

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS II

Jairo Néia Lima

Fabiana Tamaoki Neves

Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

(Orgs.)

INSTITUTO RATIO JURIS



Jairo Néia Lima, Fabiana Tamaoki Neves &
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior
(Orgs.)

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS II



INSTITUTO RATIO JURIS



Copyright do texto © 2014 - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (IV SIACRID)

Jairo Néia Lima, Fabiana Tamaoki Neves &
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do IV SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof.^ª Dr.^ª Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidade de Múrcia)
Prof. Dr. Sergio Tibiriçá Amaral (Faculdades Toledo - ITE/Bauru-SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema Constitucional de Garantia de Direitos
II / Jairo Néia Lima, Fabiana Tamaoki
Neves, Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior,
organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR:
UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. (Anais
do IV Simpósio Internacional de Análise
Crítica do Direito)

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-62288-12-8

1. Direito Constitucional. I. Lima, Jairo
Néia. II. Neves, Fabiana Tamaoki. III. Leão
Júnior, Teófilo Marcelo de Arêa

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Direito
Constitucional
342

As idéias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos
mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores.
É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

SUMÁRIO

<i>A TUTELA JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA INTERAMERICANO</i>	
Daniel Colnago Rodrigues	5
João Angelo Barbosa Lima	
<i>ADPF 130 E A INEFETIVIDADE DE PROIBIÇÃO DO MONOPÓLIO OU OLIGOPÓLIO DOS ÓRGÃOS DE IMPRENSA</i>	29
Fernanda de Matos Lima Madrid	
Sérgio Mastellini	
<i>GLOBALIZAÇÃO E CONSTITUCIONALISMO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS SOBRE AS TENDÊNCIAS INTERNACIONAIS DE INTEGRAÇÃO</i>	45
Claudia Karina Ladeia Batista	
Cristina Veloso de Castro	
<i>IDADE PENAL COMO CLAUSULA PÉTREA: VIOLÊNCIA E POLÍTICA CRIMINAL NO BRASIL</i>	67
Giovana Zaninelli	
<i>LEI MARIA DA PENHA E SUA (IN) APLICABILIDADE AOS HOMENS</i>	84
Silvia Emboaba da Costa	
Fabiana Junqueira Tamaoki Neves	
<i>QUEBRA/TRANSFERÊNCIA DE SIGILO BANCÁRIO: A VISÃO DO STF ACERCA DO ACESSO DIRETO POR PARTE DO FISCO AOS DADOS BANCÁRIOS DE SEUS CONTRIBUINTES</i>	102
Eduardo Cambi	
Gustavo Pompílio	
<i>RECOMENDAÇÃO 13/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</i>	117
Guilherme Barbosa da Silva	
<i>REVISANDO A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO</i>	133
Adolfo Carlos Rúbio Prosdócimi	
<i>SISTEMA DE COTAS NO ENSINO SUPERIOR: VIOLAÇÃO OU GARANTIA DE DIREITOS?</i>	153
Fabio Leite	

***TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES
DA SENTENÇA NO CONTROLE DIFUSO: ABSTRATIVIZAÇÃO DO
CONTROLE DIFUSO?*** 175

Daniela da Silva Baldin

VALORES DA INCLUSÃO: IGUALDADE E DIGNIDADE 188

Maria Priscila Soares Berro

Roseli Borin

A TUTELA JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA INTERAMERICANO

Deficiente é aquele que não consegue modificar sua vida, aceitando as imposições de outras pessoas ou da sociedade em que vive, sem ter consciência de que é dono do seu destino. MÁRIO QUINTANA

Daniel Colnago Rodrigues¹
João Angelo Barbosa Lima²

Resumo:

O presente ensaio tem como objeto primordial investigar as reais dimensões da tutela dos direitos da pessoa com deficiência, na esfera internacional dos direitos humanos. Inicialmente, traçou-se uma visão panorâmica acerca da internacionalização, bem como sobre os outros sistemas regionais, a fim de contextualizar a natureza do direito e da tutela. Em um segundo momento, entabulou-se noções lineares acerca do Sistema Interamericano para que fosse desenhada uma fixa noção dos procedimentos, peculiaridades e competência. Uma vez delineado os fundamentos basilares, adentra-se aos recônditos argumentos acerca da verdadeira dimensão da proteção aos direitos da pessoa com deficiência.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS: CONTORNOS GERAIS SOBRE A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Difícil, inflexível, extenuante; porém, triunfante. O destino percorrido até hoje em busca da efetiva igualdade de condições, tratamentos e oportunidades àqueles sujeitos com capacidades incomuns, levou-nos a concepções elevadas sobre a natureza humana.

O elevado grau de substância histórica e jurídica que revestiu a

¹ Mestrando em Direito Processual Civil pela USP. Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP (Toledo). Professor convidado nos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil da Faculdade de Direito Damásio de Jesus (SP), Faculdade de Direito de Dracena/SP, dentre outros. Professor da Escola Superior da Advocacia (29ª Subseção da OAB/SP). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP. Coordenador do Grupo de Estudos “Processo e Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, vinculado à Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente/SP. Banca Examinadora na Competição Anual de Direitos Humanos da American University College of Law (Washington, EUA). Advogado.

² Discente do 8º Termo da Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP (Toledo). Aluno-monitor de Teoria Geral do Estado e Ciências Políticas da Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP (Toledo). Membro do Grupo de Estudos “Processo e Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, vinculado à Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente/SP. Estagiário do M.M Dr. Silas Santos, 2º vara cível da Comarca de Presidente Prudente/SP

conquista e evolução dos direitos humanos nos conduziu a embates homéricos, sendo a internacionalização destes direitos basilares o princípio de tudo.

Ao longo dos tempos, muito se discutiu sobre os direitos humanos. O tema interessou, ainda, a filosofia, sociologia, política e tantos outros campos de estudo, sendo que,

Embora as efetivas conquistas em nome dos direitos humanos terem influenciado o comprometimento dos Estados³ em defenderem esta categoria de direitos e assegurarem, no plano constitucional, sua efetividade, necessário foi a criação de órgãos internacionais que assegurassem que os Estados-membros não rompessem com comprometimento e não agissem conforme os interesses privados, assim contemplando o nascimento e evolução dos direitos humanos.

Neste pequeno ensaio, procurou-se garimpar entendimentos jurídicos que, nos tempos atuais, têm gerado profunda controvérsia em sede doutrinária e jurisprudencial no âmbito internacional, principalmente, a partir da reflexão sobre os conflitos de normas internas dos ordenamentos jurídicos que fazem parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Tratou-se, portanto, dos esclarecimentos sobre os direitos das pessoas com deficiência, sustentadas pelos entendimentos jurisprudenciais da Corte Interamericana a respeito da vulnerabilidade deste grupo, bem como a necessidade de uma proteção especial aos direitos, objeto fundamental abarcado pelo trabalho.

O novo conceito e questões guiados pelos Tratados Internacionais⁴ sobre Pessoas com Deficiência; a defesa da identidade pessoal; duração razoável do processo no âmbito internacional; direito a um projeto de vida igualitário, dentre outros; se apresentaram como fundamento supremo da pesquisa, enfatizando-se todas as questões pertinentes para uma sustentação concreta das teses expostas.

São muitas e complexas as perguntas. Todavia, parte-se do suposto epistemológico sobre a imprescindível busca científica dos direitos das pessoas com deficiência nos Sistemas Regionais, frente a um contexto contemporâneo de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2 SISTEMA INTERAMERICANO

³ A título de mera introdução sobre o instituto, contemplamos que Estado (derivado do latim Status – estar firme) significa a situação permanente de convivência e ligada a sociedade política. Para Sahid Maluf, o Estado pode ser considerado como um agrupamento, humanos, estabelecido em determinado território e submetido a um poder soberano que lhe da unidade orgânica, como também é defendido por Clóvis Bevilacqua. Contudo, para os autores Norte-Americanos, o Estado é uma sociedade de homens unidos para o fim de promover o seu interesse e segurança mútua, por meio da conjugação de todas as suas forças. (Maluf, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25ªed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 21 – 23)

⁴ Os instrumentos internacionais de proteção que operam nos planos tanto global como regional, em suma, se complementam e se reforçam mutuamente, em benefício último dos seres humanos protegidos. (CANÇADO TRINDADE, Antônio. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003, p.223).

Com a internacionalização dos direitos humanos⁵, os sistemas regionais ganharam vitalidade⁶ para propagar sua legitimidade⁷ nos continentes, tendo-se em vista que a proteção global só ocorreria de maneira efetiva se fossem compartilhadas, divididas as funções tuteladoras de direitos humanos.

Então, como ponto de partida⁸ sobre o estudo do sistema interamericano, o conhecimento prévio sobre o seu surgimento, desenvolvimento e legitimação perante o mundo jurídico, levando em conta a declaração da responsabilidade internacional dos Estados, garantindo uma consequência, caso resultasse num descumprimento de uma obrigação primária⁹, sem prejuízo de relevância sobre a questão da soberania¹⁰, sendo

⁵ Celso Lafer lembrando Danièle Locachak, realça que os direitos humanos não traduzem uma história linear, não compõe a história de uma marcha triunfal, nem a história de uma perda de antemão, mas a história de um combate. (Lafer, Celso. *Prefácio ao Livro Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Flávia Piovesan, São Paulo: Saraiva, 2006, p.22).

⁶ Numa visão mais humanística, João Herkenhoff preleciona que o Direito sirva a pessoa humana, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade mais justa, ao resgate do humanismo num mundo que, sem a nossa consciência e vigilância, será cada dia mais insípido, frio e desumano. (HERKENHOFF, João Baptista. *O direito processual e o regaste*. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997, p. 153).

⁷ Robert Alexy, num aprofundamento filosófico, utilizando, inclusive, os pensamentos de Habermas, para a legitimação dos Direitos fundamentais, realça: " O argumento do consenso forma um elemento central de fundamentação de um sistema de direitos de Habermas. Este formula o objetivo de sua fundamentação como segue: " Esse sistema deve conter, rigorosamente, os direitos fundamentais que os cidadãos devem conceder-se reciprocamente, se eles querem regular legitimamente sua convivência em comum com os meios do direito positivo. A legitimidade do direito é vinculada, com isso, a aprovação universal. Isso corresponde ao princípio do discurso mencionado no início, que diz rigorosamente, são validas e, por conseguinte, legítimas as normas de atuação, que todos os possivelmente afetados como participantes em discursos racionais poderiam aprovar". Da união desse princípio com a forma do direito devem, segundo Habermas, resultar do princípio democrático e um sistema de direitos como dois lados de uma matéria" (ALEXY, Roberto. *Direito Razão e Discurso: Estudos para a Filosofia do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 121).

⁸ HUERTA, Mauricio Ivan del. *La jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en matéria de responsabilidad internacional del Estados por actos legislativos: Un ejemplo de desarrollo jurisprudencial significativo*. In: LEÃO, Renato Zerbini (coord.) *Os rumos do Direitos Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor*. p. 478

⁹ Neste caso, o autor retratou que, em matéria de direitos humanos, os Estado assumiriam uma obrigação geral de respeito e garantia aos Direitos Humanos

¹⁰ A respeito, eleva-se a afirmação do Secretário Geral da Nações Unidas, no final de 1992: " Ainda que o respeito pela Soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania. (...) Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional. (Boutros - Ghali. *Empowering the United Nations, Foreign Affairs*, vol.89,1992/1993, p.98-99, apud Henkin et. al., *International Law - Cases and Materials*, p.18)

objeto pacificado na doutrina¹¹ e na própria Corte Interamericana¹². Deste modo, após o surgimento dos sistemas regionais de proteção aos Direitos Humanos e a certificação da responsabilização internacional do Estado, bem como outras questões tratadas no decorrer do trabalho, surgiram-se os principais instrumentos que legitimavam os poderes destes, tais quais, no âmbito interamericano a Convenção Americana de Direitos Humanos no continente americano; Convenção Europeia no continente europeu e, por fim, a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos no continente africano, sendo que apenas o primeiro sistema regional foi o que nos interessou no momento.

A Corte e a Comissão Interamericana, as quais compõem os principais órgãos do Sistema Regional Interamericano, são responsáveis pela avaliação da efetividade dos compromissos que os Estados-partes pactuaram¹³. O primeiro, por sua vez, possui um caráter jurisdicional, importando na confecção de sentenças contra os Estados-membros que tenham violado alguma norma da Convenção Americana; O segundo órgão, por outro lado, possui a função de promoção dos direitos humanos, através das análises e recebimentos das petições¹⁴ que contenham supostas violações¹⁵, sendo incumbida de resolver amistosamente.

Indispensável se fez, para uma segunda apreciação crítica acerca dos aspectos do sistema regional interamericano, o esclarecimento sobre a sua natureza jurídica¹⁶. Todos os Sistemas Regionais de Direitos Humanos atuam em defesa dos Direitos Humanos¹⁷, de forma que resultem num mecanismo¹⁸

¹¹ RAMOS, André de Carvalho. Responsabilidade Internacional por violação de direitos humanos: Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis: teoria e prática do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.20.

¹² Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1998, série C, n.04, pars.169 e 173.

¹³ Quando o Estado, não raramente, rompe as barreiras jurídicas de limitação e se converte em fim de si mesmo e quando a soberania entra em crise, perante a multiplicação das interdependências e das formas de institucionalização da comunidade internacional, torna-se possível reforçar e, se necessário, substituir, em parte, o sistema de proteção interna por vários sistemas de proteção internacional dos direitos do homem. (Miranda, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, p. 30)

¹⁴ A partir do caso *Loaysa Tamayo versus Perú*, a Corte Interamericana passou a diferenciar os relatórios emitidos pela Comissão Interamericana, sendo que de dois, o primeiro não seria vinculante por não ser definitivo, e o segundo teria que ser cumprido pelo Estado, com base na boa-fé.

¹⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Sentença de 02 de fevereiro de 2001, série C, n.72, pars. 189-193

¹⁶ O Sistema Interamericano possui natureza jurídica de mecanismo (ou sistema) regional suplementar de proteção internacional dos direitos humanos. Portanto, é um mecanismo de monitoramento dos compromissos assumidos pelos Estados-membros da OEA na matéria de direitos humanos. (Teixeira, Jonatas Eduardo Batista Martins. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Um mecanismo regional suplementar de proteção internacional dos direitos humanos*. 2011. p. 143).

¹⁷ O reconhecimento dos direitos humanos deve baixar dos espaços ideais e materializar-se ao res do chão, para que a sua predestinação se faça objetiva e integralmente cumprida, configurando-se em real prestimosidade na proteção do homem perseguido pela injustiça. (Carvalho, Júlio Marino de. *Os Direitos Humanos no tempo e no espaço: visualizados através*

de monitoramento dos compromissos assumidos pelos Estados-membros¹⁹.

Em suma, os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos podem ser compreendidos pelo aspecto regional e suplementar, de maneira que sua atuação esteja limitada ao esgotamento dos recursos internos, bem como o limite continental-geográfico, concebidos, por fim, a promoção e proteção e promoção dos direitos humanos.

3. A TUTELA JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

3.1 Os Tratados Internacionais concernentes aos direitos da pessoas com deficiência

A questão do estudo dos tratados internacionais²⁰, sob prisma da tutela jurídica das pessoas com deficiência, serviu, a todo o instante, como porto seguro para qualquer avanço conceitual ou sistemático que foi feito.

Considerando a universalidade dos direitos humanos²¹, cuja mentalidade foi inserida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e reafirmada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena (1993), demonstraram-se frutos da continua batalha pelo valor da vida e dignidade da pessoa humana, principalmente no pós - guerra.²²

do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história. Brasília: Brasília, 1988, p. 326).

¹⁸Sikkin asseverava que o Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pela qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados. E ainda acrescenta: “ Os direitos individuais básicos não são do domínio exclusivo do Estado, mas constituem uma legítima preocupação da comunidade internacional. (Sikkin, Kathryne. *Human Rights, Principled issue- networks, and Sovereignty in Latin American*, In: International Organizations, Massachusetts, IO Foundation e Massachusetts Institute of Technology, 1993, p. 413 e 441).

¹⁹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. Salvador: JusPODIVM, 2009.

²⁰ Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos (REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.38); Numa outra visão, de caráter complementar, compreendeu-se que os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*), constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. (PIOVESAN. Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.43)

²¹ Sobre a questão da universalidade dos direitos humanos, ver, entre muitos outros: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, IV, Coimbra, 1998, págs. 15 e ss; ANDRADE, Vieira de. *Os Direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1726*, Coimbra, 1983, págs. 10 e ss; C.A. Dushee de Abranches. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, 1964, págs. 13 e segs; SZABO, Imre. Fundamentos históricos e desenvolvimento dos direitos do homem, in: *As dimensões internacionais dos direitos do homem*, UNESCO, 1983, págs. 15 e segs; SUDRE, Frederic. *Droit Interanational et Européen des Droits de l'Homme*, PUF, 1969, págs. 20 e segs; EIDE, Asbjorn, *Protection Internationale des Droits de l'Hoome*, Conselho da Europa, 1989, págs. 7 e segs; E. Garcia de Enterría, E Linde, L.I Ortega e M Sanchez Moron. *El Sistema Europeo de Proteccion de los Derechos Humanos*. 2º ed., Civitas, Madrid, 1983, págs. 28 e segs.

²² Foi neste cenário que se vislumbrou o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. (Piovesan, Flávia. PIOVESAN.

Em seguida, caminhando para horizontes clássicos, despertaram-se as Convenções nº111²³ e 159 que tratavam de questões ligadas a situação da pessoa com deficiência no trabalho, levantando algumas questões delicadas, merecendo uma proteção especial²⁴.

A Convenção de Guatemala, ora conhecida como a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência²⁵, trouxe um aspecto inverossímil, fundamentador de que as pessoas portavam certo tipo de especialidade incomum.

A despeito, surgiram tantos outros Tratados²⁶, como a Declaração das Pessoas com Deficiência Mental (1971); Declaração dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (1975); Normas de equiparação de oportunidades (1993); Declaração de Salamanca (1994); Carta para o terceiro milênio (1999); Declaração de Washington (1999); Declaração Internacional de Montreal (2001); Declaração de Madri (2002)²⁷; Declaração de Caracas (2002) e Declaração de Sapporo (2002)²⁸.

Mas, foi com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com

Flávia. *A responsabilidade do Estado na consolidação na cidadania*. In: Temas de direitos humanos. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 37)

²³ Convenção da OIT que versa sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, foi um dos primeiros instrumentos que abriram o entendimento de igualdade de condições, independente de características naturais ou potencialidades.

²⁴ Cfr. Caso do Massacre de Santo Domingo vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações.

Sentença de 30 de novembro de 2012 Série C No. 259, par. 187.

²⁵ O conceito trazido neste documento internacional, com meramente enfoque restritivo sobre a deficiência das pessoas, sendo suas portadoras e, inspirado em Convenções anteriores (como a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965), envolveu toda distinção, exclusão ou restrição baseadas na deficiência, que tenha por efeito ou objetivo, impedir ou obstar o exercício pleno de direitos. (Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37)

²⁶ Numa acertada visão de J. A. Lindgren Alves: " Com a adesão aos dois Pactos Internacionais da ONU, assim como o Pacto de São José no âmbito da OEA, em 1992, e havendo anteriormente ratificado todos os instrumentos jurídicos internacionais significativos sobre a matéria, o Brasil já cumpriu praticamente todas as formalidades externas necessárias a sua integração ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Internamente, por outro lado, as garantias aos amplos direitos entronizados na Constituição de 1988, não passíveis de emendas e, ainda, extensivas a outros decorrentes de tratados de que o país seja parte, asseguram a disposição de Estado democrático brasileiro de conformar-se plenamente as obrigações internacionais por ele contraídas. (*Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Editora Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994, p. 108

²⁷ Instrumento europeu responsável em reafirmar a deficiência como uma questão de Direitos Humanos, salientando o combate à discriminação e a promoção de ações afirmativas, resultantes da inclusão social. Outras questões foram levantadas, como: Pessoas com deficiência querem oportunidades iguais e não uma caridade da sociedade; As barreiras que a sociedade impõe, conduzem a plenitude da discriminação e a exclusão social deste grupo vulnerável, dentre outras questões.

²⁸ Importante instrumento internacional que traça vários direcionamentos para a resolução de problemas na tutela jurídica do ordenamento jurídico interno, possuindo um resquício filosófico sobre as pessoas com deficiência.

Deficiência que o tema atingiu seu apogeu²⁹, surgindo como resposta da comunidade internacional ao longo histórico de discriminação³⁰, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência. Foi, portanto, inovadora em inúmeros aspectos, tendo sido o documento internacional mais efetivo no campo da negociação internacional com os países do século XXI, reconhecendo, em suma, que todas as pessoas têm o direito de alcançar de forma plena o seu potencial enquanto ser humano.

3.2 A proteção dos direitos das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano

Não raras vezes, os obstáculos relacionais³¹ consolidados em certas sociedades, seja mediante a ausência de políticas públicas, seja mediante a conservação duradoura da consciência coletiva³², podem gerar grave lesão e obstrução ao processo de evolução das pessoas com deficiência.

Cumprido salientar que a definição³³ trazida pela Convenção

²⁹ A convenção adotou uma terminologia mais adequada para o tema: Pessoa com deficiência. Contudo nas Constituições anteriores era se utilizado o termo " portadora", se referindo a alguém que carregava consigo alguma coisa, como se a deficiência não fosse algo da pessoa, mas algo que está com a pessoa. Então, a convenção decidiu chamar esse grupo vulnerável de " pessoas com deficiência", ganhando relevância interamericana. Há uma simbologia importante no novo tratamento. A deficiência passa a ser parte da pessoa, integrando-se a ela, e não algo que estava perto em virtude de posse ou portabilidade. Ela não carregava; ela é. Mas, antes de tudo, é uma pessoa. (ARAÚJO, Luiz Alberto David. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seus reflexos na ordem jurídica interna no Brasil. In: Manual dos direitos das pessoas com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p.54)

³⁰A história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência compreende quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência em que a deficiência simbolizava impureza, pecado, ou mesmo um castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma "doença a ser curada", sendo o foco centrado no indivíduo "portador da enfermidade"; e d) finalmente uma quarta fase orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. Isto é, nessa quarta fase, o problema passa a ser a relação do indivíduo e do meio, este assumido como uma construção coletiva. Nesse sentido, esta mudança pragmática aponta aos deveres do Estado para remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação. (Piovesan, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 277-278)

³¹ De acordo com os entendimentos elencados na Declaração de Madri (2002), as pessoas com deficiência assumem uma condição de cidadãos invisíveis, em razão deste grupo vulnerável serem esquecidos e ignorando, influenciando na formação e resultando na perpetuação de barreiras que impeçam a participação destes nas sociedades contemporâneas.

³² A conservação da sociedade implica em maiores discriminações e ausências de ações afirmativas relativas aos grupos vulneráveis, tais quais as pessoas com deficiência, eclodindo numa maior dificuldade em se garantir, democraticamente, a partição destes na sociedade e de se auto afirmarem, enquanto a sua identidade como ser social e político.

³³ A presente convenção define o termo " deficiência" como uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou

Interamericana para eliminação de todas as formas contras pessoas portadoras de deficiência, se mostrou extremamente insólita³⁴, uma vez que a carga conceitual³⁵, normativa e tutelatória da Convenção sobre o direito da pessoas com deficiência se mostrou mais vigoroso e progressista³⁶, à medida que inseriu nas sociedades uma nova consciência sobre a proteção das pessoas com deficiência³⁷. Notou-se, pela nova estrutura conceitual, a existência de traços democráticos³⁸, constitucionais e avançado.

Sob este prisma, a Corte observou que nas supracitadas convenções, tem-se um padrão para atingir uma noção do que seja a pessoa com deficiência, contudo, o ângulo para se atingir a real e precisa noção surge a partir da constatação de que a pessoa com deficiência não pode ser definida, tratada ou estudada, meramente só pela constatação de uma doença, seja ela física, mental, intelectual ou sensorial, mas tão somente quanto a sua interrelação com a sociedade, representada pela superação de barreiras ou limitações que impeçam sua auto afirmação enquanto sujeito de direitos ou obscureçam o brilhoso valor

mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

³⁴ Ricardo Tadeu já alertava que o conceito em questão se demonstrava inapropriado e arcaico, sendo que a Convenção de Guatemala já tinha sinalizado no sentido desse avanço, ao definir pessoa com deficiência utilizando aspectos clínicos e sociais, de forma genérica. (*O novo conceito constitucional da pessoa com deficiência: Um ato de coragem*. In: Manual das pessoas com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 20)

³⁵ A supracitada convenção traz que as pessoas com deficiência são aquelas 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.

³⁶Nas palavras de Cançado Trindade: “ O critério da primazia da norma mais favorável as pessoas protegidas, consagrado expressamente em tantos tratados internacionais de direitos humanos, contribui em primeiro lugar para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de “ conflitos” entre instrumentos legais em seus aspectos normativos. Contribui, em segundo lugar, para obter maior coordenação entre tais instrumentos em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados). (...) Contribui, em terceiro lugar, para demonstrar que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos - garantindo os mesmos direitos - são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção”. (*A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na proteção dos Direitos Humanos*. In: Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, jul/dez. 1993, p. 52-53)

³⁷ Nesta diáspora, Flávia Piovesan esclarece que o texto apresenta uma definição inovadora de deficiência, compreendida como toda e qualquer restrição física, mental, intelectual ou sensorial, causada ou agravada por diversas barreiras, que limite a plena e efetiva participação na sociedade. A inovação está no reconhecimento explícito de que o meio ambiente econômico e social pode ser causa ou fato de agravamento de deficiência. A própria convenção reconhece ser deficiência um conceito em estruturação, que resulta da interação de pessoas com restrição e barreiras que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade com os demais. Vale dizer, a deficiência deve ser vista como resultado de interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo.” (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 279).

³⁸ Nota-se que, pela novo sistema de conceituação, trazido pela Convenção sobre Direitos das pessoas com deficiência, adota-se um caráter eminentemente democrático, a fim de igualar suas condições com as demais pessoas para que possa existir a real e efetiva participação daqueles na sociedade.

da dignidade humana.³⁹

Na mesma precisão técnica e valorativa, a Corte julgou no caso *Furlan e familiares versus Argentina*⁴⁰, que toda pessoa que se encontre em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é de vital importância para a satisfação das obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. Ademais, a Corte recordou que não basta que os Estados se abstenham de violar as normas de direitos humanos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas⁴¹, determináveis em função das necessidades de proteção aos sujeitos de direito, seja por sua condição social ou pela situação específica em que se encontre.

A hipossuficiência das pessoas com deficiência⁴² foi e é alvo de proteção judicial nacional e internacional, como forma de mantimento dos direitos fundamentais deste grupo vulnerável⁴³, entendimento ressaltado no caso *James e outros versus Trindade e Tobago*⁴⁴. No Sistema Europeu, o caso *Alajos Kiss versus Hungria*⁴⁵, se mostrou altamente eficaz ante ao fundamento

³⁹ Num foco sobre os efeitos constitucionais da proteção da dignidade da pessoa humana, assentamos que a consagração da dignidade da pessoa humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir seu objetivo supremo, sendo que na relação entre indivíduo e Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e da sua personalidade. O indivíduo deve servir de 'limite e fundamento do domínio político da República', pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado. (Novelino, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. Ed. São Paulo: Método, 2009, p.348)

⁴⁰ Cfr. *Caso Furlan e familiares Vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C No. 246, pars. 132, 133 e 134.

⁴¹ Marcelo Labanca, em acertada fundamentação, notou que não há como exercer o direito à participação sem uma garantia de ausência de obstáculo ao exercício de direitos. E a ideia de ausência de obstáculo está relacionada a ideia de liberdade. (*O Direito das pessoas com deficiência à participação na vida pública e política*. In: Manual dos direitos das pessoas com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 196)

⁴² Reconhecer e respeitar os direitos das pessoas com deficiência é, em uma última análise, respeitar o próprio direito a ser tal como se é, sem a necessidade de preencher todos os requisitos de normalidade impostos pela cultura dominante. Significa reconhecer o valor da diversidade, que nos diferencia uns dos outros, e da singularidade, que nos faz sermos todos e cada um de nós insubstituíveis. (CERIGNONI, Francisco Nuncio; RODRIGUES, Maria Paula. *Deficiência: Uma questão política?* São Paulo: Paulus, 2002. p.70)

⁴³ Os direitos fundamentais tem gerado um modo autônomo de proteção substantiva e processual. Isso se deve, em primeiro lugar, a consciência de que, para superar seu simples caráter declaratório, é necessário ressaltar os instrumentos para a sua realização efetiva. Da mesma forma, esses direitos estão vinculados a uma urgência existencial do indivíduo, do grupo e da sociedade, pelo que supõe um tempo próprio e distinto daquele contemplado nas formas tradicionais de ação e de proteção substantiva. (Lorezenti, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 142).

⁴⁴ No entendimento de Caçado Trindade, cabe ao Estado estabelecer as bases jurídicas para a construção de uma ordem pública interamericana de observância e salvaguarda dos direitos humanos. (Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso James e outros vs. Trindade e Tobago, Resolução em medidas provisórias*, voto concorrente de Antônio Augusto Cançado Trindade, p. 7 - 8)

⁴⁵ Neste caso, a Corte Europeia entendeu, por unanimidade, a proibição absoluta violava o direito a realização de eleições livres, previsto no art. 3 do Protocolo n.1 a Carta Europeia de Direitos Humanos segundo o qual os Estados-partes comprometeram-se a " realizar eleições

exposto, considerando que ficou entendido que em medidas desproporcionais do Estado que repercutam em um grupo vulnerável da sociedade não é legítimo, pois dificulta a transposição de barreiras interrelacionais.⁴⁶

A Corte Interamericana, no caso *Atalla Rifo e crianças versus Chile*⁴⁷, decidiu que o Direito e o Estado devem auxiliar no avanço social, caso contrário corre-se o risco de não só legitimar, mas como de consolidar, distintas formas de discriminações violadoras dos direitos humanos. Igualmente no caso *Nadege Dorzema versus República Dominicana*⁴⁸, onde a Corte rememorou que o direito internacional dos direitos humanos não apenas proíbe políticas públicas e práticas deliberadamente discriminatórias, mas também se estende a àquelas cujo impacto seja discriminatório contra certas categorias de pessoas, ainda quando não se possa provar a intenção discriminatória.

Por todo o exposto, é obrigação dos Estados promover a inclusão das pessoas com deficiência, por meio da promoção da igualdade de condições, oportunidades e participação em todas as esferas da sociedade, sob a razão e finalidade de garantir que as dificuldades e limitações relacionais sejam superadas. Portanto, é necessário que os Estados promovam práticas de inclusão social e adotem medidas positivas para enfrentar os problemas expostos, pois trata-se de um problema político e não filosófico⁴⁹.

Eis o painel da celeuma. Passemos aos fundamentos.

3.2.1 A duração razoável do processo internacional: A situação de reivindicação judicial pelas pessoas com deficiência

Em se tratando da proteção aos direitos humanos das pessoas com deficiência, o estudo da duração razoável do processo internacional se fez

livres em intervalos razoáveis, por voto secreto, em condições que garantam a livre expressão da opinião do povo na eleição das legislaturas”. Além disso, a corte fez uma importante afirmação dos pressupostos da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Temos, portanto, nessa decisão, um forte precedente a favor da inclusão da pessoa com deficiência mental a sociedade. Temos, mais que isso, a invalidação do estabelecimento genérico da deficiência na lei; desconsiderando o contexto que envolve as pessoas e suas capacidades.

⁴⁶ Assim, conforme o exposto, a ideia construída de que a participação das pessoas com deficiência não pode ser afastada da teoria dos direitos fundamentais, é conexa com a legitimação da participação na vida privada, pública e política, sendo que apenas haverá o correto exercício destas, se houver meios e acessos capazes de viabilizar o exercício dos direitos de forma livre.

⁴⁷ Cfr. Caso *Atala Rifo e criança versus Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012, série C, n. 239, pars. 119 e 120

⁴⁸ No entender da Corte Interamericana, os Estados serão internacionalmente obrigados a adotar as medidas que forem necessárias para se fazerem efetivos os direitos estabelecidos na Convenção Americana, a tal ponto que devem tender, peremptoriamente, a enfrentar manifestações intolerantes e discriminatórias, com o fim de evitar a exclusão ou negação de uma determinada condição.

⁴⁹ Bobbio bem lembra que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justifica-los, mas o de protege-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 11)

questão merecedora de demasiada atenção⁵⁰, uma vez que a medida processual⁵¹ é a ponte que interliga a teoria e a prática. Trata-se, no mais da verdade, de fundamento ligado a situação de reivindicação judicial⁵² pelas pessoas com deficiência e a necessidade de uma tutela processual efetiva e célere, pilares sustentadores da celeuma.

A Corte aprofundou seu entendimento a respeito, versando sobre o tratamento e afetação gerada pela vulnerabilidade das partes do processo internacional. O tempo do processo incide, peremptoriamente, sobre as barreiras interrelacionais, afirmação da identidade pessoal⁵³ e da qualidade da tutela jurídica, a fim de que tudo isso repercuta na participação do indivíduo na sociedade⁵⁴, dentro do limite da igualdade e justiça.

Tal fundamento é vislumbrado no caso *Furlan e familiares versus Argentina*⁵⁵, onde em casos de pessoas com uma situação vulnerável, tal como o é das pessoas com deficiência, necessário se faz tomar as medidas cabíveis, a fim de que se resolve o processo com uma maior eficácia.

3.2.2 O direito a identidade pessoal

No que concerne relativamente aos limites subjetivos, se necessário traçar alguns raciocínios sobre a proteção ao direito a identidade pessoal, posto que as pessoas com deficiência formam um grupo vulnerável, possuindo uma maior dificuldade em se identificarem perante a sociedade, em razão da

⁵⁰ Defendeu-se, nas entrelinhas desta pesquisa, o direito fundamental à duração razoável do processo internacional. A fundamentação gerou entorno dos meios que garantiam a celeridade a sua tramitação, principalmente nos casos de tutela de grupos vulneráveis, onde se necessita de uma resposta efetiva e célere.

⁵¹ A ação típica e abstrata apenas poderá constituir um direito capaz de dar efetividade ao direito material, deixando de ser uma mera proclamação retórica, quando permitir ao autor, durante o seu exercício, a utilização de técnicas processuais adequadas à situação concreta. (Marinoni, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2008, p. 288)

⁵² A temática em questão diz respeito, profundamente, ao direito humano fundamental de ter acesso a justiça, se revelando pela importância de garantir e tutela outros direitos. (Marinoni, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil constitucional*. In: Didier, Fredie e Jordão, Eduardo Ferreira. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008, p.550)

⁵³ Cfr. *Caso González Medina e Familiares Vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C No. 240, par. 186; *Caso Gudiel Álvarez (“Diário Militar”) Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C No. 253, par. 210, e *Caso García e Familiares Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C No. 258, par. 110.

⁵⁴ Em uma posição crítica, defendeu-se que o próprio tempo do processo incide na tutela jurídica do grupo vulnerável, a fim de que incida na concretização da transposição das barreiras interrelacionais e discriminações voltadas as pessoas com deficiência. No mais, entendeu-se que o raciocínio, além de *pro homine*, também possui um pano de fundo democrático, a fim de que todos possam decidir os destinos sociais, jurídicos e políticos da sociedade, deixando para trás toda a ideia que leve a uma revolução silenciosa pelos direitos e dignidades das pessoas com deficiência.

⁵⁵ Cfr. *Caso Furlan e familiares Vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C No. 246, par. 194.

inexistência de uma conexão efetiva que os interligue com a comunidade social e efetiva.

Sob esse prisma, a Corte decidiu no caso *Gelman versus Uruguai*⁵⁶, bem como no caso *Contreras e outros versus El Salvador*⁵⁷, que as pessoas têm o direito a uma individualização⁵⁸ na sociedade⁵⁹, reconhecendo-se que a identidade pessoal está intimamente ligada a pessoa.

A Corte, ainda, reconheceu que este direito é essencial para o desenvolvimento das pessoas, ressaltando-se que a proteção deste, influi substancialmente nos atributos da dignidade humana, se tratando de um direito humano fundamental para as pessoas com deficiência, demonstrando esta proteção um caráter coletivo, que não permite enfoques restritivos.

Isto posto, é de constantes afirmações que, além da Convenção Americana, os ordenamentos jurídicos internos tutelam o direito a identidade pessoal, ainda mais sobre as pessoas com deficiência, que tem sua identidade ofuscada pelas barreiras interrelacionais, sendo objeto de prévio estudo e análise. Assim, o direito a identidade pessoal é o primeiro passo para a autoafirmação da pessoa com deficiência na comunidade pátria, elevando a sua confiança em transpor tais barreiras e participar ativamente na sociedade.

3.2.3 O direito a um projeto de vida igualitário

A Corte Interamericana, atendendo a necessidade de fornecer fundamentos jurídicos que levassem ao tratamento igualitário das pessoas com deficiência, traçou um panorama jurisprudencial através do caso *Furlan e familiares versus Argentina*⁶⁰, promovendo a promoção integral dos direitos humanos das pessoas com deficiência, considerando suas aptidões, circunstâncias, potencialidades, e aspirações, que lhe permitam estabelecer de uma maneira razoável, certas expectativas de vida.

A Corte, afirmou que o dano ao projeto de vida implica numa grave afetação de oportunidades de desenvolvimento pessoal, gerando um tratamento dessemelhante as pessoas com deficiência e violação as normas tutelatórias de direitos humanos, principalmente no que tange ao direito a

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman versus Uruguai*. Mérito e Reparaciones. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, n. 221, par. 122.

⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Contreras e outros versus El Salvador*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de Agosto de 2011. Série C, n. 232, par. 113

⁵⁸ Em precisão técnica, Celso Lafer afirma que o individualismo é parte integrante da lógica da modernidade, pois o mundo não é um cosmos – um sistema ordenado –mas sim um agregado de individualidades isoladas que são a base da realidade. (*A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1981, p. 120)

⁵⁹ Na Declaração de Madri, argumentou-se que as pessoas com deficiência são tratadas como pessoas invisíveis, não possuindo qualquer importância perante o âmbito social ou político. Assim, o direito a identidade pessoal surgiu como uma das ramificações da celeuma, a fim de demonstrar que as pessoas com deficiência não são pessoas invisíveis e possuem uma individualização na sociedade, não sendo encaradas pela sua deficiência em si mesmo, mas sim nas dificuldades relacionais que possuem em razão desta.

⁶⁰ *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de Agosto de 2012. Série C, nº 246, par. 285.

identidade pessoal.⁶¹

No caso *Nadege Dorzema e outros versus República Dominicana*⁶², a Corte estimou que uma violação ao direito a igualdade e não discriminação, se produz, também, perante situações e discriminações indiretas, resultados da produção e impacto de normas desproporcionais, bem como ações políticas ou outras medidas que, ainda que pareçam ser neutras em sua essência, produzem efeitos negativos para certos grupos vulneráveis e hipossuficientes⁶³.

Em razão da pessoa com deficiência enfrentar barreiras interrelacionais, o dano que afeta o direito a um projeto de vida igualitário, causa reflexos na capacidade de se auto afirmar perante a comunidade, bem como de transpor tais barreiras que impeçam sua evolução, impedindo de evoluir sua relação e gozo de seu próprio entorno pessoal, familiar, social ou político. Assim, a reparação integral do dano que afetou a consciência em ter um projeto de vida igualitário, requer medidas reparatórias que vão além da indenização monetária, direcionando-se ao campo das medidas de reabilitação, satisfação e de não repetição, reconstruindo, por assim dizer, o processo de relacionamento da pessoa com deficiência para com a sociedade, projetando, por final, a defesa do direito a um projeto de vida igualitário sob o império da lei e da justiça.⁶⁴

A nosso ver, todos possuem um projeto próspero de vida, independentemente de sua condição social, econômica ou política. Contudo, diante da vulnerabilidade das pessoas com deficiência, este direito adquire um destaque pessoal, pois fornece sustento a proteção do direito a identidade pessoal, a preservação da dignidade⁶⁵ das pessoas com deficiência e da

⁶¹ A Corte entendeu que o dano ao projeto de vida pode afetar o desenvolvimento pessoa do sujeito. Transpondo tais raciocínios à prática, é evidente a grave afetação a direito a identidade pessoal, posto que o seu próprio desenvolvimento pessoal seria afetado, eis uma das problemáticas da celeuma, enquanto o processo de tutela das pessoas com deficiência. (*Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de Agosto de 2012. Série C, nº 246, par. 286).

⁶² Cfr. *Caso Nadege Dorzema e outros versus República Dominicana*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de outubro de 2012, série C, nº 251, par. 233

⁶³ Deste modo, convém salientar a importância do entendimento exposto, haja visto que mesmo normas, políticas públicas ou medidas que apresentem, em sua essência, como neutras, possam gerar efeitos desproporcionais a certos grupos vulneráveis, podendo até serem consideradas discriminatórias quando não dirigidas especificadamente ao grupo vulnerável, demonstrando, assim, quão delicado é o assunto de políticas públicas, tema que será tratado posteriormente.

⁶⁴ Cfr. *Caso Almonacid Arellano e Outros versus Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas, Sentença de 26 de Setembro de 2006. Série C. nº 154, parágrafo 124; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penas versu Bolívia*, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de Setembro de 2010, Série C, nº 217, parágrafo 202; *Caso Rosendo Cantú e Outras versus México*, Interpretação da Sentença de Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de maio de 2011. Série C, nº 225, parágrafo 219; *Caso Cabrera Garcia e Montiel Flores versus México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de Novembro de 2010, Série C, nº 220, parágrafo 225.

⁶⁵ Neste direcionamento, numa visão kantiana, percebemos que a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, com um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio dita.

celeuma, como forma de legitimar os argumentos expostos.

Eis um aspecto avançado da celeuma e tema sustentador do ensaio, passemos a outros fundamentos.

3.2.4 A importância do caso Damião Ximenes Lopes em matéria de proteção as pessoas com deficiência

A primeira oportunidade da Corte Interamericana de discutir sobre os direitos das pessoas com deficiência, foi no caso Damião Ximenes⁶⁶, o qual constituiu um marco no sistema regional, pois, em sua sentença, inauguraram-se várias diretrizes ao direito à vida, integridade pessoal e dignidade da pessoa deficiente.

O caso se deu no hospital psiquiátrico “ Casa de Repouso de Guararapes”, em Sobral, Ceará. No dia 01 de outubro de 1999, a vítima teria sido internada e, após três dias, foi encontrada morta. A família alegou que Damião foi morto em razão dos maus tratos e agressões que recebeu durante sua internação⁶⁷, desrespeitando, deste modo, inúmeros artigos da Convenção Americana.

Respectivamente, o Brasil foi acionado perante a Corte Interamericana para prestar contas, sendo, postumamente, condenado no ano de 2007 e as famílias, indenizadas em 29 de junho de 2009, onde houve a condenação dos criminosos, dentre eles médicos e enfermeiros.

O presente caso condenou o Brasil, por não promover recursos que levassem a apuração dos culpados, infringindo, por sua vez, os arts. 4º (direito à vida)⁶⁸, 5º (integridade pessoal)⁶⁹, 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial). Deste caso, extraiu-se o entendimento de que o direito à vida é um pré-requisito para a existência de outros direitos, não podendo sofrer um enfoque restritivo e devendo o Estado⁷⁰ criar dispositivos que impeçam qualquer ameaça a esses

(Comparato, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 21)

⁶⁶ O caso Damião Ximenes é fruto da denúncia nº 12.237, recebida pela Comissão Interamericana em 22 de novembro de 1999.

⁶⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Damião Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de outubro de 2006, série C, n. 149, par. 47, 1, “a”.

⁶⁸ Cfr. Caso Gudiel Álvarez (“Diário Militar”) Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C No. 253, par. 206, e Caso García e Familiares Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C No. 258, par. 107

⁶⁹ Cfr. Caso González Medina e Familiares Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C No. 240, par. 180; Caso Gudiel Álvarez (“Diário Militar”) Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C No. 253, par. 204, e Caso García e Familiares Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C No. 258, par. 106.

⁷⁰ As obrigações erga omnes que tem os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção, e de assegurar a efetividade dos direitos, protegendo seus efeitos para além da relação entre os agentes e as pessoas submetidas a sua jurisdição, pois se manifestam na obrigação positiva de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos nas relações interindividuais. (Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Condicion Jurídica y Derechos de*

direitos⁷¹.

Embora o caso Damião Ximenes tenha sido o primeiro a desencadear as discussões sobre a defesa dos direitos das pessoas com deficiência, a política pública ainda está em um avanço lento. Ainda, a obrigação de garantir os direitos humanos não se esgota tão somente com a existência de uma norma dirigida a tal fim, mas também carece de ações governamentais⁷² que assegurem sua observância e o pleno e livre exercício dos direitos humanos.

3.3 As diretrizes para uma política pública internacional por meio da tutela jurídica dos direitos das pessoas com deficiência

Aspecto prático e de crescimento linear⁷³, no que diz respeito às diretrizes para a criação de políticas⁷⁴ públicas. Certo é que essas diretrizes precisam de uma base⁷⁵, uma origem, tais quais se encontram nos direitos humanos.

O fundamento supremo da vertente jurisprudencial da Corte Interamericana, sustentadora de entendimentos mais profundos sobre os direitos humanos, tal qual sobre o direito à vida, em que o Estado não só deve estabelecer normas proibitivas, mas, sobretudo, criar medidas que assegurem a sua observância e reparação, caso haja a violação⁷⁶.

Na ponderação de Adriana Estigara⁷⁷ sobre a incidência da decisão do

los Migrantes Indocumentados. Opinion Consultiva OC - 18/03 de 17 de setiembre de 2003, Série A, n. 18, par. 140).

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par. 124, p. 55

⁷² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par.147, p.60

⁷³ O renomado ex- ministro do STF, Eros Grau sustentou que as políticas (policies) assemelham-se a uma norma- diretriz e que o contínuo crescimento do Estado-ordenamento e do Estado-aparato induz o surgimento de normas que não definem nem conduta, nem organização, mas resultados diretos que devem ser alcançados por seus destinatários. (GRAU, Eros. *Direitos, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988. p. 130 - 138)

⁷⁴ Para Dworkin, as políticas, são aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado deve ser protegido contra mudanças adversas. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36)

⁷⁵ Em uma atribuição motivadora, Miranda sentencia que: " O eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurídica dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica. Porém o Estado de Direito acrescenta algo mais, como se sabe. (...) Por definição, os direitos fundamentais, tem de receber, em Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, ainda que em termos e graus diversos consoante sejam os direitos, liberdades e garantias ou direitos econômicos, sociais ou culturais. (MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais - Introdução geral: Apontamentos das Aulas*. Lisboa: Editado pela universidade de Lisboa, 1999. p. 130)

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par.124, p.55

⁷⁷ A autora defende que o caso Damião Ximenes é emblemático, a partir do momento em que a Corte Interamericana declara a imprescritibilidade de políticas públicas específicas as pessoas com deficiência mental, reforçando-se o processo de especificação do sujeito de direito em

caso Ximenes Lopes nas políticas públicas⁷⁸, concomitantemente com a Flávia Piovesan⁷⁹ ao defender as responsabilidades do Estado perante o sujeito de direito.

Foi observado, ainda, que é insuficiente o Estado garantir a não violação do direito à vida, é preciso, pois, adotar medidas necessárias para criar um marco normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida, pressionando o Estado a uma possível condenação internacional, para que, efetivamente, perpetue-se, cada vez mais, o direito absoluto à vida.

Paralelamente ao direito à vida, deu-se um contorno especial às violações à integridade pessoal dos portadores de deficiência, em razão de suas características pessoais⁸⁰, aludindo-se que a dor e o sofrimento poderiam se tornar maiores ao serem submetidos a tratamentos humilhantes. Em consonância com os princípios adotados pela ONU⁸¹, todos os pacientes têm direito ao tratamento o menos restrito possível e o mais apropriado à saúde⁸², como forma de respeito à autonomia do portador de deficiência e à dignidade da pessoa humana⁸³.

Sob esse prisma, para a Corte IDH⁸⁴ nasce uma obrigação geral do

matéria de direitos humanos, um dos componentes essenciais em matéria de responsabilidade do Estado no processo de consolidação da cidadania.

⁷⁸ Segundo Maria Paula Dallari política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios a disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (Bucci, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39)

⁷⁹ Segundo a autora, a responsabilidade do Estado, no que tange a cidadania, se atem ao dever jurídico-constitucional de observar, proteger e promover a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos, bem como respeitar o processo de especificação do sujeito de direito. (PIOVESAN, Flávia. PIOVESAN, Flávia. *A responsabilidade do Estado na consolidação na cidadania*. In: Temas de direitos humanos. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 338)

⁸⁰ Nesse sentido encontra-se no caso *Damião Ximenes vs. Brasil* (par.127, p. 56) o entendimento de que em razão da situação excepcional de Damião afetar a percepção da realidade, aumentava-se muito mais o sofrimento deste ao ser submetido a humilhação em certos tratamentos, tornando-os ainda mais dolorosos.

⁸¹ ONU. Assembleia Geral. Princípios para a proteção dos Doentes mentais e melhoramento da atenção à saúde mental, p. 189.

⁸² No caso *Damião Ximenes* (2006, par.108) a Corte entendeu que: “ (...) que todo tratamento de pessoas que sofram de deficiência mental deve ser voltado para o melhor interesse do paciente, deve ter como objetivo preservar sua dignidade e autonomia, reduzir o impacto da doença e melhorar a sua qualidade de vida”.

⁸³ Segundo a precisão técnica de Paulo Otero: “ A dignidade da pessoa humana é hoje um dogma de confluência da consciência jurídica universal, uma síntese da ordem de valores historicamente geradora da civilização ocidental e, por essa vida, um princípio de *jus cogens* dotado de valor de força jurídica supraconstitucional: Não é a Constituição que impõe o respeito à dignidade da pessoa humana ao sistema jurídico, ao Poder Político e aos membros da sociedade, antes é a dignidade da pessoa humana que, autonomamente, se impõe a constituição, hetero-subordinando-a, vinculando o sistema jurídico, a vontade do poder e dos membros da sociedade. (*Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2010, p. 37)

⁸⁴ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*, Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n.149, par. 138, p. 59

Estado de garantir o direito à vida e de garantir o direito a integridade pessoal dos portadores de deficiência, sendo deveres especiais de proteção e prevenção, o dever de cuidar e de regular⁸⁵: O primeiro, o dever de cuidar⁸⁶, compreendido pela posição do Estado em ser responsável pelas pessoas que estão sob sua custódia, devendo-lhes garantir condições necessárias para uma existência digna⁸⁷

Por outro lado, o dever de prevenção exige do Estado um planejamento para que não faltem mecanismos de fiscalização e monitoramento no setor da saúde, sendo que no caso de violação, o Estado esteja preparado para oferecer respostas e soluções rápidas, tornando-se mais seguro a prestação da tutela jurídica⁸⁸ aos portadores de deficiência.⁸⁹

Em suma, aqui reside um dos importantes fundamentos jurídicos sobre a tutela jurídica sob os direitos dos portadores com deficiência.

3.4 O direito às garantias e a proteção judicial

O tópico em pauta consubstancia-se em direitos processuais⁹⁰. A Corte reiterou sua posição a respeito de que o artigo 8.1 da Convenção Americana, através do caso *Barbani Duarte e Outros versus Uruguai*⁹¹, que as autoridades públicas não podem adotar decisões arbitrárias que incidam sobre algum

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Paniagua Morales e outros (Caso Panel Blanca)*, sentença de 8 de março de 1988, par. 91; *Caso Villagrán Morales e outros (Niños de la calle) versus Guatemala*, sentença de 19 de novembro de 1999, par. 75

⁸⁶ Nada obstante, o dever de proteção ganha uma forma especial em relação aos portadores de deficiência mental, ao possuir a obrigação de providenciar tratamento de saúde que melhore suas condições físicas e mentais, incrementando substancialmente a responsabilidade do Estado de fornecer medidas necessárias a melhoria do que aquele que está sendo tratado.

⁸⁷ Neste sentido, temos o caso *Ivcher Bronstein vs. Peru*, sentença de 6 de fevereiro de 2001, par.186 e *Caso Aguirre Roca, Rey Terry e Revoredo Marsano vs. Peru*, sentença de 31 de janeiro de 2001, par. 123, que aludem a obrigação do Estado em combater a impunidade, devendo este conter um aparato de investigação, persecução para punir os responsáveis pela violação dos direitos contidos na Convenção Americana. Assim, vemos que o Estado tem o dever de garantir uma efetiva tutela jurídica.

⁸⁸ Aliás, imensa é a perplexidade sobre o assunto, que é elucidado pela realidade brasileira: “Entre destroços humanos e institucionais que ficam pelo caminho do sistema penal, entende-se que, através do ideário de reduzir danos, é possível minimizar o sofrimento produzido pelas mais diversas fontes de arbitrariedade do poder institucional, e se valorizará o que há de vital e construtivo sob a aparência de desumanidade”. (AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo*. 1º Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 123)

⁸⁹ A despeito, é conveniente o emprego de um estudo rápido da Convenção Interamericana para eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência, aprovada em Guatemala, em 7 de junho de 1999.

⁹⁰ Comumente são os artigos 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana que, na maioria dos casos de violação, são unidos com o artigo 1.1 (obrigação de respeitar direitos) da mesma.

⁹¹ *Caso Barbani Duarte e Outros versus Uruguai*. Mérito, Reparações e custas. Sentença de 13 de Outubro de 2011, Série C, nº234, parágrafo 119.

direito⁹². Assim, o Estado, além de emitir uma decisão não arbitrária sobre qualquer direito, deve, também, fornecer subsídios necessários para se investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações⁹³.

Por lógica, as garantias judiciais⁹⁴ devem se dar em um prazo razoável e oferecer aos familiares da vítima um recurso efetivo, que garanta, por assim dizer, o acesso à justiça⁹⁵. Na maioria das vezes, a problemática das garantias judiciais está contida no próprio ordenamento jurídico interno⁹⁶.

Ademais, sob égide do artigo 25.1 da Convenção Americana, o Estado tem a obrigação de garantir às pessoas sujeitas à sua jurisdição, recurso que sejam efetivos na proteção de direitos fundamentais. No entendimento da Corte Interamericana⁹⁷, não basta a mera existência formal destes recursos, é necessário que estes produzam, efetivamente, resultados positivos ao combate das violações dos direitos contemplados na Convenção Americana, respeitando as normas do devido processo legal, fomentando a ampla participação nos processos e o direito de pleitear uma reparação.

No caso *Barbani Duarte e outro versus Uruguai*⁹⁸, a Corte decidiu que o direito a ser ouvido amolda-se, por um lado, num âmbito formal e processual, conexos com as garantias processuais e judiciais, sendo que, por outra face, esse direito abrange um âmbito de proteção material, onde o Estado garante a produção de uma decisão através do procedimento legítimo, satisfazendo a finalidade para a qual foi concebida.

Desta forma, a primeira postura do Estado a ser incorporada é a de providenciar uma investigação específica para esclarecimento dos fatos, sanção dos responsáveis e reparação da família da vítima. Essa visão assume um relevo ainda mais importante ao se vislumbrar que a morosidade em fornecer um

⁹² Deste modo, tal entendimento incidirá no âmbito de proteção material que implicará ao Estado, garantias sobre a decisão, de tal maneira que estas se produzam através de procedimento legítimo, satisfazendo o fim para o qual foi concebido.

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso do Tribunal Constitucional versus Perú*. Competência, sentença de 24 de Setembro de 1999; *Caso Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentença de 25 de Novembro de 2000, par. 98; *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*, sentença de 21 de junho de 2002, par. 66; *Caso Ximenes Lopes vs Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par. 170, p. 67.

⁹⁴ Os direitos fundamentais distinguem-se das garantias. Certo, porém, que o direito, embora tenha caráter essencialmente declaratório, pode conter, implícita, a garantia e está, o direito. (AMARAL, José de Campos. *Direitos e Garantias Fundamentais (Doutrina e Jurisprudência)*. Brasília: Editoria Brasília Jurídica, 2007. p. 15)

⁹⁵ Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. Todavia, mesmo os sujeitos apátridas são protegidos pelos instrumentos internacionais e pela convenção americana, gozando os sujeitos, inclusive das garantias judiciais e proteção, como uma forma de se garantir um acesso à justiça, mesmo que este não tenha uma cidadania, por assim dizer.

⁹⁶ "Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como os tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mudo estranho." (CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 24).

⁹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de Julho de 2006, série C, n.149, par. 193, p. 72.

⁹⁸ Corte Interamericana. *Caso Barbani Duarte e outros versus Uruguai*. Mérito, Reparações e custas. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C, n.234, par. 122.

aparato investigativo, contribui, invariavelmente, para o benefício daqueles que violaram os direitos e mais propício, para que a devida punição seja mais branda ou se caia no esquecimento.

Nota-se, ainda, que a importância das garantias judiciais e proteção revela um importante desdobramento no devido processo: Conduzir as partes na busca da verdade, sob a finalidade de buscar diminuir a repetição dos casos em razão daquela punição. Estes fundamentos, por lógica, asseguram, outro ângulo da dignidade humana.

3.5 O controle de convencionalidade e a segurança judicial do cumprimento das sentenças

O tema em questão⁹⁹, é qualificado como indispensável para o estudo da concretização de direitos e garantia adotados nos tratados, ganhou maiores proporções quando se começa a analisar o status em que as normas de direitos humanos adentram no ordenamento jurídico interno e o controle de convencionalidade. Foi no caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*¹⁰⁰, que a Corte Interamericana, em referida decisão, aludiu que o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos¹⁰¹.

O fundamento da dignidade da pessoa humana e da prevalência dos direitos humanos, rege a maioria das relações internacionais. Contudo, no âmbito interno brasileiro¹⁰², até o advento da emenda n. 45/2004, discutiam-se se os tratados internacionais teriam uma qualidade, valor constitucional ou ainda, de norma infraconstitucional, sendo este último adotado pelos

⁹⁹ O tema em pauta, foi tratado pela primeira vez na tese de doutoramento de Valério Mazzuoli onde conceituava o controle de convencionalidade como uma forma de compatibilização entre as normas de direito interno e tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2 ed., rev., ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011. p. 73)

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006, par. 124.

¹⁰¹ A Corte Interamericana no caso *Damião Ximenes* (2006, par.98) entendeu que os Estados tem a obrigação de consagrar e adotar em seu ordenamento jurídico interno, todas as medidas necessárias para que o estabelecido na Convenção seja cumprido e posto em prática, e que a legislação não se transforme em uma mera formalidade, distante da realidade.

¹⁰² “ (...) caberia ao Legislativo proceder uma ponderação entre interesses constitucionais em conflito, na qual lhe é concedida certa liberdade para acomodar os valores contrastantes, em consonância com a consciência social da época. Nesta perspectiva, dentre as várias soluções possíveis no conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada, competiria a lei a tarefa de fixar o grau de cedência recíproca entre cada um dos bens jurídicos confrontantes. Esta primazia do legislador em detrimento do juiz na conformação dos direitos fundamentais no âmbito privado conferiria, por um lado, maior segurança ao tráfico jurídico; e, por outro, conciliar-se-ia melhor com os princípios da democracia e da separação de poderes. (SARMENTO. *Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010. p. 200)

constitucionalistas¹⁰³.

Logo após, desperta-se para o mundo jurídico pátrio, a referida emenda constitucional inovou a discussão¹⁰⁴, trazendo novas ideias à luz da constituição¹⁰⁵.

Na legítima posição do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁶, entendeu-se que, atualmente, os tratados poderiam ter um valor ou carga normativa supralegal, constitucional ou de lei ordinária. Conforme atentou Sérgio Tibiriçá e Jonatas Teixeira¹⁰⁷, o STF adotou certa sistematização quanto à entrada de tratados que versem ou não da matéria de direitos humanos e qual carga normativa conterà, a depender da matéria que verse.

Salientam-se que as normas da Convenção Americana, segundo o entendimento do STF, possuem um valor/hierarquia supralegal, ocasionando a revogação de todo o dispositivo infraconstitucional que conflite com ela, tal qual o caso supracitado.

Assim sendo, concebeu-se que o controle de convencionalidade é um dos principais meios de afirmar, no ordenamento jurídico interno, normas de direitos humanos que, junto com as orientações dos órgãos interamericanos, dão sustentabilidade para a responsabilização dos Estados em casos de violações a estas normas.

CONCLUSÃO

A tutela jurídica das pessoas com deficiência no Sistema Interamericano é profícuo, demonstrando-se eficaz para o avanço social e jurídico dos Estados.

¹⁰³ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 312 -320.

¹⁰⁴ A referida emenda constitucional trouxe o entendimento de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que sejam aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, mediante três quintos dos votos dos respectivos membros da mesma, possuirão carga normativa de emenda constitucional.

¹⁰⁵ Noutra sede, Eduardo Cambi contextualiza que em países de modernidade tardia, como o Brasil, onde os direitos fundamentais sociais não foram minimamente concretizados, o papel do Estado, como instituição capaz de promover a efetivação desses direitos, indispensáveis à transformação social, depende da observância rigorosa da Constituição. A expressiva desigualdade social, incapaz de sequer promover eficientemente os direitos fundamentais de primeira geração, exige firmeza do Poder Judiciário no cumprimento de tais disposições democráticas contidas na Constituição Federal de 1988. (CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 181)

¹⁰⁶ A renomada posição do Supremo adveio do julgamento do Recurso Extraordinário (R.E) 466.434 - SP, de 03 de Dezembro de 2008, onde foi abolida a prisão civil do depositário infiel, estabelecendo-se que os tratados internacionais aprovados pelo quórum de semelhante a de lei ordinária, são supralegais.

¹⁰⁷ O autores sustentam, em consonância com o entendimento exposto pelo STF, que: " Se o tratado não for relativo a direitos humanos (de direito comercial, por exemplo), ele entrará no ordenamento jurídico pátrio tendo valor de lei ordinária, desde que, é claro, seja aprovado por decreto legislativo no Congresso Nacional, e promulgado por decreto presidencial. Tratando-se de tratado que verse sobre direitos humanos, duas são as possibilidades segundo o Supremo Tribunal Federal (supra legal ou status constitucional)."

Em apoio, alguns fundamentos.

a) Em razão das profundas mudanças e estudos, escoltadas pelos tratados internacionais sobre as pessoas com deficiência, constatou-se um novo paradigma: O tratamento jurídico para com as pessoas portadoras de deficiência não deve se proceder mediante a investigação da deficiência em si, mas do seu ambiente e condicionamento interrelacional para com sua família e sociedade.

b) O novo paradigma que guia a tutela jurídica das pessoas com deficiência possui respaldo na Democracia, com o fim de obstruir todas as barreiras e violações que impeçam a participação da pessoa com deficiência na sociedade política, conforme atesta os julgados pela Corte Interamericana.

c) Por tratar de um grupo vulnerável, o Estado deve fornecer meios eficazes para a inclusão das pessoas com deficiência, a fim de criar condições iguais, adotando medidas positivas e não discriminatórias, auxiliando este grupo a alcançar suas potencialidades humanas.

d) Há reflexos importantíssimos na duração do processo internacional e nacional que visem a tutela das pessoas com deficiência, visando a sua razoabilidade para conceber uma plena proteção aos direitos humanos.

e) A importância das pessoas com deficiência criarem uma identidade que facilite sua interação e participação na sociedade, é uma constante que se afirma no plano do trabalho, a fim de contemplar soluções estáveis para o combate e violação dos direitos humanos das pessoas com deficiência.

f) A garantia a proteção judicial e o controle de convencionalidade se mostram como medidas jurídicas que interligam o plano da tutela jurídica internacional as medidas de políticas públicas a serem incorporadas nos Estados, efetivando, assim, a segurança da tutela jurídica das pessoas com deficiência.

Ao que parece, estes elementos possibilitam de um estudo analítico sobre a tutela jurídica das pessoas com deficiência, onde foi salientado todas (ou, senão, a maioria) das ressalvas que possam guiar os ordenamentos jurídicos ao combate dos dados problemáticos, de maneira que possam promover a igualdade entre os grupos vulneráveis e todo o resto da coletividade.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALVES, J. A. Lindgren. *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Editora Perspectiva e Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

AMARAL, José de Campos. *Direitos e Garantias Fundamentais (Doutrina e Jurisprudência)*. Brasília: Editoria Brasília Jurídica, 2007.

AMARAL, Augusto Jobim do. *Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo*. 1º Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

ANDRADE, Vieira de. *Os Direitos fundamentais da Constituição Portuguesa de 1726*, Coimbra, 1983.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOUTROS, Ghali. *Empowering the United Nations, Foreign Affairs*, vol.89, 1992/1993.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

C.A. Dushee de Abranches. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, 1964.

CANÇADO TRINDADE. Antônio A. *A proteção internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

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 1998.

CERIGNONI, Francisco Nuncio; RODRIGUES, Maria Paula. *Deficiência: Uma questão política?*. São Paulo: Paulus, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Almonacid Arellano e Outros versus Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparação e Custas, Sentença de 26 de Setembro de 2006. Série C. nº 154.

_____. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC - 18/03 de 17 de setiembre de 2003, Série A, n. 18.

_____. *Caso Aguirre Roca, Rey Terry e Revoredo Marsano vs. Peru*. Sentença de 31 de janeiro de 2001.

_____. *Caso Bámaca Velásquez versus Guatemala*. Sentença de 25 de novembro de 2000.

_____. *Caso Damião Ximenes Lopes versus Brasil*. Sentença de 04 de Julho de 2006, Série C, n.149.

_____. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Penas versus Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de Setembro de 2010, Série C, nº 217.

_____. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001.

_____. *Caso Furlan e Familiares versus Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C, n. 246.

_____. *Caso García e Familiares Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2012. Série C No. 258, par. 110.

_____. *Caso Gelman versus Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C, n. 221.

_____. *Caso González Medina e Familiares Vs. República Dominicana*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C No. 240.

_____. *Caso Gudiel Álvarez ("Diário Militar") Vs. Guatemala*. Mérito, Reparações

e Custas. Sentença de 20 de novembro de 2012. Série C No. 253.

_____. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trindad e Tobago*. Sentença de 21 de junho de 2002.

_____. *Caso do Tribunal Constitucional versus Perú*. Competência, sentença de 24 de Setembro de 1999.

_____. *Caso Paniagua Morales e outros (Caso Panel Blanca) versus Guatemala*. Sentença de 8 de março de 1988.

_____. *Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1998, série C, n.04.

_____. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C, n. 63.

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

EIDE, Asbjorn, *Protection Internationale des Droits de l’Hoome*, Conselho da Europa, 1989.

E. Garcia de Enterría, E Linde, L.I Ortega e M Sanchez Moron. *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*. 2º ed., Civitas, Madrid, 1983

ESTIGARA, Adriana. *O dever de adotar políticas públicas*. In: *Direitos humanos: fundamento, proteção e implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

FERRAZ, Carolina Valencia; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. *Manual dos direitos das pessoas com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros. *Direitos, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.

HERKENHOFF, João Baptista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. 1º ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997.

HUERTA, Mauricio Ivan del. *La jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en matéria de responsabilidad internacional del Estados por actos legislativos: Un ejemplo de desarrollo jurisprudencial significativo*. In: LEÃO, Renato Zerbini (coord.) *Os rumos do Direitos Internacional dos Direitos Humanos: ensaios em homenagem ao professor*.

LAFER, Celso. *Prefácio ao Livro Direitos Humanos e Justiça Internacional*. Flávia Piovesan, São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1981.

LOREZENTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito*. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil constitucional*. In: Didier, Fredie e Jordão, Eduardo Ferreira. *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2008.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 25ºed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 2 ed., rev., ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais – Introdução geral: Apontamentos das Aulas*. Lisboa: Editado pela universidade de Lisboa, 1999.

- _____. *Manual de Direito Constitucional, IV*, Coimbra, 1998.
- OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português: Identidade Constitucional*. Lisboa: Almedina, 2010.
- Organização das Nações Unidas (ONU). *Princípios para a proteção dos Doentes mentais e melhoramento da atenção à saúde mental*. Assembleia Geral das Nações Unidas, 17 de Dezembro de 1991.
- PIOVESAN, Flávia. *A responsabilidade do Estado na consolidação na cidadania*. In: *Temas de direitos humanos*. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário*. Salvador: JusPODIVM, 2009.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.
- SUDRE, Frederic. *Droit Interanational et Européen des Droits de l'Homme*, PUF, 1969.
- SZABO, Imre. Fundamentos históricos e desenvolvimento dos direitos do homem, in: *As dimensões internacionais dos direitos do homem*, UNESCO, 1983.
- VALE, André Rufino do. *Eficácia dos Direitos Fundamentais na Relações Privadas*. Editora Sergio Antônio Fabris: Porto Alegre, 2004.

ADPF 130 E A INEFETIVIDADE DE PROIBIÇÃO DO MONOPÓLIO OU OLIGOPÓLIO DOS ÓRGÃOS DE IMPRENSA

Fernanda de Matos Lima Madrid¹⁰⁸

Sérgio Mastellini¹⁰⁹

Resumo:

O presente artigo tem como escopo analisar o contexto histórico em que a Lei de Imprensa foi criada, abordando Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 130 proposta no Supremo Tribunal Federal, bem como as consequências da decisão que declarou o referido dispositivo legal não recepcionado pela Constituição Federal de 1988 tendo como objetivo principal questionar a efetividade da “proibição de monopólio ou oligopólio” dos órgãos de imprensa como forma de inibir possíveis abusos em sua utilização. Procuramos enfatizar a relação direta entre liberdade de imprensa e a democracia de uma nação, assim como o papel extremamente importante que a imprensa assumiu na contemporaneidade: o de compor a opinião pública.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 5.250/67, denominada Lei de Imprensa, sempre foi objeto de muitas discussões, pois seu conteúdo é eminentemente ditatorial. Em 30 de abril de 2009, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 130, o Supremo Tribunal Federal a declarou não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, bem como, nesta mesma oportunidade, reforçou a proibição do oligopólio ou monopólio dos meios de comunicação.

O objetivo principal deste trabalho é discutir a referida arguição, os efeitos da declaração da não recepção da Lei de Imprensa e, com esse conteúdo, debater sobre a efetividade da proibição do monopólio ou oligopólio dos órgãos de imprensa.

A pesquisa sobre o tema e a coleta de dados foi feita pela análise de documentação indireta, vale dizer, pelo estudo doutrinário e jurisprudencial.

O método utilizado foi o dedutivo, posto que se partiu do contexto histórico em que a Lei de Imprensa foi criada, passando a análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 e suas consequências e, por derradeiro, adentra a questão da proibição do monopólio ou oligopólio.

¹⁰⁸ Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Professora de Direito Penal das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Advogada criminalista.

¹⁰⁹ Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Alta Paulista – FADAP – Tupã/SP. Professor na Faculdade de Direito da Universidade do Oeste Paulista em Presidente Prudente/SP.

O trabalho está dividido da seguinte forma: Contexto histórico da Lei de Imprensa, arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 130, consequências da não recepção da Lei de Imprensa, efetividade da “proibição de monopólio ou oligopólio” dos órgãos de imprensa e conclusões.

1 CONTEXTO HISTÓRICO DA LEI DE IMPRENSA

Em março de 1964 os militares tomaram o poder por meio de um golpe e governaram o país nos 21 anos seguintes instalando-se um regime ditatorial e, com ele, nasceu um Estado autoritário que suprimiu as liberdades democráticas se valendo da repressão. (PEDRO, LIMA E CARVALHO, 2005, p. 477)

A Lei n.º 5.250, promulgada no dia 09 de fevereiro de 1967, conhecida como a Lei de Imprensa, foi elaborada neste período do governo brasileiro e tinha como principal escopo controlar as ações da imprensa, para isso, impunha limitações à liberdade de informação.

Assim, foi criada para fortalecer o regime ditatorial militar por meio do controle de notícias que poderiam influenciar a população a se opor ao cenário político vigente, questionando a sua legitimidade.

A Lei de Imprensa, desde o início de sua vigência, foi alvo de inúmeras críticas. A proposta do referido diploma legal foi elaborado pelo Presidente Castello Branco, que era um general do exército que somente ascendeu ao Poder pelo uso da força. O Deputado Federal Ivan Luz, do Rio Grande do Sul, foi o relator e encabeçou uma manobra política no Congresso Nacional para evitar a aprovação de um substituto a fim de frear a oposição ao regime militar. (CRETELLA NETO, 2008, p. 9)

Portanto, o Congresso não possuía nenhuma condição para discutir e votar de forma livre qualquer projeto de lei, seus trabalhos estavam completamente comprometidos. A ameaça de cassação de mandatos, suspensão de direitos políticos era latente.

Foi neste cenário que a Lei 5.250/67 nasceu.

O direito de informação abarca três aspectos: o direito de informar, o direito de se informar e, por fim, o direito de ser informado. Vidal Serrano Nunes Junior (2011, p. 44) os define da seguinte forma:

O direito de informar consiste basicamente na faculdade de veicular informações, ou, assumindo outra face, no direito a meios de transmitir informações, como, *verbi gratia*, o direito a um horário no rádio ou na televisão. O direito de se informar consiste na faculdade de o indivíduo buscar as informações desejadas sem qualquer espécie de impedimento ou obstrução. Por fim, o direito de ser informado remete à faculdade de ser mantido integral e corretamente informado.

O regime autoritário, logo depois da aprovação da Lei de Imprensa,

determinou grandes restrições ao direito de informação. As sanções penais impostas aos crimes de imprensa foram exasperadas pela Lei de Segurança Nacional.

Para piorar ainda mais a situação, foi promulgado o Ato Institucional número 5, vigente de 13 de dezembro de 1968 a 31 de dezembro de 1978, que conferia poderes quase absolutos ao poder executivo. O Congresso Nacional foi fechado, muitos parlamentares foram cassados e, até mesmo, presos. Os meios de comunicação passaram a sofrer rigorosa censura e a qualquer momento as pessoas poderiam ser acusadas de crimes contra a segurança nacional. Artistas como Caetano Veloso e Chico Buarque foram forçados a deixar o país. (PEDRO, LIMA E CARVALHO, 2005, p. 480)

Durante a repressão, existia a figura do censor que tinha como função de decidir o que poderia ou não ser publicado, comprometendo sobremaneira a liberdade de expressão. Todo o conteúdo que pretendia ir para a imprensa passava por uma censura prévia que tinha como principal escopo reprimir qualquer oposição ao governo imposto pelos militares.

Neste contexto, a liberdade de informação, primordialmente a jornalística, fundamental para a autodeterminação dos cidadãos e, por consequência, para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, não era exercida em sua plenitude.

Em resumo: após o AI- 5 o clima de terror foi sacramentado no Brasil, a imprensa não conseguia exercer seu ofício em razão das restrições impostas e, por conseguinte, o povo não sabia o que realmente estava acontecendo em nosso país o que impedia qualquer tipo de oposição ao regime implantado.

Mesmo após o período ditadura, a Lei de Imprensa se manteve, sendo representante da última lei de conteúdo ditatorial e, apenas em 30 de abril de 2009, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 130, o Supremo Tribunal Federal a declarou não recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 130

A arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui-se em ação autônoma de controle de constitucionalidade, estabelecida no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal, nos seguintes termos “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.”.

Como vemos no texto constitucional, a regulamentação coube ao legislador ordinário, que por sua vez inseriu no ordenamento jurídico a Lei nº 9.882/99 quando se estabeleceu a configuração da arguição.

Vejamos os artigos 1º e 2º da Lei nº 9.882/99:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão

a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II - (VETADO)

Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de argüição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

§ 2º (VETADO)

Assim, verificamos que o campo de incidência da argüição de descumprimento de preceito fundamental é mais abrangente do que em outras ações de controle de constitucionalidade, pois seu espectro incide sobre atos do poder público de qualquer natureza, sejam eles corporificados na forma de lei ou outro ato normativo, oriundos de todos os entes federados, anteriores ou posteriores à Constituição Federal.

Os legitimados à propositura são aqueles estabelecidos no artigo 103 da Constituição Federal.

É importante apontar que se trata de controle abstrato da constitucionalidade, de modo que a competência para seu conhecimento é do Supremo Tribunal Federal, cuja decisão tem por finalidade pacificar definitivamente as questões constitucionais de forma vinculante e com efeitos *erga omnes*.

Além disso, se estabeleceu no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que a ADPF é um instrumento subsidiário, sendo admitida apenas quando não houver outro meio eficaz de sanar a lesividade a preceito fundamental.

Nesse cenário, trazemos a discussão decisão proferida pela Suprema Corte acerca da constitucionalidade da Lei nº 5.250/67, a conhecida Lei de Imprensa, em razão do ajuizamento de argüição de descumprimento de preceito fundamental pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, a qual passou a ser identificada como a de n.º 130.

Na ADPF n.º 130, o Partido Democrático Trabalhista - PDT pretendia suspender a vigência da expressão "a espetáculos de diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei", prevista no início do § 2º do artigo 1º; do § 2º do artigo 2º; a redação total dos artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 65; além da

expressão “e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa”, prevista no final do artigo 56; dos §§ 3º e 6º do artigo 57; dos §§ 1º e 2º do artigo 60; a redação dos artigos 61, 62, 63 e 64; e dos artigos 20, 21, 22 e 23 e dos artigos 51 e 52, todos da Lei nº 5.250/67.

O argumento da pretensão deduzida era de que os dispositivos legais referidos não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, bem como não havia meios de integração interpretativa da Lei de Imprensa aos valores constitucionais em vigor.

O relator da ADPF, Ministro Carlos Ayres Britto, em 21 de fevereiro de 2008, deferiu a liminar, de modo a estabelecer que juízes e tribunais suspendessem o andamento de processos e as eventuais decisões judiciais, ou outra medida que tratasse sobre os dispositivos legais questionados da Lei nº 5.250/67.

O fundamento da decisão partiu de que o primado da democracia é o princípio dos princípios da Constituição de 1988, resumindo os objetivos e fundamentos do Estado brasileiro, e por ser a imprensa livre máxima manifestação da democracia, deve-se garantir a todos a mais ampla liberdade de expressão.

Ainda, de acordo com o Ministro, a Lei de Imprensa não segue o arquétipo do Estado Democrático que o Brasil foi guindado com a Constituição Federal de 1988.

Pelo contrário: trata-se de ato normativo que visava à proteção de um governo de exceção, ditatorial, o qual se buscava justamente o afastamento de uma imprensa livre, no intuito de manter os meios de comunicação subservientes aos interesses dos governantes.

Por tais motivos, se entendeu presente a plausibilidade do pedido em sede cautelar, sendo que o requisito “perigo na demora da prestação jurisdicional”, restou configurado pela oportunidade de impedir que aplicação da lei em discussão, de manifesto ranço autoritário, agrida valores constitucionais como a democracia e a liberdade de imprensa.

Posteriormente, o Tribunal, por maioria, referendou a liminar deferida, nos termos do art. 5º da Lei nº 9.882/1999.

Por fim, a ADPF nº 130 foi julgada procedente por sete Ministros (Cármem Lúcia, Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau, Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, além do próprio relator, Ayres Brito), porém, se considerou que a Lei de Imprensa foi integralmente revogada, ou não recepcionada pela nova ordem constitucional.

Os principais fundamentos da decisão foram apontados pelo relator Ministro Ayres Britto, que motivou sua posição com base nas seguintes razões:

1º) Impossibilidade de restrição à liberdade de imprensa: Não cabe ao Estado, por qualquer de seus órgãos, definir previamente o que pode ou não pode ser dito por jornalistas ou indivíduos.

2º) Impossibilidade de nova Lei de Imprensa: Não é compatível com a ordem constitucional eventual lei que vise regulamentar a liberdade de imprensa, pois direito irregulamentável, em vista de que o conteúdo da

liberdade de imprensa se baseia dentre os direitos de personalidade.

3º) Ponderação de valores constitucionais: Caso houver a violação dos direitos provocado pela liberdade de imprensa, como por exemplo, a personalidade; a respectiva indenização mesmo deve ser extraída de forma proporcional por meio da ponderação entre os direitos em conflito;

4º) O direito à liberdade de imprensa é uma norma constitucional de eficácia plena, não sujeita a restrições quanto a mais ampla liberdade de informar;

5º) inadmissão de penas diferenciadas em razão de mesmas condutas: Não há amparo constitucional em se admitir crimes de calúnia, injúria e difamação pelo motivo do ofensor ser jornalista, condição que não o distingue das pessoas comuns;

6º) A Lei de Imprensa tinha finalidades ideológicas: A Lei de Imprensa é o instrumento de finalidades político-ideológicas, em especial a manutenção do regime ditatorial, instalado quando do golpe militar em 1964, não havendo a mínima possibilidade de harmonizá-la com o texto constitucional, nem mesmo por meio da interpretação conforme.

É importante anotar que o Ministro Celso de Mello acompanhou o relator, mas em alguns pontos com base em razões distintas, ressaltando que:

1º) embora não haja direitos absolutos, eles podem vir a colidir, apontando que na própria constituição, por meio de técnicas de interpretação, há solução para a questão;

2º) seria desnecessário a regulamentação do direito de resposta, na medida em que já garantido pela ordem constitucional.

Por outro lado, pela parcial procedência, votaram a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes.

Os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie entenderam recepcionados pela Constituição Federal os artigos 20, 21 e 22 da Lei de Imprensa, que tratam sobre figuras penais, concernentes a calúnia, injúria e difamação, pois o dano provocado por meio de veículo de comunicação de massa merece um tratamento legal diferenciado, em razão da exposição maior do ofendido perante o seio social.

Além disso, o Ministro Joaquim Barbosa, divergindo do relator, defendeu que a liberdade de imprensa pode e deve sofrer certas limitações, na medida em que:

1º) o poder que certos grupos hegemônicos, sejam eles políticos ou econômicos, exercem nos meios de comunicação não é adequado na formação da opinião pública e para a formação de um Estado Democrático;

2º) a intromissão do Estado na liberdade de imprensa não é obrigatoriamente negativa, quando exercida para tutelar minorias discriminadas; e

3º) a liberdade de imprensa deve ser vista pelo olho dos destinatários da informação, e não apenas dos *emissores* da informação, que impõe a permanência de dispositivos que impeçam, por exemplo, a divulgação de informações ou professem descabidas discriminações.

Assim, defende ministro que por meio de certas restrições a liberdade

de imprensa, dentro de certas e específicas situações, o Estado pode operar como *garantidor* do direito das minorias e de fomentador de uma informação multifacetária.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que a Lei de Imprensa deveria ser recepcionada na parte que trata do direito de resposta, pois embora sendo um direito constitucionalmente garantido, a não recepção provocaria um vazio legal, visto que muitas regras atinentes ao direito de resposta estão previstas nessa lei, tornando exercitável o direito de resposta.

Necessário destacar que o Ministro Gilmar Mendes, tal como o Ministro Joaquim Barbosa, professou o entendimento de que a liberdade de imprensa pode sofrer limitações para preservar direitos fundamentais, conforme bem aponta o artigo 220 da Constituição Federal, bem como destaca a finalidade do constituinte em permitir ao legislador a possibilidade de restringir a liberdade de imprensa em vista da proibição do anonimato (artigo 5º, IV da Constituição Federal); a concessão do direito de resposta (artigo 5º, V da Constituição Federal) e a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (artigo 5º, X da Constituição Federal). Do contrário, não existiria motivo para as ressalvas estabelecidas pelo constituinte.

Finalizando, somente o Ministro Marco Aurélio votou pela total improcedência da ADPF, argumentando que a não recepção criaria um vácuo normativo de uma matéria que necessita de regulamentação específica, sob pena de se criar uma babel jurídica, a qual o julgador decidiria sem critérios prévios, o que redundaria em insegurança jurídica.

Resumindo, embora por maioria de votos, a Lei de Imprensa foi considerada não recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Resta saber quais as consequências da não recepção da Lei de Imprensa, sobretudo, quando houver abuso do exercício do direito de liberdade de imprensa, de modo a provocar danos à direitos de pessoas ou grupos de pessoas.

3 CONSEQUÊNCIAS DA NÃO RECEPÇÃO DA LEI DE IMPRENSA

Evidentemente que a não recepção da Lei de Imprensa provoca uma série de consequências de natureza jurídica, de modo a atingir tanto aos meios de comunicação e jornalistas, quanto aqueles que sofreram algum tipo de abuso oriundo do exercício do direito à liberdade de imprensa (ofensa a intimidade, vida privada, honra etc.).

A não recepção da Lei de Imprensa não significa que se estabeleceu a não responsabilização dos meios de comunicação e dos jornalistas por eventuais abusos no exercício da liberdade de imprensa, pois quanto maior liberdade exige-se maior responsabilidade.

O ideal seria a autorregulamentação da imprensa como meio contínuo de adequação a sua liberdade aos anseios e pensamentos do corpo social, como bem ressalta a decisão proferida na ADPF nº 130 (ementa):

9. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA

ATIVIDADE DE IMPRENSA. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País após o rótulo de “plena” (§ 1 do art. 220).

Porém, mesmo que futuramente venha a ocorrer à autorregulamentação dos meios de comunicação, o abuso e o desvio no exercício da liberdade de imprensa podem ocorrer impondo uma resposta estatal de tutela aos ofendidos.

Na ocorrência dessa situação, a decisão proferida na ADPF nº 130 aponta quais atos normativos devem ser aplicados a tais situações (ementa):

11. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, “de eficácia plena e de aplicabilidade imediata”, conforme classificação de José Afonso da Silva. “Norma de pronta aplicação”, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.

Isto é, deve se aplicar a legislação comum a todos os indivíduos, de modo que a eventual indenização cível deve ser balizada pelas leis civis, considerando a mensuração do dano o instrumento utilizado (comunicação de massa).

A despeito da postura final da Suprema Corte, melhor seria se o posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa tivesse sido o acolhido, tanto na manutenção dos artigos 20, 21 e 22 da Lei de Imprensa, em vista da maior exposição do bem jurídico tutelado, bem como quanto às limitações a liberdade de imprensa quando confrontadas com direitos fundamentais.

Em especial, pelo evidente poder que certos grupos hegemônicos, sejam eles políticos ou econômicos, exercem sobre os meios de comunicação,

influenciando a opinião pública e buscando o atendimento aos seus interesses pessoais, em detrimento do corpo social.

4 EFETIVIDADE DA “PROIBIÇÃO DE MONOPÓLIO OU OLIGOPÓLIO” DOS ÓRGÃOS DE IMPRENSA.

A ementa da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 130 dispõe que: “A imprensa como instância natural de formação de opinião pública e como alternativa á versão social dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos.”

A imprensa exerce papel fundamental na formação da opinião popular, sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião da arguição de descumprimento de preceito fundamental que analisou a Lei de Imprensa, afirmou que é proibida a monopolização ou oligopolização dos órgãos de imprensa como forma de inibir possíveis abusos em sua utilização, reforçando o que a Constituição Federal já traz expressamente em seu artigo 220, § 5º: “Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.”

A liberdade de imprensa tem relação direta com a democracia, uma vez que a irrupção do fundamento crítico é o alicerce de uma sociedade realmente democrática, sendo a imprensa responsável pela emancipação das mentes e dos espíritos.

O acórdão da referida arguição usa as seguintes palavras: “Assim, visualizada como verdadeira *irmã siamesa* da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados.”

Os contrários devem conviver, sendo o pluralismo essencial para garantir uma verdadeira sociedade democrática. A Nossa carta Magna prestigia o pluralismo em duas situações: no seu preâmbulo, que se refere ao pluralismo político, e no artigo 1º, inciso V, que dispõe sobre o pluralismo cultural ou social genérico.

Portanto, a proibição do monopólio ou oligopólio atua, teoricamente, como forma de impedir abusos do que o Supremo Tribunal Federal denomina de “poder social da imprensa”.

Este dito “poder social da imprensa” é a capacidade que os meios de comunicação dispõe de apresentar fatos e formar a opinião pública. A mídia deveria exercer esta função de forma responsável, sendo guiada pelo princípio da verdade, entretanto, não raras às vezes, esta atividade é realizada de forma distorcida, tendenciosa, manipulando, assim, as ideias de uma sociedade.

Portanto, verificamos que, na contemporaneidade, a imprensa assumiu um papel extremamente importante na sociedade: o de compor a opinião pública. Neste contexto, se destaca a necessidade dos meios de comunicação atuar imbuídos pelo valor da verdade, que impõe a imprensa informar de forma plena e mais fiel possível, dando ao cidadão a possibilidade de formar

livremente sua opinião sobre os fatos apresentados.

Mas o que percebemos hoje é que o jornalismo se transformou em uma indústria e, por consequência, seu “produto” (a informação) deve agradecer quem tem o poder sobre esta indústria.

As empresas jornalísticas são sustentadas por publicidade e por anunciantes, assim, os anunciantes pressionam os grupos de comunicação para que o produto jornalístico produzido seja favorável aos seus interesses, por sua vez, diretores destes grupos pressionam seus jornalistas para que as informações por eles veiculadas não desagradem seus anunciantes. Esse é o peso da economia no trabalho jornalístico. (RAMONET, 2004, p. 54 e 55)

Nos Estados Unidos, os produtores do programa “60 Minutes”, da rede CBS, elaboraram um documentário para denunciar as empresas tabagistas, demonstrando, neste trabalho, que os consumidores eram enganados no que diz respeito ao teor de nicotina presente nos cigarros. Contudo, este documentário nunca foi divulgado. A CBS não permitiu a publicação, temia uma possível baixa do preço de suas ações próximo a um processo de fusão que estava se submetendo caso se travasse um conflito com as companhias de tabaco. Outro motivo para a censura foi por uma de suas filiais ser de propriedade de uma fabricante de cigarros. Assim, o que vimos, foi o capital prevalecer sobre a informação da população. (RAMONET, 2004, p. 129 e 130)

Ignacio Ramonet (2004, p. 60) neste diapasão ensina:

A informação se tornou de verdade e antes de tudo uma mercadoria. Não possui mais valor específico ligado, por exemplo, à verdade ou à sua eficácia cívica. Enquanto mercadoria, ela está em grande parte sujeita às leis do mercado, da oferta e da demanda, em vez de estar sujeita a outras regras, cívicas e éticas, de modo especial, que deveriam, estas sim, ser as suas.

O sistema de informação, gradativamente, começa a entender que existem valores que são mais importantes para o mercado, como por exemplo, a massificação, o espetáculo, o lucro, e valores menos importantes, como a verdade. A informação passou a ter *status* de mercadoria, tendo cada vez menos um papel cívico.

O governo também entra neste jogo de forças para que a imprensa não noticie aquilo que não lhe é benéfico ou manipule informações para promover o Estado. Se o povo recebe informações que o Estado é bom, que atua imbuído pelos interesses das massas, a população não se opõe ao governo. Nas palavras de Gilberto Dimenstein (1990, p. 29): “A informação é uma arma na guerra da sobrevivência política.”

Com muita propriedade João Bosco Araujo Fontes Junior (2001, p. 81) reforça esta ideia:

Registre-se ainda a grande promiscuidade entre os meios de comunicação social e poder político, conforme

facilmente verificável através dos sucessivos levantamentos realizados quanto a propriedade das concessões pelos congressistas, indicando que aproximadamente 30% de todas as concessões estão nas mãos de políticos.

O sonho de qualquer homem que atua com o poder é ser visto como perfeito, como uma pessoa não passível de qualquer reprovação pela opinião pública. Dai se valem da imprensa na formação desta imagem ilibada.

Muitas empresas de comunicação dependem de verbas oficiais ou temem o poder coercitivo dos governantes e acabam abdicando de sua ética em nome da criação deste ser perfeito. Deste modo, existe uma ligação muito estreita entre poder político e os meios de comunicação.

São vários os casos em que a imprensa falseia reportagens, omite ou insere elementos não existentes, truca uma entrevista para que ela aparente ser mais espetacular do que realmente é, apresenta fatos que são apenas fruto da imaginação do jornalista, ou, até mesmo, noticia fatos de menor importância com exatidão para “tampar” aquelas que não são de interesses dos detentores do poder.

Há uma tendência de se encenar a realidade por parte da imprensa e de criar na população a ideia de que aquilo que a imprensa relata é a verdade. A preocupação do jornalista é que o cenário que ele criou funcione e não que retrate a verdade.

A concorrência desenfreada entre emissoras de televisão, imprensa escrita, os *sites* que trazem informações também contribuem sobremaneira no descomprometimento com a verdade. Os grupos de informação obrigam seus jornalistas a buscar a notícia sensacional a qualquer custo, todos querem o “furo” de reportagem.

Nestas condições de trabalho, fica muito difícil para estes profissionais identificar uma possível manipulação, visto que eles não têm tempo suficiente para analisar as informações que coletam, tem que publicar o mais rápido possível em virtude da concorrência. As fusões entre grandes grupos de comunicação se proliferam na busca do monopólio do sistema de informação e do maior faturamento.

Hoje, tudo acontece em um ritmo frenético, os meios de comunicação querem ser os primeiros a noticiar, a transmitir imagens, a chegar ao local dos fatos e, desta maneira, ter a maior fatia do mercado, que, por sua vez, resulta em uma maior receita financeira. Mas todo este frenesi é incompatível com a busca da verdade.

Uma pergunta que não quer calar é apresentada por Ignácio Ramonet (2004, p. 129):

Enquanto as pontes, as ramificações e as fusões entre grandes grupos de comunicação se multiplicam numa atmosfera de competição implacável, como estar certo de que a informação oferecida por um meio de comunicação

não visará defender direta ou indiretamente muito mais os interesses do conglomerado ao qual pertence do que os do cidadão?

Respondemos: com certeza a informação oferecida é tendenciosa, manipulada para favorecer um determinado grupo, o sistema de informação é um instrumento de dominação daqueles que detêm o poder. As informações são transmitidas de acordo com o interesse desta classe dominante. Esse domínio pode ser de natureza econômica ou política sobre os grupos midiáticos.

A tudo isso, soma-se a falsa sensação de que muitas pessoas têm de que sentar em seu sofá e assistir ao tele jornal é suficiente para fazê-las pessoas informadas. Erro fatal!

As notícias alteram a realidade factual em favor da manutenção da estratificação social existente. Isto é fato e não pode ser negado.

O governo trabalha ferrenhamente no setor publicitário, realizando sua auto propaganda, passando para a população que aquele grupo que está no comando do país aplica os valores orçamentário em saúde, educação, cultura, que são pessoas que lutam pelo povo, pelos excluídos. Por traz de toda esta fantasia que é passada para o povo como verdade, a situação é muito diferente: lutam sim para a manutenção dos que estão no poder.

A proibição de monopólio ou oligopólio dos órgãos de imprensa trazidos pela Lei Maior é inefetiva, não apresenta qualquer consequência pratica. Os referidos órgãos continuam formando a opinião popular no sentido que lhes convém. Tal proibição trata-se de um preceito que se esvazia no texto da lei.

Se tal vedação fosse efetivamente respeitada às mídias informativas seriam democratizadas em nome da pluralidade, contudo, o que se vê é a concentração do poder de comunicação na mão de poucos (em regra, aqueles que têm alguma relação com a política). Concentrar a informação facilita a dominação.

Discorre Washington Luiz Testa Júnior (2009, p. 8545): “Não resta dúvida que a monopolização dos meios comunicacionais mantém o poder do *status quo* que, atualmente, não censura a informação mas a manipula ideologicamente.”

Políticos, pastores de igrejas e grandes empresários são proprietário de vários grupos de informação e, analisando com um pouco mais de atenção as reportagens veiculadas por estes grupos, fica claro que as informações são transmitidas de forma tendenciosa, de acordo com o interesse de seus donos.

Outas mídias se aliam a grupos políticos ou econômicos para ter mais poder e, em contrapartida, fazem propaganda descarada para estes grupos.

Todo este processo de massificação da comunicação vem ocorrendo também no cenário mundial. Formaram-se grupos multinacionais que impõe uma modelo universal de pensar.

Armand Mattelart (2000, p. 180 e 181) com muita propriedade afirma:

É urgente tomar consciência daquilo que o filósofo Bernar Stiegler denominou como “processo global de

exteriorização da memória”. Os sistemas de estruturação do sentido pela digitalização do saber supõem um modelo geocultural que pode impor como critério de universalidade um modo particular de pensar e de sentir, uma maneira própria de “organizar a memória coletiva”, como já diziam Simon Nora e Alain Minc ao diagnosticar a ameaça de monopolização dos “estoque de informação” por uma única potência. Com o desdobramento do ciberespaço global, coloca-se a questão da modelização do saber por uma sociedade hegemônica que corre perigo de praticar uma divisão seletiva quanto à sua própria memória coletiva.

Infelizmente, a maior parte da população não consegue entender todo este jogo de poder e tomam como verdade absoluta o que recebe de informação, principalmente pelas emissoras de Televisão, pois os fatos são apresentados em formato de espetáculo, de show. Gilberto Dimenstein (1990, p. 30), neste sentido afirma:

Ninguém gosta de perder, o monopólio é o sonho íntimo da maioria dos empresários e nenhum governante fica feliz quando lê nos jornais uma crítica, por mais correta que seja. Não sem motivo os políticos se engalfinham por concessões de emissoras de rádio e TV, transformadas em armas poderosas de auto-elogio e votos.

Os meios de comunicação, em nosso país, estão concentrados nas mãos de apenas alguns grandes grupos e disso decorre o abuso da liberdade de comunicação, tal liberdade é exercida como direito destas empresas, exercício usufruído à custa da real liberdade de expressão e de comunicação e da possibilidade da participação democrática na formação da opinião pública livre por meio do pluralismo político e social. (FONTES JUNIOR, 2001, p.83).

Assim, para se democratizar a informação é imprescindível extirpar o monopólio dos meios de comunicação.

Diante desse cenário, é necessário desconfiarmos das informações que nos são apresentadas pela mídia. Informar-se é cansativo, a ideia de obter informações sem esforço é uma ilusão. Os cidadãos têm a obrigação de serem ativos e não passivos na busca da verdade.

É preciso empenho para realmente conseguir ver, entre tudo o que é publicado, o que é verdade e o que é maquiagem a serviço dos detentores do poder e, assim, ter a oportunidade de participar inteligentemente da democracia nacional.

Temos a falsa impressão que vivemos em uma sociedade informada, entretanto, fazendo uma análise mais aprofundada do sistema midiático, verificamos que a informação é manobrada por métodos que nos afastam da verdade.

CONCLUSÃO

Como vimos, a Lei de Imprensa foi pensada e criada pela ditadura militar que se instalou no Brasil com o golpe de 1964 na clara intenção de colocar freios à liberdade de imprensa, como um modo eficaz de impedir qualquer movimento oposicionista e de crítica ao regime.

Ocorre que com o advento da restauração do regime democrático, e em especial pelo advento da Constituição Federal de 1988, não havia mais sentido que continuasse a existir.

Provocado por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 130, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, entendeu pela sua não recepção ao texto constitucional, dado seu caráter opressivo, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

A ementa da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 130 afirma categoricamente: “A imprensa como instância natural de formação de opinião pública e como alternativa à versão social dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos.”

Não obstante, verificamos que o poder que certos grupos hegemônicos, sejam eles políticos ou econômicos, exercem sobre os meios de comunicação, influenciando a opinião pública e buscando o atendimento aos seus interesses pessoais, em detrimento do corpo social.

Os meios de comunicação, no Brasil, estão à disposição apenas de alguns grandes grupos, tendo como consequência o abuso da liberdade de comunicação. Essa liberdade é exercida como direito destas empresas, sacrificando a efetiva liberdade de expressão e de comunicação e a possibilidade da participação democrática na formação da opinião pública livre por meio do pluralismo político e social.

Assim, para se democratizar a informação é imprescindível extirpar o monopólio dos meios de comunicação efetivamente e não só no texto do ordenamento jurídico.

Diante desse cenário, é necessário desconfiar das informações que nos são apresentadas pela mídia. É preciso empenho para realmente conseguir ver, entre todas as informações que nos recebemos da mídia, o que é verdade e o que é maquiagem a serviço dos detentores do poder e, assim, ter a oportunidade de participar de forma inteligente da democracia brasileira.

A grande quantidade de informações a que hoje somos expostos pelos meios de comunicação nos dá a falsa impressão que vivemos em uma sociedade informada, contudo, fazendo uma análise mais aprofundada do sistema midiático, concluímos que a informação é manobrada por métodos que nos afastam da verdade.

Tão grave quanto à antiga Lei de Imprensa, a presença de oligopólios dos órgãos de imprensa é tão ou mais nefasta para a democracia, na medida em

que, novamente, os interesses de grupos passam a sobrepujar o interesse da população.

Referências

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei de imprensa: Lei nº 5.250, de 09.02.1967 e alterações interpretadas à luz da Constituição Federal de 1988 e da Emenda Constitucional nº 36, de 28.05.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- DIMENSTEIN, Gilberto. *As armadilhas do poder: bastidores da imprensa*. Folha de São Paulo: Summus editorial, 1990.
- FARIA, José Eduardo. *Política e Jornalismo: Em busca da Liberdade*. São Paulo: Editora Perspectiva, 1979.
- FERREIRA, Siddarta Legale; Fernandes, Eric Baracho Dore. *Revista de Direito dos Monitores da UFF – V. 5 – Rio de Janeiro*, 2009.
- FONTES JUNIOR, João Bosco Araujo. *Liberdade e limites na atividade de rádio e televisão: Teoria geral da comunicação social na ordem jurídica brasileira e no direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- MATTELART, Armand. *A globalização da comunicação*. Tradução Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 2000.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito e Jornalismo*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.
- PEDRO, Antonio; LIMA, Lizânias de Souza e CARVALHO, Yone de. *História do mundo ocidental*. São Paulo: FTD, 2005.
- RAMONET, Ignacio. *A tirania da comunicação*. 3º ed. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.
- REIMÃO, Sandra. *Repressão e Resistência: Censura a Livros na Ditadura Militar*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2011.
- RIZZINI, Carlos. *Liberdade de Imprensa*. São Paulo: Editora Mantiqueira de Ciência e Arte Ltda., 1998.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Número 130*. Pesquisado em 10 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24.SCLA.+E+130.NUME.%29+OU+%28ADPF.ACMS.+ADJ2+130.ACM.S.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aa8meqh>
- TESTA JUNIOR, Washington Luiz. *Direito Fundamental à Informação Factual Verdadeira: proibição da mentira no estado constitucional democrático de direito*. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, nas páginas 8535/ 8550.
- ZAGREBELSHY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos y Justicia*. Tradução

de Marina Garcón. Editora Trotta, Madrid, 1995.

GLOBALIZAÇÃO E CONSTITUCIONALISMO: DESAFIOS E PERSPECTIVAS SOBRE AS TENDÊNCIAS INTERNACIONAIS DE INTEGRAÇÃO

Claudia Karina Ladeia Batista¹¹⁰

Cristina Veloso de Castro¹¹¹

Resumo

O presente trabalho apresenta um estudo sobre a Federação enquanto sistema de organização política e os efeitos do processo de globalização nos dogmas seculares da Teoria do Estado e Teoria da Constituição. A partir da análise das raízes históricas do federalismo e das necessárias mudanças decorrentes da adaptação ao processo de globalização, debruçamo-nos sobre o estudo do chamado novo federalismo, fruto de tendências à integração regional e perspectivas de uma possível futura integração global, em relação à qual já se fala em governança global, Estado global, Constitucionalismo ou constitucionalização global. Sem o objetivo de esgotar o tema, por impossível nesta empreitada, o trabalho lança luz sobre elementos de ordem jurídico-política essenciais à compreensão desse fenômeno, como Estado, Federação, Confederação, Soberania, Autonomia, Constituição, Competências entre outros. Por meio do método histórico associado à pesquisa bibliográfica abordamos o contexto jurídico e político do processo de integração, sobretudo dos Estados Unidos da América e da União Européia e o problema de adequação de antigas concepções jurídicas a esses novos modelos. O Estudo permite concluir que as formas de cooperação e integração tem por objetivo de equilibrar as diferenças sociais, culturais, dentre outras, concretizando o exercício do princípio da subsidiariedade, cooperação e solidariedade. Entretanto, tendo em vista o processo real de constituição da autonomia política europeia, a comparação do modelo político da União com um modelo federativo pode ser um caminho confuso, constituindo um modelo *sui generis* de federação cujos mecanismos de organização, operacionalização e hierarquização de poderes ainda permanecem por serem decifrados.

INTRODUÇÃO

Como conseqüência e sob os efeitos do fenômeno da Globalização, instalou-se no contexto da comunidade internacional, em diferentes níveis de abrangência e em distintas graduações, a visão de que a integração entre grupos de Estados diminui o impacto daquele fenômeno e acrescenta elementos para melhor situar-se diante dele.

De forma alguma esta convicção, traduzida em tendência, é algo novo no mundo das relações internacionais; já há décadas que em todas as regiões do planeta a integração, ou as tentativas para a sua concretização, é um fenômeno a cada dia mais em evidência, tem se tornado, até, um tanto comum.

Historicamente estamos situados num momento em que certos acontecimentos mudaram os rumos do tempo; juridicamente o poder imperativo de certas instâncias, Estado e Direito nacionais, perderam muito de

¹¹⁰ Doutoranda em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito. Professora no curso de graduação em Direito e especialização em Direitos Humanos da UEMS - Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul.

¹¹¹ Doutoranda em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em direito. Professora de Direito Constitucional e coordenadora do Curso de Direito da UEMG - Universidade do Estado de Minas Gerais.

sua força e politicamente os dois aspectos anteriores se encarregaram de modificar muitos contextos, mudando a geopolítica do nosso planeta onde aparecem novos pólos de poder, revelando traços de outros blocos geopolíticos onde se manifestam acomodações e tensões próprias dos interesses particulares dos Estados-nação que estão emergindo com força e poder.

Partindo da experiência federativa norte americana, forçando a necessidade de trazer à tona alguns conceitos, e passando por outras experiências, que serão somente lembradas, chegaremos a tentar analisar as tendências e perspectivas de que esta proposta venha, talvez, a concretizar-se na União Européia, tendo como ponto de mira o fracasso da Constituição Européia e a vitória da aprovação e entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

1. UMA VISÃO HISTÓRICA DO FENÔMENO FEDERALISTA

A visão federalista, como forma de convivência entre Estados, é uma criação de fins do século XVIII; relacionada à experiência norte americana, se desenvolve a partir dos primeiros passos que deram as treze colônias inglesas da América do Norte como continuação natural da sua declaração de independência iniciada em 1774 e concretizada em 1776.

Foi na reunião do Congresso de 04 de julho de 1776, que colônias da Inglaterra, na América do Norte em plena Guerra da Independência, que teve início em 19 de abril de 1775 e terminou em 1782, declararam a independência da Coroa Britânica, dentre outras razões, pelos abusos e usurpações que os habitantes vinham sofrendo por parte da Inglaterra, conforme a Declaração Unânime de Independência dos treze Estados Unidos da América, preparado por um comitê liderado por Thomas Jefferson, John Adams e Benjamin Franklin, onde constava:

[...] A prudência aconselha que governos, de longa data estabelecidos, não deverão ser mudados em razão de causas fúteis ou transitórias e toda a experiência do passado demonstra que a humanidade está mais disposta a sofrer males, enquanto se possam suportar que a corrigi-los com o abolir das formas a que havia acostumado. Todavia, quando uma longa série de abusos e usurpações, todos invariavelmente dirigidos ao mesmo fim, então a apontar o desígnio de submeter um povo a despotismo absoluto, é seu direito, é seu dever por termo a tal governo, e prover novos guardiões de sua segurança futura. Estas colônias sofreram com paciência; mas perante a necessidade que ora surge sentem-se constrangidas a mudar seu antigo sistema de governo. [...] Nós, portanto, Representantes dos Estados Unidos da América, reunidos em Congresso Geral, apelando ao Juiz Supremo do Mundo testemunha da retidão de nossas intenções, publicamos e solenemente declaramos, em

nome do digno povo desta colônia e por sua autoridade, que estas Colônias Unidas são, como de direito deveriam ser *Estados Unidos e Independentes*; que estão isentas de fidelidade para com a Coroa Britânica; que se acham cindidos, como de razão, todos os laços políticos entre elas e o Estado da Grã-Bretanha; e que, como *Estados Livres e Independentes*, gozam do direito de declarar guerra, assinar paz, contrair alianças, promover comércio e realizar todo e qualquer ato de diligencia, dentro da alçada geral de *Estados independentes*. E para sustentar a presente declaração, com fé inabalável na proteção da Divina Providência, empenhamos nossas vidas, nossas fortunas, e nossa honra sagrada.¹¹²

Reconhecida em 1776, somente com o Tratado de Versalhes de 1783 oficializou-se a Independência dos Estados Unidos da América.

Após tal fato, tornou-se necessário o estabelecimento de condições que assegurassem essa independência frente à Coroa Inglesa, e também que resolvessem as dificuldades de ordem interna e os escassos recursos financeiros, uma vez que as antigas colônias converteram-se em Estados soberanos.

A assinatura do Tratado conhecido como Artigos e Confederação, se deu em 1781, segundo o qual delegavam alguns poderes expressamente previstos ao Congresso, possibilitando aos seus integrantes a tomada de decisões comuns.

O teor do artigo 2º do Tratado das Confederações assim previa: “Cada Estado reterá sua soberania, liberdade e independência e cada poder, jurisdição e direitos, que não sejam delegados expressamente por esta Confederação para os Estados Unidos, reunidos em Congresso”.

Dallari, tece comentários no sentido de ressaltar que essa delegação de poderes não reduzia a soberania dos Estados, haja vista que por essa mesmo razão, poderiam revogar a qualquer momento essa delegação de poderes.

Porém, podemos analisar nesta situação um paradoxo, se a soberania era um trunfo dos Estados, ao mesmo tempo tornava frágil aquela união, porque não havia como obrigar um integrante a fornecer recursos para ações conjuntas, e também porque a qualquer momento os seus integrantes poderiam retirar-se.

Assim, o Congresso da Confederação convocou uma Convenção em Filadélfia, em 1787, com o objetivo único e expresso de revisar os Artigos de Confederação e deliberar, sobre as alterações e adições dos mesmos que se façam necessárias, a fim de adequar a Constituição federal às exigências do Governo e a manutenção da União[...]. “A experiência demonstrou, em pouco tempo, que os laços estabelecidos pela Confederação eram demasiado frágeis e

¹¹² SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1966, p. 404.

que a união dela resultante era pouco eficaz¹¹³. O sentimento de solidariedade entre os Estados Confederados não era suficiente para evitar conflitos de interesse que dificultavam uma política de conjunto e colocavam em risco a própria proposta confederada.

A vitória definitiva da proposta federal é fruto da reunião de uma série de ensaios publicados na imprensa de Nova York ao longo de 1788¹¹⁴, no ano seguinte à Convenção Federal de Filadélfia em 1787. Portanto, foi ao longo desse tempo (1787-1789) que a idéia do federalismo foi se cristalizando.

Das discussões travadas no período de 14 de maio a 17 de setembro de 1787, nos trabalhos da Convenção, os delegados presentes, representando seus respectivos Estados, chegaram ao entendimento de que, para alcançar as finalidades previstas, a simples revisão dos Artigos da Confederação seria insuficiente, de modo que voltaram seus esforços para constituir um novo sistema de governo e, ao final, tinham um projeto de Constituição, o qual foi assinado por enorme maioria dos delegados convocados.

Após isso faltava, ainda, que a Constituição fosse ratificada pelo povo de cada um dos Estados, através de assembleias convocadas para essa finalidade.

Assim, é possível afirmar que, da Convenção de Filadélfia originou-se a Constituição da República Federativa dos Estados Unidos da América, datada de 1787, e adotada em 1789, fruto da vitória dos adeptos do Federalismo, em detrimento daqueles que tinham o objetivo de aperfeiçoar os Artigos da Confederação.

Assim, podemos observar que o temor de perder a independência recém conquistada e submeter-se ao jugo de um ditador americano em substituição ao Governante inglês, permitiu que os integrantes da federação mantivessem o nome de Estados e adotassem sua própria Constituição, a qual não poderia contrariar a Constituição Federal.

Os Estados adotaram uma Constituição comum, e se submeteram a um governo central, com atribuições definidas e fonte de recursos financeiros própria, passando a ser parte integrante do Estado Federal, este soberano, aqueles autônomos.

Por parte dos Estados o efeito jurídico de maior relevo foi a perda da soberania que detinham a qual passou a pertencer à União, restando-lhes a autonomia de entes federados. Vale dizer, que as decisões do poder autônomo devem ser tomadas dentro dos limites fixados na Constituição Federal e sujeitas a controle de constitucionalidade por um órgão da União:

¹¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 257.

¹¹⁴ "O federalista" a obra onde se recopilaram esses ensaios, fruto da luta de três importantes figuras da independência (Alexander Hamilton, James Madison e John Jay) representará, pelas idéias antecipadamente colocadas, o ponto de partida para a elaboração da Constituição que vai criar o Estado federal(1787), assim como a cristalização da idéia do Constitucionalismo Federal norte americano, o que ocorreu com a adoção definitiva da Constituição de 1787 e 1789--- A este respeito ver LIMONGI, Fernando Papaterra, "O Federalista", in: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os Clássicos na Política*, v.1, São Paulo: Ed. Ática, 1998, p. 243-286.

Um dos eixos estruturadores da postura defendida pelos autores de “O Federalista”, postura esta que levou à decisão dos Estados Federados (1787), foi o ataque à fraqueza do governo central instituído pelos Artigos da Confederação (1781). “Em realidade, segundo afirma Hamilton em “ O Federalista”, n. 15, nem se chegou propriamente a criar um governo, uma vez que estavam ausentes as condições mínimas a garantir sua existência efetiva. Esta passagem esclarece o seu raciocínio: ‘Governar subentende o poder de baixar leis’. É essência a idéia de uma lei que ela seja respaldada por uma sanção ou, em outras palavras, uma penalidade ou punição pela desobediência. Se não houver penalidade associada à desobediência, as resoluções ou ordens que pretendem ter força de lei serão, na realidade, nada mais que conselhos ou recomendações”¹¹⁵ (grifo nosso).

A saída para o impasse foi a criação do Estado Federal com a adoção de uma Constituição comum e a submissão a um governo central que, para certos assuntos, teria um poder soberano com atribuições definidas constitucionalmente

Federalismo dual foi a denominação da divisão de poder entre o Estado Federal e os Estados-membros foi, em razão da coexistência de dois campos de poder mutuamente exclusivos, dividido entre a União e os Estados e reciprocamente imitadores, o que tornaria quase inevitável os conflitos entre ambos.

Com a evolução do sistema de federação, já em 1867, o sistema de representação nos Estados Unidos da América era bastante descentralizado, e os senadores eram eleitos diretamente pelos Estados para representarem seus interesses dentro do governo federal.¹¹⁶

Mas o sistema constitucional americano tem lidado com o problema das interferências entre os Estados e o Governo federal, que detém constitucionalmente o respaldo da doutrina da supremacia do Poder Nacional, prevista expressamente no Artigo VI, da Constituição Federal, *in verbis*:

Esta Constituição e as Leis dos Estados Unidos que serão feitas de conformidade com ela; e todos os Tratados feitos, ou que forem feitos, sob a Autoridade dos Estados Unidos, serão a suprema Lei do País; e os juízes de cada Estado estarão sob obrigação deste modo; apesar de qualquer coisa em contrario na Constituição ou nas Leis de Qualquer Estado.

¹¹⁵ LIMONGI, Fernando Papaterra. Op. Cit. p. 247.

¹¹⁶ TRESOLINI, Rocco J., *American Constitutional Law*, 2. ed., New York: Micmillan Company, Lehigh University, 1966 *apud* MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri, *Um Novo Pacto Federativo para o Brasil*, Editora Celso Bastos, São Paulo, 1999.

Conforme declaração do Presidente da Corte Suprema John Marshall, essa cláusula de supremacia nacional da Constituição consiste em não possibilitar que os Estados interfiram no funcionamento do Governo Federal,

Os estados não têm poder para retardar, impedir, embaraçar ou, de qualquer maneira, controlar o funcionamento das leis constitucionais promulgadas pelo Congresso para pôr em execução os poderes atribuídos ao Governo geral. Esta, achamos, é a inevitável conseqüência daquela supremacia que a Constituição declarou¹¹⁷.

O federalismo dualista exigia uma dicotomia completa do poder estadual e federal. O poder federal não tinha nenhuma jurisdição na área onde os estados tinham exclusividade, conforme a interpretação da Corte Suprema Federal.

O conceito de federalismo dualista, segundo Schwartz¹¹⁸, era considerado incoerente numa era de crescente expansão da autoridade governamental, e que só poderia ser mantido enquanto o exercício do poder estatal fosse dominado pela doutrina do *laissez-faire*, a qual provou ser inadequada para atender alguns problemas, como os apresentados pela grande depressão econômica que ocorreria em 1929.

Schwartz¹¹⁹ afirma, ainda, que a ação do Governo federal era dificultada pela doutrina do federalismo dualista, principalmente no que dizia respeito à adoção de uma regulamentação nacional do sistema econômico, levando a abandonar esse conceito, o que ficou conhecido como *New Deal*¹²⁰ que teve na Lei de Recuperação da Indústria Nacional, de 1933 a mais importante de suas medidas. Assim é que a ação do governo, quando limitada ao plano local, raramente mostrava-se eficaz quando os problemas a serem tratados eram, na verdade, de âmbito nacional.

O mesmo autor entende que a decisão proferida pela Corte Suprema, no *Caso Schechter*¹²¹, representava uma das últimas aplicações importantes do

¹¹⁷ Op. Cit. p. 207

¹¹⁸ SCHWARTZ, Bernard, *Direito Constitucional Americano*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1966.

¹¹⁹ Op. Cit. p. 209

¹²⁰ Talvez essa seja a primeira notícia que se tem de um “repensamento” do federalismo “Percebia-se perfeitamente que a economia nacional só poderia ser ressuscitada pela extensão da intervenção do Governo federal. E o processo do New Deal do Governo Roosevelt significava a própria negação do *laissez-faire*. As medidas legislativas aprovadas pelo Congresso federal procuravam regular muitos dos aspectos físicos do sistema econômico a maioria dos quais era até então considerada como fora da alçada do poder regulamentador federal. O New Deal envolvia um grau de controle governamental por parte de Washington muito maior do que qualquer outro anteriormente tentado no sistema americano. Se o país quer ir para a frente, disse o Presidente Roosevelt no seu discurso de posse em 1932, nós nos devemos mover como um exército leal e disciplinado disposto a sacrificar-se pelo bem da disciplina comum, porque sem tal disciplina não se consegue qualquer progresso, nenhuma liderança se pode tornar eficaz.

¹²¹ No Caso *Schechter Poultry Corp. V. United States* a Suprema Corte pronunciou-se sobre a constitucionalidade da Lei de 1933 – Lei de Recuperação da Indústria Nacional “Nesse caso, a

conceito de federalismo dualista, ou seja, aquele que baseia-se na concepção de dois campos de poder mutuamente exclusivos, reciprocamente limitados, cujos ocupantes governamentais se defrontam como autoridades absolutamente iguais.

Fernanda Almeida bem sintetiza essa passagem:

Tanto em sua pátria de origem, como alhures, passou-se do que se convencionou designar por federalismo dual para o chamado federalismo cooperativo, basicamente diante de uma alteração das relações entre a União e os Estados, com o fortalecimento da autoridade federal e conseqüente retração autoridade estadual.¹²². (grifo nosso)

Por sua vez, novamente, Schwartz, conclui que,

[...] a União americana, atualmente, não se baseia sobre uma divisão de soberania entre entidades governamentais iguais, caracterizando-se, em lugar disso, pela predominância do poder federal sobre o estadual. Não há mais área exclusiva da autoridade estadual sobre o comércio, dentro da qual não possa ser exercida a autoridade federal. [...]

Pode ser exercido sobre qualquer objeto escolhido pelo Congresso e não se pode levantar objeção ao seu exercício sob o fundamento de que entra em conflito com os poderes habituais dos estados.¹²³

Mais recentemente, a transformação da economia internacional nas áreas do comércio, finanças e produção, integrando as economias mundiais, impôs a superação da barreira à circulação de bens e capitais, e colocou os Estados Unidos como uma força central desse processo, tanto em razão de sua posição de superpotência militar como econômica no mundo atual.

Portanto, o conceito clássico de federalismo, que tem como baluarte o sistema norte-americano, foi essencialmente mantido graças a uma série de decisões da Suprema Corte, independentemente de qualquer modificação formal da Constituição de 1787 que se mantém até hoje com raras emendas e modificações. Portanto, ao falar-se de Estado Federal, soberana é a União restando para as demais unidades a autonomia.

O Estado Federal norte americano não foi somente a grande experiência

companhia ré, que negociava por atacado com aves domésticas na cidade de Nova Iorque, era acusada de ter violado o Código de Aves Domésticas Vivas, com respeito às duas exigências tanto de salário mínimo quanto de horas máximas de trabalho, e de dispensar tratamento preferencial a fregueses privilegiados. Se o Governo federal regulasse o negócio da ré, disse a Corte Suprema, estaria exercendo um poder reservado exclusivamente aos Estados.

¹²² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, Editora Atlas, São Paulo, 1991. p.37

¹²³ *Op. Cit.* p. 214

do Constitucionalismo incipiente, ele significou também a afirmação de uma democracia plural e diversa que, apesar dos muitos percalços pelos quais ela passou, se firmou em muitos aspectos como uma referência, com destaque para o sistema judicial. Quando o grande pensador, politicólogo, Tocqueville (1805-1859) foi visitar a América e por lá esteve durante vários meses, ao publicar o seu livro *A Democracia na América*, v. 1 e 2, entre 1835 e 1840, fez elogios sem fim à experiência norte americana tentando construir um “tipo ideal” de democracia. Ao referir-se a ela, Tocqueville fala da “preservação da liberdade na igualdade”; “igualdade de condições”; “o interesse particular se confunde com o interesse geral”; “não somente as instituições são democráticas no seu princípio, mais ainda em todos os seus desdobramentos”.

Empolgado com esta democracia que se desenvolveu entre Estados Federados, refere-se a ela como “o grande paradigma da democracia”¹²⁴

É importante anotar, antes de concluir este aspecto do trabalho, que a Constituição Americana de 1787 deve ser vista como uma Constituição de clara ideologia liberal como correspondia àqueles momentos, “mais demófila que democrática, mais próxima das monarquias limitadas do que das repúblicas convencionais da antiguidade ou da idade moderna”¹²⁵.

Mas podemos afirmar que os princípios do Constitucionalismo contemporâneo, como sejam democracia, Estado de Direito e República, são encontrados como consagrados nessa Constituição criadora do Estado Federal. Neste, a relação democrática se manifestava e se manifesta como coexistência sem traumas entre uma União soberana e entidades federadas não soberanas, mas verdadeiros Estados com poder político próprio e originário, “não-avocável pela Federação... Nessa ótica, os Estados Federados possuem direitos públicos próprios fora da esfera da sua subordinação”¹²⁶.

Levemos, ainda, em conta a forte influência de Montesquieu (*O espírito das leis*) sobre os constituintes norte americanos que acreditavam firmemente na separação dos poderes do Estado como orientação para a formação da estrutura do governo federal.

Dalmo Dallari, ao analisar as características fundamentais do Estado Federal, implicitamente levanta algumas das suas vantagens. A forma federativa dificulta a concentração de poder e favorece o desenvolvimento da democracia, pois promove uma maior integração, mudando as oposições naturais dos Estados Federados em solidariedade; sendo capaz de dificultar a formação de governos totalitários. Em contrapartida gera uma certa dispersão de recursos, conseqüência da manutenção da multiplicidade de estruturas burocráticas de forma simultânea, mas, numa visão positiva, este aspecto favorece a preservação das características locais e reserva uma esfera de ação autônoma a cada unidade federada¹²⁷.

Está comprovado historicamente que a divisão política transforma os

¹²⁴ QUIRINO, Celia Galvão. Tocqueville: sobre a liberdade e a igualdade, in: WEFFORT, Francisco C. (org.) Op. Cit., v. 2, p. 149-188.

¹²⁵ SANTIAGO, Myrian Passos, in: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 24.

¹²⁶ Idem, p.28.

¹²⁷ DALLARI, Dalmo. Op.cit. p. 258-262.

povos em grupos armados e hostís, tornando precária ou impossível a coexistência pacífica entre eles; a história, não muito remota, dos Estados europeus é uma manifesta confirmação disto. A desigual distribuição do poder político entre os Estados hoje, mesmo não estando limítrofes entre si, determina relações hegemônicas e imperialistas dos mais fortes para com os mais frágeis¹²⁸. Desta forma a teoria do governo democrático supra-nacional se constitui no caminho para a instauração de relações mais solidárias e mais comprometidas, garantindo, no caso do modelo federativo, a conservação de uma autonomia que, ao invés de desgastar as identidades de cada uma das entidades, as fortalece na alternativa de uma força atuante comunitária.

Detecta-se hoje não somente uma tendência integrativa, mas, mais do que isso, uma tendência para a organização federativa. O sistema de Federação passou a ser visto como uma mais fácil defesa das liberdades e uma expressão mais avançada de descentralização política.

2- ALGUNS ASPECTOS EM TORNO DO CONCEITO DE CONFEDERAÇÃO

Feitas as considerações elementares acerca do contexto e características essenciais do federalismo americano, necessário se faz colocar alguns esclarecimentos sobre o conceito de Confederação. Ao contrário da Federação, que, na medida em que se nega a soberania nacional, substituída por uma certa autonomia, nega-se também o Estado nacional, na Confederação, os Estados conservam a sua soberania e, baseada em Tratado, realiza-se uma aliança de nações para fins comuns.

Não resta mais dúvida que este conceito de soberania hoje está não somente redefinido, mas, mais do que isso, desgastado. Os processos de integração que se desenvolvem por todos os cantos atingiram em cheio o poder que a soberania representa e que, desde Jean Bodin(1530-1596), havia se constituído no baluarte da independência e da autonomia independentes para os Estados nacionais. Nos processos de integração, a confederação é uma das formas desta integração, a soberania dos Estados sofre as limitações próprias do compartilhamento entre estes Estados.

A opção pela Integração é um ato tão soberano quanto a decisão de rejeitar a própria Integração ou não avançar nela. A soberania ao mesmo tempo que pode se constituir em obstáculo, ela é o recurso fundamental para efetivar a Integração. A decisão de integrar-se será sempre soberana, mesmo que isto implique em submeter-se a outras decisões comunitárias e supra nacionais. Todo ato livre é um ato soberano, pois a soberania é a liberdade de poder

¹²⁸ LEVI, Lucio. In: BOBBIO, Norberto. Et alii. Op. Cit. p. 477.

fazer ou não fazer¹²⁹.

Como espécie de pré história deste conceito moderno de Confederação, nos reportaríamos à Liga Acaica, formada pela união de doze cidades-estado gregas, cuja aliança objetivava a proteção militar contra inimigos comuns, é considerada pelos Estudiosos como formas embrionárias de Confederação.

Na linguagem política, a Confederação pode significar, especialmente, uma União de Estados, uma aliança de nações na busca de solução de problemas comuns. A conservação da soberania de cada um dos Estados, é a característica fundamental no contexto da Confederação, mas a soberania entendida conforme observações acima. A necessidade de segurança e as exigências do desenvolvimento econômico tem sido as promotoras primeiras das Integrações federadas.

Na Idade Média, tivemos a Liga Hanseática¹³⁰, que visava a aglutinação de várias cidades do norte europeu, com finalidades comerciais. No século XIII, a Confederação Helvética¹³¹, entre alguns cantões suíços, com objetivos de proteção militar.

A exemplo da Liga Acaica, na Confederação Helvética, de 1291, os membros conservavam plena liberdade para tratar de assuntos internos e poderiam deixar a confederação livremente.

Michel Temer refere-se a Celso Bastos, para sintetizar as diferenças existentes entre Federação e Confederação, *in verbis*:

O tipo federal de estado dá lugar à incidência, sobre um mesmo território e uma mesma população, de duas ordens estatais diferentes: a do estado federal e a dos estados federados. Esta simultaneidade de incidência de manifestações de governos diversos sobre a mesma coletividade é tomada viável em termos práticos, por uma rígida divisão ou repartição constitucional de competências, de modo a não ensejar o conflito de pretensões contraditórias entre os ordenamentos gerais e parciais...

...Nem á união, nem aos estados-membros é dado modificar a sua área de autonomia, senão por intermédio de uma alteração do próprio texto constitucional.

Por outro lado, cumpre notar que o Estado Federal não é

¹²⁹ AGUADO, Juventino de Castro. A soberania dos Estados: O paradoxo da Integração. In: *Jornadas de Derecho Internacional. Organización de los Estados Americanos*. Secretaría General. Washington DC. , 2003, p. 107-108.

¹³⁰ **Liga Hanseática**, foi uma aliança de cidades mercantis que estabeleceu e manteve um monopólio comercial sobre quase todo norte da Europa e Báltico, em fins da Idade Média e começo da Idade Moderna (entre os séculos XIII e XVII). De início com caráter essencialmente econômico, desdobrou-se posteriormente numa aliança política.

¹³¹ A **Antiga Confederação Helvética** foi o precursora da moderna Suíça. A *Swiss Eidgenossenschaft*, parou de ser chamada de confederação, uma junção de pequenos estados independentes que existiu entre o século XIII até 1798, quando foi invadida pela República Francesa de Napoleão, transformada na República Helvética que teve curta duração.

uma mera associação de estados, mantida tão-somente enquanto dura a vontade dos estado de a ela permanecerem ligados. Tal fenômeno ocorre na Confederação de Estados de mera existência histórica, posto que atualmente não mais encontrável. Nesta forma associativa, os estados se unem para administrarem conjuntamente algumas matérias relativamente as quais têm interesses comuns...

...Sendo a Confederação, como visto, produto da vontade de estados soberanos, encontra seu suporte jurídico no Tratado Internacional que é a forma usual dos entes soberanos contraírem obrigações. Desta união de estados não surge um novo estado, sobreposto aos estados confederados...

...Já com relação á Federação, esta surge pelo contrario de uma Constituição, e não de um Tratado. Ainda quando, como no caso dos Estados Unidos da América do Norte, a Federação venha precedida de uma manifestação de vontade, expressa pelos representantes dos estados reunidos em Convenção, assim que ela passa, contudo, a existir, deixa de ter por fundamento o Pacto celebrado anteriormente, para se apoiar exclusivamente na Constituição.¹³² (grifo nosso)

Ao Contrário da opinião externada por Temer no seu texto, entendemos que muitas das formas de integração que se desenvolvem no interior dos blocos econômicos, com destaque para a União Européia, se caracterizam como novas formas de Confederação.

Há certas condições históricas que favorecem a formação da estrutura política das Confederações, particularmente os aspectos referentes à necessidade de segurança e às exigências do desenvolvimento econômico, como já anotado. Há uma evidente tendência histórica de busca no sentido de solucionar comunitariamente aqueles problemas que a cada dia são mais complexos e, ao mesmo tempo, a cada dia se tornam mais comuns. Para isto, as relações sociais, políticas, comerciais e jurídicas têm tido como tendência uma maior ampliação e um maior aprofundamento. O sistema Confederativo, que respeita este bem da soberania, ainda tão caro aos sentimentos nacionais e nacionalistas, tem possibilitado a multiplicação de Tratados entre nações dentro dos limites do que entende-se hoje como Direito Comunitário. Embora este conceito seja relativamente recente e tenha se desenvolvido no contexto dos chamados blocos econômicos, a sua estrutura remonta aos primeiros momentos da formação dos Estados Unidos da América¹³³.

Como já vimos, finalizando, somente em 1787 a Convenção de

¹³² TEMER, Michel, *Território Federal nas Constituições Brasileiras*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1976. p. 5-7.

¹³³ Idem. p. 11-12.

Filadélfia adotou o sistema Federativo com uma Constituição comum que definia o Estado Federal mas que já antes, em 1781, a assinatura de um Tratado que se tornou conhecido como Artigos de Confederação, definia as condições de convivência dos Estados Confederados. Dentro deste contexto vamos encontrar que:

As características institucionais das comunidades européias baseiam-se no fato de que a integração da Europa representa o estágio mais avançado de um processo mais amplo de integração da atividade humana, um processo de dimensões mundiais; ela esclarecem as transformações por que hão de passar as instituições confederativas do mundo contemporâneo para se ajustarem a tal processo¹³⁴.

3. A EXPERIÊNCIA EUROPÉIA - UNIÃO EUROPÉIA

Embora outras muitas experiências além da americana, tenham se desenvolvido e implantado pelo mundo afora em datas e circunstâncias as mais diversas,¹³⁵ queremos dedicar especial atenção à experiência que desde há algumas décadas (desde 1957) vem se desenvolvendo no continente europeu. Se é verdade que esta experiência não se caracteriza como Federalização de Estados, é também verdade que há muitos questionamentos sobre os rumos que a UE pode vir a tomar, particularmente após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 01 de dezembro de 2009.

A formação dos “Estados Unidos da Europa” é um velho desejo, ou uma velha pretensão por parte de ilustres homens de Estado e pensadores dos diferentes campos desse velho, instigante e polêmico Continente.

No dia 19 de setembro de 1949, Winston Churchill, quatro anos após o término da segunda Guerra Mundial, gerada na Europa, centralizada na Europa e com trágicas conseqüências para a Europa o Ex primeiro ministro da Inglaterra proferiu um famoso discurso na cidade de Zurique, conhecido como o “Discurso de Zurique.”¹³⁶ Lembrando a “tragédia da Europa” ele vai dizer: “Se a Europa tivesse alguma vez ficado unida na partilha de seu patrimônio comum, não haveria limite à felicidade, à prosperidade e à glória dos seus 300 ou 400 milhões de habitantes”. Lembrando, certamente, que a maior parte das nações e nacionalidades européias passaram os últimos 2.000 anos em guerras e conflitos de todo tipo, conclama para a “recriação da Família Européia... para

¹³⁴ LEVI, Lucio. *Confederação*. In: BOBBIO Norberto et alii. Op cit. v. 1, p.220

¹³⁵ São exemplos de Estados Federados cuja forma se contrapõe aos Estados unitários e não se confundem com as Confederações, os Estados Unidos da América, como já vimos, a Alemanha, a Suíça, o Canadá, a Rússia, os Emirados Árabes Unidos, a Índia, a Nigéria, o México, a Malásia e o Brasil.

¹³⁶ Mas já antes, recém terminada a Grande Guerra, em discurso proferido no dia 05/03/1946, no Westminster College, em Fulton, no Missouri-USA, Churchill apresentou o mesmo teor de idéias.

que esta possa viver em paz, em segurança e em liberdade... , pois este desastre não pode repetir-se”.

Churchill lança um desafio aos povos da Europa: “ E por que não haver um agrupamento europeu que possa dar um sentido de alargamento do patriotismo e de comum cidadania dos povos desatentos deste turbulento e poderoso Continente e por que não toma ele a sua posição de pleno direito junto a outros grandes grupos na formação dos destinos dos homens?”. Desde o palco de um país tradicionalmente neutro, a Suíça, e ante estes povos e governos desastrosos, uma via de solução: “haja justiça, perdão e liberdade, ... a estrutura dos Estados Unidos da Europa, se bem e verdadeiramente construída, será necessária à força material de um só Estado menos importante. As pequenas nações contarão tanto como as grandes e honrar-se-ão pela sua contribuição pela causa comum” (grifo nosso). Churchill termina o seu emblemático discurso pedindo a defesa do direito à vida e à luz... “Deixem a Europa erguer-se”.

Numa superficial análise dos desejos de Churchill, percebe-se a existência de algumas motivações na idéia da formação de uma União dos Estados Europeus. A formação destes Estados constitui uma idéia aliciante que alimentou o espírito de grandes federalista europeus como Rober Schuman, Altiero Spinelli, Alcide de Gasperi, Konrad Adenauer, Paul Henri Spaak, Jean Monet e outros. O termo “Estados Unidos da Europa” já havia sido usado em diversas oportunidades por Vitor Hugo, mas particularmente em um discurso no Congresso Internacional da Paz que se realizou em Paris em 1849 e, alguns anos depois, na Assembléia Nacional Francesa em primeiro de março de 1871¹³⁷.

Historicamente, a França foi a maior defensora da união dos Estados europeus, sempre na justificativa de manter uma maior independência da força militar e financeira dos Estados Unidos da América e da extinta União Soviética¹³⁸.

Os passos percorridos pelos europeus até o presente momento estão representados pelos primórdios de 1947-48 com a união alfandegária entre Bélgica, Luxemburgo e Holanda até a aprovação e entrada em vigor do substitutivo da Constituição rejeitada do tratado de Lisboa.

Nascida a partir de um acordo de comércio de carvão e de aço, criando a Comunidade Européia do carvão e do aço (C E C A), em 1951, a UE de hoje encontra aqui os primórdios de sua estrutura. Na CECA se inaugura formalmente a supra nacionalidade no âmbito das relações inter estatais.

Alguns anos depois, em março de 1957, os mesmos seis países da CECA assinam o Tratado de Roma estabelecendo a Comunidade Econômica Européia e a Comunidade Européia de Energia Atômica (Euratom). Estava criada o que, depois, passaríamos a identificar como a União Européia (1992).

¹³⁷ Os dados destas duas últimas páginas foram obtidos na página Google, acessada em 10/03/2010.

¹³⁸ É ilustrativo desta afirmação quando em janeiro de 1963 o presidente francês Charles de Gaulle vetou com “Le Grand Non” a participação da Inglaterra na Comunidade Européia sob alegação de que o Reino Unido inevitavelmente representaria os interesses dos EUA. Quatro anos mais tarde o mesmo De Gaulle vetaria novamente a mesma candidatura.

Os Tratados Constitutivos das Comunidades Europeias foram multiplicando-se, bem como os atos que levaram à afirmação de maior consistência destas comunidades¹³⁹.

Trata-se de um longo processo que ainda não se completou mas que já se assenta nalguns Tratados e Instituições de importância vital como o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu, com um presidente e um auto representante para os negócios estrangeiros e a política de segurança, e a Comissão Europeia.

Os Tratados foram se sucedendo a partir do Tratado de Roma: Ato Único Europeu - 1986; Tratado de Maastricht - 1992; Tratado de Amsterdã - 1997; Tratado de Nice - 2001; proposta de uma Constituição Europeia - 2004; e Tratado de Lisboa, em vigor desde 1/12/2009. Acrescente-se a isso uma série de Textos básicos de caráter econômico, financeiro e monetário, pelos quais criou-se a União Econômica e Monetária com o Euro como moeda única a partir de janeiro de 2002.

Dentre estes documentos todos dois deles devemos destacar, para uma análise com vistas à questão das perspectivas federalistas na UE: a proposta de Constituição e o Tratado de Lisboa.

4- O DRAMA DA CONSTITUIÇÃO EUROPEIA

A proposta de constitucionalização do Direito na UE foi assinada a 29/10/2004 com o objetivo de “ dar resposta à necessidade de simplificar o sistema comunitário para os cidadãos, quer do ponto de vista dos procedimentos, quer da definição de competência, quer da clarificação da arquitetura dos Tratados Comunitários, bem como procurando aumentar a eficácia, a transparência e a legitimidade democrática da União Europeia a vinte e cinco,... a ratificação do Tratado Constitucional não deveria vir as constituir apenas uma alteração dos Tratados, mas uma substituição destes por um texto único, sendo os precedentes revogados”. (grifo nosso) (Art. IV- 437° do Tratado Constitucional)¹⁴⁰

Uma série de novidades estavam a vista, como a atribuição de personalidade jurídica à UE, com o conseqüente poder de negociar e ratificar acordos internacionais em nome dos Estados membros. O art.IV 438, n.1 reza que: “ a União Europeia estabelecida pelo presente Tratados sucede à União Europeia e à Comunidade Europeia”, o que significa que acabaria com a dualidade originada dos contratos anteriores¹⁴¹. Também o Parlamento Europeu passaria a poder propor alterações ao Tratado Constitucional sem a convocação prévia de uma Convenção. Na verdade, grande parte das leis europeias passaria a ser adotada conjuntamente pelo Conselho e pelo

¹³⁹ TRATADOS CONSTITUTIVOS DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y OTROS ACTOS BÁSICOS DE DERECHO COMUNITARIO. Madrid: Ed. Tecnos, 2001.

¹⁴⁰ PATRÍCIO, Raquel deCaria. *Uma visão do projeto europeu- história, processos e dinâmicas*. Coimbra: Ed. Almedina, 2009, p. 519-520.

¹⁴¹ A respeito destas dualidades ver SOARES, Andréia. *União Europeia: Que Modelo Político?* Lisboa: ISCSP, 2005.

Parlamento Europeu, num processo legislativo ordinário que viria substituir o procedimento atualmente em vigor da co-decisão. (Art. IV -34º.).

Em matéria jurídica o Tratado Constitucional confirmava expressamente a jurisprudência relativa à primazia do Direito da União sobre os Direitos nacionais e as Constituições dos Estados membros. (Art. I - 6º). Constatou-se, com isto, um claro avanço no sentido da democratização da UE, o que seria ainda mais facilitado pelo alargamento das funções e do reforço dos poderes do PE, uma série de novas competências de vital importância (Art. I - 27).

O lema da União, constante no Preâmbulo “Unida na Diversidade”, que é um claro lema federativo, estava recebendo uma forte fundamentação com a inclusão da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Art. I - 8). Mas o direito de saída voluntária da UE por parte de qualquer Estado membro (Art. I - 60º), descaracterizaria ao nosso entender, o conceito de federalismo. De qualquer forma, a proposta Constitucional trazia consigo uma série de símbolos indicativos da maior boa vontade: bandeira, hino, moeda única, e o lema “Unida na Diversidade” (Art. I - 8º), ... mas isto, e o conjunto das alterações propostas, não seria suficiente para o sentimento de muitos da população da Europa¹⁴². Esta população, ou parte dela iria aplicar um golpe devastador sobre as pretensões europeístas e/ou “federalistas”.

Apesar de todas as ambigüidades, não há dúvida que na proposta constitucional existiam elementos de Federalismo, a relação de alguns dos artigos colocados acima são a prova desta afirmação, “ a natureza federal desta visão reside no facto de se considerar que a esfera da União... não resulta de uma simples agregação desordenada de contributos nacionais, mas deve antes ser entendida como constituindo serviço da construção e reconhecimento dos objetivos que materializam o que podemos designar como interesse geral e comum dos povos, dos Estados e dos cidadãos da Europa¹⁴³. E, assim, embora vários países já tivessem ratificado a proposta de constituição em maio e junho de 2005, franceses e holandeses deram “não” à Constituição Europeia. Evidentemente que isto fez vacilar o processo de integração e muito mais a idéia de um possível ou suposto projeto de federalismo para a Europa Unida, os “Estados Unidos da Europa” entravam num campo de muita penumbra.

“Na realidade, e não obstante os *elementos federalizantes* presentes no Tratado, é impossível, à construção europeia, ultrapassar o Estado-nação e substituí-lo por um super-Estado europeu”¹⁴⁴.

A crise política estava instalada e, embora houvesse ainda saídas dentro do marco democrático em vigência, o presidente da Comissão Europeia, Durão Barroso, apresentou um *plano B* aos Estados-membros e, passado o *período de reflexão*, a Convenção convocada deu uma resposta ao impasse: preparar um “substitutivo” à Constituição rejeitada, convencidos que estavam que a história

¹⁴² A respeito das alterações introduzidas nos Tratados Comunitários pelo Tratado Constitucional, vide D’OLIVEIRA MARTINS, Guilherme. Sobre o Tratado Constitucional Europeu, in: SOROMINHO -MARQUES, Viriato. (coord) *Cidadania e Construção Europeia*. Lisboa: Ed. Idéias e Rumos, 2005, p. 65-104.

¹⁴³ Ibidem. p. 20.

¹⁴⁴ PATRÍCIO, Raquel de Caria. Op. Cit. ,p. 532.

da União Européia havia caminhado desde sua formação dentro de um processo de fluxos e refluxos, de crises e sucessos, recuos e avanços.

Quem, como nós, ao longo deste tempo todo esteve atento à Europa e conseguiu acompanhar o desenrolar de seus problemas, pode concordar com que há uma cidadania européia em formação baseada nos dois princípios mais significativos que orientam a nacionalidade: o político e o jurídico. Assim, os líderes europeus convencidos, talvez, de que “nação é um estilo, um estilo de vida coletiva nessa linha a nacionalidade como sentimento de pertencimento é uma mentalidade, não há como impô-la”¹⁴⁵, apresentaram uma nova proposta.

5- O TRATADO DE LISBOA E A RENOVAÇÃO DE ALGUMAS ESPERANÇAS

A 25 de março de 2007, comemorando os 50 anos do Tratado de Roma (25 de março de 1957), foi assinada a Declaração de Berlim com o compromisso de “dotar a UE de uma base comum e renovada” até as eleições para o Parlamento Europeu de 2009. Dessa forma, de acordo com o Conselho Europeu estabeleceram-se duas etapas iniciais: a presidência alemã (1º semestre de 2007), deveria tomar todas as medidas necessárias nos termos do artigo 48 do Tratado da União Européia para inaugurar a Conferência Intergovernamental até o final de julho, e a seguir o mesmo Conselho Europeu reunido em 21 e 22 de junho de 2007, convidou a Presidência portuguesa (2º semestre de 2007), a redigir um projeto de Tratado a partir da convocação da Conferência Intergovernamental.

O mandato atribuído à Presidência de Portugal era claro e preciso: elaborar um Tratado Reformador evitando, agora, o uso do termo Constituição.

A Conferência Intergovernamental desenvolveu seus trabalhos de 23 de julho a 18 de outubro de 2007, finalizando com a assinatura no Mosteiro dos Jerônimos em Lisboa no dia 13 de dezembro do mesmo ano. O resultado foi o Tratado Reformador, ou Tratado de Lisboa (denominação mais usual), composto por dois Tratados essenciais: O Tratado da União Européia e o Tratado sobre o funcionamento da União Européia (versões consolidadas).

O Tratado de Lisboa vai representar a resposta ao impasse provocado pela rejeição do Tratado Constitucional. Alterações institucionais de importância (que neste exíguo espaço não pretendemos fazer análises mais profundas e longas, o que acontecerá noutro trabalho) foram a tônica deste trabalho. O Tratado de Lisboa “procura num mundo de rápida mutação, que tem que lidar com as questões prementes da Globalização, com as alterações climáticas, da energia, do crime organizado, do terrorismo e da segurança, ser capaz de permitir a União, dar respostas efetivas aos atuais desafios”¹⁴⁶; a crise financeira hoje, que se instalou também dentro da UE (Grécia etc) é um dos últimos desafios, mas não o único, Copenhage ... XII 2009 – falta de liderança... ficaram a mercê das decisões americanas e das ambigüidades da China.

¹⁴⁵ STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 5 ed. São Paulo: LTR, 2003, p. 192.

¹⁴⁶ PATRÍCIO, Raquel de Caria. Op. Cit. p. 551-552.

O Tratado de Lisboa entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009, mas sem antes ter tido problemas para receber o “sim” definitivo de cada um dos 27 Estados que hoje formam parte da União Européia. Dois casos se destacaram nesta ratificação, o da República checa e da Irlanda. A primeira teve no seu presidente Vaclav Klaus, o último dos presidentes a ratificar o Tratado em 3 de novembro de 2009, após o Tratado ser aceito pelo Parlamento Checo, mas tecendo uma longa série de críticas antes e depois de sua ratificação, amarrado, ainda, a um conceito envelhecido e ultrapassado de soberania, afirma que o Tratado de Lisboa acaba com a soberania dos países europeus¹⁴⁷.

O caso da Irlanda foi mais complicado; consultada sua população de menos de 4 milhões (a UE tem hoje em torno de 500 milhões) em forma de *referendum* em 12 de julho de 2008, rejeitou o Tratado com 53,4 % contra 46,6 % favoráveis ao “sim” e com uma participação pouco acima da metade da população, 53,13%. O impasse estava novamente sobre a mesa do presidente da Comissão Européia; depois de muitas discussões, e também algumas concessões, finalmente o “sim” foi dado por 53,5% dos votantes em 2 de outubro de 2009.

A primeira observação que gostaríamos de fazer após a apresentação destas sinuosidades todas é que a razão pode estar com os que perdem, mas a História é feita com e pelos que ganham.

O Tratado de Lisboa, pois, já está em marcha, o trem já saiu da estação; quais serão os seus viajadores? Qual a velocidade que conseguirá atingir? Noutras palavras: para onde caminha a União Européia? As instituições novas ou as reformuladas pelo Tratado de Lisboa já estão com suas chefias nomeadas, com destaque para o presidente e o chanceler do bloco, cargos criados pelo Tratado de Lisboa, aonde isto levará a Europa?

Para prever perspectivas com que quadro jurídico e quais os instrumentos com que os cidadãos europeus contam para fazer frente às suas expectativas? O Tratado de Lisboa dá fundamentação para uma Europa mais democrática e transparente com um papel reforçado para o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais¹⁴⁸, estes têm mais oportunidades de participar no trabalho da União. Em conjunto com o maior peso do Parlamento Europeu a participação dos parlamentos nacionais reforçará a democracia e conferirá uma legitimidade acrescida ao funcionamento da União. Com regras de votação e métodos de trabalho simplificados os 27 Estados membros têm uma capacidade de intervenção nas áreas prioritárias, com maior eficiência no processo de decisão ¹⁴⁹. Prevê-se uma vida melhor para os europeus, pois o Tratado de Lisboa dá mais poderes aos cidadãos da UE para intervirem em áreas políticas de importância, como a área da liberdade, segurança, justiça, com destaque para o combate ao terrorismo e à criminalidade. Ao mesmo tempo, este espaço para a intervenção dos cidadãos abrange a política

¹⁴⁷ Folha on-line de 25/08/2009.

¹⁴⁸ Tratado de Lisboa - A Europa rumo ao século XXI, in: <http://europa.lisbontreatv/glauce/democracy/index.pt.htm>. Acessado em 01/02/2010.

¹⁴⁹ CECCHERINI, Eleonora. La nueva estructura institucional de la Union Europea. In: PORTELLA, Francisco Xavier Matia. *Estudios sobre el Tratado de Lisboa*. Granada: Ed. Comares, 2009, p. 21-25.

energética, a saúde pública, a proteção civil, as alterações climáticas, a coesão territorial, a ajuda humanitária e outras. O déficit democrático de que tanto tem sido alvo as estruturas institucionais da UE, o Tratado de Lisboa parece ser que se propõe a diminuir¹⁵⁰.

A leitura do Tratado de Lisboa nos leva facilmente a concluir que a solidariedade entre os Estados membros se torna mais natural e se amplia, em certos campos, como no domínio da energia e da tecnologia, as práticas têm mostrado isto, igualmente se diga no que se refere à luta contra a praga do terrorismo internacional, o que ocorre em Praga, em Estocolmo, em Paris ou em Lisboa. Apesar de opiniões em contrário¹⁵¹, pensamos que o Tratado de Lisboa permite à Europa unida em maior protagonismo no cenário mundial através dos diferentes instrumentos de política externa.

Mas sobre tudo isto, e dentro do contexto do nosso trabalho, cabe uma pergunta final: está se construindo um super-Estado? Caminha a Europa para alguma forma ou algum modelo próprio de Federalismo? Uma estrutura criada para funcionar com seis Estados membros e que continua a funcionar com 27, correndo o risco de implodir com um número ainda mais elevado como aquele que se prevê para o futuro, será capaz de acolher um sistema federativo?

O desejo manifesto de estar preparada para o desafio histórico de integrar novos Estados (incluídos alguns do extremo leste europeu como a Ucrânia e outros como a Servia, Macedônia e, principalmente Turquia)¹⁵², exige não somente alterar, significativamente, a capacidade de ação da União através da adaptação institucional e concretização integração política de Estados e de cidadãos. Em publicação *on line* o jurista português Pedro Vicente escreve que; “a essência do Federalismo não é para ser encontrada num número particular de instituições, mas na institucionalização de relações particulares dos participantes na vida política”¹⁵³.

O conhecido pensador europeu, ex-ministro do exterior da Alemanha, hoje professor da Universidade de Princeton - USA, afirma que “a consequência do irrefutável alargamento da UE será, portanto, ou a erosão ou a integração”¹⁵⁴. O mesmo autor publica em jornal O Estado de São Paulo, intitulado “ Os dois futuros diante da Europa”¹⁵⁵, teve algumas interessantes observações. De um lado, “os europeus são beneficiados por altos níveis de proteção social, educação barata e de alta qualidade, padrões ambientais rigorosos e infraestrutura excelente. Além disso a Europa possui diversidade cultural incomparável e grande beleza natural”. Tem 500 milhões de habitantes e o maior mercado único do planeta, mas politicamente está encolhendo “por causa de sua falta de unidade”. De outro lado, “se a substância do Tratado

¹⁵⁰ CAMPOS, Paloma Biglino. *Tratado de Lisboa y pluralidad de ciudadanos*, in: *idem* p. 5-8.

¹⁵¹ MISSÉ, André *Europa pierde peso em la escena mundial*. Bruxelas.el.pais.cominternacional, acessado em: 09/02/2010.

¹⁵² ASTI, Timothy Garton. União europeia não será Super Estado. In: *O Estado de São Paulo*. Caderno internacional, A-23 de 9 de outubro de 2005.

¹⁵³ http://in_devir.com/index.php?option=com.content&task=view&id=917&itenid=37. acessado em 21/09/2009.

¹⁵⁴ Apud. PATRÍCIO, Raquel Caria. Op.cit. p. 581.

¹⁵⁵ Caderno internacional. A-24, de 3 de junho de 2007.

Constitucional for salva,¹⁵⁶ a Europa se desenvolverá cada vez mais como ator global e os Estados membros da UE só serão capazes de defender seus interesses no mundo do século XXI se o próprio bloco tiver força.

Perguntávamos em páginas acima se caminha a Europa para alguma forma ou modelo próprio de Federalismo; desde a Paz de Westfalia em 1648, quando se assentaram as bases jurídicas e políticas dos Estados modernos, de acordo com a ordem estabelecida, ficou extremamente arraigada a idéia de soberania como competência de cada um dos Estados para decidirem sobre as regras relativas ao seu comportamento e sobrevivência. No moderno conceito de sobrevivência compartilhada, está claro que certas circunstâncias de convivência originam limitações à afirmação das prerrogativas soberanas dos Estados. A assinatura dos diferentes Tratados da União Européia, mormente o Tratado de Lisboa, aceitando uma limitação um pouco mais extensa desta soberania estatal, ao que se acrescenta as transferências que os Estados membros passaram para as Instituições Constitucionais, nada disto e outros elementos mais, pode ser considerado suficiente para, por enquanto, não ter que deixar de lado a idéia de que a UE constitua hoje, uma Federação de Estados, ou os Estados Unidos da Europa.

As suas estruturas supranacionais, embora seja singulares e representem uma experiência até então inédita (a exceção dos Estados Unidos da América) com particularidades muito próprias, não conduzem a Europa unida a uma Federação ou uma Confederação de Estados.

De qualquer forma tratando-se de “uma experiência de integração regional, a que mais êxito tem registrado na História da Humanidade, e a primeira União do Continente Europeu feita a partir da livre vontade dos Estados que à mesma desejaram aderir e por isso legitimada pela vontade soberana de cada um destes Estados”, nada de mais que se possam ter, nós temos, expectativas de futuro na formação dos Estados Unidos da Europa¹⁵⁷

A TÍTULO DE CONCLUSÃO

Resulta um tanto difícil chegarmos à conclusão de um trabalho, considerando que a segunda parte do mesmo está recheada de questionamentos não respondidos e previsões incertas.

Quanto à primeira parte, ousamos apontar que as raízes históricas do federalismo, adotando-se o clássico modelo dos Estados Unidos, comparado com outros modelos (aqui não analisados) como os da Alemanha, do Canadá, do Brasil e outros, demonstram que houve necessidade de remodelações desta forma de Estado ao longo do tempo, atendendo às suas necessidades e às novas conjunturas.

Esses acontecimentos deixam transparecer que o Estado foi criado como forma de organização política e não para administrar a economia.

¹⁵⁶ Ela foi salva com a aprovação do Tratado de Lisboa, pois “no essencial o Tratado de Lisboa não difere no conteúdo e na sua forma de Tratado Constitucional”. Pedro Vicente, Op. Cit.

¹⁵⁷ PATRÍCIO, Raquel de Caria. Op cit. p. 597.

Fatores históricos, como a supremacia do capitalismo sobre o socialismo (EUA x URSS) e a crescente prática democrática do liberalismo quanto à política econômica, revelaram a necessidade mundial de integração dos países na busca de soluções para desonerar o Estado da responsabilidade de administrar a economia, bem como torná-la mais competitiva, tudo isto dentro do contexto do fenômeno da Globalização.

Em princípio, as formas de cooperação e integração têm o objetivo de equilibrar as diferenças sociais, culturais, dentre outras, concretizando o exercício do princípio da subsidiariedade, cooperação e solidariedade. Os processos de integração caminham nesta direção.

De fato, o processo de interdependência e intercomprometimento das sociedades pelo processo de integração tem demonstrado a necessidade de revisão do conceito de soberania e da repartição constitucional de competências.

Todas as propostas e processos de integração que têm se desenvolvido ou estão em desenvolvimento tiveram que se adequar a uma forma integrada de organização jurídico-política do Estado, frente à crescente necessidade de integração mundial, onde o princípio da subsidiariedade deverá ser utilizado como instrumento da edificação de um possível federalismo cooperativo, definindo-se novos moldes entre a soberania, a chamada supranacionalidade e a repartição de competências.

Quanto à segunda parte do trabalho, ficou subentendido ao longo do texto que o debate do modelo de integração na UE é inédito, é *sui generis* e para os europeus é algo extremamente inovador e especialmente promissor. Tanto a Teoria da Constituição quanto a Teoria do Estado, com seus dogmas já centenários, estão sendo derrubados na experiência europeia. Embora não caberia aqui, nas nossas conclusões, abrirmos uma exceção a esta regra metodológica para inserir palavras muito adequadas a este contexto. A inovação deste processo dirigido à Europa, hoje dos 27, é a característica da mediação do Direito ao invés do Direito da força estabeleceu-se a força do Direito: “a principal característica que distancia a UE de tentativas anteriores de unificação do Velho Continente (César, Carlos Magno, Napoleão ou Hitler) é justamente a permuta da força física pela força do Direito para sua instituição e manutenção”¹⁵⁸.

Embora a proposta do Tratado Constitucional não tenha vingado na UE, a sua representação no sentido da necessidade de acrescentar algo mais sólido e consistente como fundamento jurídico dessa convivência imensamente plural, passou a formar parte dos elementos culturais da sua população e da identidade europeia. Ainda que com alguns entraves, a aprovação e a entrada em vigor do Tratado de Lisboa confirma a nossa afirmação

Há, ainda, muitas outras questões postas e não respondidas, varias delas nos propomos a colocá-las noutros momentos, todas elas estão no entorno de uma dúvida maior: “*Quo vadis Europa?*”.

¹⁵⁸ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *Introdução ao Direito Comunitário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 65.

Bibliografia

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*, Editora Atlas, São Paulo, 1991.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira, *O Princípio de Subsidiariedade conceito e evolução*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1996.
- BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.
- BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, Editora Saraiva, 19. ed., São Paulo, 1998.
- BOBBIO, Norberto, *Dicionário de Política*, 3. ed., Editora UnB, Brasília, 1983.
- BONAVIDES, Paulo, *A Constituição Aberta*, 2. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1996.
- _____, *Teoria do Estado*, 3. ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1999.
- CAETANO, Marcelo, *Direito Constitucional*, vol. II, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1977.
- CAIELLA, Pascual, *Problemas Relativos a la Compatibilizacion de los Derechos Constitucionales y el Derecho Comunitário*, in *Direito Global*, Editora Max Limonad, São Paulo, 1999.
- CAMPINS, M. Eritja, *Proceso de integración em la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 1996.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Editora Almedina, Coimbra, 1997.
- CASSEB, Paulo Adib, *Federalismo Aspectos Contemporâneos*, Editora Juarez de Oliveira, Coleção Saber Jurídico, São Paulo, 1999.
- CASTILLO, Antonio Lopez, *Constitución e Integración*, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, Editora Saraiva, 11. ed., São Paulo, 1985.
- _____, *O Estado Federal*, Ed. Ática, São Paulo, 1986.
- DÍEZ-PICAZO, Luis Maria. *Constitucionalismo de la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2002.
- DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas. (orgs) *Teoria da Mudança Constitucional – sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*, 24. ed., Editora Saraiva, São Paulo, 1997.
- FIÚZA, Ricardo A. Malheiros. Uma Federação Européia? . in: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. N. 2, jul/dez de 2003, p. 479-483.
- FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *Introdução ao Direito Comunitário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- GUIDDENS, Anthony. *A Europa na era Global*. Trad. Alberto Gomes. Lisboa: Ed. Presença, 2007.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoria Constitucional de la Sociedad Abierta*. Trad. Emilio Mikunda- Franco. Madrid: Tecnos, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Trad. e introdução de Flávio

Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander, et alii, *O Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998.

HORTA, Raul Machado, *Federalismo e Descentralização*, artigo publicado na Revista de Informação Legislativa, n.º 87, jul/set., Brasília, 1985.

KAKU, Willian Smith. *O atual confronto político –institucional da União Européia- A Organização Internacional e o Federalismo em questão*. Ijuí –RS: Ed. Unijuí, 2003.

MAGALHÃES, José Luís Quadros de, *Pacto Federativo*, Editora Mandamentos, Belo Horizonte, 2000.

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri, *A Federação*, in *Por uma nova Federação*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995.

OLIVEIRA, Odete Maria de, *União Européia - Processo de integração e mutação*, Editora Juruá, Curitiba, 1999.

QUADROS, Fausto de, *O Princípio de Subsidiariedade no Direito Comunitário Após o Tratado da União Européia*, Editora Almedina, Coimbra, 1995.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Constituição Européia: uma construção à luz das teorias da verdade e do tempo*. In: *Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, n. 7. jan/jun, 2006, p.421-458

RAMOS, Dircêo Torrecillas, *O federalismo assimétrico*, Editora Forense, 2. ed., Rio do Janeiro, 2000.

SCHWARTZ, Bernard, *Direito Constitucional Americano*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1966.

_____, *O Federalismo Norte-Americano Atual*, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1984.

SOUZA, Moacyr Benedito de, *Do Estado Unitário ao Estado Regional*, artigo publicado na Revista de Informação Legislativa. n.º 85, jan/mar., Brasília, 1985.

TEMER, Michel, *Território Federal nas Constituições Brasileiras*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975.

TOCQUEVILLE, Alexis de, *Democracia na América*, Edusp, São Paulo, 1969.

VIEIRA, José Ribas. (Org). *A Constituição Européia: O Projeto de uma nova teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLALON, Pedro Cruz. *La Constitución inédita: Estudios ante la constitucionalización de Europa*. Madrid: Ed. Trotta, 2004.

VOGEL, Juan Joaquín, *O Regime Federal da Lei Fundamental*, in *Manual de Derecho Constitucional*, Benda, Maihofer, Hesse, Heide, Vogel, Juan Joaquim, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S/A, Madrid, 1996.

ZIMMERMANN, Augusto, *Teoria Geral do Federalismo Democrático*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1999.

IDADE PENAL COMO CLAUSULA PÉTREA: VIOLÊNCIA E POLÍTICA CRIMINAL NO BRASIL

Giovana Zaninelli¹⁵⁹

Resumo:

O presente estudo pretende proporcionar uma reflexão acerca da política criminal realizada no Brasil a respeito de atos infracionais praticados por menores de dezoito anos e se a idade de responsabilização penal é ou não cláusula pétrea do texto constitucional. Também pretende analisar as medidas processuais vigentes no ordenamento jurídico para garantia da dignidade da pessoa humana quando se trata de segregação de vulneráveis e apelos populistas da mídia para a redução da idade de responsabilização penal diante de casos de repercussão com adolescentes envolvidos. O artigo emprega o método científico-dedutivo de pesquisa bibliográfica. O principal objetivo é estabelecer parâmetros para que os assuntos que envolvem a prática de atos infracionais não sejam tratados de forma superficial e distorcida da realidade, quer seja pela mídia, quer seja pela população. Especificamente, visa demonstrar que o assunto precisa ser compreendido com toda a relevância e complexidade que envolve o tema. Cumpre aqui destacar a finalidade do Estatuto da criança e do adolescente e suas peculiaridades. Não há soluções simples para problemas complexos, as cláusulas pétreas são previstas no ordenamento jurídico para serem respeitadas, pois são garantias de que bens jurídicos devem ser devidamente protegidos nos termos assegurados pela Constituição.

INTRODUÇÃO

Diariamente a população se depara com notícias sensacionalistas apresentadas pela mídia, as quais veiculam “crimes” cometidos por adolescentes. Primeiramente, deve ser destacado que adolescentes segundo o sistema jurídico vigente, não cometem crimes, cometem atos infracionais equiparados ao crime tal do Código Penal e demais institutos do ordenamento jurídico que disciplinam condutas que são definidas como crime, ou seja, fato típico, antijurídico e culpável.

A questão relacionada a violência e a política criminal praticada no Brasil deve ser estudada em conjunto com a possibilidade técnica de modificação da idade de responsabilização penal, ou seja, se tal modificação esbarra nas denominadas cláusulas pétreas previstas na Constituição Federal ou pode vir a sofrer alteração por intermédio de Emenda Constitucional.

Diante da veiculação de notícias relacionadas a adolescentes que se envolvem na prática de atos infracionais, a pronta reação de pessoas leigas, as

¹⁵⁹ 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. Bolsista da Fundação Araucária. 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).

quais não possuem estudo superior, ou em que seus cursos não proporcionaram nenhum conhecimento correlato a área do direito, mencionam que tal situação dos adolescentes se encontra desse modo por causa do Estatuto da Criança e do Adolescente, (Lei 8.069 de 13 de julho de 1990), mais popularmente conhecido como ECA, forma pela qual passa doravante a ser denominado neste trabalho.

Para aqueles que trabalham com o ECA e acham que ele não funciona na prática, deve ser considerado que os operadores do direito e áreas que também se correlacionam com o ECA, desempenham na qualidade de seres pensantes que são, papel preponderante na realização da efetividade das normas e garantias nele contidas, isso inclui a possibilidade de fomento a implementação de políticas públicas que sirvam para concretizar os fundamentos essenciais do ECA.

O senso comum pode até ser favorável a redução da idade penal, mas deve ser lembrado que nem sempre a voz do povo é a voz de Deus, pois na verdade, essa voz do povo, pode estar mergulhada nas trevas da ignorância, da falta de conhecimento e na ávida vontade de achar que há soluções mágicas, simplórias e consequentemente ineficazes para problemas de extrema complexidade.

Desejo da sociedade? Necessidade? Há argumentos que destacam que a não redução da idade penal faria com que a prática de atos infracionais equiparados a crimes cometidos por adolescentes aumentaria ou ficaria dentro dos patamares já elevados da atualidade. Entretanto, se houvesse a diminuição da idade de responsabilização penal em atendimento aos desejos de uma sociedade que clama pela redução, há de ser indagado se realmente serviria para reduzir de modo efetivo os índices de criminalidade.

Muito provavelmente a resposta a indagação anterior seria negativa, pois tal medida somente seria paliativa, ou seja, para o legislador poder dizer que atende aos desejos da população. Na prática, provavelmente, não iria trazer nenhum tipo de mudança efetiva, pelo contrário, muitos outros problemas poderiam advir, como maior lotação no sistema carcerário, que melhor será explicitado.

Aprisionar, segregar, adolescentes em situação de vulnerabilidade é a melhor solução, a melhor política pública? Isso melhoraria a condição deles e faria deles seres humanos melhores ou serviria apenas tranquilizar uma camada da população fruto bem sucedido de um sistema capitalista excludente e seletor?

Tomar cuidado com a mídia, com o apelo popular e com os grandes “especialistas populares” que por falta de noção e conhecimento técnico induzem a população a clamar por punição, vingança e ainda por cima isso resulta por parte do poder público a criação de leis penais inócuas, desprovidas de técnica, verdadeiras leis penais de caráter meramente simbólico, a fim de satisfazer a ânsia de vingança do povo: um verdadeiro espetáculo estilo pão e circo, como se o direito penal punitivo fosse a solução para todos os problemas.

1. A IDADE PENAL COMO CLÁUSULA PÉTREA

Primeiramente há de ser destacado se a idade penal prevista no texto constitucional é ou não é uma cláusula pétrea. Caso a resposta fosse sim, para onde iriam ser encaminhados esses “novos imputáveis”?

Para aqueles que defendem que a redução da idade penal no Brasil é algo totalmente inadequado e fora de propósito, defender que a idade penal é uma cláusula pétrea contida no texto constitucional é uma excelente opção. Entretanto, os ferrenhos defensores dos benefícios para a sociedade com a redução da idade penal, ou não consideram que tal condição seja intrinsecamente ligada a uma cláusula pétrea, ou pior, podem querer até mudar a Constituição a fim de conseguir êxito no intento de colocar menores de dezoito anos em estabelecimentos prisionais.

Diante dos debates dos diferentes pontos de vista, os quais há quem defenda que a idade penal é uma cláusula pétrea e há quem defenda que não, fica a seguinte indagação: Existem cláusulas pétreas somente no artigo 5º da Constituição? Neste sentido: nos termos do artigo 227 da Constituição Federal:

Art. 227. 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Por sua vez, o artigo 228 da Constituição federal estabelece que “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Deste modo, se a inimputabilidade dos menores de dezoito anos for vista como direito individual, há de ser considerado que tal disposição não pode ser modificada ou abolida, nos termos estabelecidos no artigo 60§ 4º da Constituição Federal a qual estabelece que "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais".

Aí resta a pergunta: onde se encontram as cláusulas pétreas contidas no texto Constitucional? O que é uma cláusula pétrea e com qual finalidade ela foi criada? Trata questão de mera interpretação a qual o indivíduo somente enxerga algo da forma como melhor lhe convém?

Pela primeira vez o texto constitucional fala acerca da inimputabilidade penal o que acompanha o descrito no código penal. Segundo Nucci, (2012, p. 295-6) a maioria penal poderia ser reduzida por meio de emenda constitucional, pois a disposição acerca da imputabilidade penal se encontra fora do artigo 5º. Tal autor não concorda que existam direitos e garantias fundamentais espalhados pelo texto constitucional como se fossem cláusula

pétreas. Para o autor, a idade da imputabilidade não é direito fundamental em sentido material, nem tampouco é no sentido formal.

O próprio autor admite que não é a redução da maioridade penal que solucionaria a prática de delitos desta faixa etária no país, mas que tal medida seria recomendável para “adaptar a lei penal à realidade”. O menor de dezoito anos do mundo atual é muito mais desenvolvido do que aquele do início do século e possui capacidade de entender o caráter ilícito das suas atitudes e agir conforme tal entendimento (NUCCI, 2012, p. 296).

O Código Penal, no artigo 27, de acordo com a redação dada pela Lei nº 7.209 de 1984, estabelece que: “Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”. Ao adotar o critério puramente biológico, escolheu o melhor e mais aceito critério o qual confere presunção absoluta de inimputabilidade para os menores de dezoito anos. A incapacidade para compreender a ilicitude do comportamento é presumida. Tal parâmetro utilizado é artificial e a pessoa de um dia para outro, ao completar 18 anos passa a ser imputável. O estabelecimento de um critério de faz necessário para a segurança jurídica, pois é muito difícil auferir a maturidade ou não de um adolescente para agir conforme sua capacidade de discernimento e controlar impulsos, principalmente por se tratar de um país que aboliu o exame criminológico para condenados que buscam a progressão do regime de cumprimento de pena (DELMANTO, 2010, p. 186).

Há quem defenda que a redução da imputabilidade penal é necessária para promover uma “proporcionalidade entre o crime cometido e a punição imposta”, e que o indivíduo já possui “total consciência do ato praticado” e comete tais atos de modo frio impiedoso “comumente observadas em muitos crimes cometidos por menores infratores”. (TAMAI E BARBOZA, 2013, p. 561-562)

Não se pode corroborar com o entendimento anteriormente mencionado, pois as conclusões obtidas por técnicos e operadores do direito devem ser desprovidos de emoções. Primeiramente, conforme já mencionado, adolescentes não cometem crime e sim ato infracional equiparado a crime ou contravenção penal tal e também, não se trata de menores infratores e sim adolescentes em conflito com a lei. Se a criança for marginalizada a vida inteira e chamada de “trombadinha” ela certamente irá crescer e se tornar um marginal, pois seu papel social já foi embutido em seu subconsciente.

Nucci, (2012, p. 296) propõe que para aqueles menores de 18 anos que forem considerados imputáveis, o local de cumprimento de pena deve ser separado dos maiores e sugere a adoção de um critério misto e não meramente cronológico para auferir a imputabilidade ou inimputabilidade.

Qualquer critério que dê espaço para subjetividades deve ser rejeitado, pois a lei penal deve ser clara e objetiva, sem margem para arbitrariedades ou pesos e medidas diferenciados para situações idênticas. Fatalmente as subjetividades dão margens para exclusão e criminalização da camada mais pobre da população.

A redução da maioridade penal seria um grave equívoco do legislador,

ainda que segundo o autor não se trate de cláusula pétrea prevista no artigo 5º da Carta magna, o artigo 228 do texto constitucional deve permanecer inalterado a fim de ser respeitado o patamar de 18 anos ali previsto, principalmente pelo fato do Brasil ser um país de extrema desigualdade social, com infantes expostos a toda sorte de agruras. (DELMANTO, 2010, p. 186).

Um país com uma dívida social gigantesca não possui legitimidade para penalizar os adolescentes em conflito com a lei, pois a maioria deles é fruto de uma vergonhosa ausência dos Poderes Públicos. “A solução para a violência juvenil, não está em cadeias, mas em escolas” (DELMANTO, 2010, p. 186)

A diminuição da idade para responsabilização penal não evita que adolescentes pratiquem atos infracionais. Tal medida seria apenas paliativa e não serviria para combater de modo efetivo, as causas que levam os adolescentes a praticarem a mais vasta gama de atos infracionais sejam eles violentos ou não. (ABREU E LIGERO, 2013, p. 368)

A PEC 33/2012 de autoria do senador Aloysio Nunes Ferreira que sugeria a possibilidade de julgamento e condenação penal para indivíduos a partir dos 16 anos acusados da prática de crimes hediondos foi rejeitada em uma reunião da Comissão de Constituição, Justiça e cidadania (CCJ) realizada em 19 de fevereiro de 2014, entretanto, houve a veiculação da necessidade de alterar o regime de Estatuto da Criança e do Adolescente. (SENADO, 2014).

Modificar o ECA é possível. Modificar a constituição para suprimir garantias individuais não é possível. Além do mais, o problema da proposta de emenda constitucional é que ela dava ares para subjetividades, pois a lei penal poderia ser aplicada para adolescentes envolvidos em crimes hediondos, desde que um laudo médico comprovasse a consciência a respeito da gravidade do delito praticado. Nenhum dispositivo supressor de liberdade pode ser baseado em critérios subjetivos.

Na avaliação do senador Randolfe Rodrigues a redução da idade de responsabilização penal é inconstitucional por ferir cláusula pétrea, pois atenta contra direitos e garantias individuais que não podem ser restringidas ou suprimidas (SENADO, 2014).

O senador Pedro Taques entende que não é cláusula pétrea, porque direitos fundamentais têm características universais e cláusulas pétreas são aquelas que protegem a dignidade da pessoa humana. O autor da PEC por sua vez, pretende apresentar recurso para debater a maioria penal em plenário (SENADO, 2014).

Para Nilo Batista, a redução da maioria penal não é tecnicamente possível por se tratar de cláusula pétrea. Além do mais, seria um retrocesso enorme estender diante do caráter altamente seletivo do sistema penal que pune somente jovens pobres. A mídia, raramente expõe casos de meninos ricos e brancos cumprindo medidas e quando faz é somente para dar a impressão de que o sistema penal é igual para todos, mas na verdade ele é seletivo, vai pelo estereótipo. (BATISTA, 2013, p.31)

É muito fácil falar em responsabilização penal se for para penalizar o filho do outro. Entretanto, as regras são confeccionadas para serem aplicadas para todos indistintamente e a redução da idade penal viola garantias

individuais dos adolescentes previstas na Constituição Federal e em regras internacionais as quais o Brasil é país signatário.

O debate acerca da redução da idade penal não para por aqui. Ainda há muito que ser discutido, principalmente no que tange a sua natureza de cláusula pétrea inserida no texto constitucional. Embora não conste do artigo 5º, é sem dúvida uma garantia dada as crianças e aos adolescentes que serão responsabilizados nos termos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente por ser instrumento que adota a proteção integral para o indivíduo em desenvolvimento.

O que não pode acontecer é a cada caso de repercussão que tenha um menor envolvido na sua prática, pessoas leigas clamarem por punições exacerbadas e um simbolismo penal ser aplicado em detrimento da reflexão acerca da melhor e mais adequada técnica para a solução de um problema da mais alta complexidade.

2. MÍDIA, IDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL E DIREITO PENAL SIMBÓLICO.

Diariamente são veiculados fatos nos meios de comunicação de massa assuntos relacionados a adolescentes envolvidos na prática de atos infracionais. Na sequência, geralmente são apresentados discursos fervorosos favoráveis a redução da idade penal, principalmente quando se trata de casos de repercussão, há um grande discurso neste sentido, como se a redução da idade de imputação penal fosse a solução para todos os problemas que assolam a sociedade brasileira na atualidade.

Alguns grupos de pressão especializados possuem o desejo de resolver o problema social de acordo com os seus interesses próprios e utilizam o prestígio que possuem para se apropriar do problema e para promover informações que tendem a desencadear investigações mais detalhadas de aspectos concretos, com o fim de organizar os resultados obtidos (DÍEZ RIPOLLÉS, 2005, p. 33).

Não há nenhum dado concreto capaz de indicar que a redução da idade de responsabilização penal reduziria significativamente os “desvios juvenis”. É preciso ter cuidado com apelos populistas e avaliar tecnicamente se a medida almejada, no caso a redução da idade de responsabilização penal, será realmente eficaz para alcançar os objetivos desejados.

Os discursos criminológicos da mídia e as “conclusões” por estes meios mencionadas acerca da impunidade, do uso de drogas, do aumento de penas, não passam de meras constatações empíricas carecedoras de respaldo científico para serem passíveis de respeito para então serem veiculadas de forma responsável. Não passam de mero produto da repetição leiga de jargões populares. A mídia somente apresenta pessoas que corroborem com o discurso apregoado por ela ao invés de proporcionar conhecimento e reflexão (BATISTA, 2003, p. 8).

A sociedade vingativa, instigada pelo discurso midiático que apregoa uma resposta imediata, um castigo exemplar, o que fatalmente leva a produção

de medidas típicas de um mero direito penal simbólico em detrimento da elaboração de políticas públicas efetivas e adequadas condizentes com o papel que deveria ser desempenhado pelo Estado em prol de condições mínimas de saúde, educação e cultura em prol dos adolescentes em conflito com a lei.

A legislação deve ser pautada em técnica e racionalidade e não representar mero ato de vingança social. Falta um trabalho sério a ser realizado pelo Estado em prol da efetiva mudança de paradigmas e regeneração daqueles adolescentes que devido a atos infracionais praticados necessitem da proteção do Estado para o reestabelecimento e adequação ao convívio social.

A mídia exerce papel relevante na difusão de termos incorretos e inverdades e contribui para a instauração de um sentimento coletivo de insegurança. Os programas sensacionalistas exploram a violência, a criminalidade e a miséria humana com intuito de obter audiência.

A mídia quer reproduzir diariamente o seu conteúdo criminológico pautado na sabedoria do senso comum e apregoa com veemência que a pena e o direito penal são a melhor solução para todos os problemas, exceto para os crimes de imprensa. Qualquer iniciativa que pretenda responsabilizar de alguma maneira atitudes da imprensa contrárias a lei e em desacordo com o texto constitucional, esta protesta e esperneia sob a alegação de se tratar de censura e mordaza (BATISTA, 2003b, p.20).

Ao transmitir uma notícia, a mídia não deve se olvidar do compromisso com a verdade, o que significa que possui o dever de averiguar os fatos de forma a transmitir informações abrangentes e completas, sem meias verdades, escolha intencional de partes secundárias do fato para se transformarem em verdades absolutas e precárias (VIEIRA, 2003, p. 47).

Uma combinação perigosa acontece quando o Estado age emocionalmente e se alia à intolerância individual. Um exemplo disso é a Lei dos Crimes Hediondos, totalmente desprovida de técnica que foi fruto da ira de uma ala poderosa da sociedade e do Estado que diante de certos crimes cedeu a pressões e apelos populistas que sofreu e incorporou o sentimento de intolerância das pessoas, compreensível nos seres humanos, mas não aceitável nas leis.

Para minimizar os maléficos efeitos das campanhas que utilizam os meios de comunicação para promover a “lei e a ordem”, somente com a utilização dos mesmos meios para retificar tais informações e demonstrar a falsidade, a invenção, e vai mais além quando menciona a necessidade de implantação de política criteriosa sobre o aparelho de propaganda do sistema penal (ZAFFARONI, 2001, p. 177).

O anseio vingativo da sociedade deve ser reprimido pelo Estado para evitar a institucionalização da vingança. Quando a vingança parece ser legítima, ela se torna tão nociva à tranquilidade social quanto o próprio crime praticado.

3. A FINALIDADE DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A SOCIEDADE EXCLUDENTE

Na fase pré tutelar, antes de 1988, os menores eram vistos como meros

objetos a serem tutelados. O primeiro dispositivo utilizado no Brasil para menores era o Código Mello Matos de 1927, o qual possuía características punitivas. Após, em 1979, foi estatuído o Código de Menores, também com características punitivas e com finalidade de proteger a sociedade do “menor infrator”.

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988 é que no Brasil o tema a respeito de crianças e adolescentes passou a ser tratado dentro do texto Constitucional e foi então que surgiu a doutrina da proteção integral, a qual passou a ver crianças e adolescentes como sujeitos de direito e a expressão “menor abandonado” foi colocada em desuso.

O Estatuto da Criança e do adolescente define no artigo segundo, que criança é aquela pessoa que tem até 12 anos incompletos e que adolescente é aquele com mais de 12 anos até possui 18 anos completos. O que a mídia e muitas pessoas que fazem parte do senso comum desconhecem é que o estatuto pode ser aplicado para aqueles que estão na faixa etária que varia entre os 18 aos 21 anos em casos e situações excepcionais previstas em lei, referentes a comportamentos praticados pelo indivíduo antes de completar 18 para os quais o adolescente pode vir a responder até os 21 anos.

Nos termos da Convenção sobre os Direitos da Criança Adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989: A criança é definida como “todo o ser humano com menos de dezoito anos, exceto se a lei nacional confere a maioridade mais cedo”.

Deve ser ressaltado que a legislação brasileira está em consonância com o que há de mais moderno e atual concebido exatamente para a realidade brasileira e também de acordo com as regras e recomendações internacionais, no que tange aos direitos fundamentais previstos no Eca, como por exemplo, o respeito à vida, saúde, liberdade, respeito à dignidade, oportunidade de práticas esportivas, de lazer, convivência familiar e comunitária educação, cultura, profissionalização e proteção no trabalho.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, não é deficiente, ultrapassado e nem muito menos um problema como muitos daqueles que não o conhecem dizem, ele na verdade, é internacionalmente elogiado, por adotar o sistema da proteção integral para crianças e adolescentes, o que na realidade é um avanço histórico na preservação dos direitos e garantias desta faixa etária da população.

O Estatuto da criança e do adolescente implantou a doutrina da proteção integral, ao atribuir a devida importância e proteção para crianças e adolescentes, ao considerar que são sujeitos de direito com especial atenção para a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, pois, até então vigorava uma lei que se preocupava somente com os infratores com uma postura com caráter predominantemente retributivo e socialmente excludente (ZANACOLI E KAZMIERCZACK, 2013 p. 1325).

Para contentar aqueles que acham que o Estatuto da criança e do adolescente é muito brando, é necessário que estas pessoas saibam que ele é muito mais repressivo do que aquelas normas contidas no Código de Processo Penal que são aplicadas para os adultos no que diz respeito a possibilidade de

exercício do contraditório e da ampla defesa.

Tudo vira culpa do ECA: dentre as principais argumentações contrárias, estão as quais mencionam que ele é permissivo demais para com os adolescentes, que ele não funciona, que ele é ultrapassado. Neste caso, há de se pensar quem são as pessoas que falam mal do ECA? Qual a formação delas e qual experiência elas possuem nesse meio? Será que já tiveram a oportunidade ou a curiosidade de ler o ECA na íntegra? Aqueles que dizem essas impropriedades, realmente não tem conhecimento do teor contido no Estatuto da criança e do adolescente e certamente nunca o leram na íntegra.

Cumpra aqui considerar que o quesito tempo para uma pessoa em desenvolvimento é muito diferenciado da noção de tempo dos adultos e ainda, a medida sócio educativa deve levar em consideração a idade, a gravidade do ato praticado e a utilidade da medida aplicada para fins de regeneração e proteção da pessoa em desenvolvimento.

Os adolescentes em situação de risco, em conflito com a lei e os respectivos familiares, devem ser acompanhados e orientados principalmente nos casos de aplicação da medida de liberdade assistida, cuja finalidade deste instrumento é a busca pela inclusão dos menores infratores. Entretanto, na prática, tal medida se resume a entrevistas e apresentação de relatórios, os quais ainda que com um problema concreto identificado, nada de concreto faz para mudar a situação dos menores infratores. (SALIBA E BREGA FILHO, 2012, p.310).

O Estatuto da criança e do adolescente não é ineficaz, muito pelo contrário, se aplicado conforme previsto, viabilizaria a integração do adolescente em conflito com a lei e impediria que se transformasse no criminoso do amanhã. O que falta é organização do Estado para disponibilizar vagas para o atendimento adequado e previsto em lei e elaboração de políticas públicas integrativas, para atender à demanda atual. (GARCIA, 2013, p.1191-1192)

Assim como o sistema penal que vigora para os adultos, implantar um sistema penal para adolescentes, certamente só seria utilizado para penalizar jovens pobres. Para muitos, é muito fácil defender que filho do outro, o filho do pobre vá para a cadeia, só que estes muitos, se esquecem que a lei deve servir para todos indistintamente e o filho do rico ou daquele que clama pela redução também pode vir a estar sujeito às agruras do sistema penal, aí certamente os pedidos não mais seriam os mesmos.

4. ECA PECULIARIDADES

O Estatuto da criança e do adolescente, justamente por adotar a doutrina da proteção integral, foi criado com um instituto diferenciado do sistema vigente para os adultos. Na sua missão de tentar proteger e educar a criança ou adolescente, o ECA adota as vezes posturas e procedimentos mais severos.

O sistema processual penal brasileiro possibilita maiores condições de exercício do contraditório e da ampla defesa para os indivíduos a ele

submetidos do que possibilita o Estatuto da criança e do adolescente.

Por outro lado o ECA garante que a imagem do adolescente não seja exposta de maneira alguma pelos meios difusores de informação, justamente por causa do estigma e do peso negativo que a caracterização de uma criança ou adolescente como marginal pode gerar na vida destes indivíduos ainda em formação, o que muitas vezes não é observado pelos meios de divulgação de notícias.

É aquela velha história, de tanto ser menosprezado, diminuído em sua dignidade, taxado de bandido, de trombadinha, não vai restar ao adolescente em conflito com a lei outra alternativa além de se conformar que é realmente um bandido muito perigoso, prejudicial e nefasto para a sociedade.

É justamente a fim de proteger os adolescentes que algumas terminologias diferenciadas e mais adequadas são utilizadas para definir condutas e procedimentos, como por exemplo, a substituição da expressão crimes cometidos por adolescentes, pela denominação ato infracional equiparado ao crime tal.

Expressões pejorativas não podem ser utilizadas, como por exemplo: menor infrator, “trombadinha”, pois a terminologia adequada é adolescentes em conflito com a lei. O adolescente não vai preso, ele é internado, a peça que dá início ao procedimento judicial para adolescentes é denominada representação ao invés de denúncia. O adolescente não vai para a cadeia vai para o educandário e lá cumpre medida sócio educativa de internação ao invés de prisão.

Também há de ser considerado que a situação de vulnerabilidade, a qual os espelhos são distorcidos, os parâmetros inadequados, aos quais indicam que se uma criança cresceu em um ambiente o qual um traficante de drogas ou um bandido bastante conhecido era tido como autoridade máxima de sua comunidade, esta criança fatalmente poderá utilizar tal imagem de modelo para espelhar as suas condutas. Para casos de adolescentes nestas situações, andar dentro do carro da polícia, sair no jornal qualquer notícia a respeito de uma barbaridade que ele tenha cometido, seria nada mais, nada menos do que um motivo de glória para este adolescente.

5. CAPACIDADE DE ENTENDIMENTO E RESPONSABILIDADE

Imputabilidade necessariamente representa o entendimento e o discernimento adequado para ser responsabilizado penalmente pelos atos que realiza, nos termos da legislação penal. A capacidade civil é independente da penal, pois o direito penal exige o controle das emoções e tal controle nem sempre está presente nos jovens. Logo, o jovem menor de 18 anos pode ser casado, emancipado, com profissão e economia próprios, mas perante o direito penal ele vai responder nos termos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente e não no Código Penal.

De acordo com o Código Civil, ou o indivíduo é totalmente incapaz, ou ele é relativamente capaz, ou ele é capaz. Mas uma vez estabelecida a

maioridade penal aos 14 ou 16 anos, seria fugir de um raciocínio razoável e lógico apregoar que um adolescente é capaz de entender os seus atos na seara penal e que ele não seria suficiente responsável para dirigir ou automóvel ou celebrar um contrato.

Aqueles que defendem a redução da idade penal e entendem que o adolescente é plenamente capaz de entender e ser responsabilizado por seus atos, também devem admitir que estes adolescentes também tenham a possibilidade de a partir dos 16 anos (ou a idade desejada para redução) dirigir, casar, contratar, ou seja, também ser plenamente capaz e responsável para todos os atos da vida civil, pois é um tanto quanto contraditório um ordenamento jurídico estabelecer parâmetros diferentes para as responsabilidades.

O código civil, na parte geral, no livro I que trata das pessoas, possui capítulo específico para falar a respeito da personalidade e capacidade. O artigo 3º especificamente trata como “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.

No artigo 4º estão especificados como relativamente incapazes a certos atos, “os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos”.

Aos dezoito anos completos, a menoridade cessa e a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. O artigo 5º do Código Civil estabelece no seu parágrafo único e incisos que a incapacidade pode cessar para os menores, pela emancipação a partir dos 16, pelo casamento; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Conforme já mencionado, o anteriormente descrito diz respeito somente ao âmbito civil e além do mais, algumas circunstâncias previstas no código civil são utópicas, pois o homem médio aos 18 anos, está a ingressar ou recém ingressar nos bancos acadêmicos, logo, não terá colado grau em curso superior, para fazer um concurso público existe a idade mínima de 18 anos.

Ainda que se trate de um indivíduo superdotado, casado ou emancipado a presunção legal de inimputabilidade para os menores de 18 anos persiste de modo absoluto, ou seja, não admite prova em contrário e jamais poderá haver a responsabilidade penal, pois falta a este indivíduo a imputabilidade que é pressuposto da culpabilidade e tal indivíduo seria sujeito as regras previstas no

estatuto da criança e do adolescente. (DELMANTO, 2010, p. 186)

Para direito civil existem os incapazes, os relativamente capazes, e os capazes. Deve ser mencionado que os absolutamente incapazes devem ser representados e os relativamente incapazes assistidos, ou seja, somente os capazes na mais precisam de auxílio para a prática de atos da vida civil, pois a partir de então é que podem ser considerados plenos em sua capacidade de discernimento.

O direito penal adotou a idade, ou seja, adotou o critério puramente biológico, pois nele não pode haver nenhum tipo de margem para subjetivismos. Portanto, para o direito penal existem os inimputáveis, os semi imputáveis e os imputáveis. E no caso da idade de responsabilização penal, os menores de 18 anos são inimputáveis.

Os inimputáveis são aqueles descritos no artigo 26 do código penal, de acordo com a redação dada pela lei nº 7209 de 1984, que por uma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, eram, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapazes de compreender entender o caráter ilícito do fato ou agir de acordo com esse entendimento.

A semi imputabilidade também inserida pela redação dada pela lei nº 7209 de 1984, acontece quando o agente, por motivos de perturbação da saúde mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Nestes casos, a pena pode ser reduzida de um a dois terços,

A lei nº 7.209 de 1984, também dispôs O artigo 27 do código penal que disciplinou exclusivamente a respeito dos menores de dezoito anos e determinou a eles a condição de inimputáveis e a sujeição às normas estabelecidas na legislação especial.

No Brasil, as crianças de idade até 12 anos não são responsabilizadas de forma alguma, ou seja, não há nenhum tipo de responsabilidade, motivo pelo qual recebe apenas a denominada medida protetiva prevista no ECA. Já para os adolescentes, eles são responsabilizados de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente e ficam sujeitos a medidas sócio educativas ao invés de uma imputação penal e pena prevista para os adultos no Código penal.

A medida de internação é providencia grave e deve ser aplicada com cautela, pois nos termos do artigo 121 do ECA consiste em “medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

Motivos que autorizam a aplicação da medida de internação nos termos do artigo 122 do ECA: um ato infracional cometido com violência ou grave ameaça a pessoa pode resultar em até 3 anos de internação, reavaliados a cada 6 meses; outras infrações graves cometidas de maneira reiterada pelo também pelo período máximo de 3 anos reavaliados a cada 6 meses; quando ao adolescente descumpre de maneira reiterada e injustificada medida anteriormente imposta, não poderá ser superior a 3 meses.

O processo de apuração do ato infracional se inicia da seguinte maneira: primeiramente, o Ministério Público oferece a representação a qual,

nos termos do artigo 182 § 2º independe de prova pré-constituída da autoria e materialidade. Ao contrário do Código Penal no qual o Ministério Público somente pode oferecer denúncia se houver prova de materialidade e indícios de autoria.

Segundo o artigo 183 do ECA, “O prazo máximo e improrrogável para a conclusão do procedimento, estando o adolescente internado provisoriamente, será de quarenta e cinco dias”. Nesse prazo deve haver a audiência de apresentação que será nos termos do artigo 184 designada ocasião em que será decidido a respeito da decretação ou manutenção da internação, observado o disposto no art. 108 e parágrafo. De acordo com o § 1º O adolescente e seus pais ou responsáveis serão cientificados do teor da representação, e notificados a comparecer à audiência, acompanhados de advogado.

A Defesa previa será oferecida pelo advogado constituído ou defensor nomeado, nos termos do artigo 186 § 3º, no prazo de três dias contado da audiência de apresentação, com o rol de testemunhas.

Na audiência em continuação são ouvidas as testemunhas arroladas na representação e na defesa prévia, cumpridas as diligências e juntado o relatório da equipe interprofissional, será dada a palavra ao representante do Ministério Público e ao defensor, sucessivamente, pelo tempo de vinte minutos para cada um, prorrogável por mais dez, a critério da autoridade judiciária, que em seguida proferirá decisão, nos termos do §4º.

A medida de internamento antes da sentença possui o prazo máximo e improrrogável de 45 dias. A internação provisória em ala separada da delegacia deve perdurar no máximo de 5 dias, sob pena de responsabilidade no caso de não haver vaga imediata para a pronta transferência.

Para aqueles que defendem que por não ser adequada a alteração constitucional e que a melhor saída seria a modificação do ECA, deve nos termos do artigo 212 deste ter em mente que: “A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento”.

6. ATOS INFRACIONAIS, CAPITALISMO E A SOCIEDADE DE CONSUMO.

A sociedade atual é capitalista e o consumismo exacerbado pode ser constatado diuturnamente nas propagandas dos mais variados tipos de produtos que impõe necessidades que não são tão necessárias assim, com o único intuito de fomentar as vendas de seus produtos. Os adolescentes são as maiores vítimas de tais apelos vindos dos meios de comunicação, devido a necessidade latente e própria da fase vida a qual existe a necessidade de ser “aceito pelo grupo”.

Há varias indagações para serem feitas a quando se procura uma resposta, um motivo para justificar um crime cometido por um adulto ou um ato infracional cometido por uma adolescente. Poderia ser cogitada a genética, a situação psicológica, a desigualdade social diante de um consumismo

exacerbado, dentre outras circunstâncias. O que não se pode olvidar é que adolescentes são pessoas com desenvolvimento mental e em formação. Muitas vezes desprovidos de orientação familiar e social agem por impulso e sem pensar na vida que tem pela frente (TRINDADE, 2013, p.506)

O tema relacionado á criminalidade e adolescência para ser mais bem avaliado precisa ser remetido para o início da modernidade, com o advento do capitalismo e das grandes cidades o que fatalmente gerou exclusão social. A revolta dos excluídos fez com que o governo lançasse mão de estratégias de controle. A violência proveniente de crianças e adolescentes não deve ser interpretada como um fator moderno e de questão moral, mas sim estudada a fundo, pois respostas para essa problemática não são nada simplórias. (SALIBA E BREGA FILHO, 2012, p.304)

Desde então, por intermédio de leis criadas pelo Estado, surgiu um sistema contínuo de vigilância em nome da “segurança e da integridade física da criança” o qual permitiam que os agentes penetrassem legalmente na família e se tornassem um elo entre essa família e a justiça. Em nome proteção da infância essa estratégia histórica fazia com que as famílias passassem por um “saneamento moral” com a finalidade do Estado descobrir se essa família estava por criar um futuro marginal. O intuito de tal trabalho era reduzir o recurso ao judiciário e penal. (SALIBA E BREGA FILHO, 2012, p.310)

A vigilância das famílias pobres, sob o pretexto da educação, higiene e normalização dos comportamentos, permitiu, em nome da segurança o controle das crianças pobres e suas famílias, no entanto, sem alterar suas condições de existência. (SALIBA E BREGA FILHO, 2012, p.310)

A criminalização é muitas vezes o único ato de governo do qual o Estado dispõe para administrar de maneira mais drástica os próprios conflitos criados pela falta de políticas públicas adequadas. Tal medida é mais do que um ato de governo do príncipe no Estado mínimo (BATISTA, 2003a, p.4).

Violência e punição são frutos de deslocamentos no mercado de trabalho que de um lado exclui a participação do trabalhador, mas de outro estimula a voracidade de consumidor. Um mercado que inclui, mas somente de maneira precária. Ambas as situações provêm da exclusão e da inclusão precária e são frustrações expressas de forma relativa (YOUNG, 2002, p.20).

Os fatores capazes de potencializar a criminalidade combinados com situações e proporções específicas, podem explicar as condutas delituosas, não como determinantes do crime, mas uma tendência. Especificamente para os adolescentes, esses fatores complexos e variados. Há os fatores intrínsecos: biológicos, genéticos, psicológicos e emocionais, e os fatores extrínsecos: amigos, escola, família, televisão, a comunidade, os grupos sociais, que atuam como participantes ativos na formação do caráter e amadurecimento do adolescente. (ABREU E LIGERO, 2013, p. 360)

Uma sociedade excludente e altamente consumista que segrega aqueles que não se encaixam nos padrões esperados pela sociedade causa revolta em maior ou menor grau e isso vai depender de pessoa para pessoa. Há quem procure colocar a culpa pelo resultado transgressor no próprio adolescente, nos pais, na família, que muitas vezes não presta a assistência necessária e

adequada para o desenvolvimento pleno. Entretanto, deve haver uma profunda reflexão acerca do papel a ser desempenhado pela sociedade e pelo Estado a fim de promover uma sociedade mais “livre, justa e igualitária”, nos termos dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A redução da idade de imputabilidade penal representaria um retrocesso para os direitos e garantias das crianças e dos adolescentes e para com o compromisso assumido pelo Brasil na convenção das nações unidas de direitos da criança e outros tratados internacionais.

Não há como conceber que todas as cláusulas pétreas estariam restritas ao texto constitucional, pois o artigo 60 §4º da Carta magna estabelece assuntos que não estão adstritos ao artigo 5º.

Para a idade de responsabilidade penal ter sido fixada na Constituição é porque é uma garantia de que crianças e adolescentes terão sua juventude preservada de castigos penais em prol de medidas capazes de fomentar o desenvolvimento pleno do indivíduo em formação, portanto, cláusula pétrea.

Na prática, se há alguma consideração crítica a ser feita ao Estatuto da Criança e do adolescente, ela deve ser realizada quando ao prazo de 5 dias previsto no artigo 185 §2º do Estatuto da Criança e do adolescente pois as vagas em estabelecimento adequado nem sempre são disponibilizadas rapidamente pelos responsáveis. Em comarcas que acumulam várias atribuições tal prazo pode comprometer o efetivo cumprimento de encaminhar os adolescentes em conflito com a lei para os estabelecimentos adequados de destino.

Outra preocupação a ser trabalhada é assegurar que nas escolas, profissionais que trabalham diretamente com crianças e adolescentes sejam desprovidos de preconceitos e treinados para saber lidar respeitosa e com adversidades e com crianças em situação de vulnerabilidade.

Muitos diretores de escolas querem simplesmente expulsar a criança ou adolescente de onde exercem suas atividades para se livrar do problema. Entretanto, na verdade essa criança colocada a margem da sociedade, cresce e se torna um problema ainda maior.

Talvez, a falha dos pais, da família, dos educadores nos seus papéis principalmente de cidadãos, faz com que ao insistir na ideia de punição como castigo, como um corretivo, como se punição fosse capaz de resolver alguma coisa. Ou seja, alguma providencia precisa ser tomada e essa parece ser a mais fácil, porém incapaz de curar feridas latentes no seio social.

Responsabilizar os adolescentes em conflitos com a lei é segregá-los ainda mais essa parcela população que faz parte de um público esquecido pelos meios de cultura, lazer, educação e políticas públicas efetivas que visem o bem estar e desenvolvimento.

Além do mais, para satisfazer a sociedade vingativa e ávida de respostas e castigos, deve ser considerado que o quesito tempo para uma pessoa em desenvolvimento é muito maior do que a noção de tempo dos adultos.

A legislação deve ser pautada em técnica e racionalidade, não adianta e a mídia achar que faz a sua parte ao pressionar a produção e criação de leis penais de caráter simbólico, que pelo contrário, não resultam em políticas públicas efetivas que tragam benefícios para a população.

O debate acerca da redução da idade penal está em choque com Países que anteriormente reduziram a idade penal depois resolveram voltar a trás e elevar novamente a idade para a responsabilização e também destoa das regras e convenções internacionais que tratam do assunto. Portanto, certamente este tema ainda envolve a necessidade de muita discussão e estudo a respeito.

Referências

- ABREU, Amanda Camila Ferreira de; LIGERO, Gilberto Notário. Fatores exógenos influenciadores da prática de atos infracionais: uma breve análise crítica dos aspectos sociais nas ocorrências de atos infracionais praticados por adolescentes. In: *Anais do III simpósio internacional de análise crítica do direito*, 2013, Jacarezinho: UENP, 2013. p. 353-368.
- BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Biblioteca Online de ciências da comunicação*, [S.l: 2003?a]. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/_texto.php?html2=batista-nilo-midia-sistemapenal.html>. Acesso em: 25 ago. 2011.
- BATISTA, Nilo. *Todo crime é político*. In: Revista Caros Amigos. São Paulo: Casa Amarela, n. 77, agosto, 2003b, 30p. disponível em: <http://www.pdt-rj.org.br/.../Entrevista%20de%20Nilo%20Batista%20para%20a>. Acesso em: 16 de jun de 2014.b
- BATISTA, Nilo. 'Muita pena sinaliza pouco oxigênio democrático, sinaliza autoritarismo'. *Poli: saúde, educação e trabalho*, Rio de Janeiro, Ano V - nº 29, p.30-2, jul./ago. 2013.
- DELMANTO, Celso ET al. *Código penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 219p.
- GARCIA, Renato. Redução da maioria penal. Solução concreta ou simbólica para o combate à criminalidade? In: *Anais do III simpósio internacional de análise crítica do direito*, 2013, Jacarezinho: UENP, 2013. p. 1182-1200.
- YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 11 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SALIBA, Maurício Gonçalves; BREGA FILHO, Vladimir. Toque de recolher: reflexões acerca da sua utilidade e constitucionalidade. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, nº 17. 2012. p. 303-319.
- SENADO, agência. *CCJ rejeita a redução da maioria penal e senadores sugerem mudanças no ECA*. 2014. Disponível em:<<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/02/19/ccj-rejeita>

reducao-da-maioridade-penal-e-senadores-sugerem-mudancas-no-eca>. Acesso em 17 jun 2014.

TAMAIIS, Jacqueline Dandara; BARBOZA, Maytê Ribeiro Tamura Meleto. A maioria penal na legislação brasileira e a discussão acerca da possibilidade de sua redução. In: *Anais do III simpósio internacional de análise crítica do direito*, 2013, Jacarezinho: UENP, 2013. p. 536-566.

TRINDADE, Gabriela Bonora de Farias. Sobre distopias e utopias: o uso de drogas e criminalidade na adolescência. In: *Anais do III simpósio internacional de análise crítica do direito*, 2013, Jacarezinho: UENP, 2013. p. 498-513.

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Processo penal e mídia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 288p.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 281p.

ZANACOLI, Aline de Carvalho; KAZMIERCZACK, Luiz Fernando. Maioridade penal. In: *Anais do simpósio internacional de análise crítica do direito*, III, 2013, Jacarezinho: UENP, 2013. p. 1309-1334.

LEI MARIA DA PENHA E SUA (IN) APLICABILIDADE AOS HOMENS

Silvia Emboaba da Costa¹⁶⁰
Fabiana Junqueira Tamaoki Neves¹⁶¹

Resumo

Através deste estudo, buscou-se analisar a história da Lei Maria da Penha e de sua preconizadora. Foram estudados os motivos pelos quais se fez necessário esta Lei dentro do ordenamento jurídico brasileiro como escudo protetor das mulheres vítimas da violência doméstica, enfatizando a insuficiência dos outros meios jurídicos, até então, utilizados para coibir esta violência de gênero. Também foi analisada toda a trajetória para que a violência doméstica se transformasse na lei que busca coibir qualquer forma de violência doméstica. A inaplicabilidade da Lei Maria da Penha aos homens fez-se notória neste estudo através do profundo estudo do princípio da Igualdade e de sua necessária interpretação material dentro do arcabouço jurídico.

INTRODUÇÃO

A violência doméstica causada contra a biofarmacêutica, Maria da Penha, tomou uma repercussão que foi capaz de alterar medidas importantes dentro do processo penal brasileiro.

Foi um reflexo de todas as maneiras de violência que assolam a sociedade feminina dentro do ambiente doméstico e foi uma tardia resposta para buscar uma proteção eficaz a todas essas mulheres.

A violência é exteriorizada sobre diversas formas, seja verbal, física, sexual, econômica ou moral e é grande o índice das vítimas dessas diversas violências, abarcadas, todas elas pela violência de gênero, afinal, recaem sobre as mulheres dentro do ambiente doméstico.

A criação desta Lei afastou determinadas medidas processuais e coercitivas por serem insuficientes, na medida em que o índice de violência doméstica não diminuía e o medo em denunciar tais agressões eram de tamanha grandeza que foi necessário medidas exclusivas a esta Lei para que alcançasse o fim a que se destina.

Desta forma, importante o estudo da Lei 11.340 sobre o prisma do princípio da Igualdade e o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como, importante estudar a sua possível aplicação aos homens que se

¹⁶⁰ Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: silvia_emboaba@unitoledo.br

¹⁶¹ Doutoranda e Mestre em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição de Ensino de Bauru (ITE) e Especialista em Direito Ambiental e Ordenação do Território pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Docente nos cursos de Direito e Administração das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (SP). Advogada. E-mail: fatamaoki@gmail.com

encontram na situação de violentados em ambiente doméstico.

1 HISTÓRIA DA LEI MARIA DA PENHA

A Cearense, Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica, foi a protagonista da história que transformou a luta das mulheres violentadas no ambiente doméstico em Lei.

Mãe de três filhos, ao chegar a casa, à noite, certo dia no ano de 1983, Maria da Penha se deita e dorme. Acordada com um tiro nas costas, cogitou a possibilidade de estar morta. Outra tentativa de assassinato ou “agressão” faz desta mulher vítima mais uma vez. Já paraplégica, por consequência do tiro que sofrera outrora, Maria da Penha grita durante o banho por socorro, seu marido tentou eletrocutá-la.

Vítima de agressões, xingamentos, intimidações corriqueiras, Maria da Penha amedrontada em pedir ajudar em razão das consequências que poderia sofrer, sempre almejou pela Justiça, apesar da demora em obtê-la.

No ano de 1984, o Ministério Público de Fortaleza ofertou a primeira denúncia contra Marco Antônio Heredia Viveiros, colombiano economista e naturalizado brasileiro. Somente no ano de 1991 foi condenado pelo Tribunal do Júri a cumprir 8 anos de prisão. Recorreu em liberdade e teve seu julgamento anulado. No ano de 1996 foi condenado novamente a cumprir mais de 10 anos de pena, recorreu novamente e, somente no ano de 2002, cumprindo pena de apenas 2 anos, o marido de Maria da Penha foi preso.

A Comissão Internacional dos Direitos Humanos e a Organização dos Estados Americanos tomaram conhecimento da história através da denúncia oferecida pela vítima, pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa da Mulher e pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional. Foram solicitadas informações ao Brasil a respeito do caso, mas o país se manteve inerte.

No ano de 2001, foi publicado pela OEA o Relatório 54/2001, que fez sérias críticas a omissão e impunidade do Brasil nos casos de violência Domestica e condenou o Estado a pagar uma multa de 20 mil dólares à Maria da Penha.

O Brasil já era signatário de dois Tratados que buscavam erradicar a violência contra a mulher, quais sejam: Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher e Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra as Mulheres. Somente a partir da pressão que sofrera com o Relatório já mencionado é que passou a cumpri-los.

Finalmente, no ano de 2006, o então Presidente da República, Luis Inácio Lula da Silva, sancionou a Lei 11.340, no dia 7 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha.

1.1 Da Lei Maria da Penha

No ano de 1985, por meio do Decreto 2.170-N, criou-se a primeira Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher.

As mulheres que sofriam a violência doméstica sempre temerosas em socorrer-se às Delegacias comuns por terem receio em serem ameaçadas e hostilizadas por seus maridos, encontraram-se em situação mais confortável ao poder recorrer à uma delegacia especializada em casos de violência doméstica contra mulheres.

O objetivo desta Delegacia, além da repressão da violência doméstica, é também a prevenção.

Essa foi uma conquista das feministas do Brasil que, desde a década de 70, com o regime militar, buscam pela igualdade de sexo e buscam inclusive manter sua dignidade e integridade física, psicológica, financeira e sexual, principalmente no que diz respeito à violência doméstica.

Passou a ser da responsabilidade do Estado, e não mais somente fatos que ocorriam dentro dos lares, em âmbito particular. O Estado se viu obrigado em intervir nestas relações com a finalidade de erradicar e prevenir sua prática.

Este assunto, nas delegacias comuns, por muitas vezes, os casos específicos não receberam o tratamento punitivo que deveras mereciam.

Há muito, a mulher é tratada como o “sexo frágil”. Tratada com preconceito e como a responsável em atingir uma função, obrigação na sociedade de ser a reprodutora. É uma triste realidade intrínseca a sociedade em virtude da cultura que ali nascera e permanece, ainda que de não da mesma intensidade. A relação de Poder existente do homem sobre a mulher fatores discriminatórios, sociais, econômicos e também biológicos dão causa à violência contra a Mulher.

Esses fatores eram refletidos na assistência dada as mulheres que sofriam violência doméstica pelas Delegacias comuns, com forte predominância masculina.

Destarte, fez-se necessária a criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, com um corpo de profissionais do sexo feminino, na grande maioria delas.

Infelizmente, o resultado da Delegacia Especializada não foi eficiente da maneira como se esperava, as profissionais dessas delegacias não foram treinadas como era o proposto para atender casos específicos de violência contra a mulher. No entanto, arrecadaram um número muito maior de denúncias das mulheres contra seus maridos, proporcionando uma melhor visualização da realidade violenta no âmbito doméstico no país.

Com a criação da Lei 9.099/1995, com fundamentos na Magna Carta, precisamente no artigo 89, inciso I, os delitos de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles com pena máxima cominada legalmente não superior a dois anos, são passíveis de medidas descriminalizadoras, quais sejam: suspensão condicional do processo, composição cível e transação penal. O objetivo se pauta na celeridade do processo, simplicidade e o maior acesso à justiça.

No que se trata à composição Cível, deriva da lesão praticada contra mulher um dano material e também pode gerar um dano moral. A composição Cível consiste na reparação desses danos pelo agressor através de um acordo, que, homologado, valerá como título executivo, implicando na renúncia ao direito de oferecer queixa.

Para as mulheres agredidas por seus companheiros em âmbito familiar, a reparação ou acordo que indenize os bens materiais e a lesão moral praticadas em face da vítima não atinge o objetivo buscado pelas mulheres vítimas de agressão. O principal propósito a ser atingido é, indubitavelmente, a paz nos seus lares, respeito entre o casal e a não reiteração da conduta ilícita.

Quanto a Transação Penal, o Ministério Público, propõe ao agressor, para substituir a instauração de Processo Penal, que este cumpra penas restritivas de direito ou multa, de acordo com o artigo 79 da respectiva Lei.

Essa possibilidade imposta pelo JECRIM afasta a participação da mulher no Processo, tornando para a vítima insignificante a pena que o seu agressor irá sofrer.

Finalmente, a Suspensão Condicional do Processo, disciplinada pelo artigo 89 da Lei 9099/1995, que determina condições para que seja aplicada, quais sejam: crime com pena mínima ou igual a um ano; acusado não processado ou que não esteja respondendo por outro crime; reparação do dano e os requisitos do artigo 77 do Código Penal. Essa medida, também afasta da vítima a possibilidade de participar do processo e torna trivial a agressão e o sofrimento que sofreu, afinal, após o período de quatro anos, se respeitadas todas as condições, o agente agressor terá seu processo extinto.

Esta Lei ignorou a maciça e perigosa violência que as mulheres brasileiras sofrem no Brasil. Banalizaram as agressões domésticas de gênero. Se uma mulher apanha do seu marido e essa surra se caracterizasse como lesão corporal leve, o rito do processo contra o cônjuge seria o da Lei 9.099/1995.

A Lei Maria da Penha alterou a redação da pena do parágrafo 9º, artigo 129 do Código Penal, e a pena máxima passou a ser de três anos.

Trouxe para o ordenamento jurídico e para a defesa das mulheres uma Lei com características próprias que tornam, conseqüentemente, as delegacias, sejam comuns ou especializadas, em ambientes em que a mulher saberá que não haverá um tratamento que banalize todo o seu pesar, afinal, são institutos que devem aplicar e respeitar a lei. Além disso, afastou todas as medidas despenalizadoras impostas pela Lei do Juizado Especial Criminal, que geravam a impunidade de todos aqueles que cometeram agressões ou violências, de qualquer espécie contra a mulher.

1.1.1 No âmbito internacional: Tratados

A violência doméstica é penalizada nos países ocidentais através de leis específicas ou através de dispositivos nos Códigos Penais. É comum nos países da Europa que essa punição venha dentro dos Códigos Penais e, na América Latina, através de Lei Própria.

O Brasil ratificou Tratados Internacionais que tem o escopo de acabar com a discriminação e violência contra as mulheres. Os Tratados que adentram no ordenamento Jurídico, com previsão de normas sobre direitos fundamentais, tem o tratamento de Lei Ordinária. A partir da Emenda Constitucional 45/2004, é possível que Tratados Internacionais entrem no ordenamento jurídico com força de emenda Constitucional, desde que versem sobre Direitos Humanos

que tenha a aprovação de dois turnos com um quorum de 3/5 em cada Casa do Congresso Nacional. Ocorre que, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, afirma que todos os Tratados que versem sobre Direitos Humanos são materialmente Constitucionais. Os Tratados que serão adiante estudados foram ratificados antes da criação da Emenda Constitucional 45/2004. Foram aprovados com quorum de Lei Federal, no entanto versam sobre direitos Humanos. Existem divergências sobre sua hierarquia, mas prevalece o entendimento de que são supralegais.

A República Federativa do Brasil ratificou dois Tratados Internacionais de suma importância para a Legislação a favor dos Direitos e Igualdade da Mulher.

O primeiro de deles é a Convenção sobre Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra as Mulheres, ou também Convenção CEDAW, foi feita no México, no ano de 1975. Foi o primeiro Dispositivo que tratou dos Direitos Humanos da Mulher.

Através da Resolução de número 34/180 foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. No ano de 1994 o Brasil ratificou completamente a Convenção, afinal, havia ratificado com reservas relacionadas aos direitos de família no ano de 1981 e 1984.

A Constituição Federal de 1988 ensina, nos artigos 226 e 226, parágrafo 8º que a família terá proteção especial do Estado e que o Estado dará assistência a todos os membros da família, coibindo violência no âmbito doméstico. Trouxe em seu texto a igualdade entre homens e mulheres, inclusive no âmbito doméstico. Desta forma, o Brasil ratificou em 1994, de forma total, a Convenção CEDAW.

Suas principais finalidades são erradicar com a discriminação contra a mulher, de quaisquer tipos e a busca pela igualdade, formal e material de gênero, através de dos direitos das mulheres.

Em seu artigo 1º reza que:

Discriminação contra as mulheres” significa toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural, civil ou em qualquer outro campo.

Possível, observar que não fala explicitamente da discriminação e violência doméstica, no entanto, a discriminação explicada no artigo descrito se faz presente, principalmente no âmbito familiar, entre o homem e a mulher.

A Convenção CEDAW, já no seu segundo artigo estabelece critérios aos quais os países signatários devem se comprometer. Estabelece que os países devem trazer em leis específicas o princípio da igualdade entre os gêneros, ou

então através da lei, mesmo que não específica. Impõe que devem ser adotadas medidas legais e também aplicadas sanções a todos que praticarem a discriminação contra a mulher. Devem, os países signatários promover a efetiva proteção das mulheres contra qualquer forma de discriminação, derrogar ou revogar dispositivos que constituam na discriminação contra a mulher, dentre outros.

Estabelece, contudo, no artigo 16, medidas que devem ser tomadas pelos países ratificadores, no que diz respeito aos assuntos na relação doméstica, matrimonial, também com base na igualdade de gênero.

Prega igualdade entre o homem e a mulher para contrair o casamento, liberdade da escolha do cônjuge, mesmos direitos e deveres na relação matrimonial e na sua dissolução, mesmos deveres entre os gêneros no que diz respeito aos filhos, a profissão, sobrenome, os mesmos direitos entre os cônjuges no que diz respeito a propriedade, bens e suas disposições.

É notória a tentativa de abolir a discriminação contra a mulher na Convenção CEDAW.

Outro Tratado, deveras importante para a erradicar com a discriminação e violência contra a mulher é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher ou Convenção de Belém do Pará.

Foi aprovado em 1995 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos e reconheceu, primordialmente, a violência contra a mulher como forma de agressão generalizada, que não tem limites ideológicos, sociais, culturais, etários ou raciais.

O artigo primeiro da Convenção Belém do Pará define o que é a violência contra a mulher:

“Entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual, ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública quanto na esfera privada”.

É evidente que esta Convenção tem o escopo de abolir a violência doméstica de qualquer espécie. Refere, no artigo primeiro dos tipos de violência e na esfera em que tem a finalidade de abolir: pública ou privada.

O segundo artigo fala explicitamente da violência doméstica como sendo aquela que é praticada no âmbito familiar ou doméstico, em uma relação interpessoal, com residência em conjunto ou não. Deixa o texto em aberto ao falar dos tipos de violência. Citou o estupro, abuso sexual, maus tratos entre outras.

Os artigos quinto e sexto garantem à mulher que exerça seus direitos, de qualquer espécie com total proteção do Estado no que se refere a questão e Direitos Humanos. Os signatários desse Tratado devem reconhecer que qualquer discriminação deste tipo é uma grave ofensa aos direitos humanos. Garante que a mulher esteja livre de qualquer discriminação e sua valorização, erradicando com qualquer comportamento estereotipado que as desvalorizem.

Destarte, esses Tratados Internacionais anteriores à criação da Lei Maria da Penha, reforçam a ideia de que a mulher deveria receber a devida proteção e, mesmo o Brasil sendo um país signatário desses Tratados que tem a finalidade de erradicar com a discriminação, de qualquer espécie contra a mulher, bem como acabar com qualquer violência, seja ela psicológica, financeira, sexual ou física, era negligente e omissa em aplicar as diretrizes dos Tratados. O Brasil por muito tempo deixou as mulheres que sofriam com a violência doméstica e com a discriminação sem uma Tutela capaz de trazer o sossego e a segurança. A Lei Maria da Penha não erradicou com a violência doméstica, mas foi um avanço e um sinal de que todas as mulheres terão um amparo legal especial e rígido para sua proteção nos seus lares.

1.1.2 Comissão Internacional dos Direitos Humanos

Órgão Internacional, a função da Comissão Internacional dos Direitos humanos tem o objetivo de tutelar os Direitos Humanos.

Sua sede é nos Estados Unidos da América, na capital Washington, formada por sete juristas eleitos por mérito, escolhidos pela Assembleia Geral e sujeitos à uma reeleição, por um período de quatro anos.

As funções da CIDH são: promover e tutelar os direitos humanos nos países da América, recebem petições iniciais de vítimas dos direitos humanos que não obtiveram sucesso com o processo no seu país, desta forma oferecem denúncias contra esses países membros.

Qualquer indivíduo, terceiros, ONG reconhecida pela OEA ou grupo de pessoas podem oferecer denúncia, desde que tenha seus direitos humanos violados ou o de terceiros e que estes sejam reconhecidos pela Declaração Americana dos Direitos dos Homens ou pela Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Maria da Penha, juntamente com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional e também com o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa da mulher, apresentaram, no ano de 1998 a denúncia contra o seu esposo.

A partir daí, foi publicado o relatório 54/2001, que traz pareceres sobre o fato em análise bem como faz críticas ao comportamento do Estado e exige que sejam feitos compromissos que façam cumprir acordos e tratados ora violados. Explica bem Rogério Sanchez Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2007 p. 13):

Nesse relatório é realizada profunda análise do fato denunciado, apontando-se, ainda, as falhas cometidas pelo Estado brasileiro que, na qualidade de parte da Convenção Americana (Ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 1992) e Convenção Belem do Pará (ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2005), assumiu, perante a comunidade internacional, o compromisso de implantar e cumprir os dispositivos constantes desses Tratados. Dentre diversas conclusões, ressaltou a Comissão

Internacional dos Direitos Humanos que “a ineficácia judicial, a impunidade e a impossibilidade de a vítima obter uma reparação mostra a falta de cumprimento [pelo Brasil] de reagir adequadamente ante a violência doméstica.

Foi determinado, antes a esta situação que o Estado brasileiro investigasse o caso de maneira ampla e séria com o escopo de responsabilizar o autor. Ordenou que os danos sofridos por Maria da Penha fossem reparados e exigiu que o Estado Brasileiro tomasse medidas eficazes para que a tolerância da violência doméstica contra as mulheres não mais existisse.

O Brasil se manteve inerte diante das informações solicitadas pela CIDH e a Comissão Internacional dos Direitos Humanos tentou por mais duas vezes obter alguma resposta. Não obtendo resposta do Estado Brasileiro, presumiu como verdadeiros todos os fatos narrados na petição oferecida pela Maria da Penha, diante tamanha demora em responder às solicitações. Em 2001, foi exigido que o Brasil cumprisse as determinações apresentadas no prazo de um mês, dentre eles o pagamento de uma indenização de R\$ 20.000,00 à Maria da Penha, mais uma vez se manteve inerte e então, tornou público o conteúdo do relatório 54/2001.

1.1.3 Na Constituição Federal

O ano de 1988 foi um marco para o Brasil com a vigência da Constituição Federal/88 que rompia com o Regime Militar e autoritarista que perdurou até 1985. Trouxe em seu corpo o objetivo de democratização e o objetivo de promover os Direitos Humanos.

Vítimas da cultura machista da sociedade, e colocadas em situação de submissão em relação aos homens e violentadas de todas as maneiras possíveis não somente no âmbito doméstico, as mulheres passaram a ter dispositivos importantes na Magna Carta que buscavam instituir a igualdade entre elas e os homens. Com a finalidade de equiparar os seus direitos e erradicar a vulnerabilidade que as mulheres se encontravam em relação aos homens.

Decerto que estes dispositivos não se limitam tão somente as mulheres, mas também a todas as classes de pessoas que se encontram em uma situação de injusta inferioridade diante dos demais da sociedade e, por este motivo, são vulneráveis a mazelas que lesam suas integridades e seus direitos.

A Constituição Federal, desta maneira, no artigo 5º nos ensina 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, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(...)”.

Ora, nossa Carta Maior, institui que lei tratará todos de maneira uniforme e que será garantida a igualdade a todos os brasileiros.

Logo no inciso I estabelece que “homens e mulheres são iguais em

direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

A Constituição Federal, portanto, não deixa dúvidas quanto a sua intenção de promover a igualdade entre todos os brasileiros, inclusive entre os homens e mulheres.

Para instituir essa igualdade entre os homens e mulheres é necessária uma melhor interpretação do instituto do Princípio da Igualdade. Afinal de contas, promover essa igualdade é acabar com a situação de inferioridade e vulnerabilidade que reflete a sociedade que coloca as mulheres à marginalização e, para tanto, se faz necessário a inserção de normas e se fez importante a criação de um microsistema de normas que tutelam as mulheres dentro do ambiente doméstico.

O ambiente em que, por regra, deveria ser o lugar da segurança e tranquilidade, o lugar onde é passado aos filhos as bases da boa educação, passou a ser, para muitas mulheres, o mais temeroso lugar, com as piores agressões e de quem foi escolhido para ser o companheiro e acima de tudo aquele que deveria passar a segurança à família de uma maneira geral.

Demonstrada a necessidade da criação de uma norma que desse amparo as mulheres e o amparo estabelecido na Constituição Federal, será abordado adiante os Princípios que dão assistência e direção à Lei Maria da Penha como uma tutela especial à classe feminina.

1.1.4 A importância dos Princípios Constitucionais

As normas jurídicas são divididas entre princípios e regras. Os princípios são normas que mostram uma direção de conduta ao restante do ordenamento jurídico. São vetores que estabelecem um norte para a criação e aplicação das normas jurídicas, que tem o dever de tutelar os direitos protegidos por eles e, portanto, tutelados pela Constituição Federal.

Os Princípios Constitucionais, por estabelecerem uma direção para a criação de normas e sua interpretação, carregam uma característica de ocuparem elevada posição hierárquica no ordenamento jurídico. Também tem a força normativa de impor determinadas condutas, trazem consigo a característica da imperatividade. São abstratos e, sem perder sua força de norma, merecem especial interpretação para aplicação ao caso concreto, não anulam outros Princípios ou regras porque, diferente das regras, trazem como qualidade, poder conviver com outras normas conflitualmente.

Dentre os Princípios encontrados na Magna Carta, é possível dividi-los em positivados e não positivados. Os Princípios Positivados são aqueles que encontram previsão expressa na Constituição Federal, como são os Princípios Federativo, Republicano e do Estado Democrático de Direito.

Possível encontrar também os Princípios não positivados, que são aqueles extraídos de uma interpretação da Constituição Federal.

Dentre aqueles positivados, de suma importância para o trabalho em tela é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no artigo primeiro da Constituição Federal.

Dentre o rol de Direitos e Garantias Fundamentais, logo no artigo quinto da Constituição Federal, é possível extrair o Princípio da Igualdade.

Como Princípios Constitucionais, é notória a importância e relevância jurídica que impõe sobre a criação de normas por todo o ordenamento jurídico, sendo certo que qualquer criação de norma que venha a violar qualquer dos Princípios Constitucionais, estarão em desalinho com a Constituição Federal e sofrerão uma reprimenda sendo vedada sua aplicação.

Destarte, a criação da Lei Maria da Penha respeitou integralmente o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como foi necessário para que o Princípio da Igualdade se fizesse presente dentro dos lares diante do desequilíbrio que encontramos nos dias atuais e remotos, entre o homem e a mulher no ambiente Doméstico.

1.1.5 Princípio da Igualdade

O Princípio da Igualdade ou Princípio da Isonomia se faz presente como exigência da Constituição Federal ao nos ensinar que todos serão iguais e sem distinção, perante a lei.

Deve ser entendido e estudado como um Princípio que tem o escopo de fazer a criação de medidas ou normas que estabeleçam a igualdade entre aqueles que se encontra em estado de vulnerabilidade e por consequências sociais, culturais e até mesmo biológicas sofrem determinados tipos de descriminalização.

A criação deste Princípio não tem a finalidade de equiparar todos os indivíduos em um mesmo patamar, mas prega pela criação de normas que afastem a desigualdade ora existente e prega pela não criação de normas que afrontem a isonomia. Desta forma, os desiguais terão tratamentos desiguais, enquanto existe essa desigualdade.

Importante estabelecer quem, são os iguais os desiguais e qual é a medida da desigualdade.

Segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior (2009, p.131):

Em primeiro lugar deve-se ter presente que a função da lei consiste exatamente em discriminar situações, pois só dessa forma procedendo é que pode vir a regulamentá-las. Assim, quando estabelece a maioria civil aos 21 anos, discrimina, sem, no entanto, incorrer em qualquer inconstitucionalidade.

Ainda para poder reconhecer o Princípio da Isonomia, importante reconhecer em cada situação os seguintes elementos: fator discriminatório, correlação lógica entre o fator discriminatório e a tutela pretendida em relação a discriminação apontada e também verificar se o elemento anterior tem valores tutelados pela Constituição Federal. Ou então, nas palavras do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 17):

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe

um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

A elaboração da tão demorada Lei 11.340/2006, que não foi somente uma resposta ao trágico caso Maria da Penha, mas uma resposta a todas as mulheres que sofrem com a violência doméstica, tem o total respaldo do Princípio da Isonomia, uma vez que, observado todo o histórico de descriminalização tanto no meio privado quanto público bem como todo o tipo de violência que a classe feminina enfrenta a séculos, faz nascer dentro da sociedade a urgência de uma proteção que acabe com a desigualdade que aflorou no seio da humanidade ou então, que atenuie as injustiças que as mulheres sofrem pelo fato de serem “elas”. A Lei estudada recebe o amparo não só do Princípio da Isonomia quando analisados pelo artigo quinto da constituição federal , tanto em seu caput quanto no seu primeiro inciso, como também tem todo o acolhimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A classe feminina dentro do ambiente doméstico é o critério adotado para que receba o respaldo legal da Lei 11.340/2006, tendo em vista o grande número de mulheres vítimas de discriminação e violência dentro dos seus lares. Toda a violência gerada contra as mulheres afrontam de maneira contundente á Dignidade da Pessoa Humana, Princípio expresso na Carta Maior, seus valores morais, físicos, econômicos e sexuais. À vista disso, com o objetivo de acautelar grande parcela da sociedade brasileira feminina, trazendo mecanismos que as defendam e que garantam uma maior efetividade da justiça, uma vez que de outras maneiras restaram infrutíferas, a Lei Maria da Penha trouxe em seu corpo uma razão lógica de existir e fundamentos Constitucionais.

Observados esses pontos, afasta-se a possibilidade desta Lei estar em dissonância com o Princípio da Isonomia, visto que, para que algum dispositivo afronte este Princípio, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo (1998, p. 38):

É agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guardar relação pertinente lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto.

Dentro do instituto da Igualdade há uma divisão entre a igualdade formal e igualdade material, sendo a igualdade formal a estrita, na forma literal da lei, e pautada na isonomia de direitos, sem maiores interpretações, sem considerar características próprias do grupo ou sociedade, enquanto que, a igualdade material é analisada sob um prisma de igualdade social, levando em consideração aspectos que desigualam grupos na sociedade.

1.1.6 Princípio da Igualdade Formal

O Princípio da Igualdade Formal é aquele extraído literalmente da expressão Constitucional “todos são iguais perante a lei”.

É a simples aplicação da norma aos casos concretos sem maiores implicações ou interpretações. Sua forma literal no artigo 5º é um exemplo de direito fundamental de primeira geração.

A igualdade formal, contudo, é genérica, sua aplicação se restringe à lei e não atende, no entanto, o verdadeiro objetivo esculpido no artigo 5º da Carta Maior.

Nas palavras de Naele Ochoa Piazzetta (2001, p. 79):

Este artigo 5º preconiza a igualdade formal, aplicável a todos os indivíduos genericamente e pertence ao que se denominou de direitos de primeira geração. Em se tratando de homens e mulheres deve-se ter presente que a efetivação do Princípio da Igualdade somente será possível com a ampliação dos direitos de segunda geração - os direitos a igualdade material, já que o Estado não é mais um garantidor de direitos, e sim devedor de direitos.

Notório é que o Estado não tem o condão de garantir a igualdade pautada somente na sua interpretação formal, afinal de contas, seria uma garantia baseada na interpretação literária da lei e que não atingiria o fim a que se destina. Sua criação foi para sanar deficiências sociais e violações a igualdade, mas esta forma de aplicar a lei não afasta a discriminação e não é suficiente para satisfazer o que a Dignidade da Pessoa humana determina.

Segundo Juarez Freitas (1998, p. 19):

(...) a interpretação conforme a Constituição passa a ser, antes de mais, uma exegese que prestigia os princípios fundamentais enraizados ao longo da Carta, cumprindo ao interprete, criteriosamente, desvelá-los e proteger-lhes a eficácia ou efetividade, no sentido largo do termo. Ademais, o hermeneuta pode considerar, fundamentadamente, como desdobramentos ou consectários dos princípios fundamentais constitutivo do ordenamento, os princípios da igualdade e da inviolabilidade do direitos à vida (...). De qualquer sorte, ao elencá-los, o intérprete sistemático estará sempre hierarquizando-os, na formação concreta do sistema, e julgando consoante tal hierarquização de cunho axiológico. Em outro dizer, o sistema jurídico em geral é o resultado direto da interpretação, que se estabelece desde um catalogo, expresso ou tácito, de princípios, de normas e valores.

Desta maneira, conclui-se que, os princípios da Constituição Federal, não são como normas, que só serão passíveis de ponderação de maneira excepcional por já terem passado por uma prévia ponderação e por anularem umas as outras.

Os princípios, portanto, devem ser interpretados de maneira a garantir sua aplicação com eficácia e aptos a atingir a finalidade a que se destinam. As demais normas nascem da interpretação teleológica e axiológica de todos os princípios e demais dispositivos legais.

Destarte, faz-se necessária a interpretação material do instituto da igualdade para que a Lei possa alcançar de maneira competente sua finalidade de tratar os iguais com a mesma igualdade e os desiguais desigualmente na medida de sua desigualdade, erradicando com a violência, discriminação e marginalização de parcela da sociedade.

Aplicando somente o princípio da igualdade formal apartado da sua interpretação material, seria inconstitucional a Lei Maria da Penha. Ora, foi uma lei criada somente para as mulheres e não há essa proteção aos homens. Ou então essa lei deveria alcançar a classe masculina? Mas então não estaria sendo feita uma aplicação material do Princípio da Isonomia porque a sociedade clama pela justiça da mulher que historicamente e até os dias atuais sofrem com discriminação e violência de todas as formas praticadas pelos homens em seus lares, e que são frutos de uma sociedade machista que coloca a mulher em patamar diminuto.

Este tipo de violência se mostra evidente e latente no universo feminino e contra ele. Faz-se necessária a interpretação material da Lei Maria da Penha para que seja efetivamente aplicada.

1.1.7 Princípio da Igualdade Material

Através dos direitos de segunda geração o Estado passou a interferir nas relações da sociedade e surgiram os Direitos sociais, culturais e econômicos, advindos do Princípio da Igualdade. O Estado, quando em um primeiro momento, nos direitos de primeira geração, era omissivo e não intervinha nas relações entre as pessoas, titulares individuais dos Direitos Fundamentais. O Direito Fundamental primordial foi o direito a Liberdade como forma de oposição ao Estado e uma maneira de separar o Estado da sociedade.

A interpretação literal do direito a igualdade literal encontrada no artigo 5º da Constituição Federal é um exemplo de direito de primeira geração.

A segunda geração de direitos fundamentais trouxe à tona a necessidade do Estado interferir dentro das relações sociais, esses direitos eram voltado a coletividade e não mais vistos como direitos individualizados. Com a interferência maciça do Estado com as relações entre a sociedade foi necessário a criação de mecanismos capazes de satisfazer toda a garantia desses direitos fundamentais a toda a sociedade.

O Estado ao criar normas e outros dispositivos no ordenamento jurídico deve respeitar inclusive a forma material do princípio da isonomia.

Quando tratamos das relações entre homens e mulheres sabemos que

são indivíduos com características diferentes e, no entanto, não deixam de ser seres humanos. Contudo, há a descriminalização abusiva contra a classe feminina e a existência de violência e tratamentos desumanos por parte de parcelas dos homens na sociedade. Desta forma, evidencia-se a descriminalização que deve ser combatida justamente por existir o princípio da Igualdade.

Segundo Campos apud Piazzeta (2001, p.87):

A prescrição do princípio da igualdade formal prescinde do fato de que hajam diferenças pessoais. A igualdade substancial, ao contrario, consiste em que as pessoas devam ser consideradas iguais tanto quanto possível, justamente porque não se pode prescindir do fato de que são, econômica e socialmente desiguais. No primeiro caso tem-se as diferenças. No segundo, as desigualdades. As diferenças devem ser reconhecidas para serem respeitadas e garantidas e as desigualdades devem ser reconhecidas para serem removidas ou recompensadas.

Importante frisar que a igualdade material não anula a igualdade formal, que deve ser entendida como relativa, haja vista existir limites para sua aplicação, afinal, as pessoas se diferem em vários aspectos físicos, econômicos, culturais e sociais. Destarte, necessária a criação de mecanismos capazes de equiparar aquelas pessoas marginalizadas e vulneráveis à sociedade, sem, contudo, levar ao prejuízo aqueles que não as vitimizaram.

A Criação da Lei Maria da Penha foi uma forma de Ação Afirmativa para dar respaldo a sociedade feminina que sofre com a violência doméstica, em seus diversos gêneros. A classe feminina, semelhante ao homem por serem humanos, mas diferente biologicamente, fisicamente, geneticamente e, por questões sociais, colocadas em um nível de vulnerabilidade e passíveis de discriminação de quaisquer tipos, fez nascer no seio da sociedade a urgência da criação de uma Lei que desse respaldo, segurança às vítimas de violência doméstica, sem perder sua eficácia.

As características próprias desta Lei, suas penalidades e circunstâncias tem o escopo de tutelar as mulheres e atingem somente os seus agressores, não sendo feita em prejuízo de outrem que não seja o próprio agressor.

Segundo Verucci apud Piazzeta (2001, p.89):

Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigalam para que possam ser iguais com direito às suas diferenças específicas é o meio natural para se alcançar a igualdade.

Observa-se que a desigualdade que encontramos no contexto da Lei Maria da Penha é a descriminalização e a violência praticadas contra elas e por seus companheiros. Busca-se, através deste dispositivo colocar a mulher vítima

da violência doméstica em uma situação de igualdade, afinal, promovem uma justiça que penaliza a todos os homens que vulnerabilizam, agridem e discriminam suas mulheres, como maneira de aplicar substancialmente o Princípio da Igualdade.

1.1.8 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Estabelecido no artigo primeiro da Constituição Federal, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana juntamente com o direito à vida ocupa a principal posição hierárquica dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras da Constituição Federal:

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: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana.

Destarte, a Dignidade da Pessoa humana, esculpida no artigo primeiro da Carta Maior, deve ser observado e interpretado em todos os Princípios, valores e normas da Lei brasileira.

Por ser a dignidade da Pessoa Humana um princípio que deve ser interpretado em todos os outros princípios e por ocupar posição importante na hierarquia do ordenamento jurídico é que devera haver um juízo de ponderação, sendo relativizado ao caso concreto.

Determinar o que é a dignidade vem a ser uma tarefa árdua. É necessário que façamos uma retrospectiva a situações passadas e que foram injustas e que ainda são cometidas dentro da sociedade, para que este princípio venha a corrigir e sanar defeitos instalados na moralidade da sociedade e que ainda perduram entre os povos.

Nas sábias palavras do doutrinador Nunes (2002, p. 48-49):

É por isso que se torna necessário identificar a dignidade da pessoa humana como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana. [...] Assim, para definir a dignidade é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas, para, contra elas, lutar. Então, se extrai dessa experiência histórica o fato de que a dignidade nasce com o indivíduo. O ser humano é digno porque é.

Um retrospecto à história das mulheres na sociedade brasileira mostra claramente que a injustiça marcada pelas formas de violências e discriminação continuam até os dias atuais. Ferindo contundentemente a dignidade feminina, atingindo a sociedade como um todo e ferindo este princípio que ocupa posição extrema na hierarquia do ordenamento jurídico brasileiro.

A dignidade da pessoa humana passou a ser positivada após a Declaração Universal da ONU, no ano de 1948 e é possível observamos está posituação em vários dispositivos da Constituição Federal, começando pelo artigo primeiro. O artigo quinto prega que é vedado o tratamento do ser humano como objeto, sendo afastado o seu valor como ser humano. O artigo 170 fala sobre uma das funções da ordem econômica, que seria garantir existência digna para todos. Já o artigo 226, parágrafo 7º, explicita que o planejamento familiar deverá ser feito com base na dignidade da pessoa humana. O caput deste mesmo artigo traz o dever de assegurar a dignidade para as crianças e adolescentes. Por fim, o artigo 230, assegura a dignidade a pessoas idosas, sendo devedoras desta dignidade a família, Estado e a sociedade.

Assim sendo, a dignidade da pessoa humana deve ser garantia do Estado e da sociedade para qualquer ser humano, pelo simples fato de ser humano, sem distinção de cor, sexo, etnia, idade, esta premissa faz com a dignidade do homem seja irrenunciável e inalienável.

Observando as palavras de Farias Cavalcanti (2010, p. 83-84):

A dignidade, portanto, é atributo da essência dos seres humanos. Valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Refere-se às exigências básicas de homens e mulheres no sentido de que lhes sejam oferecidas existência digna e livre da violência, bem como propiciadas as condições indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento e de suas potencialidades.

Todos os outros Princípios sejam eles da liberdade, igualdade, propriedade, devem encontrar fundamento no Princípio da Dignidade da Pessoa humana, que veda qualquer forma de violação a moralidade e essência do ser humano. Segundo o autor Van Holthe (2009, p.82):

Pelo princípio em tela, o ser humano jamais poderá ser tratado como “coisa”, objeto ou mero instrumento, de forma a negar sua condição humana. Constituem ainda, exigências da dignidade da pessoa humana, entre outros: o respeito à autonomia da vontade (i.e., à liberdade que o indivíduo possui de, ao menos potencialmente, construir a sua própria existência); o tratamento isonômico entre os seres humanos (princípio da isonomia); a proteção da integridade física e psíquica; o respeito à identidade pessoal (incluindo a intimidade, a honra e a imagem dos indivíduos); o direito de propriedade e de uma moradia digna; o direitos de não se submeter a tratamento desumano ou degradante; e, finalmente, a prestação dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A Lei 11.340/2006 preconizou em seu artigo 6º que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

O tratamento desumano que grande parte das mulheres brasileiras vem sofrendo ao longo dos anos afasta sua dignidade como ser humano. As agressões físicas e morais violam severamente sua integridade física e psíquica. O tratamento inferiorizado e a violência sexual que muitas sofrem em âmbito doméstico, ferem sua identidade pessoal, atingindo a intimidade e a honra da mulher.

Destarte, é inquestionável que a Lei Maria da Penha foi criada para proteger a dignidade das mulheres agredidas e vítimas de qualquer tipo de violência doméstica, assegurando sua integridade física, psíquica, moral, econômica e sexual.

CONCLUSÃO

A história da Maria da Penha, como mulher, mãe, esposa e trabalhadora reflete o perfil das demais mulheres brasileiras. Por ter sofrido com a violência doméstica praticada pelo seu esposo e pela resposta insatisfatória do Estado brasileiro, é que foi criada a Lei Maria da Penha, como uma resposta à Maria da Penha e a todas as mulheres que sofrem com a violência de gênero no âmbito doméstico.

Também foi necessária porque os meios para combater essa violência eram insuficientes e não traziam a eficácia desejada. Assim sendo, afastou-se a aplicação da Lei 9.099/1995, criou-se mecanismos processuais característicos desta lei para assegurar sua aplicação ao lado das Delegacias das Mulheres.

Obediente aos princípios constitucionais da Igualdade e ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, encontrarão respaldo legal e constitucional para que pudesse vigorar no território brasileiro e somente em favor das mulheres agredidas em ambiente doméstico, afinal, necessário se faz a interpretação material do princípio da Igualdade ao lado da interpretação literal.

Destarte, esta Lei foi exclusivamente criada para proteger as mulheres violentadas em seus lares, afastando toda discriminação e qualquer forma de violência capaz de inferiorizar a mulher dentro do âmbito familiar, erradicando com a vulnerabilidade que o sexo feminino encontra diante da exteriorização violenta de boa parte dos representantes do sexo masculino em ambiente doméstico.

Referências

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 547
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 298p.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência doméstica contra a mulher no Brasil: análise da lei 'Maria da Penha', nº 11.340/06*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2010. 306 p.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica: lei Maria da Penha (lei 11.340/2006): comentada artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 269 p.

DIAS, Maria Berenice. *A lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007-2008. 160 p.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUARIENTO, Juliana Nacano. *Princípio da igualdade / evolução histórica e jurídica*. Presidente Prudente, 2002. 63 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2002

HOLTHE, Leo van. *Direito constitucional*. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009. 840 p.

LIMA FILHO, Altamiro de Araújo. *Lei Maria da Penha comentada*. Leme, SP: Mundo Jurídico, 2007-2008. 163

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995-1999.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 135 p.

OMMATI, José Emilio Medauar. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: Fabris, 2004. 175 p.

PARODI, Ana Cecília de Paula Soares; GAMA, Ricardo Rodrigues. *Lei Maria da Penha: comentários à lei nº 11.340/2006*. 1. ed. Campinas: Russell, 2009. 274 p.

PIAZZETA, Naele Ochoa. *O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 181 p.

PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero*. Porto Alegre: Fabris, 2005. 232 p.

RODRIGUES, Décio Luiz José. *Comentários à nova lei de drogas e lei Maria da Penha: violência doméstica*. Leme: Imperium, 2011. 129 p.

QUEBRA/TRANSFERÊNCIA DE SIGILO BANCÁRIO: A VISÃO DO STF ACERCA DO ACESSO DIRETO POR PARTE DO FISCO AOS DADOS BANCÁRIOS DE SEUS CONTRIBUINTE.

Eduardo Cambi¹⁶²
Gustavo Pompílio¹⁶³

Resumo

Este trabalho teve por objetivo analisar a visão do Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de acesso direto por parte do Fisco aos dados bancários de seus contribuintes, bem como a maneira pela qual essa questão é tratada no direito comparado. O tema ganha relevância a partir do momento em que se discute, perante o próprio STF, através de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 2386, 2390, 2397 e 2859), a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, que prevê em seu artigo 6º a possibilidade de as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. A fim de atingir os objetivos propostos, fora realizada, com base na legislação pertinente e na doutrina nacional e estrangeira, uma análise crítica do posicionamento dos ministros do STF a respeito do tema. Ao final, chegou-se à conclusão de que a administração tributária não é obrigada recorrer previamente ao Poder Judiciário para ter acesso aos dados bancários de seus contribuintes, podendo assim o fazer mediante requisição direta às instituições bancárias.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa versa a respeito do sigilo bancário e a possibilidade do Fisco acessar os dados bancários de seus contribuintes sem a necessidade de prévia autorização judicial.

O tema ganha relevância a partir do momento em que atualmente se discute, perante o Supremo Tribunal Federal, através de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 2386, 2390, 2397 e 2859), a constitucionalidade da

¹⁶² Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná. Coordenador estadual do Movimento Paraná Sem Corrupção. Coordenador Estadual da Comissão de Prevenção e Controle Social da Rede de Controle da Gestão Pública do Paraná. Assessor de Pesquisa e Política Institucional da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Representante da Secretaria de Reforma do Judiciário na Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Coordenador do Grupo de Trabalho de Combate à Corrupção, Transparência e Controle Social da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Pós-doutor em direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela UFPR. Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Diretor financeiro da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR).

¹⁶³ Mestrando em Ciência Jurídica pelo Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - *Campus* Jacarezinho/PR. Pós-Graduado em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Toledo - Araçatuba/SP. Advogado e Parecerista.

Lei Complementar nº 105/2001, que prevê em seu artigo 6º a possibilidade de as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Basicamente, debate-se se tal medida (acesso direto por parte do Fisco) seria inconstitucional por afrontar os direitos fundamentais previstos nos incisos X e XII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988.

Com vistas a solucionar estas questões, o presente estudo teve como principais metas, dentre outras: o levantamento das decisões proferidas pelo STF a respeito do tema; a verificação da possibilidade de quebra de sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro; a diferenciação do que vem a ser *quebra de sigilo bancário* e *transferência de sigilo*; a averiguação da necessidade de autorização judicial para que o Fisco tenha acesso aos dados bancários de seus contribuintes e, por conseguinte, a análise da constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar nº 105/2001; e, por fim, a identificação do modo pelo qual a quebra de sigilo bancário para fins de fiscalização tributária é tratada pelo ordenamento jurídico de outros países.

Como proposta metodológica, fora realizada, com base na legislação pertinente e na doutrina nacional e estrangeira, uma análise crítica do posicionamento dos ministros do STF a respeito do tema.

Percorrido todo esse caminho, foi possível chegar à conclusão no sentido de que é possível o acesso direto por parte da administração tributária aos dados bancários de seus contribuintes, não havendo o que se falar em inconstitucionalidade da indigitada lei complementar ou, até mesmo, necessidade de reserva de jurisdição, uma vez que tal prática não lesa o direito à privacidade/intimidade dos cidadãos, mas tão somente o restringe em prol de interesses mais relevantes, além de seguir uma tendência mundial no combate à corrupção, à lavagem de dinheiro e à sonegação fiscal.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Panorama atual acerca da discussão

Antes de efetivamente adentrar na problemática trazida pelo presente trabalho, convém situar o leitor acerca de quais decisões já foram proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à imprescindibilidade de exigir-se intervenção judicial para acesso a toda e qualquer informação bancária.

Nesse ponto, para fins didáticos, é possível fixar o ano de 2010 como marco divisório para o estudo do tema. Antes de 2010, o STF, instado a decidir, já havia se manifestado em duas oportunidades a respeito do tema.

Na primeira delas, em 1995, através do MS 21.729 (BRASIL, 2014f), o Pretório Excelso determinou que o Banco do Brasil não poderia negar ao

Ministério Público dados bancários referentes a empréstimos concedidos com recursos subsidiados pelo erário federal, os quais visavam a instrução de procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público.

De outra sorte, em 2000, por meio do MS 23.480 (BRASIL, 2014e), cujo relator do acórdão fora o ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal novamente admitiu ser possível a quebra ou transferência direta de sigilo bancário, dessa vez, promovida por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), desde que esta determine tal ato por meio de uma decisão adequadamente fundamentada.

Com efeito, o STF admitia, até então, que Ministério Público - em causas envolvendo dinheiro público - e as Comissões Parlamentares de Inquérito - desde que por meio de decisões fundamentadas - tivessem acesso a dados bancários considerados sigilosos, sem a necessidade de intervenção judicial.

Nesse ínterim, vale registrar ainda que, em 2009, foi reconhecida pelo plenário virtual do STF repercussão geral em relação à matéria no RE 601.314/SP (BRASIL, 2014h). Embora a referida corte tenha reconhecido a relevância jurídica acerca da possibilidade - ou não - de acesso direto pelo Fisco aos dados bancários sigilosos de seus contribuintes, verifica-se que, até a presente data, ainda não fora iniciado o julgamento do indigitado recurso.

Partindo desse pressuposto, destaca-se que até o ano de 2010 a Alta Corte brasileira ainda não havia firmado nenhum entendimento em relação ao acesso a dados bancários por parte do Fisco, embora já houvesse uma ADI questionando a constitucionalidade do permissivo trazido na Lei Complementar nº 105/2001 ajuizada desde 15/01/2001, ou seja, cinco dias após entrada em vigor do mencionado dispositivo legal.

Ocorre que, em 24/11/2010, ao julgar a Ação Cautelar 33 (BRASIL, 2014d), o STF passou a debater, pela primeira vez, se Fisco poderia ou não ter acesso imediato aos dados bancários de seus contribuintes que estavam sendo investigados em procedimento administrativo fiscal.

Nesta ação, os ministros, com base na constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, negaram referendo à medida cautelar anteriormente concedida pelo relator, ministro Marco Aurélio, a qual conferia efeito suspensivo ao recurso extraordinário manejado pela parte autora, obstaculizando o Fisco de acessar os dados da recorrente até o julgamento definitivo do apelo constitucional extremo.

Logo em seguida, ainda em 2010, o Supremo Tribunal Federal voltou a tratar da questão quando do julgamento do próprio recurso extraordinário acima indicado. Na ocasião, ao apreciar o RE 389.808/PR (BRASIL, 2014c), a Excelsa Corte mudou seu posicionamento e decidiu, por cinco votos contra quatro, que a quebra de sigilo bancário deveria ser submetida ao crivo de órgão equidistante. Logo, se o Fisco pretendesse obter os dados bancários do contribuinte-recorrente, deveria assim o fazer por meio de um pedido direcionado ao Poder Judiciário, que, ao analisar o caso concreto, poderia deferir ou não tal medida.

Embora a decisão tenha sido nesse sentido, insta salientar que o ministro Joaquim Barbosa, que já havia se manifestado na AC 33 em prol da

constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001, acabou não participando do julgamento do recurso extraordinário e, caso estivesse presente, em tese, verificar-se-ia, então, um empate.

Diante deste cenário, o que se tem, atualmente, são duas decisões: uma em favor da constitucionalidade da multimencionada Lei Complementar, permitindo o acesso direto por parte do Fisco, e outra vinculando o acesso à autorização judicial (reserva de jurisdição), com a ressalva de que essa última poderia ter sido diferente, caso o ministro Joaquim Barbosa tivesse participado do julgamento do recurso extraordinário.

Ou seja, a questão ainda continua em aberto no STF e causando enorme insegurança jurídica, principalmente porque, embora importantes, as decisões proferidas na AC e no RE estão adstritas somente às partes, não irradiando efeitos por todo o ordenamento jurídico, o que poderia ocorrer, por exemplo, quando do julgamento das ADIs, ou do RE, admitido com repercussão geral, que versam sobre o assunto.

Antes de analisar os fundamentos que levaram os ministros a tomar tais decisões, convém escrever um pouco a respeito da possibilidade de quebra de sigilo bancário.

2.2 Sigilo bancário - possibilidade de quebra

Muito se discutiu na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de quebra de sigilo bancário. Hodiernamente, a questão já não gera tanta polêmica assim, mormente quando se verifica que há um consenso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, no sentido de que não existem direitos absolutos.

Logo, o sigilo bancário (decorrência do direito fundamental à privacidade, intimidade), como qualquer outro direito, não foge à regra, podendo vir a ser mitigado, ou seja, sofrer limitações quando em conflito com outro direito fundamental considerado de maior relevância em uma determinada situação.

Nesse sentido, destaca-se parte da ementa do acórdão proferido pelo próprio STF quando do julgamento do MS 23.452:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de 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. (BRASIL, 2014g)

Especificamente em relação do sigilo bancário, Maria José Oliveira Lima Roque (2001, p. 95) aduz que: “Apesar de consagrado mundialmente, o sigilo bancário não é absoluto. Todos os direitos, mesmo os mais elementares, comportam limitações.”

Em complemento, parte-se também da premissa de que a proteção ao sigilo bancário não pode ser usada de escudo para encobrir a prática de condutas ilícitas (LUSTOZA, 2007, p. 202).

Se assim fosse, ou seja, se o sigilo bancário fosse considerado um direito absoluto, impenetrável, o Fisco estaria impossibilitado de investigar a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico, hipótese esta que não coaduna com o modelo jurídico-constitucional adotado pelo Brasil.

Fixada a ideia de que o sigilo bancário não é um direito absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, resta saber se o Fisco, no exercício de seu direito-dever de fiscalização, deve recorrer ao Judiciário para acessar os dados de seus contribuintes, ou ele mesmo, por impulso próprio, pode solicitar tais informações diretamente às instituições financeiras.

2.3 O acesso direto por parte do Fisco aos dados bancários de seus contribuintes e a questão da reserva de jurisdição

A fim de facilitar o entendimento por parte do leitor, este tópico será dividido em duas partes. Primeiro, serão elencados os principais argumentos apresentados pelos ministros que defendem a reserva de jurisdição. Posteriormente, serão trazidos os posicionamentos em sentido contrário, ou seja, que admitem que o Fisco atue de ofício para obter os dados bancários dos seus contribuintes, os quais, logo em seguida, serão sopesados e analisados criticamente. Vale lembrar que tais informações são extraídas das decisões proferidas pelo STF na AC 33 e no RE 389.808/PR, duas únicas oportunidades em que o tribunal máximo da nação tratou da matéria objeto de estudo no presente trabalho.

Dentre aqueles que defendem que a solicitação de informações bancárias por parte do Fisco pressupõe sempre a existência de uma ordem judicial, destacam-se os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Celso de Mello.

Em relação ao ministro Gilmar Mendes, convém observar que houve uma mudança de posicionamento. A princípio, quando do julgamento da AC 33, o referido ministro defendia o acesso direto por parte do Fisco, porém, tempos depois, ao apreciar o RE 389.808/PR, este voltou atrás e passou a defender a necessidade reserva de jurisdição para o caso em estudo.

Realizado este esclarecimento e prosseguindo no desenvolvimento do trabalho, tomar-se-á por base, daqui para frente, o voto proferido pelo ministro Celso de Mello no RE 389.808/PR, eis que tal decisão, por ser uma das mais extensas, será capaz de ilustrar os principais argumentos esposados por esta corrente.

O primeiro argumento levantado por aqueles que defendem uma atuação prévia por parte do Judiciário está voltado para a ideia de que o Fisco é parte interessada na cobrança do tributo e, nessa condição, estaria sujeito a promover ações eventualmente arbitrárias.

Nessa senda, impende mencionar o seguinte trecho do voto do ministro Celso de Mello:

É que os órgãos estatais da administração tributária não guardam, em relação ao contribuinte, posição de equidistância nem dispõe do atributo (apensa inerente à jurisdição) da *'terzietà'*, o que põe em destaque o sentido tutelar da cláusula inscrita no § 1º do art. 145 da nossa Lei Fundamental. (BRASIL, 2014c)

Vale lembrar que tal posicionamento também encontra respaldo na doutrina. A corroborar com o asseverado, José Augusto Delgado aduz que deveria haver um controle prévio por parte do Poder Judiciário, pois este estaria revestido de independência absoluta em relação ao Fisco, ente interessado na cobrança do tributo e, por conseguinte, no resultado a ser obtido pela ação fiscalizadora (2001, p. 154).

Num segundo momento, ao interpretar o § 1º, do artigo 145, da CF/88, os defensores desta corrente advogam a necessidade de reserva de jurisdição, pois esta seria uma decorrência do dever do Fisco de respeitar os direitos fundamentais de seus contribuintes.

Novamente, salienta-se o voto do ministro Celso de Mello:

O que me parece significativo, no contexto ora em exame, é que a administração tributária, embora podendo muito, não pode tudo, eis que lhe é somente lícito atuar, *'respeitados os direitos individuais e nos termos da lei'* (CF, art. 145, § 1º), consideradas, sob tal perspectiva, e para esse efeito, as limitações decorrentes do próprio sistema constitucional, cuja eficácia restringe, como natural consequência da supremacia de que se acham impregnadas as garantias instituídas pela Lei Fundamental, o alcance do poder estatal, especialmente quando exercido em face do contribuinte e dos cidadãos da República. (BRASIL, 2014c)

Ademais, argumentam também no sentido de que, para que haja a quebra de sigilo bancário, deve haver também uma causa provável que a

justifique. Porém, a análise desta causa provável, para esta corrente, compete tão somente ao Poder Judiciário, pois é ele quem possui capacidade jurídica para sopesar os motivos e determinar, ou não, a quebra de sigilo bancário.

Isto seria uma decorrência do devido processo legal, que age como instrumento de limitação constitucional ao próprio poder do Estado, submetendo o pedido de quebra de sigilo às exigências da seriedade e da razoabilidade.

Fechando o raciocínio, como de costume, segue o voto do ministro Celso de Mello:

A exigência de preservação do sigilo bancário – enquanto meio expressivo de proteção ao valor constitucional da intimidade – impõe ao Estado o dever de respeitar a esfera jurídica de cada pessoa. A ruptura desse círculo de imunidade só se justificará desde que ordenada por órgão estatal investido, nos termos de nosso estatuto constitucional, de competência jurídica para suspender, *excepcional e motivadamente*, a eficácia do princípio da reserva das informações bancárias. (BRASIL, 2014c)

Nesse sentido, o ministro Celso de Mello aponta ainda que o controle judicial prévio não resultará nenhum embaraço aos pedidos de decretação de quebra de sigilo bancário, pois o próprio STF já proclamou ser possível afastar, em prol do interesse público, a garantia de inviolabilidade que protege as contas bancárias nas instituições financeiras. E mais:

Na realidade, a intervenção jurisdicional constitui fator de preservação do regime das franquias individuais e impede, *pela atuação moderadora do Poder Judiciário*, que se rompa, *injustamente*, a esfera de privacidade das pessoas, pois a quebra de sigilo bancário não pode nem deve ser utilizada, ausente a concreta indicação de uma causa provável, como instrumento de devassa indiscriminada das contas mantidas em instituições financeiras. (BRASIL, 2014c)

Por fim, reiterando a necessidade de reserva de jurisdição para o caso em testilha, o referido ministro finaliza seu voto preconizando que:

A decretação da quebra de sigilo bancário, *ressalvada* a competência extraordinária das CPIs (CF, art. 58, § 3º), pressupõe, sempre, a existência de ordem judicial, *sem o que* não se imporá à instituição financeira o dever de fornecer [...] as informações que lhe tenham sido solicitadas. (BRASIL, 2014c)

Cumprida esta etapa, passa-se, a partir de agora, a apresentar os argumentos contrários à tese acima exposta. Para tanto, serão levados em consideração os votos da ministra Ellen Gracie (AC 33) e do ministro Dias Toffoli (RE 389.808/PR), cujos posicionamentos foram acompanhados pelos ministros Joaquim Barbosa, Ayres Brito e Carmem Lúcia.

O principal argumento apresentado por aqueles que defendem que o Fisco pode acessar diretamente os dados de seus contribuintes é no sentido de que não há o que se falar em quebra de *quebra de sigilo bancário*, mas sim em *transferência de sigilo*.

Isto se dá porque a administração tributária, ao receber os dados sigilosos das instituições financeiras, também tem o dever de mantê-los em segredo, por sua vez, sob a batuta do chamado *sigilo fiscal*.

Logo, não haveria qualquer violação à intimidade ou à privacidade do contribuinte, uma vez que em nenhum momento é verificada a *disclosure*, isto é, a divulgação dos referidos dados a terceiros.

Nesse contexto, leia-se o voto da ministra Ellen Gracie:

Tratando-se do acesso do Fisco às movimentações bancárias do contribuinte, não há que se falar em vedação da exposição da vida privada ao domínio público, pois isso não ocorre. Os dados ou informações passam da instituição financeira ao Fisco, mantendo-se o sigilo que os preserva do conhecimento público. É que o art. 198 do CTN veda a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios e atividades, o que se costuma designar por sigilo fiscal [...] O que ocorre não é propriamente a quebra de sigilo, mas a 'transferência de sigilo' dos bancos ao Fisco. (BRASIL, 2014d)

Como se não bastasse, contrariando a alegação de que o Fisco seria parte interessada na arrecadação do tributo, a referida ministra do STF esclarece que, embora a atividade tributária tenha por meta a arrecadação, não se pode olvidar que o ente tributante deve obediência aos princípios que norteiam a administração pública (art. 37, da CF/88), dentre eles a legalidade, a moralidade e a impessoalidade e, portanto, estaria impedido de arrecadar além daquilo que já se encontra previsto na lei. Destaca-se o fragmento do aresto:

Se, de um lado, a atividade tributária visa à eficiência arrecadatória, de outro, deve obediência aos princípios que inspiram toda a administração pública, como a legalidade, a impessoalidade e a moralidade (art. 37 da Constituição). A eficiência visa à arrecadação de tudo o que efetivamente for devido em conformidade com a lei,

mas nada mais (art. 150, I, da Constituição). Relembre-se que o tributo é fiscalizado e cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada (art. 3º, do CTN). Não há que se dizer, pois, que o poder de polícia fiscal não seja orientado à adequada aplicação da lei. (BRASIL, 2014d)

A propósito, o ministro Dias Toffoli chama a atenção para o fato de que as movimentações bancárias são apenas parte dos dados que já deveriam ter sido fornecidos à Receita Federal quando da declaração de renda, na qual o contribuinte deve apresentar anualmente ao Fisco a relação total de seus bens. Partindo desse pressuposto, indaga o referido ministro:

A Receita Federal já detém o conjunto maior, que corresponde à declaração do conjunto total de nossos bens. No nosso caso, essa obrigação anual se dá por força de lei, *ex leges*, não por força de decisão judicial. Se esse não fosse o caso, a Receita Federal teria, todo ano, de acionar o Judiciário para que ele compelisse os cidadãos brasileiros a apresentar anualmente a sua declaração de bens, declaração do patrimônio total de bens. Esse é o conjunto maior; a atividade econômica, que é a movimentação bancária, é o conjunto menor. Se a Receita Federal tem acesso ao conjunto maior, como ela não pode ter acesso ao conjunto menor? (BRASIL, 2014c)

Em complemento, a ministra Ellen Gracie (BRASIL, 2014d) esclarece que o ordenamento jurídico pátrio admite medidas até mais gravosas à intimidade dos indivíduos que a simples análise de movimentações bancárias e que, nesses casos, sequer existe discussão acerca da necessidade de atuação prévia do Poder Judiciário. Dentre eles, destacam-se: o direito da administração em vistoriar uma mala de qualquer passageiro que desembarque em território nacional; as blitz ou *batidas policiais*, nas quais podem ser revistados o veículo, as vestimentas e o próprio corpo das pessoas suspeitas de infrações.

Tratam-se, pois, de *circunstâncias da vida*, nas quais o interesse público (o bem coletivo, a segurança de todos, a prevenção e a repressão de infrações) deve prevalecer sobre o interesse individual, guardadas as devidas proporções (necessidade, moderação e respeito).

Ademais, para esta corrente, permitir a fiscalização direta por parte do Fisco não implica monitoramento permanente ou até mesmo devassa nas contas dos contribuintes, até porque a Lei Complementar nº 105/2001 se atentou para tais questões, estabelecendo requisitos que funcionam como salvaguardas a intromissões levianas. A respeito desses requisitos, afirma a ministra Ellen Gracie que:

A lei reafirma a excepcionalidade do acesso, exigindo que

se dê no bojo de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e que seja considerado indispensável pela autoridade, além de também reafirmar a necessidade de conservação do sigilo. [...] Compatibilizou assim os direitos dos contribuintes e do Fisco, conforme as circunstâncias do caso concreto. (BRASIL, 2014d)

Nessa linha, a ministra Ellen Gracie (BRASIL, 2014d) reconhece que, embora a Constituição estabeleça a reserva de jurisdição nos casos de busca domiciliar (art. 5, XI), interceptação telefônica (art. 5º, XII) e prisão (art. 5º, LXI), tal cláusula, todavia, não fora contemplada em relação à garantia da inviolabilidade da vida privada e do sigilo de dados. Portanto, não havendo qualquer previsão nesse sentido, conclui-se que não há necessidade de autorização judicial para que o Fisco tenha acesso aos dados bancários de seus contribuintes.

Outro argumento que merece destaque está voltado para a ideia de que os direitos ao sigilo de dados e à intimidade, apesar de garantidos pela Constituição, não podem servir de obstáculo à concretização dos princípios da pessoalidade, da capacidade contributiva, da isonomia e da livre concorrência, e, muito menos, podem ser usados de escusa ao dever fundamental de pagar tributos. Muito por conta disso que, conforme ressalta a ministra Ellen Gracie:

Não fosse a possibilidade de fiscalização efetiva e eficaz, quedariam no vazio as competências tributárias outorgadas aos entes políticos; principalmente com base nos arts. 145, 148, 149, 153 a 156 e 195 da Constituição, porquanto não se teria como verificar o cumprimento das obrigações pelos contribuintes. (BRASIL, 2014d)

Por fim, os defensores desta tese observam que a ausência de reserva de jurisdição não impede o controle judicial da atividade fiscalizatória perpetrada pelo Fisco. Nessa senda, preconiza a ministra Ellen Gracie que:

Havendo irregularidades formais ou desproporcionais da medida, o Judiciário, provocado pelo contribuinte, poderá impedir o acesso aos dados, vedar o uso das informações obtidas, anular eventual lançamento equivocado ou abusivo e, inclusive, determinar indenização por danos materiais ou morais que efetivamente tenham decorrido da violação, sem prejuízo da responsabilização administrativa e penal dos agentes, se for o caso. (BRASIL, 2014d)

Embora ambas as correntes sejam dotadas de bons argumentos, acredita-se que a tese que defende o acesso direito deve prevalecer, não só pelos

argumentos acima elencados, os quais se mostram mais sólidos e convincentes, como também em virtude de outros fatores que serão abaixo delineados.

Num primeiro momento, a questão da ausência da quebra de sigilo bancário se mostra bastante evidente, ao passo que inexistente divulgação (a terceiros) dos dados obtidos pelo Fisco. O que se verifica, na realidade, é a mera transferência de informações das instituições financeiras para a administração tributária, informações estas que, inclusive, já deveriam ser do conhecimento do ente fiscal em virtude da declaração de bens, que deve ser prestada anualmente pelos contribuintes.

Outrossim, segundo o § 1º, do artigo 145, da CF/88, o Fisco tem a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, desde que respeitados os direitos individuais e os termos da lei. É fato que a lei existe (Lei Complementar nº 105/2001) e, conforme visto, esta é perfeitamente compatível com a Constituição, na medida em que respeita os direitos individuais ao prever requisitos específicos para que a administração tributária possa solicitar as informações bancárias diretamente às instituições financeiras, ou seja, ao prever tais exigências não há o que se falar, então, em devassa indiscriminada das contas dos contribuintes.

Ademais, caso prevaleça a tese da necessidade de reserva de jurisdição, verificar-se-ia verdadeira usurpação de competência por parte do STF, pois este estaria alterando o texto da Constituição ao prever uma cláusula que, de fato, não existe na Lei Fundamental. Nesse contexto, vale lembrar que defesa de direito fundamental não é sinônimo de reserva de jurisdição.

Aliás, como visto alhures, o legislador constituinte, quando quis contemplar a atuação prévia do Poder Judiciário assim o fez expressamente, como, por exemplo, nas hipóteses previstas nos incisos XI, XII e LXI, do artigo 5º.

Por outro lado, em relação à intimidade e ao sigilo de dados, não há qualquer previsão expressa nesse sentido. Se assim o quisesse, o legislador constituinte teria inserido no § 1º, do artigo 145, da CF/88, expressões do tipo: *mediante autorização judicial* ou *por meio de determinação judicial* ou, ainda, *mediante ordem judicial*. Como não o fez, fica descartada, portanto, a necessidade de reserva de jurisdição.

Nem que se diga ainda que a referida Lei Complementar viola o devido processo legal, até porque a transferência dos dados bancários nela prevista deve obedecer a requisitos específicos, como a existência de procedimento administrativo regulamente instaurado, o qual também deve observar e respeitar os direitos fundamentais individuais constitucionalmente previstos.

A propósito, exigir que a administração tributária seja obrigada a bater às portas do Poder Judiciário sempre que a mesma quiser obter dados bancários visando instruir procedimento administrativo fiscal implicaria verdadeira enxurrada de ações, as quais abarrotariam, ainda mais, o sistema judiciário brasileiro.

Em resumo, é por essas razões que se defende a constitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001 e, por conseguinte, a possibilidade de acesso por parte do Fisco aos dados bancários de seus contribuintes mediante

requisição direta às instituições financeiras, ou seja, sem que haja a necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Por fim, conforme se verá adiante, convém destacar ainda que este posicionamento segue, inclusive, uma tendência mundial.

2.4 O sigilo bancário no direito comparado

O Brasil não está sozinho quando permite o acesso por parte do Fisco aos dados bancários de seus contribuintes, aliás, na verdade, o Estado brasileiro segue uma tendência mundial, a qual, apesar de reconhecer o direito ao sigilo bancário, admite derrogações ao respectivo dever de reserva por razões não só de interesse público como também devido à necessidade de combate aos crimes de evasão fiscal, corrupção e lavagem de dinheiro.

Em Portugal, por exemplo, o dever de sigilo é regulado pela Lei Geral Tributária, a qual permite que a administração tributária portuguesa tenha acesso aos dados protegidos pelo sigilo bancário independentemente de autorização judicial. Nesse sentido, leciona Clotilde Celorico Palma e António Carlos dos Santos:

O regime de derrogação de sigilo bancário foi introduzido na LGT pela referida Lei n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro. Atualmente, o artigo 64.º da Lei Geral Tributária consagra o dever de sigilo, mas contempla várias situações em que cessará esse mesmo dever. A regra geral é a de que o sigilo bancário só pode ser derrogado mediante autorização judicial, conforme determina o n.º 2 do artigo 63.º da LGT. Esta norma admite, no entanto, expressamente, casos em que a AT pode aceder aos documentos cobertos pelo sigilo sem dependência de tal autorização. (2012, p. 49)

A França, por sua vez, permite, através do Código Geral de Impostos e outras leis impositivas, que a administração tributária tenha acesso aos documentos sigilosos em poder das empresas privadas, nelas incluídas os bancos e os estabelecimentos similares. Entretanto, aos agentes fiscais franceses é vedado divulgar as informações obtidas a respeito da situação financeira do contribuinte e, em caso de descumprimento, a autoridade tributária poderá ser responsabilizada criminalmente (COVELLO, 2001, p. 191).

Nos Estados Unidos da América, segundo Marcos Torres Cavalcante (2006, p. 25-28), a inviolabilidade das pessoas e seus papéis (e, por conseguinte, o direito ao sigilo bancário) encontra-se consagrada desde a Emenda IV da *Bill of Rights*.

O referido autor esclarece ainda que, visando coibir a prática de atos ilícitos, os EUA criaram a Lei Bancária de 1970 (*Bank Secrecy Act*), a partir da qual os bancos eram obrigados a fornecer ao Tesouro Americano informações sobre operações financeiras suspeitas ou cujo valor ultrapassasse dez mil dólares. Esta lei chegou a ser questionada junto à Suprema Corte norte-

americana, tendo por fundamento a referida Emenda IV, porém, segundo o referido autor:

Entendeu a Suprema Corte que a Quarta Emenda não garante expectativa em relação aos conteúdos das informações em registro bancário, pois não são comunicações confidenciais, mas instrumentos de negócios em transações comerciais. Com isso, legitimou o acesso irrestrito ao *IRS - Internal Revenue Service* (fisco americano) para requisitar aos bancos as informações os valores das operações financeiras e respectivos partícipes. (2006, p. 27)

Posteriormente, em 1978, após a aprovação do *Right to Financial Privacy Act* “o IRS passou a ter acesso praticamente ilimitado, sem intermediação do judiciário, às informações financeiras mantidas pelos bancos [...]” (CAVALCANTE, 2006, p. 28).

Segundo Sergio Carlos Covello (2001, p. 191-193), Bélgica, Holanda, Luxemburgo e Espanha admitem em suas respectivas legislações que o sigilo bancário seja limitado pelo Fisco. Na direito belga, a lei de reforma tributária de 1962 permite à administração tributária requisitar informações aos bancos acerca da situação econômica dos cidadãos. Já a Lei Geral de Contribuições ao Estado, de 1959, dispõe expressamente no sentido de que os bancos não podem impor o sigilo bancário como obstáculo ao fornecimento de informações ao Fisco holandês. Em Luxemburgo, a lei tributária de 1948 prescreve às instituições financeiras o dever de prestar informações à administração tributária a respeito de atos e documentos que possam atestar e garantir a arrecadação de tributos. E, por último, na Espanha, a lei de reforma fiscal de 1977, que, além de impor aos bancos o dever de colaboração com o Fisco, determina também que as instituições bancárias encaminhem ao ministério da fazenda, nos primeiros meses de cada ano, a relação de contas correntes e valores mobiliários em seu poder, que serão usadas para fins de tributação.

No direito argentino, o sigilo bancário também é passível de proteção. Todavia, embora exista tal reserva, a lei tributária de 1962 admite que o Fisco tenha acesso aos dados bancários sigilosos, desde que sejam preenchidos três requisitos: que os dados solicitados digam respeito a um contribuinte determinado; que haja um procedimento de verificação impositiva instaurado em face do mesmo; e que tal dado tenha sido previamente requerido (COVELLO, 2001, p. 193-193).

O ordenamento jurídico alemão segue, segundo Marcos Torres Cavalcante (2006, p. 23-25), a mesma linha dos países acima elencados, ou seja, permite que o Fisco alemão obtenha informações guardadas pelo sigilo bancário quando não houver colaboração por parte do contribuinte e desde que tal prática não se verifique de forma periódica e indiscriminada.

Por fim, dando destaque à preocupação dos países em combater os crimes financeiros e fiscais, os quais, hodiernamente, extrapolaram as divisas

geopolíticas, passando a atingir patamares internacionais, o supramencionado autor aduz ainda que:

Vários países aderiram às recomendações da OECD (Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento), inclusive subscrevendo convenções internacionais, posteriormente, ratificadas e com a implementação de legislação interna com vista a tal mister, ampliando ainda mais o controle da Administração Tributária sobre operações bancárias, afrouxando o rigor sobre o respectivo sigilo. (2006, p. 24-25)

Nessa senda, em resumo, é possível concluir que a questão da mitigação do sigilo bancário é uma tendência global, a qual visa, além da realização da justiça fiscal, o efetivo combate aos ilícitos fiscais, os quais se mostram cada vez mais frequentes em uma era marcada pelo vertiginoso avanço da tecnologia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em epítome, ante os argumentos exposto e seguindo uma tendência mundial, impende concluir que o Fisco não é obrigado a recorrer previamente ao Poder Judiciário para ter acesso aos dados bancários de seus contribuintes, podendo assim o fazer mediante requisição direta às instituições bancárias, desde que cumpridos os requisitos previstos no artigo 6º, da Lei Complementar nº 105/2001.

Eventuais abusos praticados pela administração tributária, esses sim, devem ser levados ao Poder Judiciário e, se for o caso, punidos com extremo rigor.

A propósito, é preciso lembrar que já se passaram anos após a ditadura militar, período no qual foram verificadas diversas atrocidades cometidas pelo poder público. Atualmente, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, deve-se ter uma nova mentalidade.

Na espécie, não se trata do Fisco querendo oprimir o contribuinte, fazendo verdadeira devassa em sua vida privada, pelo contrário, deve-se levar em conta que se trata de um órgão público, o qual deve obediência aos princípios que regem a administração pública, e que está exercendo seu papel constitucional na busca pela concretização da justiça fiscal, ou seja, o Fisco não está criando novos tributos, mas apenas fiscalizando os que já existem e que, contudo, não são pagos em virtude da sonegação, uma das principais causas da injustiça fiscal no Brasil.

É justamente essa consciência que se espera dos ministros do Supremo Tribunal Federal quando estes forem apreciar e julgar as ações diretas de inconstitucionalidade que tratam da matéria.

Referências

- BRASIL. *Lei Complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp105.htm>. Acesso em: 20 maio. 2014a.
- _____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2390 (apensadas: ADI 2859, ADI 2386 e ADI 2397), Relator: Min. Dias Toffioli. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 maio. 2014b.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 389-808/PR, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2010, DJ 10/05/2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 maio. 2014c.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar 33/PR, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJ 10/02/2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 maio. 2014d.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23.480, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2000, DJ 15/09/2000. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 maio. 2014e.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 21.729, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 05/10/1995, DJ 19/10/2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 maio. 2014f.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 23.452, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12/05/2000. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 maio. 2014g.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 601.314/SP, Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 20 maio. 2014h.
- CAVALCANTE, Marcos Torres. *O direito ao sigilo bancário e sua relativização frente à administração tributária brasileira*. 2006. 173f. Dissertação (Mestrado em Direito: Fundamentos Constitucionais de Direito), Universidade Federal de Alagoas, Faculdade de Direito, Maceió, AL.
- COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: LEUD, 2001.
- DELGADO, José Augusto. O sigilo bancário no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista de Estudos Tributários*, Porto Alegre, n. 22, p. 132-161, nov-dez, 2001.
- LUSTOZA, Helton Kramer. A quebra de sigilo bancário em investigação fiscal. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, n. 72, p. 190-213, jan-fev, 2007.
- PALMA, Clotilde Celorico; SANTOS, António Carlos dos. A derrogação do sigilo bancário para efeitos fiscais. *Revista TOC*, Lisboa-Portugal, n. 146, p. 46-52, maio, 2012.
- ROQUE, Maria José Oliveira Lima. *Sigilo bancário & direito à intimidade*. Curitiba: Juruá, 2001.

RECOMENDAÇÃO 13/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: AFRONTA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Guilherme Barbosa da Silva¹⁶⁴

Resumo:

O presente artigo tem por finalidade analisar, por meio de breves considerações, o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, garantido pela Constituição Federal de 1988, bem como por meio de organismos internacionais. Verificar-se-á a atuação do Conselho Nacional de Justiça, de modo especial, em se tratando da Recomendação nº 13/2013, aprovada em 10 de dezembro de 2013. Neste sentido, visa o presente trabalho, demonstrar possível vício material no documento citado, tornando-o inconstitucional, tendo em vista a interferência em normas constitucionais de caráter fundamental, bem como na interferência na separação dos Poderes, já que pertencente ao Poder Legislativo de âmbito federal, a possibilidade de alteração constitucional.

INTRODUÇÃO

Com a realização da Copa Mundo no Brasil no ano de 2014, diversos organismos da Administração Pública se movimentaram a fim de evitar qualquer ato que possa prejudicar o bom andamento dos jogos.

Com o mesmo intuito, o Conselho Nacional de Justiça publicou no mês de dezembro de 2013, a Recomendação nº 13/2013, orientando aos juízes titulares das comarcas sedes dos jogos da Copa do Mundo a editarem portarias, com o escopo de regulamentar alguns assuntos ligados à criança e ao adolescente, que estejam relacionados ao mundial.

Um dos pontos que trouxe algumas discussões, diz respeito à possibilidade, trazida por meio da Recomendação do Conselho Nacional de Justiça, que será analisada, do adolescente, ou seja, do menor, com 12 anos completos, de realizar atividades como “gandulas”, dentre outras funções.

Assim, o presente trabalho tem por escopo realizar uma análise crítica da recomendação, bem como os aspectos negativos que traz para o Estado Democrático de Direito vigente no país.

É preciso mencionar que o estudo da proteção à criança e ao adolescente, que evoluiu à medida em que os direitos humanos também evoluíram, trata-se de uma obrigação social, imposta à todos, ainda que não ligados ao direito.

A criança deixou de ser apenas uma etapa da vida do indivíduo para se chegar à fase adulta, passando a ser considerada como um sujeito de direitos.

O infante foi ganhando espaço no cenário jurídico mundial, tendo sido

¹⁶⁴ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Pós Graduando em Direito e Processo do Trabalho pela UNINTER; Professor Titular das disciplinas de Direito do Trabalho do Curso de Direito e Direito Empresarial do Curso de Administração de Empresas da Faculdade de Direito do Norte Pioneiro - FANORPI; Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

objeto de diversos tratados, sempre com o escopo da maior proteção ao ser que ainda está em desenvolvimento.

Cita-se, como exemplo, a teoria da proteção integral das Organizações das Nações Unidas na Declaração dos Direitos da Criança e a Convenção 182 e Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua eliminação.

Verificar-se-á, por meio do referido trabalho, que os direitos da criança e do adolescente, que foram sendo construídos ao longo dos anos, não pode, por intermédio de um órgão administrativo, ser tolhidos.

1. A VEDAÇÃO DO TRABALHO DO MENOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL E O PRINCÍPIO DA SOBERANIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Como conquista das grandes revoluções, surge para o mundo um novo cenário denominado “constitucionalismo”, tendo como parâmetro, baseado na ideologia liberal, a separação de Poderes, limitação do Poder Estatal, bem como a crença nos direitos fundamentais.

A separação do poder, nada mais é do que limitação do poder soberano.

Fernando de Brito Alves sustenta que:

A ideia de separação de poderes sempre vem acompanhada da noção político-jurídico de ‘freios e contrapesos’ (que a complementa em certo sentido), amplamente difundida na atualidade para descrever um equilibrado processo de tomada de decisão, tem um significado bastante específico quando empregada pela teoria constitucional, para descrever as hipóteses nas quais o poder é usado para verificar e controlar o próprio poder, de que a Constituição americana é o exemplo paradigmático (2013, p. 284).

E complementa:

A não concentração de poder em uma mesma magistratura, bem como o controle de um poder sobre o outro afiguram-se como condições de desenvolvimento dos direitos individuais, constituindo-se nas principais conquistas do liberalismo (2013, p. 285).

A separação de poderes vem destacada, ainda, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como condição necessária para a existência de uma Constituição: “Art. 16. *Toda sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes, não tem*

Constituição”.

Eduardo Cambi, em sua obra *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*, ao analisar o dispositivo supracitado, aborda que: “*deste dispositivo depreendem-se dois elementos essenciais, que estão no núcleo do conceito das Constituições Modernas: a separação de poderes (ou a limitação jurídica do poder estatal) e os direitos fundamentais*” (p. 23).

Sobre a importância da divisão dos poderes e, em especial, na existência do Poder Legislativo, Ednilson Donisete Machado sustenta que:

Modernamente o Poder Legislativo em regra é o que aparece em primeiro lugar na estrutura da divisão de funções maioria das constituições, não por ser o poder cuja função é a de fazer, de emendar, de alterar e de revogar leis, que vinculam a todos. Este é o motivo pelo qual se atribui à sua função a ação primária do poder soberano do Estado (2012, p. 91).

Assim, é preciso destacar que a separação dos poderes permitiu a ampliação do rol de direitos fundamentais, de forma significativa, a fim de atingir todos os cidadãos (BARROSO, p. 83). Saliente-se que muitos desses direitos foram garantidos por intermédio da atuação do Poder Legislativo, seja por meio das leis ordinárias e complementares, seja por intermédio da aprovação de Emendas Constitucionais.

É preciso dar enfoque ainda que, num território onde impera o constitucionalismo, num Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que vigora o princípio da supremacia das normas constitucionais, seja referente às normas ditas materialmente constitucionais ou as formalmente constitucionais.

Luiz Roberto Barroso, afirma que:

A Constituição, portanto, é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível. Para assegurar essa supremacia, a ordem jurídica contempla um conjunto de mecanismos conhecidos como *jurisdição constitucional*, destinados a, pela via judicial, fazer prevalecer os comandos contidos na Constituição. Parte importante da jurisdição constitucional consistente no *controle de constitucionalidade*, cuja finalidade é declarar a invalidade e paralisar a eficácia dos atos normativos que sejam incompatíveis com a Constituição (p. 85).

Destaca-se, então, que há, no ordenamento jurídico, diversos mecanismos de controle à constitucionalidade das leis, ou de qualquer ato emanado do Poder Público, sempre com o intuito de resguardar a supremacia das normas constitucionais.

No mesmo sentido:

A constituição não é apenas a norma de maior estrutura hierárquica do ordenamento jurídico (*lex superior*). É, sobretudo, o conjunto de normas que regula o processo formal de criação das demais normas jurídicas, e, mais importante, prevê os valores, os princípios e as limitações para o conteúdo da legislação infraconstitucional (CAMBI, 2009, p. 205).

Assim, prevalece que as normas constitucionais são dotadas de supremacia e sempre prevalecerão sobre todo o processo político existente.

E, em se tratando de constituição, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 os direitos da criança e do adolescente, mormente no que tange à realização de trabalho, vêm sendo arduamente protegidos.

Em seu texto original, a Constituição brasileira admitia trabalhadores com idade mínima de 14 (quatorze) anos. Entretanto, em 1998, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 20, estabeleceu-se novo limite para o labor.

Diversos dispositivos do texto constitucional velam pela prioridade no que se relaciona aos infantes. Seu artigo 7º, inciso XXXIII, com a alteração dada pela Emenda acima citada, traz, hoje, a idade de 16 (dezesesseis) anos como sendo a mínima para a relação de emprego, facultando a possibilidade do trabalho do menor de 16 (dezesesseis), desde que com 14 (quatorze) anos completos, na modalidade aprendizagem, modalidade de trabalho *lato sensu*, regulamentada pela Lei 10.097, de 19 de dezembro de 2000. Eis o que dispõe o dispositivo citado:

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) anos e de qualquer trabalho a menores de 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos.

Verifica-se nas Constituições anteriores à promulgada em 1988, o rol de direitos sociais garantido aos trabalhadores, encontravam-se, na maioria delas, no capítulo destinado à Ordem Econômica e Social.

Assim, a Constituição de 1988 elevou os direitos sociais, ao patamar de direitos fundamentais, já que se encontram, topograficamente falando, dispostos no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos). Entretanto, mesmo com a submissão dos direitos sociais à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, determinada pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição, tais direitos necessitam de concreta atuação do Estado para que possam ser efetivados.

Destaca-se, ainda, que os direitos sociais não podem ser reduzidos, já que a Constituição garante aos trabalhadores os direitos mínimos, e, por se tratar de cláusula pétrea (art. 60, § 4º da Constituição Federal), referidos direitos não podem sofrer limitações ou enfraquecimento.

Entretanto, comumente se vê diversos dos direitos sociais esculpidos no

artigo 7º da Constituição Federal suprimidos pelo próprio Estado e até mesmo pelos próprios empregados, ainda que de forma indireta, quando, por meio da coação, abdicam de seus direitos, direitos esses ditos irrenunciáveis, para que possam permanecer no emprego, que lhe garante o sustento próprio e o de sua família.

É preciso destacar ainda que os direitos, não só os expressamente destacados na Constituição como os implicitamente lá constantes, são *“obras que têm por única finalidade a preservação da esfera de dignidade das pessoas”* (VILHENA, p. 32).

A Constituição Federal ao determinar a proteção à criança e ao adolescente o fez de forma incisiva, tendo inclusive determinado, por meio de seu artigo 227 que:

Art. 227. 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, violência, crueldade e opressão.

E finaliza afirmando que *“A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”* (Art. 227, § 4º).

Note-se que a Constituição atribui também ao Estado, por meio de seus três poderes, o dever de guarda da criança e do adolescente. Sobre o tema, José Roberto Dantas Oliva afirma que:

O Estado, personificado no Poder Público pelo ECA, tem, por sua vez, o dever de elaboração legislativa compatível com o princípio acolhido, adotando, nos seus três níveis (União, Estados e Municípios), providências que assegurem acesso às crianças e adolescentes aos seus direitos, que proporcionem a necessária proteção por meio do desenvolvimento de ações governamentais direcionadas, políticas públicas e sociais de inclusão, prestando educação investindo na saúde, propiciando uma tutela jurisdicional diferenciada, enfim, convertendo impostos em bem estar, o que nada mais é do que a sua obrigação (2006, p. 110).

Assim, verifica-se que a Constituição Federal adotou a aplicabilidade do Princípio da Proteção Integral à criança e ao adolescente.

Referido princípio exige atuação concreta de todos os entes públicos, tanto quando da criação da norma, quanto à aplicação mesma. *“O Princípio da Proteção Integral deve guiar o comportamento de governantes e governados,*

em ações ou abstenções, pois estes são os destinatários das normas jurídicas em geral” (OLIVA, 2006, p. 101).

E para efetivamente garantir integral proteção à criança, o legislador criou, em 13 de junho de 1990, a Lei 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que já em seu artigo 1º traz a necessidade de “*proteção integral à criança e ao adolescente*”.

A definição do termo “criança” pode ser diferenciada de um território para outro. Enquanto em alguns países a nomenclatura está relacionada à idade cronológica da pessoa, como é o caso do Brasil, em outros, fatores sociais e/ou culturais também são considerados.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente considera criança a pessoa até doze anos de idade incompletos.

Ao que parece, referido Estatuto, partindo de ideias sobre o desenvolvimento pessoal e os limites fronteiriços da puberdade, revelou melhor técnica do que a disposta na Convenção dos Direitos da Criança, que considerou criança o indivíduo com até dezoito anos de idade (OLIVA, p. 84).

Resta claro, então, que a Constituição Federal de 1988 vedou, expressamente, o trabalho infantil, permitindo aos menores de dezesseis anos, o trabalho, tão somente, na modalidade aprendiz, desde que com quatorze anos.

Quando se trata da limitação do trabalho infantil, este se fundamenta na necessidade do Estado em resguardar a integridade física, e até mesmo psíquica, do ser humano que se encontra em fase de desenvolvimento (NASCIMENTO, 2003, p. 34).

Ressalte-se, ainda, que não só o Estado brasileiro se mostrou preocupado com os direitos e garantias dos infantes, mas se verifica, em todo o cenário internacional, normas buscando, cada vez mais, a efetividade de referidos direitos.

2. DEFESA INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA

Tamanha é a importância da defesa dos direitos da criança e do adolescente que há diversos tratados em prol da garantia de tais benesses.

Diversos países da Europa, após a Revolução Industrial ocorrida entre os anos de 1820 e 1840, começaram a editar normas com o intuito de garantir maior proteção ao do trabalho do menor.

Com a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) a proteção dada ao menor se intensificou e o Brasil, país signatário do Tratado de Versalhes em 1919, passou a dar maior atenção aos direitos dos menores em todas as searas, inclusive no que tange ao trabalho do menor.

Nas últimas décadas várias organizações internacionais buscam formas de evitar o trabalho infantil e por vezes associam tal prática à violação dos direitos humanos.

A Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, é considerada o meio mais importante de proteção internacional dos direitos infantis. Antes dela, todavia, percorreu-se um longo caminho em busca de formas para se resguardar os direitos dos infantes.

Numa busca histórica é possível encontrar como ponto de partida da proteção aos direitos da criança e do adolescente a Declaração dos Direitos da Criança de 1924, criada pela Liga das Nações.

Posteriormente, já em 1945, a edição da Carta das Nações Unidas também pode ser considerada um marco importante para a proteção das crianças.

Em 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, *“primeira declaração multilateral cujo escopo específico era a proteção de tais direitos. Assim, tal documento é considerado um divisor de águas na história dos Direitos Humanos”* (DELLORE, 2007, p. 64).

Sobre a Convenção dos Direitos da Criança, aprovada em 20 de novembro de 1989, Maria Beatriz Pennacchi Dellore afirma que:

Assim, com base em tais documentos, em 1989 a Polônia propôs à ONU um projeto de Convenção dos Direitos da Criança. Foi formado, então, um grupo de trabalho altamente qualificado, composto por representantes das mais diferentes culturas, raças e religiões, para desenvolvimento e revisão do texto original. Para a realização de tal trabalho, o grupo contou com a ajuda de *experts* independentes, de ONGs e das agências da ONU (2007, p. 65).

Referida convenção dispõe sobre todas as formas de proteção da criança, que segundo ela, é o indivíduo menor de 18 anos, a menos que a legislação nacional do território em que este indivíduo resida preveja idade diversa.

Numa rápida análise da Convenção dos Direitos da Criança (1989) pode-se levantar os seguintes tópicos de proteção:

- O artigo 2º traz o comprometimento dos Estados parte em respeitar e garantir os direitos previstos na Convenção a todas as crianças que se encontrem sujeitas à jurisdição do respectivo Estado;
- O artigo 3º aborda que qualquer decisão emana com o tema “criança” deverá ter como primordial interesse o da criança;
- O artigo 6º determina que os Estados Partes assegurem o desenvolvimento sadio da criança;
- Direito de liberdade de expressão, conforme artigo 13º determina;
- Garantia à educação, devendo os Estados Partes tornar o ensino primário obrigatório e gratuito (artigo 28º);
- Garantia de repouso e, aos tempos livres, de participar de jogos e atividades artísticas (artigo 31º);
- Garantia de ser protegida contra a exploração econômica ou a sujeição de trabalhos perigosos ou capazes de comprometer a sua educação, saúde e/ou seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social (artigo 32º).

Dellori, já citada anteriormente, ao abordar o tema trabalho infantil,

alega que:

Experiências malsucedidas têm demonstrado ser pouco factível, na prática, a abolição da exploração do trabalho infantil de maneira simples e definitiva. Assim, a OIT elaborou uma nova Convenção, visando à eliminação imediata das mais degradantes formas de trabalho infantil. Tal instrumento é denominado Convenção 182 da OIT, sobre as piores formas de trabalho infantil (2000). O documento propõe-se a ser um primeiro e mais realista passo com o objetivo final de eliminação total da prática sob análise (2007, p. 67).

Verifica-se então que a proteção do trabalho infantil também é tema de interesse e discussão internacional.

A Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), concluída em Genebra em 17 de junho de 1999 e que também prevê a proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata dos Estados Partes para que sejam eliminadas, traz que qualquer tipo de trabalho ou atividade que (pela sua natureza ou circunstância) seja propício a colocar em risco a saúde, a segurança e a moral da criança, deverá ser combatido.

Destaca-se, ainda, o disposto na Convenção 138 da OIT, promulgada no direito interno brasileiro por meio do Decreto nº 4.134, de 15 de fevereiro de 2002, que restringe o trabalho perigoso à criança e ao adolescente, entendendo, assim como as demais fontes de proteção à criança, como sendo aquele que possa causar danos à saúde, segurança ou à moral das crianças.

Martha de Toledo Machado aduz:

Dá-se, entretanto, que quando a criança ou o adolescente exercita o *trabalho* não pelo impulso de “experimentação”, que é meio de desenvolvimento de sua potencialidade individual [...] o trabalho conflita com outros interesses seus, quais sejam, aqueles ligados ao desenvolvimento da personalidade, a que me referi mais pormenorizadamente no Capítulo 5 (2003, p. 177).

E finaliza:

O trabalho precoce compromete a saúde de crianças e adolescentes, seja pelas condições de insalubridade de muitas atividades, seja pelo potencial de risco de acidentes contido no trabalho; risco que é muito elevado para crianças e adolescentes, seja pelo seu não domínio completo das habilidades motoras típicas do adulto, inerente no seu estágio de crescimento, seja pela imprudência típica da infância e da adolescência, já que

crianças e adolescentes estão ainda aprendendo e construindo a prudência do ser humano adulto, parte do que passa, necessariamente, pela construção da autodisciplina (2003, p. 178).

Pelo que se observa o combate ao trabalho infantil reside no interesse à formação do indivíduo adulto de forma saudável, ao seu desenvolvimento completo e é internacionalmente protegido.

3. CNJ E A INCONSTITUCIONALIDADE DA RECOMENDAÇÃO Nº 13/2013.

O Conselho Nacional de Justiça - CNJ, introduzido por meio da aprovação da Emenda Constitucional 45/2004, tem por finalidade a busca pelo aperfeiçoamento do Poder Judiciário brasileiro, mormente ao que tange à transparência administrativa do referido Poder. Foi criado como sendo um “carro-chefe” da denominada Reforma do Judiciário.

Destaca-se que a Constituição Federal, por meio do parágrafo 4º do artigo 103-B, garante ao CNJ a possibilidade de editar resoluções e recomendações que devem ser seguidas por todas as esferas do Poder Judiciário brasileiro:

§4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

Discute-se aqui a constitucionalidade das decisões emanadas pelos membros do CNJ, em especial o que se refere à Recomendação nº 13/2013, aprovada em 10 de dezembro de 2013.

Cite-se neste ponto o argumentado por Lenio Streck *at al*:

No Estado Democrático de Direito, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos, isto é, como bem lembra Canotilho, a um só tempo “leis e execução de leis” [...] O fato de a EC 45 estabelecer que os Conselhos podem editar

atos regulamentares não pode significar que estes tenham carta branca para tais regulamentações (p. 20-21).

E o que a Recomendação aqui analisada faz é exatamente isso, avança sobre os atos privativos do legislador, qual seja a alteração da idade mínima para o labor, o que, em tese, só poderia ocorrer por intermédio de Emenda Constitucional, infringindo assim, diretamente, os direitos fundamentais já conquistados.

A orientação aqui analisada, por meio de seu artigo 1º recomenda aos juízes que possuam jurisdição na infância e juventude nas Comarcas das cidades sedes dos jogos da Copa do Mundo de 2014 que promovam a edição de portaria para disciplinar o assunto nos padrões contidos no “ANEXO A” da recomendação.

O Anexo citado aborda assuntos inerentes à criança e ao adolescente, tendo em vista a realização da Copa do Mundo de 2014 no Brasil. Dispõe o anexo sobre a hospedagem, entrada e circulação em viagens pelo Brasil das crianças e adolescentes.

Ocorre que, em seu artigo 3º, o anexo regula a participação de crianças e adolescentes nas atividades promocionais do evento esportivo nos estádios, nos seguintes termos:

Art. 3º. A participação de crianças e adolescentes em atividades promocionais do evento esportivo nos estádios, como “acompanhamento de jogadores”, “porta-bandeiras”, “gandulas”, “amigo do mascote” ou atividades assemelhadas, uma vez que voltada para a valorização da atividade esportiva, será permitida, mediante disponibilização pela empresa organizadora do evento, durante sua realização, para qualquer fiscalização, de autorização dos pais ou responsável legal, na forma do modelo contido no “Anexo I” desta Portaria, acompanhada de:

a) cópia simples do documento de identificação da criança ou do adolescente (RG, certidão de nascimento ou passaporte);

b) cópia simples do documento de identificação do subscritor da autorização descrita neste artigo (RG, passaporte ou documento de identificação do país de origem);

§ 1º. Para a participação na atividade de “gandula” deverá ser observada a idade mínima de 12 anos.

§ 2º. A relação de nomes e as cópias simples dos documentos de cada uma das crianças e adolescentes de que trata este artigo deverão ser protocoladas pela organizadora do evento, perante o juiz da vara da infância e juventude competente com no mínimo 48 horas de

antecedência da respectiva partida, em petição contendo o nome da pessoa física que ficará responsável por cada grupo de infantes, devendo tais documentos, ao menos em cópia simples, ficar em posse de um representante da respectiva empresa durante a realização da partida, para eventual fiscalização, bem como com ela arquivados para quaisquer eventualidades por um período de 6 (seis) meses após o término do torneio.

§ 3º. Situações excepcionais que impeçam o prévio depósito dos documentos no prazo do parágrafo anterior serão analisadas pelo juiz competente, inclusive no plantão.

§ 4º. O protocolo dos documentos de que trata o parágrafo 2º terá mera finalidade de controle e arquivo, sem a necessidade de qualquer expedição de alvará (grifo nosso).

Note-se que a edição da portaria recomendada autoriza a participação de crianças e adolescentes em diferentes formas de atuação nos jogos da Copa do Mundo.

Verifica-se que o § 1º da portaria restringe o trabalho de “gandulas”, àqueles indivíduos com idade mínima de 12 anos, logo, aos adolescentes.

Ocorre que, ao se atentar ao que dispõe o inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal, artigo este já citado em capítulo anterior, é possível encontrar o adjetivo “qualquer” quando da proibição do trabalho infantil: *“proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”* (sem grifos no original).

Sobre o tema, Oliva aborda que:

A indeterminação derivada do adjetivo “qualquer” significa que em nenhuma hipótese o trabalho será permitido para crianças ou adolescentes com idade inferior a dezesseis anos, a não ser na condição de aprendiz (somente a partir dos catorze), porque esta é expressamente excepcionada pelo próprio texto constitucional (2006, p. 156).

Ora, se o texto constitucional é claro em vedar “qualquer” trabalho aos menores de dezesseis, não pode um órgão administrativo, como já argumentado pelo professor Lênio Streck, o fazê-lo. Estaria o CNJ, desta forma, usurpando competência privativa do legislador federal, conforme a Constituição Federal atribui: *“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre [...] I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”*.

Destaca-se que o próprio texto constitucional permite a possibilidade do trabalho a um menor de 16 (dezesseis), desde que com 14 (quatorze), na

modalidade aprendizagem, e como se verifica tal possibilidade decorre de próprio preceito autorizativo constitucional.

Como se não bastasse, é preciso mencionar que a Consolidação das Leis Trabalhistas também veda o trabalho do menor de 16 (dezesesseis) anos:

Art. 403. É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

Assim, restou clara a invasão pelo Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo, na seara de um dos Poderes da República, na separação dos poderes, que é símbolo da conquista do constitucionalismo.

É preciso mencionar mais uma vez que, a idade mínima para o labor diário, diretamente afrontado pela Recomendação nº 13/2013, é direito fundamental constitucionalmente instituído.

Não se pode falar em ativismo judicial, em se tratando da edição da referida recomendação pelo CNJ, pelos seguintes pontos: a) primeiro porque o CNJ não se trata de um órgão com competência jurisdicional, mas tão-somente órgão administrativo, criado por meio da Reforma do Judiciário; b) segundo porque ao se falar em ativismo judicial pressupõe-se a inércia do Poder Legislativo, o que não ocorreu no presente caso, já que, o próprio Poder Constituinte originário, já determinou a idade mínima para o trabalho.

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso, em artigo intitulado “*Judicialização, Ativismo Judicial e legitimidade democrática*”, afirma:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (p. 06).

Assim, conclui-se que no caso aqui analisado não há ocorrência do fenômeno denominado “Ativismo Judicial”, por nenhuma de suas diferentes condutas. Não há aplicação direta da Constituição Federal, aliás, há exatamente o oposto, a inaplicabilidade de uma norma constitucional e ainda, o que pode ser considerado pior, por um órgão administrativo, sem poder jurisdicional algum.

3.1 Recomendação nº 13/2013 e a aplicação do princípio constitucional da vedação do retrocesso

Ao publicar a Recomendação nº 13/2013 o Conselho Nacional de Justiça interferiu na idade mínima para iniciar o trabalho, determinada pela Constituição Federal. Poderia ser dito, então, que, de certa forma, há, no presente caso, um retrocesso no direito social garantido.

A norma superior, desde sua promulgação em 05 de outubro de 1988, traz em seu texto, implicitamente, a aplicação do princípio da vedação do retrocesso aos direitos fundamentais lá garantidos.

Luís Roberto Barroso afirma que:

[...] por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido (2001, p. 158).

Por meio de diversos dispositivos constitucionais é possível verificar a presença do referido princípio, seja no que tange à garantia do direito adquirido, a coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos, seja nas restrições legislativas dos direitos fundamentais.

Em suas diversas formas, a premissa sobre a proibição do retrocesso guarda relação com a segurança jurídica.

Sobre o instituto pode-se concluir:

Retrocesso: a vedação do retrocesso significa que diante das possibilidades fáticas e jurídicas, as políticas públicas existentes não podem sofrer retrocesso. Aquilo que já foi conquistado em termos de proteção e concretização de direitos fundamentais e humanos, por meio de políticas públicas, deve ser mantido. Não se retrocede em conquistas histórico-civilizatórias (MARTINS *et al*, 2012, p. 48).

Para Ingo Sarlet:

Em suma, reiterando lição de Gomes Canotilho e Vidal Moreira, as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição do retrocesso, já que uma vez dada a satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele (2012, p. 454-455).

Sobre sua aplicabilidade, Vladimir Brega Filho expõe que:

Decorre, assim, da análise de tal garantia, que a Constituição contemplou, implicitamente, em seu Capítulo II (Dos Direitos Sociais), a proibição de retrocesso, de forma a consagrar o princípio para as demais garantias do texto constitucional, sendo este, portanto, um dos exemplos donde decorre sua interpretação.

No mesmo sentido, as enunciadas cláusulas pétreas traduzem a intenção constitucional de não abolição de diversos dispositivos constitucionais, em sua totalidade, caracterizados como conquistas históricas, que salvaguardam direitos básicos do cidadão e que trazem consigo o espírito do Estado Democrático de Direito, previstas no art. 60, §4º da Constituição Federal.

Na redação, não se admite a deliberação de emenda constitucional tendente a abolir “a forma federativa de Estado”, “o voto direto, secreto, universal e periódico”, “a separação entre poderes” e os “direitos e garantias individuais”.

Novamente, de forma implícita, o constituinte previu a vedação da reforma constitucional que implicasse em retrocesso em tais matérias, na tentativa evidente de preservar as conquistas que caracterizavam, à época, um avanço social e o início de uma caminhada rumo à sua efetividade (2012, p. 252).

O Conselho Nacional de Justiça, ao recomendar a possibilidade do desempenho das funções de “gândulas” aos que possuam doze anos completos, por exemplo, infringe mandamento constitucional da vedação do trabalho infantil por “qualquer” forma, como já anteriormente abordado.

Assim, é possível verificar que o Conselho Nacional de Justiça restringe um direito garantido não somente pela norma infraconstitucional, mas também pela própria norma superior, o que é implicitamente protegido pelo princípio da vedação do retrocesso aqui analisado.

CONCLUSÃO

Ao logo dos últimos tempos verifica-se que os direitos fundamentais foram sendo conquistados e garantidos nas Cartas e Constituições de diversas partes do mundo.

Em se tratando especificamente da defesa dos direitos da criança e do adolescente, é possível notar uma maior preocupação pelo Poder Constituinte Originário (1988), tendo em vista os diversos dispositivos inseridos no corpo da

atual norma constitucional, os quais por diversas maneiras demonstram a importância da proteção infanto-juvenil defesa desses direitos.

Dentre o rol de direitos constitucionalmente instituídos aos infantes, estão destacados aqueles ligados à vedação do trabalho do menor, seja pela proibição do trabalho noturno, proibição de trabalho perigoso, seja pela imposição da idade mínima para o labor.

Destaca-se, ainda, no ordenamento jurídico brasileiro, a figura do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que foi criado por meio da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), tendo referido órgão competência administrativa e jamais jurisdicional.

Não se pode esquecer que a competência para tratar de matéria relativa ao trabalho é privativa da União, a própria Constituição Federal assim dispõe. Desta feita, não compete a um órgão administrativo, que não possui competência para julgar, e muito menos para legislar, alterar mandamento constitucional de forma arbitrária.

Como apresentado, a Constituição Federal veda qualquer forma de trabalho ao menor de 14 anos. Se a própria norma constitucional assim o faz, não pode o Conselho Nacional de Justiça, órgão meramente administrativo, dispor de forma diferente do preceito, interferindo num direito já consagrado, o que pode ser tido como uma afronta à Constituição, o que é vedado, inclusive, pela aplicabilidade do denominado princípio da vedação do retrocesso.

Referências

- ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e Participação Popular*. A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 20 de março de 2014.
- BREGA FILHO, Vladimir. A proibição de retrocesso e a reforma do Código Florestal. *Revista Eletrônica ARGUMENTA*. Jacarezinho, Universidade Estadual do Norte do Paraná, nº 16, 2012, p. 247-265. Disponível em <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/222/221>>. Acessado em 10 de maio de 2014.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CUNHA, Rogério Sanches; LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Criança e do Adolescente - Artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- DELLORE, Maria Beatriz Pennacchi. *Convenção dos Direitos da Criança*. Direito

Internacional dos Direitos Humanos. São Paulo: Atlas, 2007.

ECA. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Lei Federal nº 8.069/1990.

ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Martha de Toledo. *A proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos*. Barueri: Manoele, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valdir. *Tratado de Direito Constitucional 1*. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do Trabalho do Menor*. São Paulo: LTr, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lênio; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clémerson Merlin. *Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*. Revista da EMESC, v. 12. Disponível em <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/1-1246645274.PDF>. Acesso em: 10 de abril de 2014.

VILHENA, Oscar. *Direitos fundamentais, uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

REVISANDO A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

Adolfo Carlos Rúbio Prosdócimi¹⁶⁵

Resumo:

O presente artigo analisa a mutabilidade do princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais diante dos acontecimentos mundiais causados pela crescente crise econômica. Como objetivo principal, busca analisar a possibilidade de alteração da regra de limite absoluto ao retrocesso em consequência da crise institucional do Estado moderno. Desenvolve-se uma análise doutrinária do princípio da proibição de retrocesso social fixando-se as várias posições, pontos de convergências e discordâncias a respeito da possibilidade de retrocesso, analisam-se as propostas de limite com a manutenção do núcleo das conquistas, sem, contudo, deixar de experimentar, ou pelo menos fomentar uma ideia de necessidade de inovação. Como objetivo secundário, analisa os casos específicos de retrocesso ocorridos em outros países, traçando parâmetros de paradigma à possível repetição dessas situações em terreno pátrio, finalizando com uma análise das perspectivas e proposições de futuros estudos.

INTRODUÇÃO

Quando se está diante de um dilema têm-se várias respostas, ou pelo menos duas plausíveis. Quando se está em uma encruzilhada têm-se dentre várias direções somente uma a escolher, porém após muitas respostas e escolhas de direção pode-se chegar a não ter mais respostas ou estar num beco sem saída.

A doutrina vem consagrando o princípio do limite de retrocesso, e considerando-se o que existe a respeito, geralmente é aceito como inatacável tal princípio. No entanto, é necessário que se considerem as mutações por que passam as relações humanas e os crescimentos das demandas sociais e das obrigações do Estado moderno como elementos fundamentais aos avanços em pesquisas, pois estas permitem indicar ou propor novas opções, e fomentar ou novas visões sobre o assunto, tal como fizeram Cristóvão Colombo, Thomas Edson, Darwin e outros descobridores, inventores e conquistadores, que foram em busca do novo, do desconhecido, impulsionados pelo interesse científico e desejosos de ampliar horizontes e obterem respostas a questionamentos intrigantes.

Pois não há evolução histórica sem renovação de ideias e ideais, já que o próprio povo escreve sua história e determina as regras do jogo que deseja jogar, mudando-as conforme suas necessidades e possibilidades.

Neste sentido, aborda-se o Princípio da Proibição do Retrocesso considerando-se as limitações orçamentárias geradas em função da combinação

¹⁶⁵ Mestrando em Direito Constitucional pela UENP, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Especialista em Direito Empresarial e Tributário pela Universidade de São Paulo, graduado em Direito pela Universidade de São Paulo e graduado em Administração de Empresas pela FIO - Faculdades Integradas de Ourinhos. Agente Fiscal de Rendas do Estado de São Paulo, atuou como Consultor Tributário por três anos na Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Professor em várias áreas do direito e de auditoria, em cursos superiores e cursos preparatórios particulares.

de dois fatores: a velocidade do crescimento das necessidades de caráter prestacional e o surgimento de novas demandas.

Neste texto não se tem a finalidade de se adotar o ataque incansável ao princípio, ou eleva-lo à condição de máxima necessária, mas abordar de forma científica as situações em que o retrocesso deixa de ser uma opção e passa a ser uma necessidade.

Considera-se fundamental compreender o papel da democracia, que construiu, desde a independência dos Estados Unidos e da Revolução Francesa, uma modificação de conceitos, de tal forma que o Estado liberal cedeu lugar ao Estado assistencialista, e que por conta disso o Estado passou a atender demandas e mais demandas sociais, porém para tudo há sempre um limite, uma linha intransponível com a qual se deva deparar, ainda que em um momento futuro, quando talvez seja esse o fim de bico para tantas ações afirmativas, ou talvez não, mas é salutar, ainda que apenas como experimento científico, imaginar que seja o fim delas, para que através de um exercício racional possa-se antecipar medidas, encontrar saídas e alternativas, evitando-se um possível caos.

2 A LIMITAÇÃO DE RETROCESSO

O princípio da proibição de retrocesso social, também conhecido como “cláusula de vedação de retrocesso”, evoluiu através da jurisprudência européia, expressivamente em Portugal e na Alemanha.

Em decorrência, a doutrina fixou que ao Estado não seria permitido, uma vez alcançado determinado grau de efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, atuar no sentido de negar a realização desses direitos, tal como veremos mais adiante em José Joaquim Gomes Canotilho, que afirma que “o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido”(CANOTILHO, 2003, p. 88), e no mesmo sentido, por Lênio Luiz Streck ao afirmar que “Nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social.”(STRECK, 2004, p. 101)

Notadamente, o Estado social adotou a defesa dos direitos fundamentais como premissa, evoluiu dos direitos de primeira geração, assim denominados os direitos fundamentais ligados à dignidade humana, essencialmente naturais, tais como o direito a vida, à liberdade, à igualdade, para os direitos de segunda geração, que se podem conceituar como derivativos daqueles, de primeira geração. Portanto, quando se fala em manutenção do mínimo existencial, está-se ligando a obrigação do Estado a garantir meios para que o direito à vida seja exercido.

Quando se fala de liberdade de pensamento e de expressão, associação e manifestação, estar-se-ia ligando a obrigação do Estado de garantir o direito ao exercício da liberdade e, quando o Estado garante que os direitos de uns sejam preservados dos ataques de outros, inclusive do próprio Estado, estar-se-ia ligando à obrigatoriedade do Estado de garantir o acesso à justiça e à segurança jurídica.

Como bem situou o professor Ingo Wolfgang Sarlet,

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 encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais. (SARLET, 2012, p. 375)

Desta visão de Ingo Wolfgang Sarlet pode-se compreender que o Estado está atrelado à obrigatoriedade de garantir e preservar os direitos fundamentais.

Pode-se dizer que no campo dos direitos fundamentais expressos através dos exercícios de direitos positivados manifesta-se a constante necessidade do cidadão de buscar a defesa de seus direitos por meios legais cabíveis, no entanto, quando se parte para a obrigação do Estado de prover os meios de subsistência dos seus cidadãos, tem-se a conduta positiva do Estado manifestada nas ações sociais, programáticas, essenciais e distributivas.

Com razão, a criação de organismos ou institutos jurídicos assistencialistas tem criado ao longo do tempo uma saída para a reparação histórica do legado negativo do passado, porém, as pessoas que alçam um patamar social superior ao que estavam sempre estarão a necessitar de novos benefícios.

De tal forma, um indivíduo que não tinha energia elétrica em sua residência, ao passar a ter acesso, passará automaticamente a necessitar de bens que a utilizam, com isso sua renda necessitará aumentar, assim como suas necessidades pessoais.

Essa visão de constante aumento de exigências é compactuada com Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, quando analisa a evolução da democracia:

Duvidoso é que as expectativas e exigências venham a diminuir, que venha a ter sucesso a estratégia de exoneração do Estado. Pelo contrário, haverá razões para pensar que, a menos que condições antidemocráticas ocorram a impedir a sua manifestação, o volume das necessidades transformáveis em exigências políticas não cessará de crescer... (PINTO, 1994, p. 60)

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, vários programas governamentais foram criados para implementação de ações afirmativas. A partir disso, os problemas recaem sobre responsabilidade de sua continuidade e efetividade.

Sabe-se que, ao Estado, conceitualmente, é proibido retroceder em matéria de direitos fundamentais incorporados ao patrimônio do cidadão, tal concepção visa da garantia da coisa jurídica, do bem estar social e da

manutenção da certeza de que um direito alcançado não será foco de ataques de futuros governantes.

Nesse sentido, conclui o professor Ingo Wolfgang Sarlet que,

Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional, como dão conta as diversas manifestações deste princípio... (SARLET, 2012, p.442, 443)

Uma vez estabelecido o programa de assistência estatal, seja ele na área da saúde, educação, habitação, segurança, transporte ou qualquer outra, não pode o administrador eliminá-lo por sua simples vontade.

De fato, inicialmente, a ótica da proteção ao direito se faz pela questão da segurança jurídica, aquela que permite o sono dos justos, de tal forma que não deixe incerto resultado de uma solução dada pelo direito.

Nesse sentido, valendo-se da defesa da judicialização de políticas públicas, o Ministro Celso de Mello aduz que:

Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, Senhor Presidente, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado. Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (...). Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013)

Assim, além de outras questões que oportunamente serão levantadas há que se preocupar com a questão do mínimo existencial. A própria legislação posta de maneira imprecisa e fluida contribui para que sejam indeterminados os direitos fundamentais em algumas vezes, dessa indeterminação surge necessidade de se estabelecer um núcleo do próprio direito previsto e assim determiná-lo como direito essencial, no caso, direito fundamental essencial.

Nesse sentido, manifesta-se o professor Ingo Wolfgang Sarlet, apimentando a questão, ao afirmar que “em face do relativamente alto grau de indeterminação destas normas, ainda mais quando não concretizadas legislativamente, a determinação do conteúdo essencial destes direitos fundamentais revela-se especialmente problemática.” (SARLET, 2012, p.442)

Ainda, na mesma trilha da preservação do mínimo essencial, e considerando que haja dúvida acerca do direito a ser aplicado, valorizando o uso dos princípios constitucionais, os professores Luís Otávio Vincenzi de Agostinho e Vladimir Brega Filho traçaram brilhante relação de que:

É necessário, ainda, ressaltar a importância da interação entre os princípios da proibição de retrocesso e da proporcionalidade, relação primordial para a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais sujeitos a supressões ou modificações negativas. (AGOSTINHO e BREGA FILHO, 2012, p. 247)

De acordo com os entendimentos referenciados, sejam quais forem os direitos fundamentais, estes, uma vez preservado seu núcleo essencial, podem ser modificados ou sofrer restrições, inclusive no âmbito constitucional.

Entretanto, há que se considerar que sempre que surgir uma legislação que suscite a possibilidade da aplicação de princípios variados, o recurso do cidadão é a busca de solução pela via judiciária a fim de que a aplicação de um critério de ponderação seja utilizado pelo Judiciário na solução do conflito entre princípios.

Segundo leciona Robert Alexy:

“Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...]” (ALEXY, 2011, p. 90)

Neste sentido, afirma Ronald Dworkin que:

“Quando dois princípios entram em colisão – por exemplo, se um diz que algo é proibido e outro, que é permitido –, um dos dois tem que ceder frente ao outro, porquanto um limita a possibilidade jurídica do outro. O que não implica que o princípio desprezado seja inválido, pois a colisão de princípios se dá apenas entre princípios válidos”. (DWORKIN, 2010, p. 80)

Por conta desse entendimento, existem inúmeros julgados que adotam a ponderação como meio de solução a casos práticos que apresentem conflitos

entre princípios constitucionais.

Como exemplo dessa argumentação acerca da ponderação, tem-se o voto da Des.(a) Márcia De Paoli Balbino, que analisando a questão entre conflitos de princípios constitucionais anotou que “A aplicação dos princípios constitucionais é realizada através de uma ponderação de suas repercussões na situação fática apresentada, acarretando o afastamento daqueles que, segundo a hermenêutica, não oferecem a solução adequada ao caso”.(TJ-MG, 2013)

Com certeza, essa indeterminação objetiva acabará por desaguar no Judiciário todas as vezes que se buscar uma solução para questões fáticas. Na verdade, em matéria de direito, mais e mais temos as questões práticas como alimentadoras das decisões judiciais para resolver a aplicação do embate entre princípios, e pergunta-se: por que aguardar que as questões cheguem aos tribunais antes de evidenciá-las como reais e de necessário novo tratamento?

Sabendo-se que não há como se determinar antecipadamente a amplitude da proteção constitucional, insere-se a necessidade de aferição *in casu*, da ocorrência de eventual restrição ao que seria o núcleo do direito. A partir dessa premissa somente nos casos concretos poder-se-ia avaliar se houve uma ofensa ao princípio, especialmente ao seu núcleo.

Este pensamento está presente em Robert Alexy, quando o mesmo afirma que “os princípios são mandamentos de otimização que são satisfeitos em maior ou menor grau de acordo com os âmbitos de possibilidades fáticas e jurídicas”. (ALEXY, 2011, p.435)

Tal necessidade decorre da ausência de previsão expressa na Constituição de 1988 de qualquer parâmetro que indique um caminho, a não ser a impossibilidade de eliminação do direito conquistado, admitindo-se, como se viu, a sua redução ao mínimo, ou seja, ao que seria o núcleo essencial.

Nesse sentido, é corolário da concepção principiológica da vedação ao retrocesso que a mesma pode e até mesmo deve ceder sempre que as circunstâncias do caso concreto informarem que outros princípios ou regras devam preponderar sobre o princípio ora analisado.

Esse núcleo essencial dos direitos fundamentais seria, portanto, a unidade substancial que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo da decisão legislativa.

É assim que pensa sobre o assunto o professor José Joaquim Gomes Canotilho ao tratar da teoria de proibição de retrocesso, pois a baseia com uma garantia do “núcleo essencial” do direito já realizado, em que nenhuma alteração legislativa (seja infraconstitucional, seja do próprio poder constituinte derivado) poderia violar um direito adquirido (em sentido amplo), o que ensejaria, segundo o constitucionalista português:

... clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana [...]o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e

efetivado 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 de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna. (CANOTILHO, 2003. p.340)

Por conta disso, a proibição de retrocesso seria um específico limite às ações legislativas, impedindo que um direito fundamental regulamentado sofra alterações que reduzam o significado que lhe foi atribuído pela norma anterior, ordinária ou constitucional.

Do mesmo modo, concluiu Lênio Luiz Streck, ao analisar a questão:

Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade. (STRECK, 2003, 328p.)

Por essa razão, pode-se entender que os doutos aceitam um retrocesso até o núcleo do que foi instituído, mantendo-se o essencial daquilo que teria sido criado como proposta assistencial.

O problema posto ao administrador público é encontrar esse núcleo essencial e limitar-se a não ultrapassar negativamente a linha mínima a qual estaria obrigado, porém, como se verá, a questão vai além dessa ultrapassagem, a questão inclui a dificuldade de serem mantidos todos os demais núcleos estabelecidos, diante de outros fatores de pressão econômica atual.

Antes, porém, de se adentrar por esse debate, urge uma explanação acerca de outras querelas que envolvem a legitimidade envolvida em situações reais ligadas à proibição de retrocesso, para se estabelecer uma linha de abordagem em relação às possibilidades e legitimidades, bem como quanto às mudanças que se façam prementes, e a partir disso idealizarem-se soluções para a questão em pauta.

3 PROIBIÇÃO DE RETROCESSO - NÚCLEO ESSENCIAL

Como ponto de partida à necessidade de serem abordadas as

legitimidades envolvidas quanto à vedação de retrocesso ou à possibilidade de retrocesso, temos que à luz do que se disse no tópico anterior, há uma possibilidade legislativa de retrocesso, consagrada no respeito ao mínimo essencial, i.e., desde que o mínimo essencial alcançado seja preservado, ainda que por medidas compensatórias, há a possibilidade do retrocesso limitadamente.

Como se firmou a doutrina, amarrar o Legislativo com decisões que estabelecem obrigações ao Estado têm efeito imediato, mas ao custo de sobrecarga e desvio de funções dos poderes constituídos.

Por conseguinte, impedir a evolução legislativa é uma teoria interessantemente formulada quando se observa apenas casos individualmente, no entanto, a leitura de dados macro levam à constatação de esgotamento do sistema e de seus recursos.

É com essa visão, apontada também por Michel Prieur, quando diz que:

Em nome da soberania dos parlamentos, o tempo do direito recusa a ideia de um direito adquirido sobre as leis: “o que uma lei pode fazer, outra lei pode desfazer”. Não estaria aí, na seara ambiental, uma porta aberta o retrocesso do direito, capaz de prejudicar as gerações presentes e futuras? [...]

Os autores clássicos consideram que o Direito deve se submeter, necessariamente, a uma regra de adaptação permanente, reflexo da evolução das necessidades da sociedade. (PRIEUR, Michel, 2013, p. 11)

Essa ótica, do ilustre mestre, ainda que seja uma abordagem sobre matéria ambiental, traz conceitos implícitos, que apesar de justificar-se como adaptação necessária do direito aos fatos presentes a fim de modificar *status quo* estabelecido, acaba por demonstrar que o direito evolui, e que, se pode evoluir para mais, nada há que impeça sua evolução para menos, curvando-se frente às necessidades evolutivas da sociedade.

Noutras circunstâncias, porém, a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de atribuir uma subsistência meramente formal, impõe a revisão das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o caráter de opções legislativas fundamentais.

Conforme conceitua Fahd Medeiros Awad:

[...] parece ter considerado que só ocorreria retrocesso social constitucionalmente proibido quando fossem diminuídos ou afectados «direitos adquiridos», e isto «em termos de se gerar violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural», tendo em conta uma prévia subjectivação desses mesmos direitos. [...] Os direitos

fundamentais, autorizando-lhes, inclusive, uma diminuição das posições jurídicas. Nesse sentido, reconhece-se o poder de conformação do legislador no mister de quantificar e formatar alcançadas, desde que a norma não aniquile o direito atingindo o seu mínimo existencial. Sem atingir esse mínimo, não há retrocesso, mas mera diminuição em quantidade. Afetado o essencial, a norma será maculada pela inconstitucionalidade, pois derogou o cerne que caracteriza os direitos fundamentais. (AWAD, 2010, p. 90-100)

Assim como a doutrina, a jurisprudência portuguesa tem acolhido o princípio da proibição do retrocesso social, o Tribunal Constitucional Português proferiu o Acórdão nº 39/84, de 11 de abril de 1984, verdadeiro *leading case* do tema em questão.

No julgado, alegava-se a inconstitucionalidade da revogação de um diploma legal, que, caso fosse efetivada, significaria a extinção do Sistema Nacional de Saúde, previsto na Constituição da República Portuguesa.

Eis alguns trechos do voto do Relator da matéria, Conselheiro Vital Moreira, que acabou prevalecendo:

A Constituição não se bastou com estabelecer o direito à saúde. Avançou no sentido de anunciar um conjunto de tarefas estaduais destinadas a realizá-lo. À frente delas a lei fundamental colocou a "criação de um serviço nacional de saúde" (artigo 64º, nº 2). A criação de um serviço nacional de saúde é pois instrumento - o primeiro - de realização do direito à saúde. Constitui por isso elemento integrante de um direito fundamental dos cidadãos, e uma obrigação do Estado. Ao extinguir o Serviço Nacional de Saúde, o Governo coloca o Estado, denovo, na situação de incumprimento da tarefa constitucional que lhe é cometida pelo artigo 64º, nº 2 da Constituição. Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir tarefa e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção. Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma instituição, uma alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção, direta da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que

cumpriu, não pode tornar a colocar-se na posição de devedor. É que aí, a tarefa constitucional, a que o Estado se acha obrigado, é uma garantia do direito fundamental, constitui ela mesma objecto de um direito dos cidadãos (...). As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. (TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS, 2002)

Até aqui, o que se viu foi exatamente o mesmo pensamento norteador: o Estado obrigado a preservar o que instituiu, e se, não pode mantê-lo integralmente, que se obrigue a preservar o seu mínimo essencial, ou compensar por outros meios.

No entanto, como se verá no próximo título, a questão que parece resolvida, diante dos rumos atuais das demandas sociais, apresenta uma nova exigência de cuidado, devendo ser estruturada e atendida.

4 PROBLEMATIZAÇÃO

A questão posta é a das limitações fáticas, de receita e de despesa, conta que deve ser levada em consideração quando se pensa em necessidades revisionais de procedimentos já sacramentados.

O aumento da conta deverá ser suportado pelo Estado, o crescimento populacional e a longevidade da população aumentam gradativamente as necessidades de aporte econômico, uma vez que mais indivíduos entram no sistema protetivo através do aumento populacional, e ainda, se antes havia uma permanência por menor período de tempo, a própria melhoria de qualidade de vida tratará de aumentar o tempo de permanência pela sobrevida conquistada por essa melhoria.

Pois, conforme estimativas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população brasileira continuará crescendo até 2042, quando deverá chegar a 228,4 milhões de pessoas. Nesse mesmo ano a taxa de crescimento vegetativo será de 0,24%, bem diferente da década de 1950, que apresentou taxa de crescimento vegetativo positivo de 2,40%, e nessas mesmas bases estimativas, a esperança de vida ao nascer deve atingir os 80,0 anos em 2041, chegando a 81,2 anos em 2060. (IBGE, 2013)

Pelo que se vê, apesar da redução brusca no crescimento vegetativo, a população brasileira não irá reduzir rapidamente, pois a expectativa de vida está aumentando, quer seja em virtude do desenvolvimento de novas tecnologias medicinais, quer seja pelo aumento de cuidados e preocupação com a saúde, o que não ocorria com tanta frequência nas décadas anteriores. Porém, ocorrerá o envelhecimento da população.

A esse respeito, em matéria assinada por Wilson Tosta, divulgou O Estado de São Paulo:

Quem nasceu no Brasil em 2010 tinha expectativa de vida de 73 anos, nove meses e três dias - onze anos, dois meses e 27 dias a mais do que os brasileiros nascidos em 1980, que poderiam esperar viver 62 anos, seis meses e sete dias, segundo a edição 2013 da pesquisa "Tábuas abreviadas de mortalidade por sexo e idade". O trabalho, divulgado nesta sexta-feira, 2, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aponta que ao longo do período 1980/2010 a esperança de vida do brasileiro recém-nascido cresceu, em média, quatro meses e quinze dias por ano. (ESTADÃO.COM.BR., 2013)

O envelhecimento da população agrava o assistencialismo ao idoso, traz novas preocupações ao sistema previdenciário e assistencial e cria indagações sobre modelos e soluções para crises de caixa e sobrevivência do sistema.

Esse agravamento causado pela longevidade foi verificado por Adriana Aparecida Alves Martins de Freitas e Renato Bernardi que concluíram que "Diante do acelerado processo de envelhecimento pelo qual passa a população e de um índice cada vez maior de expectativa de vida, é importante que sejam elaboradas novas políticas de acesso à moradia, voltados à pessoa idosa,..." (FREITAS E BERNARDI, 2014).

A cada ano o mercado de trabalho recebe uma nova leva de graduados em níveis superior ou técnico, estes indivíduos necessitam de postos de trabalho. É necessário que a estrutura estabelecida seja satisfatória, e que se evite a concentração em áreas superpopulosas, de modo que se permita o crescimento descentralizado, evitando a geração problemas de grande dimensão, tais como o de locomoção, habitação, segurança pública, infraestrutura básica, entre outros.

Algumas ações afirmativas foram desenvolvidas para aumentar o acesso ao ensino superior e também para permitir o resgate histórico da elitização, porém o incremento de mais indivíduos habilitados aumenta a demanda por mais ações do Estado em continuidade, não basta apenas formalizar o direito.

Neste sentido, é preciso implementá-lo, como bem lembraram Luis Otávio Vincenzi Agostinho e Vladimir Brega Filho:

Entretanto, universalizar a igualdade mediante variados instrumentos jurídicos e acreditar na suficiência dessa teorização pode acabar sendo um engano, isso pelo fato de que se corre o risco de omissão estatal na criação de medidas pragmáticas que ponham em prática a construção literal bem organizada dos instrumentos jurídicos.(AGOSTINHO e BREGA FILHO 2010, p. 455 a 476)

Também o passe livre para idosos, e outras conquistas para eles, tais que dispostas na Lei nº 10.741/2003, conhecido como Estatuto do Idoso, foram construídas por experiências positivadas, visando à redução de tratamentos diferenciados para evitar efeitos mais danosos a essa faixa etária, tais como filas em banco, atendimentos morosos em postos de saúde e exagero no custo de medicamentos.

É certo que o volume inicial vem se modificando. Como foi visto, novas demandas por ações afirmativas foram incorporadas, como também as exigências da população se especializaram.

Em muitos casos, a falta de estrutura eficiente acaba por prejudicar os programas, ou a falta de manutenção adequada de equipamentos e instrumentos em outros, também o planejamento ineficiente e até mesmo o amadorismo têm sido causas de inconsistências.

É o que salta aos olhos no noticiário diário pelo país, conforme exemplos recentes:

No transporte público:

O Rio de Janeiro sofreu mais uma vez com problemas no trem da Supervia, que liga o subúrbio e a Baixada Fluminense ao Centro do Rio de Janeiro. O sistema de transporte público do Rio de Janeiro é absolutamente precário. (GLOBO, 2014)

Na saúde pública:

O governador de Roraima, Chico Rodrigues (PSB), decretou situação especial de emergência na saúde pública do Estado após receber um relatório da Secretaria de Saúde (Sesau) com uma série de problemas no sistema, em especial a superlotação das unidades. (UOL, 2014)

Na educação:

Por causa dos problemas orçamentários, a USP já cortou em 30% os gastos com custeio e investimento para 2014. Unesp e Unicamp também reduziram despesas neste ano para conter a crise financeira. (RECORD, 2014)

Por conta desses fatores que ocorrem isolada ou conjuntamente, tanto a complexidade quanto a falta de estrutura tem causado danos, desvios e atrasos.

Como já foi dito, não seria problema aumentar o número de demandas, nem tão pouco aumentar o número de assistidos, se e somente se, não houvesse problema arrecadatório, mas há.

O Estado tem capacidade arrecadatória definida no Título VI da Constituição Federal, que dispõe sobre tributação e orçamento, porém, nesse mesmo ordenamento, essa capacidade de arrecadar sofre uma série de limitações constantes dos artigos 150 a 153, sendo importante ressaltar a estabelecida no item IV do Art. 150:

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;

...

Essa capacidade arrecadatória do Estado, por estar limitada à própria capacidade de contribuição do cidadão, que não poderá suportar carga excessiva de tributos, acaba por definir que o Estado terá à sua disposição um valor máximo de arrecadação, que consideradas todas as formas possíveis de tributar, em sua soma total, não poderá ultrapassar o conceito de vedação ao confisco.

Por esse conceito, percebe-se claramente que existe um limite para os que contribuem e, considerando que também se atinja o limite de utilização necessário e possível em termos de investimento na política social prestacional, em consequência, teríamos o seguinte quadro: ou estar-se-ia limitando o acesso de novos assistidos ou reduzindo a capacidade de assistência per capita, que em outras palavras significaria ou o estancamento do sistema social, ferindo o direito de tratamento isonômico, ou o retrocesso social pela diminuição do já fornecido aos antigos incluídos de forma a permitir o ingresso de novos demandantes.

Como se resolveria essa questão? Aumento de demanda seria suportado até se chegar ao tão mencionado núcleo protegido? E se não se puder cumprir esse mínimo? Punir-se-á o Estado? Seria hipocrisia repensar sobre a célebre frase: "O Estado somos nós"? Seria possível suprimir ações afirmativas? Se sim, como escolher quais ações afirmativas deveriam ser então suprimidas?

Estas questões só terão solução efetiva quando o processo chegar ao seu limite e for necessário se optar pelo procedimento a seguir, o que se registra neste artigo é que isso não é uma hipótese impossível.

Como se constata na prática, o Estado se tornou fortemente assistencialista e uma inversão de valores consubstanciou os direitos fundamentais como de ordem imperativa, desconsiderando outros valores reais.

É preponderante que o crescimento populacional e fatores econômicos conjunturais têm de ser levado em conta, não se podendo resolver questões reais apenas com máximas jurídicas, pois determinações judiciais não têm a capacidade, de por si só, fazerem o Estado, criar riquezas, meios de crescimento de receita e providenciar o surgimento de estruturas com excelência de atendimento e autossustentáveis, há necessidade de mudança sistêmica, demorada, paulatina.

Mesmo se considerando o que hoje já se arrecada, é possível que haja desvios de recursos, e que a capacidade retributiva e distributiva venham a ser prejudicadas por ineficiência, negligência, ou má-fé, no entanto, estas questões deverão ser tratadas caso a caso como questões de ordem judicial contra quem as praticar.

Na análise e debate em questão está-se situando o estrangulamento do

Estado gestor por conta da insuficiência do que é arrecadado e disponibilizado para custeio tanto das ações afirmativas, como das ações de cumprimento de plano orçamentário anual ou plurianual, bem como para custeio das despesas geradas pela existência da própria máquina pública.

Ou seja, além das atuações de cunho assistencial, social e estrutural, o custo estatal é formado por várias outras necessidades imperativas, e uma delas é a própria existência do agente assegurador da ordem pública, por isso, partindo-se da premissa de que a sobrevivência e manutenção de um Estado de direito depende da existência de um Estado forte em suas instituições, e considerando-se que a falta de capacidade retributiva e distributiva do Estado está direta e, proporcionalmente, ligada à capacidade contributiva do cidadão, e ainda, considerando-se que um desequilíbrio entre receita e despesa levaria ao caos administrativo, incapacidade de investimento e de prestação de serviço público adequado, seria necessária uma abordagem diferenciada e inovadora sobre a questão.

Como bem firmado por Dayse Coelho de Almeida:

Os direitos sociais, por sua própria natureza, invocam do poder político uma demanda de recursos para sua aplicabilidade plena, o que gera fortes pressões ideológicas e envolve escolhas políticas determinantes para conseguir alcançar o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivo consagrado em nossa Carta Magna. (ALMEIDA, 2007, p.118-124)

Resumidamente, não se pode esquecer da responsabilidade do gestor público em firmar e manter eficazmente as ações do Estado.

Veja-se, a questão que se solidificou é a de que um mínimo essencial, do que já fora criado, deva ser mantido, e essa é uma seara firmemente aceita e defendida.

Porém, a nova questão é a que se apresenta: qual a capacidade de manutenção desse mínimo sem que se impute ao cidadão a necessidade de confiscos e outros institutos arrecadatários para equilibrar a capacidade do Estado em manter esse mínimo essencial?

Seria o mínimo essencial uma máxima inatacável? Ou esse essencial deve ser analisado num contexto maior, de escolhas e sacrifícios? Ter-se-ia que se considerar a quantidade de projetos existentes e as demandas por novos, e quando instalados deve o Estado preocupar em mantê-los, porém, como fazer isso se a oferta de espaço permanecer estagnada diante de uma população crescente e valores contributivos crescentes em proporção menor?

Vale lembrar, conforme salienta o professor Eduardo Cambi, “tal proibição de retrocesso não é absoluta, não servindo para engessar a argumentação e os espaços democráticos, mas apenas para assegurar condições materiais básicas para o exercício democrático de todos”. (CAMBI, 2009. p.229)

Essas questões levam a análises preliminares de que à medida que um determinado valor for distribuído entre vários projetos, assegurar-se-á o

mínimo enquanto houver proporcionalidade entre o que se arrecada e o que se distribui.

É certo, contudo, que à medida que o que se arrecada chegue a um limite, ter-se-á, obrigatoriamente um impedimento prático à continuidade de diversificação e criação de novas frentes sociais, pois essa continuidade e criação, diante do atingimento do limite possível de gerar receitas por meio da arrecadação, somente seria possível através de uma redistribuição dos recursos e investimentos colocados nas ações já existentes.

Obviamente, por conta disso, estar-se-iam diminuindo os valores distribuídos a cada ação e, sucessivamente se fazendo isso, uma vez atingidos valores exigidos para manter-se o mínimo possível de cada uma das demandas já existentes. Isto significa, em outras palavras, que o Estado iria reduzir cada ação ao limite mínimo da possibilidade de redução dos investimentos, conseqüentemente não haveria mais espaço para novas demandas, o que é matematicamente lógico.

Essa ideia apenas inicia a reflexão, pois aqui se estaria falando de refrear demandas para manter-se dentro das possibilidades de ações com o que já se arrecada, mas existem mais preocupações. Veja-se que, se as próprias demandas existentes e já firmadas tiverem crescimento de favorecidos em proporção superior aos que contribuem, estar-se-ia novamente com o problema da redução de produto a ser dividido, ou seja, há que se pensar em que não apenas o surgimento de novas demandas pode preocupar, mas também o “inchaço” das que já existem pode.

É momento de repetir o pensamento aqui firmado: não se pode agir sem responsabilidade, não há como fazer o impossível, pois em um dado momento, quando todos os valores disponíveis pelo Estado forem insuficientes para garantir que ao menos os programas já existentes, ainda que reduzidos a seus núcleos essenciais, possam ser continuados, não bastará à doutrina firmar-se em torno da tese de que não pode haver retrocesso, porque não se estaria diante de uma escolha possível, mas de uma impossibilidade material.

Confirmando essas ponderações Paulo Otero, Fernando de Brito Alves e L.F. Kazmierczack consideraram que “não seria possível invocar-se o princípio do não retrocesso na defesa de todo e qualquer direito, apenas com base na pretensão do requerente, de forma a impor ao Estado a função de eterno provedor, obrigando-a conceder e concretizar o Direito”, pois com isso, segundo os ilustres doutrinadores, “estar-se-á enfraquecendo todos os demais direitos, já que, quando tudo se tornar um direito, na realidade nada mais deve ser considerado como tal” (OTERO, 2010, p. 157; ALVES, KAZMIERCZACK, 2011, p. 144-156).

Deste modo, quando isso ocorrer, inevitavelmente, diante das suas limitações fáticas e econômicas, o Estado forçosamente se verá obrigado a abolir uma ação em favor da manutenção de outra, de tal modo que a questão da imutabilidade não se mostrará razoável.

Contudo, além desse mínimo essencial, o certo é que se deve formular outras questões acerca de uma mudança radical de pensamento da vontade popular e, ainda que se falasse em ordem estabelecida e impossibilidades

constitucionais, seria preciso muito malabarismo para deixar de acatar o clamor popular, e nesse caso, uma nova ordem se estabeleceria.

Diante desse quadro, não se poderia estar a presenciar uma escolha pelo próprio cidadão em manter conquistas e abrir mão de outras? Ou seja, não se estaria, de forma soberana, exercendo o direito ao retrocesso para manter, por escolha, direitos, sopesadamente, mais significativos, ainda que esse retrocesso fosse somente momentâneo?

Parece óbvio que o Estado deva planificar todas as ações existentes, mensurar o que se pretende gastar, como se gastará, registrar e apontar quais os objetivos buscados em cada tipo de ação prestacional e colher histórico de como esses objetivos estão se manifestando, devendo ainda, identificar os desvios, procurar minimizá-los, mas principalmente deve-se ter a capacidade de retroceder até um ponto seguro, quando for o caso, para evitar a necessidade de supressão.

É o que pensa José Wilson Nogueira de Queiroz (1982), ao expressar que “planejamento constitui uma das funções básicas da administração científica, seguindo-se a organização, o comando, a coordenação e o controle. Assim, o Estado ou a empresa determinam, antecipadamente, em consonância com normas e diretrizes prefixadas, a programação a ser atingida na execução de seus objetivos.” (QUEIROZ, 1982)

Mencionada supressão, remeterá fatalmente ao retorno das escolhas da soberania, que como se verificará, será decisiva para estabelecer se em determinado momento será possível quebrar o limite de retrocesso consagradamente inquebrável.

6. PELO MUNDO

As economias mundiais sofrem com problemas estruturais, de tal modo que sinalizam para uma redução nos investimentos, tal redução causaria uma readequação financeira e significaria um retrocesso social de largas proporções.

Esta situação aparece estampada na matéria de Antonio Martins ao comentar as medidas da União Européia:

As hipóteses de pensadores como Manuel Castells e Ignacio Ramonet, que enxergam recrudescimento da luta de classes na Europa e riscos de retrocesso social profundo, ganharam nova força nos últimos dias. Na terça-feira (4/9/2013), o jornal londrino *The Guardian* vazou o conteúdo de uma carta-ultimato radical, dirigida pela chamada *troika* (União Europeia, Banco Central Europeu e FMI) ao governo grego. Enviado às vésperas da viagem de uma “comissão de inspetores” a Atenas, e redigida na forma de um elenco seco de exigências, o documento concentra-se nas relações de trabalho. (MARTINS, 2013)

Essas atitudes são sem sentido e de efeito contrário ao progresso social, na visão de Manuel Castells:

Uma estupidez percorre a Europa: a ideia de que o Estado de Bem-estar social é caro e insustentável, porque o envelhecimento populacional significa menos trabalhadores ativos e maior número de inativos (que estão mais caros, porque não têm a decência de morrer quando devem...). No fundo, trata-se do triunfo de uma mentalidade segundo a qual a vida é produzir e consumir. Sustento que se trata de um absurdo, tanto em termos humanos quanto estritamente técnicos. (CASTELLS, 2013)

Outra situação, noticiada na Revista Forum, aponta para retrocesso que nada tem a ver com necessidade econômica, mas meramente conceitual:

O Parlamento Europeu deixou cair a emenda 138 no debate sobre as medidas reguladoras das telecomunicações, que considerava o acesso livre à internet um direito e estabelecia que qualquer medida que restrinja direitos fundamentais ou liberdades deve ser tomada somente em circunstâncias excepcionais e por meio de uma intervenção judicial. Agora o Parlamento aceita que seja diretamente cortado o acesso à internet pelas autoridades de qualquer país a quem faz, por exemplo descargas de ficheiros P2P (*peertopeer*) e permite que qualquer país limite, sem provas nem processos judiciais, o acesso à internet pelos utilizadores. (REVISTA FORUM - 2012)

Estar-se-ia assistindo, pelo mundo, uma revisitação do tema “proibição de retrocesso”, em alguns casos justificados, pelos que optaram pelo retrocesso, com base na adequação à reserva do possível, aparentemente dando a este princípio mais valia. Em outros casos, nada além do princípio da soberania.

Neste trabalho não está se colocando o direito ao retrocesso como máxima, mas sim disparando um alarme para a questão do que é verdadeiro e o que é falseado.

A questão não seria retroceder pelo simples retroceder, ao contrário, seria ter em mente que resolução de questões sociais depende de estratégia, depende de modo de abordagem e de efetividade. Estar atento a modificações que interagem com a realidade é prevenir que não haja contaminação por falta de cuidados.

Sendo que Ladislau Dowbor, brilhantemente analisou e ponderou que :

Hoje temos todos os meios econômicos, técnicos e de

organização para assegurar uma vida digna para todos. É o desafio principal que se coloca. Não se responderá a este desafio sem uma participação ativa das forças que hoje controlam a economia, essencialmente as grandes corporações. (DOWBOR, 2006. p.109)

Talvez seja preciso apenas investimentos em áreas de sustentação, talvez seja necessário redirecionamento de ações, porém, é certo que em dados momentos somente o passo atrás será solução.

O Brasil não está livre desses acontecimentos que têm ocorrido mundo a fora, nem pode se dar ao luxo de dizer-se despreocupado, pois as recentes manifestações populares demonstraram a insatisfação com as políticas públicas e a forma de condução dos atos de governo e política.

É primordial que se lance um olhar crítico para os fatos. O controle das massas se faz pela confiança que ela deposita em seus representantes, para que isso ocorra, não há fatores isolados concentrados em figuras ilustres, mas sim em atitudes firmes e contundentes.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, deve-se encarar os fatos na medida em que eles surjam, como eles se apresentarem na realidade e admitir que não há regra inquebrável, nem verdade insofismável.

Se a realidade empurra para atitudes inovadoras, se a realidade nua e crua modifica atitudes e estabelece nova ordem de fatos, se derruba governos postos e traz novos ideais à moda, não se pode deixar de respeitar a realidade.

A realidade está à porta, ou se pensa em estabelecer limites ao oferecimento de assistencialismo social, ou se preocupará em começar a trocar e a descartar parte do que existe para ser mantida a outra parte.

A responsabilidade pelas escolhas recairá sobre o poder que a soberania popular atribuirá aos governantes, mas cobrar-lhes que ultrapassem o limite do razoável é acertar o próprio pé com um projétil, pois o limite do retrocesso existirá até que a capacidade distributiva se esgote. A ordem jurídica, por conta dessa necessidade de retrocesso, uma vez admitida pela soberania popular, no exercício regular de suas escolhas, permitirá que os valores sejam também reescritos ou revistos.

Não se tratará mais de contrapor-se um princípio a outro, *in casu*, o da reserva do possível versus o da proibição de retrocesso, casado este último com o mínimo existencial.

Tratar-se-á de se verificarem as condições que estancam o Estado a ponto de não conseguir atender ao mínimo existencial de todas as demandas, quando a soma de todos os mínimos superarem a soma da capacidade máxima do Estado.

Por conta disso, em dado momento, terá que ocorrer uma escolha entre os programas mais essenciais, e estar-se-ia modificando o conceito de mínimo essencial dentro de uma única ação afirmativa para um mínimo essencial dentre

um conjunto de ações, não se estaria diante de uma escolha simples, mas de uma necessidade premente.

Atribuir a um comando legal a capacidade de resolução de problemas sociais é o mesmo que acreditar que emitir cédulas monetárias resolverá o problema do próprio governo, ou seja, bastará emitir dinheiro para resolver a sua falta. Compreender que a filosofia tem como limite a realidade é princípio de sanidade.

O que se propõe é uma reavaliação antecipada dessas demandas, um estudo detalhado de situações e atitudes possíveis, uma preparação para o enfrentamento de dificuldades e a eleição das prioridades, de forma a criar uma agenda mínima, e abrir um canal inteligente para ajustar essa agenda com base em dados reais às necessidades, porém, sem perder de vista que o investimento em infraestrutura, a politização, e a boa governabilidade acabam por gerar os caminhos ideais a uma sociedade menos dependente e por conta disso, mais autossustentável.

Referências

AGOSTINHO, Luís Otávio Vincenzide; BREGA FILHO, Vladimir. Por um olhar democrático às ações afirmativas XIX Encontro Nacional do Conpedi, Fortaleza, 2010.

_____. A proibição de retrocesso e a reforma do código florestal. Revista Argumenta, Jacarezinho, nº 16, 2012

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. Inclusão Social, Brasília, v.2, n.1, out. 2006/ mar. 2007.

ALVES, Fernando de Brito; KAZMIERCZAK, L. F. Sobre o déficit de fundamentalidade dos direitos fundamentais. In: AGOSTINHO, Luiz Otavio Vincenzi; et al. (Org.). Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa: construção do saber jurídico e função política do direito. 1ed. Birigui - SP: Boreal. 2011.

AWAD, Fahd Medeiros - Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais - Justiça do Direito. v. 24, n. 1, 2010

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASETELLS, Manuel. Castells: como elites estão rompendo o pacto social. Disponível em <http://outraspalavras.net/posts/castells-como-as-elites-estao-rompendo-a-pacto-social/> Acesso em 09 setembro de 2013.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. 3ª. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FREITAS e BERNARDI. O Acesso à moradia em instituições de longa permanência para idosos: Direito Social e políticas públicas voltadas à pessoa

idosa garantidoras do direito fundamental, XXIII Encontro Nacional do Conpedi, Florianópolis, 2014.

DOWBOR, Ladislau - Democracia econômica um passeio pelas teorias, São Paulo, 2006. Disponível em <http://dowbor.org>. Acesso em 10 setembro de 2013.

GLOBO, <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/01/problema-prejudica-circulacao-de-trens-na-supervia-nesta-quarta-feira.html>

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Notícias - População brasileira deve chegar ao máximo (228,4 milhões) em 2042. Disponível em

<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2455&busca=1&t=populacao-brasileira-deve-chegar-maximo-228-4-milhoes-2042> acesso em 10 setembro de 2013

MARTINS, Antonio. Europa: outro imenso passo atrás. Disponível em <http://outraspalavras.net/posts/europa-imenso-passo-atras/> Acesso em 09 setembro de 2013.

OTERO, Paulo. A Democracia Totalitária - Do Estado Totalitário à Sociedade Totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI. Cascais: Princípiã. 2010.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral - Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Coimbra. Editora Coimbra. 1994.

PRIEUR, Michel - COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE - Colóquio Internacional PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL - Senado Federal. Março 2013.

QUEIROZ, José Wilson Nogueira de. Direito Econômico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

RECORD, <http://noticias.r7.com/educacao/em-crise-usp-unicamp-e-unesp-congelam-salarios-13052014>.

REVISTA FORUM - Retrocesso no acesso livre à internet na Europa, Disponível em http://revistaforum.com.br/blog/2012/02/retrocesso_no_acesso_livre_a_internet_na_europa/, 2012. Acessado em: 09 Setembro de 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11.ed. ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Informativo 582. Transcrições. Voto do Ministro Celso de Mello em Suspensão de Tutela Antecipada - STA 175-AgR/CE. Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 23/08/2013

TJ-MG - Agravo de Instrumento: AI 10024131791063001 MG(TJ-MG, 2013)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS - Acórdão n.º 509/2002, de 19 de Dezembro.

UOL, <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas->

[noticias/2014/05/27/governador-de-roraima-decreta-situacao-de-emergencia-na-saude.htm](#)

SISTEMA DE COTAS NO ENSINO SUPERIOR: VIOLAÇÃO OU GARANTIA DE DIREITOS?

Fabio Leite ¹⁶⁶

Resumo:

As Ações Afirmativas consistem senão na igualdade material, consubstanciada na máxima: “tratar os iguais, igualmente; os desiguais, desigualmente; na medida de sua desigualdade”. Neste limiar, o Constituinte enseja a paridade, fundamento mister do sistema jurídico. A Igualdade sofre um processo de transformação lento e gradativo a par da evolução histórica dos direitos fundamentais. A noção de igualdade é que faz com que haja conquista de direitos. Ocorre que muito embora a Igualdade seja positivada, trata-se de um direito de aplicação difícil, já que se revela, como regra, a desigualdade na sociedade. Tanto é que, a Igualdade goza de status de Princípio, justamente por ser um ideal que deve ser sempre visado. Como meio de efetivação da isonomia, surgem as chamadas Ações Afirmativas que se destinam a concretizar e democratizar os direitos fundamentais. Trata-se de um meio efetivo de desigualação, e por assim ser, trava tortuosos debates. Exemplo disto é o Sistema de Cotas instituído no seio educacional, objeto deste trabalho.

INTRODUÇÃO

Este trabalho se destinou a análise do instituto das Ações Afirmativas, sob a ótica da efetivação dos direitos fundamentais. Em que pese às várias espécies de ações afirmativas, tem escopo no Sistema de Cotas como meio de ingresso no ensino superior.

Foram utilizados os métodos dedutivo, já que é necessário traçar os aspectos gerais a respeito do tema de forma crítica; e ainda, o histórico, pois é eficaz para uma compreensão lógica da origem das Ações Afirmativas.

Traçou-se um panorama a respeito da evolução histórica do Princípio da Igualdade, sendo este o pilar que sustenta as Ações Afirmativas, na perspectiva da isonomia material.

Portanto, a priori tratou-se brevemente a respeito dos direitos fundamentais sob a égide do Princípio da Igualdade. É mister, frise-se, absolutamente imprescindível, tal análise, ainda que sucinta, ante a grandiosidade do tema, pois norteará a compreensão da necessidade da efetivação da regra prevista no artigo 5º, caput e inciso I da Constituição Federal.

A respeito do Sistema de Cotas levantou-se a discussão da

¹⁶⁶ Discente do 5º ano do Curso de Direito das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – Presidente Prudente/SP.

constitucionalidade do referido programa, ainda que, juridicamente, no Brasil, esteja de acordo com a Constituição Federal segundo a interpretação do Supremo Tribunal Federal, fato este, que entendemos controverso, e, portanto, justifica a escolha do tema.

2 DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A evolução dos direitos fundamentais perpassa difíceis séculos de luta para o reconhecimento, exercício e positivação jurídica, bem como, sua efetivação, grande problemática do século XXI. A igualdade erigida como princípio na Constituição, e também como direito, faz parte dos constantes apelos da sociedade frente aos mandamentos impostos pelos vários tipos de Estado desde os primórdios até ao Estado Democrático e Social de Direito, ou seja, a discussão remonta à época do poder real.

A noção de equidade intrínseca ao homem, em contraste com as determinações reais, fez com que, sedentos pela a igualdade, aos poucos, o rei cedesse às reivindicações populares.

É bem verdade, que no início desta trajetória, apenas o clero e nobreza marcharam contra o absolutismo real, pois eram as únicas forças organizadas naquele momento. Entretanto, inicia-se aí a busca pelo reconhecimento da voz popular, fato este que ganha força no século XVIII. Neste anseio de se fazer ouvir pelo Estado, não há outra alternativa ao absolutismo monárquico, a não ser conceder prerrogativas, bem como, garantias mínimas de participação na vida política, mas, ainda são outorgas que podem ser retiradas pelo detentor do poder. É justamente nesta perspectiva de democracia, que se embasa o ideal de igualdade.

Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A opressão absolutista foi a causa próxima do surgimento das Declarações. (...) Em todas essas declarações, cujo caráter abstrato é tantas vezes criticado, há a resposta, artigo por artigo, a um abuso do absolutismo. (...) Os franceses também procuravam impedir os abusos mais frequentes. Apenas o seu pendor racionalista – metafísico, diria um inglês – os levou a proclamar princípios eternos e universais.¹⁶⁷

Não há como dissociar a igualdade dos demais direitos exigidos pelo povo, pois é justamente esta noção de se sentir igual, ou ainda, querer, poder em equidade, a força motriz capaz de fazer com que se pudesse reivindicar melhores condições de vida.

Entretanto, se faz necessário trazer esta aspiração de igualdade à vida cotidiana. Isto é, é necessário efetivar este direito para que os demais direitos possam ser exercidos. Neste sentido, devemos todos nos mobilizar para que

¹⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional (2011, pg. 315).

haja uma efetiva tentativa de se implantar o mínimo de igualdade. Devido a isso, é necessário discorrer a respeito deste princípio basilar para a convivência.

É o princípio da igualdade o sustentáculo das políticas afirmativas, que por sua vez, visam concretizar os direitos humanos ou fundamentais. Não é difícil concluir que os direitos fundamentais, principalmente os previstos pela nossa Carta Magna, ainda são direitos ideais, isto é, muito embora positivados pela Constituição há muito que se trilhar para a efetivação desses direitos, e direitos que sejam exercidos com qualidade. Isto porque, é possível acompanhar no cotidiano, a dificuldade do acesso à educação, saúde, transporte, trabalho com condições dignas, dentre outros direitos.

Ou seja, é necessário democratizar os direitos fundamentais, vez que todos somos sujeitos de direitos. Todos, sem exceção. Faz-se a ressalva, já que por disposição da nossa Carta de Direitos, deve-se promover o bem de todos. Trata-se de objetivo fundamental do nosso país.

Neste mesmo limiar de pensamento Norberto Bobbio atesta:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.¹⁶⁸

A promoção do bem de todos à que se refere o texto Magno, implica na satisfação do necessário a cada um de nós, portanto, comer, vestir, calçar, estudar, dignidade, respeitar e ser respeitado, enfim, aqui se elenca as hipóteses mais genéricas que acreditamos serem necessários a todos, sem excluir, os anseios pessoais que cada indivíduo leva consigo de formar bastante particular.

Ora, as hipóteses acima elencadas nos parece fazer parte da Constituição Federal, quando a Lei Maior elenca os direitos fundamentais ou humanos. Portanto, poderíamos concluir que a promoção do bem muito se confunde com o dever estatal em fazer valer nossos direitos.

Pela leitura do artigo 3º da Constituição Federal é perceptível que o objetivo da nossa República, em verdade, se trata do bem estar dos que aqui estão. A vontade do constituinte se fundamenta em cada um de nós. Os incisos deste artigo têm como centro os sujeitos de direito. Sim, pois uma sociedade justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e marginalidade, a promoção do bem sem preconceitos, só podem ser almejados pelo povo e para o povo.

São as lições de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:

O artigo 3º da Constituição Federal arrola os assim chamados objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, cujo propósito é o de aparelhar ideologicamente o texto constitucional, revelando que

¹⁶⁸ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos (2004, p. 21).

todo conjunto ordenamental que irá se levantar nos dispositivos subsequentes se prende à realização de alguns objetivos básicos, que nada mais realizam do que a tradução da noção de justiça social.¹⁶⁹

Percebe-se, pois, que ao menos legalmente o legislador constituinte faz jus a um dos fundamentos da nossa República, isto é, sob o prisma de que o objetivo fundamental do nosso país é o bem de todos, não é difícil perceber que de fato há uma preocupação com a dignidade da pessoa humana, já que cada um do povo deve gozar deste objetivo.

A Constituição preconiza que todos são iguais, logo poderíamos depreender que todos, independente de etnia, sexo, classe social, opção sexual ou credo religioso temos os mesmos direitos em igual quantidade e qualidade. Parece ainda que o alcance de uma sociedade justa depende desta igualdade em direitos e de direitos. Isto é, se para a promoção do bem de cada indivíduo é necessário à efetivação do exercício dos direitos fundamentais, para a promoção de uma sociedade justa é necessário que cada indivíduo exerça seu direito de forma igualitária.

Para isso, é necessário enxergar a igualdade como um dos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, sobretudo, como um mecanismo nivelador da sociedade.

Já na Idade Contemporânea pensadores como Jean Jacques Rousseau e Charles Louis de Se Montesquieu em suas obras O Espírito das Leis e o Contrato Social, respectivamente, já tratavam do tema.

os princípios igualitários do homem não constituíram criações ou expressões inéditas do Século XVIII, visto que já haviam sido concebidos pelos grandes pensadores da antiguidade, entre eles Montesquieu e Rosseau, que despertaram, mais do que outros filósofos, o espírito universal para a proposição da realidade dessas idéias.¹⁷⁰

Quanto à igualdade na democracia, Montesquieu alega que se trata de um ideal de difícil efetivação, sendo suficiente atenuar as desigualdades. A lei ao impor encargos aos mais ricos, e concessões aos mais pobres, cumpriria um dever paritário. De acordo com ele: “A igualdade é a alma do Estado na Democracia”.¹⁷¹

A lição de Montesquieu a princípio parece utópica, já que a desigualdade é evidente na vida em sociedade, no entanto, trata-se de lição importante, em vista do dever do Estado em se empenhar para concretizar a igualdade.

¹⁶⁹ ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional (2006, p. 104).

¹⁷⁰ MADRUGA, Sidney. Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira (2005, p. 31).

¹⁷¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Se. O Espírito das Leis: As Formas de Governo, A Federação, A Divisão dos Poderes (2004, p. 123).

Já Rousseau entende que a elaboração das leis é um ato de soberania. Neste sentido, devem as leis ter dois escopos: a liberdade e a igualdade. “A liberdade, porque toda dependência particular é outro tanto de força tirada ao corpo do Estado; a igualdade, porque a liberdade não pode existir sem ela”.¹⁷²

Rousseau brilhantemente complementa, de maneira acertada, à igualdade a liberdade. E não é de difícil compreensão que tais ideais devam se associar.

Para tanto, basta lembrarmos o trágico passado de escravidão de negros e índios em nosso país, momento histórico este que não se vislumbrava nem liberdade e/ou igualdade a essas pessoas. Com a abolição da escravatura, pensa-se em liberdade, contudo, houve uma marginalização de negros e índios, longe de se chegar à igualdade. Marginalização que ainda hoje é notória.

Pergunta-se então, de que adianta a liberdade se ainda as minorias estão presas à desigualdade? Rousseau afirma que deve a lei visar a liberdade e a igualdade. E aqui, faz-se menção, novamente, ao dever paritário que deve a lei cumprir ensinado por Montesquieu. Isto é, tanto Montesquieu quanto Rousseau estão de acordo no sentido de que, a lei deve buscar a igualdade.

Em verdade a noção de igualdade e liberdade são vetores importantes que levam a conquista da democracia, contudo, toda gama de direitos fundamentais embasam o Estado Democrático.

No magistério de José Afonso da Silva:

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa de envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.¹⁷³

A democracia se trata, portanto, de um conjunto de valores consistes nos direitos fundamentais. Ademais os direitos fundamentais são dinâmicos, pois a cada sociedade há a necessidade de aprimorar os direitos já existentes, ou ainda, criá-los, sempre observando a vontade do povo.

Pela explicação de José Afonso da Silva, não é a democracia tão somente uma participação política na vida do Estado, mas também, a vivência dos direitos fundamentais.

Dentre os valores existentes na democracia está a igualdade, que em

¹⁷² ROSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social (2002, p. 67).

¹⁷³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo (2010, p. 125).

verdade, trata-se de um direito. Direito este a fim de coibir o poder opressor imposto pelo Estado, bem como, um meio de nivelar a sociedade. Porém, é como forma de deter o poder Estatal, a fim de garantir o mínimo de direitos, que surge a igualdade na literatura jurídica.

Deve-se dizer de início, que quando da sociedade primitiva, havia uma distribuição das tarefas, em que os bens pertenciam a todos. Isso implica no fato de que não existia um poder capaz de oprimir, marginalizar. Havia uma convergência de interesses. No entanto, com o surgimento da propriedade privada, em que há a necessidade de defesa dela, se inicia um meio de subordinação entre as gentes. É justamente neste momento que surge a escravidão, como forma de defesa da terra. Neste aspecto, é importante a ingerência do Estado a fim de controlar essa opressão.

É neste contexto histórico que surgem as declarações de direitos do século XVIII. Porém, anteriormente às declarações, havia outros documentos que previam direitos em face do poder do Estado. Esses documentos constituem os antecedentes das declarações de direitos.

A Magna Carta assinada em 15 de junho de 1215 previa liberdades entre o rei e os barões, bem como, à igreja e ao povo inglês. Neste aspecto, havia uma centralização do poder nas mãos do rei, que fez com que houvesse a necessidade de libertação, ou menor ingerência do Estado nos assuntos da Igreja; participação na determinação de tributos.

Nenhuma taxa de isenção de serviço militar nem contribuição alguma será criada em nosso reino, salvo mediante o consentimento do conselho comum do reino (...) E para obter o consentimento do conselho comum do reino a respeito do lançamento de uma contribuição, ou de uma taxa de isenção do serviço militar, convocaremos os arcebispos, bispos, abades, condes e os principais barões.¹⁷⁴

À época, essas liberdades não se aplicavam a todos, mas tão somente aos estamentos do clero e da nobreza, ao menos, textualmente, pois embora tenha a Magna Carta garantido as liberdades e a participação do clero e da nobreza em determinações do Estado, na prática isso não se efetivava.

José Afonso da Silva observa 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 às imposições democráticas.”¹⁷⁵

Sendo assim, outros documentos foram editados para que se fizesse afirmar os direitos previstos na Magna Carta. Surge então em 1628 a Petição de Direitos (Petition of Rights). Este documento trazia pedidos feitos pelo parlamento inglês ao rei, para que observasse as determinações da Carta de 1215. O rei se viu obrigado a aceitar a referida petição, pois o parlamento

¹⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos (2008, p. 84).

¹⁷⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo (2010, p. 126).

detinha o poder das finanças, de modo que, era necessário a autorização do parlamento para que o rei pudesse fazer uso do dinheiro.

Outro texto importante na busca das garantias mínimas em relação ao Estado é a Lei de Habeas Corpus de 1679. Tal qual conhecemos hoje, trata-se de um meio de se efetivar a liberdade de locomoção, bem como, restringir as prisões injustas. A lei surgiu na Inglaterra com caráter político. O objetivo do parlamento era não permitir que o rei pudesse decretar a prisão dos seus adversários políticos. Neste contexto, já visava o parlamento em destituir todo o poder real.

Com o objetivo de se deixar clara a supremacia do parlamento, em 1689 foi editada a Carta de Direitos da Inglaterra (Bill of Rights). O texto previa que não podia o rei suspender a vigência ou a execução de leis, sem autorização do parlamento; que a desobediência do rei em relação às leis constitui ilegalidade; que a cobrança de impostos sem a autorização do parlamento é ilegal; que os súditos tem direito de petição ao rei.

Mas o essencial do documento consistiu na instituição da separação dos poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão encarregado de defender os súditos perante o Rei e cujo funcionamento não pode, pois, ficar sujeito ao arbítrio deste.¹⁷⁶

A democracia está ligada a evolução do exercício dos direitos. Ao passo que a sociedade cada vez mais buscava garantir mandamentos que os protegessem, a noção de democracia vai se enraizando na vida do Estado. Aos poucos o absolutismo monárquico vai cedendo as pressões exigidas pela sociedade.

As previsões de direitos editadas no período absolutista constituíram verdadeiros antecedentes da grande revolução que aconteceria no século XVIII. Se no Estado Absolutista a sociedade pretendia limitar o poder real, no século XVIII o povo visava a independência da monarquia, bem como, a instituição de um governo democrático.

O Continente Americano, a exemplo do Europeu, inicia um novo processo de edição de cartas de direitos norteados pela escola jusnaturalista. Isto é, parte-se do pressuposto de que há direitos que se sobrepõem a todos os homens, sendo necessário a sua positivação para que haja um respeito efetivo.

Neste sentido, dá-se início ao movimento Constitucionalista do Século XVIII. De acordo com o magistério de Canotilho:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O

¹⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos (2008, p. 96).

conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.¹⁷⁷

O movimento Constitucionalista, portanto, consiste na positivação de normas que garantam à sociedade a limitação do poder estatal, bem como, a previsão de normas que assegurem os mais elementares direitos.

Nas lições de Leo Van Holthe:

Em verdade, as Constituições no sentido moderno (e, portanto, os Estados Constitucionais ou Estados de Direito) resultam da afirmação histórica dos direitos fundamentais, cuja principal finalidade era a limitação do poder estatal.

Assim, quando afirmamos a supremacia do texto constitucional, estamos afirmando também a supremacia dos direitos fundamentais, devendo a realização desses valores ser o fim último de toda interpretação jurídica, razão pela qual, além de uma “interpretação conforme a Constituição”, devemos exigir dos poderes públicos e da sociedade em geral uma “interpretação conforme os direitos fundamentais”.¹⁷⁸

Normas essas elencadas em textos que consistem na base do sistema normativo, de modo que irradie efeitos a todo o ordenamento jurídico.

Neste sentido afirma Hans Kelsen:

Ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo facto de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma norma 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 pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.¹⁷⁹

Muito embora a Carta da Virgínia tenha iniciado as grandes transformações políticas, é a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte de 1787 o carro chefe das Cartas de Direitos do século XVIII. Isto porque nela se faz constar a noção da soberania estatal, e também

¹⁷⁷ CANOTILHO, J.J Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição (2002, p. 51).

¹⁷⁸ HOLTHE, Leo Van. Direito Constitucional (2009, p. 247).

¹⁷⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito (1939, p. 57).

popular, já que é o povo que ergue o novo Estado.

Assim, em 1787 a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, constou que: “Todos os homens são criaturas iguais”.¹⁸⁰

Quanto aos direitos fundamentais positivados pela Declaração, poderíamos destacar a liberdade de religião; a consagração do princípio do juiz natural, bem como, do devido processo legal; direito de propriedade; sufrágio universal.

Já no Continente Europeu a insatisfação com o absolutismo monárquico somado a Revolução Francesa, bem como, às ideias Iluministas, convergiram na edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A Declaração é considerada como um documento norteador das Constituições que surgiram. Possui a positivação de direitos tão revolucionários que ainda hoje os Estados se socorrem da Carta Francesa.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em seu artigo 1º proclama que: “Os homens nascem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”.¹⁸¹

A menção da igualdade é de fundamental importância na Carta Francesa, já que trata-se de uma clara oposição a sociedade de estamentos que vigia na Europa Absolutista. A Declaração prevê uma forte participação popular na propositura das leis, e ainda, a soberania da Nação; os direitos de propriedade, segurança, livre manifestação do pensamento.

O grande legado da Declaração é o fato de gozar de universalidade, sendo, portanto, um grande marco da globalização dos direitos humanos. Isto é, o homem entra em cena como sujeito de direitos, passando-se a partir daí os Estados a se preocuparem com a dignidade da pessoa humana. Em comunhão com a Declaração Americana, vê-se consolidar as bases do regime democrático.

A atual Carta Magna se insere no contexto da redemocratização do Brasil, em vista a ditadura que anteriormente aqui vigia. É denominada de Constituição Cidadã, pois traz em seu texto inúmeras disposições que garantem aos cidadãos direitos, bem como, meios de proteção contra os abusos do Estado.

A igualdade é consagrada no caput do artigo 5º e inaugura o título Dos Direitos e Garantias Fundamentais. A igualdade assume papel de destaque no texto da nossa Constituição, e não poderia ser diferente já que o Brasil se trata de um Estado Democrático em que todos devemos ter os mesmos direitos e deveres. Ligado a este ideal de igualdade, a Constituição veda expressamente qualquer forma de preconceito, traduz que a justiça deve guiar o Estado, e ainda prevê a redução das desigualdades sociais e regionais.

Como é necessária essa democratização prática dos direitos, e a igualdade é sem dúvidas, o princípio mestre que visa a atenuação das desigualdades sociais, se tem que ele é dividido num conceito formal e material.

¹⁸⁰ NATIONAL ARCHIVES. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html>. Acesso em: 4 de fevereiro de 2014.

¹⁸¹BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 4 de fevereiro de 2014.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimentos de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.¹⁸²

A igualdade formal é aquela prevista nas normas jurídicas, isto é, não pode a lei criar distinções que não autorizadas pela Constituição Federal. Ou seja, o legislador não pode segregar, discriminar, ao criar uma lei. Em outras palavras as leis devem ser aplicadas àqueles que estão em patamar jurídico idêntico.

Já no aspecto material seria a real efetivação de uma norma, visando diminuir as desigualdades sociais. É uma espécie de tutela do Estado garantindo uma especial proteção a determinados setores da sociedade.

Grosso modo, para se alcançar a igualdade, deve-se dividir em grupos os iguais. Após compara-se os grupos e percebe-se as diferenças. As diferenças consistirão justamente na dose, isto é a medida, de proteção que determinados grupos necessitam. A partir disso, confere-se igualdade às minorias.

Deste modo, faz-se necessário lembrar:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a 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 o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.¹⁸³

Posto isto, há aqueles que levantariam a tese de que a igualdade idealizada por Barbosa feriria a democracia. No entanto, isto não se verifica. Como bem observa Alexis de Tocqueville:

Considero como ímpia e detestável a máxima que diz que

¹⁸² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional (2008, p. 37).

¹⁸³ BARBOSA, Rui. Oração aos Moços e O Dever do Advogado (2007, p. 33).

em matéria de governo a maioria de um povo tem direito a tudo; (...) A onipotência me parece uma coisa má e perigosa. Exercer um poder absoluto está, em meu juízo, acima das forças do homem (...). Não há na terra autoridade tão respeitável por si mesma, ou revestida de um direito tão sagrado, que eu quisesse ver atuar sem controle e dominar sem obstáculos.¹⁸⁴

A ideia de que a democracia é um governo em que deve prevalecer tão somente a vontade da maioria, consiste em um absolutismo às avessas, em que não mais o Rei detém o poder contra aqueles de situação inferior, mas, sim, o povo detentor do poder que se opõe contra determinados grupos hipossuficientes.

Isto é, da mesma forma que num Estado Absolutista, ou mesmo num Estado de Exceção há poder concentrado na figura de um ditador, rei; também é possível que num Estado que se diga Democrático de Direito haja concentração absoluta do poder nas mãos da maioria. Vale a ressalva de que estamos considerando uma concentração absoluta do poder.

É necessário e imperioso que aqueles que governam estejam preocupados em promover políticas com o intuito de dar oportunidades aos que mais carecem. Novamente citamos aqui, a dignidade da pessoa humana. A dignidade deve ser o vetor, objetivado pelos nossos governantes. Tendo-se em vista alcançar a dignidade para todos, conseguiremos, ainda que, aos poucos, atenuar as desigualdades.

Portanto, ainda que a democracia seja o governo da maioria, deve-se respeitar e governar para as minorias. Neste prisma, surgem as chamadas ações afirmativas.

3 AÇÕES AFIRMATIVAS

Afinal o que são Ações Afirmativas? São políticas públicas que foram planejadas nos Estados Unidos da América do Norte para combater a política oficial dos “Separados, mas Iguais”, que oficializava a segregação racial.

Essa política previa que a segregação racial, quando da prestação de serviços, ou ainda, como tratamento genérico, seria permitida com a condição de que, os serviços e tratamentos fossem oferecidos, dentro de um mesmo padrão para todas as raças. Isto é, não se admita que a segregação fosse pretexto para segregar uma ou mais raças ou etnias de direitos assegurados aos demais.¹⁸⁵

Isto é, se há um direito exposto atinente a um determinado grupo de pessoas, não poderia, o fator raça, ser critério de segregação, a menos que, houvesse uma abrangência desse direito a toda e qualquer pessoa. A

¹⁸⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. Igualdade Social e Liberdade Política (1988, p. 51 e 53).

¹⁸⁵ MENEZES, Paulo Lucena de. A Ação Afirmativa (affirmative action) no Direito Norte-Americano (2001, p. 74).

discriminação trata-se de um aspecto relevante do tema Ações Afirmativas. Denota-se pela política dos “Separados, mas Iguais”, que discriminar é perfeitamente possível. Em verdade a essência das Ações Afirmativas consiste em uma discriminação, dita positiva, que trataremos em momento oportuno.

As Ações Afirmativas são políticas em benefício de grupos discriminados ante a condição socioeconômica que pertencem.

Define André Ramos Tavares:

Ações Afirmativas são medidas privadas ou políticas públicas objetivando beneficiar determinados segmentos da sociedade, sob o fundamento de lhes falecerem as mesmas condições de competição em virtude de terem sofrido discriminações ou injustiças históricas. Só se confirmam como ações afirmativas legítimas até alcançarem o objetivo almejado e constituírem um patamar de neutralidade relativamente a este grupo. Não se trata de mera ação compensatória (por perdas já ocorridas), mas de verdadeira concessão de preferências, de benefícios (atuais e com objetivo certo: incremento das oportunidades).¹⁸⁶

Essas ações visam dar as minorias, uma participação política maior, bem como acesso a educação, saúde, cultura, emprego, dentre outros direitos fundamentais.

Pelo conceito supracitado, é possível verificar que as ações afirmativas também constituem uma tarefa de entes privados. Fato este bastante interessante, já que se houvesse uma mobilização na iniciativa privada, com o objetivo de trazer aos hipossuficientes oportunidades, trilharíamos em passos largos rumo a uma significativa redução dos desníveis sociais.

Devemos nos conscientizar também de que todos pertencemos a República, e devido a isso, todos deveriam estar engajados em buscar e dar dignidade, em promover o bem, em erradicar a pobreza, marginalização, em construir uma sociedade justa e solidária. Assim, todos seríamos beneficiados.

De fato, tem o poder público o dever de garantir melhores condições de vida à população, mas estamos num Estado em que os governantes são eleitos pelo povo. Portanto, se nos representam, devemos ser espelhos a eles. Devemos ser parâmetro para que as mudanças ocorram.

A necessidade de políticas afirmativas, como bem observa Tavares, advém do fato de que devido ao passado histórico, determinados setores sociais foram marginalizados e não gozam de seus direitos.

O Brasil é exemplo clássico desta marginalização. A escravatura, sem dúvidas é uma consequência nefasta da exclusão de negros e índios. Não há de se falar em igualdade de oportunidades. Citaríamos aqui também, o dificultoso processo do ingresso da mulher na vida social, política, e neste aspecto é algo vivenciado mundialmente.

¹⁸⁶ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional (2003, p. 423).

Há ainda a exclusão da população carcerária, no sentido de que não há oportunidades de emprego, inclusão social, fato este que culmina para a reincidência na vida criminosa. Deparamo-nos também, cotidianamente, com o debate a respeito dos direitos civis dos homossexuais, e a negativa desses direitos não deixa de ser uma modalidade de exclusão.

Deve-se atentar ao caráter da temporariedade dessas políticas, neste aspecto fala-se numa discriminação positiva, no sentido de que dures o necessário à efetivação de um certo nível de igualdade.

as ações afirmativas se definem como políticas públicas (ou privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.¹⁸⁷

Ou seja, é por meio das ações afirmativas que alcançaremos o mínimo de igualdade, atenuando as diferenças que implicam em preconceitos de quaisquer espécies. No conceito supracitado, Barbosa cita uma neutralização dos efeitos da discriminação. Talvez o termo empregado tenha sido no sentido de atenuar as desigualdades. Pois, para que haja uma neutralização, é necessário que alcancemos uma igualdade plena.

Esse estágio de igualdade plena, infelizmente só pode ser vivenciado em um Estado Ditatorial, em que haja poder absoluto nas mãos de um opressor, capaz de ditar as regras mais elementares da convivência humana. Em verdade, uma igualdade plena não deve ser alcançada sob pena de criarmos um Estado Socialista.

É necessário manter o mínimo de desigualdade, para que hajam oportunidades. Isto é, aqueles que gozam de melhor poder aquisitivo, são os detentores da iniciativa privada. Logo é necessário que haja essa desigualdade para que os menos favorecidos venham à tona. Trata-se de um ciclo. Dar oportunidade aos menos favorecidos para que cresçam, se profissionalizem, e posteriormente deem chances aos menos favorecidos.

Do contrário, se imaginarmos uma igualdade plena, seríamos todos dependentes do Estado.

A respeito deste tema, há controvérsias se se tratam de medidas que visam assegurar uma justiça compensatória ou distributiva, de modo que a compreensão dessas modalidades de justiça se faz necessário para delimitar os destinatários das ações afirmativas.

A justiça compensatória visa ressarcir determinados grupos que foram historicamente e socialmente prejudicados, de modo a reparar danos causados a esses grupos. Já a justiça distributiva, visa a concessão de prerrogativas a parcelas da sociedade, bastando para tanto, níveis de desigualdades existentes na sociedade.

¹⁸⁷ GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade (2001, p. 20).

Para os defensores da primeira corrente, a ação afirmativa representaria um ressarcimento por danos causados, pelo Poder Público ou por determinadas pessoas (físicas ou jurídicas), a grupos sociais identificados ou identificáveis. (...) Ainda a partir do enfoque da justiça compensatória, algumas opiniões mais extremadas entendem que as diferenças sociais cristalizadas ao longo dos séculos somente serão suplantadas por meio de uma verdadeira discriminação reversa, ainda que temporária, em favor dos grupos marginalizados. (...) Com relação a esse ponto, não subsistem dúvidas de que, sendo uma medida corretiva, tais políticas somente devem persistir enquanto as distorções sociais que são combatidas não tiverem sido aniquiladas ou reduzidas satisfatoriamente.¹⁸⁸

Há uma noção de culpa quando se entende que a natureza das ações afirmativas se fundamenta na justiça compensatória. De forma que, ainda que a sociedade atual não tenha vivenciado o período dos prejuízos causados a determinadas pessoas, essa mesma sociedade vê-se obrigada a reparar os danos. Ainda que não seja um sentimento compartilhado por todo e qualquer indivíduo da sociedade, a culpa é elemento que caracteriza e justifica o ressarcimento. Institui-se ainda que involuntariamente uma responsabilidade coletiva.

Neste sentido Dworkin observa:

Há exemplos mais importantes de responsabilidade coletiva. Alemães ainda não nascidos na época em que os nazistas governaram o país tem vergonha e um sentimento de obrigação para com os judeus; norte-americanos brancos que não herdaram nada de donos de escravos sentem uma responsabilidade indeterminada para com negros que nunca foram acorrentados.¹⁸⁹

Um exemplo disto é o passado escravagista do Brasil, que serviria para justificar as ações afirmativas face aos negros que por mais de 30 (trinta) anos foram tratados como coisas. Fato este que refutamos absolutamente, mas que será abordado em capítulo futuro.

Noutro aspecto a Justiça Distributiva, de acordo com Madrugá:

(...)Desta forma, para que os efeitos dos diversos tipos de discriminações hoje existentes na sociedade fossem derrocados ou, ao menos, minimizados, direitos, vantagens, e benefícios haveriam de ser distribuídos entre

¹⁸⁸ MENEZES, Paulo Lucena de. A Ação Afirmativa (affirmative action) no Direito Norte-Americano (2001, p. 35 e 36).

¹⁸⁹ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito (1999, p. 209).

a coletividade com base em critérios de equidade, com as instituições governamentais voltadas para assegurar aos indivíduos iguais oportunidades de acesso à educação, ao emprego, entre outros direitos do cidadão.¹⁹⁰

Em assim sendo, não nos parece que a tese de se reparar prejuízos causados a determinados grupos dentro de uma perspectiva histórica, seja considerado como critério de equidade. O fato é que há marginalização, há desigualdades sociais, e estes devem ser os fundamentos para que haja uma desigualação, devendo esta ser proporcional e que gere de maneira mínima discriminação. Logo se deve haver uma democratização dos direitos fundamentais, a Justiça Distributiva muito mais se entrelaça com o Estado Democrático de Direito.

4 SISTEMA DE COTAS

O Sistema de Cotas se trata de uma modalidade de ação afirmativa, que consiste na reserva de vagas em empresas públicas, privadas; universidades; cargos eletivos; destinados a determinados grupos da sociedade que sofreram ou que ainda vivem as consequências da marginalização.

Como cedição, a cotização pode ser aplicada em qualquer esfera com o fim de se alcançar a isonomia. Entretanto, este trabalho se destina a análise do instituto em aplicação na educação, logo focaremos neste aspecto.

Tendo em vista os dispositivos Constitucionais, vários Estados visaram implantar políticas afirmativas na esfera educacional, ou seja, assegurar o ingresso de determinados grupos às universidades estaduais e federais, buscando efetivar o princípio da igualdade.

Corroborando:

(...) o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereceriam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.¹⁹¹

Neste cenário em que os Estados passaram a legislar quanto às vagas oferecidas no ensino superior em detrimento da conquista por mérito pessoal, questões foram suscitadas ao Poder Judiciário para que sob a perspectiva da

¹⁹⁰ MADRUGA, Sidney. Discriminação Positiva: Ações Afirmativas na Realidade Brasileira (2005, p. 96).

¹⁹¹ ARAUJO, Luiz Alberto David e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional (2002, p. 93).

Constituição Federal legitimasse ou não o sistema de cotas.

Fato este que culminou com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 ajuizada pelo Partido dos Democratas. Na petição inicial da demanda, sustenta-se a tese de que há violação a vários preceitos fundamentais do Estado Brasileiro, de modo que destacamos a dignidade da pessoa humana; a vedação do preconceito de cor, raça; o direito fundamental universal à educação.¹⁹²

A dignidade da pessoa humana, como fundamento da República, é lesionada sob a ótica de que deve o Estado conferir o mesmo grau de respeito entre os povos, em vista dos mesmos direitos e deveres. Vez que há limitação do exercício de um direito fundamental, no caso em tela a educação, age o Estado em desconformidade com a dignidade, pois confere direito a uma parcela da população em detrimento dos demais.

Celso Antônio Bandeira de Mello aborda o princípio da igualdade e estabelece três questões a serem levadas em conta, para validar se há ou não ofensa à isonomia:

a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímén* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.¹⁹³

Diante do critério de Celso Antônio Bandeira de Mello, necessário para avaliar se há ou não a discriminação de maneira razoável, entendemos que os motivos determinantes para a concessão de cotas como ingresso no ensino superior, vão de encontro com a Constituição Federal.

Basta que o sujeito seja ou se considere/declare negro, pardo, indígena para que possa concorrer a uma das vagas estabelecidas pelo sistema de cotas. A Constituição Federal quando trata dos objetivos fundamentais da República esclarece que é vedado o preconceito de raça, cor.

Mesmo que se considere para tanto, uma discriminação positiva, levando-se em conta o critério raça, cor, ela ensejará numa discriminação negativa. A questão a ser respondida é: O sujeito possui capacidade para concorrer a uma vaga no ensino superior?

Obviamente, como qualquer outro candidato, o negro, o pardo, o indígena e o egresso de colégio público, possuem condições de conquistar a vaga oferecida pela faculdade, por mérito próprio. Se se necessita de um conhecimento mínimo para concorrer a vaga, este deve ser promovido pelo Estado, de maneira excelente para que haja uma igualdade de concorrência

¹⁹²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2691269>>. Acesso em 25 de abril de 2014.

¹⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade (2005, p. 21).

entre aqueles que estudaram em colégio público ou privado.

As questões atinentes à má educação ministradas nas escolas públicas devem ser levadas em consideração, já que se trata de um problema a ser resolvido pelo Poder Público. No entanto, o ônus da destituição de uma porcentagem de vagas, não deve recair sobre aquele que pôde ter acesso a um ensino de melhor qualidade, pois a educação deve ser promovida eminentemente pelo Estado.

Em que pese a lógica dos argumentos acima expostos, o relator da ADPF e os demais Ministros do Supremo Tribunal Federal, consideraram legítimo o sistema de cotas:

Isso posto, considerando, em especial, que as políticas de ação afirmativa adotadas pela Universidade de Brasília (i) têm como objetivo estabelecer um ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas, (ii) revelam proporcionalidade e a razoabilidade no concernente aos meios empregados e aos fins perseguidos, (iii) são transitórias e prevêm a revisão periódica de seus resultados, e (iv) empregam métodos seletivos eficazes e compatíveis com o princípio da dignidade humana, julgo improcedente esta ADPF.¹⁹⁴

A Corte Suprema ainda conta com mais um caso em que se discutiu a viabilidade do sistema de cotas.

Eis que couber ao Supremo Tribunal Federal a análise do controvertido tema, no julgamento do Recurso Extraordinário - RE 597285, em que se confirmou a validade do sistema:

Trata-se de recurso extraordinário, interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que entendeu ser constitucional o programa de ação afirmativa, estabelecido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, que instituiu o sistema de "cotas" com reserva de vagas como meio de ingresso em seus cursos de nível superior.¹⁹⁵

Giovane Pasqualito Fialho, concorrente a uma das vagas no curso de Administração da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mesmo com pontuação suficiente para o ingresso na Universidade, viu-se tolhido de seu direito, já que havia ali o programa de cotas em que eram destinadas vagas à

¹⁹⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF186RL.pdf>>. Acesso em: 25 de abril de 2014.

¹⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2662983>>. Acesso em: 25 de abril de 2014.

egressos do ensino público, bem como, a estudantes negros.¹⁹⁶

Descontente com o flagrante abuso de seu direito procurou o Judiciário para dirimir a questão, no entanto, sem sucesso. A Suprema Corte por maioria dos votos assentiu à possibilidade do sistema de cotas, de modo que, o estudante infelizmente perdeu a vaga. A própria ADPF 186 embasou a denegação do recurso.

Ora, a Constituição Federal proíbe o preconceito de cor, raça; e não o faz somente quando trata dos objetivos da República no artigo 3º. O artigo 4º da Carta Magna prevê repúdio ao racismo nas relações internacionais. Desta feita, no mínimo incongruente considerar privilégios em face da cor ou raça por se considerar legítima medida discriminatória, como já argumentado alhures ao tratarmos da ADPF 186.

Ademais, o artigo 5º nos incisos XLI e XLII resguarda a tese que refuta o racismo, prevendo que a lei punirá medidas discriminatórias que atentem contra os direitos e liberdades fundamentais. Sem sombra de dúvidas, o sistema de cotas constitui tema que deflagra o direito fundamental a educação, já que consiste em medida que exclui para incluir.

A Constituição Federal preconiza que:

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.

Pelo exposto, a Constituição não segrega ao garantir o direito à educação. Se o próprio texto constitucional não admite expressamente esta segregação, nos parece que a interpretação dada pela Corte Suprema é equivocada e não exprime de maneira cristalina o fiel sentido do texto.

Ainda assim, considerando-se a vedação desta discriminação, o artigo 206, inciso I, de maneira incontestável prevê: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

Neste aspecto, se levantaria a tese da igualdade material, sendo possível assim conceder cotas para o pleito no ensino superior. Ocorre que, a desigualdade na concorrência da vaga se dá devido a falta do Estado com a educação.

Logo, se trata de uma desigualdade de responsabilidade única e exclusiva do Estado, não podendo, portanto, qualquer pessoa se ver desprestigiada pelo sistema de cotas.

Não obstante a flagrante ilegalidade do sistema de cotas, a Presidente da República Dilma Rousseff sancionou a Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012 - Lei de Cotas. A Lei em questão trata do ingresso no ensino superior nas

¹⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2662983>>. Acesso em: 25 de abril de 2014.

universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Prevê a lei que 50% das vagas no ensino superior, deverão ser destinadas àqueles que tenham cursado o ensino médio nas escolas públicas e determina ainda, a distribuição de vagas a negros, pardos e indígenas.

Para o ingresso no ensino superior, em instituições federais, serão destinadas 50% das vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Tais vagas serão reservadas a estudantes que advenham de famílias com renda igual ou inferior a um salário e meio per capita. Essas vagas serão preenchidas por autodeclarados pretos, pardos e indígenas.

Caso haja vagas remanescentes, estas deverão ser preenchidas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Serão reservadas, também, 50% das vagas em instituições federais de ensino técnico de nível médio, para aqueles que cursaram integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.

As vagas serão reservadas e preenchidas por estudantes oriundos de famílias com renda per capita igual ou inferior a um salário mínimo e meio e que se autodeclarem pretos, pardos e indígenas.

As vagas remanescentes serão preenchidas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino fundamental em escolas públicas.

CONCLUSÕES

Discorreremos a respeito das Ações Afirmativas, com ênfase no Sistema de Cotas, que nada mais é do que levar o princípio da isonomia às suas últimas consequências visando temporariamente promover uma política pública de inclusão.

A Constituição Federal de 1988 positivou a regra da Igualdade em seu artigo 5º, caput e inciso I, de modo que, há vários dispositivos em seu texto que expressam a legitimidade da isonomia em nosso Ordenamento Jurídico.

A igualdade material abarcada pelo Texto Magno permite atitudes por parte do Poder Público, a fim de sanar os desníveis sociais e transformar o Brasil numa sociedade justa e solidária, concretizando, assim, todos os valores exprimidos pelo Título I da Constituição Federal.

Intimamente ligada ao Princípio da Igualdade, com o objetivo de amenizar as desigualdades, faz-se necessárias políticas afirmativas que confirmem a determinados setores da sociedade, a possibilidade de exercício dos direitos fundamentais. Todavia, importante ressaltar que as políticas dessa natureza constituem, em verdadeira medida discriminatória.

Neste aspecto, é salutar que o critério erigido como discriminante seja proporcional e o menos danoso possível àqueles que não estariam abarcados pela proteção das ações afirmativas, afinal, a democracia consiste no governo da maioria com o devido respeito às minorias.

Por todo o exposto, ainda que nosso sistema jurídico abrace o sistema de cotas como meio de ingresso no ensino superior, e mesmo que a Corte

Suprema dê aval à constitucionalidade do programa, entendemos, que há clara ofensa à dignidade da pessoa humana, já que, vale-se de medida segregacionista em que o critério adotado não goza de razoabilidade/proporcionalidade, consistindo em preconceito velado pelo Estado, bem como, em não observação ao direito fundamental universal à educação, também estatuído na Constituição Federal.

Já que se trata de espécie de ação afirmativa, goza de caráter de transitoriedade, e em assim sendo, nos resta aguardar esse lapso temporal e abrir novamente os debates quanto ao tema, buscando na oportunidade, atentar ao teor da Constituição Federal de modo a extirpar o sistema de cotas, e de fato, democratizar a educação como preconiza o texto Magno.

No mais, é a educação direito fundamental universal, e se trata de direito público subjetivo, não sendo legítimo o sistema de cotas como forma de ingresso no ensino superior, pois consiste em clara violação de um direito democratizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços & o dever do advogado*. 3. ed. Campinas: Russell, 2007.
- Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em 4 de maio de 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HOLTHE, Leo van. *Direito constitucional*. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MADRUGA, Sidney. *Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. 8.

ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NATIONAL ARCHIVES. Disponível em:
<http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html>.
Acesso em 4 de fevereiro de 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*. 20. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *Igualdade social e liberdade política: uma introdução a obra de Alexis de Tocqueville*. São Paulo: Nerman, 1988.

TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA SENTENÇA NO CONTROLE DIFUSO: ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO?

Daniela da Silva Baldin¹⁹⁷

Resumo

O presente trabalho trata do controle de constitucionalidade e analisa objetivamente, e, ao mesmo tempo, minuciosamente as peculiaridades que envolvem referido tema, ao qual se propõe uma abstrativização do controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário que, em regra, possui apenas efeitos entre as partes. Desse modo, à luz da teoria da transcendência dos motivos determinantes, o objetivo da pesquisa é demonstrar que, independentemente de ser um controle difuso ou concentrado, todos os motivos utilizados pelo STF na decisão de inconstitucionalidade de um ato normativo deverão transcender àquele processo, atingindo a todos (efeito *erga omnes* e vinculante), tal como já ocorre no controle concentrado abstrato de constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

Através do método indutivo, por pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, constatou-se que as decisões do STF, inclusive em sede de julgamento de recurso extraordinário (controle difuso de constitucionalidade), deverão possuir efeitos *erga omnes* e vinculantes, a fim de se garantir a supremacia da Constituição, conferindo-se maior uniformização às decisões da Corte Suprema, que é guardiã da Constituição Federal.

Os efeitos da decisão, no controle de constitucionalidade concreto (ou abstrato), poderão atingir terceiros alheios à lide, desde que o Senado Federal suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei levada a controle incidental.

Neste caso, a suspensão atingirá a todos, a partir do momento em que a resolução for publicada, conforme o artigo 52, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

As decisões em sede de controle concreto de constitucionalidade possuem a vinculação como peculiaridade fundamental, até porque, caso contrário, o objetivo de tal ação não estaria almejado.

Entretanto a dúvida surge com relação ao controle difuso. Não existe previsão constitucional, ou legal, de efeito vinculante nas decisões de mérito proferidas em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, o entendimento existente é no sentido de que o efeito da decisão apenas vincula as partes do processo, e que ampliar essa vinculação ao resultado do julgamento dependeria de resolução do Senado Federal.

Felizmente, tal exposição vem sendo modificada pelo Pretório Excelso.

A abstrativização do controle difuso aprimora a aproximação dos efeitos da decisão que aprecia a inconstitucionalidade tanto no controle difuso,

¹⁹⁷ Advogada. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio de Jesus.

quanto no abstrato.

Assim, o fenômeno nada mais é do que a ampliação dos efeitos das decisões no controle difuso: passam a valer além das partes envolvidas no processo do caso em concreto.

Tanto é que essa tendência vem obtendo respaldo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, além de ser embasada nos princípios da supremacia da Constituição e da sua força normativa.

Cumprido ressaltar que tal novidade poderá ocorrer sem a participação do Senado Federal, aquém do indicado no artigo 52, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil.

Esse fenômeno nada mais é do que a aplicação dos princípios resguardados através da emenda constitucional nº 45, a chamada Reforma do Judiciário, especialmente no que diz respeito à economia e celeridade processual.

Ademais, referida abstrativização do controle difuso de constitucionalidade confere maior força normativa da Constituição, conforme propõe o neoconstitucionalismo, atribuindo maior eficácia às normas constitucionais, além de proporcionar maior dimensão política das decisões do Pretório Excelso.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição de um país é o melhor desempenho jurídico da soberania popular e nacional. É o caminho para a manutenção do Estado democrático de Direito. Isso significa que todos os indivíduos e os próprios órgãos do Estado se submetem ao Direito, à lei, e, em última instância, à Lei Magna.

Controlar a constitucionalidade é sinônimo de proibir a eficácia de normas contrárias à Constituição. Sua defesa pressupõe a existência de garantias e instrumentos destinados a assegurar a observância, a aplicação, a estabilidade e a conservação das suas respectivas normas.

Ao apreciar a constitucionalidade de uma lei, o tribunal atua em dimensão além do que expressar o significado da lei no sentido jurídico. Expressa, por sim, o significado da Constituição, e acaba por instituir a norma de conduta que predominará sobre todas as outras pelo caráter de supremacia imanente à Constituição (SLAIBI FILHO, 2002, p. 287-288).

Tendo posição ímpar na ordem jurídica de um país, a Constituição não pode existir sem levar em consideração vetores sociais, econômicos e culturais. Somente assim a norma da Constituição terá efetividade, acarretando o chamado 'sentimento constitucional' (Hesse). A supremacia endógena, ou interna, exige atuação iterativa com os seus destinatários, intermitentemente, de onde se conclui deva ter 'caráter aberto', conformando e sendo conformada a todo instante, sendo norma e realidade dois

momentos de um mesmo objeto, ainda que ao jurista interesse o lado sociológico [...] (PALU, 2001, p. 294).

A Constituição Imperial de 1824 não dispôs de controle judicial de constitucionalidade de leis ou atos normativos. Por outro lado, com o Poder Moderador, de que trata das atribuições do Imperador, não havia necessidade de atribuir a órgão ou Poder a competência para controlar a constitucionalidade das leis.

Já a Constituição Republicana de 1891 previu a inauguração do controle de constitucionalidade das leis, sob forte influência do direito norte-americano. Assim, foi outorgado ao Supremo Tribunal Federal a competência para questionar a vigência e/ou validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do tribunal do Estado que lhes negar aplicação.

A Constituição brasileira de 1934 trouxe inúmeras inovações quanto à matéria. Dentre elas, o quórum de maioria dos votos da totalidade dos juizes é que poderiam os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.

Palu assevera que: “tal dispositivo tem sido repetido desde então, sendo tradição em nosso direito constitucional a maioria absoluta dos membros dos tribunais para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público” (2001, p. 123).

Tal Constituição de 1934 concedeu ao Senado Federal o mesmo poder que o do extinto Moderador. Isso porque sua incumbência era extensa e atuante.

Com a outorga da Constituição de 1937, esta alterou o controle difuso de constitucionalidade, porém nada mencionando a respeito da competência do Senado Federal para suspender leis ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário.

Porém, com a Constituição de 1946 o Senado voltou a ser um órgão do Poder Legislativo, sem ser quase um quarto poder, assim como a anterior praticamente previra. Restringiu sua amplitude: o Senado passou a ser competente para suspender leis e decretos declarados inconstitucionais, e não mais leis ou atos, deliberações ou regulamentos.

Por fim, a Constituição de 1967, em sua reforma, permitiu o controle de constitucionalidade no âmbito estadual para fins de intervenção nos Municípios. O controle abstrato foi mantido, possibilitando medida cautelar nos processos objetivos; além do mais, o sistema difuso aprovou a participação do Senado Federal.

A inconstitucionalidade é a incorreção da norma com o parâmetro superior positivo, quer sob o aspecto da incorreção formal (ou seja, do processo legislativo, órgão emissor competente), quer sob o aspecto da incorreção material (conteúdo substancialmente incompatível com a Constituição) (PALU, 2001, p. 69).

A supremacia da Constituição é a base do Direito Público moderno.

[...] poder-se-ia definir Constituição como um sistema de normas jurídicas que regula a forma do Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e exercício do poder e seus limites, bem como os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana [...] (PALU, 2001, p. 31).

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 designou, devido à sua característica de rigidez, ao possuir um processo de alteração mais árduo, o controle de constitucionalidade. Trata-se de designação para fazer o controle dos atos normativos, compatibilizando-os com o conteúdo previsto na Constituição. Isso é deflagrado do princípio da supremacia da constituição.

Dessa forma, o Brasil se inspirou no sistema norte-americano de particularidades mistas, ao equilibrar o critério difuso (por via de defesa) com o critério concentrado (por via de ação).

Eis que qualquer juiz de qualquer instância pode declarar a inconstitucionalidade; também é possível uma ação diretamente no Supremo Tribunal Federal, com o mesmo fim.

Coube, todavia, o mérito pela teoria a Marshall, no conhecido *Marbury vs. Madison*.

O episódio passou-se do seguinte modo. Vencidos nas eleições presidenciais, procuravam os federalistas, no seu pouco tempo restante de administração, entrincheirar-se nos tribunais. Nova Lei Judiciária foi sancionada em 27 de fevereiro visando à extensão do Judiciário nacional e criando numerosos lugares de juízes. Na véspera da posse de Jefferson, o presidente eleito, até às 21h00, Adams ainda lavrava nomeações, cujos beneficiários foram apelidados de *juízes da meia-noite*, Marbury, que era cidadão norte-americano, fora legalmente nomeado, em 1801, nos últimos dias do Governo Adams, juiz de paz no Distrito de Columbia. Madison, Secretário de Governo, seguindo instruções de Jefferson, o novo Presidente, negou-lhe a posse. Requerida ordem de *mandamus* contra Madison, este não se defendeu e a causa correu à revelia. Em 1802, nos jornais e no Congresso, foi a Corte violentamente atacada, sugerindo James Monroe o *impeachment* contra os juízes, se ousassem “aplicar os princípios da *common law* à Constituição”. A mesma providência foi pleiteada, dias antes da decisão, por um jornal oficioso do governo; se concedida, a medida certamente não seria cumprida. Enfrentava-se assim uma situação difícilíssima. Indeferir simplesmente o pedido seria, conforme observou Crosskey, capitulação demasiado

visível; afirmar apenas que a lei judiciária somente autorizava o *mandamus* pela Corte Suprema em grau de apelação era resultado insatisfatório. A Corte, de modo hábil, procurou dissimular o recuo inevitável, com um ato de afirmação contra o partido no poder. Invertendo a ordem do exame das questões preliminares, decidiu que Madison, na realidade, agira ilegalmente ao negar a posse a Marbury, e de acordo com os princípios aplicáveis da *common law*, havia remédio para tal caso, o *mandamus*, pelo qual Madison poderia ser compelido a dar posse a Marbury. Não cabia, porém, o *writ*, porque pedido diretamente à Corte Suprema, cuja competência originária era estritamente definida na Constituição e não poderia ter sido dilatada pela Lei Judiciária de 1789. Era, assim, inconstitucional e nulo o artigo 13 dessa lei, que atribuía competência originária à Suprema Corte para expedir ordens de *mandamus* (PALU, 2001, p. 114-115).

Evitou a Suprema Corte Americana o confronto com o Executivo, e ao mesmo tempo afirmou a possibilidade de o Poder Judiciário anular leis votadas pelo Congresso.

Assim, perante a evolução histórica acima mencionada, pondera a inconstitucionalidade por ação na Constituição da República Federativa do Brasil, pressupondo a existência de normas inconstitucionais, e a por omissão, que pressupõe a violação de preceitos constitucionais em razão do silêncio legislativo. Com relação à inconstitucionalidade por ação, o vício poderá ser material, quando a mácula está no conteúdo da lei, e formal, quando há afronta ao devido processo legislativo do ato normativo alegado.

A Constituição deve ter preservada sua força ordenadora e deve ser efetivamente obedecida, gerando efeitos na realidade social (*constituição normativa*). Devendo ter preeminência sobre os outros atos normativos estatais, duas questões se podem apontar, *a priori*: a primeira é o destrinçar um *conceito* e um *modelo* de Constituição adequados a seus destinatários, que permitam sua *real observância* por eles, interagindo, conformando e recebendo as influências correspectivas (eficácia jurídica e eficácia real); e a segunda é o de *quem* e *como* se deve garantir a observância da Constituição em caso de violação de seus princípios e normas (PALU, 2001, p. 56).

1.1 Do Controle Preventivo de Constitucionalidade

Com relação ao momento em que será realizado o controle, este poderá se dar de modo prévio ou preventivo, isto é, antes do projeto virar lei, e repressivo ou posterior, já sobre a lei que gera efeitos na órbita jurídica.

O controle preventivo pode ser realizado pelas três esferas de Poderes:

Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo em vista o princípio pensado inicialmente por Montesquieu, o da Separação dos Poderes. Assim, é realizado pelo Poder Legislativo através de suas Comissões de Constituição e Justiça (CCJ).

No Poder Executivo, o controle é realizado pelo Chefe do Executivo mediante o veto durante o processo legislativo. Já o Poder Judiciário exerce o controle preventivo ao garantir um devido processo legislativo, através da possibilidade de impetração de mandado de segurança por parlamentares, em conformidade com a Constituição Federal.

O controle repressivo é exercido, em regra, pelo Poder Judiciário, tanto pela via concentrada quanto pela via difusa.

1.2 Do Controle Repressivo de Constitucionalidade

Excepcionalmente, o controle repressivo pode ser exercido pelo Poder Legislativo, na hipótese do artigo 49, V, da Constituição Federal, que estabelece ser competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

Além disso, outra exceção à regra do controle repressivo jurisdicional se encontra na doutrina, que preceitua que o Chefe do Executivo poderá descumprir lei inconstitucional, em razão do princípio da supremacia da Constituição.

Para um estudo mais aprofundado e aproximado do tema em comento, convém abordarmos o sistema e vias de controle judicial repressivo. Divide-se em dois critérios: subjetivo (ou orgânico) e formal.

1.2.1 Do Controle Repressivo Subjetivo de Constitucionalidade

O controle judicial de constitucionalidade pelo critério subjetivo poderá ser difuso ou concentrado. O sistema difuso concede a possibilidade de qualquer tribunal ou juiz realizar o controle, sempre observados os limites de competência. Ao contrário, o controle concentrado realiza-se, exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede federal, e pelo Tribunal de Justiça, em sede estadual.

1.2.2 Do Controle Repressivo Formal de Constitucionalidade

E o controle judicial de constitucionalidade pelo critério formal poderá ser pela via incidental ou pela via principal. No sistema de controle pela via incidental, de exceção ou defesa, o controle é exercido como questão prejudicial. Já pela via principal, abstrata ou de ação, a análise da lei é o objeto principal da lide.

Ao unir os dois tipos de critérios, observa-se que, em regra, o sistema difuso é exercido pela via incidental, enquanto o concentrado é exercido pela via principal.

Por questão lógica, passa-se a discorrer sobre o controle difuso de constitucionalidade.

2 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O sistema difuso, ou incidental, de controle da constitucionalidade das leis possui origem norte-americana. Neste, qualquer juiz pode declarar a inconstitucionalidade de qualquer ato normativo do Poder Público.

O controle difuso pode ser mobilizado por qualquer parte ou interveniente em processo judicial, pelo Ministério Público ou juiz ou tribunal, podendo ser de ofício, em qualquer ação, grau de jurisdição, em que se discuta qualquer tipo de questão.

A eficácia da decisão é, a princípio, restrito às partes.

Neste, a retroatividade da decisão de inconstitucionalidade para o caso é sua principal característica.

É realizado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário, observadas as regras de competência. No controle difuso, a inconstitucionalidade será verificada em um caso concreto, dando-se a declaração de inconstitucionalidade de forma incidental, prejudicialmente ao mérito.

É a decisão que declara a inconstitucionalidade que subtrai os efeitos da lei inconstitucional, retirando os efeitos retroativamente, fazendo cessar a eficácia futura da lei que foi declarada inconstitucional. É notório registrar que no controle difuso o efeito é *inter pars*.

[...] Estes são os efeitos normais da decisão que declara a inconstitucionalidade, sendo que ordinariamente impõe conjuntamente com a declaração a sanção da nulidade, total ou parcial, da norma viciada (PALU, 2001, p. 158).

No tribunal *ad quem*, o questionamento incidental sobre a inconstitucionalidade é demandado por uma questão de ordem, remetendo-se a incidência ao pleno ou órgão especial do tribunal. Neste caso, existe a cláusula de reserva de plenário, ou seja, somente pelo voto da maioria absoluta dos membros dos tribunais ou dos órgãos especiais é que se poderá declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Os efeitos temporais, aqui, são produto de uma situação jurídico-processual, aplicada ao caso concreto levado a julgamento. Nesse sistema as relações idênticas e findas, objeto de outros processos, não são atingidas; as relações idênticas (processos com o mesmo tema, mas pendentes de julgamento), passíveis ainda de recurso, serão atingidas após a edição da resolução do Senado Federal, e as relações futuras sofrerão os efeitos da decisão de inconstitucionalidade após, também, a edição da resolução

do Senado Federal (PALU, 2001, p. 284).

Insta ressaltar que há a possibilidade da realização do controle difuso pela via incidental, bem como por meio de recurso extraordinário.

Os efeitos da sentença serão *inter partes* e, em regra, *ex tunc*. É cabível observar que o STF já obteve decisões declarando efeito *ex nunc* ou *pro futuro*, modulando-se os efeitos de acordo com o caso concreto.

Por fim, em relação ao efeito *inter partes*, será que não haveria algum instrumento através do qual seria possível estender os efeitos de uma única decisão para todas as pessoas que estiverem em igual situação, evitando, assim, a necessidade de cada uma provocar o Judiciário individualmente? Isso é esperado em ações cujo objeto seja comum a um número muito grande de pessoas, como os *cruzados bloqueados*, a cobrança de um tributo que entendam inconstitucional, por exemplo, a CPMF etc. Existiria, então, algum meio de se produzirem efeitos para todos, ou, necessariamente, cada indivíduo, isoladamente, deverá 'bater às portas' do Judiciário para obter a tutela jurisdicional pretendida? Sim, existe um mecanismo. Passemos a estudá-lo (art. 52, X) [...] (LENZA, 2009, p. 182).

No caso do recurso extraordinário, a declaração de inconstitucionalidade será comunicada ao Senado Federal para, mediante o instrumento da resolução, suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. A suspensão atingirá a todos. Neste caso, a suspensão gera efeitos *erga omnes* e vinculante. É importante ressaltar que se trata de discricionariedade política, ou seja, o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, pois referida obrigatoriedade colocaria em risco o princípio da separação dos poderes.

3 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Surgiu no Brasil com a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal ou ao Tribunal de Justiça competência para julgar e processar, originariamente, a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos.

O objetivo de tal controle é simplesmente a garantia da ordem jurídica, e não a solução de controvérsias individuais e/ou coletivas.

[...] Quando se afirma tratar-se de processo objetivo se quer dizer aquele em que não há interesses individuais ou

coletivos específicos, e, assim, não há a menor relevância do interesse processual nos moldes do processo civil clássico, como uma das condições da ação; deve estar presente, entretanto, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimação (PALU, 2001, p. 192).

É o controle, em regra abstrato, realizado para verificar a constitucionalidade de lei ou ato normativo por um único órgão, no caso o Pretório Excelso. É feito através dos seguintes instrumentos judiciais: ação direta de inconstitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação direta de inconstitucionalidade interventiva e ação declaratória de constitucionalidade.

“O Supremo Tribunal Federal, ao exercer em abstrato a tutela jurisdicional do direito objetivo positivado na Constituição da República, atua, apenas, como legislador negativo” (PALU, 2001, p. 194).

Importante ressaltar a fungibilidade das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade. E o pedido é sempre o de proteção da ordem constitucional. O jurisdicionado pode tomar uma providência que seria solicitada em outra.

Já a arguição de descumprimento de preceito fundamental está prevista, também, na Constituição Federal, cujo objeto são atos do poder público, de todas as esferas federativas, inclusive anteriores à Constituição.

Cuida-se de novidade eis que sempre se entendeu que os atos normativos anteriores à Constituição vigente estão fora do controle concentrado (estariam revogados pela Constituição, nunca se admitiu no Brasil a inconstitucionalidade superveniente), bem assim atos normativos municipais em confronto com a Constituição Federal, cujo controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal, sempre se entendeu vedado (PALU, 2001, p. 263-264).

A ação direta interventiva é de efeitos políticos, inclusive. Possui fundamento no descumprimento pelos Estados-membros dos princípios sensíveis previstos nos artigos 34, VII, da Constituição Federal. Sua finalidade é a da declaração de inconstitucionalidade mas também a intervenção na unidade federada infratora.

No direito constitucional brasileiro, a omissão é tratada tanto na via abstrata, pela ação de inconstitucionalidade por omissão, como na via concreta, pelo mandado de injunção. Assim, estes dois instrumentos jurídicos cuidam da mesma situação.

É o que nos ensina Alexandre de Moraes:

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese,

independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas constitucionais (2001, p. 110).

Assim, determinada lei ou ato normativo poderá ser anulado *erga omnes* (com relação a todos), perdendo sua validade constitucional. Adjetivamente, Paulo Bonavides:

Caracteriza-se esse processo por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta. Consente aos governados e com mais frequência a certas autoridades públicas a iniciativa de promover o ataque imediato e ofensivo ao texto eivado de inconstitucionalidade. Uma vez declarada inconstitucional, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível (2004, p. 98).

Portanto, o controle concentrado também é um instrumento baseado nos princípios da separação dos poderes e da segurança jurídica.

Por ser a lei de estalão mais elevado em um ordenamento jurídico [...] e ser constituída para reger, disciplinar e conformar, goza a Constituição de supremacia; a supremacia pode ser vista em seu aspecto intrínseco e em seu aspecto extrínseco. Na primeira a supremacia advém da correlação de suas normas com os princípios e regras admitidos e aceitos de suas disposições e sua exequibilidade. A segunda é o modo pelo qual a Constituição conforma os demais atos normativos: é a relação de constitucionalidade (PALU, 2001, p. 294).

Assim, percebe-se que tais instrumentos são especialíssimos para a defesa da ordem jurídica vigente, com estrutura baseada no respeito aos princípios constitucionais.

4 ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO

Originalidade pátria iniciada em 1934, é a intervenção do Senado Federal para a suspensão da eficácia do ato normativo *erga omnes*.

Primeiramente, convém observar que o efeito *erga omnes* da decisão é previsto, em regra, somente para o controle concentrado e para a súmula vinculante. E que, como já dito, tal efeito no controle difuso somente se procede para todos após atuação discricionária e política do Senado Federal, ao suspender a eficácia da lei, através de resolução.

No controle difuso, a arguição de inconstitucionalidade se dá de modo incidental, momento em que se constitui uma questão prejudicial ao processo.

Por isso, a doutrina e jurisprudência sempre caminharam no sentido de que o controle difuso teria o condão de tão somente analisar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei no caso concreto, resolvendo-se um direito subjetivo das partes, motivo pelo qual a decisão nele proferida teria efeito *inter partes*.

E Gilmar Mendes questiona: se o Pretório Excelso pode, em ação direta de inconstitucionalidade suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, qual o sentido da declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes do processo? (p. 155, 2004).

Entretanto, novos ventos trazidos pela doutrina e pelo STF (principalmente pelo Ministro Gilmar Mendes) rumam para uma nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal. Isto se extrai, principalmente, dos julgados referentes aos casos “Mira Estrela” (RE 197.917/SP) e “progressão do regime na lei dos crimes hediondos” (HC 82.959/SP), pelos quais se percebeu a extensão dos efeitos da inconstitucionalidade nos respectivos controles difusos de constitucionalidade.

Como já ressaltado no trabalho ora tratado, o controle difuso de constitucionalidade tem efeitos restritos às partes do processo, sendo que tal efeito apenas se converterá em erga omnes com a atuação do Senado Federal, na iniciativa de suspender a eficácia da lei considerada inconstitucional, conforme dispõe o artigo 52, X, da Constituição Federal.

Malgrado referido teor do dispositivo constitucional supramencionado, respeitável parte da doutrina e de alguns Ministros do STF passaram a crer na abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, o que representa verdadeira mutação constitucional em relação ao artigo 52, X, da Constituição Federal, consistindo em autêntica reforma constitucional sem expressa modificação do texto.

Para Gilmar Mendes, “[...] a aplicação que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao disposto no art. 52, X, CF, indica que o referido insituto mereceu uma significativa reinterpretação a partir da Constituição de 1988” (p. 165, 2004).

Desse modo, parte-se do pressuposto de nova interpretação conferida ao artigo 52, X, da Constituição, pela qual a suspensão da lei pelo Senado teria a mera finalidade de dar publicidade à inconstitucionalidade declarada pelo STF, que de imediato produziria efeitos *erga omnes*.

Nesse sentido, a abstrativização do controle difuso se trata de nova interpretação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso pelo STF, principalmente o *erga omnes*. É o que diz Gilmar Mendes ser:

[...] possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da

Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto (*apud* LENZA, 2009, p. 188).

Dentre os argumentos para reafirmar a nova interpretação estão: a força normativa da Constituição, o princípio da supremacia da Constituição e sua aplicação uniforme a todos os destinatários, o STF enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo, e, por fim, a dimensão política das decisões.

O atual sistema de vinculação de precedentes merece destaque, porquanto inaugura uma nova fase, demonstrando ser juridicamente plausível a prolação de decisões de controle eminentemente difuso, mas com efeitos abstratos, através do “sistema de afetação” e o julgamento de forma paradigmática, mudanças atuais que refletem o resultado de um longo e paulatino processo de uniformização e objetivização (LOPES, 2014).

Por todo o exposto, vê-se que a tese de abstrativização do controle difuso pelo STF se torna bastante atraente, tendo em vista o efeito transcendente dos motivos determinantes subjacentes à decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida pelo Pretório Excelso, que permitirá uniformizar suas decisões, conferindo maior supremacia e força normativa à Constituição, além de evidente economia, efetividade e celeridade processuais, conforme preceitua o artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle difuso de constitucionalidade, via de regra, deve possuir efeitos concretos, pois os juízes e tribunais analisarão a constitucionalidade do ato normativo, a fim de solucionar eventual conflito das partes litigantes no caso concreto (processo subjetivo), motivo pelo qual se reforça a concreção do controle difuso de constitucionalidade.

Contudo, sabe-se que qualquer processo, desde que preenchidos os requisitos legais e constitucionais, pode chegar à análise do Supremo Tribunal Federal, através do denominado Recurso Extraordinário.

Sabe-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, de sorte que ele deverá combater e rechaçar qualquer ato normativo que afronta Lei Maior, seja pelo controle difuso, seja pelo controle concentrado de constitucionalidade, protegendo o povo contra as leis inconstitucionais.

Desse modo, sendo o STF o soldado protetor máximo da Constituição, é

evidente que sua declaração de inconstitucionalidade, mesmo que no controle difuso, deverá atingir a todos, a fim de garantir proteção uniforme contra as leis inconstitucionais, prevalecendo-se de forma global a supremacia constitucional.

Referências

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOPES, Renata Maria Capela. *A abstrativização do controle difuso de constitucionalidade: uma análise jurídico-normativa de suas implicações no ordenamento jurídico brasileiro*. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9320>. Acesso em: 31out. 2013.
- MENDES, Gilmar. O papel do senado federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 162, p. 149-168, jun. 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SLAIBI FILHO, Nagib. Breve história do controle de constitucionalidade. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, 2002.

VALORES DA INCLUSÃO: IGUALDADE E DIGNIDADE

Maria Priscila Soares Berro¹⁹⁸

Roseli Borin¹⁹⁹

Resumo:

O presente apresenta questões relevantes como desconstrução das garantias fundamentais e validade moral dos direitos de igualdade e dignidade humana. Também as garantias do direito de inclusão por meio das ações socioeducativas como possível solução para o igualitarismo. Não se pode falar em democracia sem a questão da igualdade. Trata-se de princípio que norteia a discussão de como compreender o Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988 proclama no artigo 5º a igualdade de todos perante a lei, já a mencionando em seu preâmbulo como um dos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Tanto quanto a liberdade, a igualdade é um princípio, um direito e uma garantia, que permite à lei tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, não devendo cometer o erro de conceber a isonomia como um fator que impeça o estabelecimento de situações jurídicas distintas entre pessoas. O princípio postula que as desigualdades de fato decorram das diferenças das aptidões pessoais, dando tratamento diferenciado às pessoas diferenciadas. Assim temos a ação socioeducativa como um instrumento do Poder Público de inclusão de pessoas não tratadas igualmente e que, conseqüentemente, não possuem as mesmas oportunidades, o que impede o acesso destas à locais de produção de conhecimento e de trabalho. Este processo discriminatório atinge de forma negativa pessoas que são marcadas por estereótipos que as consolidam socialmente como inferiores.

INTRODUÇÃO

Premente a questão de que a sociedade brasileira encontra-se assinalada por grandes desigualdades, onde uma parcela da população brasileira desconhece e não tem acesso aos instrumentos democráticos da cidadania e estão, portanto, excluídos.

A trajetória histórica do nosso País revela que o adolescente em conflito com a lei sempre foi marginalizado, vivendo em um verdadeiro *apartheid* social, sendo vítima da própria deficiência sócio-econômica e da exclusão proporcionada pela sociedade.

Nesse breve arrazoado buscou-se trazer à lembrança o adolescente em conflito com a lei no Brasil, como um país que não passou por uma experiência de guerra e abusos, mas onde o mesmo ainda é ignorado, sendo certo que a evolução da sociedade e suas leis não foi suficiente para afastar a exclusão e as

¹⁹⁸ Doutoranda e Mestre em “Sistema Constitucional de Garantia de Direitos” pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Especialista em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Especialista em Gestão de Negócios, pela UNESC-Faculdades Integradas de Cacoal/RO. Docente do Departamento de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia-Campus Cacoal/RO. Email: priscilaberro@unir.br

¹⁹⁹ Doutoranda e Mestre em “Sistemas Constitucionais de Garantias de Direito”, pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP). Especialista em Direito Civil - Sucessões, Família e Processo Civil. Especialista em Direito do Estado/Constitucional. Professora da Graduação e Pós-Graduação. Advogada e Autora. Email: roseborin@hotmail.com

dificuldades experimentadas, sendo necessário estabelecer por meio de lei, regras que pudessem buscar a igualdade.

Estas normas, por si só, também não tem garantido a efetividade da igualdade, diante da nossa cultura de sociedade perfeita. Assim, os adolescentes em conflito com a lei continuam marginalizados e excluídos do contexto social. Sendo necessário dar efetividade aos mecanismos assecuratórios para garantir sua cidadania, ou mesmo estabelecer outros mais eficazes.

Neste contexto visando garantir a sua cidadania, inclusão social e dignidade a Constituição Federal de 1988 foi elaborada com a intenção de garantir a efetividade dos direitos das minorias e grupos vulneráveis, buscando retirar o adolescente em conflito com a lei da condição de marginalizado e excluído, elevando-o à cidadão com dignidade e respeito.

Vive-se atualmente numa cultura que almeja uma ordem social pautada em valores como a justiça, a equidade e a participação social de todos os membros da sociedade, ao mesmo tempo em que busca uma vida digna para todas as pessoas. Esses valores são basilares na Declaração Universal dos Direitos Humanos, um pacto hodiernamente assumido pelos países democráticos como uma referência de ética, moral e de valores socialmente aspiráveis.

2 DESCONSTRUÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E IGUALDADE

A Constituição Federal promulgada em 1988 organiza e rege toda a legislação do Estado brasileiro tendo entre seus dispositivos mais importantes os que tratam dos direitos e deveres individuais e coletivos, descritos especialmente a partir dos artigos 3º e 5º, elencando nos mesmos principais garantias fundamentais essenciais para o exercício da cidadania, protegendo as minorias, com a nítida intenção de se garantir a igualdade e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

No “Estado de Direito”, governantes e governados, Estado e cidadãos, se submetem ao “poder da lei”. Nasce a segurança jurídica e com ela a garantia dos direitos individuais, mormente oponíveis contra o próprio Estado. O Estado de Direito confere aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos e, portanto, de posições jurídicas ativas que podem ocupar nos eventuais confrontos que venham a ter com a autoridade pública e, mesmo, com outros titulares.

A legitimidade e a segurança do cidadão para ser oponível contra o próprio Estado, além é claro, dos demais particulares, são os pontos-chave do conceito destacado por Carlos Ari Sunfeld ao tratar do Estado de Direito:

Assim, definimos Estado de Direito como o criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos,

que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado²⁰⁰.

O mesmo autor cita a lição de Norberto Bobbio, em termos semelhantes:

Por Estado de Direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso e o excesso de poder. Assim entendido, o Estado de Direito reflete a velha doutrina – associada aos clássicos e transmitida através das doutrinas políticas medievais – da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem*, doutrina, essa, sobrevivente inclusive da idade do absolutismo, quando a máxima *princeps legibus solutus* é entendida no sentido de que o soberano não estava sujeito às leis positivas que ele próprio emanava, mas estava sujeito às leis divinas ou naturais e às leis fundamentais do reino. Por outro lado, quando se fala de Estado de Direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de Direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio ‘invioláveis’²⁰¹.

A consagração constitucional dos direitos públicos, subjetivos e fundamentais do cidadão é o grande atributo do “Estado Constitucional de Direito”, daí a ideia difundida do “constitucionalismo”. Impende ainda refletir sobre o que ensina Celso Antônio Bandeira de Mello ao abordar o assunto:

²⁰⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 5ª ed., 2010, p. 39.

²⁰¹ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia, p. 19 *apud* CARLOS ARI SUNDFELD. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 5ª ed., 2010, p. 40.

Convém recordar que o Estado de Direito é a consagração jurídica de um projeto político. Nele se estratifica o objetivo de garantir o cidadão contra as intemperanças do Poder Público, mediante prévia subordinação do poder e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato cuja função precípua é conformar *efetivamente* a conduta estatal a certos parâmetros antecipadamente estabelecidos como forma de defesa dos indivíduos²⁰².

Uma vez afirmada a salvaguarda dos direitos públicos subjetivos fundamentais na Constituição Federal de 1988, há a absoluta necessidade de se propiciar meios efetivos e eficazes para colocá-los sempre a salvo e sem risco de perecimento pela demora ou pelo desconhecimento do direito e, por conseguinte do acesso ao Poder Judiciário. A vida, a liberdade, sobretudo, a “efetividade” devem ser salvaguardados pela Constituição.

A fim de esclarecer as garantias o constitucionalista Jorge Miranda pontua:

Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias, por outro lado. 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 e, muitas delas, adjetivas ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos [...]²⁰³.

Espera-se, portanto, sejam “garantidos” constitucionalmente todos os direitos de forma justa e digna. Aristóteles afirmava textual e essencialmente que justo é o homem que determina a sua conduta de acordo com o que está legalmente previsto e, por consequência, justiça seria a propensão do indivíduo em realizar aquilo que é justo:

Vemos que todos os homens entendem por justiça aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e desejar o que é justo; e do mesmo modo, por injustiça se entende a

²⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Controle Judicial dos Atos Administrativos**. RDP 65/27.

²⁰³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais**. Coimbra: Editora Coimbra, 9ª ed., 2012, pp. 88 e 89.

disposição que leva a agir injustamente e a desejar o que é injusto²⁰⁴.

Na concepção Aristotélica poderiam ser vislumbrados dois sentidos de justiça e injustiça. O primeiro deles, com o significado de legítimo e ilegítimo em relação às leis da sociedade e um sentido particular, com o significado de probó e ímprobó em relação aos costumes do “homem bom”. Ainda segundo o filósofo, no sentido universal, a justiça e a injustiça revelam essencialmente a moralidade, uma vez que derivam de uma “predisposição” do indivíduo no trato consigo mesmo e, o que é mais virtuoso, no trato com seus iguais.

Nesse sentido de justo e de trato com os iguais - falando de uma sociedade inclusiva -, o convívio e o respeito com as diferenças são características fundamentais. Essas diferenças não deverão contribuir para a construção de critérios classificatórios mais ou menos valorosos ou humanos, não justificando, dessa forma, excluir ou tratar as pessoas com deficiência em posição de desvantagens perante o restante da comunidade.

O movimento pela democratização de grande parte dos países do mundo, valorizando os direitos humanos, com direitos iguais de participação e exercício de cidadania a todas as pessoas, independente das suas características pessoais e condição social, explicitados na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, traz paulatinamente o resgate das pessoas com deficiência e a inclusão social neste movimento. O processo de inclusão social torna-se um objetivo fundamental que contribui para desconstruir a visão assistencialista e de fragilidade, que a sociedade adotou como forma de interação com essa população.

Santos²⁰⁵ define os dois sistemas - de desigualdade e de exclusão - da seguinte forma:

A desigualdade e a exclusão são dois sistemas de pertença hierarquizada. A desigualdade implica um sistema hierárquico de integração social. Quem está em baixo está dentro e a sua presença é indispensável. Ao contrário, a exclusão assenta num sistema igualmente hierárquico, mas dominado pelo princípio da exclusão: pertence-se pela forma como se é excluído. Quem está em baixo, está fora. Estes dois sistemas de hierarquização social, assim formulados, são tipos ideais, pois que, na prática, os grupos sociais inserem-se simultaneamente nos dois sistemas em combinações complexas.

Assim, vê-se que os dois sistemas são hierárquicos e existem simultaneamente nas sociedades. É relevante notar que, no Brasil, houve uma

²⁰⁴ ARISTÓTELES, **Livro V: Ética à Nicômaco**, Tradução de LEONEL VALLANDRO e GERD BORNHEIM da versão inglesa de W. D. Ross. Coleção “Os Pensadores” p. 121

²⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Construção Multicultural da Igualdade e da Diferença**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p.63.

alteração significativa em relação às práticas de atendimento da população adolescente egressa que, inicialmente, restringiam seu protagonismo e autonomia nas tomadas de decisão sobre seu próprio futuro. Assistidas no início da história da educação especial brasileira por instituições especializadas influenciadas por experiências e modelos europeus e americanos, hoje ainda há uma prática de “o que fazer com eles” e não “o que fazer para eles”.

No campo da inclusão social, sem negar a existência de muitos outros grupos humanos que sofrem os processos de exclusão social, os adolescentes em conflito com a lei são exemplos de grupo que, historicamente, pois foram e são alvo de discriminações e preconceitos que acabaram por negar-lhes muitos dos direitos que asseguram a igualdade de condições e de oportunidades para a construção de uma vida digna.

Como parte dos processos recentes de democratização da sociedade brasileira, muito se tem conseguido na conquista por políticas públicas e por marcos legais que deem a esses grupos algumas das condições socioeducacionais e ocupacionais necessárias à melhoria de suas condições de vida. É pouco, no entanto, diante dos séculos de exclusão social a que foram submetidos, e muito ainda tem de ser feito para se chegar a uma sociedade verdadeiramente inclusiva, que lhes assegure a igualdade de direitos e o respeito às diferenças.

Tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, que muitas vezes são esquecidos ou simplesmente não compreendidos pela sociedade com relação aos adolescentes em conflito com a lei, se faz necessário um estudo aprofundado, dando-se prioridade a violação de seus direitos, de sua inclusão na sociedade, os benefícios por ela trazidos e a falta de conhecimentos dos direitos.

Assim, se a dignidade da pessoa humana é violada ou não encontra sua efetividade, especialmente no direito de inclusão estaremos diante de uma desconstrução de garantia fundamental em alguns casos gerada por desconhecimento da norma ou de suas formas de aplicação.

A desconstrução não revela que todos os textos são ausentes de significado, e sim que, ao invés disso, eles estão transbordando de significados múltiplos e geralmente conflitantes. Da mesma forma, a desconstrução não defende que os conceitos não têm limites, mas antes que os seus limites podem ser analisados de muitas formas diferentes conforme sejam inseridos em diferentes contextos.

Apesar de a análise desconstrutivista ser utilizada para mostrar que distinções e argumentos particulares carecem de coerência normativa, a mesma não mostra que todas as distinções legais são incoerentes. Os argumentos desconstrutivistas não necessariamente destroem oposições ou distinções conceituais. Em vez disso, tendem a mostrar que as oposições conceituais podem ser reinterpretadas.

Voltando para a análise do direito de ter direito podemos dizer que no Brasil a ideia de cidadania ficou fechada num arcabouço formal. Quando se conclama “a cidadania” utiliza-se a mesma como conceito estritamente político, de que o cidadão é aquele que tem o direito de voto ou de se expressar

politicamente. No entanto, retomando-se o pilar da igualdade deve-se ampliar a ideia de cidadania.

Gadotti ensina que:

Pode-se dizer que cidadania é essencialmente consciência de direitos e deveres e exercício da democracia: direitos civis, como segurança e locomoção, direitos sociais, como trabalho, salário justo, saúde, educação, habitação, etc.; direitos políticos, como liberdade de expressão, de voto, de participação em partidos políticos e sindicatos, etc. Não há cidadania sem democracia²⁰⁶.

Exercendo-a o cidadão os direitos inseridos não só no *caput* do artigo 5º da Constituição, mas em outros aparelhos nela inseridos são cumpridos.

O mesmo autor cita também a definição dada por Paulo Freire:

Escola cidadã é aquela que se assume como um centro de direitos e de deveres. O que a caracteriza é a formação para a cidadania. A Escola cidadã, então, é a escola que viabiliza a cidadania de quem está nela e de quem vem a ela. Ela não pode ser uma escola cidadã em si e para si. Ela é cidadã na medida mesma em que se exercita na construção da cidadania de quem usa o seu espaço²⁰⁷.

Francisca S. Araújo²⁰⁸ entende a cidadania como sendo aquela pensada como um conjunto de valores e práticas com exercício fundamentado tanto no reconhecimento formal dos direitos quanto nos deveres que a compõem na vida diária dos sujeitos. Assim mais importante que um conceito formal é a sua prática.

Desta feita, o adolescente em conflito com a lei é cidadão, investido de direitos, amparado pela Constituição Federal de 1988, todavia, podemos observar uma contradição entre a legislação que a resguarda e a concretude desses ditames legais. Tal contradição suscita a pergunta: O que impede, adia, retarda a inclusão do adolescente em conflito com a lei?

A cidadania não é encarada pelo Estado brasileiro de maneira ajustada, pois os problemas sociais continuam cravados na sociedade, o que anula qualquer tentativa de prática efetiva dos direitos fundamentais. Somente ter-se-á uma cidadania plena quando os direitos fundamentais forem quer garantidos quanto praticados, posto que é essa garantia de tutela não que institui uma real isonomia.

A igualdade não decorre apenas do reconhecimento clássico da

²⁰⁶ GADOTTI, Moacir. **Escola Cidadã: educação para e pela cidadania**. São Paulo: Cortez, 2000, p. 78.

²⁰⁷ GADOTTI, Ibid.

²⁰⁸ ARAUJO, Francisca Socorro. **Sobre o conceito de cidadania e seus reflexos na escola**. Disponível em <<http://www.infoescola.com/sociologia/cidadania-e-educacao/>> Acesso em 10 de jun. de 2012.

isonomia, da igualdade de normas, mas da igualdade de oportunidades e condições sociais. Assim, a cidadania democrática pressupõe uma visão da igualdade baseada no reconhecimento das desigualdades e na vontade de se expressar politicamente através de ações éticas, fortemente participativas e voltadas para a concretização dos mecanismos legais. Porém, tal cidadania desejável esbarra num dos sentimentos mais ardilosos que fazem parte do ser humano: o preconceito.

Este “preconceito” aos adolescentes em conflito com a lei se configura como uma negação social, uma vez que suas peculiaridades são ressaltadas como uma impossibilidade.

A cultura que valoriza determinados conceitos de qualidade de vida, saúde, autocontrole entende o diferente, as limitações, como obstáculos ao sucesso. A cultura passou a ser um mecanismo de domesticação do pensamento e o adolescente em conflito com a lei causa estranhamento porque revela aquilo que a sociedade contemporânea tenta negar de todas as formas possíveis: as dificuldades do ser humano deixando de ver as potencialidades e o próprio valor.

A Constituição Brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio, uma vez que:

(...) O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilastras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana²⁰⁹.

A Constituição Federal promulga a todos os brasileiros direito à educação, à saúde, à proteção à infância, entre outros, todos em caráter fundamental, mas se verifica que tais Direitos Sociais não passam de utopia, demonstrando-se a ausência de um sistema gerencial que vise a otimização tanto dos recursos humanos quanto materiais.

A dignidade humana é o ponto de referência de todas as competências que proporcionam o reconhecimento e afirmação da dimensão da pessoa e sua importância. Está se impõem de forma absoluta para que a vida do adolescente em conflito com a lei seja digna.

3 VALIDADE MORAL DOS DIREITOS: IGUALDADE E A NATUREZA HUMANA

O direito constitucional cria normas divididas em categorias de valores

²⁰⁹ ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. IN: **Revista Trimestral de Direito Público**, nº 15, 1996, p. 85.

subdivididas em ordem de valores ou sistema de valores de acordo com a concretização jurídica. Em uma sociedade democrática as garantias como igualdade, liberdade, apesar de essenciais, são aplicadas respeitando-se as diferenças, bem como na aplicação dos direitos individuais.

E para que seja garantida a dignidade da pessoa humana, é necessário optar pela defesa da igualdade material como mecanismo capaz de superar a discriminação e a intolerância.

A corrente de pensadores defensora da igualdade material propõe que ações afirmativas devam ser pensadas como forma de promoção da igualdade voltada a diminuir as desigualdades sociais, por meio da política de tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade, oferecendo proteção jurídica especial a parcelas da sociedade que, ao longo da história, figuraram em situação de desvantagem.

A opressão e a injustiça também são produzidas no âmbito cultural. Por isso, é necessário, além de atuar na distribuição de bens escassos, reconhecer e valorizar as identidades dos grupos não hegemônicos no processo social.

Na sociedade plural deve-se buscar que as pessoas tenham igualdade de participação nos discursos jurídicos. A igualdade não significa tratar todos os indivíduos de modo idêntico, mas em determinados casos submeter sujeitos desiguais a tratamentos jurídicos diversos.

A igualdade material é um objetivo a ser perseguido mediante ações ou políticas públicas, como iniciativa concreta em proveito de grupos desfavorecidos por meio de uma atuação transformadora e igualadora.

O combate à discriminação, por si só, é insuficiente para implementar a igualdade. Assim, é mister valer-se de uma medida emergencial que combine práticas proibitivas de discriminação com outras que acelerem a promoção da igualdade.

Nesse sentido, a concessão de tratamento mais favorável a grupos que se encontram em desvantagem não caracteriza arbítrio ou violação do princípio da igualdade, pelo contrário, o que se pretende é viabilizar a igualdade material. A igualdade jurídica só existe em razão da diferença e só se realiza no respeito à diferença.

Dessa forma, um exemplo de implementação da igualdade material seria a garantia de acesso ao ensino das pessoas portadoras de deficiência, o que passaria da simples igualdade formal.

Boaventura de Souza Santos²¹⁰ afirma que as pessoas têm direito a ser iguais quando a diferença inferioriza; por outro lado, elas têm o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Ele ainda afirma que, por isso, é necessário uma igualdade que reconheça as diferenças, e uma diferença que não reproduza as desigualdades, mas atenda as necessidades da natureza humana.

Do ponto de vista literal, a palavra “natureza” diz respeito à biologia e as determinações individuais que a seleção natural criou em cada código genético (DNA). Em *Tábula Rasa*, Steven Pinker traz quatro temores acerca da

²¹⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. **A Construção Multicultural da Igualdade e da Diferença**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

natureza humana:

Se as pessoas forem inatamente diferentes, a opressão e a discriminação serão justificadas.

Se as pessoas forem inatamente imorais, a esperança de melhorar a condição humana será vã.

Se as pessoas forem produto da biologia, o livre-arbítrio será um mito, e não poderemos mais considerar as pessoas responsáveis por suas ações.

Se as pessoas forem produto da biologia, a vida não terá um significado e um propósito maiores²¹¹.

Vale destacar o argumento biológico, que se contrapõe ao cultural, baseia-se na afirmação falaciosa de que se algo for explicado pela biologia, torna-se legitimado e justificado. A explicação biológica da inexistência de raça como *táxon* humano não implica a sua inexistência como construção histórica social voltada para justificar a desigualdade. Mesmo que o mapeamento do genoma tenha evidenciado que biologicamente a espécie humana não se divide em raças, essa divisão existe no plano sociopolítico.

Nesse sentido pode-se dizer que a categoria raça é um fenômeno social, e não um fato biológico ao qual está associada à discriminação resultante da cor e aparência do indivíduo.

Por mais isolado que seja todo indivíduo, ele tem sua subjetividade pautada nas experiências concretas dos meios sociais de que participa. Esta subjetividade é definida a partir de características coletivamente compartilhadas. Negar o direito de se identificar com uma coletividade também é negar o direito à individualidade, o direito a uma história pessoal, é negar o sentimento de pertença.

4 GARANTIA DO DIREITO DE INCLUSÃO POR MEIO DAS AÇÕES SOCIOEDUCATIVAS: SOLUÇÃO PARA O IGUALITARISMO

Tratar do direito de inclusão merece sempre atenção especial, haja vista discursos polêmicos dos menos preparados. O arcabouço jurídico sustentado e os argumentos que deveriam possibilitar a plena concretização do processo de erradicação da exclusão social são utilizados como política de estado e de governo.

Ao longo do percurso histórico, que culminou na Constituição de 1988, construiu-se um novo paradigma da inclusão social, que colocaria fim ao uso da política como instrumento clientelista para construir uma política capaz de combater a pobreza e a desigualdade; ou seja, de romper com as práticas caritativas até chegar ao status de direito social garantido constitucionalmente.

Dessa forma, passou-se garantir os direitos sociais, visando à dignidade

²¹¹ PINKER, Steven. *Tabula Rasa. A negação contemporânea da natureza humana*. São Paulo: Companhia das letras, 2002, p.197.

da pessoa humana, com a missão de efetivar o direito do cidadão e a garantia de inclusão, de igualdade. A concretização da cidadania ocorre através do espaço político, como o direito a ter direitos.

Para que a inclusão social das pessoas com deficiência tenha êxito se faz necessário que as atitudes e que a visão da sociedade mudem, bem como as das pessoas com deficiência sobre si mesmas e sobre o mundo ao seu redor. Todos devem agir e contribuir para o bem comum e para a construção de uma sociedade inclusiva.

A sociedade inclusiva nada mais é do que a consequência da visão social de um mundo democrático, onde se anseia respeitar direitos e deveres. Nesta sociedade todos são iguais e a limitação de um indivíduo não diminui seus direitos. As pessoas com deficiência são cidadãos e fazem parte da sociedade, e esta deve se preparar para lidar com a diversidade humana.

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 fez da criança e do adolescente sujeito de direitos quando sagrou a doutrina da Proteção Integral à Infância, também entendida como doutrina da Prioridade Absoluta.

Na atual conjuntura da Constituição (artigo 227/CF) e da Lei nº 8.069/1990 (artigo 4º) tem-se uma nova história legislativa face ao acolhimento dessa doutrina da Proteção Integral à infância e à adolescência.

Citada doutrina baseia-se nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes, já que estes apresentam uma condição característica de pessoas em desenvolvimento e, por isso, necessitam de proteção distinta, particularizada e irrestrita.

O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 que substituiu o Código de Menores de 1979 adota essa mesma doutrina, e por tal busca o direcionamento de políticas públicas para a criança/adolescente em situação de risco social, bem como os adolescentes autores de ato infracional, trazendo tanto medidas de proteção e quanto as socioeducativas.

Referido o estatuto dita uma vasta gama de direitos e deveres alvos de aplicação dos mecanismos sociais específicos para o estabelecimento da ordem social, sempre objetivando garantir a proteção integral à criança e ao adolescente.

Também se tem o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente em 1992 que se destina entre suas finalidades, a formulação de políticas públicas e a destinação de recursos para cumprimento do estabelecido no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Desse modo, revolucionou-se o direito infanto-juvenil, o que representa um qualitativo avanço na teoria dos direitos fundamentais, que têm como referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948²¹². Desta feita, a criança e o adolescente tem absoluta prioridade, direito a respeito, à dignidade, à liberdade, à educação, mirando o seu pleno desenvolvimento,

²¹² DORNELLES, João Ricardo. **Direitos humanos e a infância no Brasil: Reflexões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 124.

aparelhando-o para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho²¹³.

Estabelecendo citado Estatuto o acatamento aos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente e acesso aos mecanismos para a efetivação de tais direitos, enfoca a dignidade destes enquanto sujeitos em desenvolvimento, tendo em vista a construção do caráter dos mesmos.

Vê-se, pois, que práticas educacionais e pedagógicas sólidas, pautadas na ética, participação democrática e na inclusão se revestem do manto da efetivação material e formal do direito à proteção integral da criança e do adolescente e sua essencial reinserção na sociedade. A proposta da Constituição de 1988 em relação aos princípios fundamentais é de uma cidadania mais abrangente e desafiadora, ou seja, transformar a criança e o adolescente em um integrante legítimo da sociedade - participante e modificador da mesma - se desenvolvendo de modo saudável e em ambiente favorável onde possam chegar ao seu potencial físico, psíquico e moral.

Todas estas leis procuram dar cumprimento ao que estabelece a Constituição como fundamento do Estado Democrático de Direito, ou seja, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, que representa o desejo de toda pessoa portadora de deficiência: ser cidadão com dignidade.

Tanto o Poder Público por meio de atos administrativos, legislativos e judiciais, quanto os particulares têm papel relevante nessa causa social que é a inclusão. Trata-se do envolvimento com as ações e medidas socioeducativas, que se destinam a assegurar igualdade de fato, isonomia material entre segmentos discriminados da sociedade.

Para que os direitos humanos se desenvolvam é preciso denunciar as estratégias de reprodução das forças dominantes, bem como as manipulações simbólicas de educação e de cultura que banalizam as desigualdades.

Embora, existam diversas definições sobre política pública, mas nesse artigo toma-se a de Fernando Aith²¹⁴ - atividade estatal de preparação, programação, efetivação e financiamento de ações volvidas à solidificação do Estado Democrático de Direito e à geração e amparo dos direitos humanos, ou seja, um conjunto de atuações do governo para a produção de efeitos característicos, influenciando a vida dos cidadãos.

Grande parte das definições aviva a função da política pública como instrumento de solução de problemas, onde o todo se sobrepõe as partes, procurando ser uma "máquina" de inclusão social²¹⁵, iniciando-se todo processo político quando identificada a necessidade/problema ou se percebe que a atuação governamental negligencia uma amostrar da sociedade.

²¹³ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1997, p. 13.

²¹⁴ AITH, Fernando. *Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção aos direitos humanos. O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 233.

²¹⁵ GALLASSI, Almir. *Sistema prisional brasileiro: violação ao princípio da dignidade humana e ausência de políticas públicas como instrumento de inclusão social do ex-detento*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry (Orgs.). **Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social**. Birigui/SP: Boreal Editora, p. 20-37, 2010, p. 34.

O Estado deve buscar e materialmente alcançar os fins que constitucionalmente instituiu e, portanto, deve se aparelhar eficientemente para efetivá-los, pois é seu encargo a realização dos direitos fundamentais, sendo que ainda deverá preservar de determinados bens imperiosos como a reinserção do adolescente em conflito com a lei.

Para o desenvolvimento econômico e social se faz necessário à supressão de desigualdades sociais. Todavia, a eficácia dos direitos sociais condicionados às ações positivas do Estado tem sido limitada em parte por causa dos recursos escassos, por isso deve-se insistir na atuação estatal que busque garantir a dignidade constitucionalmente colocada como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III/CF).

Fernando de Brito Alves leciona:

“... é possível se pensar em modelos de organização do Estado nos quais o direito é instrumento de inclusão social, de modo a garantir participação substancial a todos, para que as escolhas públicas sejam articuladas por todos, inclusive os *outsiders*, a partir de um critério objetivo de justiça consubstanciado pela igualdade”²¹⁶.

As Ações socioeducativas são obrigação do Estado para reinserção do adolescente em conflito com a lei e uma omissão desse direito fundamental constitui em inconstitucionalidade. As ações que diminuem as desigualdades e injustiças sociais voltadas para o adolescente em conflito com a lei, bem como a sua família fazem do Princípio da Igualdade uma realidade material.

A hipótese assumida é que a igualdade e inclusão do adolescente em conflito com a lei se concretiza por meio de ações socioeducativas adequadas e voltadas para a justiça social. Conforme Flávia Piovesan:

Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão e a intolerância à diferença e à diversidade. 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 de grupos que sofreram e sofrem consistente padrão de violência e discriminação²¹⁷.

São elas, pois, uma eficaz forma de efetivação da igualdade, sendo imprescindível um empenho da sociedade e lideranças para eliminar/reduzir

²¹⁶ BRITO ALVES, Fernando. *Dos pressupostos das políticas públicas de inclusão*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Orgs.). **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea**. Birigui/SP: Boreal Editora, p. 133-46, 2010, p. 143.

²¹⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83.

as desigualdades sociais.

No entanto, há que se ressaltar que o Estado quando não concede políticas públicas a todos indistintamente passa a utilizar as diferenças individuais em suas decisões; assim tentando evitar a discriminação acaba por eternizar as iniquidades sociais.

Diante da prática cultural discriminatória pode o Estado optar entre duas posturas: neutralidade ou ativismo. A primeira, sob a roupagem da isenção, permite a subjugação dos grupos sociais minoritários pelos majoritários. Já a segunda, instrumentalizada por meio de ações afirmativas, inclusivas e emancipatórias, consiste em agir para combater desigualdades, eliminar as violações aos direitos humanos e romper com o legado de exclusão.

Não se pretende, com as ações positivas/socioeducativas, tornar os indivíduos iguais buscando uma identidade entre eles, mas sim de se reconhecer a sociedade como plural assumindo suas diferenças e buscando enfrentá-las de modo a garantir a diversidade cultural.

O que se pretende alcançar com as políticas socioeducativas seria induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e subordinação de uma pessoa em relação à outra.

Isto posto, cumpre ao Estado o dever de prover políticas socioeducativas quando as diferenças significarem inferiorização, e também prover políticas universalistas quando a diferença não caracterizar, capacitar ou autonomizar as pessoas, já que as duas formas podem ser combinadas, e não excluídas.

Os programas socioeducativos tem que ser compreendidos não como mecanismo fim, mas sim como políticas públicas que servem de meios direcionados na redução das desigualdades sociais. Ademais, é preciso deixar de lado o preconceito e abrir o coração para aceitar as diferenças.

CONCLUSÃO

A inclusão social é um conjunto de meios e ações que combatem a exclusão aos benefícios da vida em sociedade, provocada pela diferença de classe social, origem geográfica, educação, idade, existência de deficiência ou preconceitos. Inclusão é oferecer aos mais necessitados oportunidades de acesso a bens e serviços, dentro de um sistema que beneficie a todos e não apenas aos mais aptos.

Todo e qualquer processo, para ser democrático, demanda igualdade substancial. O princípio da igualdade deve ser dinâmico no sentido de promover a igualização das condições entre as partes de acordo com as respectivas necessidades.

Por este motivo, os que lutam pela inclusão trabalham para mudar a sociedade, a estrutura dos seus sistemas sociais comuns e atitudes em todos os aspectos, tais como educação, trabalho, saúde, lazer.

Sobretudo, a inclusão social é uma questão de políticas públicas, pois estas foram formuladas e basicamente executadas por decretos e leis, assim

como em declarações e recomendações de âmbito internacional.

Por estas razões, surge à necessidade de uma atualização das diversas políticas sociais, já que muitas das atuais linhas de ação estão em conflito ideológico com as novas situações.

Sendo assim, é necessário mudar o prisma pelo qual são observados os direitos já ordenados e os que precisam ser acrescentados, substituindo totalmente o paradigma que até então é utilizado, até mesmo inconscientemente, em debates e deliberações.

De uma forma geral e breve as ações afirmativas pretendem: concretizar a igualdade de oportunidades; transformar cultural, psicológica e pedagogicamente; implantar o pluralismo e a diversidade de representatividade dos grupos minoritários e vulneráveis; eliminar barreiras artificiais e invisíveis que emperram os avanços destes; criar as personalidades emblemáticas, exemplos vivos da mobilidade social ascendentes para as gerações mais jovens; aumentar a qualificação; promover melhoria de acesso ao mercado de trabalho; apoiar empresas e outros atores sociais que promovam a diversidade; garantir visibilidade e participação nos distintos meios de comunicação.

Referências

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção aos direitos humanos. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAUJO, Francisca Socorro. *Sobre o conceito de cidadania e seus reflexos na escola*. Disponível em <<http://www.infoescola.com/sociologia/cidadania-e-educacao/>> Acesso em 10 de jun. de 2012.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da pessoa portadora de deficiência, 1994.

ARISTÓTELES. *Livro V: Ética à Nicômaco*, Tradução de LEONEL VALLANDRO e GERD BORNHEIM da versão inglesa de W. D. Ross. Coleção "Os Pensadores".

ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Controle Judicial dos Atos Administrativos*. RDP 65/27.

ALVES, Fernando de Brito. *Dos pressupostos das políticas públicas de inclusão*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Orgs.). *Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. Birigui/SP: Boreal Editora, p. 133-46, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença. As ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de*

deficiência. Revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Arraes editores, 2009.

DORNELLES, João Ricardo. *Direitos humanos e a infância no Brasil: Reflexões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

GADOTTI, Moacir. *Escola Cidadã: educação para e pela cidadania*. São Paulo: Cortez, 2000.

GALLASSI, Almir. *Sistema prisional brasileiro: violação ao princípio da dignidade humana e ausência de políticas públicas como instrumento de inclusão social do ex-detento*. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUÉ, Henry (Orgs.). *Ensaio sobre os direitos fundamentais e inclusão social*. Birigui/SP: Boreal Editora, p. 20-37, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional - Tomo IV - Direitos Fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 9ª ed., 2012.

PINKER, Steven. *Tábula Rasa. A negação contemporânea da natureza humana*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. IN: *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 15, 1996.

SANDEL, Michael J. *Justiça - O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A Construção Multicultural da Igualdade e da Diferença*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Sales Augusto. *Ações afirmativas e o combate ao racismo nas Américas*. Brasília: ONU, BID e MEC, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Revista e atualizada. Segunda tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, 5ª ed., 2010.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de Direito da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1997.