função do Direito Constitucional.

Face ao exposto, a Constituição é elemento de extrema relevância dentro de um ordenamento jurídico, ao passo que além de organizar o Estado, através dos limites que dá ao poder, tem ainda por uma de suas principais funções proteger os direitos fundamentais daqueles que dela se valem.

2.1 Garantias ao Cumprimento da Constituição

Depois de verificado no item anterior a noção acerca do conceito de Constituição, mister entender como se dá a garantia ao cumprimento da Constituição, para tanto, é preciso tecer algumas linhas a respeito do controle de constitucionalidade.

Ao se pensar sobre controle de constitucionalidade é preciso entender que a existência deste se atrela a ideia da supremacia da Constituição dentro de um ordenamento jurídico. Portanto, como bem relata Ferrari (2004, p. 44) é a Constituição que "orienta todas as manifestações normativas, de tal forma que podemos dizer que a lei ordinária é determinada, em seu conteúdo e seus efeitos, pela norma constitucional de que deriva".

É neste contexto de proteção à Constituição que se faz pertinente o comentário de Canotilho (1999, p. 823):

> O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de *garantias* e *sanções*: garantias da observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos

> órgãos de soberania e dos outros poderes públicos não conformes com a constituição. A ideia de *protecção, defesa, tutela ou garantia* da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de *defesa do Estado*, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fáctica do Estado (defesa do território, defesa da independência, defesa das instituições). A partir do *Estado constitucional* passou a falar-se de defesa e garantia da constituição e não de defesa do Estado. Compreende-se a mudança do enunciado linguístico. No Estado constitucional o objecto de protecção ou defesa não é, pura e simplesmente, a defesa do Estado, mas da forma de Estado tal como ela é normativo-constitucionalmente conformada – o Estado constitucional democrático.

Ao se proteger a Constituição se protege o Estado e toda a sua organização política, ou seja, sua estrutura, além de se garantir a tutela dos direitos fundamentais.

Vale mencionar, conforme bem argumenta Bastos (2010) que as normas de direito encontram sempre seu fundamento em outras normas jurídicas, ao passo que se entrelaçam de tal forma que dão origem a um complexo sistema normativo, fora do qual não se pode imaginar nenhuma regra de direito. Neste contexto, as normas constitucionais são dotadas de primazia e relevo no sistema jurídico, que ampara a validade das produções normativas emanadas do legislador infraconstitucional, necessariamente, nos contornos estabelecidos pela normatividade superior.

Neste compasso, desde as mais simples normas, mesmo aquelas estipuladas entre particulares, até a Constituição Federal, constrói-se uma pirâmide jurídica, na “qual a juridicidade de cada norma é haurida da juridicidade da norma que a suspende” (TELLES JÚNIOR, 1967, p. 171).

Por conseguinte, prossegue Basto (2010, p. 385):

> Aquelas normas que fundam outras normas ganham uma posição de superioridade, de preeminência, resultando no fato de as normas subordinadas, as que delas tiram seu fundamento, não as poderem contrariar: as normas inferiores têm de estar em consonância com as superiores. Se tal não ocorre, elas deixam de possuir validade em face do ordenamento jurídico. Se é este que diz qual a porta que dá ingresso no seu mundo, no universo do direito, algo que pretenda nele ingressar por uma via transversa simplesmente não terá êxito. O direito continuará a ignorá-lo, a tê-lo com

estranho ao seu sistema, negando-lhe em consequência o regime próprio das normas jurídicas.

Evidencia-se, consequentemente que a criação de uma subordinação entre as leis é pressuposto para que a Constituição efetivamente esteja no ápice da pirâmide normativa, sendo por meio desta que a atividade legiferante deve se pautar para elaborar seus conteúdos.

A esse respeito postula Silva (2010, p. 51):

> Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Em outras palavras, podemos dizer que em nosso complexo sistema de direito positivo, as normas jurídicas que o compõem não se encontram dispostas linearmente, uma ao lado da outra. Pelo contrário, estão informadas por um princípio hierárquico, integradas em uma estrutura piramidal, tendo em seu ápice a Constituição, lei suprema, fundamental.

Dessa posição apicular da Constituição, relativamente às demais normas integrantes do ordenamento jurídico decorre a sua supremacia e a consequente necessidade de o Estado instituir órgãos e mecanismos destinados ao controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público.

De tal modo, Bastos (2010, p. 389):

> A inconstitucionalidade de uma lei é, pois, a circunstância de uma determinada norma infringir a Constituição, quer quanto ao processo a ser seguido pela elaboração legislativa, quer pelo fato de, embora tendo a norma respeitado a forma de criação da lei, desrespeitar a Constituição quanto ao conteúdo adotado.

Com efeito, diz-se que a inconstitucionalidade reside no antagonismo e contrariedade do ato normativo inferior (legislativo ou administrativo) com os vetores da Constituição, estabelecidos em suas regras e princípios. É a incorreção da norma com o parâmetro superior positivo, quer sob o aspecto da incorreção formal (ou seja, do processo legislativo) quer sob o

aspecto da incorreção material (conteúdo substancialmente incompatível com a Constituição) (BASTOS, 2010).

Assim, todas as normas ordinárias devem ser interpretadas conforme a Constituição. Deste conceito, as normas gozam de uma presunção de constitucionalidade, já que o legislador não deve pretender votar normas inconstitucionais (MENDES, 2005).

Contudo, esta interpretação possui limites, tanto quanto a expressão da lei, quanto da vontade do legislador, assim, a interpretação segundo a Constituição é possível quando não afrontar literalmente o texto de lei e não alterar o mesmo.

No caso do limite quanto a intenção do legislador, o autor admite que o Tribunal não confere a este grandes significados. De tal modo, interpretar as normas perante a Constituição leva sempre a primeira a uma declaração de constitucionalidade, sendo que somente em virtude de uma representação interpretativa e de uma representação de inconstitucionalidade, é possível indagar o sentido dogmático da interpretação de acordo com a Constituição (MENDES, 2005).

Por conseguinte, vale analisar quais são os dois requisitos ou pressupostos necessários para que uma determinada norma seja compatível com a Constituição: o formal e o material.

Tem-se por requisito formal a necessidade de o legislador, em respeito aos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, consagrados no artigo 5º, inciso II e artigos 59 a 69 da Constituição Federal de 1988, respeitar as regras básicas na feitura das espécies normativas, quer com relação à fase introdutória do processo legislativo, ou seja, à questão de legitimidade de iniciativa de lei, quer com relação ao próprio trâmite previsto constitucionalmente (artigos. 60 a 69, da Constituição) (BASTOS, 2010).

Por derradeiro, verifica-se o *requisito material* quando o objeto da lei ou ato normativo tem plena compatibilidade com a Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade das leis é então o exame da adequação das mesmas à Constituição, tanto de um ponto de vista formal quanto material, para o efeito de recusar obediência a seu mandamento, ou mesmo para o efeito de declarar-lhes a nulidade (BASTOS, 2010).

Todavia, no que toca à guarda da Constituição, mais especificamente em garantia da Constituição e consequente preservação de sua força normativa, exsurge iniludivelmente, a pergunta de a quem pode ser entregue sua garantia: ao Parlamento, ao Chefe de Estado, a um Tribunal Constitucional, ao Poder Judiciário.

Em regra, no Brasil, o Poder Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo contrário à Constituição. Por sua vez, os Poderes Executivo e Legislativo realizam o denominado controle preventivo de constitucionalidade, evitando que uma espécie normativa inconstitucional passe a ter vigência e eficácia no ordenamento jurídico (MORAES, 2005).

Para que uma norma possa ingressar no ordenamento jurídico vigente ela deverá ser submetida a todo o procedimento previsto constitucionalmente. Dentro desse procedimento se vislumbram duas hipóteses de controle preventivo de constitucionalidade, que buscam evitar o ingresso no ordenamento jurídico de leis inconstitucionais: as comissões de constituição e justiça (formada por parlamentares, cuja função precípua é analisar a compatibilidade do projeto de lei ou proposta de emenda constitucional apresentados com o Texto Maior – artigo 58 da Constituição) e o veto jurídico (que é a participação do Chefe do Executivo no processo legislativo, na medida em que poderá vetar o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional por entendê-lo inconstitucional (artigo 66, §1º, da Constituição) (MORAES, 2005).

Conforme já restou consignado alhures, no direito constitucional brasileiro, em regra, foi adotado o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, em que é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei ou ato normativo já editados, para retirá-los do ordenamento jurídico, se contrários à Carta Maior (MORAES, 2005).

Excepcionalmente a Constituição Federal previu duas hipóteses em que o controle de constitucionalidade repressivo será realizado pelo Poder Legislativo. São as previstas no artigo 49, inciso V, e 62 da Constituição Federal. Adiante-se que em ambas as situações o Poder Legislativo poderá retirar normas editadas, com plena vigência e eficácia, do ordenamento jurídico, que deixarão de produzir seus efeitos, por apresentarem um vício de inconstitucionalidade (PORCIONATO, 2008).

Ademais, há dois sistemas de controle judiciário de constitucionalidade repressiva: o reservado ou concentrado (exercido por via de ação) o difuso ou aberto (exercido por via de exceção ou defesa). No Brasil utiliza-se de ambos os sistemas, podendo-se, destarte, afirmar que o controle de constitucionalidade repressivo judiciário no país é misto (MORAES, 2005).

O controle de constitucionalidade repressivo difuso ou aberto – também conhecido por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal.

Conforme leciona Moraes (2005), na via de exceção, a pronúncia do Judiciário, sobre a inconstitucionalidade, não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide,

mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Lembra Bastos (2010, p. 401) sobre o tema que:

> O que fundamentalmente diferencia a via de defesa da via de ação não é, na verdade, o fato de na primeira manter-se, o interessado na declaração de inconstitucionalidade, na defesa ou numa posição passiva, aguardando que se lhe cobre judicialmente o pretendido, para só então, defender-se invocando uma questão prejudicial de inconstitucionalidade. O traço diferencial apartador de uma ou outra das vias de provocação da atividade jurisdicional reside, na verdade, no fato de pela via de exceção pretender apenas o interessado ser subtraído da incidência da norma viciada, ou do ato inconstitucional. É certo que, para desobrigar aquele que invocou o supremo vício jurídico, deverão os juízes e tribunais, a que couber o julgamento do feito, pronunciar-se sobre a alegada inconstitucionalidade. Entretanto, essa pronúncia não é feita enquanto manifestação sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito. Na via de exceção ou defesa, o que é outorgado ao interessado é obter a declaração de inconstitucionalidade somente para o efeito de eximi-lo do cumprimento da lei ou ato, produzidos em desacordo com a Lei Maior.

Mister registrar que declarada incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados. Porém, tais efeitos *ex tunc* (retroativos) somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração (MORAES, 2005).

Não se olvide, todavia o que dispõe o artigo 52, inciso X, da Constituição, que previu um mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, ocorrendo essa declaração, o Senado Federal poderá editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que terá efeitos *erga omnes*, porém *ex nunc*, a partir da publicação da citada resolução.

Por outro lado, a despeito do controle repressivo de constitucionalidade reservado ou concentrado, ou seja, aquele exercido por via de ação tem-se nos ensinamentos de Canotilho (1999, p. 834) a sua definição:

> Chama-se controlo por via principal porque as questões de inconstitucionalidade podem ser levantadas, *a título principal*, mediante processo constitucional autônomo. Nesse tipo, é consentido a certos cidadãos ou a certas determinadas entidades a impugnação de uma norma constitucional, independentemente de qualquer controvérsia.

Com efeito, por meio desse controle procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se a obtenção da invalidação da lei, a fim de se garantir a segurança das relações jurídicas, que por óbvio não podem ser balizadas em normas inconstitucionais (MORAES, 2005).

A declaração de inconstitucionalidade nessa modalidade de controle repressivo é o objeto principal da ação, diferentemente do que ocorre no controle repressivo difuso.

Por fim, cabe lembrar que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é um dos instrumentos jurídicos conferidos pelo legislador constitucional destinado à fiscalização abstrata da constitucionalidade das leis e atos normativos produzidos pelos poderes constituídos (MORAES, 2005).

2.2 Da Jurisdição Constitucional

Tavares (2005) entende a jurisdição constitucional como meio de defesa da Constituição, sendo esta defesa realizada por um tribunal que tenha tal função exclusiva. Para o autor:

> A ideia de uma jurisdição constitucional tem sido trabalhada para identificar a parcela de atividade pela qual se realiza, jurisdicionalmente, vale dizer, consoante um método jurídico-processual, a proteção da Constituição em todas as suas dimensões (TAVARES, 2005, p. 144).

Segundo Peter Häberle (1997, *apud* VASCONCELOS, 2010, p. 54), a jurisdição constitucional é “um catalisador essencial, ainda que não o único, da ciência do direito constitucional como interpretação constitucional”.

Em outras palavras, a jurisdição constitucional, seria um caminho para se chegar à justiça constitucional e está intrinsecamente relacionada a um órgão estatal. É, portanto, a forma processual como cada Estado trata, em seu ordenamento jurídico, da resolução de conflitos sobre a interpretação e aplicação da sua Constituição (VASCONCELOS, 2010).

Segundo Medeiros (2006, p. 36):

> A Jurisdição Constitucional baseia-se na ideia de superioridade hierárquica ou supremacia da Constituição, o que representa a mais eficaz garantia da liberdade e da dignidade do indivíduo pela submissão, ao crivo constitucional, de todos os atos jurídico-normativos. Os Tribunais Constitucionais exercem-na tendo por escopo dar primazia ao estatuído nas normas constitucionais, velando pelo respeito à Constituição e aos direitos fundamentais. Busca a Jurisdição Constitucional fazer cumprirem-se as normas constitucionais, de modo a se obter o melhor enquadramento possível dos sistemas políticos dentro do ordenamento jurídico do Estado.

Consequentemente, preconiza a aludida autora, que tendo a Constituição por intuito racionalizar e limitar o Poder, como já visto no item anterior, sempre existirá a imperiosidade de se cuidar pela constitucionalidade do sistema jurídico-político do Estado de Direito, a fim de se preservar a Constituição, como parâmetro da organização política traçada pelo Poder Constituinte do Estado.

Em conformidade com Pinto Ferreira (1994, p. 198):

> A jurisdição constitucional é a parte da administração da Justiça que tem como objeto específico a matéria jurídico-constitucional de um Estado. Ela verifica se as normas de hierarquia inferior estão de acordo com a Constituição como lei fundamental, e, se a contradizem, devem ser declaradas inconstitucionais, sendo, por conseguinte, inaplicáveis.

Nota-se, por conseguinte, que a jurisdição constitucional se concretiza na medida em que examina a concreta e correta aplicação e interpretação da Constituição. Essa função é de

extrema importância quando se sabe que a Constituição é baldrame de toda organização de um Estado.

Canotilho (1999, p. 886-888), neste patamar assegura:

> No constitucionalismo recente parece defender-se, em geral, a conexão entre constituição e jurisdição constitucional. (...) A título de noção tendencial e aproximativa, pode definir-se justiça constitucional como o complexo de actividades jurídicas desenvolvidas por um ou vários órgãos jurisdicionais, destinadas à fiscalização da observância e cumprimento das normas e princípios constitucionais vigentes. (...) A justiça constitucional é hoje também um aparo para a defesa de direitos fundamentais, possibilitando-se aos cidadãos, em certos termos e dentro de certos limites, o direito de recurso aos tribunais constitucionais, a fim de defenderem, de forma autónoma, os direitos fundamentais violados ou ameaçados (a justiça constitucional no sentido de "jurisdição da liberdade").

Ainda sobre o entendimento de jurisdição constitucional, Moraes (2000, p. 69) salienta que "a jurisdição constitucional retira sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais".

Firma-se, portanto, o entendimento de que a fiscalização da Constituição se sustenta no fato de sua supremacia dentro do ordenamento jurídico, bem como, no caso brasileiro, em sua rigidez, por isso a necessidade da jurisdição constitucional para se reafirmar tais postulados constitucionais.

Inobstante, mesmo tendo por principal caráter assegurar a primazia da Constituição, as funções da jurisdição constitucional foram sendo transformadas no decorrer da história. Porém, como bem argumenta Vasconcelos (2010, p. 55), o que antes disso se modificou foi a própria função jurisdicional vinculada ao Poder Judiciário; "isto pode ter acontecido paralelamente à transformação do Estado e dos Poderes Legislativo e Executivo, tendo como um dos principais motivos o aumento do descrédito da população para com os seus representantes eleitos".

Sendo assim, a jurisdição constitucional, conforme Cappelletti (2001, *apud*, VASCONCELOS, 2010, p. 56): "longe de ser inerentemente antidemocrática e antimajoritária, emerge como instrumento central para escudar os princípios democráticos e majoritários contra o risco de corrupção de todos os Poderes".

Trata desta maneira, de instrumento propício para defender a sociedade dos arbítrios causados pelas arbitrariedades, pelos abusos de poder advindo do próprio Estado.

Hesse (1998, *apud* VASCONCELOS, 2010, p. 56) afirma ser a jurisdição constitucional o meio para se equilibrar os poderes, além de:

> (...) contribuir para a conservação da coexistência de forças políticas diferentes, aproximadamente equilibradas, pela sua atividade que pressupõe a ordem constitucional da Lei Fundamental e que, simultaneamente, é condição fundamental de sua própria eficácia; e a Constituição escrita ganha na vida da coletividade um significado muito superior do que em uma ordem sem jurisdição constitucional – o papel que a Constituição, nomeadamente em seus direitos fundamentais, desempenha na vida da República Federal assenta-se, não em último lugar, nisto, que a questão da observância das vinculações jurídico-constitucionais sempre pode ser feita acessível à decisão do Tribunal Constitucional Federal.

Finalmente, vale transcrever o entendimento de Bonavides (2004, p. 128) acerca da jurisdição constitucional em sua versão contemporânea, a qual se prende:

> (...) à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais. E em se tratando, como se acontecer, de sociedades pluralistas e complexas, regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder, essa instância há de ser, sobretudo, moderadora de tais conflitos.

O supramencionado autor distingue deste modo, a legitimidade da jurisdição constitucional da legitimidade no exercício dessa jurisdição, sendo a primeira pacífica, conforme o entendimento doutrinário, conquanto, a segunda, controversa. Explana Bonavides (2004, p. 128):

> A primeira é matéria institucional, estática, a segunda, axiológica e dinâmica; aquela inculca adequação e defesa da ordem constitucional, esta oscila entre o Direito e a política. À verdade, tribunal ou órgão de Estado, consagrado à fiscalização de constitucionalidade que não congregue requisitos indeclináveis ao desempenho de tal função ou não preencha os fins aí implícitos, terá sua legitimidade arranhada e

> contestada ou comprometida, como ora acontece em determinados sistemas judiciais dos países da periferia. Neles o influxo das interferências executivas sobre o Judiciário se fazem sentir com mais força e intensidade, descaracterizando, não raro, a natureza do controle, transvertido em instrumento ou veículo de interesses infestos à causa da justiça e da democracia, e sempre orientados no sentido do fortalecimento e hipertrofia, já do poder do Estado, já do arbítrio dos governantes.

Ocorre, pois, que todos os poderes devem agir em harmonia com a Constituição, haja vista que esta é a fonte de toda a fonte legiferante do Estado, sendo valorada como uma norma hierarquicamente superior. Desta feita, a Constituição é o parâmetro a ser seguido por todos os atos estatais, contudo, o exercício efetivo da Constituição somente se revela por meio de sua defesa, a qual é feita através da jurisdição constitucional. Destarte, a jurisdição constitucional é mecanismo que visa coibir descumprimentos das normas constitucionais, no intuito de resguardar a estrutura do Estado, através do controle de constitucionalidade, porém, não se limita a apenas este aspecto.

Na atual conjectura do Estado Democrático de Direito, a jurisdição constitucional também serve para tutelar direitos e garantias fundamentais, sendo “um meio eficaz de proteção da minoria contra os atropelos da maioria e até mesmo contra os atropelos das maiorias eventuais” (MEDEIROS, 2006, p. 358).

2.3 Jurisdição Constitucional das Liberdades

Como se pôde perceber, a tradicional concepção de jurisdição constitucional engloba o controle de constitucionalidade como sua principal função. Contudo, analisar a jurisdição constitucional apenas sob esta ótica restrita torna-se um engodo, pois o controle de constitucionalidade para a jurisdição constitucional se trata apenas de uma de suas atribuições.

Diante disso, vale demonstrar a classificação embasada na seara da jurisdição e das competências, haja vista existir a jurisdição constitucional interna e a de caráter internacional e comunitário.

Acerca da jurisdição constitucional de caráter internacional e comunitário, Paul (2006, p. 04) estabelece que esta trata de questões referentes ao controle de “conformidade dos atos internos com as normas externas e o controle dos atos externos em face da Constituição”. Já a jurisdição constitucional interna é aquela que abarca o controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional penal, a jurisdição constitucional eleitoral, a

jurisdição constitucional de conflitos entre os entes da federação ou entre órgãos constitucionais e a jurisdição constitucional das liberdades, referente à tutela dos direitos fundamentais.

Mediante o objeto de sua atuação, a jurisdição constitucional das liberdades é de extrema importância na defesa dos direitos fundamentais, posto que é ela quem "garante aos jurisdicionados o direito de recorrer aos tribunais constitucionais com o intuito de defenderem, de maneira autônoma, os direitos fundamentais violados ou ameaçados" (CANOTILHO, 1999, p. 888) por meio dos instrumentos processuais constitucionalmente previstos.

No que tange aos direitos individuais, a valoração dada a eles é deveras importante, vez que dita valoração inferirá na aceitação da existência de tais direitos, como se estes fossem intrínsecos à própria natureza humana.

A respeito do tema, Greco Filho (1989, p. 09):

> Esse valor supremo é o valor da pessoa humana, em função do qual todo o direito gravita e que constitui sua própria razão de ser. Mesmo os chamados direitos sociais existem para a proteção do homem como indivíduo, e, ainda que aparentemente, em dado momento histórico, se abdiquem de prerrogativas individuais imediatas, o direito somente será justo se nessa abdicação se encontrar o propósito de preservação de bem jurídico-social mais amplo que venha a repercutir no homem como indivíduo.

O Estado de Direito é premissa para a existência da liberdade; portanto, dentro desta modalidade de Estado, a limitação dos direitos individuais somente é aceita quando há a vontade de um poder prejudicar outro, ou seja, não se pode permitir que o direito de alguém seja elevado em detrimento de outrem.

Da mesma forma, o exercício da democracia também implica na tutela dos direitos e garantias fundamentais. Entende-se a democracia como forma de governo em que a vontade geral é definida por quem a ela está submetida, isto é, o povo. Medeiros (2006) relata que a democracia consiste num regime de governo e de sociedade onde o povo participa ativamente da tomada das decisões. A seu turno, a pretensão do sistema democrático é a de que a maioria represente também a minoria, ou seja, a vontade da maioria seria também a vontade da minoria. Na realidade, não se pode afirmar que a minoria tem a sua vontade exercida pela

vontade da maioria. “Na prática, a minoria (ainda que legitimamente derrotada) conserva seus ideais” (MEDEIROS, 2006, p. 359).

É em virtude dessa característica que o aludido autor enfatiza ser necessário que as minorias tenham a sua disposição instrumentos capazes de influenciar a vontade da maioria, pois sem isso, pode ocorrer de a minoria acabar por renunciar sua participação no processo de formação da vontade geral, o que por sua vez, iria desnaturar a própria maioria, que não existe sem a minoria.

Eis, por conseguinte, a importância da jurisdição constitucional das liberdades:

> O controle de constitucionalidade deve preocupar-se fundamentalmente com a preservação das liberdades que preservem abertos os canais da participação política, tais como as liberdades de expressão, de consciência, de associação e o voto universal, secreto, igualitário e periódico. Qualquer bloqueio nos canais da mudança política, de molde a perpetuar determinados grupos no poder ou dele alijar sistematicamente outros, compromete o bom funcionamento do regime democrático. Além disso, cabe à Corte Constitucional facilitar a representação das minorias, sustando leis que exibam caráter discriminatório e, como tal, representem risco para a higidez do sistema representativo (MEDEIROS, 2006, p. 360).

Nota-se, consequentemente, que até mesmo a rigidez constitucional é uma preocupação com os direitos das minorias, “sim, porque as alterações mais profundas e substanciais no Ordenamento Jurídico só poderão ser perpetradas com a participação dela, minoria” (MEDEIROS, 2006, p. 360).

De tal modo, observa-se que o desiderato da jurisdição constitucional é também a proteção das liberdades, dos direitos fundamentais.

Essa proteção, como bem salienta Paul (2006) surge do entendimento das fontes destes direitos no âmbito internacional e nacional. Conforme a autora, no direito interno, a proteção provém dos direitos consagrados na Constituição, competindo à justiça constitucional, exercida tanto pelo Tribunal Constitucional quanto pelo juiz ordinário, a extração, através de métodos interpretativos próprios, do conteúdo dos direitos fundamentais.

Sem um instrumento para proteger as liberdades, estas não se concretizariam, como confirma Grinover (1984, p. 71):

> De há muito, e em todo lugar, sustenta-se que o sistema mais eficiente de tutela das liberdades é o jurisdicional, quer pela independência e imparcialidade do órgão a que a função é atribuída, quer pelos instrumentos organizados de tutela de que dispõe. Instrumentos organizados que permitem ao indivíduo ou ao grupo social estabelecer e assegurar as liberdades violadas ou ameaçadas, perante os tribunais, perante o *due process of law.*

Negar tais direitos, não incorporá-los ao texto constitucional, é indubitavelmente um retrocesso para qualquer sociedade. Nesta seara, por meio da jurisdição constitucional das liberdades é possível garantir a tutela dos direitos fundamentais, protegendo-os de arbítrios, inclusive do próprio Estado.

No direito pátrio a jurisdição constitucional das liberdades, como ocorre no direito estadunidense, não se concentra no Supremo Tribunal Federal, embora este órgão possua competência exclusiva em certas situações, ela é mais abrangente, pois se realiza de forma difusa por todo o judiciário (PAUL, 2006). Por meio disto se busca minimizar atropelos e arbítrios em toda a jurisdição brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No ordenamento jurídico brasileiro, as normas que o compõem não estão dispostas linearmente. Pelo contrário, estão informadas por um princípio hierárquico, uma verdadeira estrutura piramidal, onde em seu ápice se encontra a Constituição. Assim, qualquer manifestação normativa abaixo desse ponto deve estar em total consonância com o Texto Maior, quer no aspecto material quer no aspecto formal.

Diante dessa supremacia da Constituição em relação às demais normas que integram o ordenamento jurídico, surgiu à necessidade de o Estado instituir órgãos e mecanismos destinados a realizar o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público, a fim de se evitar a inserção no mundo jurídico de normas contrárias à Lei Maior, vale dizer, a fim de se evitar a inconstitucionalidade do ato normativo inferior.

Como mecanismo de proteção à constitucionalidade das normas, tem-se a jurisdição constitucional, porém esta não é sua única atribuição, haja vista que hodiernamente ela também exerce função de proteção aos direitos fundamentais, denominada de jurisdição constitucional das liberdades.

Os direitos fundamentais são personalíssimos, possuem uma construção histórica, e sua tutela deve sempre ser garantida para que abusos e limitações arbitrárias não sejam cometidos, a fim de não se concretizar tais situações no ordenamento pátrio, prejudicando a própria organização e estrutura do Estado Democrático de Direito.

Por meio desta perspectiva, os direitos fundamentais balizam o ordenamento jurídico, norteando as produções legiferantes e a aplicação e interpretação do próprio direito.

Ademais, havendo inexistência hierárquica entre tais direitos, é preciso saber como solucionar suas colisões. É neste momento que surge a jurisdição constitucional das liberdades, já que é instrumento legitimado a resguardar os direitos fundamentais e capaz de resolver os conflitos entre estes direitos. A jurisdição constitucional das liberdades atua dentro de todo o Poder Judiciário, tutelando direitos fundamentais e, ainda, superando colisões entre estes.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil).** Revista Estudos Avançados 18 (51), 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.** 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Pinto. **O judiciário e a constituição.** São Paulo: Saraiva, 1994.

GORCZEVSKI, Clovis; LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BOTELHO, Edison. **Introdução ao estudo da ciência política, teoria do estado e da Constituição.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades.** São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em sua unidade.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8 ed. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2012.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira.** Barueri, SP: Manole, 2003.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **A jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais**. Revista Prismas: Dir., Pol. Pub. e Mundial., Brasília, v.3, n, 2, p 350-366, jul./dez.2006.

MEDEIROS, Vera Maria Alécio Brasil. **Da jurisdição constitucional: uma análise da concretização dos direitos fundamentais à luz da hermenêutica constitucional.** Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2006.

MENDES, Gilmar. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da constituição.** São Paulo: Atlas, 2000.

PAUL, Ana Carolina Lobo Gluck. **Colisão entre direitos fundamentais.** Jus Navigandi**,** Teresina, ano 11, n. 1136, 11 ago. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8770>. Acesso em: 22 nov. 2012.

PORCIONATO, Ana Lúcia. **Controle de constitucionalidade e ação civil pública.** 2008. Disponível em:<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em: 20 nov. 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2005.

TELLES JÚNIOR, Godoffredo da Silva. **Filosofia do direito**. Vol. 2. São Paulo: Max Limonad, 1967.

VASCONCELOS, Marcos Cesar Santos de. **As decisões normativas na jurisdição constitucional para a concretização dos direitos fundamentais.** Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2010.

A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS INTITULADOS SOB A ÓTICA DO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Cleiton Lixieski SELL [1282]

Raquel Buzatti SOUTO [1283]

RESUMO

O estudo do presente trabalho visa auferir a fundamentação no tocante a questão das garantias constitucionais onde são alicerçadas pelas previsões legais contidas na Constituição Federal de 1988. Para tal foram abordadas questões atinentes aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, onde o conceito de Constituição se denota pela organização efetiva de normas, bem como legislações que versem sobre o rol de direitos fundamentais, como também sobre a questão da efetivação plena para o cumprimento dos objetivos que a CF/88 estabelece. No entanto é notório que o Estado está interferindo cada vez mais na vida privada da sociedade, pois possui função disciplinadora para o fiel cumprimento dos mecanismos constitucionais. Contudo, não obstante a isso, há distinções entre direitos e garantias fundamentais, onde este é uma segurança que garante o exercício sobre um direito, e aquele diz respeito a benefícios ou vantagens inerentes ao ser humano. Ainda neste presente trabalho são mencionados tópicos que frisam a supremacia da Carta Política de 1988, onde seus direitos e garantias estão inseridos no próprio ser humano, ou seja, a partir da data de seu nascimento, carrega os mesmos por toda sua vida, sendo comum a todos, pois, possui caráter democrático perante aos seus subordinados.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Constituição. Direitos fundamentais. garantias

ABSTRACT

The study of this work aims at obtaining the reasons regarding the question of constitutional guarantees which are underpinned by legal provisions contained in the Constitution of 1988. For that addressed issues pertaining to fundamental rights constitutionally provided, where the concept of constitution is denoted by the effective organization of standards and laws that deal with the role of fundamental rights, but also on the question of effectiveness for the full accomplishment of the objectives that CF/88 sets. However it is clear that the state is

[1282] Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Cruz Alta. cleitonls.direito@gmail.com

[1283] Graduada em Direito pela Unicruz, Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Unifra, Mestre em Desenvolvimento, linha de pesquisa Direito, Cidadania e Desenvolvimento pela Unijuí, Coordenadora e Professora do Curso de Direito da Unicruz, Coordenadora da Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil, Advogada. raquelsouto@terra.com.br

increasingly interfering in the private lives of society, because it has a corrective function for the faithful fulfillment of constitutional mechanisms. However, despite this, there distinctions between fundamental rights and guarantees, where this is a security that guarantees the exercise of a right, and that relates to benefits or advantages inherent to the human being. Also in this work are mentioned topics that emphasize the supremacy of the Charter Policy 1988, where their rights and guarantees are included in the human being, ie, from the date of his birth, carries the same throughout his life, being common everyone therefore has a democratic face to his subordinates.

KEYWORDS: Right. Constitution. Fundamental rights. guarantees

INTRODUÇÃO

Quando se houve falar em direitos humanos, logo se lembra do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que por sua vez, concentram os direitos inerentes ao ser humano. Nessas ocasiões, relembramos de um rol gigantesco de direitos humanos fundamentais, onde por sua vez, estão se tornando cada vez mais indispensáveis para ter uma vida casta e com dignidade. Percebe-se que dentro da sociedade, alguns valores cultivados pelos nossos antecessores estão sendo distorcidos, onde ficam explícitos nessa nova geração, o descuido e a falta de conscientização, que vai desde valores morais, proteção ao meio ambiente, crescimento demográfico, efeito estufa e até questões como o respeito e o excessivo consumismo, oriundo do modelo capitalista, que a população de uma forma geral se torna refém.

Entretanto, o presente trabalho foi desenvolvido através de revisões bibliográficas, tendo como indicativo o método dedutivo, também conhecido por alguns autores como hipotético. Desta forma, serviram como pilares neste trabalho, a análise de leituras e fichamentos de autores que versem sobre a questão abordada e, a partir desse estudo, concluir hipóteses que foram confrontadas com fatos obtidos pelas leituras realizadas, vindo a dar subsídios para se chegar a conclusões concretas. Com a análise da doutrina, buscou-se ampliar o campo de estudo, não ficando apenas restrito a um doutrinador, ou uma tese específica para determinada matéria, ou seja, foram alinhavados entendimentos sob ponto de vista diferente, onde foi comparado ao sistema constitucional garantidor dos direitos fundamentais com as diversas correntes que vigoram no sistema constitucional.

Já que está se falando em direitos fundamentais, deve se levar em conta a supremacia da Carta Magna de 1988, uma vez que, foram resgatados os direitos fundamentais da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, passando a ser ainda mais intensificados. Não obstante a isso, Dantas afirma que os direitos fundamentais surgiram por necessidade da proteção do homem frente ao poder do Estado[1284].

Ainda nesse contexto em análise, temos o Direito Constitucional[1285], que tangencia o conceito de Constituição, uma vez que ambos estão estritamente direcionados para a mesma finalidade. Também cresce de importância a análise sistemática do direito constitucional, pois nela é que estão organizadas as normas jurídicas fundamentais presentes na estrutura do Estado. Cabe frisar que, há uma distinção entre o Direito Constitucional material do Direito Constitucional Formal. Sendo que a primeira, pela sua importância, trata de matérias naturais, indispensáveis, como o princípio da proporcionalidade bem como o da razoabilidade; no tocante ao Direito Constitucional Formal, é a formalização de determinados direitos independentemente do conteúdo expresso, tem previsão legal.

Com uma breve reflexão sobre a CF/88, identifica-se, por exemplo, a questão da dignidade da pessoa humana, que está intitulada pela sua significância na evolução da proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos. Entretanto, em todo texto Constitucional, estão amparados fundamentos como também as garantias, que asseguram esse caráter supremo da Carta Política.

1. UMA CONSTITUIÇÃO COMO PODER GARANTIDOR DOS DIREITOS HUMANOS

Primeiramente, para se entender melhor esse assunto, precisa-se saber o que vem a ser uma constituição. Contudo, a palavra constituição propriamente dito, vem a ser entendido em sentido genérico como sendo um ato de organizar ou concentrar informações. Consoante,

---

[1284] DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.

[1285] A terminologia Direito Constitucional formalizou-se no fim do século XVIII, precisamente em 26 de setembro de 1791, quando a Assembléia Constituinte francesa determinou às faculdades de Direito que ministrassem aulas sobre a Constituição da França. Hoje em dia a expressão está consolidada em todo o mundo. Adota-se, contemporaneamente, a terminologia Direito Constitucional para designar um Direito Público fundamental, um Direito do Estado por excelência. BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 01.

Filho conceitua que, a constituição é a organização de alguma coisa, não sendo aplicado restritamente e unicamente ao Direito Público[1286].

A Constituição com esse poder garantidor dos direitos é composta por princípios e regras que trazem a proteção contra o Estado, e além de trazer conjuntamente direitos sociais para uma sociedade com foco no desenvolvimento sustentável e, portanto, economicamente mais solidário diante dos cenários assustadores de desigualdade social existente no Brasil, como também em outros países.

Entretanto, em se tratando de sua origem, já na Idade Média, a denominada *Magna Charta Libertatum*[1287], sendo imposto ao Rei João Sem Terra, onde, tornou-se popular no tocante a representação de uma consolidação de um documento em nível máximo de um país. Contudo, a Constituição Americana bem como a Francesa, estão como marco inicial no surgimento das Constituições durante a história[1288].

Esse sentido garantidor que se espelha a Constituição, é em virtude da intervenção do Estado na vida alheia dos indivíduos da sociedade de uma forma geral. Esse fator de garantia constitucional se deve principalmente pelo fato de se estar em um Estado Democrático de Direito[1289], onde por sua vez, estabelece a participação e soberania popular nas decisões políticas de um Estado. Entretanto, pode se constatar que os direitos humanos fundamentais são vistos em diversas esferas, ou seja, não são tidos apenas como individuais, mas também abrangem os demais âmbitos coletivos. Portanto, segundo Dantas, estabelece que,

> podemos afirmar, em apertada síntese, que os direitos e garantias fundamentais são aqueles que, fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana e diretamente com o Estado Democrático de Direito, dizem respeito às esferas de interesses essenciais ao gênero humano, destinando-se não só a tutela dos direitos

---

[1286] FILHO, Manuel Gonsalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

[1287] A *Magna Charta Libertatum*, foiassinada em 1215 pelo Rei João. Se trata de um documento que tornou limitado o poder da monarquia na Inglaterra, pois limitada o exercício do poder absoluto. Esse documento foi resultado de desentendimentos entre João, o Papa e os barões ingleses a respeito das suas vantagens. A *Magna Charta Libertatum* é reconhecida como um dos primeiros instrumentos de limitação do Estado.
LOURENCETTE, Lucas Tadeu. *Magna charta libertatum*. 2007. Disponível em < http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6582/Magna-charta-libertatum > acesso em 13 Jul 13.

[1288] TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

[1289] O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria do Estado. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 97-98.

individuais, como também dos direitos políticos, direitos sociais, culturais e econômicos, além dos direitos de fraternidade e de solidariedade[1290].

A questão dos direitos fundamentais está inserida num contexto de democracia, pois na medida em que se confronta o seu poder garantidor com a sua competência eficaz, para sua verdadeira efetividade, conclui-se que, ao passo que se todos têm garantias aos instrumentos, como o de igualdade, fraternidade e também à participação nos processo para constituição das políticas internas do país.

Para entender melhor o que vem a ser uma garantia constitucional, não deve se confundir com um direito. Entretanto, Lenza prescreve que, os direitos são um tipo de bens que são presentes nas vantagens prescritas na norma da Carta Maior, enquanto que as garantias são dispositivos pelos quais se assegura o pleno exercício dos direitos violados, ou se tratando preventivamente sobre alguma violação que ocorra. São exemplos de direitos e garantias, questões como, o art. 5º, inciso VI, da CF/88[1291]. Pois num primeiro momento, versa sobre a inviolabilidade como matéria de direito, e em segundo plano, a questão da garantia à proteção dos locais para celebração[1292].

Também nesse sentido, Dantas faz uma distinção entre direito, garantia e os remédios constitucionais. Na sua visão, o direito como o nome já diz, exprime caráter de existência para alguém. Em relação à garantia estabelecida, ou seja, assegurada, pois traduz as disposições previamente e posteriormente mantidas. No que diz respeito aos remédios constitucionais, cabe frisar que possuem função de conferir a efetividade dos direitos e das garantias constitucionais, pois vindo a acontecer que algum órgão público ou particular, desrespeite alguma dessas normas, caberão impor remédios específicos para cada situação[1293].

Quanto a abrangência dos direitos e garantias que são previstos na Carta Política de 1988, e que todos são iguais perante a lei, bem como os estrangeiros residentes no país. Portanto, uma vez que certos direitos e garantias são oriundos de outras normas ou regimes, ou de tratados internacionais da Republica Federativa, não são excluídos, pois, é dessa forma demonstra sua abrangência e supremacia diante das demais normas.

[1290] DANTAS, Op. Cit., 2012, p. 269.
[1291] BRASIL. *Constituição Federal*, 1988. Art. 5º [...] VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias [...]
[1292] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
[1293] DANTAS, Op. Cit.

No tocante ao desempenho dos direito fundamentais, cito a *Teria dos quatro status de Jellinek*[1294], que ainda se mostra muito atualizada. A Teoria dos quatro status de Jellinek de Georg Jellinek visa descrever as relações do indivíduo com o Estado, sendo apresentado por quatro status: o primeiro diz respeito ao *passivo* ou *subjectionis*, que é em relação à posição dos indivíduos, pois encontram-se em subordinação, tendo vinculação por meio de proibições e mandamentos; no segundo status, está o *negativo*, que por sua vez, como o individuo possui personalidade, goza de liberdades frente aos poderes públicos; o terceiro, denominado status *positivo* ou *civitatis*, onde os indivíduos possuem legitimidade para exigir a atuação do Estado em seu favor; e por fim, o quarto é o status *ativo*, é a competência que o indivíduo tem para propor influências na formação da vontade do Estado, como pelo direito ao voto e o de ser votado[1295].

As garantias constitucionais são pré-estabelecidas quanto a um fato inexistente, ou para um acontecimento que trata de uma previsão legal. Nesse sentivo, Silva

> [...] leva a cabo uma distinção das garantias dos direitos fundamentais, para agrupá-las em dois conjuntos. Num primeiro, que denomina *garantias gerais*, estariam aquelas destinadas a assegurar a existência e a efetividade (eficácia social) daqueles direitos. Num segundo conjunto, o qual denomina *garantias constitucionais*, estariam as instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria constituição tutela a observância ou reintegração dos direitos fundamentais, conforme o caso[1296].

Essa classificação que o se faz no tocante às garantias constitucionais, demonstram claramente as subdivisões que aparentemente parecem implícitas no texto constitucional. No entanto, cabe entender, a sua relevância e aplicabilidade, onde, as suas garantias são dispostas em grande número principalmente no art. 5º, do texto Constitucional, onde versa sobre os direitos fundamentais.

No Poder Judiciário, em matéria de garantias, são preponderantes para o bom exercício de suas atividades. Temos a questão da liberdade individual e a independência ou a

---

[1294] SOUZA, Alisson de Bom de. *Os Custos dos direitos e a dimensão positiva dos direitos fundamentais*. 2011. Disponível em < http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/568/555 > Acesso em 13 Jul 13.
[1295] LENZA, Op. Cit.
[1296] SILVA, apud Tavares, 2008, p. 823.

imparcialidade dos Juízes, são garantias específicas inerentes à profissão, sendo extremamente necessárias, pois, em alguns pontos, servem para separar as funções típicas ou atípicas dos demais poderes. Preside no Poder Judiciário, um órgão mais alto, onde é atribuída a última instância, corrigindo eventuais erros[1297].

A supremacia da Carta Magna de 1988, onde está na sua origem, todas as demais normas ou legislações, por tal motivo também não constituído por nenhuma outra, obtendo por seu fundamento histórico a nome de *Poder Constituinte*[1298]. Então, sendo uma espécie de força, funda-se em si próprio, não tendo regulamentação anterior ao seu exercício de fato. Portanto, é preciso entender que o direito não é apenas resumido ao direito positivo, mas sim, um direito natural, sendo vigente anteriormente ao direito de Estado. Isso pode se explicado pelo fato de que é direito natural do cidadão estabelecer instituições ou formas de exercê-la, para que depois possa vir ser governado. Entretanto, o poder de Estado é de direito, pois organiza minunciosamente sua estrutura, seus fundamentos, e sua finalidade da existir.

Outro aspecto importante, diz respeito à rigidez que a redação Constitucional possui, que em outras palavras significa a forma escrita, onde admite-se fazer alterações, desde que respeitados os princípios e os fundamentos, por exemplo, onde está a dignidade da pessoa humana, previsto no inciso art. 3º, III, da CF/88[1299].

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS GARANTIAS PRESENTES NAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Depois de ser observado o conceito de Constituição e, dentro dessa concepção, pode se entender melhor as principais garantias que a Carta Política de 1988 prevê, como: Habeas Corpus, Mandato de Segurança Individual, Mandato de Segurança Coletivo, Ação Popular, Mandato de Injunção e Habeas Data. Entretanto, cabe ressaltar que a respeito da função da constituição, é mais ampla do que uma simples Carta Maior, ou seja, é nela que estão consolidadas informações e diretrizes que devem ser cumpridas, sob pena de sofrer penalidades previstas em dispositivos nas mais diversas áreas. Alinhavado com esse

---

[1297] FILHO, Op. Cit., 2011, p. 276.

[1298] Tem-se por significado conforme Bulos (2009, p. 299): "*Poder constituinte* é a potência que faz a constituição, e, ao mesmo tempo, a competência que a modifica. Trata-se da *força propulsora* que, ao elaborar a carta magna, fornece as diretrizes fundamentais do Estado. Por isso, é a energia vital das constituições".

[1299] BRASIL, *Constituição Federal*, 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...]

pensamento, Filho, estabelece que a função da constituição, juridicamente falando é óbvia, pois sua raiz se consiste em dar fundamento à ordem jurídica[1300]. Por isso, é que se tem a explicação referente à constituição como sendo fundamental, pois traçam de forma fundamentada, todos os liames que um Estado assegura e as suas competências específicas.

Portanto, a constituição tem função primordial, a garantia dos direitos, em que pese, desde sua existência, ela sofreu várias modificações, dentre elas, ampliações e algumas ramificações, que passaram a ser legalmente previstos em dispositivos específicos, mas não esquecendo que são submetidas mesmo assim a texto Constitucional. Contudo, o pensamento de Filho no tocante as funções, diz respeito que,

> [...] pode se indicar que as Constituições se desincumbem de, ao menos, dez funções diferentes: a função de garantia, a função organizativa ou estruturante, a função limitativa, a função procedimental, a função instrumental, a função conformadora da ordem sociopolítica, a função legitimadora (às vezes, legitimante), a função legalizadora, a função simbólica e, enfim, a função prospectiva[1301].

A partir dessas funções supracitadas que a Constituição possui, sendo implícita ou explícita, tem-se uma memorável noção do grau de legitimidade inserido nos textos normativos. Não pode deixar de ser mencionado, à vinculação íntima que existe ente as normas constitucionais, e os ramos dos direitos fundamentais, que por sinal, clareiam ainda mais o real significado que se atribui a Constituição.

Ainda no tocante a posição da doutrina referente às funções que a Constituição estabelece Tavares, baseando-se pela Constituição Portuguesa de 1976, possui cinco funções: "a função de revelação de consensos fundamentais, função de legitimação da ordem pública, a função de garantia e proteção, a função de organização do poder político e a função de ordem e ordenação[1302]".

O Estado não existe apenas por que tem uma legislação que prevê, mas sim por se tratar de um modelo a ser seguido, onde dentre eles, estão elencados a organização como, política, jurídica, legalidade, como também pela responsabilidade pela efetivação dos direitos

[1300] FILHO, Op. Cit., 2009, p. 63.
[1301] Ibidem, p. 64.
[1302] TAVARES, Op. Cit., 2008, p. 75.

fundamentais, inseridos com os deveres públicos em matérias que desobedecem à liberdade ou o cerceamento de certas condutas dos indivíduos[1303].

Denota-se com a Carta Magna de 1988, a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais, onde por sua vez, os legisladores procuram estender a eficácia dos mesmos nos limites de sua competência. Outro aspecto importante a ser mencionado, está na universalidade que estão sujeitos esses dispositivos, pois temos como exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, onde trouxe para todos os indivíduos direitos iguais.

Existe uma discussão de ordem doutrinária, que ocorre por causa do texto constitucional do art. 5º, §1º, da CF/88[1304], onde estão elencados de um lado a corrente *imediata* ou *direta*, e por outro lado, a corrente *mediata* ou *indireta*. Entretanto, na primeira estão adeptos que afirmam com base na redação constitucional, que os direitos e garantias fundamentais devem ser aplicados diretamente, ou seja, não ficar sob guarda a edição de normas infraconstitucionais para regular as mesmas. Em uma segunda linha de pensamento, configura-se pela edição ou a efetivação de clausulas gerais como (boa fé objetiva, função social de um contrato, etc.). Para este, é imprescindível a aplicação de tais requisitos.

Alinhavado com a discussão a respeito das teorias supracitadas, onde estão imersas dimensões proibitivas e positivas ao lado da eficácia direta, bem como, as dimensão objetiva na eficácia indireta. Na direta, em se tratando da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, pode haver nas presentes relações privadas, prescindindo a intervenção legislativa. Entretanto, nas indiretas, são efetivados de maneira reflexa, onde não poderão ser editadas leis que violem os direitos fundamentais.

Quanto a alguns exemplos que tratem de garantias, cito a questão da garantia em relação à informação, conforme dispõe o art. 5, inciso XIV, da CF/88[1305]. Pode-se adequar essa situação, conforme expressa Dantas, aos profissionais da comunicação, como jornalistas, ou repórteres que não são obrigados a informar as fontes no qual se utilizara para obter tais informações, pois são esses profissionais que transmitem informações para o mundo todo, em tempo real, ou em menor defasagem de tempo possível. No entanto, são regras gerais, ou seja,

---

[1303] BOTTINO, Thiago. *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

[1304] BRASIL, *Constituição Federal*, 1988. Art. 5º [...] § As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

[1305] ____. Art. 5º [...] XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

também são admitidas exceções que limitam a determinadas informações para o publico alvo, que na sua maioria, seria para toda rede nacional e internacional[1306].

Dentro de um contexto em que se toma como base a questão da garantia constitucional, onde este sofreu diversas alterações ao longo da história, seja por questões sociais de adequabilidade ou o surgimento de novas situações que não eram positivadas e, no entanto, tiveram sua previsão pela necessidade de haver a regulamentação de condutas lesivas no meio em que vivem os seres humanos.

Um exemplo claro no tocante às garantias constitucionais, são observadas em relação aos magistrados, pois possuem garantias políticas inerentes a sua função, sendo divididas em duas espécies: as *propriamente ditas*, sendo sua independência, sendo a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. E a outra, diz respeito a certos *impedimentos,* que dão a condição de imparcialidade. São esses impedimentos constitucionais dos Juízes que impedem dos mesmos exercerem outros cargos ou funções, exceto vedada a de magistério.

Em relação à eficácia dos direitos fundamentais da CF/88, é notório que os preceitos da constituição, são dotados de certo grau na eficácia, bem como na aplicabilidade, e ainda, não pode deixar de ser esquecido, que possui Poder Constituinte. Pode ser identificado com uma breve reflexão a respeito das normas constitucionais vigentes anteriormente, onde se encontram diferenças, principalmente no tocante a aplicabilidade das leis, pois, não havia previsões de dispositivos como (aplicabilidade imediata), como está prescreve o art. 5, §1º da CF/88. Ainda ressalto-vos que as normas definidoras de garantias fundamentais, são abrigadas por dispositivos que suprem as lacunas que os legisladores deixaram, uma vez que, são obtidas como anteriormente mencionado, ao passo que passam a provocar instigações de ordem prejudicial para a coletividade[1307].

Dentre as doutrinas mais tradicionais, encontra-se uma divisão dos direitos e garantias fundamentais que estão constantes na Carta Política de 1988. Entretanto, temos como os direitos de primeira geração são direcionados aos direitos individuais e aos políticos, onde estes terão que garantir a participação dos indivíduos em eleições, ou outros processos políticos, não restritamente a questão do voto, mas também o direito de ser votado. No que diz respeito aos direitos de segunda geração, ou liberdades concretas como alguns

[1306] DANTAS, Op. Cit.
[1307] SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

doutrinadores conhecem, são atinentes aos direitos sociais de ordem econômica e social, onde tem princípio fundamentador na igualdade, pois atribui ao Estado, à matéria de agir, com a finalidade de obter igualdade. E por fim, estão os direitos de terceira geração, em que prevalece o interesse de todos, tem raízes fundadas na solidariedade, onde fixam ao Estado um dever de proteção e respeito à pessoa como espécie humana, ou seja, resumidamente trata de toda a sociedade humana[1308].

Consoante, os direitos e garantias não são considerados absolutos, ou seja, não é possível se acobertar uma conduta ou substituí-la por outro ilícito, com a tentativa de afastar qualquer tipicidade penal, logo não vindo a ser punido. Entretanto, conforme cita Dantas a respeito do mandado de segurança proferido pelo Supremo Tribunal Federal,

> Os direitos e garantias individuais não tem caráter absolutos. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo por que razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio da convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros[1309].

Contudo, existem determinadas regras que não estão descritas na constituição, mas possuem efeitos mesmo que abstratas, fazem parte da lei maior. A inclusão de regras não constitucionais na redação do texto constitucional, visa elucidar o complemento de seu reconhecimento perante todo cidadão, ou seja, com conteúdo acima de qualquer outro texto. As normas infraconstitucionais, dizem respeito às previsões fora do texto constitucional.

[1308] DANTAS, Op. Cit.

[1309] Ministro Celso de Melo apud Dantas. Acordão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento no dia 16 de setembro de 1999, publicado no Dj do dia 12/05/2000, referente ao Mandado de Segurança nº 23.542, relatado pelo, p. 287.

Se formos analisar no âmbito do direito penal, a liberdade individual também encontra laços próximos à possibilidade de se planejar a vida de uma pessoa, baseando-se nas leis, uma vez que não seria possível em se tratando de regimes totalitários, uma vez que, os poderes ficavam concentrados nas mãos dos governantes. Contudo, quanto maior for a vinculação que uma lei tem com os valores que estão incorporados na Carta Magna, dentre eles princípios, direitos e garantias, mais força vinculante terão essas leis perante a sociedade, tanto para aqueles que têm sua liberdade cerceada, como para os indivíduos que possuem sua liberdade livre[1310].

Da mesma forma como ocorre na esfera penal, (também na civil, eleitoral, etc.), são intituladas garantias individuais, onde possuem reforço constitucional, tornando-se invioláveis perante a justiça. É uma característica de um país onde se reside o Estado Democrático, pois dará ao cidadão a capacidade para decidir seu governo, a possibilidade de escolher as melhores propostas, o livre arbítrio, como também o pleno direito de ser eleito pela própria população, obedecendo aos requisitos legais para cada cargo ou função.

A legalidade que prescreve a redação Constitucional, onde o art. 5, inciso II, da Carta Magna de 1988[1311], onde não haverá obrigatoriedade para praticar determinada coisa, senão houver a previsão legal. Entretanto, aos indivíduos, poderão fazer o que não estiver previsto em lei, ao contrário do que ocorre com os agentes da administração, uma vez que, os mesmos só poderão fazer suas atividades embasadas em legislações ou normas que preveem suas ações.

Estão previstos na CF/88, a proteção contra a tortura e o tratamento desumano ou degradante, que passou a ser legitimamente extinguido, por motivos relevantes, como épocas da escravidão. Especificamente falando do crime de tortura, foi criado a Lei 9.455, de 7 de abril de 1997, que tipifica tal conduta. O princípio da legalidade é o maior fundamento de um Estado Democrático de Direito, não se restringe apenas ao Estado, mas de uma forma geral, a todos os indivíduos.

Não deixa de ser uma garantia constitucional, a irretroatividade da norma, pois, assegura o direito adquirido, conforme prescreve o art. 5º, inciso XXXVI, da Carta Maior[1312].

[1310] BOTTINO, Op. Cit.

[1311] BRASIL, Constituição Federal, 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]

[1312] ____. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros

Cabe ressaltar que, no âmbito do Direito Penal, será incontroversa essa regra, pois, haverá a retroatividade da norma em hipótese de benefício do réu, pois, irá se valer do fato em relação ao tempo que a norma existiu, e não do momento do acontecimento do fato.

CONCLUSÃO

Entretanto, a partir do momento que não se tem mais a valorização, preservação e efetividade constante desses direitos e garantias que são devidos a cada ser humano, coloca-se de lado a Constituição Federal e toma-se forma novamente em grande escala o direito costumeiro que vigorava. Uma vez vindo a acontecer tal descumprimento constitucional, deixaria de lado valores preservados que tanto custaram para estarem presentes e respeitados pelos seus subordinados, que são todos os indivíduos.

É claro que, quando se leva em consideração a existência de uma constituição, não resta dúvida que não nasce da noite para o dia, pois, são analisados contextos históricos onde se busca obter mais humanidade. Um dos motivadores dessas constantes mudanças está intitulada pelo período de guerras e conflitos que deixaram traços na história, onde diversas gerações passaram, e devido a situação que se encontravam, foram colaboradores, muitas vezes não intencionalmente, mas de forma obrigatória.

Fazendo uma análise da constituição, identificam-se direitos explícitos e implícitos, como também as garantias, onde algumas foram abordadas anteriormente, em que pese, traduzem a forma como é organizado um país. Entretanto, essa organização, inclui dispositivos específicos, como o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente)[1313], CTB (Código de Trânsito Brasileiro)[1314], CDC (Código de Defesa do Consumidor)[1315], Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que normatiza as licitações e contratos de administração, entre outros. São esses mecanismos, fragmentados especificamente para cada esfera.

O teor específico, das matérias nessas leis, possui mesmo assim os direitos e garantias assegurados para todos os indivíduos, obtendo um caráter disciplinador com a conduta adjacente de um ser humano, pois estão inerentes, valores morais a serem

---

e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]

[1313] BRASIL. *Constituição Federal*, 1988. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

[1314] ____ . Lei Nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

[1315] ____ . Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

preservados, e mantidos como exemplo, tornando-se um elo fundamental entre o ser humano e a vida prospera que lhes espera.

Como não é novidade, os direitos fundamentais estão inerentes ao individuo, alguns deles antes até mesmo de nascer, portanto, acompanham nas suas condutas, figuram de agente ativo como de passivo, onde ficam asseguradas garantias em prol de seus próprios direitos, pois, ter direito, não é somente esperar por ele, mas sim fazer jus, através de da ideia de fazer o correto, pois se fizer dessa forma, estarei amparado, ou seja, estarei agindo dentro da previsão legal, que com isso, estará contribuindo com o desenvolvimento do país e ainda fazendo a sua parte como cidadão.

Quando se identifica de forma comparativa as diferenças previstas na evolução histórica dos direitos que, no entanto, passaram por diversas gerações, são indícios explícitos em matéria de direitos fundamentais. Entretanto, desde os tempos mais remotos, são mostrados o quão são necessários para a sobrevivência da espécie humana. Esses direitos vieram juntamente com as garantias inerentes ao homem, que foram aperfeiçoados com o tempo, uma vez que, foram mais intensificados após grandes conflitos armados, que geraram catástrofes desumanas, e consequentemente, mudaram-se paradigmas.

Ainda falando em comparação, a questão constitucional mais especificamente, percebe-se a grande defasagem de tempo da Constituição brasileira em contrapartida com a norte-americana, que já possui uma Carta suprema desde 1787. Outro aspecto importante a ser abordado, refere-se a questão das emendas feitas na Constituição, que até então, a Carta Politica de 1988, já possui mais de 60 (sessenta) emendas.

Por conta das sete Constituições que vigoraram até a presente data, ou, como alguns autores consideram oito, devido a Emenda nº 1/1969, a de 1988, foi um marco histórico na questão dos direitos e garantias assegurados, pois, foi trazida pelo legislador, a prioridade para garantia plena de todas as suas necessidades. Dentro desse fator garantidor, entra a questão da prioridade em manter os direitos e garantias pela coletividade, que vigoram num Estado Democrático de Direito.

Portanto, utilizando-se referencialmente das Constituições e suas alterações nos textos, onde deram espaço para o surgimento de dispositivos menores para suprir as lacunas existentes, tem se materializado na figura do homem, uma previsão por suas condutas perante a sociedade, pois, o próprio faz parte, pois possui função importante no desenvolvimento econômico e sustentável do país.

Exemplificando essa matéria que versa sobre o sistema de garantias dos direitos, na seara constitucional, onde obteve aplicação tardia de fato em todos os níveis no tocante aos direitos humanos, é relevante que já se avançou consideravelmente. Entretanto, cresce de importância observar os registros históricos que acompanharam essas mudanças, pois foram exclusivamente necessárias para que o ser humano pudesse desfrutar dos seus direitos e garantias, sendo naturais ou até mesmo de fato. Não devem ser esquecidos ou deixados em branco, os diversos conflitos armados e disputas que tiveram que ser travadas para que fossem previstos tais direitos, pois, como essas questões envolvem uma série de fatores, não se torna uma missão fácil para quem se coloca a defendê-los.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional.* 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOTTINO, Thiago. *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BRASIL, *Constituição Federal*, 1988.

____ . Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

____ . Lei Nº 9.503, de 23 setembro de 1997.

____ . Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.

FILHO, Manuel Gonsalves Ferreira. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

____. *Curso de Direito Constitucional*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOURENCETTE, Lucas Tadeu. *Magna charta libertatum.* 2007. Disponível em < http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6582/Magna-charta-libertatum > Acesso em 13 Jul 13.

MORAIS, Guilherme Peña de. *Direito Constitucional. Teoria da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PAULO, Vicente, Alexandrino, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOUZA, Alisson de Bom de. *Os Custos dos direitos e a dimensão positiva dos direitos fundamentais*. 2011. Disponível em < http://periodicos.unesc.net/index.php/amicus/article/viewFile/568/555 > Acesso em 13 Jul 13.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. Ciência Política e Teoria do Estado. 7.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

A INTERNET COMO VEÍCULO LIBERTÁRIO: A INCORPORAÇÃO DA REDE NA VIDA SOCIAL

Alexia Domene EUGENIO [1316]

Gilberto Notário LIGERO[1317]

RESUMO

Este trabalho tem o intuito de demonstrar de que maneira a internet é uma aliada da democracia, como um veículo libertário, para o mais efetivo exercício dos direito relativos à liberdade de pensamento. Seguindo a imprensa escrita, rádio e televisão, surge como meio de alcance das massas disponibilizando conteúdo, das mais diversas formas, e de uma maneira mais ampla e com menos controle quando ao que pode ser acessado. Apesar de não ser abrangido pela Constituição Federal, o direito à livre expressão na internet encontra amparo nos seus dispositivos. Foi estudado também o funcionamento dos sistemas de provedores e usuários da internet, para que fosse possível entender essa estrutura conectada que chamamos de ciberespaço, onde se viabilizou a integração de pessoas e pontos de vistas. Foi abordado também o fenômeno das redes sociais e a importância da identidade coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: Internet. Comunicação. Informação. Formação de Opinião. Redes sociais.

ABSTRACT

This study has the intent to demonstrate in what way the internet is an ally of democracy, as a freeing vehicle, to the effective exercise of the rights related to freedom of thinking. Following the printed press, radio and television, it comes as a way of reaching masses, providing content of many kinds, in a broader and less controlled way about what can be accessed. Even tough it's not covered by the Federal Constitution, the right to freedom of speech on the internet finds support in its devices. Was also studied how the system of users and ISPs (providers) work, to make possible to understand this connected structure we call

[1316] Discente das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente (FIAETPP). Integrante do Grupo de Estudo "Estado e Sociedade", coordenado pelo Prof. Sérgio Tibiriçá Amaral. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq /PIBIC 2012-13. E-mail: aalexia_d@hotmail.com

[1317] Doutorando em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com ênfase em Direito Processual Civil. Possui graduação em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (1995) e mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (2004), com defesa da dissertação na área de Direito Processual Civil. Professor da Associação Educacional Toledo, nas cadeiras de Direito Processual Civil e Direito Civil. Advogado com experiência na área de Direito Civil, Empresarial, Administrativo e Direito Processual Civil. Membro do Corpo Editorial das Revistas Intertemas e Intertemas Social; e-mail: gilberto_ligero@unitoledo.br. Orientador do trabalho.

cyberspace, where the integration of people and point of view have made their way. The social network phenomenon and the importance of a collective identity were also covered.

KEYWORDS: Internet. Comunication. Information. Formation of Opinion. Social networks.

INTRODUÇÂO

Surge uma rede de alcance mundial que engloba tanto a Internet como outras redes mais restritas. Trata-se de um espaço aberto de acesso à informação ou de direito positivo de manifestar-se, no qual podem ser encontrados conhecimentos, mercadorias, cultura, economia, arte, esporte e política.

Essa troca é crucial para as relações sociais e afetam também a formação da opinião pública. Esse meio de comunicação caracteriza-se pela interatividade, transmissão de informações em tempo real, não há limites territoriais para o alcance da rede, o espaço é ilimitado e há uma grande autonomia dos usuários na utilização da Internet.

A Internet é um meio de comunicação de massa mais utilizado no mundo, com características e problemáticas próprias. No entanto, a rede se presta a outras funções, como venda de produtos, telefonia e transmissão de dados pessoais, entre outros. Por isso, há outras definições devido à abrangência da comunicação feita e da pluralidade de instrumentos.

Faz-se necessário, cada vez mais, pesquisas sobre a abrangência desse meio de comunicação e suas infinitas possibilidades. O estudo procurou analisar o fenômeno da comunicação e organização das redes sociais via internet e o tráfego de conteúdo através de um ponto de vista evolutivo, histórico, e também atual, baseado em dados, pesquisas e conceitos, em obras científicas e portais de informação, impressos e digitais.

A acessibilidade é uma das mais importantes qualidades da internet, todos têm o acesso desde que conectados através de aparelhos específicos. Esse funcionamento do sistema vem sendo facilitado gradativamente, sejam em custo ou em procedimentos menos complexos, pretendendo abranger ainda mais usuários.

A internet é um meio de exercício mais amplo do direito de informar e de comunicação, sendo protegida pelos dispositivos da Constituição ainda que não explicitamente mencionada. Ela é uma ferramenta de democracia, pois vem viabilizando a organização e mobilização social em diversos âmbitos, e permitiu ao cidadão comum ter chance de opinar e mudar a sociedade em que vive.

1. A INTERNET E O DIREITO POSITIVO DE INFORMAR

Essa inovação tecnológica provocou nos últimos anos uma mudança substancial no mundo e nas transmissões dos vários tipos de informação, que alcançam todo o planeta. Com uma transmissão de maneira muito rápida, acredita-se ser a Internet uma quinta etapa evolutiva, depois de copistas, imprensa escrita, emissoras de rádio e emissoras de televisão.

A rede tirou o acesso, quase exclusivo da comunicação feito por jornais, revistas, emissoras de rádio e televisão, para permitir que qualquer pessoa que navegasse pudesse construir sites, páginas e conteúdos[1318].

Consiste na possibilidade de veiculação de informações sem restrições ou controle estatais, sem censura ou embaraço, sendo o exemplo mais nítido e comum para tal, o meio de integração global sem interferência dos Estados nos domínios da rede. Foi criada inicialmente para facilitar a atuação militar das principais potências envolvidas na guerra fria, e não como um meio para a liberdade.

A partir do seu desenvolvimento e ampliação do alcance da rede, os governos pouco podiam fazer para controlar o direito de informar que era capaz de burlar essas fronteiras políticas[1319].

> Art. 5ºTodos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.
> [...]

A Constituição abertamente coloca o acesso às informações públicas não atreladas à segurança da sociedade e do Estado ao alcance de todos os cidadãos.

[1318] SPYER, Juliano. *Conectado – O que a Internet fezcom você e o que pode fazer com ela,* p.15

[1319] CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet – Reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade,* p.139. A explicação do autor: ".. o fato de a Internet ter se desenvolvido nos Estados Unidos significou que surgiu sob proteção constitucional da livre proteção imposta pelos tribunais americanos".

Há uma convergência de tecnologias para permitir a circulação da comunicação e da informação. O conjunto de tecnologias possibilita a troca de informações num mesmo espaço virtual, significa uma única estrutura abrangendo literalmente tudo que há para ser compartilhado, unindo num mesmo ponto de acesso diversos tipos de conteúdo e serviços.

O direito positivo de informar ganha um espaço, pois a Internet global baseava-se nos Estados Unidos. Qualquer restrição a servidores em outros países podiam, em geral ser contornada por re-roteamento através de um servidor dos EUA, agora se trata de um sistema global de rede de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina qualquer para outra que esteja conectada na rede, possibilitando, dessa forma um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida e eficiente e sem limitações de fronteiras, culminando na criação de mecanismos de relacionamento.

É necessário ressaltar uma diferença entre sites ou sítios e páginas, que muitas vezes são usados como sinônimos[1320]. Tecnicamente, site ou sítio é a denominação de toda página principal ou inicial, também conhecida por "Home Page". As demais que compõem e não são a inicial, são denominadas de "páginas".

Citando José Ovídio Salgueiro, Delpech define que "web site' como uma coleção de páginas na chamada rede mundial, que são visualizadas mediante um programa de software denominado 'browser'. Um 'web site' apresenta um conteúdo em formado de texto, imagens, animação, áudio, vídeo ou qualquer outro, unificado debaixo se um mesmo nome de domínio. Mas, ainda faltavam as relações de compra e venda.

Sem dúvida, autoridades num dado país podiam detectar os beneficiários ou criadores de alguns conteúdo exercendo suas capacidades de punir os acessos aos sites e paginas. Os dissidentes chineses experimentaram muitas vezes as punições por acesso e criação de conteúdos[1321]. No entanto, o processo de vigilância e punição do direito positivo de informar por parte do Estado não funcionou de maneira eficaz.

A partir de 1991, a National Science Fondation liberou o seu comercial da rede, ou seja, permitiu o comércio eletrônico, o que atraiu investidores e começaram a surgir os "sites" de venda virtual.

No Brasil, o Ministério da Ciência e Tecnologia desenvolveu a Rede Nacional de Pesquisa, a Internet já era conhecida e utilizada em 1989, mas estava restrita ao uso científico.

[1320] DELPECH, Horacio Fernández. *Internet: sua problemática jurídica;* p.23. O autor usa como sinônimos, mas com base numa apresentação denominada "Nombres de domínio y marcas", de José Ovidio Salgueiro durante o Congreso Iberoamericano Independiente sobre Nombres de Dominio na Internet, reconhece haver diferenças entre as denominações.

[1321] CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet – Reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*, p.139.

Em 1995, a rede foi alcançada pela iniciativa privada que começou a explorá-la comercialmente por meio de provedores de acesso discado. A Rede Nacional de Pesquisa deixou de ser uma infra-estrutura restrita ao meio acadêmico, a chamada *backbone* [1322] e passou a permitir todo tipo de acesso.

Fica claro, desde então, a amplitude democrática da Internet, que é a principal vantagem sobre os demais veículos de comunicação de massa, com possibilidades variadas. Destaque-se a função de permitir o direito positivo de informar ou o direito de antena estendido a todas as pessoas.

Para acessar um sítio ou site na Internet, podemos fazê-lo diretamente, mas para isso é necessário saber qual é o endereço, o que nem sempre acontece. De qualquer maneira, há outros meios de conseguir esse acesso desejado. Há referências que os vários sites fazem entre si e também por meios técnicos, como os "hyperlinks"[1323]. Há na rede, material aberto e codificado, sendo o primeiro com acesso livre e o segundo condicionado, por vezes ao pagamento.

O caráter livre ou oneroso do acesso não tem nenhum relevo nesta apreciação. No entanto, podem distinguir-se as conexões simples e profundas na rede, sendo que no primeiro caso remetesse a primeira página de um site. As conexões profundas, por sua vez, são feitas em páginas interiores ou secundárias. Na primeira página encontram-se as indicações gerais e também a publicidade. Por isso, os titulares dos sites têm interesse em que a remissão se faça para a primeira página.

O controle da informação, sempre foi alvo do Estado, pois garante a perpetuação do controle da massa, porém agora recebe um espaço amplo para informar positivamente, mas também de buscar toda a sorte de conteúdos.

2. A UTILIZAÇÃO DA REDE MUNDIAL

[1322] Infra-estrutura que conecta todos os pontos de uma rede.

[1323] ASCENSÃO, José de Oliveira. *Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet <in> Estudos Sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação,* p. 201. "As referências a outros lugares aparecem nas páginas da Internet realnçadas a a cor diferente. Pode com isso o autor, premido (clicando) duas vezes sobre elas, passa para a página correspondente. Temos aqui os hyperlinks ou hiperliens, a que se podem chamar em português os hipernexos. Assim se estabelecem as ligações ou hiperconnexões na própria rede. Neste caso, o acesso a sítio é diferente é um acto voluntário: o sujeito activa conscientemente um hipernexo em realce no viro. Desta situação se deve distinguir o chamado framing. Os frames são referências a outros sítios, que surgem nas orlas ou bordas das páginas. Podem ser numerosos. Aparentemente, a diferença dos hipernexos normais estaria nesta colocação, e na pluralidade eventual. De resto, seria ainda manifestação do mesmo fenômeno geral do hipertexto".

A comunicação por meio da Internet depende de ao menos dois pólos, um emissor e outro receptor, nos quais se encontram pessoas humanas, além dos provedores.

Para estudo da liberdade de expressão e o direito de informação na Internet, bem com sua proteção, é necessário esclarecer sobre o funcionamento do sistema e também os vários tipos de participantes.

2.1 O Funcionamento e Participantes

Horácio Fernández Delpech divide os participantes em quatro grupos, utilizando o modelo norte-americano: a) usuários individuais; b) provedores de conteúdo; c) provedores de serviço e d) provedores de rede[1324]. Embora esse classificação seja respeitada, há outras que podem mais se adequar ao estudo: 1) provedor de acesso; 2) provedor de conteúdo e 3) provedor hospedeiro ou de hosting e 4) usuário.

Os usuários individuais chamados de "users" pelos norte-americanos são todas as pessoas que por meio de computador, através de um provedor de serviços e mediante uma conexão, acessam a página de um site da rede para recolher a informação colocada ali pelos provedores de conteúdo.

Essa pessoa utiliza as informações colocadas e de conteúdo diverso postadas na rede, para diversos fins, como pesquisa ou entretenimento. Pode ainda, por exemplo, participar de uma sala de bate-papo ou ainda receber um e-mail.

Os usuários são as pessoas difusamente espalhadas pelo planeta, pois mesmo antes da internet, a informação era considerada um bem ou interesse difuso[1325]. José de Oliveira Ascensão faz uma abordagem importante sobre os participantes, chamando o usuário de navegante, principalmente quando faz uso dos sites de busca[1326].

Os provedores são empresas que prestam um tipo de serviço pelo qual se permite uma conexão com a Internet ou ainda outros serviços, como a hospedagem de conteúdos. Carla Rodrigues Araújo Castro diz que os provedores são instituições que se conectam na Internet via um ou mais acessos dedicados e disponibilizam acesso a terceiros a partir de suas

---

[1324] DELPECH, Horacio Fernández. **Internet: su problemática jurídica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p.19.

[1325] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999. No mesmo sentido, AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **O closed caption, a legenda animada, como direito fundamental de informação de terceira geração,** Bauru: ITE, 2003, p. 407.

[1326] ASCENSÃO, José de Oliveira. **Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet** <in> **Estudos Sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação.** Coimbra: Almedina, 2001 p. 208.

instalações[1327]. Estas empresas podem cobrar ou não por esses serviços ou conteúdos, bem como liberar alguns conteúdos e cobrar outros.

Os provedores de conteúdo são todos aqueles que oferecem informação por meio de uma página ou sítio. Os autores, editores e demais titulares das mais diversas manifestações coletam, mantêm e organizam todo o tipo de informações em uma página ou sítio na rede, da qual provem a informação, a fim de que ela possa ser lida por qualquer usuário da internet que ingresse nessa página ou sítio. Os provedores de conteúdo coletam, mantém, processam e organizam informações para acesso "on-line" por meio da internet.

Entre os exemplos no Brasil podem ser citados como provedores de conteúdo a Globo.com e a UOL, que colocam à disposição do usuário notícias, vídeos, música, entretenimento, serviço de e-mail e outros.

Necessário diferenciar os demais provedores. O provedor de serviço, possibilita a conexão entre o usuário e o provedor. É um típico contrato de prestação de serviços, pois o provedor oferece serviços de conexão de rede de forma individualizada e intransferível para um ou vários usuários num ou em vários locais. O usuário, por sua vez, se responsabiliza pelos conteúdos dos seus e-mails.

Os provedores de acesso (IAP – Internet Access Providers) brindam os seus usuários individuais com serviços de conexão com a internet, através de um servidor de grande potência que está conectado a rede, a fim de que o usuário possa alcançar os diferentes sítios. Trata-se de uma atividade meio, ou seja, um serviço de intermediação entre o usuário e a rede. Uma prestação de serviço pela qual o usuário paga pela utilização ou recebe de graça. É uma instituição que se liga à Internet, via um ponto de presença ou outro provedor, para obter conectividade IP[1328] e repassá-la a outros indivíduos e instituições, em caráter comercial ou não [1329].

Os provedores de rede (network providers) são os que possuem a estrutura técnica, ou seja, as linhas telefônicas, cabeamento ou sinais de satélite. Por meio desse provedor de rede, o usuário se conecta através do provedor de acesso com a página ou sítio hospedado pelo provedor de alojamento, que não influi nos conteúdos. Os provedores de alojamento são os hospedeiros, os chamados "Hosting Service Provider", que têm a função de hospedar páginas ou sites de terceiros possibilitando seu acesso pelos usuários interessados.

[1327] CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus aspectos processuais**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 68.

[1328] Internet Protocol – Protocolo responsável pelo percurso de pacotes entre dois sistemas que utilizam a família de protocolos TCP/IP desenvolvida e usada na rede. TCP/IP é o protocolo para comunicação entre computadores.Tornou-se o padrão de fato para a transmissão de por meio de redes, incluindo a Internet.

[1329] PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital,** São Paulo: Saraiva, 2010, p.369.

Os exemplos são o Google, que é hospedeiro do site de relacionamento intitulado Orkut, do qual também é proprietário. Outro exemplo é o "Blogspot", que hospeda blogs de muitas pessoas, podendo ser utilizado de maneira gratuita ou onerosa, esta com mais possibilidades de uso.

Uma classificação também é abordada no Código de Auto-Regulamento dos Serviços Internet, que Liliana Paesani Minardi aceita como uma das melhores. No entanto, importante que se ressalte que existem outras possíveis, que não vinculam um provedor ao tipo de função que ele exerça, pois o provedor pode desempenhar várias funções ao mesmo tempo.

Na classificação do Código, há fornecedores de acesso, que garantem o ingresso na rede e fornecedor de servidor ou hosting, que disponibiliza o servidor. Já o fornecedor de conteúdo se caracteriza por emitir algum tipo de informação.

Os provedores, portanto, podem ser estudados como de acesso, de conteúdo e hospedagem, levando em conta as funções principais.

3. INTERNET E O DIREITO À COMUNICAÇÃO SEGUNDO A CF-88

Como analisado no tópico anterior, há, um provedor, um emissor que pode ser um Blog ou uma página de conteúdo. Há um ou vários tipos de mensagens, uma ou mais linguagens e a possibilidade de vários mais canais, além de um número não conhecido de intérpretes distribuídos difusamente. Há códigos utilizados nas transmissões.

Poyares[1330], citando Wilbur Schramm, diz que comunicação vem do latim "communis", comum. Quando comunicamos, procuramos estabelecer uma "comunidade" com alguém. Quando se usa um veículo de comunicação, como a Internet, essa comunicação é denominada de massa, pois visa a atingir um público numeroso, que pode alcançar outros continentes.

Independente de se utilizar, a Internet ou outro veículo, está-se, pela comunicação, buscando-se oferecer participação numa informação, idéia ou numa atitude. Neste momento, procura-se comunicar a idéia de que a essência da comunicação é obter atenção do receptor, destinatário da mensagem, que no caso pode ser todo o usuário de um computador conectado à rede mundial de computadores.

Para ocorrer uma efetiva comunicação é necessário que o emissor, ou seja, aquele que produz, e receptor, estejam 'sintonizados' por meio de computadores e aptos a receber ou

[1330] POYARES, Walter Ramos. *Comunicação Social e Relações Públicas*, p. 30.

conhecer às mensagens. Comunicação é, dessa forma, um efeito obtido, ao passo que a informação indica o processo.

O direito da comunicação no Brasil pode ser entendido como regulador dos efeitos obtidos, embora o capítulo da Comunicação Social na Constituição desconheça a Internet.

Como assevera Vidal Serrano[1331], a manifestação e a recepção do pensamento, a difusão de informações, a manifestação artística, ou a composição audiovisual, quando veiculadas por um meio de comunicação de massa, se incluem no chamado direito de comunicação social.

O que os autores portugueses denominam de liberdade de comunicação social engloba a liberdade de expressão e a liberdade de informação, com três notas distintivas:

> "a) a pluralidade de destinatários, o caráter coletivo ou de massas, sem reciprocidade;
> b) o princípio da máxima difusão (ao contrário da comunicação privada ou correspondência, conexa com a reserva da intimidade da vida privada e familiar);
> c) a utilização de meios adequados – hoje, a imprensa escrita, os meios audiovisuais e a cibernética."[1332] .

O direito de comunicação social apresenta-se, necessariamente, de maneira política e institucionalizada, pois estabelece regras para a organização e o funcionamento das empresas televisivas, por exemplo.

No entanto, os princípios elencados na "Lei Maior" servem para estabelecer limites na rede mundial, embora a rede mundial não seja uma concessão estatal e deve ser considerada um terceiro gênero, igualmente distante dos veículos impressos, que são empresas privadas.

Esse direito de comunicação envolve os vários direitos de informação e ao mesmo tempo, um fenômeno de exercício do poder político institucional. Portanto, trata-se de um direito público, pois o Estado organiza e sistematiza as diversas formas de comunicação por meio de princípios e normas previstos na "Lei Maior".

Dessa forma, o direito de comunicação serve para garantir o direito de opinião, o direito à liberdade de expressão e os direitos de informação, quando exteriorizadas pelos veículos de comunicação de massa.

[1331] NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., p. 29.
[1332] MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Parte IV,* p. 456.

Também estabelece as regras para existência e funcionamento das empresas de rádio e televisão, por meio das concessões, ou permissões estatais e, ainda, algumas disposições sobre as propriedades de jornais e revistas. A Internet não existia como veículo de comunicação quando da promulgação da "Carta Magna".

Na Constituição brasileira, o direito de comunicação social tem um capítulo, encerrado com uma norma de eficácia limitada de princípio institutivo, que determinou a criação do Conselho de Comunicação Social (artigo224)[1333], a exemplo do que ocorreu em Portugal, com criação da Alta Autoridade para Comunicação Social[1334].

O direito de comunicação social em sua perspectiva jurídico-subjetiva, ou seja, enquanto direito subjetivo público do indivíduo está nos artigos 220, parágrafo 1.º a 4.º. Todavia, no tocante à disciplina da conduta dos órgãos de comunicação social, os artigos 220, parágrafos 5.º e 6.º, 222, 223 e 224. O direito de comunicação regulamenta outros direitos fundamentais, como os direitos de resposta e réplica, estes agora sem uma normatização desde que a Lei de Imprensa foi declarada não recepcionada pelo STF em 2009[1335].

A Internet surge dentro do direito de comunicação vinculada aos princípios elencados, embora não possa ser tratada com uma concessão por parte do Estado. Falta uma legislação específica para a rede, visto que vem sendo incorporada à vida cotidiana das pessoas, seja para agilizar tarefas domésticas, atividades do próprio trabalho, lazer e principalmente comunicação. As atividades que podem ser consideradas como serviços da sociedade de informação são múltiplas e diferenciadas[1336].

Desde o surgimento da internet seu principal foco é a transmissão de informações das mais diversas formas – fotos, vídeo, textos, gifs – para os mais diversos destinatários – qualquer um que tenha acesso à rede.

A internet é livremente acessível na maioria dos países, pois alguns, como a China, ainda controlam o conteúdo disponível, censurando, por exemplo, certas palavras em pesquisas online e reportagens que influenciem quanto ao próprio país[1337]. Tais fatos apenas explicitam uma das funções mais importantes da internet, a difusão de informação.

A informação disponível é incontrolável à medida que se espalha para diversos sites, atingindo pessoas com diferentes culturas, diferentes maneiras de interpretar o conteúdo ali

---

[1333] A Lei n.º 8.389, de 30-12-1991, instituiu o Conselho, que tomou posse em 2002.
[1334] ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. *Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão*, p. 131. O autor cita como fundamento legal para criação da Alta Autoridade, o artigo 39.º, n.º 1.
[1335] Lei n. 5.250 , de 9 fevereiro de 1967. ADPF-130,Relator – Ministro Carlos Ayres Britto.
[1336] TRABUCO, Cláudia. *Conteúdos ilícitos e responsabilidade dos prestadores de serviços nas redes digitais*, p.476.
[1337] China bloqueia buscas relativas a Egito em microblogs. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/china-bloqueia-buscas-relativas-a-egito-em-microblogs> Acesso em: 13 jan. 2013.

exposto e contribuindo para a diversificação dos pontos de vista que podem ser encontrados pela rede. Com isso, a idéia de território coincide com a de informação ou expressão. A informação na rede é, pois a base da ideia de território, de ciberespaço[1338].

Deve ser destacada a existência das ferramentas que permitem a integração entre os usuários, que não apenas disponibilizam conteúdo, mas trazem a possibilidade de troca, de discussão.

Este é, portanto, o ponto crucial, a internet trouxe uma nova possibilidade de exercer os direitos relativos à manifestação do pensamento, colaborando para a formação de opinião crítica quanto a arte, filosofia, política. Diz Matterlart brilhantemente sobre a comunicação, "A liberdade política não pode se resumir no direito de exercer a própria vontade. Ela reside igualmente no direito de dominar o processo de formação dessa vontade"[1339].

4. O FENÔMENO DAS REDES SOCIAIS

A sociedade corresponde a uma rede social, pois esta representa uma organização de pessoas que surge a partir de pontos em comum, sejam eles guiados por critérios políticos, econômicos, sociais, de classes trabalhadoras, ou de localização geográfica. Um grupo de vizinhos, por exemplo, caracteriza uma rede social, compartilham dos mesmos problemas ou acontecimentos locais e podem recorrer uns aos outros com mais facilidade. Segundo Pierre Levy, "os vizinhos *constatam* que eles são interdependentes e isso os leva a harmonizar, se possível, seus direitos e deveres." [1340]

Desse modo, uma rede social pode ser local, regional, nacional, e agora, temos em destaque uma rede social planetária, que uniu o mundo todo a partir do advento da internet, criando a maior e mais forte comunidade social até hoje. E novamente Levy deve ser citado, visto que brilhantemente coloca em poucas palavras, não importa a dimensão da comunidade, "o fator principal da criação de riqueza é a inteligência coletiva da população, uma inteligência coletiva que as tecnologias de informação convenientemente utilizadas podem reforçar, multiplicar e transformar."[1341]

A sociedade em rede tem os meios e os objetos de disseminar e formar opinião crítica, transformar e romper barreiras existentes, mas, essas possibilidades apenas são

---

[1338] MOLES PLAZA, Ramón Jordi. *Derecho y control em Internet – La regulabilidad de Internet,* p.15.
[1339] MATTELART, Armand; MATTELART, Michele. História das teorias da comunicação. São Paulo, Edições Loyola, 2005, p. 191.
[1340] LEMOS, André. LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia.* São Paulo: Paulus, 2010. – Coleção Comunicação, p. 115
[1341] LEMOS, André. LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia.* São Paulo: Paulus, 2010. – Coleção Comunicação, p. 118

ativadas quando a inteligência coletiva se propõe a utilizar o conteúdo disponível de forma a melhorar a própria comunidade em que vivem.

Toda a informação disponível corresponde apenas à matéria prima da liberdade de expressão. É a mente humana que é estimulada ao entrar em contato com aquele conteúdo, forçando o usuário a questionar, pensar, e transmitir nova mensagem.

As redes sociais, sejam virtuais ou as pessoais, são compostas por pessoas que de alguma maneira se identificam com a finalidade de tal comunidade, isto é, mantém um vínculo com o significado daquela organização, que permanece apta a receber quem mais se identificar. Essa identificação remete à autodefinição do próprio indivíduo, mas conforme Castells, esse tipo de identidade é na verdade uma identidade coletiva, por ser constrída dentro de um grupo social[1342]. Os integrantes identificam-se aos similares justamente por existir uma conexão particular de ideias.

A identidade é, ainda, segundo Fritjof Capra, o limite de uma rede social quanto seus participantes: "Os limites das redes não são limites de separação, mas limites de identidade. (...) Não é um limite físico, mas um limite de expectativas, de confiança e lealdade, o qual é permanentemente mantido e renegociado pela rede de comunicações." [1343]

O compartilhamento mútuo de metas e interesses torna as redes sociais precursoras da mobilização social, já que a comunidade em união passa a focar em uma única direção, canalizando seus esforços a atingir sua meta.

Desse modo, a internet age como via de comunicação entre os integrantes de uma rede social virtual, como uma ponte entre indivíduos já conectados por ideologias mas que tinham entre si uma lacuna de outra natureza, por exemplo, geográfica. Essa ponte conectou pessoas e fortaleceu laços ideológicos em comum, como o desejo de maior participação política da população, cujas conseqüências podem ser vistas em todos os meios de comunicação há anos.

Podem ser destacados os movimentos sociais libertários do Egito em 2011, organizados via internet durante muitos meses, secretamente, resultado numa ruptura da estrutura política do país.

Os responsáveis pelo movimento organizavam-se e comunicavam-se pelo Facebook, rede social virtual, ou por meios mais privados, emails e também encontros pessoais, inspirados pelos blogs mais conhecidos no país, sendo estes crucial para que os ideais se

---

[1342] CASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. Trilogia "A era da informação", v.2. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 23.
[1343] CAPRA, Fritjof. *Vivendo Redes.* In: F. Duarte; C. Quandt; Q. Souza. (Org.). *O Tempo Das Redes*, São Paulo: Perspectiva, 2008, pp. 21/23.

firmassem, bons exemplos são o blog da tradutora Nawara Negm[1344] e o blog – já extinto devido à prisão da autora – da ativista indicada ao prêmio Nobel da Paz de 2011, Israa Abdel Fattah, uma das líderes do que chamaram "Movimento Jovem de 6 de Abril"[1345].

Utilizando da facilidade de comunicação das redes sociais, foram elaborados planos para que se concretizasse o sonho de liberdade, o Egito que eles queriam estava sendo moldado por eles mesmo, e precisava sair da tela.

Nesse sentido afirma também Manuel Castells, "a Internet desenvolveu-se em terreno seguro, graças aos fundos públicos e a um projeto de investigação orientado para o cumprimento de uma missão de interesse nacional. Mas foi um terreno que não sufocou a liberdade de pensamento e a inovação[1346]." E o interesse nacional, que era inicialmente dos seus criadores, os Estados Unidos, de forma a aperfeiçoar seu poder militar e de defesa de segurança, tornou-se interesse mundial.

CONCLUSÃO

Estamos passando por um período de revolução silenciosa, correndo através dos fios da rede, atingidos até as áreas mais remotas do planeta, reunindo numa mesma estrutura informações de diversas culturas, religiões, sistemas políticos, humor, arte, culinária, economia, educação, entre outros.

A Internet provém de uma cultura tecnológica, mas cria, ela própria, uma cultura, na medida em que encaixa no seu processo diferentes "estratos", como a liberdade de expressão, direito de informação, e-mails e informações comerciais, além de comércio eletrônico. Ela possibilidade o exercício dos direitos relativos à manifestação do pensamento de diversas novas maneiras.

A transmissão de conteúdo via internet depende de dois pólos, o emissor e o receptor, configurando uma comunicação virtual. Mesmo não abrangida explicitamente pelos dispositivos constitucionais, encaixa-se dentro da proteção destes, visto que a manifestação e a recepção do pensamento, se através de um meio de comunicação de massa, inclui-se no chamado direito de comunicação social, disposto no artigo 220 e seguintes da norma tópica.

Esse instrumento surgiu de maneira a aperfeiçoar as defesas militares do país que a criou, e, de interesse nacional, passou a ser de interesse mundial. A partir desse momento, foi

---

[1344] Blog de Nawara Negm. Disponível em: http://tahyyes.blogspot.com.br/ Acesso em: 16.12.2012

[1345] Páginas oficiais do Movimento Jovem de 6 de Abril (tradução livre). Disponível em: http://shabab6april.wordpress.com/about/shabab-6-april-youth-movement-about-us-in-english/> e < http://www.facebook.com/april6mov> Acesso em 16.12.2012

[1346] CASTELLS, Manuel. A *Galáxia Internet – Reflexões sobre a Internet, Negócios e a Sociedade,* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003, p.41.

dado ao cidadão o poder da informação, do conhecimento, ativados pela vontade coletiva, viabilizando a organização e mobilização da sociedade, de acordo com objetivos e interesses próprios de cada comunidade virtual ou ainda, pessoal.

O fenômeno de mobilização via redes sociais virtuais representa o maior aliado da participação ativa do cidadão na vida de seu país e no desenvolvimento da globalização e integração entre os países. A internet representa um vidro, nos levando a enxergar mais do que era possível, alcançamos através dela uma maior transparência e facilidade de acesso a todo o tipo de informação, com cliques de botões e teclas.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José Alberto de Melo. *Estatuto Constitucional da Actividade de Televisão.* Coimbra: Editora Coimbra, 1998.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. *O closed caption, a legenda animada, como direito fundamental de informação de terceira geração,* Bauru: ITE, 2003.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Hyperlinks, Frames, Metatags – A Segunda Geração de Referências na Internet <in> Estudos Sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina, 2001.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de Informática e seus aspectos processuais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 68.

CAPRA, Fritjof. *Vivendo Redes*. In: F. Duarte; C. Quandt; Q. Souza. (Org.). *O Tempo Das Redes*, São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 2008

CASTELLS, Manuel. *O Poder da Identidade*. Trad. Klauss Brandini Gerhardt. Trilogia "A era da informação", v.2. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia Internet – Reflexões sobre a Internet, Negócios e a Sociedade,* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DAMÁSIO, Manuel José. *Tecnologia e Educação. As Tecnologias da Informação* e da *Comunicação* e o *Processo Educativo*. *Lisboa*: *Nova Veja*, 2007.

DELPECH, Horacio Fernández. *Internet: su problemática jurídica.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

GUZZI, Drica. *Web e participação: a democracia no século XXI.* São Paulo, Editora SENAC São Paulo, 2010.

LEMOS, André. LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia.* São Paulo: Paulus, 2010. – Coleção Comunicação.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direito Fundamentais,* Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOLES PLAZA, Ramón Jordi. *Derecho y control em Internet – La regulabilidad de Internet.*Madri: Ariel, 2004.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A proteção constitucional da informação e o direito à crítica jornalística.* São Paulo: FTD, 1997.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital,* São Paulo: Saraiva, 2010.

POYARES, Walter Ramos. *Comunicação Social e Relações Públicas,* Rio de Janeiro: Agir, 1970.

SOUZA, Queila R. & QUANDT, Carlos O. *Metodologia de Análise de Redes Sociais.* In: F. Duarte; C. Quandt; Q. Souza. (Org.). *O Tempo das Redes.* São Paulo: Editora Perspectiva S/A, 2008.

SPYER, Juliano. *Conectado – O que a Internet fez com você e o que você pode fazer com ela,* Rio: Jorge Zahar, 2007.

TRABUCO, Cláudia – *"Conteúdos Ilícitos e Responsabilidade dos prestadores de serviços nas redes digitais".* In: *Direito da Sociedade da Informação,* vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora.2008.

ZACCARIA, Roberto. Diritto dell'informazione e della comunicazione. Padova: CEDAM, 1998.

A FLEXIBILIZAÇÃO DO CONCEITO DE RESERVA DO POSSÍVEL ANTE A NECESSIDADE DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Taís Caroline PINTO[1347]

RESUMO

O presente trabalho estuda a evolução dos direitos fundamentais sociais na legislação mundial, com especial enforque nas Constituições brasileiras, demonstrando o desenvolvimento do tema com vistas à salvaguardar os direitos individuais e possibilitar a efetivação das garantias dos cidadãos, como forma de concretizar a dignidade e a igualdade. A problemática apresentada buscará compreender o conceito e a evolução da chamada reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que se originou no direito alemão e é utilizada como limite – muitas vezes intransponível – aos investimentos do Estado na efetivação nos direitos fundamentais, influenciando diretamente nos direitos sociais, que são, em sua maioria, prestacionais, exigindo uma atividade positiva e investimentos do ente público. Salienta-se, portanto, a necessidade de relativização do conceito de reserva do possível, respeitando-se as regras constitucionais atinentes ao orçamento público, priorizando-se a efetivação dos direitos sociais, com vistas ao atendimento das necessidades básicas da população. Para atingir esta finalidade, o trabalho está centralizado seguindo os métodos dedutivo, histórico e comparativo, além das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais sociais. Efetivação. Reserva do possível.

ABSTRACT

This paper studies the evolution of fundamental social rights in legislation worldwide, with a special hang in Brazilian Constitutions, demonstrating the development of the subject with a view to protecting the individual rights and enable the realization of the fundamental rights, as a way to achieve dignity and equality. The issue presented seek to understand the concept and evolution of reservation possible (*Der Vorbehalt des Möglichen*), which originated in German law and is used as a limit - often insurmountable - to state investments in the realization of the fundamental rights, directly influencing social rights, which require positive performance and investments of the public entity. Stresses, therefore, the need to relativize the concept of reservation possible, respecting the constitutional rules relating to the public budget, prioritizing the fulfillment of social rights, with a view to meeting the basic needs of the

[1347] Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduada em Direito do Estado pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO). Servidora do Ministério Público do Estado do Paraná.

population. To achieve this purpose, the work is centered following deductive methods, historical and comparative, in addition to technical research documents and literature.
KEYWORDS: Fundamental social rights. Effectiveness. Reservation possible.

INTRODUÇÃO

A evolução jurídico-social consolidou o paradigma dos direitos fundamentais como norteadores das relações humanas. Assim, as garantias basilares que compõem as chamadas dimensões dos direitos fundamentais, buscadas durante séculos, são efetivadas tendo por instrumento as Constituições modernas.

Em que pese a imperatividade da concretização de tais direitos, muito se discute acerca da efetivação dos chamados direitos fundamentais sociais, que podem ser compreendidos como atos positivos do Estado a fim colocar à disposição de seus cidadãos a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Faz-se necessária, portanto, uma análise do tema, que se dará, no presente trabalho, pelo estudo da chamada reserva do possível e suas peculiaridades, com enfoque na necessidade da efetivação dos direitos fundamentais sociais, para que se concretizem a dignidade e a igualdade.

Justifica-se a presente temática em razão da necessidade de afirmação e implementação dos direitos sociais, que não podem estar apenas previstos hipoteticamente na Constituição Federal, mas exigem uma urgente efetivação, a fim de que o mínimo existencial seja alcançado.

Assim, a problematização levantada reside no seguinte apontamento: o conceito de reserva do possível pode ser flexibilizado, possibilitando, por consequência, o investimento dos recursos públicos na efetivação dos direitos fundamentais sociais, possibilitando o respeito à dignidade e promoção da igualdade?

O objetivo do trabalho foi demonstrar a possibilidade de se flexibilizar o conceito de reserva do possível, que não pode representar um obstáculo intransponível ao cumprimento dos preceitos constitucionais atinentes aos direitos sociais.

Para a compreensão do tema, imperiosa será a análise da gênese dos direitos fundamentais sociais, bem como seu desenvolvimento no ordenamento jurídico brasileiro e sua fundamentalidade, para discorrer sobre a preponderância deles na transposição de obstáculos impostos por limitações orçamentárias, notadamente a chamada reserva do possível.

A fim de solucionar o questionamento supra realizado, utilizou-se para a realização do presente trabalho o método dedutivo, uma vez que se partiu de uma visão geral sobre direitos fundamentais sociais e reserva do possível até se chegar ao ponto específico, que é relativização deste para a concretização daqueles; ainda, foi utilizado o método histórico, ao se analisar o surgimento e evolução dos direitos sociais no ordenamento jurídico mundial, com ênfase nas Constituições brasileiras; empregou-se, também, o método comparativo, uma vez que a questão da reserva do possível foi analisada na realidade brasileira, comparando-a com a doutrina alemã, local de seu surgimento.

Os materiais da presente pesquisa foram coletados e analisados pela pesquisa indireta documental e pesquisa indireta bibliográfica (por meio de doutrinas, revistas jurídicas, artigos científicos e demais publicações científicas).

1. BREVE ANÁLISE DOS DIREITOS SOCIAIS

A compreensão dos direitos fundamentais sociais demanda uma análise de seu surgimento, bem como das garantias por ele abarcadas, para que se possa compreender sua imprescindibilidade e fundamentalidade.

Assim, há que se demonstrar a evolução histórica de tais direitos, bem como sua inserção na ordem jurídico-constitucional pátria, como forma de efetivar os direitos e garantias fundamentais de segunda dimensão.

1.1 Evolução histórica dos direitos fundamentais sociais

Os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, compõem os chamados direitos fundamentais de segunda dimensão. Enquanto os direitos de liberdade, componentes da primeira dimensão dos direitos fundamentais, tiveram seu protagonismo no século XIX, o século XX pode ser compreendido como a era dos direitos sociais. Segundo Paulo Bonavides, “[eles] nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula” (BONAVIDES, 2011, p. 564).

Os direitos de segunda geração são “os direitos sociais, econômicos e culturais, buscando garantir condições razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais” (BREGA, p. 22-23).

Inicialmente, como aconteceu com os direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos sociais foram objeto de formulações especulativas nas esferas filosófica e política de acentuado cunho ideológico. Entretanto, uma vez proclamados nas declarações solenes das

Constituições marxistas e também no constitucionalismo da social-democracia, dominaram as Constituições do segundo pós-guerra (BONAVIDES, 2011, p. 564).

Infere-se, pois, que tais direitos surgiram como um desdobramento da perspectiva de um Estado Social de Direito; a Constituição mexicana de 1917, a Constituição de Weimar, de 1919, e a Constituição brasileira de 1934 trouxeram, em seu bojo, a positivação dos direitos fundamentais sociais.

Tratando os direitos sociais como dimensão dos direitos fundamentais do homem, José Afonso da Silva os conceitua como prestações positivas que são proporcionadas pelo Estado de forma direta ou indireta, formuladas por normas constitucionais, aptas a possibilitarem melhores condições de vida aos hipossuficientes, direitos capazes de minorar a desigualdade. Segundo o constitucionalista português, os direitos sociais estão diretamente vinculados ao direito de igualdade, e "valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade" (SILVA, 2011, p. 286-287).

Os direitos sociais tiveram uma fase de baixa normatividade, cuja eficácia era duvidosa, em virtude, principalmente, das imposições por ele trazidas ao Estado, que incluem determinadas prestações materiais "nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos" (BONAVIDES, 2011, p. 564).

Questionava-se, nesta fase, a juridicidade dos direitos sociais, que foram classificados como normas programáticas sob o argumento de que não haveria, para sua concretização, instrumentos processuais semelhantes àqueles utilizados para proteção dos direito de liberdade. Após atravessarem uma crise de observância e execução, vislumbra-se a evolução na garantia de sua efetividade, vez que estão sendo formulados pelas recentes Constituições – inclusive pela Brasileira – preceitos de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2011, p. 564).

A interpretação e a aplicação das normas constitucionais definidoras dos direitos fundamentais é complexa, vez que, de um lado, há que se implementar a máxima efetividade – obrigando os operadores do direito a fazê-lo, independentemente de sua vontade – e de outro, devem ser observados os princípios da unidade da Constituição, da correção funcional e da proporcionalidade ou razoabilidade, buscando-se, assim, a manutenção do equilíbrio dos cânones hermenêuticos de igual hierarquia (SILVA, 2010, p. 827).

Celso Lafer vê a complementaridade entre os direitos individuais e os direitos sociais, pois estes últimos buscam assegurar "as condições para o pleno exercício dos

primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas" (1988, p. 127). Ainda, para o autor, os direitos sociais são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade e tem como sujeito passivo o Estado porque, "na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los" (LAFER, 1988, p. 127).

Percebe-se, portanto, a judicialidade dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que já não poderão mais ser descumpridos ou ter sua eficácia recusada.

1.2 Os direitos sociais no Brasil e a Constituição de 1988

Às grandes declarações de direitos do século XVIII se seguiu um processo de positivação dos direitos fundamentais, realizado principalmente por meio da chamada constitucionalização. No Brasil, a primeira Constituição foi outorgada em 25 de março de 1824, e, no tocante aos direitos sociais, "foi pioneira ao prever, em seu art. 179, direitos sociais, tais como a garantia dos socorros públicos (XXXI), a instrução primária gratuita a todos os cidadãos (XXXII) e colégios e universidades onde seriam ensinados os elementos das ciências, belas artes e artes (XXXIV)" (BONTEMPO, 2006, p. 31-32).

Não se pode olvidar, entretanto, que a Constituição de 1824 atendia, apenas, aos interesses da elite aristocrática que dominava o Império, e que o liberalismo por ela prometido significava apenas a

> liquidação dos laços coloniais. Não se pretendia reformar a estrutura colonial de produção, não se tratava de mudar a estrutura colonial de produção, não se tratava de mudar a estrutura da sociedade: tanto é assim que em todos os movimentos revolucionários se procurou garantir a propriedade escrava (SILVA, 2002, p. 168).

Já a primeira Constituição republicana, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, pode ser considerada um retrocesso no que tange aos direitos sociais, já que nela foram suprimidas normas relativas aos socorros públicos e à instrução pública, consideradas verdadeiras inovações da Constituição Imperial. A Constituição de 1981 delineou um Estado meramente liberal, "ratificando a concepção de cidadania já ostentada pela Constituição do Império, limitando-se a introduzir algumas inovações" (BONTEMPO, 2006, p. 36).

A Constituição de 1934, influenciada pela Constituição Mexicana de 1917, pela alemã de 1919, introduziu importantes inovações, sobretudo no que se refere aos direitos sociais, ao trazer, pela primeira vez na história constitucional brasileira, um título especial

sobre a ordem econômica e social. Garantia-se, ainda, o direito à subsistência e o direito à propriedade, bem como regulava as condições de trabalho, o amparo à maternidade e à infância. Suas inovações representaram um marco na história constitucional brasileira, mas tiveram vida curta, sucumbindo ao golpe de Estado de 1937, que, com a Constituição outorgada no mesmo ano, trouxe certo retrocesso, na medida em que concebeu uma ordem econômica liberal e desvinculada do princípio da justiça social.

A Constituição de 1946, por sua vez, restabeleceu a disciplina dos direitos sociais, dando proeminência a este aspecto e conjugando, na ordem social, a liberdade de iniciativa e a valorização do trabalho humano. Nela foi assegurado a todos trabalho que possibilitasse a existência digna, direitos do trabalho e da previdência social e direito à educação e à cultura (BONTEMPO, 2006, p. 58).

Já a Constituição de 1967, ao inaugurar um longo período de ditadura militar, não trouxe um grande retrocesso nos direitos sociais, diferentemente do que houve com os direitos civis e políticos.

Após o período de regime militar, deflagrou-se o período de redemocratização brasileira, que culminou com a Constituição promulgada de 05 de outubro de 1988.

Os direitos fundamentais sociais estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, com redação dada pelas Emendas Constitucionais 26/2000 e 64/2010, estando assim descritos: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Conforme demonstrado acima, na tradicional classificação dos direitos fundamentais, os direitos sociais encontram-se encampados na chamada segunda dimensão, apresentando-se como prestações positivas a serem executadas pelo Estado, em observância aos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da CF/88).

Eles encontram-se em conformidade com o disposto no Título VIII – Da Ordem Social, “no qual esses distintos direitos encontram seu desenvolvimento, os mecanismos de sua eficácia ou de seu sentido teleológico e a previsão de ações afirmativas para a sua realização prática, embora ainda longe de serem satisfatórias” (MENDES, 2010, p. 826).

Faz-se necessário, nesta oportunidade, analisar a eficácia e a aplicabilidade dos direitos sociais, mormente ao constatar-se que muitos deles, aclamados desde a década de trinta, não foram amplamente efetivados e já se busca a flexibilização deles (SIQUEIRA; ALVES, 2011, p. 169). A precariedade atual dos direitos sociais exige um estudo acurado dos institutos a eles inerentes.

2. A NECESSIDADE DE AFIRMAÇÃO DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E SUA EFICÁCIA

Ao se estudar os direitos sociais, sua eficácia e aplicabilidade, imprescindível se faz a afirmação de sua fundamentalidade, tanto no aspecto formal, quanto no material, vez que é este caráter que lhes garante especial dignidade no sistema jurídico brasileiro.

A chamada fundamentalidade formal advém da constitucionalização dos direitos, apresentando as seguintes dimensões: a) as normas de direito fundamental são hierarquicamente superiores às demais normas do ordenamento jurídico; b) elas estão submetidas aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional delineados pelo art. 60 da CF; c) têm aplicabilidade imediata e vinculam todos os poderes públicos, conforme previsto no §1º do art. 5º da CF/88 (SARLET, 2004, p. 86-87).

A fundamentalidade material, por sua vez,

> está relacionada à correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição, especialmente os princípios enumerados no Título I da CF, dentre os quais vale destacar a dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais representam, sob o aspecto material, as decisões axiológicas fundamentais adotadas pelo constituinte a respeito das relações travadas entre o Estado e a Sociedade, e dos cidadãos entre si (OLSEN, 2010, p. 23).

Em que pese a fundamentalidade dos direitos sociais, muito se discute acerca da aplicabilidade das normas constitucionais que disciplinam tal tema. José Afonso da Silva afirma que há setores do constitucionalismo, principalmente os ligados à doutrina constitucional norte-americana, que enjeitam a ideia de que os direitos sociais sejam uma categoria dos direitos humanos fundamentais, e que, mesmo quando admitem tal possibilidade, qualificam as disposições como normas programáticas, negando aplicabilidade imediata a grande parte dos direitos e garantias fundamentais (SILVA, 2003, p.306).

Seguindo nas pegadas do autor, há que se repelir o entendimento de parcela da doutrina que confere tratamento distinto entre Direitos Fundamentais Individuais e Direitos Sociais, haja vista o tratamento idêntico dispensado pela Constituição brasileira a ambas as categorias (SILVA, 2003, p. 306).

Tem-se, pois, que o estudo da aplicabilidade dos direitos sociais deve pautar-se pelo que enuncia a Constituição Federal em seu art. 5º, §1º, “segundo o qual as normas definidoras

de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata" (PANSIERI, 2012, p. 124). Há que se observar o texto constitucional, segundo o qual as garantias e direitos fundamentais abrangem todos os dispositivos do Título II, quais sejam, os Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, os Direitos Sociais, os da Nacionalidade, os Direitos Políticos e os Partidos Políticos, o que faz cair por terra qualquer argumento contrário à aplicabilidade imediata dos direitos sociais.

Flávio Pansieri conclui a ideia de aplicabilidade afirmando que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, nos termos do artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, sendo dotados de vigência e eficácia jurídica. Segundo o autor, a aplicabilidade imediata deverá ser compreendida como a vinculação imediata do Estado e de particulares. Ainda, quando a possibilidade de no momento da aplicação do texto, convertendo-o em norma, atinge-se a eficácia social da norma, esta será decorrência do momento histórico-econômico-político-social do Estado brasileiro (PANSIERI, 2012, p. 125).

Os direitos sociais deverão ser efetivados tanto pelo Estado quanto pelos particulares, surgindo, desta responsabilidade, a vinculação de todos os poderes aos Direitos Fundamentais.

Tratando das especificidades dos direitos fundamentais, afirma-se que os direitos de defesa, em regra, têm eficácia plena e vinculam-se aos direitos de liberdade, igualdade e direitos políticos. Para sua concretização, exige-se um comportamento omissivo do Estado, ou seja, a abstenção deste para que haja a proteção dos direitos mencionados.

Nas lições de Robert Alexy (1997), os direitos de defesa, sob uma perspectiva jurídico-subjetiva, podem ser divididos em três categorias: a) direitos ao não impedimento de ações por parte do titular do direito; b) direito de não afetação de propriedades e situações do titular do direito; c) direito a não eliminação de posições jurídicas.

A doutrina ensina que tais direitos têm eficácia plena, independendo, pois, da intervenção do legislador para sua concretização, sendo ligados às normas autoexecutáveis da doutrina tradicional, sendo considerados direitos autossuficientes (PANSIERI, 2012, p. 127). Na categoria de direitos de defesa incluem-se os direitos sociais diretamente vinculados às chamadas liberdades sociais, que equivalem aos tradicionais direitos de liberdade que, para alguns, são direitos de eficácia plena e geram direitos subjetivos ao seu titular (SARLET, 2004, p. 271).

Neste sentido, pode-se enquadrar uma série de direitos fundamentais nesta categoria, como o direito de liberdade de associação sindical, previsto no art. 8º da CF, e o direito de greve (art. 9º da CF), dentro outros menos evidentes.

Quanto à eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais, sabe-se que o Estado, por muito tempo visto como aquele que deveria apenas resguardar as liberdades individuais, passou a ser encarado como um Estado comunitário. A partir da Constituição de 1988, passou-se a exigir não apenas a salvaguarda de defesa, mas também prestações positivas dele.

Os direitos a prestações podem ser catalogados entre dois grandes grupos: "aqueles que demandam do Estado uma determinada prestação de ordem fática [...] e aqueles que demandam uma prestação de ordem normativa, o que corresponderia aos direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento" (OLSEN, 2010, p. 56).

Os direitos sociais, assim, "não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme: são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios" (FARIA, 2002, p. 105). Esses direitos "encontram-se atrelados à concretização da igualdade material que pressupõe medidas que não sejam uniformes, mas que consigam criar um sistema equânime de oportunidades e de liberdade-igualdade" (PANSIERI, 2012, p. 130), sob a ideia de que a liberdade do sujeito está diretamente vinculada à sua possibilidade de gozar de condições mínimas aptas a garantir sua dignidade.

A eficácia e a aplicabilidade imediata dos direitos sociais significa não apenas que o Estado deve dar liberdade para que tais prerrogativas sejam exercidas, mas também, e principalmente, que caberá a ele a efetivação de tais direitos, por meio de políticas públicas, da discriminação positiva e de atos positivos de concretização.

3. VINCULAÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado Constitucional pressupõe a existência de uma Constituição como cerne do sistema normativo e que vincula a todos os poderes públicos e particulares. Entende-se tal vinculação como a Supremacia tanto formal quanto material da Constituição (PANSIERI, 2012, p. 142).

A supremacia e a força normativa da Constituição estão diretamente vinculadas ao sistema brasileiro; assim, nos casos em que os atos normativos ou as políticas públicas não estejam em consonância com o texto constitucional, os demais poderes têm o poder-dever de insurgir-se contra tais atos, com fundamento no desrespeito ao texto constitucional.

Luís Roberto Barroso sustenta que as normas programáticas vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário à sua implementação, na medida em que o legislador fica, de forma permanente, jungido à sua realização; a atuação da Administração Pública fica

condicionada à sua efetivação; e o Poder Judiciário deve interpretar e aplicar a lei em consonância com essas normas (BARROSO, 2006, p. 156).

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que:

> é possível falar de uma dupla significação da eficácia vinculante dos direitos fundamentais. Assim, de acordo com um critério formal e institucional os detentores do poder estatal formalmente considerados (os órgãos dos Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário) se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, também num sentido material e funcional, todas as funções exercidas pelos órgãos estatais o são. Por este motivo é que se aponta para a necessidade de todos os poderes públicos respeitarem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, renunciando, em regra, a ingerência, a não ser que apresente justificativa que as autoriza. Do efeito vinculante inerente ao art. 5º, §1º, da CF decorre, num sentido negativo, que os direitos fundamentais não se encontram na esfera de disponibilidade dos poderes públicos, ressaltando-se, contudo, que, numa acepção positiva, os órgãos estatais se encontraram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais (SARLET, 2004, p. 327).

Tratando da vinculação do Legislador aos direitos fundamentais sociais, Canotilho (2001, p. 440) a divide nas seguintes espécies, assim designadas: a) a vinculação em sentido proibitivo, que veda às entidades legiferantes a possibilidade de criarem atos legislativos contrários à Constituição; b) a dimensão positiva, que se liga ao dever do legislador de se conformar comas relações da vida, entre o Estado e os cidadãos e as relações entre os indivíduos. O autor esclarece, ainda, a necessidade de se observar o sentido extensivo de legislador, que vincula todos aqueles que produzem atos normativos, como é o caso das entidades privadas com características de ente público (CANOTILHO, 2001, p. 441).

Não há que se olvidar, ainda, da vinculação que existe entre os direitos fundamentais sociais e as cláusulas pétreas, o que reafirma, sem dúvidas, a obrigatoriedade da observância pelos legisladores do princípio ora apreciado.

Assim como ocorre com o Poder Legislativo, a Administração Pública também se vincula à efetivação dos direitos fundamentais. Em que pese a divergência doutrinária acerca do tema, afirma-se que não apenas o Poder Executivo, mas também os demais órgãos da administração, sejam de características de direito público ou privado, devem estar submetidos aos direitos fundamentais.

Valter Foleto Santin (2004, p. 31) afirma que:

> As finalidades do Estado especificam a preponderância dos direitos sociais e individuais, na preservação da liberdade, da segurança, do bem-estar e do desenvolvimento, alcançados pela igualdade e justiça, valores supremos de uma sociedade especial (fraterna, pluralista e sem preconceitos), fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Sobre o tema, Ingo Sarlet afirma que "o que importa é a constatação de que os Direitos Fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade" (2004, p. 351).

O Poder Judiciário, como guardião e servo da Constituição, também se vincula à aplicação e efetividade dos direitos fundamentais, não apenas em sua função administrativa, como também em sua atividade jurisdicional. Cabe ao Judiciário não apenas submeter-se aos direitos fundamentais, com também deverá promover o controle de constitucionalidade dos atos praticados pelos demais órgãos estatais, principalmente aqueles que ofendam os direitos fundamentais (PANSIERI, 2012, p. 164).

Tratando especificamente da efetivação dos direitos fundamentais sociais pela administração pública, muito se questiona acerca das limitações financeiras que impossibilitam o oferecimento de determinados serviços aptos a concretizar aqueles direitos, sendo que, na maioria dos casos, a inação do Estado é justificada pela chamada reserva do possível. O presente trabalho buscará demonstrar, contudo, que tal argumento não é absoluto, sendo possível a flexibilização de tal limitação para que os preceitos constitucionais sejam implementados em sua plenitude.

4. A HARMONIZAÇÃO DO CONCEITO DE RESERVA DO POSSÍVEL COM A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Conforme amplamente demonstrado no decorrer do presente estudo, a fundamentalidade dos direitos sociais é inquestionável, e a implementação deles carece da atenção do Estado, que se furta de tal obrigação justificando sua inação pela inexistência de recursos suficientes para prover direitos que são, na sua maioria, prestacionais.

A efetivação deles, contudo, é obrigação do ente público, e mesmo as limitações financeiras e orçamentárias podem ser flexibilizadas e adaptadas, dentro, por óbvio, dos parâmetros da legalidade, para que direitos sejam colocados à disposição dos cidadãos. Um dos obstáculos a concretização deles, qual seja, a reserva do possível, pode se harmonizar com as necessidades dos sujeitos de direito, conforme se verá adiante.

4.1 Origem do termo

O conceito de reserva do possível tem origem no direito alemão (*Der Vorbehalt des Möglichen*), na década de 70, advindo de uma decisão da Corte Constitucional tedesca, na qual se determinou que a efetivação dos direitos subjetivos que exigissem prestações materiais do Estado ficaria sujeito à disponibilidade de recursos, integrando o campo da discricionariedade política, pela da composição dos orçamentos públicos (KRELL, 2002, p. 52).

O Tribunal Constitucional Federal alemão, ao proferir sua decisão, aduziu que os direitos a prestações positivas por parte do Estado – os chamados direitos fundamentais sociais – estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. A decisão versou acerca do acesso ao ensino superior, recusando a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos (KRELL, 2002).

Segundo Canotilho, a efetivação não apenas dos direitos sociais, como dos econômicos e culturais está dentro de uma "reserva do possível", sendo que o constitucionalista português aponta a sua dependência dos recursos econômicos. Para ele, a elevação do nível de realização de tais direitos estaria sempre condicionada aos recursos suscetível de serem mobilizados para esse efeito. Na visão do autor, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais (1991, p. 131).

Percebe-se, portanto, que a construção teórica da reserva do possível passou a traduzir, tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência majoritárias, a ideia de que os direitos sociais prestacionais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

Tal conceito, contudo, vem recebendo novos desenhos e definições, acompanhando o desenvolvimento social e a necessidade de se efetivarem os direitos fundamentais, conforme se verá adiante.

4.2 Características e evolução do conceito de reserva do possível

A ideia de reserva do possível, em razão da necessidade de efetivação dos direitos fundamentais e do mínimo existencial, passou a ser compreendida não como uma questão absoluta, mas sim como um preceito passível de flexibilização.

Segundo Ingo Sarlet, a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice, abrangendo: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (2010, p. 287).

Os aspectos referidos pelo constitucionalista gaúcho têm vinculação direta entre eles e com outros princípios constitucionais; ademais, exige-se um equacionamento constitucionalmente adequado, "para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional" (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 189).

Para Daniela Martins Madrid:

> a problemática envolvendo a reserva do possível acaba por ultrapassar a própria preocupação com a efetivação dos direitos sociais passando a proteger e a resguardar o Estado acima de tudo, em detrimento das necessidades da população, ou seja, a ideia de mínimo existencial estaria condicionada à reserva do possível restringindo àquilo que caberia ao Poder Público garantir em matéria de direitos sociais fundamentais.

Vários doutrinadores se debruçaram sobre o tema, analisando a chamada reserva do possível. Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, na obra *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, afirmam que todos os direitos têm valor pecuniário, inclusive aqueles denominados "direitos negativos", aduzindo que nada que custe dinheiro pode ter caráter absoluto. "Este livro destina-se a desfazer a distinção extremada entre direitos negativos e

direitos positivos e elenca exemplos dos custos da efetividade de direitos fundamentais tidos como de primeira dimensão ou geração" (BIGOLIN, 2004, s/p).

Andreas Krell tem uma visão arrojada do tema, proclamando a falácia da reserva do possível, a qual decorreria de um Direito Constitucional comparado equivocado. O autor questiona a possibilidade do ente público justificar sua omissão social em razão das dificuldades orçamentárias, o que praticamente anularia a eficácia daqueles direitos.

Robert Alexy, por sua vez, buscou harmonizar argumentos contrários e favoráveis à questão da efetivação dos direitos sociais, por meio da ideia da ponderação dos princípios. Ainda segundo o autor, o orçamento público não deve ser considerado um fim em si mesmo, havendo que se considerar a necessidade da efetivação de direitos individuais, que em muitas situações poderão ter mais peso que as razões de política financeira (p. 494-495).

Segundo Eduardo Cambi (2009, p. 400), a reserva do possível:

> Não pode ser considerada um ***limite absoluto***, nem, tampouco, servir como um ***cômodo fundamento*** para negar a realização dos direitos fundamentais. A reserva do possível é apenas um dos argumentos que devem ser analisados pelo juiz no momento em que formula a sua decisão, buscando compatibilizar a ***necessária realização*** da Constituição com a devida ***responsabilidade estatal***.

Os direitos sociais, conforme anteriormente abordado são, por definição, direitos que exigem prestações positivas do Estado. Não é razoável que a integralidade dos recursos públicos sejam destinados para a efetivação deles, em razão da gama de demandas adstritas à administração pública. Torna-se imprescindível, porém, a disponibilização de recursos públicos suficientes a possibilitarem o pleno gozo dos direitos fundamentais pelos indivíduos.

Desta forma:

> A teoria da Reserva do Possível somente poderá ser invocada se houver comprovação de que os recursos arrecadados estão sendo disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados, e de modo progressivo a fim de que os impedimentos ao pleno exercício das capacidades sejam sanados no menor tempo possível (SCAFF, 2005, p. 99).

Por essa razão, a aplicação da tese da impossibilidade material – ou reserva do possível fática – deve ficar adstrita a situações extremas e excepcionais, sob pena de os preceitos constitucionais não serem efetivados.

Ainda, no que tange ao impacto das medidas no orçamento público, deve-se adotar o critério da razoabilidade, devendo ser criados meios que se adequem ao processo de elaboração do orçamento.

Flávio Galdino afirma que os custos não devem ser encarados como meros óbices à consecução dos direitos fundamentais – devem ser vistos como meios. Segundo ele:

> dizer que o orçamento não pode suportar determinada despesa, in casu, destinada à efetivação de direitos fundamentais, e tendo como parâmetro a noção de custos como óbices, quer-se necessariamente designar um orçamento determinado [...] O que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo direito (GALDINO, 2002, p. 212).

Os limites dela não se afiguram instransponíveis, e por essa razão, Sérgio Moro sugere algumas situações em que este não prevalecerá, quais sejam: a) quando estiver envolvido direito a prestações materiais mínimas (dignidade da pessoa humana); b) quando o tratamento diferenciado se fizer em detrimento de grupo que mereça especial proteção em regime democrático (justificando posição incisiva do Judiciário); c) quando se estiver diante de violação "clara e insuportável" do princípio da isonomia (2001, p. 125).

Não se pode deixar de considerar, também, que o problema brasileiro, na maioria das vezes, não é de insuficiência de recursos, mas sim na ineficiência da gestão deles.

Assim, a resignação acerca da escassez de recursos e investimentos em áreas de extrema relevância, sob a justificativa de esgotamento da reserva do possível, não tem mais lugar na sociedade atual. Isto porque, mesmo reconhecendo a existência de limites fáticos – a reserva do possível, e limites jurídicos – a reserva parlamentar em matéria orçamentária, estes devem ser relativizados, no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, gerando-se um conflito, ao se considerar que os recursos públicos devem ser distribuídos para atendimento dos direitos fundamentais sociais básicos (SARLET, 2002, p. 13). Ainda, seguindo o raciocínio encartado por Ingo Sarlet:

> (...) em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar - pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça - que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos - se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento (SARLET, 2002, p. 13).

De acordo com Gilberto Giacóia (s.d.; p. 6) "a salvaguarda dos direitos do indivíduo, num mundo cada vez mais conturbado por ideologias truculentas atualizadas sob o signo do avanço tecnológico, torna-se impositiva na construção de sociedades verdadeiramente democráticas e modernas".

Percebe-se, portanto, que o bom exercício da função administrativa exige que sejam realizados projetos efetivos para a concretização dos direitos fundamentais sociais, o que pode se dar, inclusive, pela implementação de políticas públicas, propiciando o pleno gozo dos direitos fundamentais pelos cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução do paradigma dos direitos fundamentais traz consigo a necessidade de se resguardar a efetividade de tais direitos por meio de uma postura ativa dos concretizadores das garantias elementares. Quando se fala em direitos de primeira dimensão, que se vinculam diretamente às liberdades públicas e a uma postura negativa do Estado, há em regra uma maior destreza por parte deste para assegurá-lo.

Contudo, tratando-se das garantias oriundas da segunda dimensão do desenvolvimento dos direitos fundamentais, de caráter social e prestacional, que demandam uma postura positiva dos Poderes Públicos, a discussão traçada alcança outro patamar, envolvendo o não reconhecimento, por parte de muitos, da aplicabilidade imediata destas normas, bem como a vinculação do Estado – e de todas as esferas nele incorporadas – a efetivação de tais direitos.

O Estado, ao esquivar-se da obrigação de efetivá-los, justifica sua inércia em razão do esgotamento da reserva do possível, deve observar, efetivamente, a impossibilidade da alocação de recursos para a concretização destes direitos. A reserva do possível não é um fim em si mesmo, devendo ser relativizada sempre que possível, buscando a harmonização da

atividade do ente público com os fins do próprio Estado, notadamente a efetivação da dignidade da pessoa humana e a promoção da igualdade.

Sabe-se que os direitos sociais impõem obrigações de fazer ao Estado, ou seja, prestações positivas, ações diretas e concretas. A sociedade brasileira, contudo, mostra-se deficiente na efetivação de tais direitos e garantias fundamentais, mormente pelo desinteresse, ao menos aparente, em assegurar o mínimo existencial aos cidadãos, fomentar uma melhor distribuição de renda, primando-se, ao contrário, pelo desenvolvimento econômico socialmente inconsequente.

Os direitos sociais, assim, devem ser resguardados e efetivados, seja por meio de ações afirmativas, seja por meio de políticas públicas aptas a satisfazer as necessidades basilares dos cidadãos, na tentativa de diminuir, ao máximo, a lacuna muitas vezes existente entre a previsão legal e a realidade fática.

Não se fala em um Estado Assistencialista, nem em um Estado Mínimo, mas sim em um Estado no qual os poderes Legislativo e Executivo comprometem-se com a efetivação dos direitos fundamentais sociais. Em caso de inércia, tornar-se-á necessária a atuação do Poder Judiciário, restaurando a subordinação dos demais poderes à Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas:* limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BIGOLIN, Giovani. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais.* Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/ >. Acesso em 10 abr. 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional.* 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais*. 1 ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: contéudo jurídico das expressões*. 1. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judicário.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador.* 2 ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

FARIA, José Eduardo. *O judiciário e os direitos humanos e sociais*: *notas para uma avaliação da justiça brasileira*. In: ____. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2002.

GALDINO, Flávio. *O Custo dos Direitos.* In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GIACÓIA, Gilberto. *Liberdade – resistir é preciso.* Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Gilberto%20Giacoia.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2013.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*: *um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.* São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MADRID, Daniela Martins. *Maximização do mínimo existencial: garantia de inclusão social frente à reserva do possível e a limitação orçamentária*. In: Anais do II Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito – Jacarezinho (PR): Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2012, p. 12-35

MORO, Sergio. Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.* Curitiba: Juruá, 2010.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais:* reflexões a partir do direito à moradia. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Algumas considerações em torno do conteúdo, Eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n. 10, jan. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.* Direitos Fundamentais & Justiça, n. 1, out./dez. 2007, p. 171-213.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos.* Verba Júris ano 4, n. 4, jan./dez. 2005, p. 79-104.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais.* Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: ABDConst., v. 3, 2003.

_____. *Poder constituinte e poder popular (estudos sobre a Constituição).* 1. ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. *Cidadania e direitos sociais*. In: Políticas públicas da previsibilidade e obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do Estado social de direitos. 1 ed. Birigui, São Paulo: 2011, p. 156-174.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF*. IN: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; p. 349-371.

O PERCURSO DA INFLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL

Tiago Domingues BRITO

Jaime Domingues BRITO

RESUMO

O Estado possui o dever constitucionalmente previsto de conceder diversos benefícios à sociedade. Exige, no entando, ele que os empregadores tenham uma postura protetora perante seus empregados, isso para amenizar suas eventuais omissões de assegurar o cumprimento dos vários princípios constitucionais, dentre eles, evidentemente, o da isonomia. Em consequência, o Estado aboliu a independência da livre contratação, tanto dos empregadores quanto dos empregados, gerando um pacto que se mostra dispendioso e desiquilibrado. Logo, na pretensão de abrigar o trabalhador, o Estado age de modo inflexível, interfere nas relações trabalhistas e por diversas ocasiões, o que traz danos para a ampliação de novos empregos. O objeto deste trabalho é exatamente o de questionar a inflexibilização das normas trabalhistas no Brasil nas épocas em que isto ocorreu.

PALAVRAS-CHAVES: Legislação, Trabalho, Flexibilização

ABSTRACT

The State has the duty to provide constitutionally provided many benefits to society. Requires being, however, it that employers have a stance protective towards its employees, so to ease their eventual omissions to ensure compliance with the various constitutional principles, including, of course, of equality. Consequently, the state abolished the independence of free contracting, both employers of employees, creating a pact that proves costly and wobbly. Therefore, the claim of the worker housing, the State acts so inflexible interfere in labor relations and on several occasions, which causes damage to the expansion of new jobs. The object of this work is exactly the question inflexibilização labor standards in Brazil in times when this occurred.

KEYWORDS: Law, Labor, Flexibility

INTRODUÇÃO

Este estudo aponta que as normas trabalhistas devem ser revisadas, por ser necessária a flexibilização de sua lei regente, preservando-se o amparo ao empregado. Por outro, faz-se

imprescindível estimular a negociação entre empregadores e trabalhadores, principalmente no âmbito empresarial, quando as especificidades de determinado ofício tiverem de ser mais bem mensuradas.

Registre-se que, ao tentar alcançar tal expectativa, embora imensamente inflexível, a política brasileira tentou se render a uma regulamentação de cunho mais democrático em duas oportunidades: em 1946 e 1998; nesta última houve diversas reformas legislativas levadas a cabo pelo governo Fernando Henrique Cardoso e naquela, constituiu-se o corporativismo criado pelo então Presidente Getúlio Vargas.

Contudo, como poderá ser visto mais logo adiante, embora ambas as iniciativas governamentais tivessem propostas que melhor flexibilizariam os contratos de trabalho, trazendo maior autonomia às partes (trabalhador e empregador), pode-se perceber, infelizmente, que elas falharam em seu objetivo.

Vejamos por que.

1. DO CORPORATIVISMO BRASILEIRO

O corporativismo se originou no regime fascista italiano, governo totalitário que se conservou durante o período entre guerras, influenciando não só a Europa como o resto do Planeta por sua característica centralizadora de administrar a nação italiana.

Mesmo com o fim a primeira Guerra Mundial, sabe-se que, na Itália, suas sequelas econômicas se prorrogaram devido à inflação e à síncope da Fazenda Pública. No aspecto social, o cenário era péssimo, em vista do desemprego e pobreza que alcançaram índices cada vez maiores, situação que se encontrou ainda mais sobrecarregada pelo fato de que milhares de combatentes voltaram à vida civil. Nesta situação pesarosa que é que se despertou o partido fascista, que fora instituído em 23 de março de 1917 em Milão, por Benito Mussolini, o prócere do movimento fascista, que tentou restabelecer a reestruturação do corpo social italiano por intermédio da reorganização estatal e do nascimento de um novo cidadão italiano. Pelas ideias de Mussolini, o governo italiano se obrigaria a enjeitar sua diretriz liberal, passando a ser despótico e centralizador, com o aniquilamento dos grupos políticos restantes e dos demais representantes do modelo democrático, dentre eles o Parlamento, por exemplo. Os conflitos sociais seriam solucionados mediante um mesclado de agregação e moderação para assegurar a homogeneidade e a unicidade na população italiana (BERTONHA, 2008:145).

Assim, com base em tais ideias, é que em 19 de agosto de 1921, em uma de suas mais célebres alocuções (divulgado no *Diario dela Volantà*), Mussolini disse que:

> Il Fascismo è una grande mobilitazione di forze material e morali. Che cosa si propone? Lo diciamo senza false modestie: governare la Nazione. Con quale programma? Col programma necessario ad assicurare la grandezza molare e materiale del popolo italiano. Parliamo schietto: Non importa se il nostro programma concreto, com'è stato notato giorni sono da un redattore del Resto del Carlino, non è antitetico ed è piuttosto convergente con quello dei socialisti, per tutto ciò che riguarda la riorganizzazione tecnica, amministrativa e politica del nostro Paese. Noi agitiamo dei valori morali e tradizionali che il socialismo trascura o dizprezza, ma soprattutto lo spirito fascista rifugge de tutto ciò che è ipoteca arbitraria sul misterioso futuro[1348].

Deste modo, o escopo do fascismo era, basicamente, sobrepor a estrutura liberal democrática, naquela ocasião vigente orientada pelo iluminismo, por um preceito que tinha o propósito de representar as categorias profissionais, segundo os conceitos de corporação de Hegel (BOBBIO, 1995:287).

No Brasil, sabe-se que a máxima corporativista era uma das bases de toda a iniciativa revolucionária de 1930, como comprovou Werneck Vianna e como protegia repetida e intensamente um de seus seguidores de maior competência, F. J. de Oliveira Vianna. Portanto, o padrão brasileiro dos relacionamentos de trabalho foi e tem sido caracterizado como corporativista (VIANNA, 1939:213-216).

De fato, a *Carta Del Lavoro*, principal arma do corporativismo fascista e totalitário, não só persuadiu como teve partes de seus textos transcritos literalmente nas normas sindicais e trabalhistas constituídas no ordenamento jurídico brasileiro (GRAMSCI, 2000:336). A propósito, José Murilo de Carvalho concorda com tal posicionamento:

[1348] O fascismo é uma grande mobilização das forças corpóreas e morais. O que se propõe? Dizemos, sem falsa modéstia: governar a nação. Com qual programa? Um programa em que visa moldar a moral e a aparência do povo italiano. Falemos direto: Não me importo com o que o redator do *Resto del Carlino* observou, disse que nosso programa não é concreto. Ele é antiético e bastante convergente com a ideia socialista. Faremos de tudo para reorganizar todas as áreas, tanto a administrativa quanto a política em nosso país. Nós realçaremos os valores morais e tradicionais que o socialismo despreza, mas acima de tudo, o fascismo evita o misterioso futuro da arbitrariedade hipotecária (tradução livre). Disponível em: giordanobrunoguerri.tribunallibera.com/t2481-le-origini-del-fascismo-formazionetrasformazionesocialisti-all-inzioantisandicalisiti-dopo.

> O Estado Novo reforçou o intervencionismo governamental. No que se refere à legislação sindical, a nova orientação refletiu-se em decreto de 1939 e na Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943. Tanto no decreto como na CLT, fez-se sentir a influência da *Carta del Lavoro*, a lei sindical corporativa do fascismo italiano (CARVALHO, 2010).

Sobre o documento italiano, é sabido que foi ele um conjunto normativo italiano, publicado em 21 de abril de 1927 pelo *Gran consiglio Fascismo* e que apresentavam em trinta atos os princípios medulares do regime fascista, por intermédio dos quais se orientaram as conseguintes normas do regime. A edição da Carta efetivou os intuitos políticos que Mussolini havia predeterminado, podendo-se se dizer que a carta empregou um semblante social ao novo governo (DE FELICE, 1995:87-102).

No entanto, é bom também lembrar que a estrutura corporativa foi, salvo consideráveis prerrogativas, delicada e nunca homogênica, alternando sua veemência e objeto em diversas situações após os anos de 1930. Logo, o diagnóstico dos valores corporativistas e das normas elaboradas no decorrer dos anos de 1930 a 1945 não é o bastante para proteger o raciocínio de que o corporativismo vigorou no país por todo o ínterim e mesmo após o declínio do Presidente Getúlio. Do contrário, impor-se-ia um significado muito debilitado de corporativismo, limitando-se à legislação ou aos valores corporativistas da época (BENSUAN, 2006:163).

Arion Sayão Romita, um dos maiores protetores da teoria de que o direito trabalhista teria sido conduzido pelo fascismo, reconhece a vulnerabilidade do corporativismo brasileiro. Articula que a existência de algumas diretrizes, tanto em nosso país quanto na Itália, não leva à conclusão de que o Direito do Trabalho brasileiro é essencialmente arraigado ao direito italiano corporativista (ROMITA, 2001:19).

No plano do exercício de conveniências, todavia, em ocasiões bem estipuladas, a ordem corporativa demonstrou consistência e indução.

De modo que o associacionismo era mensurado e assegurado pelo Estado a partir de 1934, sendo que a maioria das normas adquiriram feição sistemática exclusivamente para propiciar a estabilização da *superestrutura corporativa*, expressão empregada em um boletim

do Ministério do Trabalho, para fundamentar a outorga da norma sindical (VIANNA, 1999:279).

Em tal época, o vocábulo *interesse* abandonou a sua natureza privada e apenas era autêntico quando subordinado ao interesse geral pela prosperidade e a harmonia social, realçando a colaboração entre funcionários e empregadores e ao perseguir um meio ordeiro para a resolução dos antagonismos. O comportamento de ambas as partes devia beneficiar o bem geral. Ora, o que se buscava em torno de norma relativamente ao tema *sindicalização* surgiu no ano de 1931 e deu aso à edição do Decreto nº 19.770, de 19 de março de 1931; nela, encontrava-se encastoada a ideologia da administração pública no que diz respeito à matéria: a convivência entre o capital e o labor tinha de ser simétrica e competia ao governo assegurar a concórdia, ocupando-se das funções de legislar e deliberar sobre o direito trabalhista (BERSUAN, 2006:163).

Demais características do Decreto do ano de 1931 e de decretos que advieram são dignas de serem relatadas: o elo das organizações sindicais com o Estado alcançava um regime de mero mecanismo técnico e examinador. A administração pública conservava seus encarregados no interior das organizações sindicais, sendo que tais encarregados inspecionavam as assembleias, avaliavam o *status* financeiro e expediam pareceres à administração pública a cada trimestre; as corporações sindicais agiam conforme inexorável cautela, sendo o Estado capaz de interceder se supusesse qualquer anormalidade; mesmo que a sindicalização não fosse forçosa, com o aval do Ministério do Trabalho, o Estado designava alguns benefícios (meros exemplos) aos trabalhadores que faziam parte dos sindicatos: apenas os operários sindicalizados obtinham o direito ao resguardo do Estado em razão de perseguição advinda dos patrões; exclusivamente os operários sindicalizados podiam gozar das férias; somente os empregados sindicalizados se favoreciam das leis de caráter previdenciário; unicamente os trabalhadores sindicalizados tinham a possibilidade de se valerem das *Comissões e Juntas de Conciliação e Julgamento*. (CARVALHO, 2010:116).

Conseguintemente, o sindicato não poderia ser uma entidade que defendesse os interesses dos empregados e empregadores, mas sim, uma corporação que simplesmente colaboraria para a adequada relação entre as classes trabalhistas e a administração pública. (CARVALHO, 2010:115).

Prova disso é que por intermédio de controles específicos em procedimentos de apuração e multiplicação das lideranças sindicais (*inclusive sua educação e treinamento*), o Estado Novo transformou a atuação sindical em matéria estatal, visto que os seus líderes eram

custeados, após 1940, por um imposto sobre a receita dos empregados – instrumento paradigma de manutenção do poder governamental (BERSUAN, 2006:164):

> O último esteio importante da legislação sindical do Estado Novo foi o imposto sindical, criado em 1940, ainda vigente até hoje, apesar dos esforços para extingui-lo. A despeito das vantagens concedidas aos sindicatos oficiais, muitos deles tinham dificuldade para sobreviver, por falta de recursos. O imposto sindical veio dar-lhes o dinheiro sem exigir esforço algum de sua parte. A solução foi muito simples: de todos os trabalhadores, sindicalizados ou não, era descontado anualmente, na folha de pagamento, o salário de um dia de trabalho. Os empregadores também contribuíam. Do total arrecadado, 60% ficavam com o sindicato da categoria profissional, 15% iam para as federações, 5% para as confederações. Os 20% restantes formavam um Fundo Social Sindical, na prática, utilizado pelo Ministério do Trabalho para as mais diversas finalidades, algumas delas escusas, como o financiamento de campanhas eleitorais (CARVALHO, 2010:121).

Portanto, o sistema corporativo vigente nas normas e valores de legitimação do governo antes de 1939 transformou-se, entre aquele ano e 1943, em um regime repressor e com aptidão totalitária (BENSUAN, 2006:164).

O planejamento político subsequente da normatização social de Getúlio Vargas era basicamente um meio para controlar a população, caracterizando-se como estratégias ardilosas aplicadas para conduzir o ânimo da massa emergente (LEVINE, 2001:25-26).

Com isso, à medida que administrava o associacionismo e criava diversos aparelhos de controle do mercado de trabalho e de mediação das divergências, o governo Vargas, na realidade, por um ângulo, afastava do mercado e de seus inerentes recursos a capacidade de exercer seus próprios interesses e, por outro, dificultava a criação de uma legislação que realmente trouxesse benefícios aos trabalhadores. Isso acontecia porque o governo era o local em que, predominantemente, elaborava-se a legislação laboral. Em consequência, os órgãos sindicais eram excessivamente limitados, não se constatando, portanto, a participação dos trabalhadores na estrutura positiva do Estado, ou seja, constituiu-se um *corporativismo maneta* (BENSUAN, 2006:165).

Carvalho nos traz uma ótima análise sobre o período:

> Se o avanço dos direitos políticos após o movimento de 1930 foi limitado e sujeito a sérios recuos, o mesmo não se deu com os direitos sociais. Desde o primeiro momento, a liderança que chegou ao poder em 1930 dedicou grande atenção ao problema trabalhista e social. Vasta legislação foi promulgada, culminando na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943. A CLT, introduzida em pleno Estado Novo, teve longa duração: resistiu à democratização de 1945 e ainda permanece até hoje em vigor com poucas modificações de fundo. O período de 1930 a 1945 foi o grande momento da legislação social. Mas foi uma legislação introduzida em ambiente de baixa ou nula participação política e de precária vigência dos direitos civis. Este pecado de origem e a maneira como foram distribuídos os benefícios sociais tornaram duvidosa sua definição como conquista democrática e comprometeram em parte sua contribuição para o desenvolvimento de uma cidadania ativa (CARVALHO, 2010:110).

Angela Araújo diz que a fabricação do alicerce da normatização do trabalho em nosso país aconteceu com o estabelecimento da revolta de 1930, adjunta às características de coordenação dos trabalhadores. Esse foi o motivo da grande reprovação por ambos os setores das relações de trabalho – empregadores e conselhos sindicais. Era incomensuravelmente protetora, na perspectiva dos patrões, e imensamente regulamentadora na perspectiva dos empregados (ARAÚJO, 1998:384). Tais alegações podem ser fundamentadas mediante à análise dos estudos de de José Murilo de Carvalho (2010:119), os quais apontam que o *Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio* se originou na data de 1930, menos de dois meses depois do triunfo do golpe. Apesar de este ente administrativo alcançar igualmente todo o ramo industrial e comercial do país, seu vigor era conduzido totalmente para o setor trabalhista e da normatização social:

> A interferência do Estado era uma faca de dois gumes. Protegia-se com a legislação trabalhista, constrangia com a legislação sindical. Ao proteger, interferia na liberdade das organizações operárias, colocava-as na dependência do Ministério do Trabalho. Se os operários eram fracos para se defender dos patrões, eles também o eram para se defender do Estado (CARVALHO, 2010:118).

Ao se analisar esse tipo de tratamento, observa-se um agrupamento de métodos que declinavam às categorias privadas a capacidade de condução do mercado de trabalho.

Logo, na era varguista, principiou-se um Estado em posição proeminente na deliberação sobre os conflitos jurídicos. Assim, o conflito de interesse peculiar dos sistemas capitalistas, que nasce com o proletariado e reivindicava uma melhor partilha das riquezas originadas pela mão de obra, converteu-se em divergência jurídica, menosprezando os órgãos sindicais e a autonomia das partes em sua relação de trabalho (BENSUAN, 2006:167).

Sobre o tema, novamente, José Murilo de Carvalho escreve:

> A antecipação dos direitos sociais fazia com que os direitos não fossem vistos como tais, como independentes da ação do governo, mas como um favor em troca do qual se deviam gratidão e lealdade. A cidadania que daí resultava era passiva e receptora antes que ativa e reivindicadora (CARVALHO, 2010:126).

Depreende-se, portanto, que o regime corporativista tinha boas intenções, pois por intermédio de uma maior autonomia dos órgãos representantes das classes trabalhadoras, alcançar-se-ia uma maior liberdade na relação laboral, beneficiando, assim, tanto a classe trabalhadora quanto a patronal. No entanto, não foi essa a realidade, uma vez que o governo getulista agiu de forma imensuravelmente imperiosa sobre as relações empregatícias. Como via de consequência, presenciou-se o sufocamento do contrato de trabalho. É de se prosseguir nesta investigação.

2. DO GOVERNO FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

O modelo das relações laborais no Brasil, definido pelo acentuado intervencionismo do Estado e pela severidade de seu marco paradigmático, estabeleceu obstáculo à concorrência empresarial, bem como o esmorecimento da perspectiva do nascimento do trabalho formal.

Visando melhorar tal situação, o Governo Fernando Henrique Cardoso lutou pela efetiva flexibilização das normas trabalhistas.

A reestruturação laboral agasalhada pelos empregadores se anexou a um aglomerado de reformas substanciais demandadas a partir do fim da década dos anos 80 pelas grandes

entidades patronais. Ainda que houvesse grande pressão por parte dos empresários e da escolha de candidatos vinculados à sua lista de reformas nos anos de 1989 e 1994, tais transformações não eram efetivadas pelo Poder Legislativo. Em consequência, a Federação da Industria do Estado de São Paulo (FIESP) e o Confederação Nacional da Indústria (CNI) organizaram, em maio de 1996, um protesto que convocou três mil empresários na cidade de Brasília com o escopo de trazer oposição ao adiamento na votação da reestruturação da atividade empresarial, sobretudo a respeito da situação tributária e previdenciária em que viviam as empresas. Essa movimentação empregatícia se viu completa com a entrega de uma manifestação – denominada *Brasil Industrial - competitividade para crescer* – aos Presidentes da República, do Senado e da Câmara dos Deputados (GALVÃO, 2007:197).

Em posterior momento, a fim de ver concedidas suas exigências, novamente a CNI e a FIESP formularam outra manifestação com o nome *Custo Brasil – Agenda no Congresso Nacional*, entregue pelos presidentes daquela, Fernando Bezerra, e desta, Moreira Ferreira, aos naquela ocasião presidentes do Senado (José Sarney) e da Câmara dos Deputados (Luis Eduardo Magalhães). No que se refere às normas trabalhistas, tal manifestação refutava 42 dos 44 projetos legislativos que tramitavam no órgão legislativo. É imprescindível lembrar que a CNI também entregou em novembro do ano de 1996 ao Ministro-Chefe da casa Civil, Clóvis Carvalho, uma proposta de contenção do Custo Brasil, denominado *Custo Brasil, Projeto de Desregulamentação*. Em meio às providências relacionadas às normas trabalhistas, a proposta previa a formação de comissões extrajudiciais, as quais tinham a atribuição de conciliar contendas relacionadas ao contrato individual de trabalho (GALVÃO, 2007198-199).

Vejamos qual era o discurso da CNI:

> O Sistema de relações de trabalho no Brasil, caracterizado por exacerbado intervencionismo estatal e pela rigidez de seu marco regulatório, constitui barreira à competitividade das empresas e desestímulo à geração de empregos formais [...]. Nesse contexto, o que se observa no ambiente internacional é a necessidade da adoção de um novo sistema de relações de trabalho, que contemple mais negociação e menos legislação, que flexibilize os sistemas de contratação e remuneração. É, pois, estratégico para o Brasil a adoção de um modelo de relações de trabalho que, além de basear-se na flexibilização de direitos, na livre negociação e na autocomposição, reduza o excesso de regulação. É preciso definir um rol mínimo de

> direitos fundamentais, que leve em consideração as singularidades e múltiplas diferenças das condições existentes nas diversas regiões do País, permitindo que os interesses e as exigências das partes diretamente envolvidas se ajustem em função de suas possibilidades e necessidades (CNI, 2001:63).

Dessa forma, as atitudes das empresas visavam dois fins: em primeiro lugar, a maior liberdade nas relações laborais e, em segundo, a diminuição do trabalho informal. Por intermédio de estatísticas recenseadoras, nota-se que a situação do Brasil – quanto ao ultimo tema – era imensamente preocupante: dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), relacionados ao trabalho, informavam que a começar do ano de 1990, os ofícios industriais baixaram 34% e, no ramo da edificação civil, cessou-se 8% dos cargos. Portanto, *nos seis anos que se seguiram à abertura do governo Collor (1991-1997), o Brasil metropolitano perdeu 4% dos seus empregos, quando havia ganhado 20% nos cinco anos anteriores* (DUPAS, 1999:125). A propensão que caracterizou tal ínterim é o violento retrocesso do trabalho formal e a epidemia do emprego informal. De acordo com Dupas, ocorreu o desaparecimento de 2,2 milhões de funções empregatícias no domínio formal e o aumento de 1,74 milhões de funções empregatícias no informal, mormente nas relações pessoais diretas, os ditos *bicos*. Tais dados se manifestam no aumento do trabalho sem a presença de anotação nas CTPS's, que no interregno do ano de 1991 ao ano de 1997 cresceu em 27%. Ora, o trabalho com carteira anotada apontou uma redução de 28%. O transcurso do aumento do ofício informal *levou o setor a representar cerca de 54% da mão-de-obra metropolitana brasileira em 1998*. (DUPAS, 1999:127).

A contar do prelúdio da década de 90, notou-se, sobretudo em relação à Central Única dos Trabalhadores, a aceitação da indispensabilidade de se negociar e a intenção de se participar, ora nas Câmaras Setoriais, ora no Fórum Nacional, do debate a respeito do Contrato Coletivo e Relações de Trabalho, constituído pelo Ministro do Trabalho Walter Barelli, no decorrer do governo de Itamar Franco. Em tal ocasião, esboçou-se uma *estratégia positiva* com o intento de assegurar a reestruturação do sistema de relacionamento laboral, o qual apadrinhava o trabalhador – e nos dias atuais, ainda apadrinha – de uma forma totalmente inflexível. (RAMALHO, 1994: 153-171). Assim como diz Krein (1999:12), *o debate ficou polarizado entre essas posições, mas em função da reorientação do 'modelo de desenvolvimento' brasileiro, ganha maior expressão a proposição de desregulamentar o atual sistema e de privilegiar a livre negociação. Assim, a modernização das relações de*

trabalho passa a fazer parte das políticas de enfrentamento de uma economia a aberta e competitiva.

Sabe-se que o novo ponto de vista – em prol da livre negociação e da desregulamentação das relações de trabalho – foi constante e teve forte repercussão no governo de Fernando Henrique Cardoso:

> Se a reforma trabalhista foi, em princípio, impulsionada pelos setores mais dinâmicos do movimento sindical, preocupados em consolidar e ampliar sua organização e em fortalecer o papel dos sindicatos na regulação do trabalho, a partir do governo FHC ganharam força as propostas de desregulamentação, defendidas pelas principais entidades empresariais do país. Pouco a pouco [...] as propostas dos empresários foram se difundindo, com amplo apoio da mídia, e acabaram sendo incorporadas pelo Poder Executivo. Primeiro de forma tímida, depois de forma declarada. Essas propostas passaram a fundamentar as iniciativas do governo federal na área trabalhista (OLIVEIRA, 2002:301).

Naturalmente, os organismos patronais passaram a agregar a constância do planejamento de solidificação monetária estabelecido pelo Plano Real à flexibilização dos relacionamentos laborais. Destarte, projetos como contratos flexíveis e dedução de encargos seriam condições basilares para reduzir as imensas despesas trabalhistas, estimular a contratação, formalizar o mercado de trabalho e enfrentar o desemprego, objetivando-se a consolidação do controle inflacionário e reanimar a economia (GALVÃO, 2007:202).

As ideias flexibilizadoras emitidas pelas ordens patronais foram adotadas pelo poder executivo federal, que sujeitou a conservação do comedimento da inflação ao triunfo do equilíbrio econômico. Quanto à temática laboral, o planejamento governamental do presidente eleito expressou a qualificação dos profissionais e o estímulo às pequenas e microempresas como mecanismo de criação de emprego:

> Imprescindível o avanço da democratização das relações de trabalho [...].
>
> Nesse sentido, é necessária a adoção de instrumentos que, reconhecendo a heterogeneidade do mercado de trabalho, permitam a adequação da legislação trabalhista, tornando possível o Contrato de Trabalho Coletivo, o instituto da

arbitragem e a garantia de liberdade de organização sindical, seguindo os preceitos básicos das Convenções nº. 87 e 98 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (CARDOSO, 1994:135-136).

Para uma descrição geral do ínterim relativo ao primeiro mandato do governo Fernando Henrique Cardoso, no que cabe aos vínculos de trabalho, o vocábulo que identificou com maior virtude essa relação é, como já se pode perceber, flexibilização.

Segundo Krein (1999:13), *flexibilizar as relações de trabalho significa deixar a cargo das formas do mercado a regulação do processo de contratação, demissão e custo da força de trabalho*. Compreendida como segmento do método de racionalização produtiva, a flexibilização apresentou-se, na opinião dos empresários e do próprio governo, como meio para solucionar a questão do desemprego à medida que conseguiria auxiliar a contenção do custo do trabalho.

Grande defensor da flexibilização das relações laborais, José Pastore, resume de forma específica os benefícios de se diminuir a severidade dos sistemas dos vínculos trabalhistas: *o impacto dos custos do trabalho na produção e no emprego depende da produtividade dos trabalhadores e da flexibilidade dos sistemas de contratação e remuneração. O baixo nível educacional, a mão-de-obra pouco qualificada e o excesso de rigidez dos referidos sistemas, tendem a elevar extraordinariamente o custo do trabalho e, portanto, comprometer a produção, a competitividade e o emprego*. Mirando as incumbências sociais, ligadas à folha de pagamento, como um dos causadores pelo dispêndio laboral, Pastore apoiou o seu encolhimento, por intermédio da flexibilização do mercado de trabalho como requisito para se atingir uma situação excelsa do emprego e de melhores salários aos trabalhadores (PASTORE, 1994).

O projeto de reestruturar a Magna Carta determinou a feição adotada pela administração de Fernando Henrique Cardoso, singularmente no que diz respeito ao funcionamento dos sindicatos (KREIN, 1999:14). E, como destaca tal autor, os arrojos de flexibilizar os vínculos empregatícios obtiveram pleno estímulo logo que, em virtude do procedimento de abertura empresarial, as imposições patronais para refrear os gastos trabalhistas cresceram de acordo com o desenvolvimento do desemprego.

No término de seu segundo mandato, finalmente, o presidente Fernando Henrique Cardoso propôs um projeto normativo ao Congresso Nacional com o escopo de possibilitar a

flexibilização da legislação do trabalho, por intermédio da vasta hegemonia do pactuado sobre o normatizado.

O Projeto de Lei nº. 5.483/2001[1349], que chegou a ser aprovado na Câmara dos Deputados, previa:

> Submeto à elevada apreciação de Vossa Excelência o incluso anteprojeto de lei, objetivando promover alteração no art. 618 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452 d 1º de maio de 1943, para estabelecer as hipóteses em que as condições de trabalho ajustadas mediante negociação coletiva prevaleçam sobre o disposto na legislação infraconstitucional.

Sendo que foram estas as causas aludidas em tal proposta:

> A economia corre em tempo real, pede direitos negociáveis e contratualizados. E não, apenas, direitos inegociáveis e legislados. É sabido que cada setor e região da economia tem as suas peculiaridades e demanda regulação própria, o que torna difícil o enquadramento de inúmeras situações de trabalho em um bloco de direitos rígidos. Essa condição de rigidez desestimula a geração de novos empregos e a inserção formal do trabalhador no mercado de trabalho.
>
> Também é verdade que o capital e o trabalho, imersos em uma realidade de constantes mudanças, encontram dificuldades na adequação das normas gerais às suas necessidades. A demora de um processo amplo de modificação do texto consolidado não acompanha celeridade das mudanças requeridas pela sociedade. Daí porque é oportuno devolver aos atores sociais, com segurança jurídica, a capacidade e a legitimidade de dirigir os próprios interesses por meio da negociação coletiva.

Por fim, assim versavam as consequências do Projeto:

> É importante destacar que, no ambiente democrático consolidado no país, o diálogo social, no qual está inserida a negociação coletiva, é valor fundamental. No âmbito

[1349]Disponível em http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD05OUT2001.pdf#page=28.

> das relações de trabalho, a disposição sobre direitos negociáveis será feita por quem deseja e considera mais vantajoso negociar. Em outras palavras, serão os próprios interessados que, afinal, e de comum acordo, decidirão livremente se o direito legislado deverá ou não prevalecer.
> [...]
> Isso não quer dizer que a negociação coletiva preconizada na presente proposição seja ilimitada. Muito pelo contrário, o respeito e a preservação dos direitos mínimos do trabalhador previstos na Constituição Federal e nas normas de segurança e saúde do trabalho permanecem indisponíveis.

Isto é, por intermédio da negociação coletiva, os benefícios não antevistos de modo explícito na Magna Carta poderiam ser diminuídos ou até mesmo restringidos, salvo se associados à segurança e saúde do trabalho.

Mesmo com a sua anuência na Câmara dos Deputados, esse projeto de lei teve uma perturbada trajetória, envolvendo acentuada contenda. Foi drasticamente acusado pela Central Única dos Trabalhadores (CUT) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT) como uma investida para desregulamentar direitos trabalhistas e frutificar a desigualdade em diversos ramos da sociedade.

Diante de tal fato, José Pastore, na época, posicionou-se firmemente em favor do Projeto Legislativo:

> O PT e a CUT fizeram um estrondoso alarde durante a discussão do projeto de lei 5.483 que alterou o art. 618. Pelos decibéis do alarido, estávamos perto do fim do mundo. Isso criou no povo um sentimento de grande apreensão. Dizia-se a nova lei iria revogar toda a CLT; que acabaria com o 13º salário, férias, licença à gestante; que os empregadores imporiam aos empregados condições selvagens; que sindicatos fracos fariam acordos em favor das empresas (PASTORE, 2002).

Logo, primeiramente, é significativo destacar que os ajustes eram facultativos e que as prerrogativas inegociáveis sobrepujavam os direitos de cunho negociável. Esse projeto descartava da negociação um agrupamento de direitos muito robustos, entre eles: *os dispositivos constitucionais, as leis complementares, os direitos previdenciários, as normas*

tributárias, o FGTS, o vale transporte, o programa de alimentação e as normas de segurança e saúde no trabalho (PASTORE, 2002).

Segundo Mascaro (2001), estavam da mesma forma afastadas da negociação: *as normas de direito público do trabalho, direito penal do trabalho, as convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil, a organização sindical e as sentenças da Justiça do Trabalho*.

Dessa forma, de fato, somente eram disponíveis as cláusulas trabalhistas que se reportavam ao artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho (Contrato Individual de Trabalho). Não existia qualquer novidade neste projeto, pretendia-se uma reforma amena, contínua e subordinada ao alvedrio dos empregados e empregadores (PASTORE, 2002).

O tramite do projeto terminou logo que, no ano 2003, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva solicitou, por intermédio da Mensagem nº. 78, o afastamento do projeto, que até então estava no Senado Federal:

> Aprovada a Mensagem nº. 78/2003, de retirada do PLC nº. 134, de 2001 (nº. 5.483, de 2001, na Câmara dos Deputados).
> [...]
> Ofício nº. 594/03 (SF) de 08/05/2003, ao Ministro de Estado da Casa Civil da Presidência da República encaminhando a Mensagem nº. 60/03 (SF), ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República participando o arquivamento do Projeto de Lei da Câmara nº. 134/01 (fls. 112 a 113). Ofício nº. 595/03 (SF) de 08/05/2003, ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados comunicando a retirada de tramitação do Projeto da Câmara º 134/2001[1350].

Consequentemente, mesmo com o respeito e a preservação dos direitos mínimos do trabalhador previstos na Constituição Federal e nas normas de segurança e saúde do trabalho, o Brasil não viu concretizada a flexibilização da norma trabalhista, a qual, como já dito, traria às relações empregatícia grande evolução.

3. DA INFLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO PRESENTE MOMENTO

[1350] Disponível em www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=49133.

Nos últimos tempos, muito se tem falado sobre o término do Direito Trabalhista. Para as pessoas normalmente avessas a mudanças, isso pode causar espantos (CHOHFI, 2006).

Entretanto, ao referencia ao vocábulo *fim*, nessas circunstancias, associa-se à palavra *crise*, pois as maiorias das coisas que chegam ao seu fim geralmente entraram em crise em momentos anteriores.

Habermas (1980:11-13) explica que, antes da sua utilização como um vocábulo científico-social, a definição de *crise* era utilizada apenas no âmbito clínico: indicava e indica o estágio de uma moléstia na qual se certifica que as capacidades do corpo não são o bastante para restabelecer seu pleno vigor por meio de suas próprias forças.

Dessa forma, concatena-se à *crise* tudo aquilo que traz ao indivíduo algum tipo de incapacidade. Atualmente, nas ciências sociais, utiliza-se reiteradamente uma definição *teórico-sistêmica* do vocábulo *crise*, que envolve o âmago de uma ordem social oportunizadora de alternativas ínferas para solucionar as adversidades, as quais, caso não sejam resolvidas, comprometem a própria permanência da estrutura. Com isso, as crises são consideras transtornos constantes da formação estrutural.

No entanto, a utilização da expressão *crise* pode encobrir alguma propensão de índole nostálgica.

Com efeito, usualmente se supõe que exista crise quando as pessoas se deparam com um fato que não as agrada, assim que se têm consciência de outra situação pretérita e ambicionada, que tais indivíduos creem ser mais vantajosa. A questão da crise integra matéria analisada pelos saudosistas, presos aos arcaicos valores que eles lastimam entrar em estágio decadencial.

Ao se falar sobre a crise no Direito Laboral, o termo apenas pode se referir a uma acepção *empírico-prático*: deve referir-se à inconformidade dos mecanismos normativos vigorantes, ineficazes perante as atuais necessidades de uma fase econômica peculiarmente penosa, caracterizada pela estagnação, pelos contínuos indícios de fechamento de atividades empresariais e, consecutivamente, com aparecimento do desemprego e depreciação do valor dos proventos, singular origem do mantimento do obreiro e de seus dependentes (ROMITA, 2000:182-190).

Sobre o assunto, Arion Sayão Romita se inspira em *Maurice Cohen*, que diz que as injustiças camufladas na legislação trabalhista revelam a premissa segunda a qual à medida

que as quantidades de normas protecionistas ao labor se dilatam, a quantidade de indivíduos escudados reduz visivelmente. O episódio se alastra por todos os lugares (salvo nos Estados Unidos da América), tanto no Brasil quanto no estrangeiro. O comentário deste autor alude ao Direito do Trabalho francês, todavia é propício também ao pátrio.

O desempenho do trabalho, maiormente por causa de seu semblante econômico e social, carece de regulamentação, não podendo ser estritamente confiado ao alvedrio econômico.

Entretanto, ao contrário do comportamento legalista demandado pelos costumes prevalecentes no ordenamento jurídico brasileiro, regulação não é o mesmo que normatização: a regulação pode ser tanto a *normativa* quanto a *acordada*, bem como da mesma maneira que acontece em boa parte dos países de maior desenvolvimento, firmada por intermédio de uma junção de ambos os preceitos (OLIVEIRA, 2008).

Sabe-se que a regulação legalista é composta por regras normativas, as quais são superficiais, amplas e nem sempre se harmonizam a determinados fatos e, por outro lado, na regulamentação acordada, predominam as determinações acordadas por intermédio de ajustes coletivos ou de contratos individuais, as quais, valendo-se sempre da realidade de determinada classe de trabalhadores ou, até mesmo, de cada obreiro, propendem a se adaptar mais perfeitamente às ânsias de cada empregado.

Hipoteticamente, a regulamentação legalista atribui superiores garantias aos empregados, já que grande parcela das garantias laborais está prevista na legislação. Todavia, tal modelo de regulamentação atravanca os vínculos trabalhistas, frustrando o autônomo ajuste entre empregadores e obreiros, embora estes prefiram negociar certos proveitos de inferior pertinência, como por exemplo, a fragmentação das férias e décimo terceiro salário.

Diferentemente, apesar de a regulamentação convencionada parecer menos garantidora para o relacionamento laboral, apresenta-se excessivamente mais adaptada às ânsias hodiernas, visto que admite ajustar direitos de acordo com os interesses dos sujeitos da relação de trabalho.

Não custa frisar que no Brasil triunfa a regulamentação legalista do trabalho também na área constitucional: a própria Constituição Federal de 1988 inibe o livre ajuste de praticamente todas as garantias trabalhistas. As relações laborais nacionais são regidas por leis, provenientes da Consolidação das Leis do Trabalho, as quais transcenderam ao escalão constitucional, alcançando também condição de cláusulas pétreas no pensamento de

determinados doutrinadores, por cuidarem de direitos medulares, arraigados no capítulo destinado aos *Direitos e Garantias Individuais e Coletivos*.

Dessa forma, essas garantias seriam intrépidas, o que impossibilita toda esperança de restruturação. A legislação laboral possibilitou a cargo do livre ajuste entre patrões e obreiros um irrelevante número de encargos laborais relacionados somente ao salário, participação nos lucros e jornada.

CONCLUSÃO

De maneira oposta da existente no Brasil, na maioria das nações desenvolvidas, prepondera a regulamentação ajustada, mediada pelo contrato individual e coletivo de trabalho. Portanto, nos Estados Unidos da América e em grande parte das nações europeias, a legislação institui direitos mínimos atinentes à saúde, bem-estar e integridade do trabalhador, sendo que o restante é alvo de ajustes de empregadores e trabalhadores sujeitos, logicamente, à fiscalização do estado em relação à obediência às exigências mínimas para a saúde do obreiro.

Portanto, o Direito do Trabalho provavelmente não esteja encontrando seu fim, mas sim, necessitando urgentemente de uma reforma para a crise que vivencia. E, sem dúvida, o objeto de tal transformação é, de fato, o relacionamento empregatício. Não existe outro meio senão a mudança da legislação ou quem sabe a intervenção do próprio Poder Judiciário, que. Por intermédio de seus precedentes poderá dar uma nova visão ao próprio Direito do Trabalho, ensejando, com isso, que os episódios antes vistos como ilegais fiquem resolvidos, surgindndo daí a própria eficiência do próprio Direito, que no presente momento provavelmente tem se apresentado obsoleto.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Angela. **A construção do consentimento: corporativismo e trabalhadores nos anos trinta**. São Paulo, Scritta, 1998.

BENSUAN, Graciela (coord.). **Instituições trabalhistas na América Latina: Desenho legal e desempenho real**. [ET AL.]. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BERTONHA, João Fábio. **Coerção, Consenso e Resistência num Estado Autoritário: O caso da Itália Fascista**. Maringá, Diálogo DHI/PPH/UEM, v. 12, n. 1, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Ed. UNB, 1995.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Mãos às obras, Brasil: proposta de governo**. Brasília, 1994.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. 13ª ed. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2010.

CHOHFI, Thiago. **O papel dos novos atores globais nas relações de trabalho**. Disponível: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasilia/12_394.pdf.

DUPAS, Filberto. **Economia Global e Exclusão Social**: **pobreza, emprego, Estado e futuro do capitalismo**. São Paulo, Paz e Terra, 1999.

FELICE, Renzo de. **L' Organizzazione dello Stato fascista, 1925-1929**. Torino: Einuadi, 1995.

GALVÃO, Andréia. **Neoliberalismo e reforma trabalhista no Brasil**. Editora Revan. Rio de Janeiro, 2007.

GRAMSCI, A. **Cadernos do cárcere**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, v. 3, 2000.

HABERMAS, Jugen. **A crise da legitimação no capitalismo tardio**, trad. de Vamireh Chacon, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1980.

KREIN, José Dari. **A reforma do sistema de relações de trabalho no Brasil**. São Paul, 1999.

LEVINE, Robert M. **Pais dos pobres? O Brasil e a era Vargas**. SP: Companhia das Letras, 2001.

MASCARO, Amauri. **Limites da negociação coletiva na perspectiva do projeto de flexibilização da CLT**. Revista LTr, vol. 65. São Paulo, 2001.

OLIVEIRA, Antônio Matos de. **A falência do emprego e o advento do trabalho infomal**. Disponível:www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/fernando_antonio_matos_de_oliveira.pdf.

OLIVEIRA, Marco Antonio de. **Política trabalhita e relações de trabalho no Brasil: da era Vargas ao governo FHC**. Tese de doutorado. Unicamp/Instituto de Economia, 2002.

PASTORE, José. **CLT: O que pode e o que não pode ser negociado**. Publicado em *O Estado de São Paulo***,** 12/02/2002.

RAMALHO, José Ricardo. **As diversas faces da negociação no meio sindical brasileiro**. In: Martins, Heloísa de Souza & Ramalho, José Ricardo. **Terceirização: diversidade e negociação do mundo do trabalho**. São Paulo, Hucitec, 1994.

ROMITA, Arion Sayão**. A Flexibilização das Leis de Trabalho em debate: choque de correntes** in FRANCO FILHO, georgenor de Souza. **Presente e futuro das relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. **O Fascismo no Direito do Trabalho**. SP: LTr, 2001.

ROSA, Gabriele de, **I Partiti politici in Italia**. Milano, Minerva Italica, 1978.

VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e sindicato no Brasil**. 4 ed. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 1999.

VIANNA, Oliveira. **O idealismo da Constituição**. 2ª ed. Ampliada. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE EXTRAJUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Vitória Cristina da SILVA[1351]

RESUMO

A ordem constitucional vigente torna o Ministério Público o responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, sendo, assim, sua função institucional, a garantia ao pleno cumprimento dos direitos sociais e individuais indisponíveis. É notório que, na deficiência da atuação administrativa do Estado, muitas demandas são levadas ao Judiciário, que se encontra sobrecarregado e moroso, enquanto lides que envolvem esta gama de direitos necessitam de resultados céleres. O presente trabalho objetiva apresentar outras formas para a determinação de limites para a atuação estatal, com vistas a concretizar as garantias dos cidadãos perante o Estado. Dentre estas possibilidades, vislumbra-se a atuação do Ministério Público, principalmente na via extrajudicial, por intermédio de instrumentos disponíveis ao *Parquet*, tais como os procedimentos administrativos e inquéritos civis de sua presidência, que poderão resultar em recomendações à atuação administrativa e termos de ajustamento de conduta que disciplinem a concretização de direitos fundamentais prestacionais por meio da realização de políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito; Políticas Públicas; Legitimidade do Ministério Público.

ABSTRACT

The current constitutional order makes the Prosecutor responsible for the defense of the legal order, the democratic regime and the inalienable social and individual interests, and thus its institutional role, to ensure full compliance with social and individual rights unavailable. It is clear that the deficiency of administrative action of the State, many demands are brought to the judiciary, which is overloaded and lengthy labors while involving this range of rights require rapid results. This paper aims to present other forms to determine boundaries for state action, in order to realize the guarantees of citizens before the State. Among these possibilities, we conjecture about the role of Prosecutors, especially in such procedures, through instruments available to *Parquet*, such as administrative and civil investigations of his presidency, which may result in recommendations for administrative action and

[1351] Guaduanda da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Estagiária do Ministério Público Federal, na Procuradoria da República do Município de Jacarezinho/PR.

adjustment terms of conduct that govern the implementation of fundamental rights by conducting public policy.

KEYWORDS: Democratic Rule of Law; Public Policy; Prosecution Service's Legitimation.

INDRODUÇÃO

Questão de amplo debate doutrinário e jurisprudencial é a possibilidade do controle dos atos administrativos discricionários, em especial, os atos tendentes ao cumprimento e até mesmo a elaboração de políticas sociais.

Na atividade discricionária, a própria lei reservou a análise de conveniência e oportunidade ao critério do agente público, no entanto, tal escolha não se confunde com o arbítrio, ação contrária ou excedente da vontade da lei. O dever-poder discricionário somente é justificável na medida da efetivação de ações indispensáveis ao interesse coletivo, encontrando limites nos princípios da proporcionalidade, legalidade, boa fé e igualdade.

Sob esta ótica, o julgador, ao deparar-se com um ato discricionário, que a primeira vista seja legal, porém desarrazoado e desproporcional, não estará ferindo a separação dos poderes, ou ainda, afastando por completo a discricionariedade da Administração Pública, quando se puser a julgá-lo, pois esta possui o dever-poder discricionário somente com a finalidade de atingir os fins colimados pela Lei Maior e leis que dela derivam.

Portanto, resta clara a possibilidade do controle da Administração pública e seus atos precípuos pelo Poder Judiciário. No entanto, fato é que os órgãos jurisdicionais são, por sua própria índole, inertes, pois a imparcialidade da jurisdição não permite que o próprio órgão jurisdicional inicie a lide que irá dirimir. Assim, se faz necessária a provocação do interessado no provimento jurisdicional.

Um dos principais instigadores da atividade jurisdicional é o Ministério Público, quando atua como legitimado extraordinário pleiteando direitos transindividuais à coletividade por meio da ação civil pública.

Não obstante, diante da legitimidade do Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não apenas a ação civil pública se mostra apta ao controle na concepção e execução de políticas públicas. Existem, ainda, recursos extrajudiciais às mãos do órgão ministerial para estes fins, tais como os procedimentos administrativos de investigação e inquéritos civis públicos, de onde se obtém dados para a realização de recomendações e do termo de ajustamento de

conduta, buscando-se solucionar as questões sem abarrotar o Judiciário de ações que serão indubitavelmente demoradas.

Logo, a atuação extrajudicial do Ministério Público merece destaque neste estudo, que pretende demonstrar a importância da Instituição na concretização das promessas emancipatórias trazidas pelo Estado Democrático de Direito.

1. SINDICABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

Sempre que a Administração Pública fizer mau uso do dever-poder discricionário ou omitir-se em seu dever constitucional, o Poder Judiciário poderá ser acionado a fim de que sejam tutelados os direitos sociais de forma efetiva. (SILVA, 2005; CANELA JUNIOR, 2011). Isto se infere do sistema de freios e contrapesos. Em relação à separação dos poderes e a atividade judicante, leciona Eduardo Appio (2004, p. 233-234):

> A separação dos Poderes se assenta na especialização das funções do Estado e não veda o exercício, a título ocasional, de uma determinada função por órgão não-especializado, desde que compatível com sua atividade-fim. Já a reserva absoluta da lei implica a destinação específica da regulação de uma dada matéria – inclusive as formas de exercício de um determinado direito – à atividade legislativa, a qual não pode ser exercida pelos membros dos demais Poderes. É da própria natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício das atividades dos demais Poderes, na medida em que é o Poder constitucionalmente responsável pela função de verificar a compatibilidade destas atividades com a Constituição Federal.

O que se pretende é limitar a discricionariedade ao que ela realmente é, ou seja, a um instrumento criado para que o administrador público atinja a enorme gama de necessidades de seus administrados, o que não seria possível através de leis, que, sendo genéricas e abstratas, não possuem a capacidade de abarcar todas as situações do cotidiano (MELLO, 2012, p. 82). Sobre o tema, cabe destacar excerto de Marcos Felipe Holmes Autran (2005, s.p.):

> Os atos administrativos só estarão cumprindo a lei se realmente se mantiverem dentro dos padrões da razoabilidade e da proporcionalidade. Se não se mantiverem,

> esses atos serão ilegais, não estarão realizando os objetivos da lei. Mesmo que formalmente aparentem legalidade, mas, serão ilegais se não tiverem se mantendo dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Há também na doutrina alemã a expressão "proibição do excesso" que para muitos é sinônima desses princípios.

Portanto, os limites da sindicabilidade dos atos discricionários da Administração Pública não se esgotam na legalidade, pois a Constituição Federal não instituiu um Estado legalista, mas um Estado de Direito, no qual os poderes constituídos deverão pautar-se na finalidade da lei, em concordância ao que exprime a Lei Maior. Assim, a ação da Administração, dentro da legalidade, nunca deverá deixar de observar qual ato será razoável e proporcional ao caso concreto, em busca da efetivação das promessas constitucionais quanto aos direitos fundamentais sociais. É esta a finalidade do dever-poder discricionário. Neste sentido, continua o precitado autor:

> Desta forma, em determinadas situações é possível um controle a discricionariedade administrativa, como no caso de implementação de políticas públicas, desde que se tratem de políticas públicas específicas, socialmente necessárias e constitucionalmente exigidas. Neste caso, o Ministério Público possui legitimidade para zelar pelo efetivo respeito aos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, devendo promover medidas necessárias para a sua garantia Assim, é possível uma ação civil pública para que o Estado venha a construir um hospital em determinada localidade, desde que isso fique demonstrado especificamente, que se trate de uma necessidade social para determinada localidade e que a demanda coletiva visa implementar direitos e garantias asseguradas constitucionalmente (art. 129,III c/c art.5 LACP). (AUTRAN, 2005, s.p.).

Indiscutível, portanto, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para preservar o respeito aos direitos sociais, os quais deverão ser efetivados, em seu mínimo, pelo Estado, dado o expresso na própria Constituição.

Não obstante, insta salientar que não apenas ao Judiciário cabe a interferência nos

atos do gestor público, na elaboração e consecução de políticas públicas. O controle social, mediante a integração dos cidadãos, destinatários de tais atos, e a Administração busca solucionar problemas e deficiências com mais eficiência.

Contudo, o usualmente visto é a ausência desta capacitação popular para o exercício do controle social de politicas públicas e demais atos da Administração. Neste sentido, em que pese a existência de meios constitucionais de controle dos atos da Poder Público pelo cidadão, tais como o mandado de segurança (art. 5º, LXIX), direito de petição (art. 5º, XXXIV "a"), ação popular (art. 5º, LXXIII) e o habeas data (art. 5º, LXXII), a população em geral, carente de recursos e informação sobre seus direitos, fica impossibilitada do exercício do controle social eficaz.

Diante da existência desta carência de informações para que o cidadão possa exercer a fiscalização e controle dos atos do Poder Público, tais como os atos de execução de políticas públicas para concretização de direitos sociais, há um órgão destinado constitucionalmente à defesa do regime democrático, interesses sociais e individuais indisponíveis, o Ministério Público.

2. CARACTERÍSTICAS E FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO.

Desde 16 de janeiro de 1838, por meio de aviso desta data os promotores são considerados como "fiscais da lei". Em 1871, com a "Lei do Ventre Livre" (Lei 2.040/28-09-1871) passaram a exercer a função de "protetores dos fracos e indefesos", ao ficar estabelecido que lhes corresponderia velar para que os filhos livres de mulheres escravas fossem devidamente registrados. Proclamada a República, em 1889, com a reforma da organização judiciária promovida por Campos Sales, Ministro da Justiça do Governo Provisório, o Ministério Público ganhou destaque. (DIAS, 1955, p. 40 apud PAES, 2003, p. 169-170).

José Eduardo Sabo Paes (2003, p. 170-171, grifos do autor) cita a contribuição deste período para a caracterização do Ministério Público como função essencial ao Estado de Direito:

> A posição do Ministério Público no Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, reformador da Justiça no Brasil, foi definida com estas palavras na Exposição de

Motivos:

"O Ministério Público, instituição necessária em toda organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, será representada nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador-Geral da República, vêm os procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado.

Compete-lhe em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devam ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela convier. A sua independência foi devidamente resguardada."

Neste mesmo sentido foi organizada a Justiça do Distrito Federal, pelo Decreto 1.030, de 14 de novembro de 1890, conforme expõe o mesmo autor, neste ato previa-se ser o Ministério Público:

(...) *o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra todas as violações do direito, o assistente dos sentenciados, dos alienados, dos asylados e dos mendigos, requerendo o que for a bem da justiça e dos deveres da humanidade*. (PAES, 2003, p. 180, grifos do autor).

Apenas na Constituição de 1891 que o Ministério Público ganha referência e somente na Carta Magna de 1934 que recebe tratamento institucional, mas tão só com o advento da Constituição Federal de 1988, após o obscuro período militar, no qual o Ministério Público foi alocado no capítulo do Poder Executivo, que a Instituição conquista suas atuais atribuições.

Até a Constituição de 1967, o Ministério Público tinha o dever de proteger o Estado, era dependente e subordinado ao Poder Executivo, o que tornava difícil fazer da Instituição defensora dos direitos e interesses da sociedade, não lhe permitindo atuar contra a Administração Pública, para combater atos arbitrários e lesivos ao interesse individual (*v.g.* certo tratamento médico) ou coletivo perante o Poder Público.

A Constituição Federal de 1988 torna o Ministério Público órgão legitimado para a proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, definindo o que vem a ser a esta instituição. Assim assevera José Eduardo Paes

(2003, p. 177):

> Coerente com o princípio constitucional fundamental, segundo o qual a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito (art. 1º), a Constituição Federal de 1988 estruturou um Ministério Público caracterizado pela independência e autonomia, com garantias e prerrogativas destinadas a possibilitar um desempenho eficiente de suas relevantes funções. Estas, renovadas e ampliadas pela Carta Magna, o situaram como a instituição de defesa em juízo, especialmente, não só dos interesses da sociedade, mas até contra outros órgãos do Estado, distanciando-o de maneira definitiva da defesa dos interesses do Estado, como jamais se havia visto em nenhuma outra ordem jurídica.

A instituição teve suas funções estendidas à proteção aos direitos inalienáveis e coletivos em sentido amplo, ganhando capítulo próprio no texto constitucional, denominado "Das Funções Essenciais da Justiça". A Carta Magna lhe concedeu instrumentos necessários para exercer as funções que lhe incumbem, autonomia financeira, funcional e administrativa, unidade, indivisibilidade e independência funcional aos seus membros. Foi devidamente garantida a autonomia perante os três Poderes estatais. Acerca das funções institucionais do *Parquet*, leciona o supracitado autor:

> Isto nos permite falar de um poder/dever do Ministério Público. De controle e fiscalização dos atos da administração pública, a fim de garantir a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses raciais e os interesses individuais indisponíveis. Toda vez que os atos da administração pública violam, ameaçam ou lesionam esses direitos e interesses da sociedade, como recorda o Professor José de Ribamar, o Ministério Público tem o poder/dever institucional de atuar, fazendo valer suas funções institucionais. (PAES, 2003, p. 178).

Desta forma, o órgão ministerial deverá exercer seu papel institucional mesmo em oposição aos agentes do próprio Estado, zelando pela estrita observância da moralidade, legalidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade dos atos da Administração Pública, em respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos pois, "no sistema de freios e

contrapesos concebido pelo constituinte, foram conferidas à instituição funções que a colocam agora no papel de verdadeiro *ombudsman*." (PAES, 2003, p. 179)

São funções ligadas à fiscalização dos gastos públicos e serviços de relevância social, legitimação para propor ação de inconstitucionalidade, figurar junto ao Tribunal de Contas e representar para fins de intervenção.

Inquestionavelmente, a Constituição de 1988 abriu um leque de possibilidades ao Ministério Público para exercer sua missão, a defesa dos interesses dos administrados, proporcionando-lhe poderosos mecanismos, entre os quais merece ser destacada a ação civil pública.

2.1 A Ação Civil Pública na defesa de direitos fundamentais

A Constituição Federal, em seu art. 129, III e a lei orgânica do Ministério Público, que regula sobre as normas gerais do Ministério Público do Estado, (Lei 8.625/1993), art. 25, IV, preveem como função do *Parquet* a promoção do inquérito civil público e da ação civil pública.

O Ministério Público não detém legitimidade exclusiva para a promoção da ação civil pública em defesa dos interesses transindividuais, coletivos e individuais homogêneos. São colegitimados ativos para as ações coletivas previstas na Lei 7.347/1985 (LACP) ou no Código de Defesa do Consumidor as pessoas jurídicas de direito público interno, associações civis, os sindicatos e alguns outros órgãos e entidades, assim, visualiza-se uma legitimação extraordinária concorrente disjuntiva do Ministério Público. No entanto, sem dúvidas, o órgão ministerial é o principal propositor quando se trata de ações civis públicas.

Quanto ao objeto da ação civil pública, assevera Hugo Nigro Mazzilli (2005, p. 05):

> Pode constituir objeto da ação civil pública ou coletiva a defesa dos seguintes bens e interesses: a) meio ambiente; b) consumidor; c) patrimônio cultural (bens e valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos, paisagísticos etc.); d) ordem econômica e economia popular; e) ordem urbanística; f) qualquer outro interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo (LACP, art. 1º). A esse rol, podemos acrescentar a defesa coletiva das pessoas portadoras de deficiência (Lei n. 7.853/89), dos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei n. 7.913/89), das crianças e adolescentes (ECA, art. 210, V), dos idosos (Lei n. 10.741/03), entre outros.

O parágrafo primeiro do art. 1º da LACP traz vedação quanto à propositura de ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e demais fundos de natureza institucional cujos beneficiários sejam determinados individualmente.

Esta proibição, introduzida por medida provisória em 2001, mostra-se extremamente interessante ao Poder Público, que poderia ser alvo de inúmeras ações civis públicas por questões tributárias. Há autores que entendam pela inconstitucionalidade deste parágrafo, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, garantindo tanto o acesso individual quanto o coletivo. (MAZZILLI, 2005, p. 07). Diante desta vedação, depreende-se a eficácia da ação em face do Poder Público, pois, com a devida vênia, pode-se entender que se assim não fosse não haveria motivos para o impedimento.

Neste sentido, a ação civil pública pode, inclusive, ser utilizada para impugnar ato discricionário, o que interessa ao presente estudo. Sobre o assunto, corroborando o exposto no decorrer deste trabalho, expõe Hugo Nigro Mazzilli (2005, p. 06):

> Em tese, estão excluídos da análise jurisdicional os aspectos de conveniência e oportunidade dos atos administrativos, pois só o administrador é que aquilata o mérito do ato administrativo. Entretanto, isso não quer dizer que os atos administrativos estejam totalmente imunes a controle jurisdicional; ao contrário. Em várias hipóteses, os atos administrativos — até mesmo os discricionários — podem ser apreciados pelo Poder Judiciário: a) nos aspectos de competência e legalidade; b) no tocante à sua fundamentação, quando eivados de desvio de poder ou de finalidade; c) quando, ainda que discricionários, vierem em desconformidade com a motivação (teoria dos motivos determinantes); d) nos aspectos de eficiência, moralidade, abuso de poder ou desvio de razoabilidade; e) na omissão do administrador, quando se trate de atos administrativos de reação impositiva (como, por exemplo, quando o administrador deixe de tomar providências que a lei lhe imponha).

Expostas os possíveis objetos para a propositura da ação civil pública, mister se faz demonstrar qual a real importância desta ação no âmbito dos direitos prestacionais. Conforme

dito alhures, na defesa do administrado contra atos arbitrários do Poder Público há o mandado de segurança, contra lesões ao patrimônio público e à moralidade administrativa há a ação popular, espécie de ação coletiva. A importância da ação civil pública reside em um maior leque de objetos de sua proteção, em comparação à ação popular, e, ainda mais, nos efeitos da decisão nela proferida, em comparação às ações individuais:

> O Direito brasileiro inspirou-se no sistema da Lei da Ação Popular (art. 18), e instituiu, para o processo coletivo, uma coisa julgada secundum eventus litis, ou seja, segundo o resultado do processo, e que ainda leva em consideração a natureza do interesse controvertido (LACP, art. 16; CDC, art. 103). (MAZZILLI, 2005, p. 10).

Assim, pode-se afirmar que:

> (...) a coisa julgada no processo coletivo determina-se segundo o resultado do processo: a) a procedência beneficia todos os lesados, podendo ser limitada ao grupo, classe ou categoria de pessoas, conforme o tipo de interesse (difuso, coletivo ou individual homogêneo); b) a improcedência por falta de provas não prejudica os lesados individuais, nem impede o ajuizamento de nova ação civil pública ou coletiva, desde que baseada em nova prova; c) a improcedência por outro motivo impede o ajuizamento de ação civil pública ou coletiva, mas não prejudica os lesados individuais, salvo em relação àqueles que tenham intervindo no processo coletivo. (MAZZILLI, 2005, p. 11).

Assim, demonstra-se a particularidade da ação civil pública em relação a seus efeitos, que não se restringem às partes que figuram no processo, alcançando a todos os interessados na prestação judicial.

Quanto ao âmbito territorial da decisão, pela dicção do art. 93, do CDC, aplicável a todas as ações civis públicas, ainda que não versem sobre relações de consumo (art. 21, LACP), a fim de resguardar-lhe a eficácia, a ação deverá ser proposta no foro do local onde ocorreu o dano ou no foro da capital do Estado ou do Distrito Federal para os danos de âmbito regional ou federal, ressalvada a competência da Justiça Federal.

Portanto, se infere a grande importância desta ação coletiva como mecanismo disponível ao Ministério Público no controle da Administração Pública, desempenhando seu papel de guardião da ordem constitucional, dos direitos fundamentais. Os efeitos da ação civil pública conseguem abarcar um grande número de administrados que necessitem do provimento jurisdicional nela imposto. Por meio destas ações é possível impor deveres à Administração, para se desempenho eficaz à efetivação dos direitos prestacionais, por meio de atos que integram programas de ação, as políticas públicas.

3. ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO: SOLUÇÃO À HIPERTROFIA JUDICIAL NA BUSCA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em que pese a grande importância da ação civil pública na defesa dos direitos sociais, em nosso tempo, os problemas que se arrastam desde os primórdios do que se convencionou denominar Estado, quais sejam, o confronto entre interesses públicos e interesses da Administração Pública, a insuficiente prestação de serviços públicos diante da enorme gama de necessidades dos administrados e a omissão na criação e execução de políticas públicas pelo Poder Público, avolumam-se resultando em um enorme acúmulo de ações judiciais que tornam os trabalhos judiciários ainda mais morosos, criando condições de trabalho totalmente insuficientes frente à demanda.

Isto leva ao estudo de meios alternativos na resolução destes conflitos, da mesma forma que ocorre no âmbito do direito privado. Tratando-se de interesses coletivos, pertencentes de forma difusa entre os membros do corpo social, pode-se indagar acerca da indisponibilidade de tais direitos, o que tornaria impossível a celebração de acordos extrajudiciais para dirimir as questões relativas a estes. No entanto, o que se busca é o acordo sobre formas de garantir a efetivação dos direitos coletivos, em sentido amplo.

Os métodos extrajudiciais de implementação de ações tendentes à efetivação de direitos prestacionais proporcionam uma garantia mínima aos cidadãos de que serão alcançados, o que não impede que se algum sujeito não se vir satisfeito procure que lhe seja assegurado o direito que busca de forma individual, judicialmente.

Nas mãos do Ministério Público estão diversos meios extrajudiciais na busca da efetivação dos direitos constitucionais em casos de omissão ou má prestação da Administração Pública. Por meio destes pode o órgão ministerial realizar o controle de políticas públicas, investigando os atos realizados para sua concretização e até mesmo impelir

o Poder Público a conceber programas de ação necessários à plena realização da função do Estado, ou seja, a salvaguarda do bem estar dos cidadãos.

3.1 Instrumentos de atuação do Ministério Público: procedimento administrativo e inquérito civil

A defesa dos direitos prestacionais geralmente é realizada por intermédio da via judicial, no entanto, diante do grande número de ações que se avoluma no Judiciário brasileiro, resultando na morosidade das decisões, o que se busca é a resolução de celeumas em sede extrajudicial.

Neste âmbito, o Ministério Público pode exercer importante papel. A atuação extrajudicial do Parquet pode se dar pelos seguintes meios: Audiências Públicas, Reuniões, Procedimentos Administrativos Preliminares, Inquéritos Civis, Recomendações e por fim o Termo de Ajustamento de Conduta.

A atuação extrajudicial do Ministério Público mostra-se muito eficaz, pois o interesse social pode ser atingido de forma mais ágil, evitando de forma eficaz a sobrecarga do judiciário. Em seu art. 26 e incisos, a lei orgânica do Ministério Público dispõe:

> Art. 26 - No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:
> I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:
> a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;
> b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
> c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;
> II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

Na defesa dos direitos fundamentais, o Ministério Público pode, mediante representações de cidadãos, ou mesmo de ofício, quando tomar conhecimento de omissão da Administração Pública ou má prestação de serviços, promover audiências junto ao responsável ou expedir recomendações. Não sendo atendido em suas pretensões, poderá dar continuidade às investigações e promover ação cabível. Tais institutos disponíveis ao *Parquet* estão previstos no art. 27 e incisos e no parágrafo único e incisos da LOMP:

Art. 27 - Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:
I - pelos poderes estaduais ou municipais;
II - pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta;
III - pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal;
IV - por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública.
Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:
I - receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas;
II - zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos;
III - dar andamento, no prazo de trinta dias, às notícias de irregularidades, petições ou reclamações referidas no inciso I;
IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

O procedimento administrativo é preparatório ao inquérito civil, o que não é obrigatório, cabe ao critério do promotor ou procurador instaurar tal procedimento ou iniciar

diretamente o inquérito civil público. Há possibilidade, inclusive, de propor ação civil pública por meio de informações colhidas neste procedimento preparatório.

Quando o Ministério Público é noticiado de alguma irregularidade, procede com uma investigação realizada pela própria instituição. Trata-se de investigação realizada pelo *Parquet* para se verificar alguma irregularidade nos direitos coletivos da sociedade e também aqueles referentes ao patrimônio público, buscando indícios, informações, documentos, depoimentos entre outras diligências para se comprovar a veracidade dessas irregularidades e a medida a ser tomada para o deslinde do caso.

Possui prazo para conclusão de 90 dias. Caso não encontre provas suficientes, poderá arquivá-lo, com a anuência do Conselho Superior. Sendo verificada alguma irregularidade o Promotor de Justiça competente instaurará um inquérito civil ou outras medidas cabíveis ao caso.

O inquérito civil é um procedimento administrativo, exclusivo do Ministério Público, criado pela Lei de Ação Civil Pública e, após, ratificado pela Constituição de 1988, de regra sujeito ao princípio da publicidade, no qual há a colheita de elementos de convicção para a propositura de ação civil pública. No entanto, poderá servir para que o Ministério Público "prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições" (MAZZILLI, 2013, p. 479). E esta informação é a que mais interessa ao presente estudo.

A instauração do inquérito civil se dá por meio de portaria, de ofício ou a requerimento de qualquer pessoa e tem como objeto, segundo Hugo Nigro Mazzilli (2000, p. 08):

> (...) além da investigação de danos a interesses diretamente objetivados na LACP (meio ambiente, patrimônio cultural, consumidor, ordem econômica e outros interesses difusos e coletivos), hoje o Ministério Público está autorizado a instaurar inquérito civil para apurar danos ao patrimônio público e social, cuidar da prevenção de acidentes do trabalho, defender interesses de populações indígenas, crianças e adolescentes, pessoas idosas ou portadoras de deficiência, investigar abusos do poder econômico, defender contribuintes, apurar omissões a que se refere o art. 129, II, da CF, etc.

Não há óbice, portanto, para a investigação de omissões ou mau uso da máquina administrativa por parte do próprio Poder Público, em sede de inquérito civil, que se mostra de extrema utilidade neste âmbito. Uma vez instaurado, permite-se, em seu bojo, a expedição de "requisições e notificações; quando se trate de notificações para comparecimento, é possível que o membro do Ministério Público imponha condução coercitiva (CF, art. 129, VI; LONMP, art. 26, I; LOMPU, art. 8º)." (MAZZILLI, 2000, p. 06).

Tais medidas poderão ser tomadas até mesmo em face da Administração Pública, no exercício do dever-poder discricionário. Não é outro o entendimento esposado por Hugo Nigro Mazzilli (2000, p. 10):

> (...) tanto em matéria de inquérito civil como de ação civil pública, o Ministério Público pode ingressar no exame: *a)* dos aspectos formais de competência e legalidade do ato administrativo vinculado ou do ato administrativo discricionário; *b)* do mérito do ato administrativo vinculado; *c)* do mérito do ato administrativo discricionário, quando tenha havido imoralidade, desvio de poder ou de finalidade, ou quando o ato administrativo se tenha apartado do princípio da eficiência ou da razoabilidade; *d)* do mérito do ato administrativo discricionário, quando a administração o tenha motivado, embora não fosse obrigada a fazê-lo (*teoria dos motivos determinantes*); *e)* o ato administrativo de reação impositiva. Outrossim, como *os fins a atingir pela administração são sempre vinculados*, conforme ensinamento de Hely L. Meirelles, apesar das dificuldades que o Promotor de Justiça encontrará, é possível que se instaure inquérito civil, p. ex., diante da falta de vagas para menores nas escolas, da inexistência de atendimento na área de saúde pública, da falta de condições de saneamento básico etc. Afinal, se são direitos, alguns até constitucionais, a eles correspondem deveres que podem ser cobrados em juízo.

Assim sendo, nada impede a instauração de inquérito civil para o controle direto da Administração Público pelo membro Ministério Público, que agirá dentro de sua independência funcional, lançando mão de notificações, requisições, recomendações e audiências, na busca da solução mais eficaz para o problema social diante do qual se depara.

Apesar de, assim como no inquérito policial não ser obrigatório o contraditório, é possível ouvir a parte requerida por intermédio de audiências junto ao membro oficiante do

Parquet, buscando uma solução mais célere possível para os empecilhos à concretização de direitos fundamentais. Para tanto, há o instituto da notificação:

> Nos procedimentos de sua atribuição, o Ministério Público pode expedir notificações, que são verdadeiras intimações por meio das quais faz saber a alguém que deseja ouvi-lo, em dia, hora e local indicados com antecedência necessária; em caso de não-comparecimento, cabe condução coercitiva. (MAZZILLI, 2013, p. 461).

Visando a instruir o inquérito civil, o órgão ministerial poderá expedir requisições, que podem consistir em ordem de realização de diligências, apresentação de documentos etc., fixado prazo mínimo razoável para seu atendimento. Qualquer pessoa física ou jurídica pode ser destinatária da requisição, ressalve-se que, em se tratando de destinatários como o governador do Estado, membros do Poder Legislativo e desembargadores, as requisições somente poderão ser encaminhadas pelo procurador-geral.

Assim, mesmo a Administração Pública será destinatária de requisições em inquérito civil. Hugo Nigro Mazzilli (2013, p. 464), citando decisão do Supremo Tribunal Federal no MS n. 5.370-DF, expõe:

> (...) a competência do Ministério Público no que concerne a requisição de informações e documentos de quaisquer órgãos da Administração, independentemente de hierarquia, advém de sede constitucional e visa ao interesse público que se sobrepõe a qualquer outro (a fim de que possíveis fatos constitutivos de crimes sejam apurados), pondo-lhe, a Lei Maior, à sua disposição, instrumentos eficazes para o exercício das atribuições constitucionalmente conferidas.

Em posse de informações que possam demonstrar ao Ministério Público omissão da Administração Pública na criação de políticas públicas voltadas aos direitos fundamentais, carência em sua prestação e má gestão do orçamento público, um meio comumente utilizado é a expedição de recomendações, para que o Poder Público obedeça aos direitos assegurados na Constituição.

A recomendação nada mais é do que o instrumento de que se utiliza o órgão ministerial para alertar os agentes públicos sobre a necessidade de resolver determinada situação que possa estar irregular ou que pode levar à mesma.

No entanto, ela não tem caráter obrigatório para o agente público, mas caso descumprida, o membro do *Parquet* poderá tomar as medidas judiciais cabíveis.

A própria lei orgânica do Ministério Público, dispõe em seu artigo 27, I, parágrafo único, IV prevê ser atribuição da instituição:

> (...) promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no "caput" deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

Apensar de não ter caráter vinculatório para a atuação do Poder Público, a recomendação pode servir para a reflexão dos agentes públicos a quem ela se dirige e, com isso, contribuir para a proteção e a efetivação de direitos constitucionais prestacionais, por meio da implementação de políticas públicas sociais, “notoriamente olvidadas ou recusadas pelos poderes públicas das esferas da federação” (LIMA, 2011, p. 346).

No entanto, a recomendação, apesar de instrumento de grande importância, não possui qualquer coerção sobre o Poder Público, caso descumprida será necessária a judicialização da demanda, assim expõe Alexandre Amaral Gavronski (2005, p. 89):

> No caso de ato a priori discricionário, o descumprimento da recomendação só poderá resultar em medida judicial se, dadas as peculiaridades da situação concreta, puder ser afastada a discricionariedade original. Por tal razão, é conveniente que o instrumento seja expedido de comum acordo com a autoridade destinatária, de modo a tornar certo seu cumprimento e, assim, evitar desgaste da Instituição, inevitável diante do desatendimento da recomendação.

Este fato nos leva ao estudo de forma mais eficaz para que se alcancem os objetivos delineados, celebrando-se um acordo entre o Ministério Público e o ente da Administração

Pública omisso em seu dever constitucional. Neste ponto, merece grande atenção o termo de ajustamento de conduta.

3.2 Implementação e controle de políticas públicas para a garantia dos direitos fundamentais sociais por meio de Termo de Ajustamento de Conduta.

No contexto exposto no decorrer deste estudo, possível solução diante da necessidade de efetivação de direitos e morosidade do Judiciário é o termo de ajustamento de conduta, "ferramenta de prevenção e resolução extrajudicial de conflitos envolvendo interesses transindividuais que, bem compreendido e manejado, pode contribuir de maneira decisiva para remediar as omissões constatadas." (LIMA, 2011, p. 343).

O compromisso de ajustamento de conduta foi previsto no ordenamento jurídico brasileiro, primeiramente, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), em seu art. 211, pouco tempo depois, foi introduzido na Lei de Ação Civil Publica pelo art. 113 do Código de Defesa do Consumidor, pairando sobre ele já superada polêmica quanto à legitimidade desta introdução diante do veto presidencial ao art. 82, §3º, do CDC, que trazia previsão idêntica à contida no seu art. 113, regularmente promulgado, afirmando ser impróprio equiparar um termo administrativo a título executivo, ainda mais porque versava sobre a prática de conduta e não pagamento de quantia determinada. Quanto a esta questão, assevera Hugo Nigro Mazzilli (2013, p. 431):

> Podemos concluir que óbice algum existia para conferir qualidade de título executivo extrajudicial a compromissos administrativos de conduta. E, se vetado foi o § 3º do art. 82 do CDC, inadvertidamente sancionou-se e promulgou-se o art. 113 do mesmo estatuto, que, de forma até mais ampla, introduziu o compromisso de ajustamento de conduta em matéria afeta à proteção de quaisquer interesses transindividuais, sejam ou não ligados às relações de consumo.

Pode-se atribuir as origens do termo de ajustamento de conduta, sob o aspecto fático, à experiência e tradição do Ministério Público brasileiro na adoção de práticas para resolução extrajudicial de conflitos, em especial no âmbito do atendimento ao público em comarcas menores e, sob o aspecto normativo, ao art. 55, parágrafo único, da já revogada Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei 7.244/1984), que conferia a qualidade de título executivo

extrajudicial aos acordos celebrados por instrumento referendado pelo órgão ministerial. (LIMA, 2011, p. 347).

Quanto à sua natureza, trata-se de um negócio jurídico de direito público, que consubstancia uma declaração de vontade do tomador em sentido coincidente com a do compromitente, sendo, portanto, bilateral, com conteúdos declaratório e constitutivo e eficácia de título executivo extrajudicial, sendo preciso prever no próprio título as cominações cabíveis, embora não necessariamente a imposição de multa. O título deve conter obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto, e, ainda, conter obrigação exigível.

Tem por finalidade solucionar consensualmente conflitos de interesses transindividuais e, se descumprido, dispensa ao tomador percorrer toda a fase cognitiva de uma ação judicial, sendo esta apenas uma das vantagens do termo de ajustamento de conduta.

Sobre elas, assevera Alexandre Amaral Gavronski (2005, p. 90):

> Se o consenso é a melhor solução para uma crise, como é correntemente afirmado, o compromisso de ajustamento de conduta é o melhor dos instrumentos de atuação do Ministério Público para a solução efetiva dos problemas relacionados à falta de efetividade ou à afronta aos interesses coletivos. Possui, no mínimo, duas grandes vantagens sobre a via judicial: tende a equacionar de forma mais rápida e efetiva a irregularidade, visto que pressupõe, em princípio, boa vontade para cumprimento espontâneo da obrigação assumida por parte daquele que está em situação irregular; e prevê mecanismos de sanção líquidos e certos para esse descumprimento, exigíveis desde logo (as multas). Dois outros consideráveis benefícios provenientes da celebração de TACs são: permitir que a discussão seja ampliada para além da irregularidade motivadora da negociação, ajustando-se no compromisso outras posturas praticadas pelo interessado além daquela que ensejou o ajuste; e permitir que, além da correção da conduta constatada como indevida, sejam adotados mecanismos eficazes na repressão ou prevenção de condutas futuras.

Assim, o termo de ajustamento de conduta mostra-se ferramenta que confere ao *Parquet* uma verdadeira opção estratégica no desempenho de sua finalidade institucional, inclusive em face de pessoas jurídicas de direito público e mesmo órgãos públicos

independentes, como Câmara de Vereadores e Assembleia Legislativa, pois nada impede que se vinculem, por meio do ajustamento de conduta, à execução de atividades, tais como a implementação de políticas públicas sob suas responsabilidades. (LIMA, 2011, p. 351).

Afirma Thadeu Augimeri de Goes Lima (2011, p. 355) que "as autoridades públicas podem se obrigar a realizar atos discricionários no compromisso, uma vez que, como se trata de instituto tipicamente conciliatório, servirá de sede para o exercício do juízo de oportunidade e conveniência". No bojo do termo pode estar contida, inclusive, menção sobre a previsão orçamentária dos gastos para o cumprimento das obrigações ou mesmo cláusula que imponha a necessidade de constar em futura proposta orçamentária, favorecendo o planejamento estratégico de metas para a concretização de direitos fundamentais sociais.

Referido autor completa dizendo que:

> (...) não se pode olvidar a possibilidade de serem estabelecidas obrigações que recaiam diretamente sobre as autoridades administrativas dos órgãos ou entes públicos compromissários, como modo de reforçar a garantia de escorreito adimplemento das cláusulas avençadas, o que é de capital importância no campo específico das políticas públicas. (LIMA, 2011, p. 355).

Sendo um ajuste entre as partes, objetivando evitar o desgaste de uma ação judicial, o termo de ajustamento de conduta tende a oferecer mais garantias ao cumprimento das obrigações assumidas, exatamente por sua feição consensual, que pressupõe o mútuo entendimento entre as partes. Esta característica do ajustamento é justamente onde se vislumbra a importância do instituto para as políticas públicas de direitos sociais, pois assim, coaduna-se ao Estado Democrático de Direito em seu sentido mais específico, abrindo maior espaço ao diálogo. Inegavelmente, o Ministério Público como intermediador entre a Administração Pública e a pretensão do administrado na celebração do termo de ajustamento, permite maior participação dos cidadãos, havendo maior garantia de atender aos seus anseios.

Assim, bem subsidiado por informações concretas angariadas por meio de procedimentos preparatórios do órgão ministerial, sobre a real necessidade da prestação estatal, proporcionalidade e razoabilidade da demanda, previsão legal, possibilidade orçamentária, dentre outras questões pertinentes, e bem manejado e supervisionado pelo tomador do compromisso, o termo de ajustamento de conduta se mostra excelente mecanismo

para o resgate das promessas emancipatórias trazidas pelo Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

No cotidiano, vislumbramos na Administração Pública, muitas vezes, que a existência da discricionariedade administrativa abre margem à concretização de atos arbitrários, valendo-se da regra de que atos de governo não são passíveis de apreciação pelo Judiciário a menos que firam interesses individuais.

O presente trabalho demonstrou a possibilidade da intervenção judicial na atividade administrativa diante do sistema de freios e contrapesos entre os Poderes constituídos e dos princípios da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, que regem a atuação da Administração Pública, mesmo quando se trata da realização de atos discricionários, meios de concretização dos direitos fundamentais prestacionais em sede de políticas públicas.

Para a observância nos princípios constitucionais, implícitos e explícitos, que permeiam a atuação administrativa, abre-se a espaço para o controle popular da Administração Pública, que tem o dever de ouvir os anseios dos cidadãos em busca do atendimento às necessidades coletivas, entretanto, diante da carência de informações para que o cidadão possa exercer a fiscalização e controle dos atos do Poder Público, o Ministério Público, fazendo jus às suas funções institucionais, mostra-se como intermediário entre o interesse dos administrados e as prestações do Poder Público.

Neste viés, comprovou-se a importância do controle da Administração Pública na via extrajudicial, pelos instrumentos cabíveis ao Ministério Público, a fim de que desenvolva seu papel constitucional, visando a diminuir a carga de demandas propostas ao Poder Judiciário para verificação do fiel cumprimento da Lei Maior e a realização dos direitos fundamentais sociais, como finalidade última do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 2004. 473 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. Disponível em <http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/87373/208502.pdf?sequence=1>. Acesso em 02 jul. 2013.

AUTRAN, Marcos Felipe Holmes. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**, 2005. Disponível em <http://www.escritorioonline.com>. Acesso em: 01.07.2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 jul. 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em 15 jul. 2013.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Mario. Ministério Público Brasileiro. Konfino: Rio de Janeiro, 1955. Tomo I p. 40 apud PAES, José Eduardo Sabo. O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito. Brasília Jurídica: Brasília, 2003. p. 169.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Manual de atuação em tutela coletiva para o Ministério Público Federal**. Ministério Público Federal, 2005. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/direitos-humanos/arquivos/Manual_Atuacao_Tutela_Coletiva_MPF.pdf>. Acesso em 16 jul. 2013.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Implementação de Políticas Públicas e Efetivação de Direitos Fundamentais Sociais por meio do Compromisso de Ajustamento de Conduta** in SIQUEIRA, Dirceu Pereira. ALVES, Fernando Brito. **Políticas Públicas**: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do Estado Social de Direitos. Boreal: Birigui, 2011. p. 342-361.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Aspectos polêmicos da Ação civil pública**, 2005. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/aspectosacp.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **PONTOS CONTROVERTIDOS SOBRE O INQUÉRITO CIVIL**, 2000. Disponível em: < www.mazzilli.com.br_pages_artigos_pontoscontic.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 25ª Ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2ª ed. Malheiros: São Paulo, 2012. p. 82.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo:

Malheiros, 2005. p. 110.

A TEMÁTICA DO RACISMO NAS CONSTITUIÇÕES DE 1946 E 1988: A CONSTITUINTE E O PENSAMENTO SOCIAL

Walter de Oliveira CAMPOS[1352]

RESUMO

Este artigo tem por finalidade pensar a respeito da disposição constitucional sobre o racismo e sua relação com o pensamento da sociedade da brasileira em relação a esse tema. Para isso, tece considerações a respeito do tratamento conferido ao racismo pelas Constituições Federais de 1946 e 1988. Nesse contexto, faz também uma abordagem da importância da Lei Afonso Arinos, a primeira lei contra a discriminação racial do Brasil. A análise tem como núcleo as discussões parlamentares por ocasião dos trabalhos das Assembleias Nacionais Constituintes de 1946 e 1988 e da votação do projeto de lei de Afonso Arinos. Conclui afirmando que a análise das discussões parlamentares permite compreender não somente a evolução da conscientização social quanto à temática do racismo, mas também as implicações técnico-jurídicas, políticas e ideológicas da elaboração de normas constitucionais pertinentes ao tema que muitas vezes impedem a concretização da vontade social expressa no texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Racismo. Constituição de 1946. Lei Afonso Arinos. Constituição de 1988.

ABSTRACT

This article aims to reflect on the constitutional dispositions concerning racism and their relation with the thought of Brazilian society about this theme. For that, it makes considerations on the way the Federal Constitutions of 1946 and 1988 treat racism. In this context it approaches also the importance of Afonso Arinos Law, the first law against racial discrimination in Brazil. The core of the analysis is the parliamentary discussions on the occasion of the works of the National Constituent Assemblies of 1946 and 1988 as well as the voting of Afonso Arinos' bill. It concludes with the affirmation that the analysis of the parliamentary discussions allows to comprehend not only the evolution of the social awareness concerning race theme, but also the technical-juridical, political and ideological implications of the elaboration of constitutional rules concerning that theme which many times impede the concretization of the social will expressed in the constitutional text.

[1352] O autor, oficial de justiça, é mestre em Ciência do Direito pela UENP (Jacarezinho) e doutorando em História pela UNESP (Assis).

KEYWORDS: Racism. Brazilian Constitution of 1946. Afonso Arinos Law. Brazilian Constitution of 1988.

INTRODUÇÃO

A questão racial tem sido uma constante na história do Brasil. Ela se faz presente na análise das relações sociais brasileiras, permeando estudos que variam da escravidão praticada a partir da época colonial até a discussão atual sobre a política de cotas raciais. Uma vez que o direito reflete a preocupação da sociedade com determinados problemas e objetiva solucioná-los, é natural que a legislação brasileira estabeleça normas garantindo a igualdade racial e proibindo práticas discriminatórias e racistas. E o tem feito, em tese, de uma maneira efetiva, tratando da questão em dois importantes níveis legislativos: em primeiro lugar, proibiu a discriminação racial e o racismo na Constituição Federal, a qual é o documento em que o povo estabelece as bases sobre as quais se constrói a sociedade e as diretrizes que coordenam as relações sociais; em segundo lugar adotou medidas coibitivas em sede de direito penal, a fim de conferir efetividade à proibição constitucional de discriminação racial por meio de repressão de condutas reputadas pela sociedade como nocivas.

Assim como a postura da sociedade brasileira em relação à questão racial tem mudado no decorrer do tempo, é interessante notar como o ordenamento jurídico brasileiro tem se posicionado quanto a essa temática. Nesse sentido, uma importante fonte para a compreensão da relação entre o pensamento da sociedade brasileira quanto à questão do racismo e da discriminação racial e a expressão desse pensamento em termos constitucionais é a análise das discussões parlamentares por ocasião da apreciação e da votação de textos legislativos que de alguma maneira sejam pertinentes à questão racial. A compreensão dessa relação a partir das discussões dos parlamentares constituintes é o tema nuclear deste trabalho.

Um importante problema que se pode colocar quanto ao tema proposto é saber em que medida as Constituições democráticas de 1946 e 1988 expressam o pensamento e a vontade da nação com relação à temática do racismo e da discriminação racial. Nessa esteira, o objetivo principal deste trabalho é tecer considerações sobre os aspectos políticos, jurídicos e ideológicos envolvidos nas discussões dos parlamentares constituintes e sua relação com o pensamento da sociedade brasileira.

A elaboração do trabalho nesses moldes se justifica primeiramente porque é importante refletir sobre como duas das mais democráticas Constituições brasileiras tratam a questão racial, um tema que perpassa toda a história deste país, desde os tempos do Brasil colonial até hoje, e que sempre esteve longe de conclusões unânimes, tanto no âmbito doutrinário quanto no nível da opinião pública. Em segundo lugar, porque é interessante pensar sobre se, e em que medida, a Constituição, como documento que expressa a vontade de uma nação, de fato reflete o pensamento da sociedade quanto aos problemas concernentes às relações raciais e às soluções para eles. Finalmente, porque a análise das discussões parlamentares possibilita entrever os aspectos políticos, jurídicos e ideológicos implicados na elaboração e na votação de uma norma constitucional, e compreender como esses aspectos por vezes fazem com que a norma não corresponda à real vontade social.

A metodologia utilizada será de cunho indutivo: partindo da análise das discussões parlamentares por ocasião dos trabalhos das Constituintes de 1946 e 1988, bem como da votação do projeto de lei de Afonso Arinos, este trabalho procurará verificar uma possível mudança de pensamento da sociedade brasileira quanto ao racismo e se houve correspondência na elaboração de normas pelas referidas Constituintes.

1 RACISMO E CONSTITUIÇÃO

Sem a pretensão de elaborar ou discutir o conceito de Constituição democrática, para o desenvolvimento deste trabalho pode-se afirmar simplesmente que ela representa não apenas um conjunto de princípios e normas que norteiam a atividade política e administrativa de um Estado, mas, principalmente, que traduz a escolha de um povo quanto aos valores sobre os quais se assenta a sociedade e que objetivam a consecução do maior bem estar individual e coletivo possível.

Estabelecidas as diretrizes políticas, econômicas e sociais no plano constitucional, coloca-se então o problema da ação conforme tais diretrizes. Como bem salientado por Miguel Reale (1996, p. 112), “A sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Reconhecido o Direito, é ele incorporado à maneira de ser e de agir da coletividade”. Essa adequação entre o direito reconhecido pela sociedade e a maneira de agir da coletividade remete, principalmente no campo do Direito Constitucional, ao tema da eficácia das normas. Adotando-se a lição de Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 199-202), pode-se estabelecer a distinção entre *eficácia técnica* e *eficácia social*. A primeira refere-se à aptidão que possui

uma norma de gerar efeitos em maior ou menor extensão; pode-se falar em graus de eficácia normativa conforme uma norma dependa ou não de outra para gerar efeitos ou possa ser restringida por outra norma, distinguindo-se entre normas de eficácia plena, limitada ou contida. A eficácia social refere-se à obediência, espontânea ou não, às normas jurídicas pela sociedade, produzindo-se na coletividade os efeitos desejados pelo legislador.

Igualmente útil à compreensão da relação entre direito e prática social é o ensinamento de Luís Roberto Barroso que, ao discorrer sobre a sintonia das normas constitucionais com a realidade do poder, comenta a classificação ontológica das Constituições feitas por Karl Loewestein: Constituição *normativa*, aquela que está vivamente integrada na sociedade e cujas normas dominam o processo político; Constituição *semântica*, "subalterna formalização da situação de poder político existente, para o exclusivo benefício dos detentores do poder de fato, que dispõem do aparato coativo do Estado"; Constituição *nominal*, aquela cujo caráter diretivo e prospectivo ainda não encontrou ressonância no processo político, desarmonia essa que deverá ser sanada com a adequação dos pressupostos econômicos e sociais à aspiração constitucional (BARROSO, 2001, p. 64-5).

As considerações acima são fundamentais para a compreensão do pensamento da sociedade brasileira com relação ao racismo e a expressão desse pensamento nos textos constitucionais. Sem adentrar a discussão sobre a legitimidade da representatividade parlamentar, partimos do pressuposto de que os constituintes, em seus discursos e discussões, procuram expressar as demandas não apenas da população como um todo, mas também de determinados grupos sociais. No processo de elaboração das duas Constituições democráticas que de alguma maneira tratam do racismo, as Cartas de 1946 e 1988, é clara a influência das discussões políticas e acadêmicas sobre o tema, bem como dos movimentos reivindicatórios dos direitos dos negros. De fato, os trabalhos das Assembléias Constituintes de 1946 e de 1988 se deram em dois dos momentos de atividade mais intensa da militância negra na história brasileira, principalmente em termos político-partidários.

Saliente-se que este trabalho não compreende a Constituição de 1967, modificada pela Emenda número 1, de 1969, muito embora o parágrafo 1º de seu artigo 153 estabeleça que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça" (BRASIL, 1969). Mesmo representando um avanço em relação à Constituição de 1946 pelo fato de proibir expressamente a distinção por motivo de raça e até mesmo prever a punição em lei pelo preconceito de raça, não há como avaliar em que medida o dispositivo em tela representa o

pensamento da sociedade da época em relação à questão racial, em primeiro lugar porque se trata de uma Constituição outorgada, isto é, imposta pelo poder político, sem a participação popular em sua elaboração; em segundo lugar, porque durante os primeiros anos da ditadura militar no Brasil houve repressão aos defensores dos direitos dos negros, pois os militares não toleravam discussões sobre racismo alegando que tal problema não existia no Brasil; na verdade, as discussões sobre o racismo representavam uma afronta à ideologia da democracia racial então defendida pelas elites e se enquadravam entre os assuntos que, na visão dos militares, representariam um perigo à unidade nacional. Observe-se que Luís Roberto Barroso, de acordo com a classificação das Constituições aludida acima, considera as Cartas de 1967 e 1969[1353] como semânticas (BARROSO, 2001, p. 65). É possível pensar que o dispositivo em referência representa apenas a formalização do compromisso que o Estado brasileiro assumiu perante a comunidade internacional ao ratificar, em 1968, a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965.

2 A CONSTITUIÇÃO DE 1946

Após a queda do Estado Novo de Getúlio Vargas em 1945, o Brasil viveu um movimento de retorno à democracia, principalmente no que diz respeito à atividade político-partidária. O primeiro passo para esse retorno seria a elaboração de uma Constituição democrática e, em 1946, entrou em vigor a nova Carta, a qual, segundo Thomas Skidmore (2010, p. 98), embora tivesse mantido intacto o ainda forte Poder Executivo, tal como criado por Vargas, trouxe minuciosas garantias para assegurar que as eleições fossem livres, além de ser pródiga na descrição de direitos civis.

Na história do combate ao racismo, trata-se de um momento significativo, uma vez que a Constituição de 1946 representou a primeira ocasião na história legislativa brasileira em que a repressão a uma prática discriminatória foi prevista em nível constitucional. No entanto, foi um passo ainda tímido, uma vez que naquela Constituição não havia nenhum dispositivo fazendo alusão direta ao racismo ou definindo-o como prática criminosa; havia tão somente uma norma que proibia uma conduta discriminatória: o parágrafo 5º do artigo 141, ao dispor sobre a liberdade de manifestação do pensamento, dizia não ser tolerada propaganda de preconceitos de raça ou de classe (BRASIL, 1946).

[1353] Barroso é um dos autores que consideram as Constituições de 1967 e 1969 como distintas; para outros, como Alexandre de Moraes, vigorou a Constituição de 1967, modificada pela Emenda Constitucional nº 1 de 1969.

Porém, é fato que houve uma tentativa de inserir a proibição da distinção com fundamento na cor em um dispositivo mais abrangente. O artigo 141 da Constituição de 1946 encontra-se no Capítulo II, *Dos direitos e das garantias individuais*, do Título IV, *Da declaração de direitos*. O referido artigo dispõe: "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]", e a redação do parágrafo primeiro estabelece que "Todos são iguais perante a lei" (BRASIL, 1946). Por ocasião dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte em 1946, o senador Hamilton Nogueira, da UDN (União Democrática Nacional), fez a defesa da emenda número 1.089, de autoria do deputado Benício Fontenele, a qual previa o acréscimo da expressão "sem distinção de raça e de cor" ao texto do parágrafo primeiro, mas a emenda foi rejeitada, e os argumentos levantados por alguns parlamentares contrários a ela mostraram-se tanto de natureza técnico-jurídica quanto de natureza político-ideológica.

Em primeiro lugar, deve-se destacar que alguns parlamentares não aprovaram a emenda porque não acreditavam que a discriminação racial no Brasil fosse um problema tão importante que justificasse a ênfase na proibição da distinção de cor ou de raça num dispositivo que reconhecia a igualdade de todos perante a lei de uma maneira ampla. Nesse sentido é muito ilustrativa a fala de Eduardo Duvivier, que utilizou o exemplo da Constituição americana, a qual, segundo o parlamentar, demonstrava uma excessiva preocupação com a proteção da liberdade de crença e de pensamento porque traduzia um "estado de luta anterior"; para Duvivier, a emenda 1.089 não tinha sentido porque "Entre nós, para felicidade do Brasil nunca houve uma questão de raças" (ANAIS, 1946, p. 411). Por outro lado, na defesa da emenda, vale destacar a fala do parlamentar Segadas Viana: "Dizem que não temos preconceitos de raças. No entanto, se não desejam conste da Constituição este preceito, é justamente porque o preconceito existe no Brasil" (ANAIS, 1946, p. 411).

Na mesma sessão de debates (ANAIS, 1946, p. 411) foram levantados também argumentos de natureza técnico-jurídica contra a aprovação da referida emenda. Quanto à propriedade de se acrescentar um item enumerativo casuístico, no caso, a menção à raça e à cor, a um preceito tão genérico como é "igualdade perante a lei", mencione-se o argumento de defesa, utilizado pelo senador Hamilton Nogueira, de que a declaração de igualdade de todos perante a lei sem distinção de raça ou de cor constava não somente na Constituição norte-americana, mas também no texto da Liga Internacional dos Direitos do Homem de 1929. Em sentido contrário, Aureliano Leite argumentou que a Constituinte que então elaborava a Carta

Magna francesa não fazia menção à distinção por raça, religião etc. O parlamentar Aliomar Baleeiro disse que concordava com a menção a cor e raça, mas que seria necessário que o texto do parágrafo primeiro previsse também a igualdade sem distinção de condições dos pais, condições do nascimento e outras mais, acréscimos esses que só poderiam vir por meio de outras emendas. Houve ainda a afirmação do parlamentar Nestor Duarte, sem a devida argumentação, de que o conteúdo da emenda era casuístico e poderia dar margem a interpretações casuísticas, ao que o senador Hamilton Nogueira replicou dizendo que, ao contrário, o então texto atual, generalizado como estava, era casuístico.

Naquela mesma sessão, Mário Masagão apresentou argumentos contra a emenda, fundamentados no casuísmo que esta representava. O parlamentar disse que a fórmula "Todos são iguais perante a lei" era tradição no direito brasileiro e vinha desde a Constituição do Império, era absoluta e não admitia exceção nenhuma; em suas próprias palavras: "O acréscimo, que a emenda em discussão pretende introduzir, apenas enfraquecerá o texto, pois representa, em última análise, uma limitação. Seria como se o preceito pudesse admitir exceções" (ANAIS, 1946, p. 412). Aduziu ainda que a pretendida emenda não surtiria efeito se fosse colocada no parágrafo primeiro, pois o preconceito de raça ou de cor não decorreria da lei, mas sim, de parcelas da população. Assim, colocando-se a proibição de discriminação por motivo de cor ou de raça no parágrafo que tratava da liberdade de expressão, a igualdade de todos os brasileiros seria assegurada de forma mais efetiva, pois, para ele, não seria o preceito "todos são iguais perante a lei" que influiria na opinião pública; mas, proibindo-se a propaganda contra a igualdade dos brasileiros, esta seria assegurada de maneira mais efetiva. Por fim, argumentou que a colocação da emenda no parágrafo primeiro "sacrificaria completamente a majestade e a amplitude do texto" (ANAIS, 1946, p. 412).

Após a votação, a emenda foi rejeitada. Um grupo de parlamentares que votaram a favor da emenda redigiu uma declaração de voto afirmando que, uma vez que a rejeição se deu sob o argumento de que o parágrafo primeiro do artigo 141 afirma a igualdade de todos perante a lei, então não poderia continuar a haver nenhuma restrição, por motivo de raça ou de cor, ao ingresso de brasileiros nas carreiras diplomática e militar nem qualquer outra espécie de restrição aos brasileiros de cor ou de raça israelita; caso isso ocorresse, o grupo teria o direito de protestar por todos os meios e formas (NASCIMENTO, 1982, p. 85-6). Sabe-se que, na época da Constituinte de 1946, era comum negros serem impedidos de ingressar nas Forças Armadas por preconceito racial. Também é documentada e objeto de estudos a existência de uma política antissemita que operava secretamente desde os tempos do Estado

Novo de Vargas. Assim, pode-se afirmar que essa declaração de voto representa a preocupação daqueles parlamentares com a possibilidade de que o preceito genérico da igualdade de todos perante a lei se tornasse letra morta se não viesse acompanhado de outro dispositivo, constitucional ou infraconstitucional, que assegurasse de maneira concreta os direitos dos negros, os quais sofriam ofensas e não dispunham de remédios jurídicos que os garantisse.

Ainda outro fato ilustra a dificuldade encontrada pelos militantes negros para fazer com que a nova Constituição fizesse menção explícita ao racismo. O *Manifesto à Nação Brasileira*, documento elaborado durante a Convenção Nacional do Negro Brasileiro de 1945, tinha como uma de suas reivindicações a criação de uma lei antidiscriminatória. Em 1946, durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, o senador Hamilton Nogueira propôs um projeto de lei antidiscriminatória, o qual não foi aprovado. A argumentação do Partido Comunista Brasileiro (PCB) para a não aprovação foi que ele iria "restringir o conceito amplo de democracia", pois as reivindicações específicas dos negros poderiam dividir a luta dos trabalhadores e prejudicar a marcha da revolução socialista no país (DOMINGUES, 2007, p. 111).

Podemos concordar com Luís Roberto Barroso, que, com relação à classificação das Constituições mencionada no item anterior, afirma que a Constituição de 1946 tinha caráter nominal (BARROSO, 2001, p. 65), porque, não obstante o preceito genérico de igualdade de todos perante a lei do parágrafo 1º do artigo 141 em tese abrangesse a igualdade racial que não somente os constituintes, mas a sociedade como um todo declarava defender, a dinâmica social provou que a força normativa do referido dispositivo constitucional não era suficiente para garantir que essa pretensa igualdade racial se concretizasse, uma vez que naquela época a ideologia da harmonia racial assegurava a convivência paradoxal entre um discurso hegemônico de igualdade racial e uma prática social excludente em relação aos negros.

Não é possível avaliar em que medida a rejeição da emenda proposta por Hamilton Nogueira se explica pelos argumentos de natureza técnico-jurídica expostos acima ou pela crença de que no Brasil não havia o problema de racismo, tal como existia nos Estados Unidos. No entanto, a receptividade positiva dos parlamentares aos discursos que enalteciam a participação do negro na construção da nação brasileira e condenavam as teorias racistas, em contraste com a rejeição da emenda, insta a pensar que o corpo de constituintes refletia a atitude ambígua da sociedade brasileira da época, que condenava abertamente o racismo, mas

resistia em admitir a existência de práticas discriminatórias no país e em adotar medidas concretas para evitá-las.

3 A LEI AFONSO ARINOS

Embora o objeto deste trabalho se concentre nas discussões sobre o racismo nos processos legislativos das Constituições de 1946 e 1988, é importante falar sobre a Lei Afonso Arinos, a primeira lei contra a discriminação por cor ou por raça no Brasil, uma vez que se trata de um instrumento legal que tem por finalidade reprimir condutas que impedem a plena realização do preceito constitucional da igualdade entre os indivíduos.

3.1 Contexto da lei

Quatro anos após a promulgação da Constituição de 1946 ocorreu o evento que precipitaria a elaboração do projeto de lei nº 562 de 1950, o qual tipifica como contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceito de raça ou de cor e que seria aprovado um ano mais tarde, resultando na Lei nº 1.390/51, mais conhecida como Lei Afonso Arinos, em homenagem ao autor do projeto. O evento foi a recusa, por um luxuoso hotel em São Paulo, em receber a então mundialmente famosa dançarina Katherine Dunham apenas pelo fato de ela ser negra. Na época, não era raro acontecerem no Brasil atos semelhantes contra os negros, impedindo seu acesso a determinados lugares e serviços, condutas essas praticadas inclusive por órgãos públicos. Mesmo outros artistas negros norte-americanos tiveram hospedagem negada por hotéis brasileiros antes de Katherine Dunham, mas o fato de ela não se conformar e ter denunciado a discriminação à grande imprensa gerou enorme repercussão não apenas no Brasil, mas também no exterior.

O episódio ocorreu num momento em que o Brasil ostentava internacionalmente a fama de um país que teria conseguido lidar com as tensões raciais, onde pessoas de diferentes raças conviveriam harmoniosamente. Tal imagem era contraposta aos padrões negativos em termos de relações raciais, como eram os casos dos Estados Unidos e da África do Sul, países em que a discriminação racial era, em muitos casos, prevista em leis. O prestígio do Brasil como “paraíso racial” levou o país a ser escolhido como local de realização de uma série de pesquisas sobre as relações raciais patrocinadas pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco). Essas pesquisas, realizadas em diversas regiões do

Brasil nos anos de 1951 e 1952, tinham por objetivo compreender o padrão das relações raciais no Brasil, a fim de se chegar a um modelo ideal de convivência entre diferentes raças, o qual seria contraposto aos modelos segregacionistas vigentes à época, principalmente os dos Estados Unidos e África do Sul.

Era necessário, portanto, que se adotasse uma medida forte e urgente a fim de que a boa imagem do Brasil como exemplo em termos de harmonia racial não fosse manchada. Tal medida veio em forma de lei, como uma prova de que o país não tolerava manifestações racistas e condutas discriminatórias. A Lei Afonso Arinos continha nove artigos, nos quais eram tipificadas como contravenção e cominadas as penas para condutas flagrantemente discriminatórias com fundamento em cor ou raça, tais como recusar a hospedagem, a venda de mercadorias ou a entrada em estabelecimentos públicos ou obstar o acesso de alguém a cargo público.

3.2 Solução de consenso

A conveniência política de uma lei antidiscriminatória pode ajudar a compreender a rapidez com que ela adentrou o ordenamento jurídico brasileiro: o episódio Katherine Dunham ocorreu em julho de 1950, e o projeto de lei foi elaborado no mesmo mês, sendo apresentado em plenário em setembro do mesmo ano e aprovado em julho de 1951. Essa urgência, por sua vez, em grande parte explica por que praticamente não houve discussão sobre o projeto, tendo ele sido aprovado com apenas uma emenda que em nada alterava o conteúdo essencial original. De fato, as vezes em que o projeto foi posto em discussão e votação houve apenas discursos em sua defesa, e invariavelmente os oradores exaltavam a aprovação da lei como a resposta de um país que não tolerava o racismo. Os argumentos utilizados nos discursos, fundamentados principalmente nas ideias que hoje são chamadas de "mito da democracia racial", apoiado principalmente na doutrina do sociólogo Gilberto Freyre, exaltavam a suposta tradição de harmonia racial brasileira, a qual sempre era contraposta ao racismo norte-americano e sul-africano.

As memórias do próprio Afonso Arinos são muito reveladoras da urgência na aprovação do projeto de lei e do consequente desinteresse por discussões mais profundas sobre a matéria objeto de apreciação parlamentar. Relata Arinos que, tendo ele redigido o projeto num final de semana, na segunda-feira apresentou o esboço ao amigo senador Aloísio de Carvalho, respeitado mestre do Direito Penal na época, o qual, embora salientasse algumas

deficiências técnicas do projeto, opinou pela sua aprovação imediata, prometendo se esforçar, no Senado, para que não fossem oferecidas emendas ao texto, o que retardaria sua aprovação. Ilustrativo da preocupação de Arinos na rápida aprovação do projeto é o fato de ele ter colhido, na Câmara, algumas assinaturas "representativas" de apoio ao projeto, dentre as quais se podem destacar as de Café Filho e Gilberto Freyre. Saliente-se que Arinos revelou que, na conversa que teve com Freyre, este não lhe pareceu convencido de que era oportuna uma solução legal repressiva em vista do "nosso racismo incipiente", cuja solução dependeria de um conjunto de fatores de ordem econômica e social (FRANCO, 1965, p. 178-9).

A justificação do projeto de lei, feita pelo próprio Afonso Arinos e transcrita no Diário do Congresso Nacional em 18 de julho de 1950, revela a visão que ele, como jurista, tinha sobre o direito em sua relação com os fatos sociais. Após mencionar os problemas raciais dos Estados Unidos, Arinos diz que ainda era tempo de, "por meio de uma sábia política legislativa", evitar os problemas de um racismo que começava a tomar corpo no Brasil, apesar das defesas que, no seu entender, a Constituição de 1946 oferecia contra o racismo e a discriminação racial. Para Arinos, a lei seria um instrumento de efetivação da proteção à igualdade racial garantida pelas disposições da Constituição Federal e pelos preceitos dos acordos internacionais de que o Brasil participava, os quais "ficarão como simples declarações platônicas, se a lei ordinária não lhes vier dar forças de regra obrigatória de direito" (DIÁRIO, 1950, p. 5513).

A função legislativa de antecipação e de prevenção de futuros problemas é destacada por Afonso Arinos:

> Na verdade, não se considera, hoje mais, a lei apenas como expressão de uma necessidade coletiva, ou, [segundo opinava a chamada Escola Histórica do Direito], como a fixação jurídica da evolução histórica de determinado povo. A lei é hoje, muitas vezes, um eficaz instrumento de antecipação e de orientação da evolução social, promovida pela razão moral e pelo imanente sentimento de Justiça (DIÁRIO, 1950, p. 5513).

Algumas vezes essa vocação preventiva da lei foi salientada em conjunto com a função repressiva, como se verifica em outros discursos em defesa do projeto de lei. O deputado Plínio Barreto, relator do projeto, diz em seu discurso que, embora em regra as leis devam amoldar-se aos fatos, às vezes aquelas devem andar adiante destes, e o projeto em

pauta seria um exemplo de caso de “revolta da lei contra os fatos” (PRECONCEITOS..., 1950, p. 4).

Não obstante os argumentos expostos nos discursos de justificativa da Lei Afonso Arinos digam respeito à função do direito de reprimir ou prevenir uma conduta que a sociedade repele, pode-se afirmar, junto com Carmen Silvia Fullin (1999, p. 49), que o ambiente que influenciou a criação da referida lei parece estar mais relacionado com a imagem do Brasil como país da “democracia racial” do que com o reconhecimento de um modelo de discriminação racial particular brasileiro. Dentre os fatores que corroboram essa afirmação pode-se mencionar, em primeiro lugar, a pressa na elaboração do projeto e sua transformação em lei. Ressalte-se que no final dos anos 1940 era forte o movimento reivindicatório dos direitos dos negros, inclusive no âmbito político-partidário. Conforme visto acima, houve uma tentativa de criação de uma lei contra a discriminação racial por ocasião dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1946, mas somente o episódio Katherine Dunham, de repercussão internacional, teve a força necessária para precipitar a elaboração da lei.

Em decorrência da pressa, a lei foi mal elaborada, revelando-se casuística e inadequada ao tipo de discriminação racial que acontecia no Brasil, o qual era mais insidioso do que nas situações previstas nos poucos artigos da Lei Afonso Arinos. E essa inadequação não poderia ser desconhecida dos parlamentares que aprovaram a lei, pois, conforme demonstra a pesquisa feita por Florestan Fernandes e Roger Bastide como parte do estudo patrocinado pela Unesco, mencionado acima, os próprios negros já elencavam entre os motivos de desconfiança quanto à Lei Afonso Arinos o fato de que os brancos poderiam alegar outras razões que não a cor para rejeitar ou recusar os negros (BASTIDE; FERNANDES, 1959, p. 312-316). Até mesmo a jornalista Yvonne Jean, em sua coluna no jornal Correio da Manhã, na edição de 22 de julho de 1950, conclamava a população a apoiar o então projeto de lei de Afonso Arinos e a fiscalizar o cumprimento da futura lei para que ela não se tornasse inócua, uma vez que “os racistas sabem burlar as leis”, e, por exemplo, um estabelecimento de ensino que quisesse recusar um aluno negro, não o podendo fazer em razão da cor, alegaria outro motivo, como faltarem dois centímetros para o aluno atingir a altura mínima exigida apela escola (O PROJETO..., 1950, p. 6).

Embora do exposto neste item se possa deduzir que a Lei Afonso Arinos representou muito menos uma um instrumento legal que visava, por meio de medidas repressivas, assegurar a eficácia pretendida pela Constituição de 1946 no tocante à igualdade racial, do

que uma solução política de urgência, deve-se sublinhar que ela representou o reconhecimento oficial, por parte do Estado brasileiro, da existência de práticas discriminatórias em seu território e da necessidade da adoção de medidas antidiscriminatórias. Mesmo que sua importância tenha sido mais simbólica do que em termos de eficácia social, trata-se de uma conquista da população negra que inevitavelmente deveria ser contemplada e assegurada de maneira mais enfática pela próxima Constituição democrática.

4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 é democrática já na sua gestação, pois uma característica marcante do ambiente dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte foi a participação popular e a pressão exercida por entidades representantes de grupos excluídos da participação política e até mesmo de direitos básicos de todo cidadão brasileiro. Dentre esses grupos destacam-se os deficientes físicos, as mulheres, os índios e os negros. O resultado das reivindicações desses grupos transparece no corpo do texto constitucional, o qual estabelece diretrizes que objetivam assegurar os direitos dessas minorias e sua maior integração social.

4.1 O racismo revelado

Dentre os diversos fatores que podem ajudar a compreender como o ordenamento jurídico brasileiro passou a se preocupar mais com a questão racial a ponto de este ser um tema tratado constitucionalmente, dois merecem destaque. O primeiro é o fato de o Brasil, no decorrer das últimas décadas, ter aderido a diversos tratados, pactos e convenções concernentes aos direitos humanos, inclusive quanto a questões ligadas ao racismo, o que acabou refletindo na produção legislativa, na aplicação e na interpretação do direito em consonância com valores e princípios que têm como um de seus fundamentos o respeito aos direitos humanos. Merece destaque a ratificação pelo Estado brasileiro, em 1968, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pelas Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965.

O segundo aspecto a ser salientado é o fato de a ideologia da democracia racial ser contestada de maneira científica. Nesse sentido, merecem destaque os estudos e as pesquisas que, a partir da década de 1970, têm demonstrado que a situação de inferioridade econômica e social dos negros brasileiros não deve ser atribuída apenas à herança do passado racista desde

os tempos de colônia, mas sim, a um racismo estrutural, isto é, inserido na lógica de atribuição de papéis e lugares na sociedade. Exemplo desse tipo de abordagem é a de Carlos Hasenbalg, que, em sua obra *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*, analisa o resultado de suas pesquisas sobre a relação entre cor e situação econômico-social, chegando à conclusão de que "a raça opera como um critério com eficácia própria no preenchimento, por não brancos, de lugares na estrutura de classes e no sistema de estratificação social" (HASENBALG, 2005, p.120). As conclusões dessa obra, assim como as de outros trabalhos importantes concernentes à situação sócio-econômica dos negros brasileiros, indicam que a discriminação se dá em virtude da cor, e não da pobreza.

Os resultados das análises dos dados obtidos em pesquisas sobre a relação entre cor e criminalidade revelam a situação de inferioridade dos negros em comparação com os brancos no que se refere à persecução pelo aparelho repressivo estatal. Merece destaque o estudo feito por Sérgio Adorno em São Paulo em 1990, o qual, após a análise de dados obtidos a partir de processos criminais pelos crimes de roubo, furto, tráfico de drogas e estupro, demonstrou a tendência de maior condenação de negros em relação a brancos, proporcionalmente à população de cada um desses grupos (ADORNO, 1995, p. 45-63).

Também é de se destacar o fato de que os casos de discriminação racial passaram a ser cada vez mais noticiados pela imprensa e objeto de denúncia e protesto por entidades de defesa dos direitos dos negros. Até mesmo nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte diversos parlamentares formalizaram seus protestos contra episódios em que houve preconceito e discriminação contra negros.

4.2 O racismo e a Constituinte de 1988

O reconhecimento, pela sociedade, da existência de preconceito racial no Brasil e a firme disposição de combatê-lo culminaram na redação de dois dispositivos que deixam claro esse objetivo. O primeiro é o inciso VIII do artigo 4º, que estabelece o repúdio ao terrorismo e ao racismo como um dos princípios pelos quais a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais (BRASIL, 2011, p. 15). O segundo dispositivo é o inciso XLII do artigo 5º, o qual determina que a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (BRASIL, 2011, p. 18). Cristovam Buarque, ao retratar a então recém-promulgada Constituição de 1988 como espelho de uma sociedade que busca sua própria reconstrução, expressa um pensamento que, em nossa opinião, sintetiza a

situação brasileira em relação ao racismo e às expectativas para o futuro: “Em 1988 ainda não nasce a nação brasileira. Integrada. *Desaparthaidezada*. Nasce, porém, uma sociedade com os instrumentos legais para exercer o seu civismo” (BUARQUE, 1988, p. 20; grifo nosso). E, mais adiante: “Os objetivos devem ser – país soberano, um país integrado que não viva a vergonha do apartheid que separa em dois grupos o conjunto da nacionalidade [...]” (BUARQUE, 1988, p. 21). Ao comentar o artigo 4º, VIII da Constituição, José Afonso da Silva diz que “Nele se encontra, também, o reconhecimento de que o preconceito de origem, raça e cor especialmente contra os negros não está ausente das relações sociais brasileiras” (SILVA, 2008, p. 224).

As discussões parlamentares por ocasião da votação de propostas legislativas são reveladoras da importância das consequências implicadas na adoção de medidas constitucionais de combate ao racismo, tanto no âmbito nacional quanto no nível das relações internacionais.

4.2.1 O combate ao racismo em nível nacional

As comemorações do centenário da abolição da escravatura e a pressão mundial contra o regime de apartheid sul-africano também colaboraram para que entre os constituintes de 1988 houvesse consenso sobre a necessidade da criação de mecanismos constitucionais de combate ao racismo no plano interno. É o que sugerem os discursos em plenário, como os proferidos na sessão de 13 de maio de 1987. A deputada Abigail Feitosa (PMDB – BA) discursou sobre a situação dos negros na Bahia, onde eles são maioria da população, no Brasil e na África do Sul; ela afirmou que não era o dia 13 de maio, mas sim, o dia 20 de novembro, dia da morte de Zumbi, que significava liberdade para os negros; falou sobre a desumana política de apartheid praticada na África do Sul; discorreu sobre a situação da mulher negra, da dificuldade de acesso dos negros à educação e o consequente alto índice de desemprego e de criminalidade (DIÁRIO, 1987, p. 1921). O deputado Haroldo Lima (PC do B – BA), aproveitando o ensejo da vinda do bispo sul-africano Desmond Tutu ao Brasil naquele mês, pronunciou um longo discurso condenando a política de apartheid praticada pelo governo sul-africano, enfatizando que o racismo naquele país não é apenas um costume, mas sim, um sistema institucionalizado, inscrito em sua Constituição; por fim, criticou o fato de o governo brasileiro manter relações com o governo racista da África do Sul (DIÁRIO, 1987, p. 1922).

Nesse clima foi votada a Emenda aditiva número 654, de autoria do deputado federal Carlos Alberto Caó (PDT-RJ), a qual acrescentava o parágrafo 2º ao artigo 6º do Projeto de Constituição, com a seguinte redação: "A prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei"[1354] (DIÁRIO, 1988b, p. 6.816). O discurso de Caó se concentrou principalmente na separação entre Nação e Estado: enquanto a Nação brasileira é heterogênea, pluricultural e plurirracial, o Estado brasileiro "tem uma só cara, uma só face, e é no antagonismo, na contradição entre o Estado e a Nação, é aí que está a raiz da crise brasileira" (DIÁRIO, 1988b, p. 6815). Para Caó, a determinação do racismo como crime inafiançável é imprescindível para a construção de um Estado democrático: "É com a criação de mecanismos e instituições que teremos possibilidade de construir em nosso país um Estado democrático plurirracional (sic)" (DIÁRIO, 1988b, p. 6815).

O único constituinte que discursou em defesa da emenda foi deputado José Lourenço (PFL – BA), que apenas leu um longo trecho do poema *O navio negreiro*, de Castro Alves e terminou sua fala com a seguinte frase: "Adeus!...adeus!...racismo, jamais!" (DIÁRIO, 1988b, p. 6.816). Não houve discursos contrários à emenda, a qual foi aprovada com o impressionante quórum de 521 votos a favor, apenas 3 contra e uma abstenção.

O clima de consenso sobre a necessidade de adoção de medidas práticas para repressão a condutas discriminatórias no plano interno facilitou a aprovação de um projeto de lei de autoria do mesmo Carlos Alberto Caó, que se transformaria na Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989, a qual define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Essa lei, ainda em vigor, é mais severa do que a Lei Afonso Arinos, pois tipifica as condutas nela descritas como crime e prescreve penas maiores. Não obstante a Lei Caó, como é conhecida a Lei 7.716/89, apresente alguns dos mesmos defeitos de formulação legislativa da lei antecessora, trata-se de uma rápida resposta do Poder Legislativo brasileiro em dar concretude ao compromisso de repressão ao racismo, assumido pelo texto constitucional.

4.2.2 A Constituição contra o apartheid?

Se, por um lado, a emenda do deputado Caó não enfrentou problemas para sua aprovação em virtude de aparentemente estar em harmonia com um sentimento nacional de repúdio ao racismo, o mesmo não se pode dizer da Emenda aditiva número 1.194, de autoria da deputada federal Benedita da Silva (PT – RJ), a qual acrescentava o parágrafo único ao

[1354] A redação da emenda foi mantida no inciso XLII do artigo 5º da Constituição de 1988.

artigo 4º do Projeto da Comissão de Sistematização, que tratava dos princípios pelos quais deveria reger-se a política externa brasileira, nos moldes do artigo 4º do texto definitivo da atual Constituição. O parágrafo primeiro tinha a seguinte redação: "O Brasil não manterá relações diplomáticas e nem firmará tratados, acordos ou pactos com países que adotem políticas oficiais de discriminação racial" (DIÁRIO, 1988a, p. 6694). Um fato que marcou a votação, comentado pelas manchetes jornalísticas da época e perceptível pela leitura dos anais das discussões, foi a emoção provocada pelo discurso de Benedita da Silva, entrecortado por aplausos dos parlamentares, e que se manifestou também nas discussões entre os constituintes.

Ao fazer a defesa da emenda, Benedita da Silva fez menção às recentes iniciativas de condenação formal do regime de apartheid pelos governos de João Baptista Figueiredo e José Sarney, e lembrou aos parlamentares que, por ocasião da vinda de Desmond Tutu ao Brasil, cerca de 300 constituintes foram signatários de um abaixo-assinado pedindo o corte de relações diplomáticas com a África do Sul. A deputada ressaltou a necessidade da aprovação da emenda como meio de o Brasil, como segunda maior população negra do mundo, assumir uma iniciativa concreta contra o regime segregacionista que atingia não apenas a África do Sul, mas todas as nações do mundo em que existem populações negras. Um dos momentos que causaram maior comoção foi quando Benedita, ao falar sobre as dificuldades da luta do negro contra um regime segregacionista institucionalizado, proferiu a seguinte frase: "Ser negro é lindo e quero assumir a minha negritude. Duro é ter a lei como açoite [...]", momento em que seu discurso foi interrompido por palmas prolongadas (DIÁRIO, 1988a, p. 6694). Embora o discurso da deputada tenha procurado salientar que o texto da emenda objetiva que o Brasil deixe de manter relações diplomáticas com qualquer país que adote uma política segregacionista, e não apenas a África do Sul, não se pode deixar de reconhecer que foi a repercussão da indignação mundial especificamente contra o apartheid sul-africano que mais influenciou as discussões sobre o racismo na Constituinte.

Em seguida, o deputado José Lourenço (PFL-BA) expôs argumentos contrários à aprovação da emenda: acabara de ser aprovada a não intervenção nos assuntos internos de qualquer país, a qual é um dos princípios que regem as relações internacionais, tal como inscrito no atual inciso IV do artigo 4º da Constituição de 1988. Segundo Lourenço, o meio mais efetivo de o Brasil contribuir para que regimes segregacionistas sejam derrubados seria, por meio de relações diplomáticas com esses países, "levantar, permanentemente, a nossa voz,

contra as suas políticas [...] porque o Brasil, com peso que tem no contexto mundial irá, fatalmente, influir nas mudanças que irão ocorrer" (DIÁRIO, 1988a, p. 6.695).

Em defesa da emenda, o deputado Carlos Alberto Caó salientou que não se trata de insurgir contra o governo sul-africano, mas sim, contra uma política segregacionista institucional, que opera em conformidade com a Constituição daquele país; ressaltou ainda que a lógica do Projeto de Constituição pressupunha a aprovação da emenda, uma vez que a norma programática do repúdio ao racismo como elemento constitutivo da política internacional tinha como consequência natural a condenação constitucional às políticas oficiais de discriminação. Por fim, o deputado enfatizou que a emenda não tem natureza político-ideológica, mas sim, político-ética: "Política de construção de Estado democrático e ética para as responsabilidades históricas de uma Nação brasileira que é formada na sua maioria pelos negros e descendentes de negros" (DIÁRIO, 1988a, p. 6.695).

Por fim, o deputado federal Bernardo Cabral (PMDB – AM), relator da Comissão de Sistematização, disse que se tratava, naquele momento, de política externa brasileira, assunto que, pela sua magnitude e seriedade, não poderia ser discutido em termos emocionais. Ressaltou que, embora o artigo 4º estabelecesse o repúdio ao racismo como um dos princípios basilares da política externa brasileira, a aprovação da emenda em questão "engessaria" num texto constitucional uma proibição "que nada tem a ver com a política externa brasileira". Cabral lembrou ainda o teor do artigo 59, I, daquele Projeto, que dizia ser de competência exclusiva do Congresso Nacional a aprovação ou não de tratados, convenções e acordos internacionais[1355] (DIÁRIO, 1988a, p. 6.695-6).

O resultado da votação refletiu a dificuldade de decidir entre duas alternativas que têm importantes implicações jurídicas, políticas e ideológicas: de um lado, a aprovação da emenda, o que levaria o Brasil a romper as relações diplomáticas não apenas com a África do Sul, mas com todos os países que na época adotavam, expressa ou tacitamente, políticas de segregação racial. Essa escolha poderia acarretar efeitos de natureza política e econômica indesejáveis, tais como embargos econômicos a determinados países, além de pelo menos um problema de natureza jurídica, a saber, a possível contradição entre o teor da emenda e o princípio da não intervenção em outros Estados, enunciado atualmente no inciso IV do artigo 4º da atual Constituição. No entanto, a aprovação da emenda teria um significado simbólico muito importante, pois representaria a manifestação da população brasileira, expressa na Constituição, de veemente repúdio não somente à discriminação racial praticada em outros

[1355] Cf. artigo 49, I, da Constituição de 1988.

países, mas também àquela praticada em território brasileiro; dessa maneira, a aprovação da emenda implicaria não apenas a adoção de uma rígida postura antirracista em termos de política externa, mas também, um compromisso da nação brasileira consigo mesma: assumir sua identidade de país plurirracial e eliminar de vez o racismo, que se constituía num obstáculo à plena democracia.

A segunda alternativa, a rejeição da emenda, representava a opção por uma ação política mais cautelosa e de busca de diálogo e negociação, que sempre marcou a atividade diplomática brasileira. Representava também a opção pela coesão sistemática da Constituição, reservando-se ao Congresso Nacional a competência para decidir sobre o rompimento das relações diplomáticas com determinados países e outras medidas específicas que objetivem dar concretude a normas de natureza programática, como a inscrita no inciso VIII do inciso 4º da atual Constituição, o repúdio ao racismo e ao terrorismo. Por outro lado, a rejeição da emenda poderia representar, perante a comunidade internacional, a hesitação em adotar medidas práticas que refletissem a ênfase com que o governo brasileiro vinha condenando o regime de apartheid. E, aos olhos dos milhões de negros brasileiros, representaria a falta de vontade oficial para lidar com a questão da discriminação racial, que ainda se constituía num problema interno.

Dos 452 parlamentares presentes à votação, 265 votaram a favor da emenda, 166 contra e houve 21 abstenções; não tendo sido alcançado o quórum constitucional de 280 votos, a emenda foi rejeitada. O processo de votação da emenda proposta por Benedita da Silva leva-nos a refletir sobre a propriedade da exigência de quórum qualificado quando se trata da elaboração de normas constitucionais, principalmente quanto a questões polêmicas e que suscitam emoções nos constituintes, como é o caso do racismo e da discriminação racial.

CONCLUSÕES

1 Conclusões articuladas

1.1 A temática do racismo e da discriminação racial mostrou-se relevante por ocasião das discussões das Constituições de 1946 e 1988. Porém, a maior diferença entre esses dois momentos históricos está em que, por ocasião dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1946, a ideologia da democracia racial exercia enorme influência na representação que a sociedade brasileira tinha de si mesma, a de um país em que as diferentes

raças conviviam harmoniosamente. Essa visão, aliada à conveniência política de continuar ostentando perante o mundo a imagem do Brasil como um "paraíso racial", impediu que o problema das relações raciais brasileiras fosse discutido de maneira mais ampla e se tornasse objeto de uma tutela constitucional mais efetiva. Nesse contexto, a Lei Afonso Arinos representa o momento em que o direito brasileiro se viu forçado a contemplar o problema das relações raciais de maneira mais incisiva. Já durante os trabalhos da Constituinte de 1988, a ideologia da democracia racial estava em processo de desconstrução e o racismo tornou-se importante objeto da agenda política brasileira, a exemplo do que ocorria no contexto internacional. Isso influiu para que a Constituição Federal de 1988 se preocupasse em estabelecer as diretrizes de combate ao racismo tanto no âmbito interno quanto no externo.

1.2 A análise das discussões parlamentares por ocasião dos trabalhos constituintes ajuda a compreender a posição da sociedade brasileira perante o preconceito e a discriminação racial. Na época da Constituinte de 1946, embora se admitisse a ocorrência de práticas discriminatórias contra os negros em solo brasileiro, os discursos dos parlamentares, refletindo a visão da sociedade sobre o racismo, em sua maioria consideravam essas práticas como estranhas ao pretenso padrão harmônico das relações raciais brasileiras, o qual era contraposto ao racismo institucional norte-americano e sul-africano. Tais discursos sempre exaltavam a contribuição do negro à sociedade brasileira, condenavam as teorias racistas e consideravam o Brasil como exemplo em termos de convivência inter-racial harmônica. Nem mesmo a necessidade da elaboração da Lei Afonso Arinos mudou o tom dos discursos, pois inicialmente ela foi retratada apenas como uma medida necessária à prevenção de um mal que ameaçava instalar-se na sociedade brasileira. Por outro lado, as discussões na Constituinte de 1988 revelaram uma sociedade consciente da persistência do preconceito racial no Brasil e da difícil situação econômico-social do negro brasileiro, bem como da necessidade de que a igualdade racial seja um objetivo estabelecido pela Constituição e alcançado por medidas legislativas e políticas concretas.

1.3 A partir das considerações feitas acima sobre as discussões parlamentares fica claro ainda que não apenas o mérito político e social de determinada proposição, mas também suas implicações de ordem técnico-jurídica podem influir na aprovação de uma norma constitucional. Em ambas as Constituintes, principalmente na de 1946, é perceptível o esforço

dos parlamentares em manter determinada lógica sistêmica da Constituição, ainda que à custa do sacrifício da aprovação de uma norma que em tese poderia expressar mais fielmente a vontade popular. Essas considerações instam à reflexão sobre em que medida a atividade legiferante no Brasil prioriza a forma em detrimento do conteúdo de uma norma. No caso específico da temática racial, pode-se pensar sobre se essa tendência se insere no mecanismo ideológico de atribuição de lugares e papéis na hierarquia social, da qual historicamente os negros brasileiros têm ocupado os níveis mais baixos.

2 Conclusão geral

As considerações feitas neste trabalho permitem concluir que a comparação entre as Constituições de 1946 e 1988 mostra a evolução da conscientização da sociedade brasileira quanto à existência do racismo no Brasil e à necessidade de enfrentá-lo. De fato, os discursos na Constituinte de 1988 são mais enfáticos no reconhecimento de práticas discriminatórias em solo brasileiro e na disposição para a adoção de medidas políticas e jurídicas para combater esse problema. Porém, tais considerações mostram também a existência de obstáculos de natureza política, ideológica e até mesmo técnico-jurídica que podem impedir que as disposições constitucionais acerca do racismo e da discriminação racial reflitam a posição da sociedade quanto à questão e, principalmente, que se contemplem os anseios e os problemas de uma parcela da população brasileira nada desprezível em termos numéricos.

Conclui-se ainda que as discussões parlamentares de ambas as Constituintes revelam uma tendência negativa que ainda marca a vivência da Constituição atual: a vontade social é supostamente expressa no texto constitucional, mas este muitas vezes não tem a força para se impor no plano fático. No caso específico da temática racial, pode-se afirmar que os textos constitucionais expressam o desejo da sociedade, muito mais amadurecido em 1988, de lutar contra o racismo. Mas as próprias discussões parlamentares indicam a tendência de exaltar esse desejo social e, paradoxalmente, pouca disposição de concretizá-lo. Assim, essas discussões parecem refletir o que muitos estudiosos das relações raciais consideram uma ambiguidade da sociedade brasileira em relação ao racismo e à discriminação racial: de repúdio expresso e de aceitação tácita.

Assim como na época da promulgação da Constituição de 1946 a ideologia da democracia racial ocultava a discrepância entre um discurso de harmonia racial e uma prática discriminatória, por ocasião da promulgação da Constituição de 1988 essa ideologia ainda não

havia sido sepultada, e por muitos anos ainda se verificou a distância entre o discurso e a realidade, como atestam as pesquisas e os indicadores sociais, bem como a pouca efetividade da Lei Caó na prevenção e repressão a práticas discriminatórias. Talvez algumas medidas práticas adotadas atualmente, tais como a política de cotas, possam reduzir a distância entre o discurso e a prática social e ajudar a alcançar o objetivo constitucional de erradicação das desigualdades, incluindo as motivadas por preconceito de cor e raça, em consonância com a vontade popular expressa pelos seus representantes constituintes.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos Estudos*

CEBRAP, São Paulo, n. 43, p. 45-63, nov. 1995.

ANAIS DA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1946. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/constituinte_principal.asp>. Acesso em: 09 jun. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Brancos e negros em São Paulo*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Nacional, 1959.

BRASIL. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil: de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 17 jun. 2013.

_____. Constituição (1967). Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 124 de janeiro de 1967. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 09 jul. 2013.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUARQUE, Cristóvam. A perfeição inacabada. In: GURAN, Milton (org.). *O processo constituinte 1987/1988*. 216 p. Brasília: AGIL, 1988, p. 17-21.

DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Ano I, n. 59. Brasília: Senado Federal, 14 mai. 1987. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20a.asp?selCodColecaoCsv=R&Datain=14/5/1987>. Acesso em: 08 jul. 2013.

_____. Ano II, n. 173. Brasília: Senado Federal, 29 jan. 1988. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20a.asp?selCodColecaoCsv=R&Datain=29/1/1988>. Acesso em: 08 jul. 2013.

_____. Ano II, n. 176. Brasília: Senado Federal, 3 fev. 1988. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20a.asp?selCodColecaoCsv=R&Datain=3/2/1988>. Acesso em: 08 jul. 2013.

DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1950. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD18JUL1950.pdf#page=44>. Acesso em: 09 jun. 2013.

DOMINGUES, Petronio. Movimento Negro Brasileiro: alguns apontamentos históricos. *Tempo*, n. 23, p. 100-122, mar. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/tem/v12n23/v12n23a07>. Acesso em: 12 jul. 2013.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *A escalada*: memórias. Rio de Janeiro: José Olympio, 1965.

FULLIN, Carmen Silvia. *A criminalização do racismo*: dilemas e perspectivas. 1999. 128 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – USP, São Paulo, 1999.

HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. Tradução de

Patrick Burglin. 2. ed. Belo Horizonte: UFMG, 2005.

NASCIMENTO, Abdias. *O negro revoltado*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

O PROJETO Afonso Arinos. *Correio da Manhã*, Rio de Janeiro, 22 jul. 1950, p. 6.

PRECONCEITOS de raça e de cor. *O Estado de São Paulo,* São Paulo, 8 ago. 1950, p. 4.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SKIDMORE, Thomas E. *Brasil*: de Getúlio a Castello (1930-64). Tradução de Berilo Vargas. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

A COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A SOLUÇÃO PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Amanda Querino dos SANTOS[1356]

Guilherme Barbosa da SILVA[1357]

RESUMO

Os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, não se encontram lá simplesmente por mera disposição funcional, mas sim para que se possa garantir o Estado Democrático de Direito. Verifica-se, entretanto, que os direitos fundamentais não possuem grau de hierarquia entre eles, desta forma, o presente artigo tem por objetivo refletir sobre algumas dificuldades apontadas pelos doutrinadores para a efetivação de tais direitos quando há colisão entre duas ou mais garantias fundamentais. Abordará sobre a importância destes direitos para o atual sistema constitucional. Dentre os direitos previstos no rol do artigo 5º, da Constituição, o artigo abordará, de forma sucinta, sobre dois deles, quais sejam: liberdade de informação e presunção de inocência. Analisará o conflito que pode existir entre os dois institutos, principalmente quando os meios de comunicação em massa, utilizando-se de seu direito à informação, expõem fatos de forma a não respeitar as demais garantias constitucionais. Por fim, diante das dificuldades a serem apresentadas, pretende-se discutir sobre a possibilidade de ponderação de um princípio em demasia de outro, utilizando-se de técnicas desenvolvidas por doutrinadores, embasados na própria Constituição Federal, para que assim se efetive o verdadeiro Estado Democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais; Estado Democrático de Direito; Ponderação.

ABSTRACT

Insculpidos fundamental rights in the Constitution of 1988, are not there simply for mere functional layout, but so that we can ensure the democratic rule of law. It appears, however, that fundamental rights have no degree of hierarchy between them, this way, this article aims to reflect on some difficulties pointed out by scholars for the realization of these rights when there is a collision between two or more basic guarantees. Discuss the importance of these rights for the current constitutional system. Among the list of rights under Article 5 of the

[1356] Acadêmica de Direito pela Faculdade do Norte Pioneiro – FANORPI.
[1357] Assistente II de Juiz de Direito vinculado à Vara Criminal da Comarca de Santo Antônio da Platina/PR (TJPR).

Constitution, the article will discuss, briefly, about two of them, namely: freedom of information and the presumption of innocence. Examine the conflict that can exist between the two institutes, especially when the means of mass communication, using their right to information, in order to expose facts not respect other constitutional guarantees. Finally, given the difficulties to be presented, we intend to discuss the possibility of a weighting principle too much of another, using techniques developed by scholars, based on the Federal Constitution, so that the true state is effected democratic.
KEYWORDS: Fundamental Rights; Rule of Law; Weighting.

INTRODUÇÃO

Num Estado Democrático de Direito não há como se imaginar sua efetividade sem as garantias constitucionais, sem a existência de princípios constitucionais.

O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise sucinta de, em especial, dois desses princípios constitucionais, demonstrando ainda que não há aplicação absoluta de referidos institutos, e que, no caso em concreto deverá preponderar um determinado princípio em relação a outro.

A Constituição da República, promulgada em 1988, instituiu, a todos os cidadãos brasileiros, diversas garantias e direitos fundamentais, insculpidos no artigo 5º, dentre outros dispositivos inseridos na Lei Maior.

O que ocorre é que a Constituição não garante a todos a aplicabilidade irrestrita, pois, se o contrário fosse, não haveria modo de se garantir todos os direitos elencados, a todos os cidadãos brasileiros.

Por fim, o artigo traz uma das formas para a resolução deste conflito, através da aplicação da técnica da ponderação, desenvolvida por Robert Alexy.

1. DOS DIREITOS E PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Pode-se entender por direitos fundamentais, como sendo aqueles intrínsecos à própria condição humana. Cumpre destacar antes de tudo, que, os direitos fundamentais, nos dizeres de Canotilho possuem:

> A função de direitos de defesa dos cidadãos sob um a dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual;(2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negati) (1993, p. 541).

Entretanto não basta a Constituição especificar os direitos se não houver verdadeira efetividade de tais direitos. Neste sentido, afirma Washington Luiz Testa Júnior:

> É consensual a idéia de que não basta os direitos estarem proclamados se não forem efetivados, isto é, realmente usufruídos. É nos dizeres de Bobbio, 'a passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado' ou ainda que 'não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, mas qual o modo mais seguro para garanti-los' (2011,p. 37).

E para que se possa garantir a efetividade, completa:

> Para tanto, socorre-se da concepção doutrinária iniciada como segundo pós-guerra e reforçada nos dias atuais, ou seja, o neoconstitucionalismo cuja força normativa constitucional e estrutura principiológica propiciam o desapego ao positivismo exacerbado e a inclinação para uma jurisdição mais efetiva na tutela dos direitos fundamentais (2011, p. 37).

Ocorre que em diversos casos, rotineiramente, nos deparamos com o conflito entre os próprios princípios instituídos pelo Poder Constituinte. E, desde que os direitos fundamentais foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico, surgiu ampla discussão sobre os limites que devem ser impostos a determinados princípios e de qual forma impor.

Como ensina Robert Alexy "*princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas*" (2008, p. 117). Entretanto, a doutrina muito diverge sobre tal conceito, tendo em vista os longos anos de estudo sobre o tema.

Importante destacar também que conceituar algum instituto jurídico é sempre tema de muita discussão, haja vista o direito ser um fenômeno histórico cultural.

Neste sentido, explana Luís Roberto Barroso:

> (...) O papel do cientista natural é a descrição de sistemas reais, do modo deser de determinado objeto. O Direito não é uma ciência da natureza, masuma ciência social. Mais que isso, é uma ciência normativa. Isso significaque tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a em função decertos valores objetivos. O Direito visa a criar sistemas ideais: não se limitaa descrever como um determinado objeto é, mas prescreve como ele deveser (2008, p. 188-189).

O supracitado autor, afirma ainda que "*há direitos fundamentais que assumem a forma de princípios (liberdade, igualdade) e outros a de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não são direitos fundamentais (livre-iniciativa)*" (2007, p. 10).

O presente artigo abordará, de forma bem específica, sobre dois dos direitos garantidos constitucionalmente, quais sejam o direito à Liberdade de Informação e ainda o da Presunção de Inocência.

É preciso, antes de tudo, analisar cada um destes dois princípios especificando suas características, para melhor compreensão do tema.

2. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO

A liberdade de informação tem como fundamento o artigo 5º, incisosXIV e XXXIII, da Constituição Federal.

Determina o inciso XIV, do artigo supracitado, que é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Com tal inciso encontramos o direito de informar e o de ser informado.

Alexandre de Moraes expõe da seguinte maneira sobre o tema:

> O direito de receber *informações verdadeiras* é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófico, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos (2007, p. 164).

É certo que a liberdade de informação, garantia constitucional, pode ser subdivida em três subtipos, quais sejam o direito de repassá-la, de buscá-la e de ser informado. Luiz Alberto Davi Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, citando Canotilho e Vital Moreira, mostram a diferença substancial entre eles:

> O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de difundi-las sem impedimento, mas pode também revestir uma forma positiva, enquanto direito a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de recolha da informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar; é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequada e verdadeiramente informado (2006, p. 144).

Entendido então que não poderá o Poder Público, ou mesmo qualquer pessoa, criar obstáculos (impedimentos) para que o cidadão exerça o direito de se informar, nem de repassar a informação. Todavia, deverá ser resguardado o sigilo de determinadas matérias, conforme determinado na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXIII.

Sobre as diversas formas de informação, Washington Luiz Testa Júnior, nos mostra que:

> Na Constituição brasileira, o direito de se informar tem previsão no inc. XIV do art. 5º ao dizer do '*acesso à informação*', o direito de ser informado vem do inc. XXXIII do art. 5º quando diz que '*todos têm direito a receber [...] informação*', e o direito de informar pelo art. 220 que assegura meios de expressão e veiculação da informação (2011, p. 80).

Assim verificamos que a Constituição Federal garantiu explicitamente todas as diversas formas de se materializar o direito à liberdade de expressão, por meio de diversos incisos de seu artigo 5º.

Ana Lúcia Menezes Vieira também conceitua a liberdade de informação como sendo:

> (...) um direito pessoal, individual, que 'compreende a procura, o acesso, o recebimento e difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer'. Em contrapartida, o direito à informação assume um caráter coletivo: "direito da coletividade à informação". A liberdade de manifestação do pensamento, quando se dá mediante os meios de comunicação de massa, adquire um caráter coletivo – é a caracterização moderna do *direito de comunicação*, que se concretiza pela mídia (2003, p. 30).

Vale lembrar que quando o direito a informação é exercido, o mesmo deve ser utilizado sem qualquer tom influenciador, mas sim tão somente de repassar ao receptor o real acontecimento dos fatos, a verdadeira informação.

A liberdade de informação, que faz parte de um outro direito, qual seja o da liberdade de expressão, deve ser o exercido de forma clara e transparente, sem tentar persuadir o receptor da mensagem.

Maria Lúcia Menezes Vieira mostra a diferença entre a liberdade de expressão e informação:

> Há na doutrina uma preocupação em fixar distinção entre a liberdade de expressão e de informação. Para Luís Gustavo Castanho de Carvalho, a divulgação de um pensamento, uma ideia, uma opinião, é necessariamente parcial, enquanto a divulgação de fatos, dados objetivamente apurados – característica da informação –, deve ser despida de qualquer apreciação pessoal. Diz ele 'em um jornal escrito, tanto pode haver informação ou expressão, mas, quando tratar-se da primeira, impõe-se, necessariamente, transparência. Usualmente, a opinião é divulgada em seções próprias, como o editorial para as opiniões, as *charges* para a expressão artística, também reveladora de uma opinião etc. Mas não é o local que importa, mas a transparência. (...) é preciso não confundir as duas essências: a informação e expressão. Elas quase sempre coexistem em um mesmo veículo, com maior ou menor iteração, mas devem ser examinadas sob pontos de vista diametralmente opostos: uma é imparcial, outra é parcial; uma tem a função social de contribuir para a elaboração do pensamento, a outra tem a função social de difundir um pensamento ou um sentimento já elaborado. São fronteiras tênues, mas existentes, e que não devem ser ultrapassadas' (2003, p. 25).

Certo é que entre a expressão e a informação, apesar de muito tênue a diferenciação, se tem que na liberdade de informação, quando se é utilizada dessa garantia, a informação a ser repassada deve ser a verdadeira, a coesa e sem qualquer grau de julgamento, sem qualquer juízo de opinião.

Não se pode analisar a liberdade de informação sem que se esbarre no direito à honra, à inviolabilidade da vida privada. Assim, Alexandre de Moraes preceitua:

> A manifestação do pensamento, a criação, a expressão, a informação e a livre divulgação dos fatos devem ser interpretadas em conjunto com a inviolabilidade à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), bem como com a proteção à imagem (CF, art. XXVII, *a*), sob pena de responsabilização do agente divulgador por danos materiais e morais (CF, art. 5º, V e X) (2007, p. 196-197).

O direito de informação garantido trata da informação verdadeira, devidamente apurada. Porém, é preciso que a informação repassada à população não interfira em outros direitos garantidos. Não se pode olhar para o direito à informação e utilizá-lo sem fronteiras.

Assim ensina Marinela Chauí: "*Verdadeiro se refere, portanto, à linguagem como narrativa de fatos acontecidos, refere-se a enunciados que dizem fielmente as coisas tais como foram ou aconteceram. Um relato é veraz ou dotado de veracidade quando a linguagem enuncia os fatos reais"* (2008, p. 96).

Vale lembrar ainda, que a própria Constituição garante um remédio constitucional que assegura ao cidadão o conhecimento de informações, relativas à própria pessoa impetrante, constantes em bancos de dados ou qualquer tipo de cadastro público ou que se equipar ao público. Tal garantia encontra-se prevista no artigo 5º, inciso LXII, alínea *a*, da Carta da República e recebe a denominação de *habeas data*.

É interessante ainda mencionar que o artigo 220, §1º, da Constituição Federal garante o chamado direito de informação jornalística, desdobramento de um dos direitos à informação.

Alguns doutrinadores, dentre eles, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, entendem ser, a liberdade de informação jornalística, um dos pressupostos para um verdadeiro Estado democrático de direito:

> A existência de uma opinião pública livre é um dos primeiros pressupostos da democracia de um país. Só é possível cogitar a opinião pública livre onde existe liberdade de informação jornalística. Por isso, entende-se que esta, mais do que um direito, é uma garantia institucional da democracia (2006, p. 146).

Desta feita, quando uma notícia é veiculada, é transmitida aos seus receptores, o que ocorre é a efetivação do direito de informação, amplamente garantido.

Por fim, é importante delinear que há muito tempo o direito de informação é tido como um direito fundamental do homem. Já na Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 26 de agosto de 1789, se tinha garantido a livre comunicação dos pensamentos e opiniões.

Maria Lúcia Menezes Vieira mostra que:

> A partir da Segunda Guerra Mundial, visando a alcançar a proteção interestatal dos direitos humanos, ante as violações cometidas pelos próprios Estados, surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948), a qual estabelece, em seu art. 19, que 'todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e deias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras'. Defendia-se a necessidade de inclusão da liberdade de informação, de manei8ra mais ampla e categórica do que a que constou na Declaração Universal de 1948, uma vez que essa liberdade já era considerada direito fundamental e pressuposto de outras liberdades defendidas pela ONU (2003, p. 36).

Há muito tempo a liberdade de informação é tida como um dos direitos mais importantes do homem, razão pela qual não deve o Estado impor barreiras para que o mesmo busque ver garantido seu direito.

3. PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA

O princípio da presunção de inocência, por sua vez, encontra fundamento no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal e traz que: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Vale lembrar, a título histórico, que o princípio da presunção de inocência foi estabelecido no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. E ainda, no artigo 11.1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que dispõe que: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa"

É certo que tal garantia disponível ao cidadão visa a tutela de direito ainda maior, o da liberdade pessoal.

Esta garantia é uma garantia relativa, visando que o indiciado tenha uma instrução processual penal adequada, resguardando o direto a ampla defesa e ao contraditório, podendo, todavia, no decorrer da instrução criminal até o final, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, onde se é exercido o poder *jus puniendi* do Estado, restar comprovado o contrário, tornando o então relativamente inocente em definitivamente culpado.

Neste sentido, Alexandre de Moraes mostra que:

> O princípio da presunção da inocência consubstancia-se, portanto, no direito de não ser declarado culpado senão mediante sentença judicial com trânsito em julgado, ao término do decido processo legal (*due processo of law*), em que o acusado pôde utilizar-se de todos os meios de provas pertinentes para sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório) (2007, p. 340).

Como a inocência do indiciado é presumida, cabe ao membro do Ministério Público o ônus da prova, restando para o indiciado o seu direito de contraditório para aniquilar tais provas.

É preciso destacar que referido princípio possui estreita relação com outros princípios fundamentai. O supracitado autor explana que:

> A existência de interligação entre os princípio da *presunção de inocência, juiz natural, devido processo legal, ampla defesa e contraditório* é, portanto, ínsita ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequencia de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-á obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, afastando-se, portanto, a presunção constitucional da inocência (2007, p. 278).

Vale dizer que para alguns estudiosos do direito, tal garantia deveria receber outra nomenclatura, qual seja a da não culpabilidade e não da presunção da inocência, é o que se encontra no livro de Pedro Lenza, quando analisa Bechara e Campos:

> (...)‘melhor denominação seria princípio da não culpabilidade. Isso porque a Constituição Federal não presume a inocência, mas declara que ninguém será considerado culpado antes de sentença condenatória transitada em julgado’ (2010, p. 786-787).

Embora alguns doutrinadores entendam a culpabilidade ser a melhor denominação, ainda prevalece a presunção de inocência, como a melhor nomenclatura a ser utilizada.

4. DA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS

A *priori* é imprescindível destacar que todos os direitos fundamentais dispostos na Constituição Federal, em especial àqueles previsto no rol dos direitos e deveres individuais e coletivos, prescindem de aplicabilidade imediata, conforme determina o parágrafo primeiro, do artigo 5º, da Magna Carta.

Sobre a aplicação imediata de tais preceitos, Ingo Wolfgang Sarlet afirma:

> Parte da doutrina ainda foi bem além,sustentando o ponto de vista segundo qual a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF estabelece a vinculação de todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, no sentido de que os primeiros estão obrigados a aplicá-los, e os particulares a cumpri-los, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo. Da mesma forma, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia. A falta de concretização não poderá, de tal sorte, constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que **o Judiciário (...) não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos**

> **fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização**, valendo-se do instrumental fornecido pelo art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, de acotdo com o qual: 'Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acortdo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito' (2012, p; 268-269) sem grifos no original.

Cumpre ressaltar que não só o artigo 4º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, agora denominada como Lei de Introdução às Normas ao Direito Brasileiro, autoriza o juiz a decidir caso não haja expressão regulamentação, como também dispositivo no Código de Processo Civil e ainda no Código de Processo Penal.

Como descrito linhas acima, a Constituição Federal, de 1988, é considerada por muitos doutrinadores, como uma carta garantista, tendo inclusive recebido a denominação de "Constituição Cidadã".

Todavia, é sabido que não há direito ou garantia absoluto. As garantias ali resguardadas são relativas e poderão sofrer certas limitações por parte do poder judiciário, com base no caso concreto.

Neste sentido, Eduardo Cambi afirma:

> Além disse, todos os direitos fundamentais são, por sua própria natureza, limitados. Não há direitos fundamentais absolutos. São dotados por imanente reserva geral de ponderação, porque, independentemente da forma e da força constitucionais que lhe são atribuídas, podem ter de ceder diante da maior força ou peso que apresentar, no caso concreto, os direitos, os bens, os princípios ou os interesses em sentido contrário (2011, p. 445).

Como apresentado, os direitos e garantias individuais têm como uma de suas características a limitabilidade, ou seja, como os direitos não são absolutos, possuem certa limitação, pode ocorrer um choque entre os direitos garantidos, onde o exercício de um pode implicar certa invasão da proteção de algum outro.

Pedro Lenza, utilizando das características apresentadas por David Araújo e Serrano Nunes Júnior mostra que:

> Limitabilidade: os direitos fundamentais não são absolutos (relatividade), havendo, muitas vezes, no caso concreto, conflito de interesses. A solução ou vem discriminada na própria Constituição (ex.: direito de propriedade *versus* desapropriação), ou caberá ao intérprete, ou magistrado, no caso concreto, decidir qual direito deverá prevalecer, levando em consideração a regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição (2010, p. 742).

De certo que quando dois, ou mais, princípios fundamentais estiverem em conflito, caberá ao magistrado competente a resolução daquela lide, preponderando ambos os princípios e verificando, no caso concreto, qual deles deverá ter prevalência sobre o outro.

De acordo com o que nos ensina Rorbert Alexy:

> Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, de ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras que dão precedência à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra sustentada pelo princípio mais importante (2002, p. 43).

A doutrina aponta diversas regras de interpretação constitucional visando auxiliar o intérprete da lei. Assim expõe Vicente Ráo, citado por Alexandre de Moraes:

> A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos eleis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do

> direito, para efeito de sua aplicação a interpretação, por meio de regras e processos especiais procura realizar praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam (2011, p. 4).

Cabe ao magistrado, ao se deparar com um conflito, a ponderação entre um determinado direito fundamental e o outro, conforme a análise do caso concreto.

Para que a decisão do magistrado seja considerada válida, necessário se faz a aplicação de coerência nos critérios que foram utilizados pelo juiz. Tal ponderação se insere em um procedimento racional (CAMBI, 2011, p. 447).

Desta forma o juiz togado, utilizando-se da técnica da ponderação, deverá definir qual dos direitos tem obrigação de, certa forma, prevalecer sobre outro. Sobre tal técnica, é preciso afirmar que:

> A técnica da ponderação foi desenvolvida, na Alemanha, a partir da decisão do caso Luth, em 1958. Erich Luth, em uma conferência entre produtores e distribuidores de filmes para cinema, convocou o público alemão, os donos de casas de cinema e os produtores de filme a boicotarem os filmes produzidos, após 1945, por Veit Harlan, pois ele fora o diretor nazista de maior destaque. Luth se referia, especialmente, ao filme *Jud Suss*, considerado o líder da propaganda nazista antissemita. O Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu que Luth deveria deixar de promover qualquer boicote ao novo filme de Harlam, *Amante Imortal* (Unsterbliche Geliebte). O Tribunal de Hamburgo fundamentou sua decisão no art. 826 do Código Civil alemão, proibindo o incitamento ao boicote. Luth apresentou queixa constitucional contra esta decisão e a Corte Constitucional Federal alemã considerou que a incitação a tais filmes estava protegida *prima facie* pela liberdade de expressão garantida no art. 5º da Lei Fundamental de Bonn. A Corte Constitucional procedeu a um balanceamento entre aliberdade de expressão e o disposto no art. 826 do Código Civil, pelo qual ‘aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo’. Apesar de considerar que Luth não poderia evitar o soerguimento de Harlan, como grande diretor de cinema, o qual teria passado por um processo de

> ‘desnazificação’, e não havia sido condenado criminalmente por nenhum crime de guerra, entendeu a Corte Constitucional que Luth tinha razão e que o art. 826 do Código Civil alemão deveria ser interpretado no sentido de dar prioridade ao princípio da liberdade de expressão, em detrimento de considerações constitucionais colidentes (CAMBI, 2011, p. 452-453).

O surgimento de tal técnica, demonstra claramente que não são raras as vezes em que direitos/princípios, quiçá fundamentais, irão se colidir. Desta forma, o magistrado deve analisar o caso em questão e decidir de acordo com a ponderação dos princípios restringindo assim, um em face do outro.

É importante destacar ainda que o fato dos direitos fundamentais se colidirem e ter que se decidir, balanceando-os, não é um risco para eles. Deve ser considerado como um meio necessário para que possa haver maior proteção aos direitos.

O supracitado autor afirma ainda:

> Dependendo das circunstâncias concretas e dos bens jurídicos em colisão, podem ter que ceder. Todos são, por sua própria natureza, limitador. São dotados por imanente *reserva geral de ponderação*: independentemente da forma e da foca constitucionais que lhe são atribuídas, podem ter de ceder diante da maior força ou peso que apresentarem, no caso concreto, os direitos, os bens, os princípio ou os interesses de sentido contrário (2011, p. 453).

Com relação aos princípios especificamente abordados neste trabalho (liberdade de informação *versus presunção de* inocência) é preciso destacar que:

> Quando a Constituição estabelece, no art. 220, *caput*, que a expressão e a informação ‘*não sofrerão qualquer restrição’*, ou no seu § 1º, que nenhuma lei conterá ‘*embaraço à plena liberdade de informação jornalística*’, traz autonomia a esse direitos e impede restrições, mas as gerais e abusivas, o que é muito bem-vindo.

> Todavia, isso não deve ser interpretado na literalidade fria gramatical, pois não é a *mens constituciones*, até porque expresso na parte final da cabeça do mesmo artigo que '*observado o disposto nesta Constituição'*, quer dizer (e não cabe o contrário): desde que em harmonia com todo o sistema constitucional positivo (TESTA JÚNIOR, 2011, p. 76-77).

É possível verificar, em diversos dispositivos, que a própria Constituição Federal estabeleceu certos limites aos direitos fundamentais. É por exemplo o que acontece como direito à informação, que é constitucionalmente garantido, mas também recebe limitações ou certo tipo de sanção, como ocorre no artigo 5º, inciso V: *"é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem;"*. Ou ainda o disposto no inciso X, que afirma que: *"são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem daspessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"*.

Os dispositivos acima citados são exemplos da Teoria Interna, onde não há influências externas. São os chamados limites imanentes, aqueles definidos pela própria Constituição Federal.

Um exemplo da aplicação de tal limite pelo Pretório Excelso foi o julgamento do Habeas Corpus nº 82.424/RS, julgado em 17 de setembro de 2003, onde o Ilustre Ministro Relator Moreira Alves, afirmou:

> (...) Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica,observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica (Habeas Corpus nº 82.424-2/RS – Relator Ministro Moreira Alves – Julgamento em 17.09.2003).

Com relação ao direito penal, quando se é divulgado um fato típico, um crime cometido, muitas vezes o princípio da informação acaba por colidir com o princípio da presunção da inocência do acusado, tendo em vista que o órgão midiático acaba por expor informações que faz com que a sociedade o condene, antes de se ver processado,tendo garantido o devido processo legal.

Ana Lúcia Menezes Vieira expõe sobre o tema:

> A exigência de informação, que encontra suas raízes na previsão constitucional da liberdade de expressão das ideias, bem como a necessidade de um procedimento público como garantia da independência e imparcialidade do órgão julgador, que é pressuposto do justo processo, por vezes podem conflitar com o direito à honra, à privacidade e à intimidade das pessoas envolvidas no procedimento criminal. Os órgãos de informação devem atuar com a maior liberdade possível, contudo, não podem violar princípio basilares do processo penal, substituindo o *due processo of law* por um julgamento sem processo, paralelo e informal, mediante os meios de comunicação (2003, p. 19).

Não pode a mídia exercer o papel do Poder Judiciário, embora, muitas vezes, é o que acontece, tirando do acusado seu direito à ampla defesa e ao contraditório, divulgando notícias que não condizem com a realidade dos fatos.

A supracitada autora mostra ainda que os danos que tais notícias podem causar ao infrator são, na maioria das vezes, irreversíveis:

> Os excessos que envolvem a informação nos meios de comunicação, cobertos pelo manto da liberdade de imprensa, podem causar danos irreparáveis ao direito de defesa e à presunção de inocência do acusado, à pretensão punitiva estatal e às garantias fundamentais, relacionadas na Carta Magna, que dizem respeito à dignidade de cada indivíduo. Na interação entre o princípio da publicidade processual e os meios de informação “estão implicados alguns dos mais complexos problemas da política processual penal atual”. Quando se pensa no indiciado em uma

> investigação policial, ou acusado de um processo crime, o julgamento pelos meios de comunicação de massa pode atingir proporções graves e irreparáveis na vida, dignidade e honra dessas pessoas que terminam, por vezes, condenados pela opinião pública (2003, p. 19-20).

A mídia acaba por condenar um infrator sem nem mesmo ter sido julgado por quem possui o verdadeiro *jus puniendi* do Estado, o Poder Judiciário. A mídia, quando atua da maneira exposta, "apresenta-se como um poder tirano na formação da opinião pública e impõe-se como proprietária de uma verdade construída, ultrapassando sua verdadeira função social (VIEIRA, p. 22)".

Certo é que quando há o conflito entre esses princípios, quando a mídia extrapola seu direito à liberdade de informação, e acaba por expor os fatos de forma diferente da que lhe foi garantida, os prejuízos causados ao indiciado, são prejuízos que jamais poderão ser revertidos.

Em diversas decisões o Superior Tribunal de Justiça já demonstrou que é preciso ponderação nas decisões, o que condiz com as linhas descritas acima. É preciso impor limites até mesmo nos direitos fundamentais para que outros direitos (fundamentais) possam ser garantidos:

> STJ – Se, de um lado, a Constituição assegura a liberdade de informação, certo é que, de outro, há limitações, como se extrai no § 1º do art. 220, que determina seja observado o contido no inciso X do art. 5º, mostrando-se consetâneo o segredo de justiça disciplinado na lei processual com a inviolabilidade ali garantida (3ª Turma – RMS nº 3.292-2/PR – Relator Ministro Costa Leite – Ementário STJ, 12/254).

Assim, resta claro, inclusive por meio de decisões emanadas pela mais alta Corte do país, de que, não há aplicação absoluta de um princípio fundamental e que é necessário que, no caso concreto, o nobre *magister*, por meio da ponderação, aplicar um princípio em detrimento de outro.

CONCLUSÃO

Para concluir, cumpre destacar que os princípios e direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988, não são mera enunciação formal, mas garantem a plena positivação dos mesmos, garantindo que qualquer pessoa poderá buscar a tutela jurisdicional para que se possa ver concretizada a verdadeira democracia, assim "a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral" (MORAES, 2007, p. 3).

O sopesamento de um princípio se faz necessário, por sero caminho realizado para que um direito *prima facie* possa ser efetivado no caso concreto.

Assim, haverá efetividade dos direitos fundamentais, sustento necessário para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2008. p. 188 a 189

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp. Acessado em 22 de dezembro 2012.

BUCCI, Eugênio. **Sobre a ética e imprensa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CHAUÍ, Marilene. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

JÚNIOR, Washington Luiz Testa. **Informação, Direito e Verdade: Regulação Constitucional da Imprensa**. Juruá Editora: Curitiba, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. Editora Atlas S.A.: São Paulo, 2007.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Constituição e Mídia no Brasil**. São Paulo: MP Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SENDEREY, Israel Drapkin. **Imprensa e Criminalidade**. São Paulo: José Bushatsky, 1983.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo Penal e Mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

O PAPEL DO ESTATUTO DE ROMA NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rodrigo Guasque de CAMARGO*

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de abordar alguns temas referentes à defesa dos Direitos Fundamentais, no que tange o Estatuto de Roma e o Tribunal Penal Internacional, com o foco, em especial, na norma constitucional brasileira e o sistema proposto pelo Estatuto de Roma. Mencionando a base formada pelos princípios que endossam este tratado, com especial destaque para os princípios de complementaridade e de responsabilidade penal individual. Também elucidando certos elementos relativos ao Direito Penal Internacional com um breve relato histórico. Cabendo, sobretudo, demonstrar a validade de uma corte desta natureza para novamente assegurar todos os direitos até agora conseguidos e outros ainda serão obtidos. Justificando a necessidade da existência de uma Corte Penal Internacional permanente para trazer a devida sanção àqueles que deliberadamente violam os Direitos Humanos, e promover cada vez mais plenamente uma justiça real capaz de atingir sociedade.

ABSTRACT

This paper aims to address some issues relating to the defense of fundamental rights, in regard to the Rome Statute and the International Criminal Court, focusing in particular on the Brazilian constitutional rule and the system proposed by the Rome Statute. Mentioning the base formed by the principles that endorse this treaty, with special emphasis on the principles of complementarity and individual criminal responsibility. Also elucidating certain elements relating to international criminal law with a brief historical account. Fitting mainly to demonstrate the validity of a court of this nature again to ensure all rights achieved so far and still others will be obtained. Justifying the need for the existence of a permanent International Criminal Court to bring the appropriate sanction those who deliberately violate human rights, and promote more fully real justice capable of society.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos, Tribunal Penal Internacional, Estatuto de Roma, Princípio de Complementaridade.

KEYWORDS: Human Rights, International Criminal Court, Rome Statute, Principle of Complementarity.

INTRODUÇÃO

* Aluno do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Campus de Jacarezinho/ PR.

A ação de uma Corte Penal Internacional torna-se cada vez mais relevante no mundo contemporâneo, diante do número crescente de conflitos que ultrapassam os Direitos Humanos e Fundamentais, constituindo as várias modalidades dos crimes contra a Humanidade e afins, para tanto se consolida o Estatuto de Roma, que apesar de não ser plenamente aceito em todo o mundo tem um papel relevante como um símbolo de uma nova concepção de responsabilidade dos Estados.

Com o advento da Constituição de 1988 tornou-se cada vez mais sólida a busca por consolidação dos direitos fundamentais que fatalmente não se esgotam no disposto no texto constitucional, presumindo a utilização de outros meios, para tanto se admite a força de texto constitucional a tratados internacionais que versem sobre direitos humanos. Nesse contexto passa-se a analisar o que tange ao Estatuto de Roma, tanto na realização de garantias e direitos quanto a suas aparentes antinomias com o ordenamento nacional.

O Brasil passa a integrar o grupo de países que aceitaram a competência do Tribunal Penal Internacional a partir do ano de 2002, mesmo com as aparentes impossibilidades decorrentes de algumas disposições do ordenamento pátrio, mas ainda assim validando o Estado Democrático de Direito e a preocupação nacional em assegurar que assim como está disposto no texto constitucional, que o país esteja alinhado com a busca dos Direitos Humanos.

Para tanto se discute a sistemática proposta pelo Estatuto de Roma, e como, dentre outras formas, o princípio da complementaridade, possibilita o movimento da legislação em diversos países na direção de proteção dos Direitos Humanos, e por consequência a uniformização de suas persecuções penais.

Também será abordado o que for referente a alguns de seus princípios que norteiam a atividade do juiz, além de uma breve exposição histórica dos fatos que resultaram sua feitura e uma breve elucidação sobre os crimes que o Estatuto prevê.

1.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Para tanto se revela interessante saber que noções de direito internacional já se fazem presentes nas mais antigas civilizações que interagiam, tendo a necessidade de adequar suas normas e costumes para o bem comum e a prosperidade de diversos povos diferentes, o professor e antigo ministro do Supremo Tribunal Federal, José Francisco Rezek (1998, p. 11-12) assegura que:

> O primeiro registro seguro de celebração de um tratado, naturalmente bilateral, é o que se refere à paz entre Hatusi III, rei dos hititas, e Ramsés II, faraó egípcio da XIXª dinastia. Esse tradado, pondo fim à guerra nas terras sírias, num momento situado entre 1280 e 1272 a.C., dispôs sobre a paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradição. Releva observar o bom augúrio que esse antiquíssimo pacto devera, quem sabe, ter projetado sobre a trilha do direito internacional convencional: as disposições do tratado egípcio-hitita parecem haver-se cumprido à risca, marcando seguidas décadas de paz e efetiva cooperação entre os dois povos; e assinalando-se, na história do Egito, a partir desse ponto da XIXª dinastia, certo refinamento de costumes, com projeção no próprio uso do idioma, à conta da influência hitita. As duas grandes civilizações entrariam, mais tarde, em processo de decadência, sem que haja notícia de uma quebra sensível do compromisso.

No império romano ainda podemos fazer referência ao Direito das Gentes destinado a tratar das questões entre peregrinos e romanos no território imperial, como ensina o Professor José Cretella Junior (2009, p.20), ainda sobre o direito das gentes afirma que este possui “um âmbito mais amplo, aparecendo quando Roma estende suas conquistas e entre em contato com outros povos – gentes – do vastíssimo mundo romano”.

O Estado Moderno traz aos governantes uma liberdade de ação maior que a da Idade Média, sem as limitações impostas pela Igreja Católica, com o conceito de soberania melhor afirmado, foi possível aos Estados agir como melhor entendiam dentro de seus territórios, principalmente no período Absolutista seguindo as doutrinas preconizadas por vários filósofos que trataram de temas políticos dentre estes estão grandes expoentes desta época como Maquiavel, Hobbes, Bousset.

Também é valido demonstrar a importância da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos com suas referidas declarações alinhadas aos ideais iluministas, para destacar a existência de direitos inerentes ao ser humano independente de sua conjuntura em que este se encontra, sendo de grande relevância para a consagração dos Direitos Humanos.

Entretanto, a destruição e perda de vidas causadas pelas duas guerras mundiais faz com que os Estados abandonem sua típica cultura de impunidade e passam a adotar de forma muito lenta uma postura voltada à responsabilidade por seus atos diante a Humanidade. O Tribunal de Nuremberg e de Tóquio e as implicações recorrentes, principalmente, à Segunda Guerra Mundial representaram um primeiro impulso para uma nova concepção da responsabilidade estatal diante das pessoas. Torna-se um desejo da Humanidade que nossos

governantes passam a ter responsabilidade sobre seus atos e consequências que recaem sobre tantas vidas.

Após a Segunda Guerra Mundial, por volta da década de cinquenta, a necessidade de uma Corte Internacional passa a ser mais perceptível levando a elaboração de um projeto que foi revisado na referida década não obteve a concretização devido à eclosão da Guerra Fria, por não poder e equilibrar os interesses dos lados capitalista e socialista, mas após o fim deste momento histórico em mil novecentos e oitenta e nove passasse a reconsiderar a formação de um tribunal com esta natureza. (CARVALHO, 2012, p.3 apud LIMA, BRINA, 2006, p. 40-45)

A importância da Convenção de Viena, firmada em 1969 e também a segunda de 1986, que versava sobre o direito dos tratados, envolvendo mais de cem Estados em ambas às convenções, demonstrou e organizou este campo tão abrangente do Direito Público, como assegura o Professor Francisco Rezek.(1998, p. 13-14)

Mas somente com o advento do Estatuto de Roma e do Tribunal Penal Internacional, sediado na cidade de Haia na Holanda, que avanços reais e, de certa forma, muito rápidos foram possíveis em direção a uma uniformização dessa aplicação do Direito.

Mas, ainda falta muito para alcançar a plenitude das previsões propostas pelo Estatuto de Roma, devido à descentralização da comunidade internacional, além do fato de que o Tribunal encontra alguns empecilhos para realizar sua competência e não pode submeter a sua jurisdição países não assinaram o Estatuto, alem da própria estrutura dos processos diante de variadas barreiras como o próprio idioma e também o cuidado diante da relevância dos fatos submetidos ao tribunal tornam sua estrutura e eficácia de certa forma bastante morosas. Mesmo assim o Estatuto vem alcançando sensíveis progressos em algumas partes do mundo.

2.BASE AXIOLÓGICA CONVERGENTE E O PRINCÍPIO DA COMPLEMENTARIDADE

O ordenamento brasileiro e o Estatuto de Roma têm diversos pontos de sua base axiológica convergindo, como por exemplo, no que tange a princípios como legalidade, irretroatividade da lei, do juiz natural, proporcionalidade, isonomia, do devido processo legal, dentre vários outros por estarem alinhados na convalidação de direitos fundamentais.

O Tribunal Penal Internacional se rege por diversos princípios que foram elencados por diversos autores, como Marielle Maia e Renata Mantovani de Lima (apud CARVALHO, 2012, p.10), dentre estes podemos especificar os seguintes:

> O Estatuto de Roma buscou colocar em evidência alguns princípios de direito para que com isso seja possível a responsabilização criminal de pessoas na esfera internacional. Marrielle MAIA classifica esses princípios em: legalidade*; nulla poena sine lege;* irretroatividade; responsabilidade internacional individual; exclusão da jurisdição relativamente a menores de 18 anos; responsabilidade penal internacional individual; irrelevância da função oficial; responsabilidade de comandantes e outros superiores; imprescritibilidade; elementos intencionalidade; circunstâncias que excluem a responsabilidade penal; erro de fato ou erro de direito; ordens superiores e complementariedade. Outros autores como Renata Mantovani de LIMA acreditam na aplicação do princípio do juiz natural.

Por seus princípios o Estatuto de Roma tem sido recepcionado em diversos países em um curtíssimo espaço de tempo, principalmente, nos países da Europa e da América Latina, representando um sucesso jamais atingido dentro do Direito Internacional. Hoje o Estatuto já foi ratificado por mais de cem países, sem do que o Brasil o ratificou em junho de 2002. Uma causa recorrente a este sucesso é, sem dúvida, o sistema adotado pelo Estatuto e forma com que admite a possibilidade da aplicação do Princípio de Complementaridade.

O referido princípio admite que o país de origem do fato a ser julgado tem primazia sobre este julgamento, permitindo a anulação da competência do Tribunal Penal Internacional, o que representa uma perda muito pequena de sua soberania, gerando, assim, uma cooperação intrínseca dos países o com Tribunal Penal Internacional. Como afirma Williams (apud AMBOS, JAPIASSÚ, 2005, p. 34):

> O princípio de complementaridade tem um efeito evidente: supõe uma restrição relativamente leve da soberania dos Estados Partes, uma vez que cada Estado é livre para desativar a competência do TPI se ele mesmo assume a persecução penal de forma eficaz. Esse mecanismo é uma das principais razões do alto grau de aceitação alcançado pelo Estatuto de Roma nos poucos anos de sua aprovação: ao cabo de cinco anos – e apesar do deslocamento da soberania que acarreta – um total de 92 Estados (tendência aumentar) ratificou o Estatuto de Roma. Uma recepção tão rápida de um tratado de tal envergadura não tem equivalente na história do Direito Internacional.

Algumas das implicações práticas mais interessantes da adoção deste princípio podem ser relatadas a partir do ponto em que a possibilidade de desativação da competência do Tribunal Penal Internacional torna possível no plano social e jurídico o alinhamento das normas penais nacionais com as de Direito Penal Internacional dispostas no Estatuto de Roma, com duas razões principais e simplesmente explicáveis, a partir das premissas de evitar contradições dentro do ordenamento jurídico, e outra de natureza mais prática, que busca evitar que o Tribunal Penal Internacional exerça sua competência, sendo possibilitada pela adequação de normas internas e criação de mecanismos e instrumentos que tornem a punição de crimes internacionais uma realidade perfeitamente tangível. Para tanto os Estados passam a tornar a o julgamento e a punição crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e agressão uma prioridade dentro do corpo estatal, diminuindo sensivelmente a impunidade advinda deles. Ainda é assegurado pelo ministro Lewandowski (2002, p. 192) que:

> A atuação do Tribunal Penal Internacional assenta-se sobre alguns princípios fundamentais, sendo talvez o mais importante o da *complementariedade*. De acordo com o mesmo, a Corte somente atua se o Estado que tem jurisdição sobre determinado caso não iniciou o devido processo ou, se o fez, agiu com o intuito de subtrair o acusado à justiça ou de mitigar-lhe a sanção. Este postulado, à primeira vista, parece chocar-se com os fins colimados no Tratado de Roma, mas justifica-se porque compete em primeiro lugar aos Estados o dever de reprimir os crimes capitulados no Estatuto do Tribunal, até para que a repressão se faça de modo mais eficaz. A Corte, pois, atua apenas subsidiariamente, agindo sobretudo na hipótese em que ocorre “a falência das instituições nacionais” .

Tal posicionamento resume uma mudança de grande relevância na forma de conceber a responsabilidade dos governos diante de seus cidadãos e diante de toda a comunidade internacional, marcando indelevelmente nosso momento histórico-social.

Outros princípios que devem ser ressaltados são os referentes à:

> *nullun crimen sine lege*, está positivado na Declaração Universal dos Direitos do Homem no artigo 11, II e no próprio Estatuto de Roma em seu artigo 22, primeira parte, ao estabelecer que não é possível a existência de um crime sem que haja expressa previsão legal.(CARVALHO, 2012, p. 10)

Também cabe ressaltar o princípio da irretroatividade, que busca proteger o cidadão através da legalidade, evitando que delitos anteriores sejam julgados por leis novas. O princípio de exclusão da jurisdição relativamente a menores de 18 anos impede que menores de idade na data do crime sejam julgados pelo Tribunal.

O princípio da responsabilidade internacional individual é aquele que permite ao Tribunal Pena Internacional julgar não os Estado, mas sim os indivíduos envolvidos nos crimes internacionais. O princípio da irrelevância da função oficial garante que aquele que agir de forma criminosa, mesmo que usando ou estando em uma função oficial, será responsabilizado por seus atos.

Também reafirma sobre alguns dos princípios centrais do Estatuto o atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Enrique Ricardo Lewandowski (2002, p. 192) que:

> Outro é o *princípio da universalidade*, pelo qual os Estados-partes colocam-se integralmente sob a jurisdição da Corte, não podendo subtrair de sua apreciação determinados casos ou situações. O Estatuto contempla também o *princípio da responsabilidade penal individual*, segundo o qual o indivíduo responde pessoalmente por seus atos, sem prejuízo da responsabilidade do Estado. O *princípio da irrelevância da função oficial*, por sua vez, permite que sejam responsabilizados chefes de Estado ou de governo, ministros, parlamentares e outras autoridades, sem qualquer privilégio ou imunidade. Já o *princípio da responsabilidade de comandantes e outros superiores* exige que todos os chefes militares, mesmo que não estejam fisicamente presentes no local dos crimes, envidem todos os esforços ao seu alcance para evitá-los, sob pena de neles ficarem implicados. Por fim, o *princípio da imprescritibilidade*, de acordo com o qual a ação criminosa jamais terá extinta a punibilidade pelo decurso do tempo, embora ninguém possa ser julgado por delitos praticados antes da entrada em vigor do Tratado.

Logo se elucida a importância dos princípios centrais do Estatuto de Roma e o impacto que causam dentro da organização e forma e resultado do que é julgado pelo Tribunal Penal Internacional, refletindo diretamente o seu alinhamento com Diretos Humanos e as garantias fundamentais de cada individuo que é julgado por si.

Cabe ainda ressaltar a importância da contribuição indireta do Estatuto de Roma para a formação de um Código Penal Internacional, mostrando-se o maior dos esforços nessa

direção e logrando um êxito além das melhores expectativas. A codificação das normas de direito internacional ainda é recente, mas já se revela efetiva especialmente em países da Europa, como, em especial, a Alemanha, cuja varias normas de Direito Penal já se encontram alinhadas ao Estatuto de Roma numa proporção muito além do imaginado para que um tratado tão novo pudesse obter e muito além do qualquer outro país alcançou.

Mas a codificação destes crimes no ordenamento interno, na forma admitida pelo Estatuto de Roma, encontra diversos obstáculos nos países subdesenvolvidos, como o exemplo da América Latina, que apesar do alto grau de recepção do Estatuto de Roma, passa por diversos problemas sociais que estão entre suas pautas governamentais mais relevantes, tornando difícil a implementar reformas em suas constituições, que em alguns casos são bastante recentes e ainda instáveis. Mas mesmo diante deste cenário, existe um grande movimento em direção à adequação ao Estatuto de Roma e outras normas do Direito Penal Internacional, principalmente sobre dois sistemas, o primeiro simplesmente incorporando as normas internacionais ao Código Penal vigente, e o segundo, adotado nos casos brasileiro e alemão dentre outros, a matéria é codificada de forma autônoma em um código paralelo referente apenas aos crimes internacionais, o que indica a carência de previsões penais no ordenamento dos países que recepcionaram o tratado de um ponto de vista geral.

3.APARENTES CONFLITOS ENTRE O ORDENAMENTO BRASILEIRO E O ESTATUTO DE ROMA

A adequação do Estatuto de Roma no ordenamento jurídico brasileiro encontra alguns pontos que em um primeiro momento aparentam ser conflitantes com a norma constitucional. Analisaremos, então, algum desses pontos que podemos elencar como a prisão perpétua, a entrega de nacionais, a questão das imunidades e da reserva legal.

Portanto, sobre a prisão perpétua admitida pelo Tribunal Penal Internacional, que talvez seja o ponto mais discutido por parecer não encontrar nenhum respaldo para sua constitucionalidade no ordenamento brasileiro, vale explicitar que foi durante a feitura do tratado um dos pontos mais discutidos e de certa forma bastante controverso, dividindo os países que apoiavam esta pena, a pena de morte, que não consta no Estatuto, e que não apoiavam nenhuma das duas sanções penais. O Estatuto admitia também a pena e privação de liberdade limitada há trinta anos e também penas de multa e de confisco.

Diante da incongruência dos interesses entre as nações foi estipulada a pena de prisão perpétua em casos bastante específicos, excepcionalmente para quando existir uma gravidade

extrema do crime e condições particulares do criminoso, sendo que quando for admitida esta sanção após um período de vinte e cinco anos esta pena será revisada, examinando a necessidade desta na atual conjuntura histórico-social, levando em conta também a colaboração do criminoso nos diversos momentos do processo.(JAPIASSÚ, 2005, p. 199-222)

Mesmo diante da possibilidade da revisão pena, a doutrina ainda se encontra dividida a respeito da prisão perpétua, onde alguns autores afirmam que a disposição torna impossível a recepção do tratado no ordenamento brasileiro, uma vez que não pode ser admitido com reservas, chegando a violar princípio da humanidade. Mas outros autores afirmam que pode existir uma conciliação entre a constituição e o tratado, partindo de diversos argumentos destacando-se, em especial, o que prega que a prescrição constitucional é admitida somente ao legislador interno e não os crimes de natureza internacional, deixando a que Tribunal Penal Internacional tenha o controle dos crimes internacionais, admitindo-se, portanto, sua legislação e não a do país de origem do fato. Torna-se interessante lembrar-se da astuta forma com que a Itália ratificou o Estatuto de Roma, afirmando que diante da revisão da pena, que é uma obrigação do Tribunal, avaliando a possibilidade de redução, esta não poderia ser considerada perpétua.

Por enquanto o tratado e sua controversa previsão penal são admitidos no ordenamento nacional, mas ainda encontram resistência para sua aceitação completa por parte da doutrina.

Sobre a entrega de nacionais, o aparente desalinhamento entre a norma internacional e a norma nacional foi facilmente solucionado a partir da admissão do princípio de complementaridade, deixando que o país cumpra a persecução penal não se faz necessária a entrega de nacional, e, ainda, a diferença entre a extradição e a entrega recaem sobre o fato de que a extradição é a entrega de um individuo a um tribunal estrangeiro para ser julgado ou receber sua punição, o que não é caso uma vez que Tribunal é internacional e não estrangeiro, sendo que o Brasil faz parte deste tribunal, e a entrega só se justifica como instituto que traz o acusado ao julgamento na devida jurisdição.(BAHIA, 2005, p. 281-292)

Sobre a questão das imunidades, a constituição nacional e de outros a países admite um processo mais dificultoso de se processar certos agentes públicos, para lhes conferir maior proteção e liberdade no exercício de suas funções, entretanto o Tribunal Penal Internacional tem por princípio a irrelevância da função oficial, o que torna responsável o agente estatal pelos crimes internacionais que cometem. Novamente, a solução do conflito entre as normas parece corroborar em favor Tribunal, uma vez que a imunidade é um direito que assegura a

liberdade de ação dentro da função estatal, não se pode admitir que este direito se tornasse respaldo para ilicitude e condutas criminosas, logo é desfeita a contradição, permitindo ao Tribunal exercer o uso de seus princípios no julgamento de agentes do Estado que corrompem a natureza d suas funções.

O último ponto a ser discutido neste capítulo faz referência à reserva legal, visto que é um princípio muito antigo do Direito que não há crime sem lei anterior que o defina nem prévia sanção legal, entretanto, tal princípio não se encaixa perfeitamente na dinâmica do direito internacional por natureza inerentemente consuetudinária.

Diversas são as teorias que buscam justificar a adequar o direito internacional e a reserva legal, outras teorias, no entanto, acreditam não existir adequação possível entre estes elementos, por estar fora do âmbito de um Estado.

Grande parte do problema da adequação da reserva legal a norma constitucional advém do fato que o Estatuto não traz uma cominação de penas clara a respeito de seus crimes, devido, sobretudo, ao fato de serem crimes extremamente delicados, devendo permitir uma ampla discricionariedade do juiz. Entretanto, o problema tende a ser resolvido ou, pelo menos, abrandado com o processo de formalização do Direito Penal Internacional e, ainda, a adoção da legislação de implementação, formando um Código Penal Internacional, onde haverá a cominação das penas, e aproximação da forma das normas internas.

Torna-se neste ponto necessário dizer que nenhum cidadão brasileiro esta sendo julgado pelo Tribunal, que no ano passado deu seu primeiro veredicto condenando o congolês Thomas Lubanga Dyilo, que fez com que crianças combatessem em conflitos étnicos do Congo, levando seis anos de investigação e um intrincado sistema de tradução para que todos se fizessem entender nos depoimentos e no posterior julgamento, que teve certos problemas devido às ações da promotoria e as provas que usou no processo, sendo que no Tribunal Penal Internacional, a promotoria é responsável pela investigação, sendo obrigada a abrir para o conhecimento da defesa todas as provas que usou no curso do processo, e no caso referido a promotoria foi acusada de usar provas que não foram abertas, ocultando-as da defesa. O ocorrido levou a paralisação do processo e um recorrente atraso de cerca de dois anos para a emissão do veredicto que teve uma decisão unânime em favor da condenação. (PINHEIRO, 2012)

4.OS CRIMES INTERNACIONAIS E SUA PREVISÃO SEGUNDO O ESTATUTO DE ROMA

O Estatuto de Roma tem competência material sobre os crimes que lesem toda a comunidade internacional, logo atos criminosos que violam diretamente os Direitos Humanos sendo então imprescritíveis. Essa definição abrange tecnicamente os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, com ressalvas, devido a atuação da legislação interna. Como ressaltado no seu artigo 5º, retirado do Decreto 4388 (BRASIL, 2002):

> Artigo 5º
> Crimes da Competência do Tribunal
> 1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:
> a) O crime de genocídio;
> b) Crimes contra a humanidade;
> c) Crimes de guerra;
> d) O crime de agressão.
> 2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Sobre o crime de genocídio cabe ressaltar a importância de sua devida previsão penal, principalmente quando se observa sua relevância na forma que mancha diversos episódios da História, marcando indelevelmente a intolerância do ser humano diante daquele que não consegue compreender. Lemkin (apud MEDEIROS, 2011) afirma que o genocídio atua em dois estágios, o primeiro destrói o modelo cultural e social do grupo minoritário e o segundo baseia-se na imposição de um paradigma aceito pelo grupo majoritário ao grupo minoritário.

O entendimento do Estatuto de Roma, retirado do decreto 4388 (BRASIL, 2002) a respeito do crime de genocídio versa da seguinte forma:

> Artigo 6º
> Crime de Genocídio

> Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:
> a) Homicídio de membros do grupo;
> b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
> c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
> d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
> e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Sobre os crimes contra a humanidade, cabe ressaltar sua origem na Primeira Guerra Mundial, sendo cometido pelos turcos, são crimes que lesam a humanidade como grupo e o referido entendimento desse crime, segundo o Estatuto de Roma, quando existe ataque à população civil, estendo sua previsão especificamente sobre o extermínio, homicídio, escravidão, transferência forçada de uma população, tortura ou forma de privação da liberdade física contrária às normas de direito internacional, diversas formas de agressão sexual, perseguição de grupos étnicos, políticos, culturais, raciais ou religiosos e até mesmo outros critérios, mas que sejam identificados como minorias oprimidas, desaparecimento forçado de pessoas, o *apartheid* e outros atos que de alguma forma violem os direitos e a dignidade inerente aos seres humanos e causem dor e sofrimento, tanto físico cm mental.

Sobre os crimes de guerra, cuja diferença para os crimes contra a humanidade é a necessidade da existência de um conflito armado, que não precisa ser necessariamente internacional, abrangendo todos os conflitos internos que causem danos na esfera internacional, como a maior parte dos casos presentes na atual conjuntura histórica, o Estatuto assegura em seu artigo 8º, retirado do decreto 4388 (Brasil, 2002), que por ser um artigo extremamente extenso, destacam-se apenas alguns de seus principais pontos, com especial atenção sobre a disposição que trata “As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra”, estendendo sua previsão penal sobre diversos comportamentos desumanos ocorridos no contexto de guerra e conflitos armados, além de amparar os membros mais frágeis da sociedade envolvida em uma situação desta natureza.

O crime de agressão, por representar uma espécie de impasse entre a doutrina, tem uma conceituação difícil de atingir, por isso não elenca, ainda, o Estatuto que o definirá no

futuro. Sobre a definição do crime de agressão, que já foi conceituado de diversas formas com o decorrer do tempo:

> Esse crime encontra-se no Tribunal Militar Internacional de Nuremberg e de Tóquio sob a denominação genérica de *crimes contra a paz*, definido como sendo a direção, a preparação, o desencadeamento ou a continuidade de uma guerra de agressão, ou de uma guerra violando tratados, garantias ou acordos internacionais.
> Todavia, após a Segunda Guerra Mundial, a Comissão de Direito Internacional, em 1974, entrou em consenso sobre o conceito de agressão, que resultou na Resolução 3314 (XXIX)[10], que definiu crime de agressão como sendo o uso de força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial ou independência política de outro país, ou qualquer outra agressão que vá contra a Carta das Nações Unidas. (MEDEIROS, 2011)

Sem olvidar, ainda, do contexto histórico do surgimento deste crime, resultado dos atos do antigo Kaiser Guilherme II acusado de ofender os tratados internacionais e a moralidade internacional, sendo que suas ações são responsáveis por desencadear a Primeira Guerra Mundial, dividir o próprio império e resultar o seu exílio na Holanda.

Cabe nesse momento, mostrar algumas críticas referentes a pontos diversos e relacionados do Estatuto que abrem precedentes a injustiça e impunidade, como a já explicitada falta de conceituação do crime de agressão, o impedimento que os Estados Unidos e seus cidadãos sofram qualquer sanção por parte do tribunal por não terem ratificado o Estatuto, mesmo diante de todas as violações feitas durante a guerra do Iraque, tornando sua competência territorial limitada, além, ainda, da clausula prevista pelo artigo 124 do Estatuto que por sete anos torna a competência do Tribunal para julgar os crimes de guerra voluntária, devendo este pedir autorização ao país de origem de origem do fato para julgar seus cidadãos e como ultimo ponto a competência do TPI não se estende a diversos crimes de impacto internacional como o crime organizado internacional, o domínio colonial, o terrorismo internacional dentre outros.

CONCLUSÃO

Sob determinada ótica o Tribunal Penal Internacional ainda pode parecer uma ferramenta pouco eficaz, por não poder abranger os países que não assinaram o Estatuto e diversos deles responsáveis pela maioria dos crimes internacionais que presenciamos na

história recente, mas em poucos anos sua sistemática tem permitido a movimentação dos ordenamentos de diversos países signatários de forma silenciosa, fazendo-os caminhar na direção da proteção de direitos fundamentais. O Princípio da Complementaridade ao permitir que primazia do julgamento seja pertencente ao país onde ocorre o fato faz com que toda sua legislação tome a forma do que é defendido internacionalmente no campo dos Direitos Humanos. Sendo que nunca outro instrumento foi recebido de forma tão abrangente e tão rápida quanto o que foi aqui tratado.

O Brasil ao reconhecer a competência do Tribunal Penal Internacional mostra o quanto está alinhado à busca da validação do Estado Democrático de Direito, assegurando uma busca por uma justiça real e acessível a todos os seus cidadãos, assegurando o texto constitucional. Renovando mais uma vez, as respostas a diversas questões que ainda deixam suas marcas na evolução histórico-social da nação.

Sobre as possíveis impossibilidades do reconhecimento do Estatuto de Roma diante do ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que após um exame mais detalhado as incongruências são apenas aparentes, como o caso em que passasse a ver a diferença entre a entrega de um nacional, a um tribunal a que o seu país de origem pertence e onde vai ser julgado com direito a ampla defesa, e o instituto da extradição, simples entrega de um individuo a outro país sem que guarde qualquer vínculo com o país que o extraditou, dentre os outros conflitos passíveis de solução no que tange às normas.

Com a análise do contexto histórico torna-se claro que as relações, não só jurídicas ou econômicas, surgidas da interação entre comunidades distintas alteram sensivelmente cultura e costumes, entretanto, dessas interações surgem também algumas das maiores violências que marcam a História com opressão, intolerância e mortes. Para tanto que o Estatuto regula crimes tão delicados como crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, com ressalvas, em suas diversas modalidades, podendo ainda no futuro ter sua competência estendida para coibir crimes que ultrapassem fronteiras e punir grupos cujas ações não possam ser desfeitas ou impedidas pela persecução de um único Estado, como diversos tipos de crimes organizados.

Entretanto, o que deve, acima de tudo, ser explicitado é a mudança no paradigma da responsabilidade, supera-se, enfim, construções teóricas de direito que claramente admitiam a impunidade de agentes ligados ao poder político, econômico ou social e passasse a reprimir as condutas mais pérfidas do homem que por estar ligado ao poder julgasse acima dos outros

desconhecendo que seu poder vem da própria sociedade, logo o Tribunal é um dos principais símbolos para realizar a Justiça como ideal.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Saulo José Casali. *Problemas constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.* In: AMBOS, Kai (Org.); JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.), *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 281-292.

BRASIL. Decreto n. 4388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm.>. Acesso em: 15 nov. 2012

CARVALHO, Juliana Pinheiro. *Tribunal Penal Internacional: a busca por uma jurisdição permanente. 2012*. Monografia - Curso de Graduação em Direito – Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/juliana-pinheiro-carvalho.pdf> Acesso em: 16 nov. 2012

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira*. In: AMBOS, Kai (Org.); JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.), *Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 199-222 .

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade*. In: *Estudos Avançados*, 2002, p. 187-197. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/ea/v16n45/v16n45a12>. Acesso em: 16 nov. 2012

MEDEIROS, Ana Rosa de Brito. *Análise sobre os crimes tipificados no Estatuto de Roma e estudo sobre a ampliação da competência do Tribunal Penal Internacional com relação ao crime organizado transnacional*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9882&revista_caderno=3>. Acesso em: 17 nov. 2012

PINHEIRO, Aline**.** *Tribunal Penal Internacional dá o seu primeiro veredicto*. Conjur. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2012-mar-14/tribunal-penal-internacional-anuncia-primeiro-veredicto-10-anos-vida>. Acesso em: 16 nov. 2012

_____. *Tribunal Penal Internacional substitui Justiça falha*._____. Disponível em*:*< http://www.conjur.com.br/2010-ago-20/haia-capital-juridica-tribunal-penal-internacional-preenche-lacunas-legais>. Acesso em: 16 nov. 2012

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.