

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS III

Vladimir Brega Filho
Maurício Gonçalves Saliba
José Eduardo Lourenço dos Santos
(Orgs.)

INSTITUTO RATIO JURIS



Vladimir Brega Filho, Maurício Gonçalves Saliba &
José Eduardo Lourenço dos Santos
(Orgs.)

SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS III

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)

Vladimir Brega Filho, Maurício Gonçalves Saliba &
José Eduardo Lourenço dos Santos
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio 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. Angel Cobacho (Universidade de Múrcia)
Prof. Dr. Sergio Tibiriça (Faculdades Toledo - ITE/Bauru-SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema Constitucional de Garantia de Direitos
III / Vladimir Brega Filho, Maurício
Gonçalves Saliba e José Eduardo Lourenço
dos Santos, 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. Brega Filho,
Vladimir. II. Saliba, Maurício Gonçalves.
III. Santos, José Educado Lourenço dos.

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

CONCURSOS PÚBLICOS E PROTEÇÃO A CONFIANÇA LEGÍTIMA Murilo Agutoli Pereira	4
O ACESSO À EDUCAÇÃO SUPERIOR POR MEIO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA ANÁLISE SOBRE O PROUNI Raíza Alves Rezende Thaís de Fátima Perez	18
O ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO SOB A PERSPECTIVA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS Rodolfo Shimoszako Nates	35
O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DERIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE: ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº 1334097 - RJ Renê Francisco Hellman Vinicius Rafael Rissetti	50
O DIREITO INTERNACIONAL FRENTE À POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO DOS MILITARES DA DITADURA BRASILEIRA Gisele Caversan Beltrami Marcato Lorena Pretti Serraglio	64
O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL Larissa da Silveira Tayana R. M. Caldonazzo	83
O FINANCIAMENTO ELEITORAL COMO FORMA DE GARANTIR OS DIREITOS POLÍTICOS Leonardo Inácio Nunes Pablo Eduardo Pocay Ananias	97
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA Ana Paula Meda	117
O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO LIMITE CONSTITUCIONAL AO PODER DE TRIBUTAR Daniela de Lima Amorim	134
O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO E SUA APLICAÇÃO ÀS MULTAS TRIBUTÁRIAS Tiago Cappi Janini	148

CONCURSOS PÚBLICOS E PROTEÇÃO A CONFIANÇA LEGÍTIMA

Murilo Agutoli Pereira¹

Resumo:

O presente trabalho traz as diretrizes dos concursos públicos realizados pela Administração Pública, dada sua importância frente à sociedade. Trata-se de um instrumento democrático, com fundamentos constitucionais próprios. Nada obstante, não bastam apenas fundamentos constitucionais, devendo-se considerar princípios jurídicos, mormente a boa-fé e segurança jurídica, proteção à confiança legítima que são concepções do Estado de Direito, principalmente quando se discute o direito subjetivo ou a mera expectativa de direito por parte dos candidatos.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratou das restrições de acessibilidade das pessoas aos concursos públicos. O Estado, idealizador do certame, muitas das vezes não segue as regulamentações legais adequadas para cumprir a correta finalidade do concurso.

Nos concursos públicos de um lado está o Estado representado pela Administração Pública e de outro estão os candidatos que são administrados com o direito subjetivo ou mera expectativa de aprovação/nomeação.

Em todos os ramos do direito, tanto o privado como o público, o aplicador tem que considerar princípios como critério orientador para melhor aplicação do direito.

Alguns princípios como o da proteção da confiança legítima que para parte da doutrina deriva da segurança jurídica, e boa-fé objetiva devem ser considerados para manutenção de certos atos administrativos ou processos, em especial, os concursos públicos por várias razões, mesmo que estes sejam antijurídicos em determinados casos.

A escolha do tema em testilha se deu em virtude de sua complexidade, principalmente quanto aos postulados normativos adotados por não estarem explicitamente no texto constitucional. Motivo de discussões jurídicas sociais, este instituto (proteção da confiança legítima) passa a ganhar forma e força, até dentro dos tribunais nacionais.

1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DOS CONCURSOS PÚBLICOS

¹ Advogado e pós-graduando em Direito Público. E-mail: muriloagutoli@hotmail.com. Orientado por Gabriel Lino de Paula Pires. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Administrativo e Direito Ambiental. E-mail: glppires@hotmail.com.

Os Concursos públicos são procedimentos administrativos realizados pela Administração Pública, tendo suas bases fixadas pela própria gestão pública, considerando o princípio da isonomia², como também o interesse público.

Deve considerar desde já a importância da “Constituição Cidadã” de 1988 que trouxe de forma assídua e incessante a igualdade dos direitos e deveres de homens e mulheres, bem como diretrizes da política, ampliação dos instrumentos democráticos, direitos sociais, disposição de saúde, segurança pública, entre outros direitos a obrigatoriedade dos concursos públicos.

Anterior ao texto constitucional vigente, a análise para o ingresso de cargos, empregos e funções públicas era feita com certas restrições que geravam injustiças. Por conta do caráter democrático desta Constituição que vigora, passou-se a exigir o concurso público para o ingresso nos cargos públicos.

Nesse sentido, Dirceu da Cunha Junior (2009, p. 275) esclarece que “a exigência de concurso público não alcança as funções públicas, cabendo apenas aos cargos e empregos públicos”, denominado funções públicas como temporárias, autônomas, sem cargo e sem emprego.

Ainda, José Afonso da Silva (2003, p. 659), comentando a impossibilidade de exigência de concurso público para funções públicas, afirma que:

(...) deixa a Constituição, porém, uma grave lacuna, nessa matéria, ao não exigir nenhuma forma de seleção para a admissão às funções (autônomas) referidas no artigo 37, I, ao lado dos cargos e empregos. Admissões e funções autônomas sempre foram fontes de apadrinhamentos, de abusos e de injustiças aos concursados

Com o advento da Constituição Federal de 1988, em especial o artigo 37, inciso II, criou-se a obrigatoriedade dos concursos públicos, um certame obrigatório com critérios internos de seleção e a devida regulamentação legal.

Acerca do conceito de concurso público, Hely Lopes Meirelles assim o define (2004, p. 413):

O concurso público é meio técnico posto a Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego

Ainda, a Constituição Federal, nas disposições gerais sobre Administração Pública, prestigia princípios administrativos, em especial a

² O princípio da isonomia corresponde ao tratamento igual, por parte da Administração Pública frente aos administrados. Tal princípio tem fundamento constitucional no artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

isonomia, que iguala a possibilidade de efetiva participação daqueles que se encontram em situação equivalente, consagrando acesso universal dos cargos públicos.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, no informativo de jurisprudência nº 636, consolidou entendimento no sentido de que a acessibilidade universal aos cargos públicos é direito fundamento, erigindo-o, inclusive, a princípio da acessibilidade aos cargos públicos.

Neste sentido, nota-se que não pode haver distinções entre os candidatos, não podendo ocorrer restrições nos concursos públicos a determinados grupos de pessoas. As definições e requisitos ao acesso têm de ser feitas de maneira razoável e proporcional no momento do edital do concurso, fazendo com que este instrumento democrático³ não fique viciado.

Para Dirceu da Cunha Júnior a lei estabelece os requisitos necessários para a elaboração do certame, desde que respeite a razoabilidade, proporcionalidade e a complexidade do cargo.

Logo, constata-se que não é possível restringir a possibilidade de prestar concursos públicos a certos grupos de pessoas. Como exposto, o acesso é universal, ou seja, para todos os brasileiros que cumpram os requisitos estabelecidos.

2. POSIÇÃO JURÍDICA DOS CANDIDATOS

São frequentes as dúvidas quanto aos direitos e deveres dos candidatos nos concursos públicos. Por essa razão, os processos seletivos devem ser amplamente divulgados, de forma clara, para que todos os concorrentes saibam das matérias exigidas e seus direitos, deste a publicação do edital.

O certame existe para selecionar os mais qualificados, sem vantagens ou privilégios, em virtude do princípio da isonomia e acessibilidade. De maneira escalonada os melhores candidatos serão selecionados para ocuparem cargos públicos, tanto na Administração direta bem como indireta, dotados de função pública.

Tradicionalmente, com relação à posição jurídica dos candidatos à jurisprudência conservadora entende que tem de considerar a expectativa de direito adquirido pelos concorrentes. Muito se discute sobre o dever da Administração nomear candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital, ingresso na carreira jurídica, cadastro de reservas entre outros direitos.

Baseada nesta expectativa de direito, o Poder Público, sistematizado no interesse público, com o poder de autotutela entende que o concurso público pode ser cancelado ou invalidado, antes, durante ou após a prova.

³ A denominação “instrumento democrático” é baseada em dois prismas do princípio democrático: o princípio de organização de titularidade e exercício de poder e os direitos fundamentais. (CANOTILHO, 1997, p. 280)

A motivação das decisões é no sentido de que os candidatos têm apenas mera expectativa, essa não obriga a Administração dos concursos prometidos. Mesmo eventual aprovação não gera direito absoluto para nomeação, pois, a expectativa ocorre da inscrição até a investidura do cargo/emprego.

Quanto ao provimento, a conveniência e oportunidade deste ficam à inteira disposição da Administração.

Para o Estado, o indivíduo só adquire direitos e prerrogativas do cargo/emprego, com a posse a qual é posterior ao provimento. O funcionamento do concurso público é escalonado, provimento primeiro, seguido da posse e conseqüente exercício do cargo.

Assim, no sentido de garantir a estabilidade, ordem e paz social entre Estado e administrado, vem sendo crescentemente reconhecido o princípio da proteção da confiança legítima, invocado pelo particular, com a finalidade de evitar surpresas, no âmbito dos concursos públicos.

A aplicação do princípio mencionado acima, para seus adeptos, traz aos candidatos uma proteção frente aos abalos repentinos que a Administração Pública possa vir a causar nos concursos. Assim, *a priori* uma expectativa qualificada e *a posteriori* um direito subjetivo do candidato seria preservado.

3. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À CONFIANÇA LEGÍTIMA E SUA RELAÇÃO COM OUTROS PRINCÍPIOS

Antes de iniciar o estudo sobre o princípio da proteção à confiança legítima, deve ser feita uma breve definição do que vem a ser princípio jurídico. Em sua obra, Humberto Ávila (2013, p. 40), com o embasamento teórico de Robert Alexy, define princípios como “espécies de normas jurídicas, por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”.

Para Eduardo García de Enterría (2008, p. 484), os princípios são normas gerais do direito e correspondem em uma condensação dos mais importantes valores jurídicos materiais que compõe o ordenamento jurídico e a vida jurídica⁴.

Convém mencionar também a concepção clássica adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem princípio é mandamento nuclear de um sistema, funciona como base que propaga sobre diferentes normas, transmitindo lógica e racionalidade normativa, dando sentido harmônico. Assim, violar um princípio, seria como ferir um sistema de comandos.

O princípio da proteção à confiança legítima é uma temática não muito explorada na doutrina, porém, vem ganhando força doutrinária e aceitação nos tribunais nacionais.

4 “Conviene recordar a este propósito que los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substractum del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica”.

Alguns entendem ser este um subprincípio do princípio da segurança jurídica. Em contrapartida, outros o classificam como instituto autônomo do Estado de Direito. O que não se deve discutir é sua posição como fundamento geral do ordenamento, devendo ser aplicado em todos os ramos do direito.

3.1. Princípio da proteção à confiança legítima

Feitas algumas considerações com relação aos princípios em geral, passamos a analisar o principal instituto abordado no presente trabalho, o princípio da proteção à confiança legítima frente às expectativas dos administrados, candidatos nos concursos públicos.

Tal instituto decorre do Estado Democrático de Direito, surgiu em meados do século XX, na Alemanha, no período da 2ª Guerra Mundial, ganhando notoriedade a partir de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Administrativo de Berlim, em 14 de novembro de 1956, no caso conhecido como da “Viúva de Berlim” (MAZZA, 2013, P. 124). Com o tempo foi reunindo força e corpo no continente europeu e atualmente passa a ser adotado pelos tribunais brasileiros em determinados casos.

A principal característica deste instituto é igualar, estabilizar a relação entre o Estado e o administrado, efetivando o princípio da igualdade e colocando ambos na mesma posição.

Com essa estabilização, extrai-se que os particulares são iguais perante o Estado, num todo. Assim, o princípio da isonomia é essencial ao direito público, devendo ser revestido de generalidade (SUNDFELD, 2013, p. 167-169).

Devemos considerar que tal princípio preserva a paz social e a tranquilidade, devendo as decisões ser justas sem mudanças abruptas de direção. Os atos administrativos não podem ofender bruscamente os administrados.

O princípio da confiança legítima funciona como limitação da liberdade estatal na alteração de sua conduta, uma espécie de redução da discricionariedade do Administrador em não modificar atos que produzam vantagens ao particular, mesmo antijurídicos e a atribuição de repercussões patrimoniais a essas alterações (MORAES, 2004, p. 169-170).

Dessas consequências podemos extrair que existe uma autolimitação na Administração Pública, o que pode facilitar a aplicação do princípio da proteção à confiança legítima.

Salienta-se que é conferido ao poder público o poder/dever de autotutela, meio de instrumento para a defesa do interesse público. Porém, certa competência conferida ao poder público tem que preservar uma margem de liberdade, em outras palavras, limites na discricionariedade conferida ao Estado.

Segundo Weida Zancaner (1996, p. 59), dentro desse poder/dever de autotutela estatal existem “barreiras” que devem ser respeitadas. Tais barreiras trazem restrições da liberdade estatal em anular, convalidar um ato, um procedimento administrativo.

Atrelada à limitação da liberdade estatal vem certa redução da

discrecionariiedade administrativa. A rigor, não pode a Administração Pública agir com discrecionariiedade em todos os casos. A possibilidade de invalidar não gera liberdade de poder decidir, baseada em critérios subjetivos e de conveniência(WEIDA, 1996, p. 55).

Salienta-se que a manutenção de um ato mesmo que antijurídico pode ocorrer sob o mesmo argumento de sua invalidação. A ordem jurídica se faz pela fulminação quanto pela correção do ato ilegal. Para tanto, a restauração do conjunto harmônico das normas não precisa necessariamente ser restaurada com a extinção do ato inválido (WEIDA, 1996, p. 56).

Neste sentido, para a recomposição da ordem jurídica então violada, mais precisamente nos concursos públicos, em alguns casos pode ser feita com manutenção do ato ainda que seja inválido, porque este trouxe situação ampliativa de direito ao candidato.

Para Hartmut Maurer (2006, p. 323-324), jurista alemão, o ato inválido em alguns momentos se torna um ato administrativo benéfico ilegal, formando um antagonismo entre o princípio da proteção à confiança legítima e o princípio da legalidade, devendo, assim, ser resolvido por ponderação ao depender do caso concreto.

O reconhecimento da proteção legítima expõe limites na liberdade estatal de cancelar concursos, modificar considerações iniciais previstas nos editais, deixar de aprovar, nomear candidatos que passaram horas e horas estudando, buscando o sucesso profissional.

A paz social, a situação ampliativa de direito e principalmente a igualdade nas relações entre Administração e administrados é meio de manutenção de atos administrativos ilegais. Essa ilegalidade é por parte do Estado, tendo em vista que ilegalidade por parte do particular pressupõe má-fé, instituto excludente na aplicação do princípio da proteção à confiança.

Em sua obra, o professor Sintofimio Gamboa (1996, p. 390) ensina que para atingir a paz social e um poder estatal suficiente, deve-se respeitar o princípio da prevalência e do respeito aos direitos fundamentais⁵.

O princípio da confiança legítima só pode ser utilizado pelo particular, ou seja, pelo administrado, como forma de possibilitar o equilíbrio com o Estado. Para isso, a doutrina majoritária entende que para incidência deste é necessária a boa-fé do administrado, não podendo ocorrer a confiança ilegítima, em virtude da má-fé, o que exclui a aplicação.

Para a aplicação do princípio em tela tem que preencher cinco requisitos, que, segundo Jesús González Pérez (2004, p. 69-74), são: a) ato da Administração conclusivo capaz de gerar confiança no administrado; b) presença de signos externos decorrentes da atividade aptos a orientar o administrado a adotar determinada conduta; c) ato que reconhece ou constitui uma situação individualizada com durabilidade razoável; d) causa idônea para provocar a confiança do afetado; e) cumprimento, pelo interessado, dos seus

⁵ “El Estado de derecho moderno o constitucional se inspira precisamente en estos postulados (principio de la prevalencia y el respeto a los derechos fundamentales) que en últimas buscan un poder estatal suficientemente dotado de instrumentos para alcanzar la paz y garantizar el respeto y prevalencia de los derechos fundamentales no cayendo en el abuso de poder”.

deveres e obrigações.

Em suma, os concursos públicos preenchem todos esses requisitos. Quando a Administração Pública lança um edital, os candidatos entendem que o certame é sério, conferindo ao poder público confiança frente ao ato (concurso público).

Além disso, entendem que tal instrumento democrático será concluído de forma justa com o decorrer do tempo, que não haverá condutas diversas por parte do poder público.

Por fim, o princípio elencado neste tópico, da mesma maneira que os demais princípios que compõem o ordenamento jurídico pátrio, está ligado ao Estado Democrático de Direito.

Partindo da concepção de que a Administração Pública presa pelo interesse público, deve-se, ainda que implicitamente, reconhecer e aplicar o princípio da proteção à confiança legítima, até mesmo por uma questão de lealdade do administrador com os administrados, do que decorre a corrente doutrinária segundo a qual devem ser mantidos mesmo que antijurídicos.

A igualdade na relação Estado/Cidadão deve existir sempre, havendo, contudo, limites a serem respeitados dos dois lados. Esse respeito ao limite nos leva a um efetivo meio de defesa do interesse público, trazendo os supraprincípios do direito administrativo, quais seja, a supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse público.

Em uma boa relação, seja entre particulares, seja entre esses e poder público deve sempre prevalecer a confiança, a devida ética entre ambos, tentando sempre a melhoria do bem-estar social.

Desse modo, o desprezo às expectativas legítimas do administrado, ou seja, dos candidatos nos concursos públicos deve ser retirado, devendo o Estado agir de maneira correta, cumprindo com a devida atuação administrativa, privilegiando a justiça.

3.2. Proteção à confiança legítima como subprincípio da segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica advém do Estado Democrático de Direito e compõe o sistema constitucional, mesmo que implicitamente, tendo *status* de subprincípio do próprio Estado de Direito, sobre o qual foi erigida toda a República Federativa do Brasil.

É sabido que a ordem jurídica existe como meio de organização, no sentido de mostrar as pessoas o que podem e o que não podem fazer, sabendo desde sempre as consequências de seus atos.

O direito traz estabilidade, com um mínimo de certeza no controle da vida social e, por isso, Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 126) coloca o princípio da segurança jurídica como um dos mais importantes de todos os princípios jurídicos.

Inclusive, no âmbito do processo administrativo federal, o princípio da segurança jurídica está elencado no artigo 2º, parágrafo único, da Lei 9784/99, como um dos princípios ao qual a Administração Pública deve obedecer.

Todos sabem que a mutação no mundo do direito segue o desenvolvimento da sociedade. Essas mudanças constantes que ocorrem no

ordenamento, segundo essa premissa da segurança jurídica devem causar o menor trauma possível na relação jurídica entre Administração e administrado.

Devem ser considerados os ensinamentos de Weida Zancaner (1996, p. 60) com relação ao princípio em apreço, no sentido de que tal princípio tem aplicação em todos os ramos do direito.

Acrescenta-se também, o entendimento de Odete Medauar (2009, p. 135), segundo o qual o princípio da segurança jurídica preserva alguma estabilidade, situação ou vínculo jurídico. Some-se a isto que um de seus desdobramentos é o princípio da proteção da confiança, o qual traz reflexos, “como a preservação de direitos suscetíveis de se construir, ante as expectativas geradas por medidas da Administração, proteção aos particulares contra mudanças abruptas da Administração.

Assim, quando houver surpresas por parte da Administração que possam prejudicar seus administrados, o princípio mencionado funciona como elemento conservador, mantendo o *status quo* dos indivíduos, estabilizando, mantendo a paridade na relação.

O princípio da segurança jurídica pode ser analisado em sentido objetivo como também subjetivo. A segurança em sentido objetivo é a ideia de estabilidade da ordem jurídica, uma blindagem do próprio sistema com o fim de não prejudicar direito adquirido.

Já no sentido subjetivo vem a proteção à confiança legítima, no sentido de coibir comportamentos contraditórios da Administração Pública, preservando a paz e a ordem social.

Salienta-se que essa subjetividade do princípio da segurança jurídica, que menciona o princípio da proteção à confiança legítima, nos leva à conclusão de que a segunda premissa deriva da primeira, ou seja, se trata de um subprincípio, ou dimensão específica (CANOTILHO, 1997, p. 250).

O que difere um do outro, segundo Canotilho, é que a segurança jurídica está ligada a elementos objetivos da ordem jurídica, garantindo segurança e estabilidade jurídica, enquanto a proteção à confiança legítima está relacionada a unidades subjetivas da segurança.

3.3. Princípio da proteção à confiança legítima e o princípio da boa-fé objetiva

A boa-fé é analisada em todos os campos do direito, desde a interpretação dos mandamentos legais até cláusulas contratual, entre outros. Além disso, toda hermenêutica tem sua consequência, por essa razão, tem que prestigiar sempre a boa-fé das pessoas, detentoras de direitos e deveres.

Trata-se de um princípio criado no direito privado, com a finalidade de que as partes devem agir de forma leal nas relações jurídicas, isso no sentido objetivo. No sentido subjetivo tem que considerar a intenção, vontade do agente em agir de acordo com o direito.

Depreende-se que a boa-fé subjetiva se substância de questões psicológicas internas dos agentes. Essa vertente da boa-fé abre espaço para a ignorância do sujeito, já que, por vezes, as pessoas nem tem devida noção daquele ato que esta praticando.

Já a boa-fé objetiva diz respeito às normas de condutas, previstas na

legislação vigente, que as partes devem seguir.

Em alguns casos, as normas de condutas impostas pelo legislador podem restringir direitos subjetivos. Essa objetividade está condicionada a honestidade e lealdade das pessoas. O comportamento aqui é no sentido de não abusar da confiança da outra parte.

O princípio mencionado é reconhecido no direito privado, principalmente nas relações contratuais. Com o passar do tempo, frente à mutação do ordenamento e a identidade deste princípio com alguns princípios do direito público, a boa-fé objetiva passou a ser aplicada nas relações públicas, aplicando-se “nos contextos específicos do contrato administrativo e da responsabilidade pré-negocial do Estado” (MAZZA, 2013, p. 122).

A maioria das doutrinas administrativas trata a boa-fé como conteúdo da moralidade administrativa. Porém, é mister se fazer uma diferenciação entre boa-fé objetiva e subjetiva.

A subjetiva consiste na intenção, vontade do indivíduo, já a objetiva analisa o comportamento adotado pelo agente frente a determinado caso. O que importa a Administração é o comportamento, ficando as motivações psicológicas em segundo plano.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a boa-fé tem muita relação com a segurança jurídica. Assim, no momento em que a Administração adota certa interpretação, não pode posteriormente vir a anular os atos anteriores, tendo em vista o direito adquirido pelo administrado, devendo sua boa-fé ser respeitada.

Considerando que uma das funções da boa-fé é estabelecer um padrão ético entre os indivíduos que compõe a relação jurídica, temos de considerar também a estabilidade, ordem e paz social, conteúdos da segurança jurídica.

Logo, passando a ideia da proteção à confiança legítima, nota-se que a confiança leva a uma representação mental de boa-fé, retroagindo assim ao padrão ético mencionado acima.

Existe uma relação entre ética e confiança, que liga ambos os princípios. A confiança vem quando o indivíduo credita valores ao outro, espantando a desconfiança. A ética, conjunto de valores e princípios, vem como forma de dar sustentabilidade a confiança.

Assim, confiança conduz a uma ideia de boa-fé, sendo essa trazida do privado para o direito público, podendo ligar um princípio ao outro: Boa-fé deriva da confiança que vem como subprincípio da segurança jurídica.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 304), por sua vez, estabelece diferenças pontuais entre o princípio da boa-fé e o princípio da proteção à confiança legítima. Leciona que a boa-fé está presente tanto para a Administração quanto para o administrado, devendo ambos atuarem com legalidade, enquanto o princípio da proteção à confiança legítima está apenas para o Administrado.

Inquestionavelmente, nos concursos públicos não pode o Estado, representado pela Administração Pública, criar expectativas de direitos nos candidatos, durante a maioria do certame e, subitamente, agir de forma contraditória, quebrando a confiança depositada.

4. ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA EVOLUTIVA

Feita a análise doutrinária passamos a verificar a jurisprudência evolutiva, com relação à aplicação do princípio da proteção à confiança legítima.

A principal discussão, motivo de lides de candidatos e Administração Pública dá-se com relação a eventual direito subjetivo de nomeação ou mera expectativa dos concorrentes nos certames públicos.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes⁶, entende que o princípio da segurança jurídica deve ser utilizado como “guia de comportamento pela Administração Pública tendo em vista a confiança depositada no Estado-Administrador por parte dos participantes dos certames”. Para o ministro, quando a Administração torna público um edital de concurso convocando todos os cidadãos a participarem da seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, “ela, impreterivelmente, gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras nesse edital”. Afirmando ainda que:

Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado-administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento.

Os tribunais têm aceitado as disposições dos institutos citados acima nos concursos públicos, tais como o princípio da proteção à confiança legítima, ligado à segurança jurídica e boa-fé objetiva.

O Ministro Marco Aurélio (2013), em julgamento de recurso referente ao direito de nomeação de candidato em concurso público, reconheceu o direito subjetivo do candidato, tendo em vista que este se classificou entre o número de vagas preenchido no edital. Argumentou ainda que o cidadão, no caso o candidato, não pode ser prejudicado em eventual erro, mazela da Administração, devendo seu direito ser reconhecido⁷.

O Supremo Tribunal Federal, em agosto de 2011, julgou o aguardado Recurso Extraordinário nº 598.099, no qual havia sido reconhecida a Repercussão Geral do assunto. O acórdão é uma verdadeira aula de defesa da

6 Entrevista concedida ao site da Globo. Disponível em: <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2011/08/aprovado-em-concurso-tem-direito-nomeacao-decide-o-stf.html>.

Acesso

em:

28/10/2013.

7 Agravo de Instrumento nº 574052 RS - Relator Ministro Marco Aurélio - Julgamento 02/04/2013 -ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-076 DIVULG 23-04-2013 PUBLIC 24-04-2013 - Ementa: CONCURSO PÚBLICO DIREITO À NOMEAÇÃO. Possui direito à nomeação candidato aprovado e classificado dentro de número de vagas anunciadas em edital de certame público, haja vista o disposto no artigo 37 da Carta da República. Precedente - Recurso Extraordinário 192.568/PI, de minha relatoria.

segurança jurídica dos candidatos aprovados em concursos públicos e chama a atenção da Administração Pública para a observância da boa fé no trato com os concursos públicos:

Extrai-se do acórdão: “FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.”⁸

Ainda, comentado o referido julgamento, a Ministra Carmen Lúcia afirmou não acreditar “numa democracia que não viva do princípio da confiança do cidadão na administração”⁹

Por fim, corroborando os entendimentos esposados, o Ministro Marco Aurélio, afirma que:

[...] o Estado não pode brincar com cidadão. O concurso público não é o responsável pelas mazelas do Brasil, ao contrário, busca-se com o concurso público a lisura, o afastamento do apadrinhamento, do benefício,

8 Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28598099%2ENU ME%2E+OU+598099%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 28/10/2013.

9 Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=186382>. Acesso em: 28/10/2013

considerado o engajamento deste ou daquele cidadão e o enfoque igualitário, dando-se as mesmas condições àqueles que se disponham a disputar um cargo. [...] Feito o concurso, a administração pública não pode cruzar os braços e tripudiar o cidadão.¹⁰

Em resumo, as recentes decisões proferidas pelos tribunais pátrios contemplam as diretrizes dos princípios implícitos da segurança jurídica, proteção à confiança legítima, boa-fé objetiva.

Portanto, os direitos subjetivos oriundos da expectativa criada nos candidatos levam à defesa de garantias fundamentais, que possibilitam o pleno exercício da cidadania, engrandecem os concursos públicos.

CONCLUSÃO

Diante o que foi exposto, chega-se à conclusão de que o princípio da proteção à confiança legítima, junto aos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, deve ser aplicado nos concursos públicos como meio de equilíbrio na relação Estado/cidadão.

O concurso público é o meio mais justo, que possibilita a participação popular, onde os mais capacitados serão selecionados, evitando o nepotismo, apadrinhamentos e nomeações por questões políticas.

Desde 1988, com a Constituição Federal, o concurso público corresponde a um instrumento democrático que trouxe uma melhora no bem-estar social, tendo seu caráter democrático influenciado na atuação da Administração Pública.

O princípio da proteção à confiança legítima corresponde a um dos direitos conferidos ao particular como meio de proibir comportamentos administrativos contraditórios. Além disso, não se discute se ele é um fundamento geral do ordenamento jurídico.

Logo, como visto no estudo acima, este faz com que os caprichos da Administração Pública fiquem de lado quando confrontados com a expectativa qualificada de direito a nomeação/aprovação dos candidatos e conseqüentemente o direito subjetivo dos vencedores nos concursos públicos.

Preenchidos os requisitos para aplicação deste princípio, este deve ser reconhecido. O concurso público corresponde a instrumento democrático de direito no qual todos podem participar, porém, nem todos conseguem tão sonhada aprovação. Aqueles que conquistam aprovação tem que ingressar na Administração através da nomeação.

Se o individuo é aprovado no número de vagas descritas no edital, deverá ser chamado. A descrição do edital é uma “promessa”, *a priori*

10

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=186382>. Acesso em 28/10/2013.

Disponível

em:

em

discrecionária, sendo posteriormente um ato vinculado e com consequências jurídicas que conferem ao aprovado o direito subjetivo de ser chamado.

A exigência dos concursos públicos para acessos dos cargos e empregos públicos traz um caráter ético moralizador, deixando todos em paridade e privilegia apenas os méritos dos candidatos, consagrando a impessoalidade e objetividade.

Entretanto, não se deve basear o princípio da proteção à confiança legítima apenas no critério ético/moral, há que se ver também o modelo jurídico ideal a ser adotado, há que se pensar acima de tudo como um instituto do Estado Democrático de Direito colocado à disposição do administrado como meio de não deixá-lo vulnerável frente o Estado.

Sem dúvida, evitando práticas desvirtuosas das finalidades da Administração Pública, os princípios da moralidade e eficiência administrativa estarão em evidência. O agir da Administração não pode ser minimizador dos direitos dos cidadãos, mas sim sincero.

A Administração Pública reconhecendo a confiança legítima depositada pelos administrados, bem como os direitos dos candidatos quando preenchidos os requisitos, o concurso público estará em conformidade com as bases ideológicas do Direito Administrativo atingindo a devida moral institucional e credibilidade.

Referências Bibliográficas

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 14ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2013.

Aprovado em concurso público tem direito a nomeação, decide STF-EntrevistaG1.com-<http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2011/08/aprovado-em-concurso-tem-direito-nomeacao-decide-o-stf.html>) Acesso; 28/10/2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, Coimbra: Almedina., 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, Editora Atlas, São Paulo. 18ª Ed., 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa fé na anulação do ato administrativo*. In: *Direito público atual: estudos em homenagem ao professor Nelson Figueiredo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *Curso de Derecho Administrativo*, obra conjunta com Tomás-Ramón Fernández, Thomson-Civitas, Madri, 14ª Ed., vol. I, 2008.

GAMBOA. Jaime Orlando Santofimio. *Tratado de Derecho Administrativo. Introducción a los conceptos de Administración Pública y Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia, 1996.

GONZÁLEZ PÉREZ Jesús. *El Principio General de la buena Fe em el Derecho Administrativo*. 4ª Ed. Madrid: Civitas, 2004.

JUNIOR, Dirceu da Cunha. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Podivm, 8ª Ed., 2009.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*, 14ª Ed. São Paulo. Manole,

2006.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*, Editora Saraiva, São Paulo. 3ª Ed., 2013.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. 13ª Ed, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, Ed. Malheiros., 29ª Ed., 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, Editora Malheiros, São Paulo. 30ª Ed, 2013.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2ª Ed. São Paulo. Dialética, 2004.

Noticias.STF.<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=186382>, Acesso em 28/10/2013.

Revista Carioca de Direito. Volume I - número I - Janeiro/Junho de 2010. <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/1558797/DLFE220683.pdf/RevistadeDireito.pdf>Acesso em 05/05/2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, Editora Malheiros, São Paulo. 5ª Ed., 2013.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*, Editora Malheiros, São Paulo. 2ª Ed., 1996.

[STF, MS 24.268/MG, Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 04.02.2004, DJ 17.09.2004.

O ACESSO À EDUCAÇÃO SUPERIOR POR MEIO DAS AÇÕES AFIRMATIVAS: UMA ANÁLISE SOBRE O PROUNI

Raíza Alves Rezende¹¹
Thaís de Fátima Perez¹²

RESUMO

O direito à educação está previsto no rol dos direitos sociais no artigo 6º e especificamente nos artigos 205 a 214, todos da Constituição da República. Dentre os princípios norteadores do referido direito, consta a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. Este conceito deve ser estendido à educação superior, a qual também deve ser garantida pelo Estado, em observância ao princípio da igualdade. Assim, em obediência aos preceitos constitucionais, políticas públicas devem ser criadas e implementadas, visando ampliar e facilitar o acesso à vagas em universidades públicas e privadas. Com efeito, analisou-se a Lei 11.096/2005, que instituiu o 'Programa universidade para todos - PROUNI', bem como o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3330, a qual apreciou e entendeu pela constitucionalidade da referida lei. O Supremo Tribunal Federal assegurou mais uma vez a primazia da Constituição e seus objetivos, além da proteção aos direitos sociais e o respeito ao princípio da igualdade.

INTRODUÇÃO

Com o início do movimento constitucionalista, fase em que todo o ordenamento jurídico passou a se calcar no respeito a ditames constitucionais, principalmente na democracia e na soberania do povo, a plena realização da dignidade humana tornou-se o objetivo máximo de um Estado Democrático.

Assim sendo, a Constituição de uma República confere unidade, por meio de um documento jurídico-político, a uma sociedade, enumerando os princípios, fundamentos e objetivos que serão sua base.

Diante disso, o Estado se viu na obrigação de atuar conforme a sua Constituição, a fim de manter sua legitimidade, tendo em vista que é instrumento de atuação formado pelo povo, do povo e deve servir ao seu povo.

Em um Estado Democrático de Direito como é a República Federativa do Brasil, fundado nos princípios da soberania, da cidadania e da dignidade humana, busca-se pelos direitos fundamentais e por princípios como o da igualdade e o da solidariedade, a efetivação da justiça social e a plena realização da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, ainda, no atual estágio da sociedade brasileira, que uma vultosa parcela da massa populacional não tem acesso ao mínimo de direitos e garantias fundamentais que lhe são assegurados formalmente na Constituição de 1988, como o direito à educação, objeto do presente trabalho.

A desigualdade e a exclusão social são frutos decorrentes desta falta de

¹¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

¹² Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos e Fundamentais. Atua no Grupo de Pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil, dedicando-se principalmente aos seguintes temas: acessibilidade, direito à educação e políticas públicas. Estagiária do Ministério Público do Estado de São Paulo.

viabilização ao acesso em estabelecimentos educacionais, desde o déficit de vagas em creches e pré-escolas, mas principalmente no ensino superior, em universidades públicas e privadas.

Diante disto, cabe ao Estado legislar e implementar políticas públicas neste sentido, uma vez que é seu dever constitucional viabilizar a igualdade de acesso e permanência em escolas e nos variados níveis de ensino, conforme o inciso I, do artigo 206 da Constituição da República.

Neste caminhar, ações afirmativas ou medidas paliativas, desempenham o papel adequado ante o contexto social vivenciando, buscando concretizar por medidas excepcionais o acesso ao ensino superior a negros, indígenas e desfavorecidos economicamente. Como exemplo podem ser citadas as cotas para acesso em universidades públicas e medidas conhecidas como 'bolsas de estudo' para a entrada em universidades particulares.

Com efeito, analisar-se-á a Lei 11.096/2005 que instituiu o 'Programa Universidade para todos - PROUNI', como política pública para acesso a universidades privadas por meio de bolsas de estudo, integrais ou parciais, subvencionadas pelo erário público.

Ademais, far-se-á uma breve apreciação do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 3330, concatenando-a com a abordagem do presente tema.

1 DO DIREITO À EDUCAÇÃO

A educação no Brasil nunca esteve em voga, ou seja, nunca foi objeto de efetivos investimentos pelo Estado, nunca houve valorização e verdadeiro empenho na melhoria dos métodos, dos profissionais e da estrutura. Sendo que investimentos em educação se refletem diretamente na melhoria do todo, na qualidade social e cívica do povo brasileiro, como também no próprio desenvolvimento econômico do país.

É certo que o direito social à educação positivado e garantido constitucionalmente, de maneira formal, não resolve *de per se* os problemas enfrentados no atual contexto da realidade brasileira. De forma que se não forem criados meios para que o referido direito flua aos seus titulares, a boa intenção do texto constitucional e a vontade do legislador cairão por terra.

A população sofre com os poucos investimentos na seara educacional, com os desvios de verbas públicas, além do seu uso e destinação inadequados.

Acho que era preciso que homens e mulheres que fazem política neste país comesçassem a compreender de forma diferente, a expressão "educação é minha prioridade". Não há prioridade que não se expressa em verbas. Não adianta o discurso da prioridade, para, no ano seguinte, dizer: "É prioridade, mas, lamentavelmente, não tenho dinheiro." É preciso que este país alcance o nível em que isso não possa mais ser dito. (FREIRE, 2008, p. 11)

A educação básica fornecida se mostra deveras insuficiente, pois apenas a aprendizagem mecânica voltada às futuras habilidades laborais não representa, de fato, conhecimento.

Não merece outra sorte a educação superior. É certo que existem universidades e faculdades públicas de incontestável qualidade, atingido os níveis mais elevados em rankings nas mais variadas áreas. Ocorre que também é indiscutível que o acesso aos estabelecimentos educacionais é restrito, ficando majoritariamente 'na mão' de ricos e de classe média.

Assim sendo, os adolescentes e adultos que realmente necessitariam de acesso ao ensino superior gratuito, não conseguem, tendo em vista que o sucateamento da educação básica e a desproporção de seu preparo para o vestibular se reflete no momento do vestibular.

E por consequência, o indivíduo que não recebe a correta orientação por seus educadores ou mais ainda aqueles que não têm ingresso à educação desejada, torna-se alienado. Decorrendo disso vários malefícios, como a exclusão social, o comprometimento do exercício da cidadania, da democracia e também do acesso à justiça.

Os Poderes constituídos e a sociedade civil organizada devem enfrentar o tema da concretização dos direitos sociais pois, somente assim, a pobreza e a miséria, enquanto causas da violência e da criminalidade, serão adequadamente equacionadas, em benefício de todos os indivíduos, independentemente do "estrato social" em que estejam inseridos. (GONÇALVES, 2013, p.97)

A realização do direito à educação beneficia o indivíduo, mas principalmente enriquece toda a sociedade, uma vez que concretiza a democracia, os princípios republicanos, o desenvolvimento da sociedade, reflexamente interessando ao próprio Estado. É indispensável ao desenvolvimento humano, ao crescimento econômico sustentável, à erradicação da pobreza, à fiscalização dos poderes estatais, etc.

O papel substancial da educação, em particular da educação básica, é o confronto com a pobreza política, no caso das maiorias excluídas, precisamente porque é impossível superar a pobreza sem o pobre. É impossível realizar confronto adequado com a pobreza se o pobre não conseguir saber criticamente que é pobre, e principalmente que é feito e mantido pobre. (DEMO, 2003, p.39)

O ensino deve servir como um meio de luta contra as formas de dominação existentes e derivadas da forma inadequada e ineficiente de educar.

Verifica-se, portanto, que o ser humano se hominiza pela

educação, que, desta feita, realiza e integra a própria condição humana, na medida em que é o instrumento capaz de introduzi-lo na convivência especificamente humana. (ARANÃO, 2010, p. 89)

O direito à educação tem como um de seus objetivos ser capaz de desatar as amarras de dominação que prendem o indivíduo, e fazê-lo compreender os fatores de sua alienação, refletir as informações da desigualdade social que o cerca, para então assumir seu papel como sujeito de direitos e obrigações.

1.1 A educação como direito fundamental social

Ante a necessidade da garantia de objetivos sociais generalizados, forjados através dos séculos e contextos históricos de sofrimento dos indivíduos através de ações invasivas de Estados absolutistas e intervencionistas em sua esfera individual, coroou-se valores essenciais por meio dos direitos fundamentais.

E segundo Lima (2003, p. 11): “Este cidadão, revivido em meio às aspirações liberais, democráticas e nacionalistas, enobreceu-se com a absorção no seu bojo conceitual dos direitos fundamentais ao homem”.

Neste passo, a positivação constitucional dos direitos humanos reforçou a proteção aos cidadãos, exigindo prestações estatais ora negativas, de abstenção de fato, em um primeiro momento, e ora positivas, por efetivas prestações.

Surgiram então os direitos fundamentais, separados, doutrinariamente, em gerações (sem se adentrar profundamente na divisão dos referidos direitos, que não é objeto específico do presente trabalho, evitando falhar por eventual descrição superficial sobre o tema). Assim, considera-se a primeira geração ou dimensão como sendo a dos direitos de liberdade, a segunda de igualdade, na qual se encontra o direito à educação, e a terceira como aqueles de solidariedade ou fraternidade. Ainda, esclarecendo-se que esta se trata de uma divisão clássica dos direitos fundamentais, uma vez que hodiernamente já existem novas correntes e inúmeros debates acerca da quarta e quinta possíveis novas gerações.

No Brasil os direitos fundamentais se encontram no artigo 5º da Constituição, com certas ressalvas, em outros artigos, servindo como postulados éticos e normas garantidoras.

E destinando o foco principal ao direito à educação como direito fundamental social, previsto no artigo 6º da Constituição da República, no rol dos direitos sociais, vislumbra-se que nele se exige mais do que apenas uma abstenção de fazer do Estado, mas sim prestações efetivamente positivas para sua real concretização.

É certo que, em que pese tais distinções de *status negativus* e *status positivus*, para a segurança dos direitos fundamentais há sempre custo para o Estado, sendo que, na prática, não há distinção entre ambos (LIMA, 2003, p. 19).

Assegurou-se pelos direitos fundamentais, ao menos um mínimo

existencial destes direitos ao indivíduo, nele residindo o poder máximo de cidadania em exigir seu implemento, até mesmo independentemente de positividade.

Colhe-se do magistério de Maria Cristina de Brito Lima (2003, p. 31):

Torna-se relevante ainda frisar que toda a construção constitucional em torno da matéria também leva em consideração o mínimo existencial, que está representado naquele direito de igualdade, onde o resultado almejado há de ser uma liberdade igual para todos, construída através da correção das desigualdades e não através de uma igualdade, sem liberdade, repita-se.

Outrossim, os direitos fundamentais, como o direito à educação, revestidos da condição de mínimo existencial, gozam de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, absorvidos por normas e princípios constitucionais, norteando as relações entre Estado e cidadão.

Em verdade, sem a garantia do mínimo existencial o homem não viveria com dignidade e respeito.

De outro lado, é de conhecimento geral que, embora haja a previsão deste direito na Carta Magna, a dificuldade de efetivá-lo, trazendo-o de um postulado teórico a uma realidade fática aos brasileiros é indiscutível. A falta de destinação de recursos suficientes pelo Poder Público para a eficaz efetivação de políticas públicas que tornem acessível o direito fundamental social à educação constitucionalmente garantido, da maneira necessária e desejada por todos também é notável.

Assim também, a Constituição de 1988 dispôs acerca do direito à educação. Como se verá adiante foi assegurado seu caráter de direito público subjetivo, garantindo-o assim a proteção na esfera individual de liberdade e prestação, mas também, e principalmente, na esfera de fruição social coletiva e os meios para atingi-la.

1.1.1 A educação na Constituição de 1988

A Constituição de 1988, denominada como 'Constituição Cidadã', consagrou o direito à educação, no rol do artigo 6º, dentre os direitos sociais. Sob a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aplicou-lhe o caráter de direito público subjetivo, atuando como um dos princípios fundamentais do Estado Brasileiro, unindo-o aos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Além da previsão constitucional, há uma série de outros documentos jurídicos que contêm dispositivos relevantes a respeito do direito à educação, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil aos 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 592, aos 6 de dezembro de 1992; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o Plano Nacional de Educação (Lei

n. 10.172/2001), entre outros.

Tal como nos documentos internacionais que serviram de inspiração à Constituição de 1988, deve ser ressaltada a relevância dos direitos fundamentais como um todo na ordem jurídica vigente, reconhecidos como valores supremos da ordem constitucional, fonte legitimadora e razão de ser do próprio sistema jurídico. (DUARTE, 2007, p.695)

Faz-se mister destacar, que a relevância atribuída aos direitos fundamentais, em especial o direito à educação, por meio da fundamentação decorrente dos documentos internacionais, não funciona como um 'teto', um limite. Em sentido oposto, é apenas um aparato e base mínima a ser seguida pelo ordenamento jurídico interno, que pode e deve ser mais benéfico e protecionista do direito em questão.

Nas palavras de Sarlet (2013, p. 534): "O art, 6º da CF representa uma inovação no constitucionalismo pátrio, não existindo dispositivo constitucional anterior similar". Embora já houvesse previsão de normas de justiça social e até mesmo alguns direitos sociais nas Constituições anteriores, a Carta Magna de 1988 não só conservou e expandiu os direitos já alcançados, como também reconheceu à educação um *status positivus libertatis* (LIMA, 2003, p. 7-8).

Portanto, considerando-o direito fundamental, garantiu-lhe sentido de efetividade, muito mais do que apenas orientação ou exortação principiológica a ser seguida pelos administradores públicos e legisladores. E como tal, está inserido implicitamente e vinculado aos objetivos fundamentais a serem buscados e concretizados pela República.

Além disso, a busca da justiça social - e, pois, o compromisso com a realização dos direitos sociais - perpassa também os objetivos fundamentais da República, elencados pelo art. 3º da CF, que estabelece como norte, dentro outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza e da marginalização, ademais da redução das desigualdades sociais. (SARLET, 2013, p.534)

Inicialmente enumerado no rol do artigo 6º, suas minúcias constam do artigo 205 ao artigo 214 da Constituição, no Título VIII - Da Ordem Social, com menção aos princípios educacionais, educação infantil, básica, e superior; sobre a iniciativa privada no âmbito educacional; da colaboração entre os entes estatais e o direcionamento de recursos à educação; e sobre o plano nacional de educação. Verifica-se então a existência de previsões de eficácia e de prestação deste direito.

Das normas constitucionais afetas ao tema em mesa, merece especialmente destaque os princípios a serem ministrados no ensino (art. 206),

(BRASIL, online), *in verbis*:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006);

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade;

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Far-se-á adiante uma análise minuciosa acerca do princípio enumerado no inciso I do artigo 206 da CRFB, acima transcrito, o qual está intimamente ligado à Lei 11. 096/2005. Referida lei infraconstitucional instituiu o 'Programa Universidade para Todos', visando efetivar o comando constitucional de igualdade de acesso e oportunidades, especificamente no ensino superior.

1.2 Os objetivos do direito à educação

O Brasil constitui um Estado Democrático por imposição da própria Constituição da República, sendo um Estado social de direito. Por consequência deve obedecer aos postulados principiológicos que o fundamentam, decorrentes de tal forma, enumerados no artigo 1º da CRFB, quais sejam, a soberania (que será popular, exercida nos termos do parágrafo único do aludido artigo), a cidadania, a dignidade da pessoa humana, e demais.

Os referidos princípios somam-se a aos objetivos fundamentais elencados no artigo 3º da CRFB.¹³ Com efeito, pode-se afirmar que os objetivos do direito à educação podem se entrelaçar com os próprios princípios e objetivos da República.

Com efeito, nas palavras de Canotilho (1999, p.285):

¹³ Constituição de 1988, art. 3º que dispõe o rol dos objetivos fundamentais da República, quais sejam: "I - construir uma sociedade livre, justa e igualitária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

Uma das funções dos direitos fundamentais é a da não discriminação. Tendo-se por marco o princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, extrai-se que esta é a função básica e primária dos direitos fundamentais.

Nesta esteira, verifica-se que na essência do direito à educação, busca-se assegurar a igualdade de oportunidades ao indivíduo, uma vez que a liberdade e a democracia só serão alcançadas em sua plenitude, se o homem tiver acesso ao núcleo essencial básico de seus direitos.

Destarte, a própria Constituição aponta que o direito fundamental social em comento deve servir como instrumento de alcance e efetivação da cidadania, e de legitimação do próprio Estado Democrático de Direito. Visa, portanto, aos mesmos escopos eleitos pela Constituição, sendo ao mesmo tempo o meio imprescindível à consecução de tais fins.

Colhe-se das precisas palavras de Clarice Seixas Duarte (2007, p. 694):

O papel de destaque conferido aos direitos fundamentais como um todo em nosso sistema desautoriza qualquer tentativa de negar ou esvaziar a natureza jurídica dos direitos sociais, como se estes não fossem verdadeiros direitos, mas meros conselhos ou exortações ao legislador. Tal esvaziamento, ademais, obstará, ainda, a concretização dos objetivos de justiça social, explicitamente enunciados no artigo 3º (especialmente incisos I e III).

Resta demonstrado que a não realização deste direito social implica no próprio esvaziamento dos objetivos e princípios fundamentais do Estado Democrático Brasileiro.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS

Conforme explanado acima, a educação é para uma nação muito mais que uma menção nos palanques políticos ou um lugar ocupado na Esplanada dos Ministérios, a educação é o fundamento, o caminho para o progresso, o norte do povo, o subsídio para o desenvolvimento econômico do país.

Assim, relevante é para o corpo social obter livre acesso às instituições de ensino, tanto no nível básico quanto superior, e, além disso, que elas sejam relevantes para sua formação. Como forma de efetivação desta garantia constitucional e a fim de atenuar as falhas do atual sistema educacional, o governo faz uso de ações afirmativas, ou políticas públicas, tema do presente capítulo.

O Estado em suas mais variadas funções para com o corpo social tem como base de todas elas o dever de servir o homem. Com suas políticas de

organização, o Estado visa garantir as conquistas históricas conjecturadas na Constituição, conforme delimita Canotilho (2002, p. 225) na seguinte explicação:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não o homem que serve os aparelhos políticos-organizacionais.

Deste modo, não basta que o Estado simplesmente atue na sociedade, é necessário que sua atuação seja efetiva e ela só poderá sê-la quando observado as diferenças existentes entre a população. Ou seja, para servir o homem, o Estado precisa estar apto a distinguir as diferenças entre seus cidadãos e usar o seu aparato político para efetivar a igualdade em meio às desigualdades, tanto no âmbito legislativo quanto no judiciário.

Então, um dos meios utilizados para transpor a igualdade formal, ou seja, a igualdade constante da lei, em igualdade material, aquela que verdadeiramente permite que as pessoas sejam iguais em convivência na sociedade, são as ações afirmativas. Conforme aduz Maria Aparecida Gugel (2006, p. 57):

Ação afirmativa é, portanto, a adoção de medidas legais e de políticas públicas que objetivam eliminar as diversas formas e tipos de discriminação que limitam oportunidades de determinados grupos sociais.

No Brasil, país de desigualdades em termos de oportunidade e condições de vida, o Estado deve atuar no sentido de tornar mais equitativas estas oportunidades a fim de amadurecer a soberania e o processo de desenvolvimento nacional, já que as realidades são bastante diferentes em cada região e estados federados, por meio deste tipo de ação. Sobre nossa sociedade, lembra Moises Francisco Farah Júnior (2012, p. 43):

A sociedade brasileira é complexa sob todas as óticas. As crescentes demandas sociais, a pobreza ainda existente em parcela expressiva da população em várias regiões, os desequilíbrios regionais considerados acentuados, exigem que o poder público organize melhor suas ações.

No caso, o Estado é representado pelo governo, sobre o qual são conferidas atribuições que visam atender aos anseios daquele, pensando

estrategicamente e agindo de modo planejado para o bem público. Portanto, dependemos de governos e políticas públicas inovadoras que permitam a inclusão da população na condição de cidadão digno, capaz de tomar suas decisões e contribuir para o desenvolvimento nacional. É preciso salientar que isso apenas será possível por meio da educação, a qual dignifica o homem e lhe impulsiona a uma vida ativa e relevante, dentro de seu grupo social.

2.1 Definição

Tantos são os termos utilizados para nominar políticas públicas: ações afirmativas, medidas paliativas, administração pública, política social, etc. O termo *política*, em seu sentido mais específico, concerne aos processos de regulação econômica e social realizados pelo Estado, o qual, a partir do século XIX, ampliou seu poder de intervenção. Já a palavra *pública*, ao contrário de seu significado usual, referindo à ação exclusiva do Estado, aqui, se expressa como *res publica*, do latim, ou seja, coisa de todos, a que se compromete tanto o Estado quanto a sociedade.

Na realidade, não há uma exatidão quanto ao conceito de política pública, porém, é possível visualizar seus atributos. A política é normalmente iniciada ou feita pelo governo, sendo aquilo que ele escolhe fazer em nome do público, interpretada e implementada por atores públicos ou privados. Diz respeito a uma ação e intenção, uma política positiva concretizada em ações que carregam intenções, motivações e objetivos. Tem um propósito coletivo e em benefício da sociedade.

À vista disso, compreende-se que essa política se materializará por meio de ações afirmativas. Joaquim B. Barbosa Gomes (2001, p. 40) conceitua ações afirmativas da seguinte forma:

As ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Conforme se depreende, as ações afirmativas são medidas que visam implantar providências tidas como necessárias, pertinentes ou benéficas, capazes de promover a inclusão de minorias sociais discriminadas, dando-lhes não apenas acesso aos espaços sociais, mas garantindo-lhes o usufruto de direitos fundamentais, concretizando, assim, a igualdade constitucional.

Elas, nada mais são que formas de políticas públicas capazes de sobrepujar as ações do Estado na promoção do bem-estar e da cidadania, visando garantir igualdade de oportunidades e tratamento, ampliando a inclusão social.

2.2 Intervenção Estatal

A atuação do governo e sua intervenção ocorrem por meio de políticas públicas, já que somente ele é capaz de implementá-las, devido a sua capacidade de universalização, coerção e regulamentação, fazendo com que suas ações atendam, de forma generalizada, todo o povo com grande poder de alcance, ou atinja grupos alvos.

Desde os anos de 1990, essas ações têm sido constantes no Brasil como forma de diminuir e erradicar as mazelas sociais carregadas por grande parte da população e promover a inclusão por meio de oportunidades mais igualitárias. Observa-se que o desenvolvimento de políticas públicas é o meio encontrado para reconhecer e corrigir situações de exclusão de direitos de outrora, presentes ainda hoje.

Isto, nada mais é, que uma forma de reconhecimento, pois na realidade, as pessoas não são tratadas igualmente, não possuem as mesmas oportunidades, o que impede o seu acesso aos locais de produção de conhecimento e de negociação de poder. Sendo assim, vivem à margem da sociedade e distante do centro de desenvolvimento da nação, torna-se vulneráveis e dependentes daqueles poucos capazes de lhe fornecer subsídios existenciais.

Portanto, estas medidas de caráter paliativas, visam concretizar, emergencialmente, garantias e direitos, sem os quais não há vida digna, ou moral. Por isso chamamos a atenção para o fato de que a educação é o instrumento capaz de efetivar a igualdade. Entretanto, para que isso ocorra, o governo deve atuar com o objetivo de proporcionar aos desfavorecidos o ingresso às instituições de ensino, não bastando as de nível fundamental e média, mas as de ensino superior, das quais, as públicas, estão concentradas nas mãos da elite brasileira.

Pensando nisso, o Governo Federal instituiu, por meio da Medida Provisória nº 213/04, convertida na Lei nº 11.096/2005, o Programa Universidade para Todos (ProUni), o qual permite que alunos sem formação superior, provenientes de escolas públicas, ou bolsistas integrais em colégios particulares, ingressem em instituições privadas de ensino superior, sendo custeado pelo governo, integralmente ou 50% do curso. Sobre isso o próximo capítulo tratará especificamente.

3 PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS

O Programa Universidade para Todos (ProUni), é um programa do Ministério da Educação, criado pelo Governo Federal em 2004, que concede bolsas de estudo integrais e parciais em instituições privadas de ensino superior, em cursos de graduação e sequenciais de formação específica, a estudantes brasileiros, sem diploma de nível superior.

Este programa, como política pública de ação afirmativa, tem como principal objetivo a inclusão socioeducativa, garantido acesso, permanência e

produtividade acadêmica àqueles alunos que estudaram o ensino médio em escolas públicas ou em escolas particulares com bolsa integral e aos professores da rede pública de ensino que estejam no exercício da função. Também é reservado um percentual de bolsas para deficientes, indígenas e negros.

O sucesso de tal plataforma se dá, pois, ao participar do ProUni, as instituições de ensino, sejam elas faculdades, centros universitários ou universidades, são beneficiadas com incentivos fiscais, fazendo com que, a cada semestre, o número de aderentes ao programa cresça consideravelmente. Esses incentivos, permanentes durante o período de vigência do termo de adesão, são os seguintes: Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas; Contribuição Social sobre o Lucro Líquido; Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social e Contribuição para o Programa de Integração Social- PIS.

Observa-se que as instituições mais beneficiadas são aquelas com fins lucrativos, já que ficam isentas, a partir da adesão, de praticamente todos os tributos que recolhiam anteriormente.

Deste modo, a renúncia fiscal é uma forma de transferência indireta de recursos financeiros para as instituições de ensino privado, para que, em contraprestação, elas ofereçam uma bolsa integral a cada aproximadamente 11 alunos pagantes, matriculados no período letivo anterior. Também há a possibilidade, alternativa, de que elas ofereçam uma bolsa integral a cada 22 alunos, incluídos nas mesmas condições anteriores, desde que, adicionalmente, disponham bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) na proporção necessária para que a soma dos benefícios concedidos atinja o equivalente a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento) da receita anual dos períodos letivos.

A distribuição de bolsas é baseada na renda *per capita* familiar do estudante, a qual é calculada somando-se a renda bruta dos componentes do grupo familiar e dividindo-se pelo número de pessoas que formam este grupo familiar. Quanto aos que possuem renda máxima de um salário mínimo e meio são concedidas bolsas integrais, porém aqueles cuja renda *per capita* for de até três salários mínimos, ser-lhes-ão concedidas bolsas parciais.

Quanto aos professores da rede pública de ensino que se candidatem a cursos de licenciatura destinada ao magistério e à educação básica, e pedagogia, sua renda é desconsiderada.

Para se candidatar ao processo seletivo do ProUni, o estudante deve ter participado do último Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) e obtido a nota mínima de 400 pontos na média das cinco notas obtidas nas provas do Exame. As inscrições são feitas exclusivamente pela internet, por meio do sistema do ProUni, nos períodos e prazos estipulados pelo Ministério da Educação. Às instituições participantes do Programa, é facultado submeterem os candidatos pré-selecionados a um processo seletivo específico e isento de cobrança de taxa.

Os resultados do programa demonstram seu êxito, desde seu primeiro ano de sua vigência até o ano de 2011. Segundo os dados divulgados pela Secretaria de Educação Superior do Ministério da Educação, em seu primeiro ano de funcionamento, o programa ofereceu 112.275 bolsas de estudo em 1.142 instituições de todo o país. Já em 2006, segundo ano de funcionamento, ofereceu

138.668 vagas, um aumento de 24% no número de bolsas ofertadas. Por fim, em 2011, seis anos após seu início, há mais de 900 mil bolsistas beneficiados.

3.1 Julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3330 - Distrito Federal

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3330, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), questionava a Medida Provisória nº 213/04, convertida na Lei nº 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni), sendo julgada improcedente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos.

No bojo da referida ação objeto de controle concentrado de constitucionalidade, sustentou-se a inconstitucionalidade dos artigos 2º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 e 13 da lei acima mencionada.

Inicialmente, como relator o Ministro Ayres Britto aduziu a inexistência de ilegalidades na conversão da Medida Provisória nº 213/04, convertida na Lei 11.096/2005 ou ferimento aos princípios da legalidade, da isonomia, da autonomia universitária, do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas. Afirmou que o direito à educação está previsto no art. 6º (rol dos direitos sociais), art. 23, V (competência comum do Executivo), art. 22 (competência legislativa privativa da União), art. 24, IX (competência comum legislativa), art. 205 (do direito à educação), art. 208 (dever do Estado e as garantias), art. 209 (livre iniciativa no ensino), art. 213 (recursos públicos para escolas públicas, comunitárias, filantrópicas ou confessionais), todos da Constituição.

Destarte, sendo o direito à educação direito social, necessita de sua efetivação por políticas públicas, as quais ostentam caráter de prioridade nas iniciativas legislativas e executivas. No mesmo passo, objetiva-se com tais ações, como a instituída por meio da Lei 11.096/2005, a facilitação no acesso à educação superior, sua democratização e a inclusão social.

Outrossim, a referida política pública de concessão de bolsas de ensino em instituições de ensino privadas, efetivam o princípio da igualdade, combatendo os fatores reais de desigualdade vivenciados no contexto da grande massa populacional brasileira.

A lei 11.096 funciona como legislação para 'descrímen', ou seja, nela há diferenciação compensatória, buscando concretizar os postulados constitucionais da isonomia.

De modo que, facilitando o acesso à educação, realizam-se também os próprios objetivos fundamentais da República, enumerados no art. 3º, III da CRFB, buscando sempre a erradicação das desigualdades; uma sociedade justa, livre e igualitária.

Ainda, sustenta não haver qualquer desrespeito ao princípio da autonomia universitária e da livre iniciativa, pois indubitavelmente há a adesão voluntária dos estabelecimentos educacionais, em conformidade com o art. 7º da Lei e a relativização do art. 170 (livre iniciativa econômica) da CRFB. Não obstante a Constituição tenha garantido a liberdade e igualdade entre as universidades públicas e privadas, é certo que o ensino privado se submete à

autorização e avaliação periódica pelo Poder Público, estando sujeito às penalidades do art. 9º da Lei, em caso de descumprimento das regras acordadas.

Em seguida, destaque-se especialmente a argumentação complementar do Ministro Joaquim Barbosa, o qual aduziu que para a política pública contida na Lei em comento, existem critérios objetivos para a concessão da aludida bolsa de ensino. E sempre se devem buscar oportunidades educacionais, as quais funcionam como instrumentos aptos à mobilidade social, à interrupção do ciclo de exclusão, bem como para a realização da justiça social.

A Ministra Rosa Weber Ministra Rosa Weber, em consonância com o voto do relator, entendeu que não há inconstitucionalidade na Lei, uma vez que o sistema apenas estimula a adesão ao programa universidade para todos ao dar prioridade o repasse de recursos. E que não deixa de fazer repasse às não aderentes, criando mecanismos de estímulo à participação em um importante programa de inclusão social.

No mesmo sentido, merece serem salientados alguns fundamentos trazidos no voto do Ministro Luiz Fux, o qual defendeu que a política pública de bolsas de ensino instituída pelo ProUni visa combater a hipossuficiência financeira, como fomento ao acesso à educação superior.

Ainda, debateu acerca dos questionamentos sobre a eleição do critério racial para a concessão da referida ação afirmativa, e um possível caráter discriminatório nesta medida ou nas cotas raciais, que funcionam como outra forma de superação da desigualdade. Demonstrou a inexistência de ofensa ao princípio da isonomia, sendo uma falácia tal argumento.

Nesta senda, as bolsas são conferidas segundo o mérito do estudante e o preenchimento dos requisitos enumerados na lei, como a realização da prova do ENEM, a renda, e também elementos raciais (negros e indígenas). Ainda, o requisito de ter cursado o Ensino Médio em escola pública ou em escola privada com bolsa integral.

Portanto, são critérios socioeconômicos, ou seja, renda somada ao critério social, os quais demonstraram ser mais eficazes.

Afirmou que os óbices levantados são em razão de no Brasil inegavelmente existir principalmente o preconceito pela posição social, além do elevado e vazio culto ao status social e econômico.

Do mesmo modo o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a sistemática adotada pelo ProUni é um modelo extremamente engenhoso que favorece mais de um milhão de estudantes e que deveria ser estendido a outros setores. Assim sendo, o ProUni é bem-sucedido muito em razão de seu mecanismo de fiscalização, que é “bastante simples, quase documental”, na medida em que dispensa a atuação de fiscais para impedir fraudes. Devido a isto, tal modelo deveria se expandir para outras áreas, como a saúde.

Elogiou, ainda, os critérios para a concessão de bolsas com base na renda, e não na cor da pele, finalizando que a lei do ProUni, em verdade, estabelece o critério de renda do aluno como requisito essencial para sua concessão.

De outro lado o Ministro Marco Aurélio, único a divergir, alegou que o

projeto de lei originalmente apresentado pelo Executivo ao Congresso Nacional com o intuito de criar o ProUni foi 'atropelado' pela Medida Provisória nº 213/04. Ainda, segundo ele, a medida provisória contém diversos vícios, como, por exemplo, não respeitar os requisitos de urgência e relevância previstos na Constituição Federal, e regular matéria tributária, já que prevê isenção fiscal às universidades que aderirem ao ProUni, o que somente pode ser feito por meio de lei complementar.

Observou que pouco importa que a MP tenha sido convertida em lei, pois o vício originário quanto à edição da medida provisória contamina a lei em que foi convertida. E também questionou o fato de a lei prever sanções, a serem aplicadas pelo Ministério da Educação, para instituições que descumprirem as obrigações assumidas no termo de adesão ao ProUni. Defendeu ao final que o Estado invista em universidades públicas, em vez de compelir a iniciativa privada a fazer o que o próprio Estado deveria fazer.

Por tais razões a ação direta de inconstitucionalidade analisada foi julgada improcedente por maioria dos votos do pleno do Supremo Tribunal Federal, sendo, portanto, constitucional a Lei 11.096 que instituiu o 'Programa Universidade para Todos'.

CONCLUSÃO

A sociedade nada mais é que a união de homens vivendo sob os mesmos fundamentos jurídicos, e preceitos morais compatíveis, democraticamente alicerçados sobre a dignidade e igualdade. Os quais usufruem quando lhes é garantido e proporcionado o direito à educação. Apenas a educação promove o desenvolvimento do ser humano e o capacita para o exercício de sua cidadania, na medida em que o torna apto para as discussões sociais e para o trabalho enobecedor do homem.

Diante de sua relevância, tanto para o Estado quanto para seus cidadãos, a educação é um direito social dotado de fundamentabilidade, consagrado no rol do artigo 6º da 'Constituição Cidadã' de 1988, sendo estabelecida minuciosamente a forma de sua garantia, seus princípios e a direção em que a Administração Pública deve concretizá-lo nos artigos 205 e seguintes. Representa um verdadeiro mecanismo de inclusão social e de equidade.

Todavia, tão somente a garantia formal deste direito não torna seu acesso realidade na vida dos brasileiros. Assim, é necessário que haja uma ação positiva do Estado para materializá-lo de maneira eficaz. Ocorre que sua efetividade não depende simplesmente da faculdade ou 'desejo' do governo, pois se trata de mandamento constitucional, ou seja, um direito público subjetivo e, como tal, deve ser cumprido.

A realidade é que não há empenho, atenção, investimentos e projetos voltados para a transformação do sistema educacional atual, o qual, desde longa data, sofre com o descaso da Administração Pública. Faltam vagas nas creches e ensino de qualidade na educação fundamental e média, o que faz com

que as universidades públicas tenham suas vagas preenchidas por alunos provenientes dos melhores centros de ensino particulares, das classes econômicas mais privilegiadas, já que as escolas públicas não fornecem subsídios para um bom desempenho no vestibular.

Diante disso, resta cristalina a necessidade de criação e materialização de medidas paliativas, meios aptos a trazer melhoras, ainda que sem eliminar a causa do problema. Devem ser capazes de proporcionar à educação uma integração e acessibilidade àqueles que sofrem com sua ineficiência. Com base nisso o Governo criou o Programa Universidade para Todos (ProUni), por meio de uma medida provisória convertida na Lei 11.096/2005.

O programa oferece bolsas integrais ou parciais em instituições de ensino superior privadas a estudantes e a professores da rede pública de ensino que se enquadrem nos quesitos previstos pela Lei acima mencionada.

Inobstante isso, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3330, questionando a Medida Provisória nº 213/04, convertida na Lei nº 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (ProUni). Na ação sustentou-se que a medida provisória e a lei ofenderiam o artigo 62 da Constituição Federal, pois não havia a “urgência” autorizadora e indispensável à sua utilização. Afirmava-se, ainda, que os artigos 10 e 11 da lei impugnada violariam os artigos 146, II e 195, parágrafo 7º, da Constituição, por invadirem seara reservada a lei complementar.

A ação foi julgada improcedente, por maioria dos votos, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). Os ministros entenderam e demonstraram que o direito à educação, direito público subjetivo do indivíduo, necessita de prestações positivas estatais para sua real concretização, as quais devem ser viabilizadas por políticas públicas. Goza o referido direito, portanto, de prioridade nas iniciativas legislativas e executivas, de modo que a Medida Protetiva nº 213/04 fora realizada em meio ao estado de necessidade permanente em que se encontra a educação no país.

Ademais, afastaram qualquer argumento de desrespeito aos princípios da autonomia universitária e da livre iniciativa, pois a adesão ao ProUni pelos estabelecimentos educacionais é voluntária.

Elevam-se cada vez mais os benefícios do Programa, desde sua implementação em 2005 até a presente data. Destacando-se a utilização de critérios eficazes para a concessão de bolsas, quais sejam, levando-se em conta a renda *per capita* de cada estudante, somando-se ao critério social, proporcionando a efetividade do princípio da igualdade. Buscando como fim último a superação das desigualdades de oportunidades e combatendo as diferenças sociais e, por conseguinte, atendendo aos fundamentos e objetivos da República Brasileira.

Ante o exposto, conclui-se que a ação afirmativa objeto da Lei 11.096/2005, apesar de não ser definitiva, neste momento é a forma pela qual se busca superar o isolamento educacional em que se encontra grande contingente da sociedade brasileira. Salientando-se, por fim, que desde sua criação o programa tem alcançado alto e progressivo êxito, sendo que em 2011 havia

mais de 900 mil bolsistas beneficiados, número de peso a favor de tal plataforma.

REFERÊNCIAS

- ARANÃO, Adriano. *Do direito do cidadão a educação jurídica: O desconhecimento da lei como obstáculo à construção da cidadania*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2010. Disponível em: <http://uenp.edu.br/index.php/dissertacoes-defendidas/doc_download/1969-adriano-aranao>. Acesso em: 31 jul. 2013.
- BRASIL. *Constituição de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jun. 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999. Pag. 285
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6º edição. Livraria Almedina. Coimbra: 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. – São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- DEMO, Pedro. Pobreza Política, Educação e Direitos Humanos. In: SOUSA Junior, José Geraldo de, et. al. (Org.). *Educando para os Direitos Humanos: Pautas Pedagógicas para a Cidadania na Universidade*. Brasília: Universidade de Brasília, 2003.
- DUARTE, Clarice Seixas. *A educação como um direito fundamental de natureza social*. *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 691-713, out. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100>>. Acesso em: 19 jun. 2014.
- FREIRE, Paulo. *Educação e Mudança*. – São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- GONÇALVES, Leonardo A. *Direitos Sociais: cidadania, política e justiça*. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social*. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.
- GUGEL, Maria Aparecida. *Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público*. Goiânia: UCG, 2006, p. 57. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/pcd-direito-concurso-publico.pdf>>. Visitado em 25 de junho de 2014.
- LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SILVA, Christian Luiz da (Org.). *Políticas públicas e desenvolvimento local: instrumentos e proposições de análise para o Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2012.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Inteiro teor da ação direta de inconstitucionalidade nº 3330 – Distrito Federal*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>>. Acesso em: 09 maio 2014.

O ATIVISMO DO PODER JUDICIÁRIO SOB A PERSPECTIVA DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rodolfo Shimozako Nates¹⁴

Resumo

Nos últimos anos, os Tribunais, principalmente o Supremo Tribunal Federal, tem desempenhado um papel ativo na sociedade brasileira. Com a corrupção estampada nos noticiários do nosso país, a falta de representatividade se torna gritante a cada dia que passa, a população perde a confiança em seus representantes e joga esta responsabilidade para o Poder Judiciário. Diante disto, devido à omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário, para suprir tal inércia, tomou uma postura ativista e começou a intervir por meio de decisões com o intuito de alcançar a democracia substancial, a justiça social e a concretização dos Direitos Fundamentais, albergados em nosso Texto Magno. Assim, o ativismo do judiciário se tornou a melhor forma, senão a única, de garantir a preservação do Estado Democrático de Direito.

INTRODUÇÃO

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, ocorreu um processo de redemocratização em diversos países, ao que o modelo constitucional se alterou no sentido de ampliar os direitos e garantias individuais.

A Constituição passa a uma situação de onipresença na ordem jurídica, evocando um esforço constante dos tribunais para sua concretização. Os princípios assumem um valor extraordinário, dentre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, nasce o neoconstitucionalismo, marcado pela aplicação direta da Constituição, especialmente orientada por princípios e uma forte atividade judicial, que faz a sua principal razão de ser a efetividade dos direitos fundamentais.

Portanto, o neoconstitucionalismo adota o caráter de mecanismo ou técnica de efetividade do texto constitucional, especialmente dos direitos fundamentais, o que destaca a importância do Judiciário no âmbito da relação com os demais poderes.

1 OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

1.1 Direitos e Garantias

Nossa Magna Carta, em seu Título II, utilizou duas expressões, *direitos e garantias fundamentais*, contudo, apesar de sua localização na Constituição ser a mesma, segundo a redação dada pelo citado Título, os termos não são equivalentes.

¹⁴ NATES, Rodolfo Shimozako - Discente do 6º Período do Curso de Direito da UNIFEV - Centro Universitário de Votuporanga.

Resta-nos diferenciá-los. Os *direitos* possuem caráter declaratório ou enunciativo, enquanto que as *garantias* são de caráter instrumental, voltados para a obtenção ou reparação de direitos violados.

Ou seja, o que o constituinte desejou nos clarificar é que os direitos por si só não surtem qualquer efeito, são meras declarações, bonitas no papel, pois nem sempre os Poderes competentes para dar-lhes vida tem vontade de fazê-lo. Desta forma, compete às garantias fazer com que os direitos declarados sejam efetivados, assegurados.

Um dos primeiros a abordar tal questão, foi Rui Barbosa, que, analisando a Constituição de 1891, distinguiu:

As disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*, estas as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.¹⁵

Portanto, não são palavras sinônimas, podemos dizer que os direitos representam bens que nos são garantidos, enquanto que as garantias representam normas de conteúdo assecuratório, que asseguram os direitos declarados.

1.2 Direitos Fundamentais

A Revolução Francesa (1789-1799) foi um período de intensa agitação política e social na França, que teve um impacto duradouro na história do país. A ideia central da revolução e de sua declaração de direitos era a superação de um regime absolutista.

Em um primeiro momento, partindo dos lemas da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, fez surgir os direitos de 1.^a, 2.^a e 3.^a geração, e que iriam evoluir segundo algumas doutrinas para uma 4.^a geração.

A *Declaração Universal dos Direitos do Homem* consagra alguns direitos sociais e econômicos em seus artigos finais, sem dúvida, ela é, uma declaração de liberdades, dos direitos da chamada primeira geração, fruto dos direitos que mais foram violados durante a segunda guerra mundial. Uma consagração mais enfática dos direitos da segunda geração veio a ocorrer quase vinte anos mais tarde, com o *Pacto sobre Direitos Sociais e Econômicos*, de 1966. Por fim, a partir da década de 1970 que os chamados direitos de terceira geração passam a merecer atenção na ordem internacional, sobretudo com o *Pacto sobre o Patrimônio Universal*, de 1972, e com o *Pacto sobre a Diversidade Biológica*, de 1992, além das

¹⁵ Rui Barbosa. **República: teoria e prática** (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Seleção e coordenação de Hilton Rocha), Petrópolis, Vozes, apud José Afonso da Silva, **Curso de direito constitucional positivo**, 2008.São Paulo. Malheiros. p. 36.

tentativas ainda em curso, como o *Protocolo de Kyoto*.

Os direitos fundamentais são, portanto, uma construção histórica, que varia de época para época e de lugar para lugar. Como exemplo, temos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225, *caput*, da nossa Constituição Federal, e a igualdade entre os sexos, elencado no artigo 5º, inc. I, em nossa *Lex Major*, mas que, em países de tradição muçulmana, esse direito não é garantido.

Sobre o assunto, Norberto Bobbio, afirma que:

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.¹⁶

Os direitos fundamentais, como os direitos básicos para qualquer ser humano, constituem uma classificação constitucional voltada à proteção da dignidade humana em todas as dimensões, dessa forma, passam a assumir uma dimensão institucional.

Com efeito, o Estado através de suas divisões de funções é o responsável pela tutela de tais direitos, em todas as dimensões.

Temos a lição de Antonio E. Perez Luño:

*En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeña, portanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.*¹⁷

Acontece que a simples e pura posituação do direito fundamental não significa que este direito será efetivado, se não houver um órgão que possa conceder a efetivação de um direito que, mesmo previsto por lei, carecer de efetivação, a sociedade ficará nas mãos do legislador, elucidando o assunto, José Joaquim Gomes Canotilho diz que:

“[...] a posituação constitucional não significa que os direitos fundamentais deixem de ser elementos constitutivos da

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, pp. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**, 8. ed., Madrid, Tecnos, p.25. 1999.

legitimidade constitucional, e por conseguinte, elementos legitimativo-fundamentatantes da própria ordem jurídico-constitucional positiva, nem que a simples positivação jurídico-constitucional os torne, só por si, realidades jurídicas efectivas”¹⁸.

Por isso o Poder Judiciário hoje se encontra estagnado, há muitos processos com pedido de efetivação de direitos fundamentais, que mesmo estando previstos em nossa Carta Magna, carece de efetivação dos demais poderes. Resta a população, como última opção, recorrer ao órgão judicante, pois no atual cenário de nossa sociedade, este nos parece ser o meio mais rápido e eficaz de ter nossos direitos concretizados.

1.3 Evolução e Classificação dos Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais da atualidade são resultados de uma cumulação de direitos, decorrentes da evolução da sociedade, com enfoque de sempre proteger a esfera da dignidade da pessoa humana como princípio matriz.

Paulo Bonavides, foi quem retratou de melhor maneira o processo evolutivo:

Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu o três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

Com efeito, descoberta a forma da generalização e universalidade, restava doravante os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram da ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.¹⁹

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 377.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 5. ed., São Paulo, Malheiros Ed., p. 516-517.

A doutrina costuma classificar os Direitos Fundamentais em gerações de direitos, contudo, alguns autores preferem a expressão “dimensões”. Existem três gerações de Direitos Fundamentais: 1ª geração: Direitos individuais e políticos; 2ª geração: Direitos sociais, econômicos e culturais; 3ª geração: Direito à paz, ao desenvolvimento econômico, à comunicação, etc.

É de suma importância salientar, que alguns autores, como Paulo Bonavides, cogitam de uma quarta geração, que traz em direitos como à democracia, à informação e ao pluralismo.

Além disso, nossa Constituição Federal de 1988 classifica os Direitos Fundamentais em cinco grupos, a saber: *Direitos individuais*; *Direitos coletivos* (art. 5.º); *Direitos sociais* (art. 6.º, 193 e ss.); *Direitos de nacionalidade* (art. 12) e *Direitos políticos* (art. 14 a 17). Ou seja, não estão presentes em um rol taxativo, apesar de os Direitos Fundamentais terem um título específico, o título II, tais direitos estão espalhados em todo o texto constitucional, como afirma o §2º do art. 5º da CF:

“Art.5º - § 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Portanto, com esta redação, entende-se que os direitos fundamentais presentes na Constituição são de caráter aberto, reconhecendo também direitos que não estão elencados na Carta Magna, estes seriam os direitos materialmente fundamentais, para isto, basta ser oriundo de princípios constitucionais, como também por tratados internacionais que o Brasil for signatário.

1.4 A concretização do §1º do art.5º da Constituição Federal.

Os Direitos Fundamentais presentes em nossa Carta Magna, possuem uma característica intrínseca, que é a aplicabilidade imediata de seus preceitos, consoante o disposto no art. 5º, §1º, da Constituição Federal: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*”

Conforme José Afonso da Silva diz, aplicação imediata significa que são:

Dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam. A regra é que as normas definidoras de *direitos e garantias individuais* (direitos de 1.ª dimensão, acrescente-se) sejam de *aplicabilidade imediata*. Mas aquelas definidoras de *direitos sociais, culturais e econômicos* (direitos de 2.ª dimensão, acrescente-se) nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem

a eficácia e possibilitem sua aplicação.²⁰

A palavra “aplicação”, não por ser confundida com “aplicabilidade”, conforme a explicação, na teoria de José Afonso da Silva, que classifica as normas de eficácia plena e contida como tendo “aplicabilidade” direta e imediata, e as de eficácia limitada possuidoras de aplicabilidade mediata ou indireta.

Assim, “por regra, as normas que consubstanciam os *direitos fundamentais democráticos e individuais* são de *aplicabilidade imediata*, enquanto as que definem os *direitos sociais* tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de *eficácia limitada e aplicabilidade indireta*”.²¹

Conclui-se, portanto, que não há norma constitucional destituída de eficácia, todas têm juridicidade, no entanto, o seu grau eficaz é variável, pois, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são de aplicabilidade imediata. O STF tende a consolidar o entendimento para combater a “síndrome de inefetividade”, fazendo uso de dois remédios constitucionais, que são a *ação direta de inconstitucionalidade por omissão* e o *mandado de injunção*. A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, seria o instrumento para fazer um apelo ao legislador, constituindo-o em mora, enquanto o mandado de injunção, por seu turno, seria o importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais, como vem sendo percebido na jurisprudência do STF e, assim, dando um exato sentido ao art. 5.º, § 1.º, que fala em aplicação imediata.

1.5 Eficácia das normas constitucionais.

A eficácia das normas constitucionais possui duas espécies de eficácia. A eficácia social, também denominada efetividade e a eficácia jurídica, que, no dizer de José Afonso da Silva:

Designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito a aplicabilidade, exigibilidade e executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, relacionando-se ao produto final.²²

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 5. ed. São Paulo : Malheiros, 2008. p. 408

²¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 5. ed. São Paulo : Malheiros, 2008. p. 408

²² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 66.

A classificação mais conhecida e aceita, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, é a classificação de José Afonso da Silva. Para o autor, as normas constitucionais são classificadas em três espécies, são as normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

Para José Afonso da Silva, as normas de eficácia plena, são as que não necessitam de qualquer integração legislativa infraconstitucional, produzem todos os seus efeitos de imediato. Assim o autor define as normas de eficácia plena como:

Aqueles que, desde a entrada em vigor da Constituição Federal, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular²³.

As normas de eficácia contida, também são dotadas de eficácia imediata, no entanto, carecem de legislação infraconstitucional integradora, porém, o advento legislativo faz com que seu campo de abrangência fique contido. Como exemplo temos o caso da Lei n. 8.906/94, que, em seu art. 8º, IV, determina que é requisito para a inscrição no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil a aprovação no Exame da Ordem.

As normas de eficácia limitada, não produzem todos os seus efeitos de imediato, possuidoras de aplicabilidade mediata ou indireta, são normas de eficácia fraca, necessitando de um comportamento legislativo infraconstitucional ou da ação dos administradores para seu integral cumprimento.

Nesse entendimento, pode-se concluir que a competência do Poder Judiciário, está profundamente ligada às normas definidoras de direitos fundamentais, que são de aplicabilidade imediata. O magistrado, não pode abster-se de sua função, que é conceder o direito, sendo que, a própria Constituição prevê tal garantia. Assim, o apelo ao Judiciário, é a única maneira de conter a inefetividade dos outros dois Poderes.

2 ENTRE A SEPARAÇÃO DE PODERES E A VINCULAÇÃO DOS PODERES ESTATAIS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 A Teoria da Separação dos Poderes

A separação dos poderes teve início na antiguidade, quando o pensador Aristóteles dividiu as funções estatais em deliberativa, executiva e judicial. No século XVII, John Locke apresentou uma forma de separação de funções no exercício do poder, ao propor a classificação entre funções legislativa, executiva e federativa. No entanto, Montesquieu foi quem trouxe a Teoria da Separação

²³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 101.

de Poderes que conhecemos hoje, separando-os em Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano.

Em sua obra “*O Espírito das Leis*”, Montesquieu traz uma visão clássica de seu conceito, que segundo ele “[...] tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos”. (grifou-se).²⁴

Montesquieu, influenciado pelo Liberalismo, propôs a limitação do Estado, como uma maneira de reduzir o poder deste. Dessa forma, percebemos que desde o século XVIII, a Divisão Orgânica do Poder é prevista com *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão – 1789*:

“Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Legislativo, Executivo e Judiciário, não tem como garantir os direitos à um povo se todo o poder de uma nação estiver concentrada em apenas um único detentor. A separação dos poderes foi fundamental para tirar o poder absoluto do soberano, e com isso se tornou possível assegurar o controle do exercício do poder estatal, consolidando o Estado de Direito, pois, dividindo-se os poderes cada órgão poderá focar suas forças nas atividades que lhe foram conferidas e assim poderão contrabalançar o poder do Estado mantendo a estabilidade e a unidade interna.

2.2 Abrandamento da Teoria De Montesquieu – funções típicas e atípicas

Desde a Grécia antiga já se falavam na tripartição dos poderes, Aristóteles, em sua obra *Política*, pensou nas primeiras bases das três funções distintas do governo, porém exercidas por somente uma mão, ou seja, na teoria de Aristóteles, a função de fazer leis, administrar e julgar concentrava-se em apenas uma pessoa. A famosa frase de Luís XIV demonstra tal descrição: “L’État c’est moi”, ou seja, “o Estado sou eu”, o soberano.

Tempos depois, em *O Espírito das Leis* de Montesquieu, surgiu o abrandamento da teoria da tripartição dos poderes. Diferente do absolutismo, o abrandamento de Montesquieu trouxe a separação do detentor das três funções, deixando este de ser concentrado em apenas uma mão, passando a ser dividido com outros órgãos, cada um exercendo sua função típica.

Grande parte dos Estados modernos adotaram de uma forma mais abrandada, a teoria da “tripartição de Poderes”, desenvolvida por Montesquieu. Diante das realidades sociais e históricas, atenuaram a teoria da separação pura e absoluta dos Poderes e passou a aceitar uma maior interpenetração entre os mesmos.

²⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes. 1993. p. 181.

Assim, além de exercer suas funções típicas, inerentes à sua natureza, cada poder, passa a exercer outras duas funções atípicamente. Dessa forma, o Poder Legislativo, por exemplo, passou a exercer além de sua função típica, que é legislar, exerce outras duas funções, que são, uma função atípica de natureza executiva e outra função atípica de natureza jurisdicional.

Resultado dessa evolução, nossa Constituição, em seu art. 2.º, traz a seguinte redação: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Dessa forma, com o abrandamento da Teoria de Montesquieu, passou-se a admitir a execução de funções atípicas pelos órgãos, é o que se pode ver na Constituição Brasileira de 1988, a qual possui previsão expressa de julgamento pelo Senado do Presidente da República nos crimes de responsabilidade - art. 52, I da CF; de medidas provisórias de competência do Presidente da República - art. 62 da CF; e de concessão, ao Judiciário, da prática de atos legislativos na feitura de seu regimento interno nos Tribunais - art. 96, I, — da CF.

Portanto, a partir do momento que admitiu-se a intervenção de um órgão em outro, não feriu o princípio da tripartição dos poderes, na realidade, veio para defender uma maior democracia e controle do Estado, pois, dessa forma, a fiscalização de um poder sobre o outro se torna fundamental para a concretização dos direitos fundamentais presentes em nossa Constituição Federal.

2.3 Sistema de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*)

O Sistema de Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*) é o mecanismo com a finalidade de viabilizar o exercício harmonioso entre os poderes, seu surgimento se deu com a previsão da interpenetração entre os poderes. Assim, não existe uma separação absoluta entre os poderes, pois todos legislam, administram e julgam. Cada Poder possui uma função típica, exercida com preponderância, e uma função atípica, exercida secundariamente.

Dalmo de Abreu Dallari, de forma excelente, explana sobre o assunto:

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos *gerais* ou são *especiais*. Os *atos gerais*, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular.

Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de *atos especiais*. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.²⁵

Dessa forma, a interferência recíproca, permite que os Poderes fiscalizem as competências um dos outros, sem conflitos ou subordinação, com a finalidade de assegurar uma verdadeira democracia e o bem comum de todos.

3 PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO: O ATIVISTO JUDICIAL

Grande protagonista na presente história de nosso país, o STF, seguido dos demais tribunais, introduziu o ativismo judicial em nosso país e tem estreitado política e justiça, pois, diante da inércia do poder competente, que é o legislativo fazendo leis, e o executivo administrando as políticas públicas, o judiciário vem para sanar essa falta concretização de direitos que nossa sociedade sofre. Hoje se tornou comum recorrer aos tribunais para buscar a satisfação de nossos direitos fundamentais, que mesmo o poder público sendo condenado a cumprir, ainda há certa resistência em negar nossos direitos. Logo, devido à essa gritante falta de representatividade, só nos resta buscar ao poder judiciário a única esperança que ainda nos resta.

Lênio Streck, em seu brilhante texto, ressalta:

“Parece inexorável – e isto não deveria causar nenhuma surpresa – que ocorra um certo tensionamento entre os Poderes do Estado: de um lado, textos constitucionais forjados na tradição do segundo pós-guerra estipulando e apontando a necessidade da realização dos direitos fundamentais-sociais; de outro, a difícil convivência entre os Poderes do Estado, eleitos (Executivo e Legislativo) por maiorias nem sempre concordantes com os ditames constitucionais. Daí o questionamento – constante – da legitimidade de o Poder Judiciário (justiça constitucional) deter o poder de desconstituir atos normativos do Poder Executivo ou declarar a inconstitucionalidade de leis votadas pelo parlamento eleito democraticamente pelo povo. Esse tensionamento assume contornos mais graves quando o

²⁵DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 184 -185

sistema se depara com decisões do Poder Judiciário (brasileiro) tidas como —invasoras de sub-sistemas‖ ou epitetadas como típicas decisões que —judicializam a política, como é o caso de sentenças emanadas pelos juízes e tribunais brasileiros determinando a inclusão/criação de vagas em escolas públicas, fornecimento de remédios com fundamento no art. 196 da Constituição, a extensão, com base no princípio da isonomia, de benefícios a categorias de trabalhadores não contempladas em ato normativo, o problema das ocupações de terras improdutivas por movimentos sociais que clamam pelo cumprimento do dispositivo constitucional que estabelece a função social da propriedade, só para citar alguns exemplos.”²⁶

O judiciário, a partir do momento que ele concede nossos direitos que são pendentes de regulamentação, este não está legislando, está apenas permitindo que nós, cidadãos, possamos ter nossas garantias concretizadas, deixando de ser puramente letra em um papel.

Como ativismo judicial designamos uma postura proativa do Poder Judiciário que interfere de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes. O autor Pedro Lenza, explana, positivamente, sobre o assunto:

Por todo o exposto, parece-nos que, diante da inércia não razoável do legislador, o Judiciário, em uma postura ativista, passa a ter elementos para suprir a omissão, conforme se verificou nos vários exemplos, fazendo com que o direito fundamental possa ser realizado.

Não se pode admitir que temas tão importantes, como o direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, possam ficar sem regulamentação por mais de 20 anos. O Judiciário, ao agir, realiza direitos fundamentais, e, nesse sentido, as técnicas de controle das omissões passam a ter efetividade.

Naturalmente, saindo da inércia, a nova lei a ser editada pelo Legislativo deverá ser aplicada, podendo, é claro, no futuro, vir a ser questionada no Judiciário. Essa a nova perspectiva. Não se incentiva um Judiciário a funcionar como legislador positivo no caso da existência de lei, mas, havendo falta de lei e sendo a inércia desarrazoada, negligente e desidiosa, dentro dos limites das técnicas de controle das omissões, busca-se a efetivação dos direitos

²⁶ STRECK, Lênio Luiz. **A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica.** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica, n. 39 p. 1-623. Bauru: Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2004.

fundamentais, seja pelo mandado de injunção (MI), seja pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).²⁷

Conclui-se assim, que a consagração da importante figura do ativismo judicial, que tem a importante missão de suprir a inércia dos demais poderes, é necessário para a concretização dos direitos fundamentais, e que é através das técnicas de controle de omissão, que busca efetivar tais direitos. Essa maior participação do judiciário é fundamental para continuar a concretização da justiça em nossa sociedade e que tome as medidas necessárias quando nos depararmos com a falta de responsabilidade dos nossos governantes, ainda que tenha que ser um judiciário que legisle.

3.1 A Nova Hermenêutica do Poder Judiciário

A nova hermenêutica constitucional, em uma breve definição seria, a modificação da interpretação, sem alteração do texto constitucional. Baseia-se na chamada jurisprudência das valorações, da qual, o elemento de maior relevância para o Direito, é o valor, resultado da evolução da jurisprudência dos interesses.

Glauco Barreira Magalhães Filho consiste em dizer:

Com o reconhecimento da supremacia e da normatividade plena da Constituição no Estado Moderno, os direitos fundamentais são considerados como limite não apenas da atividade administrativa, mas também da legiferante. Não há, portanto, nenhuma dúvida mais sobre a juridicidade e aptidão de eficácia dos princípios estabelecidos no Estatuto Básico da Sociedade, e esse reposicionamento dos direitos fundamentais tornou necessário o surgimento de uma nova hermenêutica, porquanto as normas que os definem possuem estrutura diferente daquelas que têm as normas infraconstitucionais.²⁸

Dentro do contexto, Glauco Barreira conclui que:

o juiz deveria ater-se não à literalidade da lei, mas ao juízo de ponderação de interesses nela pressuposto, de modo que a sentença seria vista como um instrumento de harmonização de interesses, uma diagonal em um paralelogramo de forças.²⁹

²⁷ Lenza, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** - 16. ed. rev., atual. e ampl., pg. 1056 - São Paulo : Saraiva, 2012.

²⁸ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 59.

²⁹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e unidade axiológica da constituição**.

Tal afirmação ganha relevância, quando vislumbramos que a constitucionalização do direito, vem crescendo cada vez mais.

A Jurisprudência das valorações, voltada para a interpretação dos preceitos constitucionais, utiliza-se da técnica da ponderação quando dois valores constitucionais estiverem em conflito, de modo que somente no caso concreto um princípio deverá prevalecer sobre o outro.

3.2 Ativismo Judicial e Judicialização da Política: Análise da Diferenças

Não existe um consenso entre os estudiosos do Direito quanto a definição exata do termo *ativismo judicial*. Há necessidade de identificar e conceituar dois fenômenos distintos, porém conexos e interrelacionados: *ativismo judicial e judicialização da política*.

Ativismo judicial e judicialização não possuem as mesmas origens, apesar de pertencerem a mesma família. Não são gerados pelas mesmas causas imediatas.

No contexto brasileiro, o ativismo judicial, tem sua origem na jurisprudência norte-americana, é uma atitude, expressa uma postura do intérprete a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance, sem invadir no campo da criação livre do Direito. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, fazendo com que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

O ativismo judicial está ligado a uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência na atuação dos outros dois Poderes. No Brasil recente, o Poder Judiciário, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista.

A judicialização da política decorre do modelo constitucional que se adotou no Brasil, significa questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, pois os órgãos do Poder Legislativo e Poder Executivo se encontram inerte sobre a matéria tratada.

O Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa, se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Vale frisar que a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento do neoconstitucionalismo, o Estado passou a “cultuar” a Constituição. Desde então, vêm crescendo a denominada judicialização da política, diante do fato de que a função do Judiciário não ser um mero aplicador

mecânico da lei, mas principalmente de ser um instrumento de defesa do Estado Democrático de Direito. Assim, o ativismo judicial vem cumprindo esse papel.

Em um país em que a corrupção estampa as primeiras páginas dos principais jornais quase que diariamente, a inércia do Poder Administrativo e Poder Legislativo se tornam inevitável. A expansão do Judiciário não pode desviar a atenção do que realmente aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Causando dessa forma, um grande descontentamento na população, se tornando obrigadas a recorrer ao Poder Judiciário, para que o direito garantido na Carta Magna, possa ser concretizado pelo Estado.

Sob o olhar da Teoria da Repartição dos Poderes, a função típica e atípica de tais funções, o Sistema de Freios e Contrapesos ou Checks and Balances, conclui-se que o Ativismo Judicial, nada mais é do que a concretização dos direitos concedidos aos cidadãos pela Constituição Federal.

Nossa Lei Maior é bem clara ao declarar em seu Art. 5, §1.º, que terão aplicabilidade imediata, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Com essa definição, entende-se, portanto, que um cidadão que necessita de remédios, e o Poder Executivo, se nega em concedê-lo, devido, talvez, a falta de recursos, deve provocar o Judiciário, para ter seu direito resguardado.

Portanto, o Poder Judiciário é o guardião da Constituição e deve, em nome da justiça social e dos direitos fundamentais, fazê-la valer, inclusive diante dos outros Poderes. A intervenção nos outros poderes, nessas hipóteses, se dará a favor, e não contra a democracia. O ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Necessitamos de reforma política, porém, essa não pode ser feita por juízes.

Governar é, uma função que não pode ser exercida pelo Judiciário, outra, decorrente do Texto Constitucional é, segundo o entendimento de Carlos Ayres Britto o ativismo do Poder Judiciário, “impedir o desgoverno”³⁰.

Assim, para que os cidadão brasileiros não quedem-se à mercê da falta de vontade de seus governantes, que deixam de realizar as funções que lhes foram atribuídas constitucionalmente, qual seja: dar efetividade aos direitos fundamentais consagrados em seu texto, eis que compete ao Poder Judiciário fazê-lo sob o fundamento de que, se não realizar, estará rompendo com o equilíbrio entre Poderes de Estado e deixando ainda maior o *fosso* de *inconcretude* dos direitos fundamentais de seus cidadãos.

Referências

BARBOSA, Rui. República: teoria e prática (textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República. Seleção e coordenação de Hilton Rocha), Petrópolis, Vozes, apud José Afonso

³⁰ BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 117.

da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo. Malheiros, 2008.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 5. ed., São Paulo, Malheiros Ed..

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado* – 16. ed. rev., atual. e ampl., pg. 1056 – São Paulo : Saraiva, 2012.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Marins Fontes. 1993.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*, 8. ed., Madrid, Tecnos, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Comentário contextual à Constituição*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *A permanência do caráter compromissório (e dirigente) da Constituição Brasileira e o papel da jurisdição constitucional: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica, n. 39 p. 1-623. Bauru: Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2004.

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO DERIVAÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL À INTIMIDADE: ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL Nº
1334097 - RJ**

Renê Francisco Hellman³¹
Vinicius Rafael Rissetti³²

Resumo:

O presente trabalho busca analisar como se articulam, no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção do direito à intimidade e a liberdade de informação. Com isso, a pesquisa passará a abordar o Recurso Especial n. 1334097-RJ, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que se reconheceu o chamado direito ao esquecimento, uma decorrência necessária do direito à intimidade e uma forma lícita de mitigação da liberdade de informação.

INTRODUÇÃO

A dinâmica da sociedade pós-moderna, baseada na fluidez das relações travadas entre as pessoas, leva ao surgimento de novas demandas, que exigem do direito novos ou renovados posicionamentos.

Atualmente vive-se a era da sociedade de informação, em que se busca sempre e cada vez mais o contato com o maior número possível de pessoas e em que a detenção da informação passou a significar poder.

Por isso, nessa busca pela detenção do poder, há momentos em que tão só as informações atuais não bastam, há necessidade de mais. Então, revolve-se o passado, na busca por fatos que possam chamar a atenção dos consumidores da informação. Geralmente, a audiência é dada para fatos que choquem e, nesse ponto, voltar ao passado a partir da análise de fatos criminosos famosos pode ser garantia de um “bom” produto informativo a ser posto no mercado.

Surge então para o direito o dilema estabelecido entre a intimidade daquele que se envolveu no fato em tempos pretéritos – e que passará a ser objeto da informação – e a liberdade de informação, corolário essencial da democracia. As discussões sobre isso são intensas e é a isso que se presta o presente trabalho.

Num primeiro momento, será feita uma análise a respeito de como o ordenamento jurídico trata da proteção à intimidade do indivíduo. Posteriormente, a investigação será centrada na forma de proteção conferida pelo direito brasileiro à liberdade de informação, para, então, num terceiro momento, analisar-se o caso concreto julgado no Recurso Especial n. 1334097,

³¹ Coordenador-Geral da Faculdade de Telêmaco Borba (FATEB). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia, pelo Instituto Busato de Ensino (IBE). Aluno do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade do Norte do Paraná (UENP). Advogado.

³² Acadêmico do 5º ano do curso de Bacharelado em Direito na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Integrante do Projeto de Pesquisa Questões Controversas no Direito de Família Contemporâneo (UEPG).

pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A pesquisa objetiva a realização de análise crítica do julgado citado, à luz da doutrina atual e da legislação, forte, ainda, na teoria civilista específica que enquadra o direito ao esquecimento no rol dos direitos da personalidade, mais precisamente como um desdobramento do direito à intimidade, protegido constitucional e infraconstitucionalmente. A abordagem será lógico-dedutiva, com ênfase para o uso da documentação indireta, precipuamente a legislativa e doutrinária.

1 A PROTEÇÃO JURÍDICA DA INTIMIDADE

Com vistas a iniciar o referido assunto é imperioso destacar a posição naturalista do professor Carlos Alberto Bittar em relação aos Direitos da Personalidade. Nela o saudoso doutrinador defende que os Direitos da Personalidade formam direitos inatos, ficando o Estado apenas com a competência para reconhecê-los no plano do direito positivo.³³ Em total consonância com esta ideia, adotar-se-á, então, a posição naturalista, levando em consideração que os Direitos da Personalidade "não nascem do direito positivo, mas sim com a concepção da pessoa. São apenas reconhecidos e sancionados por este. Seu fundamento está na pessoa".³⁴

Necessário foi realizar tais considerações sobre o caráter subjetivo dos direitos da personalidade, para que, assim, possa-se classificar o direito ao esquecimento como um direito da personalidade, entendendo-o como um desdobramento do direito à intimidade.

O direito à intimidade encontra-se amparado no atual Código Civil³⁵ e é igualmente assegurado pela Constituição da República³⁶ e, se confrontado com outros direitos da personalidade, percebe-se que este é de evolução mais atual, tendo como referência o artigo *The Right to Privacy*, publicado em 1890 na *Harvard Law Review*³⁷. Sobre tal direito Carlos Roberto Gonçalves escreve que:

A proteção à vida privada visa resguardar o direito das pessoas de intromissões indevidas em seu lar, em sua família, em sua correspondência, em sua economia etc. O direito de estar só, de se isolar, de exercer as suas idiosincrasias se vê hoje, muitas vezes, ameaçado pelo avanço tecnológico, pelas fotografias obtidas com

³³ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006. p.7.

³⁴ DIAS, Jacqueline Sarmiento *apud* GUIMARÃES, Balbino Abel. Os Direitos da Personalidade. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca. v. 7, n. 11, p. 185-202, jan./dez. 2002. p. 190.

³⁵ CC/02. Art. 21: "A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato contrário a esta norma".

³⁶ CR/88. Art 5. X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

³⁷ SCHREIBER, Alexandre. *Direitos da Personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2013 p.134.

teleobjetivas de longo alcance, pelas minicâmeras, pelos grampeamentos telefônicos, pelos abusos cometidos na Internet e por outros expedientes que se prestam a esse fim.³⁸

Autores como Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Fabio Ulhoa Coelho e Anderson Schreiber nomeiam esse direito como direito à privacidade. A respeito das variadas formas de denominação, cabe ressaltar a doutrina de Carlos Alberto Bittar:

Diferentes denominações tem recebido esse direito, desde "right of privacy" ou "right to be alone" (no direito anglo-norte-americano); "droit à la vie privée" (francês); "diritto alla riservatezza" (italiano); "derecho a la esfera secreta" (espanhol); "direito de estar só"; "direito a privacidade" e "direito ao resguardo".³⁹

Há de se mencionar ainda que alguns doutrinadores chegam a diferenciar privacidade de intimidade, contudo, adotar-se-á nesse trabalho a visão de Fábio Ulhoa Coelho. Nela o autor não vê a necessidade dessa distinção e para isso leva em consideração o regime geral da proteção da vida privada, onde privacidade e intimidade devem ser tomadas como expressões sinônimas⁴⁰.

A privacidade do indivíduo encontra-se protegida constitucionalmente em vários dispositivos que abordam a inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das comunicações em geral, como representação do sossego da pessoa como atributo fundamental à garantia da intimidade.⁴¹

A cada indivíduo corresponde um conjunto de informações e algumas são públicas, as demais são informações privadas e cada indivíduo tem o direito de manter reservadas essas informações. Este é o direito à privacidade.⁴² Para Silvio Romero Beltrão, tal direito "leva em consideração a autonomia da pessoa humana como a liberdade de tomar decisões sobre assuntos íntimos e revela-se como garantia de independência a inviolabilidade da pessoa."⁴³

O avanço tecnológico que influenciou o direito à imagem também influenciou o direito à privacidade. Pode-se mencionar, por exemplo, os atentados à intimidade e à vida privada por meio da Internet.⁴⁴ Sobre o avanço

³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 172.

³⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006. p. 110.

⁴⁰ COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 208.

⁴¹ BELTRÃO, Romero Silvio. *Direitos da Personalidade de Acordo com o Novo Código Civil*. 1 ed. Editora Atlas: São Paulo. 2005 p. 130.

⁴² COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 207.

⁴³ BELTRÃO, Romero Silvio. *Direitos da Personalidade de Acordo com o Novo Código Civil*. 1 ed. Editora Atlas: São Paulo. 2005 p. 129.

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. 11 ed. São

tecnológico Carlos Alberto Bitar comenta que:

Esse direito vem assumindo, paulatinamente, maior relevo, com a contínua expansão das técnicas de comunicação, como defesa natural do homem contra as investidas tecnológicas e a ampliação, com a necessidade de locomoção, do círculo relacional do homem, obrigando-o à exposição permanente perante públicos os mais distintos, em seus diferentes trajetos, sociais, negociais ou de lazer.⁴⁵

É importante mencionar também "que as pessoas públicas têm todo o direito de ter a sua intimidade preservada. Não é pelo fato de adquirirem relevância social que tais pessoas não mereçam gozar da proteção legal para excluir terceiros, inclusive a imprensa, do seu âmbito de intimidade."⁴⁶

Da leitura do Art. 21 do atual Código Civil e do Art. 5º, X, da Constituição da República extrai-se, além da proteção à intimidade, "o direito ao recato e a prerrogativa de tomar as providências necessárias para impedir ou fazer cessar o ato lesivo, ou exigir a reparação do dano já consumado,"⁴⁷ contudo, deve-se entender que poderá ocorrer um conflito entre o direito à intimidade e outros direitos constitucionalmente garantidos, como por exemplo, o direito à informação.

2. O DIREITO À INFORMAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A CONTEMPORÂNEA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, IX, estabelece o direito fundamental à liberdade de comunicação, independentemente de censura ou licença. Já no inciso XIV do mesmo artigo estabeleceu-se o direito fundamental à informação.

Na correlação com esses dois dispositivos fundamentais à proteção do direito à informação, ainda no artigo 5º, previu-se o direito de resposta e indenização por dano moral, material ou à imagem (inciso V), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (inciso X) e o direito ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (inciso XIII).

O legislador constituinte, entretanto, foi além. Decidiu pela abertura de um capítulo específico dentro do Título VIII (Da Ordem Social), a fim de reger o que denominou de "Comunicação Social", entre os artigos 220 e 224.

O *caput* do artigo 220 estabelece a proibição de restrição à informação. O §1º, por sua vez, dirige-se ao legislador infraconstitucional e proíbe a fixação de

Paulo: Saraiva, 2009. p. 171.

⁴⁵ BITTAR, C. A. *Os Direitos da Personalidade*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006. p.111.

⁴⁶ GAGLIANO.P. S; FILHO, R, P. *Novo Curso de Direito Civil*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 172.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 173.

qualquer “embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, atendido o disposto no artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV. No mesmo sentido, o §2º veda a censura de natureza política, ideológica e artística.

Os demais dispositivos do capítulo tratam a respeito da regulação de propaganda, produção, programação nas emissoras de rádio e televisão, além da propriedade de empresas do ramo.

Com isso, percebe-se a grande importância atribuída pelo legislador constituinte ao tema do direito à informação e da liberdade de comunicação, o que é um claro sintoma da preocupação que se teve em superar a fase negra experimentada pelo país durante a Ditadura Militar e todas as consequências danosas às liberdades individuais que advieram dos Atos Institucionais editados pelos governos de então.

O ressurgimento da democracia e o aperfeiçoamento das ferramentas de controle sobre os atos dos detentores dos poderes estatais requer a proteção e a regulação adequadas do direito à informação, uma vez que é a partir do conhecimento a respeito do que se passa no comando do país que o povo poderá optar livremente quando do momento da eleição de seus representantes, a teor da lição de Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, para quem, a fim de que o cidadão possa decidir com consciência, há necessidade de que seja atingido pela inteireza das circunstâncias e consequências da sua opção “e isso só ocorrerá se dispuser de informações sérias, seguras e imparciais de cada uma das opções, bem como da existência delas”⁴⁸

José Afonso da Silva ressalta os vieses do direito de informação, que “compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou deias, por qualquer meio, e sem dependência de censura”⁴⁹. De forma condensada, pode-se considerar a existência de duas vertentes da liberdade de informação: o direito de informar e o direito de acesso à informação⁵⁰.

A primeira indica a possibilidade de que seja expressada de forma livre a comunicação a respeito dos fatos que possam causar interesse e constitui-se em um importante meio de controle democrático, pois possibilita que se dê publicidade àqueles acontecimentos que influirão na tomada de decisões da população. Nas palavras de Marx:

A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca

⁴⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 53.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 248.

⁵⁰ LIMA, José Benjamim de. Imprensa e direitos da personalidade: indenização por dano moral decorrente de abuso no exercício da liberdade de informação. *Revista Argumenta UENP*, Jacarezinho, n. 02, p. 217-240, 2002, p. 218, 219.

confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria⁵¹.

A segunda vertente autoriza a busca pela informação e a faz não somente com relação ao profissional da área de comunicação, mas também a qualquer cidadão que tenha tido seu interesse despertado por algum fato. Esse viés impõe ao Estado uma proibição de criar óbices à busca pela informação.

Entretanto, a teor dos dispositivos constitucionais acima elencados, fica evidenciado que a liberdade de informação não é um direito absoluto, assim como não o é nenhum direito fundamental. Muito embora haja proibição constitucional à censura prévia, isso não pode significar que o direito à informação não encontre restrição nos demais direitos fundamentais., “pois a responsabilização posterior do autor e/ou responsável pelas notícias injuriosas, difamantes, mentirosas sempre será cabível, em relação a eventuais danos materiais e morais”⁵².

Com a acuidade que lhe é peculiar, Barbosa Moreira já alertava sobre a necessidade de a liberdade de difusão de ideias ser entendida como limitada, eventualmente, por direitos outros, de mesma natureza jurídica. Para o professor fluminense, o “ordenamento jurídico constitui, tem de constituir sempre, a expressão de um compromisso entre solicitações divergentes de proteção a valores suscetíveis de contrapor-se uns aos outros”⁵³. Logo, no momento da interpretação, deve-se levar em consideração a necessidade de harmonização dos direitos, de modo que um não prevaleça anulando o que estava no seu contraponto.

Não obstante as próprias limitações constitucionais, a grande dificuldade no controle dos excessos de informação reside na atual conjuntura social fluida e globalizada. Vive-se uma fase histórica em que a posse da informação confere poder e ela é canalizada em rede, com difusão assustadoramente veloz, seja a partir da mídia impressa, seja por meio radiofônico ou televisivo, seja pela rede mundial de computadores, com seus portais e indomáveis redes sociais.

Ao passo em que democratiza o acesso à informação, a sociedade de informação impulsiona o desenvolvimento, uma vez que contribui decisivamente para a integração social e para as decisões que irão gerar consequências no âmbito público e na seara privada. Nesse sentido, Antonio Miranda indica que:

Na sociedade da informação, a comunicação e a informação tendem a permear as atividades e os processos de decisão nas diferentes esferas da sociedade, incluindo a

⁵¹ MARX, Karl. *A liberdade de imprensa*. São Paulo: LPM, 1980, p. 42.

⁵² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 76.

⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação civil pública e programação da TV. In: MILARÉ, Edis (coord.) e outros. *Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT,1995, p. 287.

superestrutura política, os governos federal, estaduais e municipais, a cultura e as artes, a ciência e a tecnologia, a educação em todas as suas instâncias, a saúde, a indústria, as finanças, o comércio e a agricultura, a proteção do meio ambiente, as associações comunitárias, as sociedades profissionais, sindicatos, as manifestações populares, as minorias, as religiões, os esportes, lazer, hobbies etc. A sociedade passa progressivamente a funcionar em REDE. O fenômeno que melhor caracteriza esse novo funcionamento em rede é a convergência progressiva que ocorre entre produtores, intermediários e usuários em torno a recursos, produtos e serviços de informação afins. (sic)⁵⁴

Como se vê, a sociedade de informação apresenta-se como a principal característica do desenvolvimento que se vem observando, seja em caráter local, seja em caráter global⁵⁵. E isso faz com que a informação seja transformada em um produto a ser consumido, sem que se tenha entendido completamente, até o momento, quais os meios eficazes de controlar a colocação desse tipo de produto no mercado ou de reparar os danos causados pelos excessos na liberdade de informar.

3. ANÁLISE DE CASO: O RECURSO ESPECIAL N. 1334097-RJ

Ingo Wolfgang Sarlet alerta para a necessidade de, para além do conceito de direitos fundamentais, pensar-se no conceito de *deveres fundamentais*, pois “não se deveria esquecer que direitos (fundamentais ou não) não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca”⁵⁶. Para ele, ainda, o reconhecimento de deveres fundamentais implica na existência do que denomina de responsabilidade social no exercício da liberdade individual, do que decorrem deveres jurídicos de respeito aos valores e direitos constitucionalmente assegurados, “inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais”⁵⁷.

Isso leva a uma primeira consideração a respeito do tema da proteção à

⁵⁴ MIRANDA, Antonio. Sociedade da informação: globalização, identidade cultural e conteúdos. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 78-88, maio/ago. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acessado em 16/06/2014.

⁵⁵ WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acessado em: 16/06/2014.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 227.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 228.

intimidade e a sua ligação com a liberdade de imprensa. Há que se entender como direitos fundamentais a que equivalem deveres de mesma ordem. Então, assim como há que se preservar a liberdade de imprensa na medida em que esta manifesta-se como uma forma de garantir à sociedade uma reflexão sobre si mesma e sobre os poderes que constituiu para que fosse governada, há que se impor limites de modo a preservar direitos de natureza individual que possam ser ofendidos durante a manifestação da liberdade de informação.

Não se pode imaginar que a liberdade de informação seja absoluta, pois isso seria a própria negação do Estado Democrático de Direito. Em substancioso trabalho publicado na Revista *Argumenta*, Ivan Moizés Ilkiu e Marcelo Rodrigues da Silva fazem uma análise bastante pertinente sobre essa íntima ligação entre a liberdade de informação e o Estado Democrático de Direito, afirmando que aquela deve estar “pautada também na liberdade e no asseguramento dos direitos individuais do cidadão, principalmente no que é pertinente a sua honra e imagem”⁵⁸.

Da conclusão sobre a relativização do direito fundamental à liberdade de informação, passa-se, então, para a análise do direito ao esquecimento, como derivação necessária do direito fundamental à intimidade.

No primeiro semestre de 2013, uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça chamou a atenção. Tratava-se de uma ação de indenização por dano moral, movida por Jurandir Gomes de França em face da Globo Comunicações e Participações S/A, cujo assunto principal era a violação do direito ao esquecimento.

Em apertada síntese pode-se dizer que tal direito é entendido como o direito de as pessoas serem esquecidas por atos praticados no passado, evitando assim a divulgação e vinculação de seu nome e imagem a crimes ocorridos anos atrás e que o indivíduo tenha cumprido a pena ou até mesmo tenha sido absolvido.

O autor da ação foi indiciado como coautor de homicídios ocorridos em 23 de julho de 1993, no Rio de Janeiro, esses homicídios ficaram nacionalmente conhecidos como "Chacina da Candelária". Submetido ao júri popular, foi absolvido por negativa de autoria por unanimidade dos membros do Conselho de Sentença.

Em junho de 2006 foi ao ar, pela Rede Globo de Televisão, a reconstituição do crime "Chacina da Candelária" no programa jornalístico "Linha Direta", que se dedicava a apresentar crimes que aconteceram no Brasil e cujos autores estariam foragidos. O autor entendeu que a exposição de sua imagem e nome no mencionado programa foi ilícita, causando-lhe intenso abalo moral. O Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ, ao ponderar, de um lado, o interesse público da notícia, e do outro, o "direito ao esquecimento" do autor, entendeu por bem mitigar o segundo, julgando improcedente o pedido indenizatório. A sentença foi reformada em segundo grau, condenando a ré ao pagamento de R\$ 50 mil a título de indenização,

⁵⁸ ILKIU, Ivan Moizés; SILVA, Marcelo Rodrigues da. O STF e a efetividade dos direitos fundamentais: análise da ADPF n. 130. *Revista Argumenta UENP*, Jacarezinho, n. 17, p. 163-180, 2012, p. 171.

opostos e rejeitados embargos infringentes e de declaração, restou à ré interpor recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, alegando que não houve invasão à intimidade do autor, porque os fatos noticiados já eram públicos e fartamente discutidos na sociedade, fazendo parte do acervo histórico do povo, pleiteando, então, o reconhecimento da inexistência de dano moral.

A 4ª Turma do STJ reconheceu o direito à indenização. De acordo com o Relator, o Ministro Luis Felipe Salomão, o ordenamento jurídico brasileiro é repleto de previsões em que se reconhece um direito ao esquecimento de fatos passados, principalmente em institutos do Direito Penal, mencionando os artigos 93 do Código Penal e 748 do Código de Processo Penal, os quais tratam da chamada “reabilitação”, instituto que assegura ao condenado o sigilo dos registros sobre seu processo e condenação.

Em seu voto o Ministro Relator Luis Felipe Salomão chega a atribuir ao direito ao esquecimento uma nobreza, o direito à esperança, que em sua análise se encontra em perfeita harmonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade do indivíduo⁵⁹. Muito embora o Ministro Relator aceite o direito ao esquecimento em determinado momento de seu voto, Luis Felipe Salomão elenca diversos argumentos contrários a esse direito. Dentre esses argumentos destacam-se o atentado à liberdade de expressão e de imprensa, afronta ao direito à memória, a privacidade como mecanismo de censura e o desaparecimento de registros sobre crimes e criminosos perversos.⁶⁰

A preocupação da doutrina brasileira com o tema do direito ao esquecimento foi manifestada na VI Jornada de Direito Civil, em que se aprovou enunciado com o seguinte texto:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.⁶¹

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Voto em Recurso Especial nº 1334097/RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, p. 41. Disponível em: www.stj.jus.br. Acessado em 22/06/2014.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Voto em Recurso Especial nº 1334097/RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, p. 21. Disponível em: www.stj.jus.br. Acessado em 22/06/2014.

⁶¹ JORNADA DE DIREITO CIVIL, VI. Brasília, 2013. *Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito*

A partir dele verifica-se que a discussão não se centra na censura prévia à divulgação de informação antiga. O que se pretende é a criação de meios que tenham o condão de proteger aquele que possa ser vítima do seu próprio passado.

Toda a teoria da pena fincada na onda garantista que ganhou corpo no direito penal foi elaborada no sentido de buscar-se a ressocialização daquele que infringiu o ordenamento jurídico e mereceu uma reprimenda do sistema criminal. Considerando-se que o sistema punitivo criminal está baseado sobre esse princípio e que o direito penal tem a função de tutelar os bens jurídicos mais caros, a partir da coibição das condutas mais graves, percebe-se que a ideia da pena, para além da punição, é de resgatar aquele que infringiu a norma e trazê-lo para um saudável convívio com a sociedade.

Não se pretende aqui discutir a eficácia dos meios adotados pelo sistema punitivo criminal. O que se quer é a premissa da pena, o seu fundamento teórico e teleológico. E essa premissa pode ser utilizada como fundamento do que se quer demonstrar, pois é em cima dela que se constrói o sistema de punição/ressocialização no direito penal.

Assim, se o direito penal – que tem a função de coibir as condutas mais graves – “esquece”, a partir da ressocialização e da reabilitação, também na seara cível há que se buscar meios de promover o direito ao esquecimento ou, ao menos, de coibir os atos que não permitem a sua ocorrência.

Com isso, ganha força o questionamento que se faz sobre as razões do resgate do passado. Há que se indagar, à luz da proteção à intimidade e da liberdade de informação, se o fato a ser rememorado possui importância histórica para a comunidade em que será veiculado; se haveria possibilidade de divulgação do fato sem ferir direitos individuais; se a sua divulgação submeteria indivíduos a situações de afronta aos seus direitos individuais e, por fim, se esses direitos individuais são, no caso concreto, passíveis de mitigação, em favor da liberdade de informação.

A problemática ganha contornos dramáticos em tempos pós-modernos, em que a informação é um dos produtos mais consumidos, em que a Internet tornou-se o palco de todas as discussões – grandes e pequenas –, dos mais cruéis julgamentos e em que os indivíduos veem-se sob os holofotes, como que tendo os seus passos virtuais vigiados constantemente, como uma versão viva do *Big Brother*, que George Orwell fantasiou na sua obra-prima 1984⁶².

E essa preocupação ganhou destaque no voto condutor do recurso ora analisado, em que o ministro relator ressalta “a existência de um ‘resíduo informacional’ que supera a contemporaneidade da notícia e, por vezes, pode ser, no mínimo, desconfortante àquele que é noticiado”⁶³.

No voto acima referido, o ministro Salomão faz menção às principais

Civil. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>. Acessado em 22/06/2014.

⁶² ORWELL, George. 1984. São Paulo: Cia das Letras, 2012.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Voto em Recurso Especial nº 1334097/RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, p. 20. Disponível em: www.stj.jus.br. Acessado em 22/06/2014.

teses contrárias ao reconhecimento do direito ao esquecimento. Todas elas referem-se, em seu núcleo duro, ao direito à informação. Dizem os combatentes do direito ao esquecimento que, em algum grau, ele sempre quedará por sonegar o direito de a sociedade ser informada e lembrada sobre o fato pretérito.

A fim de compreender o fenômeno da pós-modernidade e atacar os posicionamentos contrários, o ministro relator invoca os ensinamentos de Zygmunt Bauman, que vem construindo sólida obra a respeito da liquidez dos tempos atuais e dos dilemas que disso surgem.

Parece ser mesmo impossível perpassar a problemática sem recorrer a Bauman, notadamente quando ele faz a análise do combate entre o indivíduo e o cidadão. O sociólogo polonês traça um comparativo entre o conceito de individualização dos tempos atuais e dos tempos passados para dizer que:

Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e se a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso público. O “público” é colonizado pelo “privado”; o “interesse público” é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos, melhor). As “questões públicas” que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis⁶⁴.

E finaliza alertando para a necessidade de que se reconheça a individualização como um fato e, a partir disso, criem-se mecanismos de enfrentamento das consequências advindas do que chamou de “liberdade sem precedentes de experimentar”⁶⁵.

É, basicamente, o dilema que se observa entre a liberdade de informação – e a busca cada vez mais açodada de detalhes privados para serem tornados públicos (publicados) – e até onde pode ser firmada a trincheira que protege a intimidade.

É característica dessa sociedade líquida denunciada por Bauman que não se conheçam os limites entre o público e o privado e, por força disso, sejam invadidos territórios que antes eram destinados exclusivamente ao campo da intimidade de cada um. O papel do direito nessas circunstâncias, então, ganha um relevo considerável, pois é dele a incumbência de encontrar a forma mais

⁶⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 46.

⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 47.

adequada de estabelecer os novos limites.

Partindo-se da premissa firmada alhures, de que a liberdade de informação é garante da própria democracia, há que se buscar fundamento de mesma autoridade para justificar eventuais limitações.

Assim, se a intimidade é direito ligado de forma natural ao próprio conceito de personalidade e que há proteção constitucional, de ordem fundamental, a esse direito, pode-se dizer que ela é a trincheira em que se estabelece o limite da liberdade de informação, sempre à luz do caso concreto. E essa foi a conclusão do ministro Luiz Felipe Salomão no julgado que se está a analisar⁶⁶.

Já sobre a liberdade de informação e a importância do fato a ser lembrado deve-se tomar o cuidado para que a análise não esteja viciada pelos conceitos de "importância" atribuídos de forma equivocada. Nesse sentido:

Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos, mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do "bandido" vs. "cidadão de bem". No ponto, faz-se necessário desmistificar a postura da imprensa no noticiário criminal, a qual - muito embora seja uma instituição depositária de caríssimos valores democráticos - não é movida por um desinteressado compromisso social de combate ao crime.⁶⁷

Essa é a temática central: a qualidade da informação a ser resgatada, o fim a que ela se destina e a existência de real necessidade de resgate do fato, consubstanciada não em julgamentos midiáticos na busca por audiência, mas, sim, em uma ética informativa que traga contribuições sociais mais relevantes do que o mero entretenimento, já que este não poderia se sustentar com base na ofensa a direitos daquele sujeito que se transforma em objeto da informação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁶⁶ "Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 88, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Voto em Recurso Especial nº 1334097/RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, p. 25. Disponível em: www.stj.jus.br. Acessado em 22/06/2014.)

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Voto em Recurso Especial nº 1334097/RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, p. 29. Disponível em: www.stj.jus.br. Acessado em 22/06/2014.

Partindo-se do pressuposto da existência de proteção constitucional e legal à intimidade e, considerando-se que no seu conceito pode-se incluir o direito do indivíduo de ver-se livre do seu passado, caso isso lhe traga prejuízos morais e/ou materiais, há que se reconhecer a possibilidade de que a liberdade à informação possa nisso encontrar óbices.

Os obstáculos à liberdade de informação, por óbvio, não podem ser de caráter generalizado, tendo em vista a ligação direta dela com a democracia e a dependência que esta manifesta em relação àquela.

As limitações à liberdade de informação, no caso do direito ao esquecimento, são plenamente viáveis desde que analisadas as questões que contrapõem a necessidade social da informação com a preservação da dignidade da pessoa humana que será o objeto da informação.

Muito embora a liberdade de informação seja extremamente necessária para que se firme o Estado Democrático de Direito, isso não pode significar autorização sem medida para que sejam escancarados e rememorados fatos que, no caso concreto, não trarão real e importante benefício social. A medida da democracia é a liberdade de informação. E a medida da liberdade de informação deve estar diretamente vinculada ao aproveitamento que ela trará para a democracia.

Então, se a violação ao direito individual da intimidade não trazer nada além de entretenimento mórbido e não enriquecer o debate democrático, é forçosa a conclusão de que o sacrifício de um indivíduo e de seus direitos individuais não pode ser admitido.

Referências

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação civil pública e programação da TV. In: MILARÉ, Edis (coord.) e outros. *Ação civil pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: RT, 1995.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BELTRÃO, Romero Silvio. *Direitos da Personalidade de Acordo com o Novo Código Civil*. 1 ed. Editora Atlas: São Paulo. 2005
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. *Voto em Recurso Especial nº 1334097/RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em: www.stj.jus.br. Acessado em 22/06/2014.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.
- DIAS, Jacqueline Sarmiento apud GUIMARÃES, Balbino Abel. Os Direitos da Personalidade. *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Franca. v. 7, n. 11, p. 185-202, jan./dez. 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ILKIU, Ivan Moizés; SILVA, Marcelo Rodrigues da. O STF e a efetividade dos direitos fundamentais: análise da ADPF n. 130. *Revista Argumenta UENP*, Jacarezinho, n. 17, p. 163-180, 2012.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, VI. Brasília, 2013. *Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/vijornada.pdf>. Acessado em 22/06/2014.

LIMA, José Benjamim de. Imprensa e direitos da personalidade: indenização por dano moral decorrente de abuso no exercício da liberdade de informação. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, n. 02, p. 217-240, 2002.

MARX, Karl. *A liberdade de imprensa*. São Paulo: LPM, 1980.

MIRANDA, Antonio. Sociedade da informação: globalização, identidade cultural e conteúdos. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 78-88, maio/ago. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acessado em 16/06/2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Cia das Letras, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHREIBER, Alexandre. *Direitos da Personalidade*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acessado em: 16/06/2014.

O DIREITO INTERNACIONAL FRENTE À POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO DOS MILITARES DA DITADURA BRASILEIRA

Gisele Caversan Beltrami Marcato⁶⁸

Lorena Pretti Serraglio⁶⁹

Resumo:

O presente trabalho discute a possibilidade de punição dos militares pelos crimes que praticaram durante a ditadura militar brasileira, que caracterizaram terrível afronta aos direitos fundamentais. Cuida-se das teses que embasam a punição dos militares e a aplicação da Lei de Anistia. Aborda-se a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Guerrilha do Araguaia”, e sua obrigação de realizar investigações e processar os responsáveis. Por fim, analisa-se o sistema global de direitos humanos no qual o Brasil está inserido, classificando as torturas da ditadura militar como crime contra a humanidade e, portanto, imprescritível e inafiançável.

INTRODUÇÃO

A proposta de problematização do presente trabalho foi demonstrar a possibilidade de punição dos militares da ditadura brasileira, que praticaram atos nefastos e afrontaram os direitos fundamentais por meio de torturas, mortes, lesões corporais, sequestros, censura, dentre tantos outros, em nome de uma ordem que queriam estabelecer. Até hoje, essas pessoas continuam impunes.

Sabe-se que no Brasil está em vigência a Lei de Anistia, que perdoou os crimes praticados pelos militares, ao passo que possibilitou o regresso dos exilados, e que esta teria sido instrumento necessário para a redemocratização do país.

No entanto, não há que se falar em redemocratização quando essa transição foi feita ignorando por completo as violações que ocorreram. Exatamente por isso, a presente pesquisa trouxe fortes argumentos que justificam a punição dos militares, autores das violações.

Atento ao que ocorre no mundo, o presente trabalho pontuou que o Brasil sofreu uma condenação no Pacto de San José da Costa Rica no caso “Guerrilha do Araguaia”, e que não vem cumprindo a sentença em seu inteiro teor. A condenação do país em averiguar e processar os autores é a primeira tese da possibilidade de punição dos torturadores.

O trabalho frisou que o país faz parte de um sistema global de proteção aos direitos humanos, e que, por ele, o crime de tortura é crime contra a humanidade, e, portanto, inalcançável pela prescrição e anistia, devendo as violações ocorridas no Brasil serem punidas. Pontuou que, ainda que o Brasil

⁶⁸ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pelas “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo”. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela mesma Instituição.

⁶⁹ Bacharel em Direito pelas “Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo”. Pesquisa na área de Direitos Humanos e crimes praticados durante a Ditadura Militar.

não seja signatário da Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, não pode se furtar de respeitá-la em vista do *jus cogens*, que rege todas as nações, vez que se trata de norma de direito internacional humanitário, que deve ser seguida por todos os Estados.

A presente pesquisa objetivou trazer à tona um tema que causa enorme mal estar e repercussão no país, mas que precisa ser analisado para que medidas sejam tomadas. É preciso agir, processar os responsáveis e fazer valer o direito à dignidade das vítimas: daquelas que já partiram, das que continuam desaparecidas, das que estão vivas, e de todos os seus familiares, que sofreram juntos tamanha crueldade. O que justifica a escolha do presente tema.

Em relação à metodologia empregada na presente pesquisa registra-se que foi utilizado o método indutivo nas suas quatro etapas: (1) a observação e o registo de fatos históricos; (2) a análise e a classificação desses fatos como criminosos; (3) a generalização desses fatos; e por fim a (4) a constatação de que tais violações de direitos e garantias necessitam de reparação e punição. A pesquisa se utilizou de uma abordagem bibliográfica e documental, tendo como referencial-teórico Valério de Oliveira Mazzuoli.

1 O DIREITO INTERNACIONAL FRENTE À POSSIBILIDADE DE PUNIÇÃO DOS MILITARES DA DITADURA BRASILEIRA

Muito embora já tenham transcorrido quase 30 anos do fim do governo militar e as barbáries por seus agentes perpetradas, tais autores continuam impunes por conta da Lei de Anistia que lhes concedeu o perdão.

Ocorre que referido entendimento encontra-se em desacordo com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como também em relação ao sistema global de proteção aos direitos humanos (ONU).

É de suma importância pontuar que o Brasil faz parte de um sistema jurídico internacional de âmbito regional, do qual tornou-se signatário por meio do Pacto de São José da Costa Rica. Por ele, devemos nos submeter às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e também às decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Veremos a seguir que o Brasil sofreu uma condenação na Corte no caso “Guerrilha do Araguaia”, que não vem sendo cumprido.

Logo, vem sendo desobedecido o Princípio do *Pacta Sunt Servanda*, vez que o país se recusa a investigar e punir os responsáveis pela tortura da época.

Mas não é só. O Brasil também está inserido em um sistema global de proteção aos direitos humanos. E é nesse ponto que devemos esclarecer que os crimes praticados durante a ditadura militar brasileira são considerados crimes de lesa humanidade (ou crimes contra a humanidade), e, portanto, imprescritíveis. Esse é, inclusive, o argumento utilizado por outros países da América do Sul, como a Argentina, para punir os torturadores de suas ditaduras.

1.1 Convenção Americana de Direitos Humanos. Descumprimento pelo Brasil da condenação proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso “Guerrilha do Araguaia”

Conforme abordado no presente trabalho, os anos de 1964 até 1985 foram caracterizados por uma excessiva regressão do Brasil no que concerne ao respeito aos direitos fundamentais.

Nesse interim, no ano de 1969, surgiu a Convenção Interamericana de Direitos humanos, conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, responsável pelo reconhecimento e proteção dos direitos humanos no âmbito dos países americanos. De tal importância, que convém citarmos trechos de seu preâmbulo:

Os Estados Americanos signatários da presente Convenção,
Reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais;
Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos;
Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional;
Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos;

Nota-se uma enorme discrepância entre a situação fática naqueles anos no Brasil e a tutela dos direitos humanos em âmbito internacional. Enquanto internacionalmente a proteção e a busca por sua efetivação aumentava, em território nacional a situação sucumbia em meio ao desrespeito à vida, à

integridade física e psicológica.

A Convenção entrou em vigor no ano de 1978, criando dois órgãos, conforme o seu artigo 33:

Artigo 33 - São competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção:

- a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e
- b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte.

Ambos, Comissão e Corte, são responsáveis por salvaguardar o cumprimento do tratado e formam o que conhecemos por Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana está sediada no prédio da Organização dos Estados Americanos em Washington. Ela é responsável, conforme Teixeira (2011, p. 91) “pela emissão de relatórios internacionais que visam o constrangimento dos Estados Americanos para reparação dos direitos que tenham violado”.

Ademais, tem como função a conscientização na América sobre os direitos humanos, responder consultas dos países, assessorar, fazer recomendações, entre outros.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos está em San José da Costa Rica. Ela é o órgão jurisdicional da Convenção, igualmente responsável por interpretá-la e aplicá-la. Sua atividade jurisdicional atua no processamento e julgamento das violações de direitos humanos, denunciadas pela Comissão ou por Estados Partes.

No entanto, mesmo diante desta importante evolução regional na proteção dos direitos das pessoas, o Brasil passava por um momento sombrio, o que fez com que demorasse anos para assinar o Pacto de San José da Costa Rica e reconhecer a jurisdição da Corte.

O grande marco para a retomada da democracia e do respeito aos direitos fundamentais no Brasil se dá com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Somente em 1992, no dia 25 de Setembro, é que o Brasil ratifica a Convenção Americana, rompendo de vez com a inércia que se verificava no tocante ao respeito aos direitos humanos. Foi em 03 de Dezembro de 1988 que se reconheceu a competência obrigatória da Corte, por meio do Decreto Legislativo nº 89.

Desde então, o Brasil já sofreu algumas condenações referentes a violações de direitos humanos no território nacional, assim como outros países vizinhos. No entanto, o Brasil é um dos países que mais resiste ao cumprimento das sentenças interamericanas, dentre elas a referente ao caso *Julia Gomes Lund e outros x Brasil*, conhecido por “Caso Guerrilha do Araguaia”, com sentença prolatada pela Corte em Dezembro de 2010. Teixeira (2011, p. 118) assim relata:

A razão da medida foi o entendimento da Comissão sobre a responsabilidade da República Federativa do Brasil pela tortura, detenção arbitrária e desaparecimento forçado de aproximadamente 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil (PC do B) e camponeses da região, durante o período de ditadura militar (1964-1985), em decorrência de manobras do Exército brasileiro realizadas em 1972 e 1975 com o propósito de por fim a Guerrilha do Araguaia.

Tal condenação é uma resposta às vítimas e seus familiares, vez que o Brasil foi omissivo em relação à barbárie cometida na época da ditadura. E esse posicionamento já vinha sendo tomado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em outras condenações, como o caso da Argentina, oportunamente citado.

Ocorre que a decisão da Corte não foi bem recebida pela justiça brasileira. A razão disso é a Lei de Anistia e a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil. Referida ADPF considerou que a Lei de Anistia foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Entenderam os nobres julgadores da suprema Corte brasileira que os militares foram perdoados pelos crimes cometidos, como forma de redemocratização do país.

1.1.1 Conflito entre a legislação interna e as normas de direito internacional. Controle de convencionalidade

Eis então o grande impasse à punição dos torturados da ditadura militar: de um lado, uma lei brasileira, do ano 1979, que perdoou os crimes praticados pelos militares. Do outro, um tratado do qual o Brasil faz parte, de onde emergiu uma condenação de âmbito internacional do Estado brasileiro, do ano 2010, condenando o país a tomar diversas medidas, dentre elas a responsabilização penal dos militares pelos desaparecimentos dos guerrilheiros, e que a Lei de Anistia não fosse obstáculo para isso.

Para solucionar referido impasse, necessário adentrar no contexto de como o direito internacional dos direitos humanos é incorporado ao Brasil, para então chegarmos à conclusão de qual norma deve preponderar. De acordo com Gomes e Mazzuoli (2011, p. 64):

O direito internacional dos direitos humanos (teoricamente) pode ser incorporado ao ordenamento jurídico interno como:

a) Emenda Constitucional (esse é o caso da nossa CF, art. 5^a, §3^o - esse dispositivo vale para todos os tratados de direitos humanos aprovados com quorum especial, tal como se deu com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo facultativo);

- b) como direito supralegal (voto do Min. Gilmar Mendes);
- c) como direito constitucional (posição do Min. Celso de Mello - HC 87.585/TO - e de grande parte da doutrina fundada no art. 5º, §2º, da CF); ou
- d) como direito supraconstitucional (como, v.g., o Tribunal Penal Internacional, que tem jurisdição supranacional).

Atualmente, prevalece o entendimento defendido pelo Min. Gilmar Mendes, de que os tratados internacionais de direitos humanos são incorporados ao nosso ordenamento jurídico como direito supralegal. Conforme Gomes e Mazzuoli (2011, p. 66):

Os tratados de direitos humanos, precedentes ou posteriores à EC 45/2004, desde que não aprovados por quorum qualificado, nos termos do art. 5º, §3º, da CF, possuem valor supralegal (e infraconstitucional). A pirâmide jurídica (tridimensional) defendida por ele é a seguinte:

No topo acha-se a Constituição (assim como os tratados de direitos humanos aprovados de acordo com o procedimento do art. 5º, §3º, da CF);

Abaixo dela, mas acima da lei ordinária, estão os tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo quorum qualificado, pouco importando se o tratado é anterior ou posterior à EC 45/2004; e

No patamar inferior está a legislação ordinária (assim como os tratados que não versam sobre direitos humanos).

Por este entendimento, o Pacto de San José da Costa Rica está no patamar de direito supralegal, acima das leis ordinárias, mas em hierarquia inferior à Constituição Federal.

No entanto, e de forma brilhante, vem se sobressaindo na doutrina pátria o entendimento do Min. Celso de Mello, que se posicionou de forma distinta à do Min. Gilmar Mendes no julgamento do RE 466.343-1/SP. Para o nobre julgador, a pirâmide normativa na verdade seria bidimensional. Em seu topo estariam a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos, mesmo aqueles firmados antes da Emenda Constitucional 45/2004, pois, por conta do previsto no §2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, foram por ela recepcionados, passando a ter status constitucional. Por sua vez, os tratados internacionais de direitos humanos posteriores à referida emenda possuem todos natureza constitucional, mesmo não tendo sido aprovados com o quórum qualificado previsto no §3º do artigo 5º da Carta Magna.

Assim nos ensina Marinoni (2012, s.p.):

Não obstante, argumentou-se, quando do julgamento do referido recurso extraordinário n.466.343, que os tratados internacionais de direitos humanos teriam *status* constitucional, independentemente de terem sido aprovados antes da emenda constitucional 45/2004. Concluiu o Ministro Celso de Mello, neste julgamento, que as convenções internacionais em matéria de direitos humanos, celebradas pelo Brasil antes do advento da emenda constitucional 45/2004, como ocorre com o Pacto de San José da Costa Rica, revestem-se de caráter materialmente constitucional, compondo, sob tal perspectiva, a noção conceitual de bloco de constitucionalidade.

Pois bem, por esse posicionamento, o Pacto de San José da Costa Rica teria *status* constitucional, e não apenas supralegal, estando acima da Lei de Anistia. Por essa razão, através desse entendimento, o Brasil seria obrigado a cumprir as decisões da Corte, inclusive quando condenado a investigar e punir os responsáveis pela Guerrilha do Araguaia. Porém, isso não vem acontecendo. O país tomou algumas medidas, como a criação da Comissão Nacional da Verdade, que vem realizando numerosos trabalhos a fim de investigar fatos que ficaram no passado. Porém, nada foi feito no âmbito penal.

A questão central é reconhecer que o Brasil necessita realizar um controle de convencionalidade, para que as normas internas estejam em comum acordo com as disposições legais de origem internacional, ainda mais quando signatários de um tratado ou convenção. De acordo com LIMA (2012, s.p.), “(...) nesse sentido, respeitar os tratados internacionais constitui obrigação de todos os órgãos e instituições do Estado brasileiro, no que se inclui o próprio Poder Judiciário”.

Gomes e Mazzuoli (2011, p. 57) sabiamente abordam o tema do controle de convencionalidade nesse sentido:

É importante a obrigação que coloca a Corte Interamericana de os juízes e tribunais internos controlarem a convencionalidade das leis no país, verificando se tais leis estão ou não de acordo com os tratados de direitos humanos aqui em vigor. Caso alguma lei (ou norma de direito interno) esteja em desacordo com o estabelecido por tais tratados (em especial, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos), deve operar-se de imediato sua *invalidade* jurídica (ainda que continue *vigente* no Estado). Foi exatamente isto que ocorreu com a Lei de Anistia brasileira: ela não passou no teste (no exame) de compatibilidade (vertical) com a Convenção Americana, sendo, portanto, totalmente inválida na ordem jurídico brasileira (ainda que esteja, formalmente,

vigente).

O Brasil necessita, portanto, articular suas normas e tratados da qual faz parte para alcançar uma justa solução para os conflitos. Negar cumprimento à condenação da Corte faz-nos descumpridores do *Pacta Sunt Servanda*, colocando-nos em séria situação de risco, com iminente chance de punição.

Há que se pontuar ainda que os crimes cometidos na ditadura brasileira são anteriores à promulgação do Pacto de San José da Costa Rica, fazendo com que o judiciário utilize-se deste argumento para negar a possibilidade de cumprimento da condenação internacional, alegando que quando da ocorrência das violações, o Brasil não era ainda signatário do tratado, e que, portanto, não poderia uma lei posterior retroagir em malefício.

Ocorre que a violação dos direitos humanos pelo Brasil é uma conduta permanente, e a Corte vem, reiteradamente, se posicionando no sentido de que limitações temporais em relação à ratificação do tratado não fazem com que os Estados-parte sejam eximidos de suas responsabilidades, mesmo por violações cometidas anteriormente à entrada em vigor deste.

Ou seja, por mais que o Brasil tenha ratificado o Pacto de San José da Costa Rica anos depois de finda a ditadura militar, as violações aos direitos humanos continuavam a ocorrer, vez que várias pessoas encontram-se ainda desaparecidas, o que nos coloca em posição de descumprimento de uma sentença, vez que o país continua inerte em relação à punição dos torturadores.

1.1.2 Dever de reparar previsto na sentença do caso “Guerrilha do Araguaia”

Pois bem. Após discorrer sobre incompatibilidade entre a condenação do Brasil na Corte Interamericana e a Lei de Anistia, necessário se faz uma breve abordagem sobre os termos em que o país foi condenado, com o fim de demonstrar, uma vez mais, outro argumento de peso para a punição dos militares que atuaram no período ditatorial brasileiro.

Com relação à sentença do caso “Guerrilha do Araguaia”, de 24 de novembro de 2010, importante a transcrição de alguns trechos, referentes ao dever de reparar por ela imposto:

9. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.

10. O Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 261 a 263 da presente Sentencia.

São vários os parágrafos que delimitam os termos em que o Brasil foi condenado. No entanto, da breve análise destes dois supracitados, fica corroborada a tese de possibilidade de punição dos militares da ditadura brasileira.

Não sendo acatado o posicionamento anteriormente elencado a respeito do crime de sequestro qualificado defendido pelo Ministério Público Federal, de suma importância o reconhecimento do cabimento da punição destes por meio do cumprimento da sentença emanada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Os argumentos que tendem a afastar essa possibilidade foram acima rechassados, fazendo com que a Lei de Anistia perca seu valor ante a condenação prolatada pela Corte.

Gomes e Mazzuoli (2011, p. 152) pontuam sabiamente:

O Brasil se submete à jurisdição da CADH, por opção própria. O não cumprimento da decisão da corte no caso Guerrilha do Araguaia trará consequências maléficas para a nossa Nação, no plano internacional. A assinatura, aprovação e ratificação são instrumentos sérios de opção e respeito pela vontade da maioria, que não podem ser desprezados por motivos internos, egoísticos e pragmáticos. Mesmo que o Estado brasileiro seja contrário à decisão da CADH, entendendo ser injusta, imoral ou inconstitucional, não tem poderes político-jurídicos para ignorar ou descumprir o que foi decidido. Se assim se posicionar, não poderá exigir de seus cidadãos o cumprimento de suas leis, atos administrativos ou decisões judiciais quando os destinatários entenderem que as regras ou decisões nacionais são injustas, imorais ou inconstitucionais.

Se o país não cumpre com suas próprias obrigações, ignorando os compromissos firmados, como poderá exigir que seu povo aja dentro dos parâmetros da lei? Portanto, deve o Brasil cumprir com sua parte no tratado, e se submeter ao teor da condenação, agindo de forma a punir os responsáveis pelo amargo passado deste país, de forma que somente assim poderemos vislumbrar uma verdadeira realização de justiça, tanto para as vítimas quanto para suas famílias.

1.2 Crimes contra a humanidade

Conforme discorrido, o Estado brasileiro foi palco de crimes dos mais graves contra aqueles que ameaçavam se insurgir contra o governo. Foram homicídios, sequestros, lesões corporais, tortura, sem contar a pressão psicológica exercida.

Os agentes da ditadura não foram até hoje punidos por conta da

famigerada Lei de Anistia. No entanto, adentraremos em um ponto de suma importância, talvez o mais importante de todo o trabalho: os crimes praticados durante a ditadura militar são claramente crimes contra a humanidade (ou de lesa humanidade), e, portanto, conforme veremos, não são passíveis de serem abarcados por prescrição ou anistia.

O primeiro instrumento a definir o que seriam os crimes contra a humanidade foi o Estatuto do Tribunal de Nuremberg, criado após a Segunda Guerra Mundial. Em seu artigo 6 ele prevê:

El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:

Cualesquiera de los actos que constan a continuación son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal respecto de los cuales habrá responsabilidad personal: [...]

c) CRIMENES CONTRA LA HUMANIDAD: A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron. Aquellos que lideren, organicen, inciten a la formulación de un plan común o conspiración para la ejecución de los delitos anteriormente mencionados, así como los cómplices que participen en dicha formulación o ejecución, serán responsables de todos los actos realizados por las personas que sea en ejecución de dicho plan.

Em tradução, o estatuto do Tribunal de Nuremberg definiu como crime contra a humanidade o assassinato, o extermínio, a escravidão, a deportação e outros atos desumanos cometidos contra a população civil, antes de uma guerra ou no transcorrer dessa, além da perseguição por motivos políticos, por conta da raça ou da religião.

Lima (2012, s.p.), pontua ainda que referida definição foi confirmada tanto pelo Estatuto do Tribunal Internacional para a Ex-Iugoslávia quanto pelo Estatuto do Tribunal Internacional para Ruanda.

Outro documento de enorme importância é o Estatuto de Roma. Referido instrumento criou o Tribunal Penal Internacional, uma instituição permanente, responsável por julgar pessoas que venham a cometer crimes de

vultuosa gravidade e de alcance internacional, funcionando como jurisdição complementar aos Estados.

O Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil em 25 de Setembro de 2002 por meio do Decreto nº 4.388, também cuidou de trazer uma definição para os crimes contra a humanidade.

O Estatuto de Roma foi de tal técnica que descreveu ainda cada conduta tipificada em seu artigo 7º:

- a) Por "ataque contra uma população civil" entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;
- b) O "extermínio" compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;
- c) Por "escravidão" entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;
- d) Por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;
- e) Por "tortura" entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;
- f) Por "gravidez à força" entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;
- g) Por "perseguição" entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;

h) Por "crime de *apartheid*" entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;

i) Por "desaparecimento forçado de pessoas" entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

Referido artigo é, com certeza, embasamento para profundo estudo a respeito de seus termos. Porém, a pesquisa se limita a analisar os dispositivos diretamente ligados ao trabalho.

Logo na alínea "a" depara-se com a expressão "ataque contra a população civil". Ora, o que teria ocorrido no Brasil na época da ditadura militar se não um ataque à população por conta da política que imperava? Mas há mais.

A alínea "e" cuida da conduta de tortura, e possui a seguinte definição: "ato por meio do qual uma dor ou sofrimento agudos, físicos ou mentais são intencionalmente causados a uma pessoa, que esteja sob a custódia ou o controle do acusado".

Uma vez mais esta-se diante do que ocorreu no Brasil nos anos de 1964 a 1985. Em capítulo anterior, descrevemos um imenso rol de torturas que eram aplicadas àqueles que eram capturados para serem interrogados, muitos dos quais acabavam morrendo por não aguentarem tanto sofrimento. Eram afogamentos, choques, lesões brutais, ameaças.

Por fim, a alínea "i" descreve a conduta que o Estado brasileiro teima em não tipificar, que é o desaparecimento forçado de pessoas.

De maneira didática assim resumem Gomes e Mazzuoli (2011, p.96):

Os crimes das ditaduras (latino-americanas) são considerados crimes contra a humanidade porque consistiram em: (a) atos desumanos (assassinatos, extermínios, desaparecimentos, etc.), (b) generalizados ou sistemáticos, praticados (c) contra a população civil, (d) durante conflito armado ou período de exceção, (e) correspondente a uma política de Estado levada a cabo por agentes públicos ou pessoas que promoveram essa política, (f) praticados com conhecimento desses agentes. São, destarte, imprescritíveis

Resta cristalino, portanto, que os delitos cometidos na época da ditadura militar brasileira são crimes contra a humanidade, por força do que está descrito nos tratados internacionais, do qual, inclusive, somos signatários.

1.2.1 Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade

Partindo da conclusão de que os delitos praticados na ditadura militar pelos agentes do Estado foram crimes contra a humanidade, resta-nos pontuar o crucial para a conclusão do presente trabalho: crimes contra a humanidade são imprescritíveis, e, portanto, devem ser punidos pelo Estado brasileiro.

Para o entendimento de que os crimes contra a humanidade são imprescritíveis, faz-se necessário um breve estudo de convenções internacionais a respeito de direitos humanos.

Em 1968, ano em que o Brasil passava pelos piores momentos da ditadura, foi aprovada na ONU a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, que em seu artigo 1º previu a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Por óbvio, o Estado brasileiro não promulgou referida convenção, em razão do momento governamental que se encontrava.

Aquilo que já era um princípio costumeiro foi consagrado, positivado, e os direitos humanos passaram a ter um enorme instrumento de proteção. Dizemos costumeiro pois a imprescritibilidade dos delitos contra a humanidade já era um direito humanitário, conhecido por direito das gentes, e existiria ainda que não fosse positivado.

De acordo com Lima (2012, s.p.):

Os princípios de direito humanitário ou de direito das gentes estão consagrados, na ordem jurídica internacional, desde 1907, ano em que se editou a Convenção concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, firmada em Haia. A ratificação pelo Brasil se deu no ano de 1914. Por intermédio desse documento internacional, o Brasil reconheceu o caráter normativo dos princípios de direito das gentes, preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública.

Pois bem. O Brasil ratificou a Convenção concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre em 1914, e, por isso, desde esse momento passou a reconhecer que os princípios internacionais relativos à proteção das pessoas tem valor vinculante. Dentre esses princípios do direito das gentes encontra-se o da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Então, conclui-se que no Brasil também vigora a imprescritibilidade desses delitos.

É por essa razão que não houve inovação quando a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e de Lesa-Humanidade mencionou a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade. Lima (2012, s.p.) pontua:

Em outras palavras, existe mesmo um princípio de direito internacional humanitário que fixa a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e de guerra. Esse princípio vem sendo repetido no bojo de diversos documentos internacionais, a culminar com o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional. Aliás, a jurisprudência das Cortes Internacionais é no sentido de que os princípios de direitos humanos do direito internacional são obrigatórios, mesmo aos Estados que não firmaram o ato convencional. Assim decidiu a Corte de Haia, em 1951, bem assim a Corte Internacional de Justiça, em 1996. A Assembléia Geral da ONU (por meio da Resolução 3.074, de 3.12.73) entendeu que os crimes de guerra e contra a humanidade serão investigados e punidos, em qualquer lugar, em qualquer data, de modo que os Estados não podem impedir, nem por lei ou por qualquer outra forma, a investigação e punição. Porque investigar e punir os crimes de lesa-humanidade significa uma imposição a todos os Estados, mesmo aos que não assinaram o ato convencional, entende-se tratar-se de obrigação erga omnes do direito internacional, que alcança toda a comunidade de Nações.

Portanto, percebe-se que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade repousa muito mais em normas imperativas do direito internacional humanitário, que devem ser cumpridas por todos os Estados, independentemente de ratificação de tratados, vez que cuida-se de uma obrigação erga omnes, que vincula todos os países, e não apenas os que assinaram um tratado ou outro.

Frise-se que até o momento o Brasil não assinou Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, firmada em 1968, conforme exposto acima. De acordo com Gomes e Mazzuoli (2011, p. 98):

Referida Convenção (que entrou em vigor em 11.11.1970) não integra formalmente o direito brasileiro, por não ter sido ratificada pelo nosso País até o momento (abril de 2011). Mas não se pode descartar seu possível caráter de norma de jus cogens internacional. Como se sabe, as normas de jus cogens são normas imperativas de direito internacional geral, aceitas pela sociedade internacional em seu conjunto como normas das quais nenhuma derrogação é possível (ou seja, sobre as quais nenhum tratado ou norma de direito interno se sobrepõem) e que só podem ser revogadas por outras (ulteriores) da mesma

natureza.

Logo, os crimes de homicídio, tortura, lesão corporal, sequestro, desaparecimento forçado (esse não tipificado na legislação brasileira, mas reconhecido mundialmente) são traduzidos como crimes contra a humanidade, mormente por ostentarem um caráter tão cruel, e não estão prescritos, devendo ser investigados e seus autores punidos, sob pena de descumprimento dos preceitos do direito internacional.

1.2.2 Crimes contra a humanidade e a impossibilidade de concessão de anistia

Por derradeiro, como último argumento da possibilidade de punição dos crimes praticados durante a ditadura militar brasileira é a consideração de que tais crimes não são passíveis de anistia.

No entanto, não é este o cenário que figura no país. Em 1979 foi editada a Lei de Anistia, que prevê em seu artigo 1º:

Art. 1º - É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram, crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.”

Tal lei configurou-se, em verdade, em uma autoanistia, vez que o governo concedeu a si próprio o perdão que necessitava para seguir em frente, e não ver seus agentes punidos por crimes do passado.

Ocorre que para o direito internacional e para os direitos humanos essa lei é inválida, pois governos dotados de autoritarismo e perversão não podem simplesmente se autoanistiar, deixando impunes tantos algozes, perpetuando a impunidade e o sofrimento das vítimas. O Brasil firmou tratados, como o Pacto de San José da Costa Rica, que preza pela defesa das vítimas, que busca uma construção de um Estado melhor.

Muito embora a Lei de Anistia esteja de acordo com o ordenamento jurídico interno, conforme estabelecido no julgamento da ADPF 153 visto anteriormente, está em total descompasso com o direito internacional, que preza pela proteção dos direitos fundamentais e pelo exercício da verdade e da justiça. Assim conclui Piovesan (2007, p. 102):

Havendo conflito entre o direito interno e o direito

internacional, o que prevalece é a norma que melhor tutela os direitos da pessoa humana. Aplica-se a norma que melhor favoreça a vítima, daí surgindo o princípio da norma mais favorável, seja ela do Direito Internacional, seja do Direito interno.

Portanto, demonstrado está que os crimes contra a humanidade não comportam anistia, fazendo com que a Lei de Anistia do Brasil seja inválida tanto nacionalmente, quanto (e principalmente) no plano internacional, dando aval então para a punição dos militares da época da ditadura militar.

CONCLUSÃO

Concluir o presente trabalho é dar início à luta pela efetivação da justiça que o Brasil merece. A história desse país não pode ficar com a mancha da impunidade que suja o nosso passado.

Aos olhos dos militares, o regime ditatorial por eles imposto em 1964 se justificava, pela suposta ameaça comunista que pairava. Aquilo que era para ser um governo onde a ordem seria restabelecida, tornou-se, em verdade, um caos. Os militares impuseram um governo autoritário, que desrespeitava os direitos fundamentais previsto na Constituição Federal, que teve seu caráter democrático aniquilado.

Não obstante vieram às torturas, os desaparecimentos, as mortes. Uma violação sem limites dos direitos fundamentais, que até os dias atuais permanece em nossa história, mas sem uma única resposta no campo penal. E foi esse ponto que o presente trabalho se propôs a debater, pois é inadmissível aceitar que as atrocidades cometidas no passado sejam simplesmente esquecidas no baú da eternidade.

Concluiu-se na presente pesquisa que deve ser dado especial enfoque à punição sofrida pelo Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Guerrilha do Araguaia”. Referido caso condenou o Brasil, dentre outras responsabilidades, a investigar os fatos ocorridos no período da ditadura, para esclarecê-los e punir os responsáveis na seara penal. Porém, o país não cumpre, até o momento, esse item da sentença, alegando que ela encontra-se em desacordo com a Lei de Anistia.

Destacou-se também a necessidade de o Brasil articular suas normas internas de forma a dar cumprimento aos tratados do qual é signatário. Não se pode negar cumprimento à condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Inaceitável o descumprimento pelo Brasil dos tratados e convenções do qual faz parte, alegando conflito com suas normas de direito interno. Há que se fazer um controle de convencionalidade, colocando os tratados internacionais de direitos humanos no mesmo patamar que a Constituição Federal, a fim de não haver impasse para o cumprimento da decisão da Corte. Esse é, inclusive, o aclamado posicionamento do Ministro Celso de Mello. No entanto, a posição defendia hoje pelo Supremo Tribunal Federal é de que os tratados de direitos

humanos possuem valor supralegal (desde que não aprovados com *quorum* especial). Tal posicionamento merece respeito, no entanto, não pode continuar a prosperar, vez que, como no presente caso, traz prejuízo ao cumprimento de tratados e decisões internacionais. E o que se busca, em verdade, é a proteção do homem, de sua vida e dignidade.

Concluiu-se, portanto, que a decisão prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, condenando o Brasil a investigar e proceder à responsabilização criminal daqueles que cometeram atrocidades na época da ditadura é mais um argumento para ser utilizado na busca para realização da justiça em prol das vítimas e dos desaparecidos.

Ademais, os crimes praticados na época da ditadura militar são crimes contra a humanidade, e, portanto, imprescritíveis. Quando discorreu-se acerca da definição de crimes contra a humanidade, restou comprovado que os delitos da ditadura militar se enquadram como tais pois foram praticados nos termos do artigo 7º do Estatuto de Roma, um dos documentos responsáveis por traçar as características desses crimes. Foram praticados contra a população civil, durante um período de conflito pelo qual o país passava, em que seus agentes políticos atuavam praticando a censura, mortes, lesões corporais, sequestros, dentre tantos outros, o que demonstra sua característica de crime contra a humanidade.

Tais crimes são imprescritíveis por força da Convenção concernente às Leis da Guerra Terrestre, ratificada pelo Brasil em 1914, momento em que o país passou a reconhecer que os princípios internacionais relativos à proteção das pessoas tem valor vinculante. Além disso, a imprescritibilidade desses crimes repousa principalmente nas normas imperativas do direito internacional humanitário, que, por conta do *jus cogens*, devem ser cumpridas por qualquer Estado da Nação, pois cuida de obrigações *erga omnes*. É o caso da Convenção Sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, firmada em 1968, que, muito embora não ratificada pelo Brasil (até a presente data), possui o caráter de *jus cogens*, e, portanto, deve ser respeitada.

As Comissões Nacionais da Verdade que foram instauradas consituiram um enorme passo na busca pela verdade dos fatos. Mas, somente a verdade não é suficiente.

Com a conclusão da presente pesquisa surgiu a esperança de que o Brasil acorde e tome as atitudes necessárias para punição dos militares. Somente assim a justiça será efetivada, e teremos um precedente que servirá de exemplo, para que não se repita em nossa história um período tão sombrio de afronta aos direitos fundamentais. Em verdade, o direito à dignidade da pessoa humana é um direito fundamental, e este somente será efetivado com a responsabilização daqueles que lesionaram, torturaram e mataram.

Referências Bibliográficas

ARRUDA, José Jobson de Andrade; PILLETI, Nelson. *Toda história: história geral e história do Brasil*. 8 ed. São Paulo: Ática, 1999.

CAMPOS, Pedro Franco de; THEODORO, Luis Marcelo Mileo; BECHARA, Fábio Ramazzini; ESTEFAM, André. *Direito Penal Aplicado: Parte Especial do Código Penal (arts. 121 a 361)*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Corte IDH. Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2014.

COTRIM, Gilberto. *História e Reflexão*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DELLOVA, Renato Souza. *Considerações sobre o cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a Lei de Anistia no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12868>. Acesso em 06 de maio de 2014

ESTATUTO do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. Disponível em: <http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2014.

FERREIRA, Marieta de Moraes. *As reformas de base*. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/NaPresidenciaRepublica/As_reformas_de_base>. Acesso em 15 de maio de 2014.

FULLER, Paulo Henrique Aranda; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; MACHADO, Angela C. Cangiano. *Processo Penal*. 12ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Instituto Brasileiro de Pesquisas Econômicas – IPEA. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=2 acesso em 05 de maio de 2014.

JARDIM, Tarcisio Dal Maso. *Brasil condenado a legislar pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: da obrigação de tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-83-brasil-condenado-a-legislar-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos-da-obrigacao-de-tipificar-o-crime-de-desaparecimento-forcado-de-pessoas>>. Acesso em: 06 de maio de 2014.

LIMA, Fernando Antônio de. *Lei de Anistia e Caso Araguaia: condenação brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos exige outra postura do STF*. Disponível em: <<http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-2---volume-43/lei-da-anistia-e-caso-araguaia-condenacao-brasileira-pela-corte-interamericana-de-direitos-humanos-exige-outra-postura-do-stf>>. Acesso em 20 de abril de 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro)*. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/baixar.php?arquivo=files_/C%20CONV..docx>. Acesso em 13 de maio de 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio. *Direito Penal Contemporâneo: Questões Controvertidas*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva,

2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Denúncia N° 31.107/2012*. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.gov.br/sala-de-imprensa/pdfs-das-noticias/Denuncia%20Aluizio%20Palhano_final-versao_para_divulgacao.pdf>. Acesso em 18 de março de 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil: De Getúlio a Castelo*. 12ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

STF. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 153*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF153.pdf>>. Acesso em 29 de março de 2014.

_____. *Extradição N° 1.150*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2648124>>. Acesso em 05 de maio de 2014.

_____. *Extradição N° 490*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1489227>>. Acesso em 05 de maio de 2014.

TAVARES, Camilo. *O dia que durou 21 anos*. Brasil.: 2013.

TRF 3ª Região. *Recurso em Sentido Estrito N° 0004204-32.2012.4.03.6181/SP*.

Disponível em:

<<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/2563095>>. Acesso em 28 de abril de 2014.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE NA ERA DIGITAL

Larissa da Silveira⁷⁰

Tayana R. M. Caldonazzo⁷¹

Resumo:

O advento da internet revolucionou as formas de comunicação e o acesso à informação, permitindo a interação em tempo real entre pessoas de diversas partes do mundo e o compartilhamento de dados com extrema facilidade e rapidez. Este acontecimento, assim como qualquer outro fenômeno social, produz consequências no âmbito do direito. O presente artigo objetiva analisar de forma crítica as influências que o desenvolvimento tecnológico do chamado ciberespaço gera ao campo jurídico, especificamente quanto ao direito à privacidade que passou a ser violado com maior frequência e gravidade, visto que é improvável que se consiga realizar a retirada total de um conteúdo espalhado na rede virtual. Discutiu-se a problemática da territorialidade, assim como o conflito de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, sugerindo a análise do caso concreto e a aplicação do princípio da razoabilidade para suas respectivas resoluções. Observou-se que, apesar de ainda possuir muitos desafios, o direito brasileiro tem apresentado formas de adequação ao referido fenômeno, demonstrando avanços na legislação, como o habeas data ou a Lei 12.737/2012, apelidada de Lei Carolina Dieckmann. O trabalho foi estruturado através de pesquisa documental, bibliográfica e eletrônica das concepções doutrinárias e jurisprudencial sobre o tema.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa transpor de maneira objetiva assuntos extremamente atuais, relacionados ao uso da internet. Esta tem sido instrumento de imensa importância na obtenção de conhecimento em tempos em que a comunicação entre pessoas distantes é tão acessível, na mesma medida em que é descomplicado ser exposto ou roubado no espaço virtual.

Observa-se que existe uma linha tênue entre o direito a liberdade de expressão e a privacidade. Para tanto, rege-se o princípio da proporcionalidade, para que ambos os direitos coexistam harmonicamente e cada caso seja analisado por si. Também sobre princípios, trazemos o da territorialidade, tema tratado no direito internacional, uma vez que é extremamente debilitado estabelecer fronteiras quando se trata de internet. Uma série de especificações ainda são necessárias para tratar de tal assunto.

Diante disso, constata-se a necessidade de adaptação do direito diante das novas demandas da sociedade. Novas normas devem ser criadas, já que em 1988, no advento da criação da Constituição Federal vigente, ainda não se sabia a abrangência que a internet tomaria.

Dessa maneira, o Estado age de maneira evolutiva, produzindo as reformas essenciais para a melhor ordenação da sociedade. É abordado também, de forma conclusiva, que as pessoas devem se prevenir ao fazer uso de

⁷⁰ Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

⁷¹ Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP)

dados na internet, pois uma vez expostos, jamais poderão ser retirados de modo eficaz e completo da rede. Os que causarem prejuízos às vítimas deverão indenizá-las por dano material ou moral. Contudo atuar de modo preventivo ainda é a melhor solução, já que, dessa forma, se evita um trauma pessoal ou a vinda de problemas para a vida do indivíduo.

1. PRIVACIDADE E INTERNET

Segundo o dicionário da Língua Portuguesa Amora, privacidade significa “*Qualidade do que é íntimo*”. Entretanto, o conceito pode ser definido de maneira mais ampla, já que a sociedade está em uma era de modificações em relação ao conceito do que é ou não privado, com o advento da internet. Diante disso, José Sarpa efetua uma explicação mais complexa sobre o conceito de privacidade:

Um modo específico de vivência pessoal, isolada, numa esfera reservada, consoante escolha espontânea do interessado, primordialmente dentro do grupo familiar efetivo, ou com maior insulamento, mas sempre sem uma notória forma de participação de terceiros, seja pelo resguardo contra a ingerência ou molestamento malevo alheio, seja pela utilização da faculdade que se lhe é atribuída para razoável exclusão do conhecimento público, de dados, ações, ideias e emoções que lhe são peculiares. (SARPA, 1987, p.55)

Cada autor elabora sua definição diante daquilo que julga imprescindível ao entendimento da palavra. Celso Ribeiro Bastos também faz sua contribuição para a definição

A faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos em sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano. (BASTOS, 1999, p. 55-56)

A privacidade é de demasiada importância e a proteção aos indivíduos deve ser formulada através do Direito. Na Constituição Federal de 1988, já consta, em seu artigo 5º o inciso X: “*São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

Alguns conceitos são propensos a diversas manifestações de amplitude em seu significado. Vida privada é um exemplo desse caso, que em análise “*integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades de foro moral e íntimo do indivíduo*” (SILVA, 2011, p.208). Segundo o mesmo autor, a

Constituição considera vida privada de maneira mais ampla em relação ao conceito citado de privacidade, entendida como o *“conjunto de ser e viver, como direito de o individuo viver sua própria vida”* (SILVA, 2011, p.208).

A imagem, honra e moral também fazem parte desse direito fundamental, e todas essas acepções estão inclusas na existência do ser humano como objeto de direito, que são invioláveis. Na legislação, são inúmeros os códigos que tratam a respeito do assunto. No Código Penal, são apresentadas sanções diante do descumprimento da norma. Crimes contra a honra se inserem nos artigos 138 a 140, além da violação de correspondência, comunicação telegráfica, radioelétrica ou telefônica previstas no artigo 151; divulgação de segredos, artigo 153 e violação do segredo profissional, artigo 154.

Já no Código Civil, o assunto é tratado no capítulo que diz respeito aos direitos de personalidade. Em seu artigo 21, declara que: *“A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”*.

O desenvolvimento tecnológico nos últimos 20 anos foi tamanho que com a rede de internet atual, os usuários podem interagir com o resto do mundo por meio de um simples toque, observando-se assim uma facilidade de comunicação. Decorrente dessa capacidade, o direito é obrigado a se adequar às novas transformações, visto que em 1988, quando a Constituição Federal foi colocada em vigor, ainda não existiam as situações provenientes do uso da internet.

As normas se dispõem a atender as necessidades humanas, disciplinando-as, para evitar que dessa forma, o mundo vire um lugar desordenado e sem regras, com limites insuficientes. Paulo ressalta sobre o assunto que:

A sociedade sem o direito não resistiria, seria anárquica, teria o seu fim. O direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o direito representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida. (NADER, 2007, p.25)

Entretanto, é difícil criar legislações que acompanhem a constante evolução da internet, atendendo aos pedidos e demandas que surgem. *“(...) a vida social é mais rica do que a imaginação do homem e cria sempre acontecimentos novos e de formas imprevisíveis.”* (NADER, 2007, p.87)

Na rede, tudo pode ser feito: transações bancárias, compartilhamento de arquivos, postagem de fotos, comunicação em segundos com alguém que se encontra do outro lado do mundo, etc. Perante inúmeros benefícios, advêm também desafios. Uma vez lançado algo na web, jamais será possível reaver o que foi exposto, já que pessoas podem salvar em seus computadores e repassar para outros.

Dentre as desvantagens, observa-se a) a obtenção indevida de informações pessoais, que poderão ser usadas eventualmente para fins

fraudulentos; b) a violação da privacidade; c) a comercialização das informações obtidas. (SALES; LIMA; MIRANDA, 2014, p.3)

Informações podem ser cruzadas, formando assim um imenso banco de dados sobre as pessoas. Além disso, indivíduos de má índole podem usar seu conhecimento sobre tecnologia de forma prejudicial em relação às demais pessoas, criando artifícios como vírus e programas que se instalam em computadores, com a finalidade de roubar informações importantes, ter acesso à conta bancária, entre outros. Atualmente, de acordo com o site UOL, existem 14 categorias de vírus de computador, com fim único de danificar e trazer prejuízos aos usuários da máquina. Em resposta, existem os antivírus, mas ainda não garantem total eficácia na proteção dos elementos devastadores.

O Marco Civil da Internet, lei sancionada em 2014, explica seu objetivo no primeiro artigo: *“Esta lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios em relação à matéria.”* A criação dessa lei mostra o Direito procurando se adequar às demandas da sociedade e propõe no artigo 5º, inciso VI: *“Registro de conexão – conjunto de informações referentes à data e a hora de início e término de uma conexão à Internet, duração e o endereço de IP utilizado pelo terminal para envio e recebimento de pacote de dados”*.

A finalidade é descobrir o autor de determinado delito através do IP e dos dados obrigatoriamente fornecidos a partir desse inciso, pois é necessário que o indivíduo responda pela transgressão, em caso de sua ocorrência. Apresentamos abaixo a ementa da apelação civil (70057245193 RS) que envolve a questão da violação da privacidade por meio da internet, aludida por Paulo Roberto Lessa Franz constando nesse caso a divulgação de dados cadastrais na rede:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL.
AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS.
DIVULGAÇÃO DE DADOS CADASTRAIS
NA INTERNET. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À
INTIMIDADE OU PRIVACIDADE. DANO MORAL
NÃO CONFIGURADO (BRASIL, TRIBUNAL DE
JUSTIÇA, 2012, grifo nosso)

De análoga importância é a definição de qual campo a internet pode se lançar mão. No ano de 2013, de acordo com o site NEWSBOX, diversas manifestações populares ocorreram em torno de todo o Brasil, pelo fato das consequências do descaso e da negligência do governo terem prejudicado tão grandemente o povo, a ponto de este se revoltar e ir as ruas clamar por mudança. Para tanto, os manifestantes usaram de meios como o “Whatsapp”, “Facebook”, “Twitter”, entre outros aplicativos, criados em função da internet.

O governo, por sua vez, conseguiu invadir essas redes para tentar descobrir onde as manifestações se dariam e de que meios usariam para se manifestarem. Observa-se aqui a segurança passando por cima da privacidade. O problema é que não há uma definição do limite até o qual essa atitude invasiva é correta, principalmente nesse caso dado, já que a manifestação era

contra o governo e a atitude deste criou uma ideia de estar sempre um passo a frente da população, dando uma característica pejorativa àqueles que estavam em desacordo com os acontecimentos atuais. Por outro lado, num caso curioso e também visto como “estar um passo a frente”, o governo dos Estados Unidos invadiu as informações do e-mail da presidente do Brasil, Dilma Rouseff, gerando muita polêmica. Sobre esse tema controverso, Patricia Peck Pinheiro faz a seguinte observação:

É evidente que o direito a privacidade constitui um limite natural ao direito à informação. No entanto, não há lesão a direito se houver consentimento, mesmo que implícito, a hipótese em que a pessoa demonstra de algum modo interesse em divulgar aspectos da própria vida. Assim como há limites naturais ao direito à privacidade quando atinge interesses coletivos. Neste caso, a predominância do interesse coletivo sobre o particular requer verificação caso a caso. (PINHEIRO, 2010, p.85)

A liberdade de informação é algo explicitado no artigo 5º, inciso XIV, constando o seguinte: “É assegurado a todos o acesso a informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.”

É de demasiada delicadeza o limite entre e a liberdade de informação e a privacidade, requerendo um grande esforço para manter uma associação harmônica entre ambos. Há casos em que uma pessoa de figura pública toma determinadas atitudes em um local aberto, é fotografada e processa a imprensa por invasão de privacidade; além de análogos acontecimentos em que um programa de humor faz menção a determinado indivíduo de maneira vexatória; outros em que o jornalista cria polêmica diante de uma foto tirada em momento de distração, até inventando fatos. São inúmeros os exemplos que podem ser citados e correm na justiça, pela falta de boa fé de jornalistas ou de bom senso dos indivíduos que são seus alvos.

A jurisprudência afirma que cada caso deve ser analisado como único, e se realmente houve a violação dos direitos fundamentais, os danos serão reparados mediante a aplicação da sanção correta.

Situado no campo de figura pública, Carolina Dieckmann teve seu computador invadido, e imagens pessoais e íntimas foram roubadas e publicadas em redes sociais. A atriz sofreu chantagem dos supostos criminosos, que não foram condenados, pois na época, a atitude invasiva ainda não era considerada crime, mas somente a chantagem. Após o fato de grande repercussão, foi criada a lei popularmente conhecida como Carolina Dieckmann, Lei 12.737/12, que condena a invasão da privacidade por mecanismos de informática, assim como destruir, alterar ou instalar vulnerabilidades ou obter vantagens ilícitas. Com ela, acrescentou-se ao Código Penal os artigos 154-A e 154-B.

No artigo 1º, a lei 12.737/12 orienta ao público seu objetivo: “Esta Lei dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências.” Já

no Código Penal, segue abaixo o modo como foi explicitado:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime e cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos. (BRASIL, Lei 12.737, 2012)

Constata-se a partir da referida lei, o início de modificações nos códigos brasileiros, a fim de atender as mudanças progressivas que a sociedade demanda com sua evolução.

2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DIGITAL E A POSIÇÃO DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Eficácia e efetividade são visto como sinônimos, por terem significados parecidos. Entretanto, no dicionário da Língua Aurélio da Língua Amora é feita a diferenciação entre as palavras aludidas, tendo a primeira o significado de *“aquilo que produz efeito, que dá resultado”*, e efetivo seria *“o que tem efeito, aquilo que existe realmente.”* Em resumo, Bruno Galindo estabelece o seguinte:

Quando estamos tratando da eficácia das normas de direitos fundamentais fazemos referência à aptidão e potencialidade das normas constitucionais de direitos fundamentais de produzirem seus efeitos práticos, ou seja, referimo-nos sempre à possibilidade concreta, real e imediata da norma de ser realizada. (GALINDO, 2003, p. 165)

Ainda sobre eficácia, Vladimir Brega Filho (2002. p. 56.) apresenta a ideia de que não se pode admitir a existência de normas constitucionais sem eficácia, pois isto equivaleria à fraude da Constituição, violando o desejo do constituinte e conseqüentemente do povo, as quais aquele representa e tenta conceber as vontades e necessidades.

Existe uma linha tênue para estabelecer o que é ou não privado. Com o advento da Internet, o direito à privacidade alonga-se para o campo virtual, gerando novas incitações jurídicas, como é habilmente observado por Matheus

Fedato, na sua afirmação:

[...] o direito de manter a proteção da vida privada ultrapassa o ambiente real, estendendo-se ao meio digital, este, entretanto, com uma dificuldade extremamente maior em efetivar todas as garantias intrínsecas ao homem e suas relações, uma vez que as divergências geradas neste âmbito caracterizam grandes desafios para o Direito que nem sempre possui meios específicos para acompanhar os avanços tecnológicos e dirimir os conflitos, o que põe em risco, então, a efetividade e a aplicabilidade do bem jurídico tutelado. (FEDATO, 2013, 2009-2026)

Definidas as distinções entre eficácia e efetividade, vale expor a ideia de concretização constitucional, que segundo Bruno Galindo, *“vai consistir primeiramente em um conjunto de procedimentos estruturado no sentido de garantir a eficácia da constituição”*. A realização da norma se dá no âmbito social, de modo que seja vista na vida das pessoas.

É necessário que o Direito traga às pessoas a sensação de segurança e se organize de modo que o cumprimento das normas seja efetivo, para que, diante do abuso ou desrespeito dos direitos fundamentais, aplique-se a sanção adequada e o meliante indenize a vítima.

Em casos de divulgação de fotos íntimas na internet ou arquivos de grande importância, dificilmente o dano será reparado de maneira sólida e completa, já que acarreta em traumas, obstruções familiares e pessoais, levando a uma devastação do indivíduo. Danos psicológicos não podem ser restituídos, mas o Direito busca reparar o que estiver ao seu alcance. Ressalta José Afonso que *“a inviolabilidade dos direitos assegurados impõe deveres a todos, mas especialmente as autoridades e detentores do poder”* (SILVA, 2011, p.206).

Perante tal afirmação, depreende-se que é sabido que os detentores desse poder são representantes do povo no âmbito Legislativo, visando a elaboração de leis que possam favorecer o maior número de indivíduos possíveis, trazendo-os proteção, igualdade, liberdade, entre outros direitos essenciais. Além disso, o Poder Judiciário contém indivíduos atuando em seu ramo em busca de justiça diante de fatos distintos que ocorrem na vida em sociedade. Já o Poder Executivo tenta administrar e criar políticas públicas para sanar necessidades de sua população.

No mundo atual, graças ao desenvolvimento tecnológico e à internet, há uma grandiosa facilidade de comunicação e acesso a informação, o que nos trouxe inúmeros benefícios em nossa vida cotidiana. Por outro lado, com o mesmo avanço e suas vantagens, também surgiram diversos malefícios, como a elevação de furto de dados, o aumento de ameaças ao direito à privacidade e ofensas na internet, configurando calúnia, injúria ou difamação e ferindo a honra do atingido.

Em vista disso, é importante que os próprios usuários das redes virtuais tomem alguns cuidados, como ser cautelosos ao conversar com estranhos ou

fazer novos amigos, não deixar o computador aberto, facilitando o acesso de terceiros, não copiar conteúdo alheio sem citar o autor, pois isso é caracterizado como crime e, ainda, pensar antes de partilhar alguma informação, principalmente, se for pessoal ou sobre a sua rotina.

José Afonso da Silva alerta:

O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão de fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento. (SILVA, 2012, p. 209-210)

O *habeas data*, previsto pela Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXII e concedido “a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;” e também “b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;” se mostra como uma forma de proteção da intimidade dos indivíduos contra abuso do uso de seus dados pessoais ou falsos para fins ilegais. (SILVA, 2012, p. 453) Para o esclarecimento do tema, Alexandre de Moraes explica:

O *habeas data* é uma ação constitucional, de caráter civil, conteúdo e rito sumário, que tem por objetivo a proteção do direito líquido e certo do impetrante em conhecer todas as informações e registros relativos à sua pessoa e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, para eventual retificação de seus dados pessoais. (MORAIS, 2008, p.141)

Ademais, os atos praticados na internet que acabem por ferir os direitos fundamentais, especificamente quanto à privacidade, têm consequências jurídicas. Geram o dever de indenizar pelo dano moral ou material causado, conforme preleciona o Art. 5º da Constituição Federal, inciso X, transcrito anteriormente.

Na legislação infraconstitucional, a lei 12.737/2012, apelidada de “Lei Carolina Dieckmann” é um exemplo de atualização do sistema jurídico brasileiro às mudanças da sociedade.

Portanto, percebe-se direito brasileiro tem buscado seu aperfeiçoamento quanto à temática, porém ainda serão necessários outros avanços para uma regulamentação mais vasta e efetiva, de forma a salvaguardar plenamente os direitos fundamentais. Parafraseando Francisco Eduardo e Albuquerque:

Vê-se, pois, claramente que a preocupação desde sempre

existente no tocante à preservação dos direitos inerentes à personalidade do indivíduo no Brasil ao menos em planos positivos, deveria evoluir seus institutos buscando mecanismos que tornassem efetiva esta tutela no mundo dito globalizado, na sociedade da informação na qual, dados os crescentes avanços tecnológicos, cada vez se torna mais fácil e menos complexa a violação da privacidade, da vida privada e da comunicação ou correspondência, principalmente se considerarmos as novas modalidades de comunicação trazidas com a informatização e com o advento, sobretudo, da Internet, que tornou civil e em âmbito mundial a comunicação por meio do emprego de correios eletrônicos. (PIRES. PIZZOLANTE, 2002, p. 160)

Afinal, a falta de legislação ou de estrutura para solucionar problemas no âmbito virtual traz a visão de impunidade e liberdade ilimitada, dando segurança aos indivíduos que atuam de má fé, anonimamente ou de maneira ilegal nesse espaço.

Os tribunais ainda não apresentam consenso a respeito da definição de responsabilidade civil e criminal dos provedores de internet que possuem sites cujos conteúdos são adicionados por terceiros. No entendimento de Patrícia Peck Pinheiro:

Desse modo, apesar de não haver entendimento jurisprudencial pacífico sobre o tema, a nosso ver, os limites da responsabilidade sobre o conteúdo devem variar de acordo com o sujeito que detém a obrigação pelo seu fornecimento ou por sua verificação. Na verdade, há o envolvimento quase que concorrente do website e do provedor que publica a página no ar, podendo haver a participação de terceiros, prestadores de serviços de fornecimento de conteúdo específico, como já ocorre na área editorial de notícias online. (PINHEIRO, 2009, p. 402)

O desenvolvimento do ciberespaço se mostra um desafio à realização dos direitos fundamentais, sendo esta imprescindível à manutenção de um Estado democrático *“e a própria legitimidade desse Estado depende do seu compromisso e empenho para proceder a essa realização”* (GALINDO, 2003, p. 225-226). Por isso, não é só importante, mas também necessário que o Direito esteja atento às mudanças sociais e se adapte a elas, para continuar atuando efetivamente na regulação da vida em sociedade e garantindo o bem comum.

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A QUESTÃO DA TERRITORIALIDADE

Os princípios de direito possuem importante função no preenchimento de lacunas e na interpretação das normas do ordenamento jurídico, apresentando diversos conceitos na doutrina. José Afonso da (SILVA, 2012, p. 92) os caracteriza como “*ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas [...]*” e Miguel Reale aponta:

A nosso ver, princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito, quanto o de sua atualização prática. (REALE, 2004, p. 304)

Ademais, visto que as normas jurídicas, por si só, não conseguem abranger todas as situações e relações da vida em sociedade, os princípios se mostram imprescindíveis para a efetivação dos direitos fundamentais, auxiliando o operador do direito em sua função jurisdicional. (loc. Cit.) Nesse sentido, dispõe o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.*”

Os próprios direitos fundamentais podem entrar em conflito, como em casos de violação à privacidade decorrente de um abuso do acesso à informação, sendo ambos garantidos constitucionalmente e sem hierarquia entre si. A dissolução de tal litígio exige a observância do caso concreto e a aplicação do princípio da proporcionalidade, também denominado de princípio da razoabilidade. Nas palavras de Bruno Galindo:

[...] essas normas de direitos fundamentais [...] são igualmente válidas e estão em um mesmo patamar, não havendo submissão de uma à outra. O que pode ocorrer é a ponderação proporcional de ambas para que se possam obter eficácia. Inevitavelmente, em casos de conflitos entre elas, uma delas terminará por ficar investida de maior eficácia que a outra, o que não impede de que, em circunstâncias diferenciadas, a concretização se dê de modo diverso. (2003, p. 204)

Destarte, percebe-se que os direitos acima referidos são fundamentais, mas não ilimitados, pois podem ser restringidos pelos demais direitos e garantias consagrados na Constituição Federal (MORAIS, 2008, p. 33).

A título exemplificativo, transcreve-se a ementa da apelação civil (006716520118190001 - RJ), relatada por Flávia Romano de Rezende, a qual expressou conflito entre a liberdade de imprensa e direito à intimidade e privacidade, sendo invocado o princípio da proporcionalidade através da ponderação:

INDENIZATÓRIA. MATÉRIA JORNALÍSTICA VEICULADA EM PERIÓDICO DA RÉ. COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE IMPRENSA X DIREITO À INTIMIDADE. PONDERAÇÃO DE INTERESSES. REPORTAGEM QUE NARRA OS FATOS DE ACORDO COM INFORMAÇÕES PRESTADAS PELA PRÓPRIA POLÍCIA. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL.

- Tratando-se a hipótese de colisão de direitos fundamentais e na impossibilidade de se aplicar a clássica regra da subsunção da norma, por **não haver hierarquia entre as mesmas** (liberdade de expressão x intimidade) o intérprete deve aplicar a **ponderação de interesses**, utilizando-se do recurso da técnica da argumentação. [...] - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE MANTÉM. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. (Grifo nosso). (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014)

Ao princípio da razoabilidade atribui-se também a função de evitar desequilíbrios entre a ação cometida e a reação buscada juridicamente, ou seja, refere-se à proporção do reparo ao dano ocorrido. Aludindo a isso, Jorge Miranda expõe:

A racionalidade ou proporcionalidade *stricto sensu* equivale a justa medida. Implica que o órgão proceda a uma correta avaliação da providência em termos quantitativos (e não só qualitativos), de tal jeito que ela não fique além ou aquém do que importa para se alcançar o resultado devido – nem mais, nem menos. (MIRANDA, 2012, 308)

De qualquer forma, não há que se discutir todas as faces que o princípio pode assumir, sendo suficiente reconhecer sua relevância para hermenêutica jurídica, ao “[...] funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema.” (BARROSO, 2011, p. 328), para efetivação do direito à privacidade e demais garantias fundamentais e na resolução de conflitos, contribuindo para a harmonização das normas jurídicas.

A facilidade de comunicação e rapidez de compartilhamento de dados na internet e redes sociais que a integram impossibilita a total retirada do conteúdo exposto, agravando os danos causados a imagem daquele que teve seu direito à privacidade violado. Além disso, pode-se questionar a problemática da territorialidade quanto à procedência do julgamento de crimes realizados por meios digitais. Tal violação pode se dispersar e produzir resultados por qualquer e todas as partes do mundo, independente do lugar em que se originou, de forma que a legislação vigente no local do cometimento do

crime pode ser diferente daquela onde os efeitos da violação se concretizaram ou, ainda, não ser possível determinar a posição de ambas as ocorrências.

O Código Penal apresenta os artigos 5º e 6º que podem ser utilizados para solução da problemática em alguns casos. O art. 5º expressa *“Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”*, enquanto o art. 6º preleciona *“Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”*.

É certo que os limites territoriais são, em regra, os limites de atuação soberana dos Estados, mas a barreira geográfica inexistente quando se trata de crimes digitais. Aludindo ao problema e suas possíveis soluções, Patrícia Peck esclarece o assunto:

[...] na Internet, muitas vezes não é possível reconhecer facilmente de onde o interlocutor está interagindo. Muitos sites têm determinação “com”, sem o sufixo de país (por exemplo, sem o “br” em seguida) o que teoricamente significa que estão localizados nos Estados Unidos. Só que vários deles apenas estão registrados nos Estados Unidos e não tem nenhuma existência física nesse país. Uma tendência mundial é assumir definitivamente o endereço eletrônico como localização da origem ou efeito do ato. Assim, se uma empresa brasileira registra um site como “.com”, em vez de “.com.br”, pode ter de se sujeitar às leis de diversos países no caso de questões jurídicas internacionais. (PINHEIRO, 2009, p. 39)

A temática é questão de ordem global, referente ao Direito Internacional e apresenta-se como um incentivo desafiador à atualização e aperfeiçoamento do sistema jurídico brasileiro, em acordo com as transformações ocorridas na sociedade devido ao avanço da tecnologia e do ciberespaço.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem temática desse artigo é atual e sua discussão mostra-se imprescindível para definir as melhores formas de garantir a efetividade do direito fundamental à privacidade em um mundo globalizado e conectado como o presente. Afinal, as diversas condutas realizadas no ciberespaço são novas, senão estranhas ao direito, pois este costumava regular as relações humanas no mundo real e não virtual.

A internet, se caracterizando como fenômeno social não deixa de afetar o âmbito jurídico, surgindo a necessidade de adequação do direito a essa nova realidade.

Não estando previstas na legislação, as condutas do ciberespaço resultam constantemente em violações ao direito à privacidade, visto que o

acesso a informações íntimas, pessoais ou bancárias é facilitado e intensificado com a internet. Tais atos ilícitos devem ser regulados pelo sistema jurídico, para que a impunidade não se torne característica do mundo virtual.

Vale destacar, ainda, que os direitos fundamentais não são direitos absolutos ou hierárquicos entre si, de forma que no caso de contradições entre eles, o princípio da razoabilidade é ideal para a análise do caso concreto. Isso possibilita a ponderação de qual princípio deve ser relativizado em benefício do outro, bem como ajuda a concretizar a eficácia dos direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Além disso, como a internet é um fenômeno mundial, muitas vezes, o espaço onde ocorre a realização do ato ilegal será distinto do local da produção de seu efeito, surgindo, assim, a problemática da territorialidade e a relevância da análise sobre a legislação de qual país deverá ser aplicada. Nesse sentido, o direito brasileiro dispõe que será aplicada a lei nacional para os crimes cometidos em nosso território sem prejuízo dos tratados internacionais.

Portanto, é dever do Direito buscar a sua atualização perante a realidade para diminuir as violações ao direito a privacidade, resguardando a vida privada, honra e imagem da pessoa, assim como o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Referências

- AMORA, Antônio Augusto Soares. *Minidicionário Soares Amora*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Roberto Luíz. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. *Lei Carolina Dieckmann*, Lei nº 12.737. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e dá outras providências. Brasília, Distrito Federal, Brasil. 2014.
- _____. *Marco Civil da internet*, Lei nº 12.965. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, Distrito Federal, Brasil. 2014.
- _____. Tribunal de Justiça - RS. Apelação Civil 70057245193 RS. Relator: FRANZ. Paulo Roberto Lessa. Data de Julgamento: 18/07/2012, Nona Câmara Cível. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21970215/apelacao-civel-ac-70048683353-rs-tjrs>>. Acesso em: 25 mai. 14.
- _____. Tribunal de Justiça - RJ. Apelação Civil 0006716520118190001 RJ. Relator: REZENDE. Flávia Romano De. Data de Julgamento: 26/03/2014, Oitava Câmara Civil. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116621646/apelacao-apl->

67165520118190001-rj-0006716-5520118190001> Acesso em: 30 mai. 14.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 56.

BUENO, Silveira. *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. [S.l.]: FDT.

DEMARTINI, Felipe. Abin cria operação para monitorar Facebook, Twitter, Instagram e WhatsApp.

<<http://www.newsbox.com.br/noticias/tecnologia/em-semana-de-manifestacoes-que-atingem-o-brasil-inteiro-a-abin-criou-uma-operacao-para-monitorar-facebook-twitter-instagram-e-whatsapp-qualis-voce-acha-que-serao-as-consequencias-disso/>> Acesso em 10 de jun. 2014

FEDATO, Matheus Arcangelo; CIRELLI, Stefanin. *Direito Fundamental à Privacidade em tempos de internet*. In: III Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito, 2013, Jacarezinho/PR. Anais do III Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. 2013. p. 2009-2026. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/sid/2013/anais_sid_III.pdf> Acesso em: 25 mai. 2014.

FRANCISCO EDUARDO O. PIRES e ALBUQUERQUE PIZZOLANTE. *Habeas Data e Banco de Dados: Privacidade, Personalidade e Cidadania no Brasil Atual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GALINDO, Bruno. *Análise de sua concretização constitucional*. Ed. Juruá: Curitiba 2003. p. 165.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais - Tomo IV*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*, 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTA MARIA José Serpa de. *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. Campinas/SP: Julex, 1987.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

SALES, Fabio Augusto Cornazzani; LIMA, Gisele Truzzi de; MIRANDA, Rodrigo Barros de. *Privacidade e internet*. [S.n]. p. 1-13. Disponível em: <<http://www.truzzi.com.br/pdf/artigo-privacidade-internet-gisele-truzzi-fabio-augusto-cornazzani-sales-rodrigo-barros-de-miranda.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA; p. 205-210, 2012.

UOL segurança online.

<<http://seguranca.uol.com.br/antivirus/duvidas/qualis-sao-os-tipos-de-virus.html#rmcl>> Acessado em: 25 mai. 2014

O FINANCIAMENTO ELEITORAL COMO FORMA DE GARANTIR OS DIREITOS POLÍTICOS

Leonardo Inácio Nunes⁷²
Pablo Eduardo Pocay Ananias⁷³

Resumo

No rol dos direitos políticos surge divergência a respeito do financiamento e da propaganda eleitoral em relação à origem dos recursos utilizados nas campanhas. Assim, diante das garantias ofertadas pela Constituição Federal de 1988, o presente artigo opta por discutir a regulamentação eleitoral sobre a questão, e o aparente desvio decorrente das desigualdades socioeconômicas relativas ao país. Para tanto, considerando o cenário atual e as propostas em voga, torna-se necessário discutir o tema a fim de se chegar a um denominador comum, que seja capaz de preservar as expectativas do constituinte, garantindo os direitos políticos também em uma esfera prática.

INTRODUÇÃO

O processo de eleição para pleito como praticado atualmente, diga-se, é necessariamente recente. A consolidação das democracias e dos diversos direitos inerentes à cidadania, os que promovem o pluralismo político, sobretudo, permitem a concorrência para os respectivos cargos. Considerado esse contexto, a questão que surge é: o financiamento e a publicidade dos candidatos estão isentos de poderio econômico? A fim de responder esse questionamento, bem como estudar e apontar caminhos para que se alcance a constitucionalidade, é que propomos este artigo.

Em específico sobre o Direito Eleitoral é fato que essa seara de nosso ordenamento jurídico é, de forma geral e quiçá incontestável, extremamente volátil. Calçado em uma dogmática fixa, e também em súmulas e resoluções do TSE, este ramo do direito sofre com o câmbio de interpretações muitas vezes opostas a cada eleição, o que torna difícil traçar uma jurisprudência una que possibilite argumentação. Por isso mesmo, o estudo aprofundado se fez necessário.

A resposta para essa pergunta levantada no primeiro parágrafo, apesar de a primeira vista parecer até mesmo nebulosa à luz do disposto na Constituição, torna-se visível quando enxergamos os direitos políticos, em sua capacidade passiva - a de ser votado por seus concidadãos e eventualmente eleito para um cargo público - como um direito fundamental do cidadão. Se o direito político ativo, e aqui estamos falando do “direito-dever” de votar, é um direito fundamental no sentido que não pode ser retirado pelo Estado sem a devida justificativa e previsão legal, por que o mesmo não pode ser dito sobre a

⁷² Graduando do Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

⁷³ Graduando do Bacharelado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP e estagiário no Escritório José Eduardo Mussi Beffa Advogados, na cidade de Salto Grande - SP.

elegibilidade? Ao admitirmos essa possibilidade, devemos por um instante nos distanciar da mera dogmática e nos transloucarmos para o plano da realidade: seria o direito concretizado de forma espontânea? A resposta é não, afinal são poucos ou até mesmo nenhum os direitos que criam vida por si e se firmam na sociedade sem qualquer influência ou ajuda do Estado, e por mais que possam existir, o direito de ser votado não é um desses.

Por vivermos em um país de proporção continental a propaganda eleitoral se tornou elemento presente em nos momentos de eleições, e até mesmo fora destes, registrando-se como uma das poucas formas efetivas de obtenção de votos em maior escala. É nessa esteira que vamos analisar inclusive sociologicamente o fenômeno do financiamento e da propaganda eleitoral. Visto que, como nos aponta Carlos Mário da Silva Velloso, ex-Ministro do STF e doutrinador, os direitos políticos são prerrogativas ligadas à cidadania, entendemos ora, que a campanha eleitoral se atrelou a esse direito de tal forma que a única maneira de se avalizar o direito político passivo, é garanti-la da melhor maneira possível.

Assim, verificada a importância do financiamento eleitoral que, tendo sido regulado pela nossa legislação, é elemento subsidiário de grande importância para a governança do país, avançamos na investigação sobre o tema. A respeito dos intuits deste trabalho, por seu turno, declaramos que passam pelo esclarecimento dos métodos utilizados para dar voz às ideologias no Brasil.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1.1 A Democracia

Nos tempos contemporâneos, mais precisamente desde o advento do Iluminismo - que veio a derrubar os regimes de governo absolutistas - vivemos sob a égide da chamada “democracia”. Essa ideia, certamente bela, faz-se de difícil definição. Apesar de só ter ganhado força ao findar do século XVIII, ela já existia de certa forma em tempos remotos - os gregos são creditados pela sua “invenção”, e estes a definem como “governo do povo”, conforme indica a etimologia da própria palavra.

O bom observador histórico, entretanto, percebe certa incoerência nesta definição. Sem fazer demérito às civilizações clássicas, mas como poderiam os atenienses falar em “governo do povo”, se em sua sociedade o sufrágio universal não era observado e apenas alguns indivíduos tinham direito ao voto? Visando defendê-los, podemos evocar a ideia de que devido ao momento histórico observado, mesmo essa ideia frágil e quicá defeituosa já representava um grande avanço, e isso não deixa de ser verdade.

Mas o que dizer de Estados modernos, que semelhantemente aos gregos antigos gabam-se de viver em uma democracia, mas guardam no cerne de seu sistema, ideais tão antidemocráticos e elitistas quanto é possível? Não seria antidemocrática a noção predominante de financiamento eleitoral, na qual é possível constar que grupos políticos formados por indivíduos mais ricos

exercem maior influência? Alguns questionam se, por razões como essas, não seria a democracia uma verdadeira fraude - a esses, se responde com a célebre frase proferida por Winston Churchill:

Ninguém pretende que a democracia seja perfeita ou sem defeito. Tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos. (CHURCHILL, 1947)

É imaginável que ao buscar aplicar a democracia, que conforme indicado anteriormente é extremamente difícil de definir, criem-se várias incoerências. Mas, para concretizá-la de fato na sociedade, e afastar diversas dúvidas acerca de seus pormenores, surge o Direito Eleitoral, conforme indica Carlos Mário da Silva Velloso:

“A democracia pode não ser um regime político perfeito, mas desde a Grécia antiga o homem ainda não conseguiu estabelecer uma forma de organização social mais eficiente. O Direito Eleitoral é um requisito insofismável pra que a participação popular possa fluir de forma livre e libertária, sem que amarras impeditivas possam macular a sacrossanta vontade popular” (VELLOSO e AGRA, 2012, p. 15).

Tendo em vista a proposta de estudar este ramo do Direito, com atenção especial ao financiamento das campanhas eleitorais, não se pode deixar de observar, tal como fizemos, a própria ideia de democracia e a forma como ela foi aplicada historicamente, fazendo-se necessário dedicar todo um capítulo ao histórico, para só depois passar a análise da dogmática.

1.2 Tempos Remotos

Conforme mencionado anteriormente, a ideia de democracia surge na Grécia. Na civilização ocidental, ela também pode ser observada por um breve período da Roma Antiga, entretanto ela estava restrita a aristocracia. Em tempos como estes, de tecnologia limitada e com o sufrágio restrito a camadas minoritárias da população, torna-se difícil falar em “financiamento de campanha”.

Obviamente, a campanha eleitoral ocorria, ainda que de forma extremamente diferente da qual observamos hoje - durante as eleições para o senado romano ou para demais cargos públicos, os indivíduos dotados da capacidade de votar certamente faziam campanha boca-a-boca, buscando promover seus candidatos ou suas ideias. Nos debates, nas conversas entre membros da aristocracia, e no dia-a-dia podia se observar essa forma primitiva de campanha, que certamente é merecedora da menção aqui feita, mas que não

requer aprofundamento no estudo. Dito isso, passemos a observar, então, tempo mais recentes.

1.3 Brasil Colônia

Após um lapso temporal de cerca de 1500 anos, período marcado por regimes não democráticos, chegamos ao tempo em que o Brasil, bem como a América em geral, estava a ser colonizado. Apesar de ter sido descoberto e explorado no início do século, o Brasil só surge como estado em 1549 - tinha sede em Salvador, na Bahia, e constituía o governo geral, sob o qual estavam subordinadas todas as capitanias.

Já naquele período se falava em “república” - é dito que neste século Portugal fundou ao menos duas vilas no Brasil, e elas eram governadas de modo democrático. Por estarmos falando de tempos em que a monarquia era o regime de governo mais comum, e isso pode nos parecer estranho, mas o fato das vilas se regerem de forma republicana não implica que não existisse monarquia ou que essa estivesse sequer enfraquecida, conforme esclarece Manoel Rodrigues Ferreira:

“(…) vemos que o Estado-Nação, denominado Reino de Portugal, era governado por uma Monarquia [no plano nacional] e pelas repúblicas [nas vilas e cidades]. (...) A “Ordenação do Reino” estabelecia a organização política desses dois estados [Monarquia e repúblicas]” (2005, p. 27)

Não era na corte, mas sim nestas repúblicas e vilas em solo brasileiro, ainda que subordinadas a Portugal, que podemos observar a vida política do povo brasileiro. Esse povo tinha direitos políticos, elegendo e sendo eleito para cargos públicos nas vilas. Esses direitos lhes eram outorgados pelo “Código Eleitoral da Ordenação do Reino”. Não temos a pretensão de dissecar o funcionamento democrático dessas vilas, todavia, é suficiente mencionar que havia um órgão com funções legislativas - a câmara municipal - e outro com funções executivas, formado pelos procuradores.

A questão que aqui permeia é: como se dava a campanha política nessa época? As doutrinas não trazem muitos registros sobre esse tema, e por não ser ético supor, acreditamos ser o suficiente dizer que ela existia, mas não da forma como a conhecemos hoje, devido ao tamanho diminuto dessas vilas.

Durante os quase 300 anos de Brasil-Colônia perdurou o sistema acima explicado. Ocasionalmente se constatavam algumas alterações, mas mudanças significativas só viriam no começo do século XIX, quando da chegada do rei D. João VI em nossa terra, e da eventual independência de nosso povo.

1.3.1 O Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve e o Império Brasileiro.

É sabido que no século XIX, o rei de Portugal, D. João VI, fugiu para o Brasil, e nessa ocasião, o país perdeu seu status de “Colônia”, e foi elevado a condição de “Reino Unido”, o que o colocava em patamar a Portugal.

Em 1820 irromperam revoluções em Portugal, que forçaram o retorno do rei a Lisboa. Por ter caráter burguês, as revoluções pretendiam a criação de uma carta constitucional. Estando o Brasil no mesmo nível de Portugal, participamos das eleições para escolher os representantes do povo a um parlamento que votaria a dita Constituição.

“A junta portuguesa encarregada de convocar as eleições, devido à premência do tempo, viu-se em dificuldades para organizar uma lei eleitoral que servisse seus objetivos. Resolveu, por isso, adotar a lei eleitoral estabelecida pela Constituição Espanhola de 1812. Pequenas modificações foram introduzidas, unicamente com o objetivo de adaptá-las às particularidades do reino português.” (FERREIRA, 2005, p. 52).

Como se pode observar não se respeitou o código que vingava nos tempos do Brasil Colônia, pois esse previa meramente como se daria as eleições nas vilas, não contando com disposições sobre eleições gerais. O rito seguido foi o previsto pelos espanhóis, ainda que com algumas modificações. O povo Brasileiro elegeu 72 parlamentares.

Houve ainda, naquele período, mais duas eleições gerais baseadas na constituição espanhola, até que, finalmente, em 3 de junho de 1822, o então príncipe regente D. Pedro sancionou a primeira lei eleitoral brasileira. Segundo esta lei, a eleição ainda se daria de forma indireta, sendo que o povo escolheria os eleitores que então escolheriam os deputados. Apesar de todos “votarem” quando escolhiam seus eleitores, se observarmos a estrutura socioeconômica da época podemos concluir que o verdadeiro voto era privilégio dos proprietários de terras, engenhos, etc.

O ato de D. Pedro I que declarou o Brasil independente do Império Português, culminou em 25 de março de 1824, quando o Imperador outorgou ao povo uma Constituição que, apesar de contar com alguns ideais iluministas, era claramente absolutista, prevendo a existência de um “poder moderador”. Entre as inovações dessa nova Constituição, temos uma lei eleitoral, que é explicada por Flávia Lages de Castro, quando diz: “Nesta Constituição havia a indicação de dois tipos de eleitores, como no anteprojeto da Constituinte. Os de primeiro grau eram chamados ‘paroquiais’ e os de segundo ‘provinciais’” (p. 388, 2007). Pode-se observar que o sistema utilizado no Império herdou do direito eleitoral colonial, citado anteriormente.

Quanto à campanha eleitoral, conclui-se que ela se dava com maior intensidade do que anteriormente, tendo em vista o sufrágio universal durante as eleições de primeiro grau, que viria a escolher os eleitores das ditas de segundo grau. Ainda assim, considerando-se que a mídia nacional era infante, é difícil imaginar campanhas como conhecemos hoje, portanto, não é possível precisar como funcionava, ou mesmo se funcionava o financiamento das ditas campanhas.

Tendo dito o que foi possível sobre o Brasil Colônia e o Império,

pulemos para o século XX, após a proclamação da República.

1.4 O Século XX

Com a proclamação da República tem início um novo ciclo no direito eleitoral brasileiro. Dizia o decreto nº 6 do governo provisório do Marechal Deodoro:

“1º Consideram-se eleitores, para as câmaras gerais, provinciais e municipais todos os cidadãos brasileiros, no gozo dos seus direitos civis e políticos, que souberem ler e escrever; 2º O Ministério do Interior, em tempo, expedirá as instruções e organizará os regulamentos para a qualificação eleitoral.” (FERREIRA, 2005, p. 255).

Este vinha a estabelecer o sufrágio universal, acabando com os privilégios eleitorais vistos no Império. Foi elaborado um projeto de Constituição, posteriormente promulgado. Houve também a instituição de uma nova lei eleitoral, a primeira da República. O sistema eleitoral utilizado na convocação da Assembleia Constituinte, entretanto, foi diferente do que esta viria a criar, conforme indica Flavia Lages de Castro: “Um conjunto de decretos datados de fevereiro e junho de 1890 disciplinaram a qualificação dos eleitores, a votação e a apuração, entretanto, o cerne dessa matéria - quem poderia ou não ser eleitor - já havia sido regulamentado” (p. 412, 2007).

É de conhecimento geral que, apesar do fim dos privilégios eleitorais imperiais, o sufrágio universal previsto nas leis eleitorais da Primeira República era pouco mais que uma utopia, e não fazia jus ao ideal de democracia. O voto de cabresto e o coronelismo foram, conforme indicam os livros de História, figuras marcantes durante esse período.

Quanto ao tema pesquisado, o financiamento eleitoral, faz-se mister afirmar que embora houvesse envolvimento financeiro durante os períodos eleitorais, é impossível precisar como ele se dava pois não havia lei que o regulamentasse, e o eventual casamento entre política e propaganda não havia ainda ocorrido. Para conseguir os votos, os coronéis e outras figuras importantes do cenário político da primeira república contavam com seus “compadres” e demais indivíduos que carregavam consigo um considerável número de “votantes”, tais como padres. Ou seja, a estratégia eleitoral da época era conquistar o voto de uma pessoa proeminente, e com ele os votos daqueles que o seguiam.

As falhas e escândalos existentes nesse sistema eminentemente elitista, que muitas vezes vinham a beneficiar os estados de São Paulo e Minas Gerais, vieram a provocar a revolução da década de 1930, que culminou a ditadura de Getúlio Vargas.

Sobre a Constituição outorgada por Vargas que previa a criação do seu chamado “Estado-novo”, podemos afirmar:

“A história aponta no sentido da consagração das

tendências ditatoriais da época, quando, no mundo, faziam-se presentes as figuras políticas de Mussolini, na Itália, de Hitler, na Alemanha [...] impregnando-se desses ideais o Brasil, o que gerou o desaparecimento da Justiça Eleitoral nos moldes da Constituição de 1934, que sofreu críticas por sua inadaptação a esfera de realidade da época” (RAMAYAMA, 2006, p. 10).

Percebe-se aqui que a chamada “constituição polaca” caminhava no sentido contrário a democracia, pois se inspirava nos regimes que o então presidente Getúlio Vargas, de ideias integralistas, considerava ideais - o fascismo e o nazismo. Em uma ditadura, pouco pode se dizer sobre campanha política, e menos ainda sobre seu financiamento.

Sobre o regime que Vargas tanto admirava, é importante ressaltar que foram eles que realizaram o “casamento” entre propaganda e política, trazendo a situação atual. Hitler, apesar de ser um ditador sanguinário, fora eleito democraticamente e constantemente precisava lembrar o povo de que era o homem certo para estar no poder, e, para isso, imbuiu seu Ministro da Propaganda, Joseph Goebbels, de convencer a população de que ele um líder ideal. Goebbels criou táticas que são até hoje utilizadas em campanhas. O financiamento, tema estudado, só tem nascimento de fato após esse período, pois só no pós-guerra a campanha no rádio e na TV se tornam fatores importantes na eleição.

Voltando a abordar o Brasil, é mister lembrar que após o exército pressionar o fim do governo Vargas, o país viveu um breve período verdadeiramente republicano, no qual pela primeira vez podemos verdadeiramente observar a campanha eleitoral como a conhecemos hoje - contando inclusive com a presença de “jingles”, tal como a famosa música: “O velhinho voltou”, que marca o retorno de Getúlio Vargas ao poder. Após esse período, um novo golpe ocorreu e os militares tomaram conta de nossa política durante uma ditadura que durou 21 anos.

Até mesmo nos “anos de chumbo” (1964-1985), houve movimentos que podem ser chamados de “campanhas políticas”. Apesar da extinção dos partidos políticos, determinada pelo AI-5, e das eleições indiretas para presidência, não podemos negar que durante a ditadura restou certo grau, ainda que muito reprimido, de democracia. Ainda havia eleições municipais e estaduais, e essas eram reguladas também por um direito eleitoral. Neste, havia previsões de como se daria a campanha eleitoral, principalmente devido à presença do instituto da censura. Por parte do próprio Estado, havia também diversos pronunciamentos oficiais nas redes de televisão, tática que podemos creditar ao ideário de Goebbels.

Em 1985, acaba de fato a ditadura militar com a eleição de Tancredo Neves, o primeiro civil em anos, para a presidência da República. Tancredo nunca chega a assumir o poder, pois veio a falecer antes de se tornar presidente - o chefe do executivo torna-se então José Sarney.

Em 10 de Outubro de 1988 uma Assembleia Constituinte promulga a

Constituição da República Federativa do Brasil, a carta política que até hoje rege nosso país. Essa nova Constituição acaba com a Ditadura Militar e trás a democracia de volta, junto com todos seus benefícios e seus males.

A Constituição de 1988 determina em seu capítulo IV os direitos políticos do povo brasileiro. Em seu Artigo 14 traz os institutos que a doutrina posteriormente interpretaria como “direito eleitoral ativo” - o direito-dever de votar - e “direito eleitoral passivo” - a capacidade de ser votado e eventualmente eleito. É importante guardar essa distinção, pois ela influencia as leis eleitorais escritas na década de 1990, sobre as quais versaremos no próximo capítulo.

2 AS FORMAS ATUAIS DE FINANCIAMENTO E PROPAGANDA

2.1 Influências não permitidas sobre a campanha

Diante do exposto no primeiro capítulo, a respeito do histórico das formas de se viabilizar a campanha eleitoral, ressalta-se a importância da Constituição Federal de 1988 para o tema. A relevância desse documento é atestada pela consolidação das eleições para os cargos públicos, bem como pelo sufrágio universal, que permite a toda uma classe ingressar no direito ao voto. Tal está disposto no art. 14 da supramencionada que pontua: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos” (BRASIL, 1988).

O dispositivo constitucional, todavia, não se limitou a conceituação da capacidade eleitoral ativa, como a doutrina nomeia. Ainda no art. 14, é possível depreender informações sobre a capacidade eleitoral passiva, e também, algo que é de grande valia para essa pesquisa, a preocupação com o aspecto econômico das eleições. Vide o seguimento:

[...] § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária;

[...] § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições **contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.** (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Como apontado, entre as exigências para a elegibilidade, o legislador constitucional reservou espaço para o aspecto socioeconômico que marca a disputa eleitoral. As consequências dessa interferência em campanha são, por

sua vez, confirmadas pela Lei Complementar 64/1990 – Lei de Inelegibilidade – e pela Lei Ordinária 9.504/1997 – Lei das Eleições. Esta última, por exemplo, determina em seu parágrafo 3º de seu artigo 22, que “comprovado abuso de poder econômico, será cancelado o registro da candidatura ou cassado o diploma, se já houver sido outorgado.” (BRASIL, 2010).

Tais ferramentas, portanto, formalizam e fazem valer as punições em decorrência de condutas que desrespeitam a conjuntura dos princípios do pluralismo político e da igualdade, que obviamente são válidos nessa seara (VELLOSO e AGRA, 2012). Alexandre de Moraes, em sua Constituição do Brasil interpretada, trás como exemplo jurisprudencial a inelegibilidade declarada pela Corte Eleitoral do estado do Rio Grande do Sul, e confirmada pelo TSE, através do Recurso Ordinário nº 9.356/1996 (p. 577, 2004). Segue a ementa:

Ementa:

1. ABUSO DE PODER ECONOMICO: UTILIZACAO INDEVIDA DE MEIOS DE COMUNICACAO SOCIAL (LC 64/90, ART. 22). 2. PROPAGANDA DE CURSO GRATUITO MINISTRADO POR DEPUTADO CANDIDATO A REELEICAO EM RECINTO DA PROPRIA ASSEMBLEIA; PROPAGANDA ELEITORAL DE CONFIGURACAO GRAFICA ANALOGA A DO CURSO. INELEGIBILIDADE DECLARADA PELA CORTE REGIONAL. 3. RECURSO ORDINARIO NAO PROVIDO. **Decisão:** O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. (RECURSO ORDINARIO nº 9356, Acórdão nº 9356 de 21/03/1996, Relator(a) Min. TORQUATO LORENA JARDIM, Publicação: RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 8, Tomo 1, Página 131 DJ - Diário de Justiça, Data 26/04/1996, Página 13171) (BRASIL, 1996)

Como se observa sobre o financiamento de campanha eleitoral e o capital que o provê, há limitações notórias sobre sua origem, sobretudo, se essa for o próprio candidato. Entretanto, não se encerra nesses termos o referente as impossibilidades para o levantamento de verbas para a campanha. Por uma questão de conveniência, todavia, este trabalho opta por caracterizar os meios permitidos, subentendendo-se impossíveis os que não estejam nessa relação. Para tanto, serão divididas em dois grupos de exploração, as maneiras de se obter fundos para eleição: os meios estatais e o meios não-estatais.

2.2 Meios Estatais

Apesar das discussões a respeito da necessidade de se destinar dinheiro e empenho público as atividades partidárias ser ferrenha, o chamado **Fundo Partidário**, que é utilizado no Brasil, acaba sendo uma das principais formas de

se auxiliar as agremiações políticas. Pondera-se que o Fundo Partidário não permite um inteiro financiamento público da campanha, apresentando-se como verba para manutenção os partidos políticos (VELLOSO e AGRA, 2012, p. 135).

Outro método que também pode ser citado como de origem estatal é a da gratuidade do **Acesso ao Rádio e à Televisão**, para a difusão das ideologias - ainda que haja outros meios também possíveis, em razão dos limites a que este trabalho visa, limitar-nos-emos as mídias convencionais. Os motivos para essa medida novamente estão ligados ao intuito de se garantir a promoção dos partidos menos ligados ao poderio econômico. Acerca destes dois modelos, o Fundo Partidário e o Acesso as Mídias, esses encontram grande escopo na Lei 9.096/1995, também chamada de Lei dos Partidos Políticos, e na Lei 9.504/1997, Lei das Eleições, e são esclarecidos abaixo.

2.2.1 A Legislação

Sobre os dois principais métodos estatais de financiamento político, importante texto, é o presente na retromencionada Lei nº 9.096, publicada em 19 de setembro de 1995. Em relação ao Fundo Partidário as disposições estão presentes entre os arts. 38 a 44 da referida lei, enquanto os relativos ao Acesso Gratuito ao Rádio e à Televisão estão nos subseqüentes arts. 45 a 49.

O Fundo Partidário, conforme o texto do art. 38 da Lei dos Partidos Políticos, forma-se por:

- I - multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas;
- II - recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual;
- III - doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário;
- IV - dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995. (BRASIL, 2010)

A partir desse texto, pode-se inferir que apesar de representar uma espécie de financiamento público, as verbas advindas para os partidos são fixadas, a ponto de se poder afirmar que este não compromete as demais funções do Estado. Para o recebimento de parcela do fundo, as agremiações precisam cumprir ainda requisitos também estabelecidos no diploma citado, mais precisamente no art. 44. Além do registro no Tribunal Superior Eleitoral, é exigido que o partido, dentre outras coisas, destine no máximo 50% do valor para manutenção de sedes e serviços; efetive no mínimo 5% para a manutenção de programas e difusão da participação política feminina; no mínimo 25% para criação e manutenção de instituto ou fundação de pesquisa e doutrinação e educação política, por exemplo.

Outro ponto importante para que as verbas do Fundo Partidário continuem a ser repassadas aos partidos, é a devida prestação de contas à Justiça Eleitoral. E a sanção para a desaprovação da prestação de contas do partido, encontra-se no capítulo anterior da lei, em seu art. 37, parágrafo 3º, em que se diz sobre a pena “deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de 1 (um) mês a 12 (doze) meses, ou por meio do desconto [...] não podendo ser aplicada sanção de suspensão” (BRASIL, 2010).

Todavia, sobre a finalidade do Fundo Partidário em geral, valem as palavras de Carlos Mário da Silva Velloso e Valber de Moura Agra, a seguir:

[...] a conservação desse fundo assistencial público aos partidos políticos é o primeiro passo para expungir, definitivamente, o financiamento privado das atividades eleitorais – e por que não dizer, eleitoreiras, que, por sua vez, constitui a gênese de muitos males da representação política em nosso país. (2012, p. 139).

Apesar de não suprir todas as necessidades, o Fundo Partidário é uma das maneiras mais imparciais para se garantir o pluralismo político e o direito de ser votado, frente a todo o eleitorado brasileiro. Todavia, prioridades mais evidentes e a própria pressão dos opostos inviabiliza a adoção de medida mais incisiva.

Por outro lado, a gratuidade da divulgação do ideário político, apesar de integral, não é uniformemente distribuída, como será visto. É integral conforme parágrafo 6º, do art. 45, da Lei dos Partidos Políticos, em que se reitera a proibição de qualquer tipo de propaganda paga à parte da já regulamentada. E isso também está no art. 44 da Lei 9.504/1997, conhecida como Lei das Eleições, que inclusive, é legislação mais adequada para os fins desta pesquisa, em ano eleitoral.

A obrigatoriedade da transmissão, em Rádio e TV está consolidada no *caput* do art. 46, da LPP (Lei dos Partidos Políticos), agregando-se iniciativa e responsabilidade aos órgãos de direção das mesmas. Em período não eleitoral, os partidos podem conforme a interpretação simultânea dos arts. 48 e 49 da LPP, veicular até quarenta minutos de inserções, nas redes nacionais, e de igual tempo nas redes estaduais, além da realização de dois programas, um em cadeia nacional e outro em cadeia estadual, em cada semestre, com duração de até vinte minutos. Isso observado o disposto no art. 13, para os partidos que tenham obtido pelo menos 5% dos votos apurados, não computados brancos e nulos, para a Câmara dos Deputados. (BRASIL, 2010).

Em período eleitoral, por sua vez, valem as regras da Lei das Eleições, que traz paradigma diferente. A princípio, o período eleitoral se inicia no dia 5 de julho do ano da eleição, de acordo com o art. 36 desta. O art. 47, todavia, consolida os quarenta e cinco dias anteriores à antevéspera do pleito, como de obrigação das emissoras, para transmissão gratuita do horário político. Conforme trecho do art. 51 da Lei 9.504/1997 “as emissoras de rádio e televisão e os canais por assinatura mencionados no art. 57 reservarão, ainda, trinta

minutos diários para a propaganda eleitoral gratuita” (BRASIL, 2010).

Dentre outras determinações, quanto a distribuição do tempo de propaganda destinado a cada partido, vale a resolução nº 23.404 do TSE, que dispõe:

Art. 36. O Tribunal Superior Eleitoral e os Tribunais Regionais Eleitorais distribuirão os horários reservados à propaganda de cada eleição entre os partidos políticos e as coligações que tenham candidato, observados os seguintes critérios (Lei nº 9.504/97, art. 47, § 2º, I e II; Ac.-TSE nº 8.427, de 30.10.86):

I - um terço, igualmente;

II - dois terços, proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, considerado, no caso de coligação, o resultado da soma do número de representantes de todos os partidos políticos que a integrarem.[...]

§ 4º As coligações sempre serão tratadas como um único partido político. (BRASIL, 2014a)

Apesar de mais regramentos sobre a propaganda política, vistos esses caracteres básicos, parece-nos suficiente a explicação pontuada. Nesses termos a manutenção do direito de ser votado, por meios estatais, é dada por esclarecida. Abaixo veremos a situação do financiamento eleitoral por meio não-estatais, a qual merece também atenção.

2.3 Meios não-estatais

Tema pertinente e controverso, em tempos eleitorais, o primeiro passo a se fazer após a escolha dos candidatos é a constituição de comitês financeiros, que ficarão responsáveis pela arrecadação e aplicação dos recursos. Em conformidade com art. 19 da Lei das Eleições, tais comitês devem se formar até dez dias úteis depois da escolha dos candidatos, e deverá ser registrado nos órgãos da Justiça Eleitoral. Ressalta-se, que os arts. 20 e 21 estabelecem a graduação de responsabilidade quando da prestação de contas:

Art. 20. O candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha, usando recursos repassados pelo comitê, inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas ou jurídicas [...] Art. 21. O candidato é solidariamente responsável com a pessoa indicada na forma do art. 20 desta Lei pela veracidade das informações financeiras e contábeis de sua campanha, devendo ambos assinar a respectiva prestação de contas. (BRASIL, 2010)

Dotada de texto autoexplicativo os dispositivos citados, apontam para a responsabilidade conjunta do candidato e do responsável pela administração da conta bancária relativa a campanha. Destacam Carlos Mário da Silva Velloso e Valber de Moura Agra, a inovação de se condicionar ainda a arrecadação de recursos, à inscrição no CNPJ e a abertura de conta específica, em qualquer instituição com carteira comercial dada pelo Banco Central, para que se registre a movimentação financeira. (2012, p. 310; 314)

Em termos práticos, por sua vez, a arrecadação em si, a provinda de meios particulares, as permissões também constam na Lei das Eleições, nos arts. 23, 24 e 81. Tais dispositivos dizem, por exemplo, que a doação de pessoa física está limitada a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição. Dispõem ainda, sobre vedações, as quais da doação de entes ligados ao Estado: entidade ou governo estrangeiro, órgão da administração pública direta e indireta ou fundação mantida com recursos provenientes do Poder Público, concessionário ou permissionário de serviço público, entidade de utilidade pública, entidade de classe ou sindical, entidades beneficentes e religiosas, entidades esportivas, organizações não-governamentais que recebam recursos públicos, organizações da sociedade civil de interesse público, etc. O art. 81 ainda estabelece que pessoas jurídicas podem doar, até limitadas dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição, sendo proibidas as doações de empresas registradas no mesmo ano da eleição. E diga-se, é nesse ponto, que reside discussão atual, tema inclusive de julgamento na Suprema Corte Brasileira e também de projeto de Lei (BRASIL, 2010).

Não pode ser esquecida, no entanto, a parcela que o próprio candidato pode destinar a sua campanha, os chamados recursos próprios. Conforme o art. 23 da Lei das Eleições, a regulamentação dessa modalidade fica por conta de outro diploma, que neste ano de 2014, por exemplo, é a resolução nº 23.406, que no parágrafo único de seu art. 19 determina que: “A utilização de recursos próprios dos candidatos é limitada a 50% do patrimônio informado à Receita Federal do Brasil na Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física referente ao exercício anterior ao pleito (arts. 548 e 549 do Código Civil)” (BRASIL, 2014b).

Levantadas, mesmo que rapidamente, cita-se ainda a possibilidade dos recursos próprios, afirmando-se que as delineações do financiamento eleitoral, postas adiante, em capítulo apropriado, serão consideradas as diversas correntes em torno da causa de promover eleições mais justas. A investigação a fim de se alcançar soluções para a política brasileira considerará o cenário misto e as necessidades da democracia nacional, com apoio de autores e julgados, buscando soluções claras.

3 CRÍTICAS E PERSPECTIVAS

3.1 Críticas ao Financiamento Privado de Campanha

Ao longo do último capítulo pode ser observado à maneira como nosso ordenamento jurídico regulamenta o fenômeno do financiamento de campanha.

É necessário dizer que o financiamento, tanto público quanto privado, é uma ferramenta constitucional para a garantia de um direito fundamental, no caso, o de ser votado.

Entretanto, deve ser afirmado que, guardadas as devidas proporções, o financiamento privado de campanha pode ser um instrumento para a corrupção de candidatos, parlamentares e demais políticos, conforme indica a opinião expressa pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, em recente Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela OAB:

Os representantes fazem prevalecer, além de interesses próprios, os propósitos nada republicanos daqueles que financiaram as campanhas eleitorais que os levaram aos cargos. A causa principal desse descolamento está na forma de conduzir o processo de escolha dos representantes no Brasil. O valor da igualdade política é substituído, desde o primeiro momento, pela riqueza das grandes empresas doadoras que controlam o processo eletivo. Não vivemos uma democracia autêntica, mas uma plutocracia – um sistema político no qual o poder é exercido pelo grupo mais rico, implicando a exclusão dos menos favorecidos. (MELLO. 2014. p. 5)

A opinião do ministro, de que o financiamento das pessoas jurídicas pode estar transformando nossos representantes em reféns do poder econômico encontra fundamento no fato de que dados oficiais do TSE apontam que só a eleição de um senador custa em média R\$ 4,5 milhões. Uma simples pesquisa mostra que os maiores financiadores, geralmente, são empresas que possuem contratos com órgãos públicos.

3.2 Comentários à proposta da OAB e Projeto de Lei do Senado

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 promovida pela OAB Nacional pretende extinguir através da declaração de Inconstitucionalidade determinados artigos e palavras das leis 9.096/1995 e 9.096/1997, de modo a proibir o financiamento das empresas privadas, que, conforme foi exposto anteriormente, pode ser considerado injusto e até mesmo um fator corruptor no nosso quadro político.

Entretanto, devemos reafirmar que o financiamento de campanha, quer público, quer privado, é elemento vital à sobrevivência da democracia brasileira, ainda mais em uma era na qual os meios de comunicação se impõem de forma pujante ao cidadão. Dito isso, pode ser que a medida, cuja adoção está sendo estudada, traga efeitos negativos à República. Nesse sentido, afirma Teori Zavascki, Ministro do STF, em seu voto na mesma ADI:

Se é certo afirmar – e esse é o aspecto salientado na presente demanda – que o poder econômico pode interferir negativamente no sistema democrático,

favorecendo a corrupção eleitoral e outras formas de abuso, também é certo que não se pode imaginar um sistema democrático de qualidade sem partidos políticos fortes e atuantes, especialmente em campanhas eleitorais, o que, evidentemente, pressupõe a disponibilidade de recursos financeiros expressivos. E, sob esse ângulo, os recursos financeiros contribuem positivamente para a existência do que se poderia chamar de democracia sustentável, com partidos políticos em condições de viabilizar o sadio proselitismo político, a difusão de doutrinas e de ideários, de propostas administrativas e assim por diante. (ZAVASCKI, 2014, p. 2)

Sobre a questão o Ministro Marco Aurélio, também trouxe argumento em seu voto. O excelentíssimo ministro, afirma que “[...] o financiamento privado das campanhas eleitorais e dos partidos políticos é problema de grande amplitude e não tem permitido que a democracia firme-se, no Brasil, como direito fundamental plenamente conquistado”. Rebatendo, o Ministro Gilmar Mendes, o qual pediu vista do processo no mês de abril de 2014, levantou importante questão sobre a propaganda institucional, indagando seus colegas sobre o impacto eleitoral dessa. Complemente-se, ao tempo desta pesquisa o julgamento encontra-se com seis votos favoráveis ao provimento e um voto desfavorável.

Isto posto, conforme foi explanado anteriormente, existem diversos argumentos contrários ao financiamento público exclusivo. Os de conteúdo persuasivo mais pujante dentre eles são os que afirmam que a medida seria ineficaz, pois as empresas continuariam a doar para as campanhas só que de forma não declarada, configurando o chamado “caixa dois”, e os que afirmam que haveria excessivo oneração dos cofres públicos.

Luís Roberto Barroso, também ministro do STF, respondeu essas questões em um artigo escrito no ano de 2010, para um seminário sobre Reforma Política da OAB:

Quanto ao primeiro aspecto, é preciso ter em conta que os desvios poderão ocorrer, como já ocorrem, mas o controle tenderá a ser muito mais eficaz. Com a limitação drástica do custo das campanhas lícitas, a ilicitude será mais facilmente detectável e haverá interesse dos partidos na fiscalização recíproca. A segunda objeção é refutada quando se constata o enorme custo da corrupção. Tanto no sentido imaterial – custo político e democrático – dado o falseamento da representação popular, quanto no sentido puramente contábil. Não é incomum que os financiadores privados condicionem suas contribuições, especialmente as ocultas, à obtenção de vantagens indevidas, beneficiando-se muitas vezes de licitações

viciadas e verbas orçamentárias sem controle adequado.
(BARROSO, 2010 p. 20)

Tendo feito essa crítica e demonstrado o apoio à proposta, os autores devem registrar que tem por certo de que é possível que a ADI citada, grande esperança dos movimentos intelectuais ligados à esquerda no sentido de proibir o financiamento privado eleitoral, não seja deferida pelo Supremo Tribunal Federal. Não obstante, tramita atualmente no Senado Federal um Projeto de Lei que tem o mesmo objetivo - o Projeto de Lei do Senado nº 60 de 2012 (PLS 60/12). Este busca alterar o Art. 24 da lei 9.504/1997, estabelecendo vedações para as doações em campanhas eleitorais, o qual em abril de 2014, diga-se, obteve aprovação da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania da referida Casa, sendo encaminhado à Câmara dos Deputados.

3.3 Consequências e possibilidades futuras

A interpretação constitucional exige a conciliação de variadas espécies normativas. Já no art. 1º da Constituição Federal fixa-se que o Estado tem como fundamentos, entre outros, o pluralismo político e a livre iniciativa. Por isso mesmo é que a discussão em torno do financiamento bancado por empresas, que em 2010, conforme dados do Tribunal Superior Eleitoral, significou 75% do dinheiro investido em campanha, merece ponderações. Ademais, ainda surge nessa espreita a dúvida se os recursos próprios na campanha seriam legítimos de modo a não perturbar disputa para o pleito. Até o presente momento tem-se entendido que não.

Com o intento de tornar as eleições em palco de debates e propostas, fazendo com deixe de ser cenário de publicidade e propaganda, considera-se que alguns aperfeiçoamentos são necessários, como elucida Cristiane Rachel Pironi:

A reforma da legislação. No caso do Brasil, esta reforma deve ser no sentido de estabelecer limites às contribuições em valores e não em porcentagens baseadas nos ganhos do doador, estimulando a doação de pequenos montantes em detrimento de grandes somas [...] (2008, p. 165).

A sugestão de Pironi indica a necessidade de incentivo a pluralidade de incentivadores, em detrimento de campanhas financiadas por grupos determinados. Em primeira instância, depreende-se priorizar o caráter democrático da atividade política, de maneira que, para tal, faça-se a regulação da livre-iniciativa, sobretudo da levantada por pessoas jurídicas.

Em uma perspectiva ampla, as palavras do historiador alemão Peter Grupp, sobre a análise da política na América Latina, corroboram a estratégia citada:

“a cultura política tradicional é avessa a soluções de

compromisso, é patriarcal e parece uma corte dominada por conspirações; concentra poder, cria arbitrariedade, favorece a dependência e impede a iniciativa. Uma cultura política moderna deveria incentivar o consenso e ser séria, transparente, igualitária e participativa; deveria levar a divisão e controle do poder, criar segurança jurídica, promover a liberdade e recompensar a iniciativa (1993, p.4)”.

Incluindo nesse rol a justificativa do PLS/60, que discute o tema, é necessário compreender o eleitor como parte integrante da vida política, com isso reiterando a participação, inclusive a financeira, como manifestação dos direitos políticos. Sobre pessoas jurídicas é sabido que essas não têm direito ao voto, e acabam investindo nas eleições em virtude de fins exclusivamente ligados a atividade comercial. Diferentemente do que ocorre com a doação de empresas, o estímulo a participação pessoal pode reforçar o espírito democrático, e este é um ponto louvável. Um sistema assim, todavia, não é ileso e suficientemente confiável. Em um segundo plano o aumento do número de financiadores deve ser acompanhado do enrijecimento da fiscalização. De modo diferente, o financiamento servirá novamente como pretexto para a corrupção.

Vistos estes aspectos, e considerando o cenário sociológico do país, o cogitado financiamento público de campanha acaba se tornando solução prática para facilitar a fiscalização, apresentando-se como um modelo que permite disputas eleitorais em um campo ideológico mais conciso. Entretanto, como apontado por vezes nesse trabalho, este modelo, que colide com alguns preceitos constitucionais inclusive, é alvo de contestações. Adotar esta modalidade significa até mesmo a necessidade de alguma regulação da divisão interna de verbas nos partidos. Ainda assim, pode-se dizer, tendo em vista o teor das discussões, tem-se que para as próximas eleições, alterações tendem a ocorrer em menor ou maior escala, seja mediante julgamento do STF, seja mediante projeto de lei.

CONCLUSÃO

Tendo a honra de poder, ao longo deste trabalho, expor fatos, ideias, argumentos e opiniões acerca de um tema cuja importância iguala-se à raridade com que ele é observado pelas doutrinas tradicionais, resta aos autores concluir este artigo trazendo um resumo geral do que foi mais observado durante a argumentação, presente no corpo do texto, e expondo também, com poucas palavras, suas opiniões acerca do conturbado tema que nos propusemos a estudar. Por fim, é necessário observar que, tratando-se de uma obra conjunta, é comum que os autores venham a discordar em determinados pontos, mas enfim, após muita discussão foi possível encontrar o denominador comum que objetivado no início desta obra.

Antes de ser analisada a dogmática, positiva e atualmente em vigor, por si própria, foi feita uma breve análise histórica da matéria. Por razões até

mesmo relacionadas ao tamanho objetivado para o texto e à prolixidade que buscamos evitar, foram omitidas diversas épocas e eras históricas, notavelmente a Idade Média. Houve, portanto, o cuidado de escolher épocas e eventos históricos de valor realmente relevante para análise do tema proposto. Qualquer bom observador histórico sabe que, por razões político-ideológicas, as eras excluídas não configuram um campo exatamente fértil no que se refere à evolução das noções de democracia, campanha e financiamento eleitoral. Desse modo, pudemos nos deter ao que era de fato importante. A pesquisa mostrou que a campanha eleitoral, financiada ou não, pode ser observada até no mais remoto dos tempos. Exemplo prático disso é o cenário que foi observado no Brasil-Colônia, Império e até mesmo nos primórdios da República.

Realizada a análise histórica, que é de vital importância ao estudar qualquer seara jurídica devido ao objeto de estudo estar diretamente ligado à cultura de um povo, que obviamente é um reflexo de sua história, pudemos finalmente nos debruçar sobre a área que é, talvez, de maior curiosidade para o leitor, a da dogmática vigente.

Iniciamos nossa argumentação acerca do tema lembrando que a própria Constituição do nosso país faz previsão da influência do aspecto econômico sobre o processo democrático, postando-se eminentemente contra o abuso da dita influência. Trouxemos uma interpretação do que dizem as leis relativas: pode-se estabelecer duas formas de financiamento de campanha eleitoral - aquelas realizadas pelo próprio Estado, e aquelas que podem ser feitas por partes privadas, aqui chamados de “meios não-estatais”. Toda a regulamentação foi citada, e pode ser observada no capítulo que estuda o tema.

Em destaque fica o financiamento privado das campanhas políticas, que já é limitado e regulamentado pelo nosso legislador, mas não de forma suficientemente firme para impedir que haja abuso do poder econômico. Como grandes financiadores das eleições, questiona-se a legitimidade que pessoas jurídicas têm para financiar campanhas, afinal, não lhe são atribuídos direitos políticos. Ademais, o noticiário tem mostrado casos de empresas que financiam aparentam ter uma inexplicável facilidade para vencer licitações para realizar as obras do estado - o que suscitaria dúvidas, no mínimo. Não só o financiamento privado pode se tornar fator corruptor, como também é provado que ele encarece as campanhas, pois se os valores destas estão sujeitos às leis do mercado, pode-se concluir que quanto maior a concorrência política, geralmente saudável para a democracia, maiores serão os gastos na campanha política. Por outro lado, se o financiamento for exclusivamente público, os valores serão fixos, não havendo qualquer encarecimento.

Conforme foi dito no texto, existem propostas da sociedade civil, representada por entidades como a OAB, bem como de parlamentares que pretendem mudar esse quadro. A OAB propôs ADIN que tem por objetivo declarar inconstitucional parte de determinadas leis, mudando sua interpretação de modo a tornar o financiamento de campanha exclusivamente estatal. No Senado, há proposta que pretende excluir o financiamento por pessoas jurídicas, estando este em fase de discussão.

É nesta conclusão que os autores julgam apropriado registrar seu mais

estimado apoio às propostas de caráter revolucionário que pretendem alterar a legislação, eliminando o financiamento privado, ou restringindo-o. Acreditamos e depositamos nossas esperanças no financiamento exclusivamente público de campanha como um elemento que virá a fortalecer a jovem democracia brasileira. Não obstante, devemos registrar que existem por nossa parte desconfianças, as quais foram levantadas no corpo do texto. Determinados autores e também o ministro do STF, Teori Zavascki, postaram-se contra as mudanças, cada um pelas suas razões - buscamos soar imparciais, mostrando também seus argumentos e tivemos o cuidado de ao menos tentar rebatê-los evocando autores que consideramos autoridade no assunto.

Referências

- BARROSO. Luis Roberto. *Relatório de Seminário sobre a Reforma Política*. Organizado pela OAB. Brasília. 2010. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Relat%C3%B3rio-Reforma-Pol%C3%ADtica-OAB.pdf>>. Acesso em 22 mai. 2014
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. *Código eleitoral anotado e legislação complementar*. 9ª ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2010.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Ordinário nº 9.356/1996, do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 mar. 1996*. Disponível: <<http://www.tse.jus.br/sadJudSjur/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT7307249§ionServer=TSE&docIndexString=0>>. Acesso em: 25 mai. 2014.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução 23.404 de 27 de fevereiro de 2014a*. Dispõe sobre propaganda eleitoral e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas Eleições de 2014. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-tse-no-23-404/view> >. Acesso em: 29 mai. 2014a.
- _____. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução 23.406 de 05 de março de 2014b*. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas Eleições de 2014. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-tse-no-23-406/view>>. Acesso em: 30 mai. 2014b.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito Geral e do Brasil*. Porto Alegre: Lumen Jures. 2007.
- CHURCHILL, Winston Leonard Spencer. *Em discurso na House of Commons, 11 de Novembro, 1947*. Disponível em: <<http://pt.wikiquote.org/wiki/Democracia>> Acesso em: 25 mai. 2014.
- FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. 2ª ed., ver e alt. Brasília: TSE/SDI. 2005.
- GRUPP, Peter. *A democracia como desafio no fim do século*. Papers n. 1. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stifung. 1993.

MELLO, Marco Aurélio. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 Distrito Federal*. Voto na íntegra do Ministro Marco Aurélio, para a ADI 4.650/DF. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4650MA.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2014.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2004.

PIRONI, Cristiane Rachel. *Igualdade política e financiamento de campanhas eleitorais*. 2008. Dissertação (mestrado). Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo, 2008.

RAMAYAMA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2006.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Valber de Moura. *Elementos do Direito Eleitoral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 Distrito Federal*. Voto na íntegra do Ministro Teori Zavascki, para a ADI 4.650/DF. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4650TZ.pdf>>. Acesso em: 24 mai. 2014.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA

Ana Paula Meda⁷⁴

RESUMO:

O presente estudo compreende a análise do direito fundamental social à moradia digna mediante sua efetividade através do Poder Judiciário que condiciona às decisões judiciais. Destaca-se que referido direito está previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988 e é posto como importante vértice da dignidade da pessoa humana. Nesse viés, a problemática levantada busca entender o que são os direitos fundamentais sociais, bem como qual é o conceito de moradia adequada e ainda, de que forma as decisões judiciais como manifestações do Poder Judiciário, podem efetivar o direito à moradia sem ofender a Separação dos Poderes e sem estagnar diante da reserva do possível. Visa-se, assim, por meio de um olhar crítico buscar uma solução alternativa de efetivação do direito à moradia por intermédio da utilização de instrumentos já presentes no ordenamento jurídico pátrio. De igual modo, observa-se a importância do direito à moradia como necessidade básica e indispensável para a sobrevivência humana digna.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora em tratamento centralizou a questão da efetividade dos direitos fundamentais sociais, em especial, o direito à moradia, com fundamento no papel do Poder Judiciário nessa garantia, por intermédio das decisões judiciais que preservem o direito o direito de morar dignamente.

Citado objeto de estudo ao ser trabalhado, tem como justificativa e relevância social a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais, ainda que através de decisões judiciais que protejam a moradia, direito consagrado no rol do art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Assim, a problemática essencial deste estudo pauta-se no seguinte: como o Poder Judiciário, por meio de suas decisões, pode garantir o direito fundamental social à moradia sem desprezar a Separação dos Poderes e sem estagnar frente aos limites orçamentários?

Objetivou-se mediante esta linha de pensamento, apresentar o que são os direitos fundamentais sociais e no que consiste o direito à moradia, para que, diante de todo aparato teórico, se construísse uma possibilidade de verificação das decisões judiciais enquanto garantia do direito de morar.

Nesse viés, para se tornar viável o entendimento do problema posto a lume, foi fundamental a demarcação de seu estudo que se fundou em um breve exame sobre os direitos fundamentais e suas dimensões com destaque para o surgimento do direito à moradia. Posteriormente, trabalhou-se a concepção do que é moradia, bem como a amplitude do direito à moradia e sua importância na realidade humana. Em seguida, tratou-se de explicar de que forma as decisões judiciais podem culminar na garantia do deste direito,

⁷⁴ Discente do Curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

ressaltando-se o papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito.

Para tanto, o referencial teórico seguido abarcou a definição e a análise das dimensões dos direitos fundamentais sociais que, conseqüentemente, recaíram no do direito à moradia, a fim de que se apontasse, por fim, o papel do Poder Judiciário na formação de uma sociedade mais justa.

Na tentativa de solução do problema proposto, utilizou-se nesta pesquisa o método dedutivo, iniciando-se por um amplo espectro de abordagem sobre os direitos fundamentais sociais até se culminar na questão em específico, qual seja, de que maneira uma decisão judicial pode ser tão importante na garantia de um direito social como o é a moradia.

As técnicas de pesquisa empregadas basearam-se na pesquisa indireta documental (Constituição Federal de 1988, Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 4 sobre o Direito à Moradia Adequada) e na pesquisa indireta bibliográfica, através de doutrinas, artigos e publicações científicas.

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Nos tempos de hoje a questão da efetivação dos direitos sociais, certamente, é um assunto de evidente destaque na ótica da sociedade brasileira, isso porque a dignidade da pessoa humana é fundamento exposto da Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, III e necessita de ser alcançada dentre outras formas, através do progresso paulatino dos direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido, no art. 6º da Carta Magna encontram-se posicionados os chamados direitos fundamentais sociais, sendo estes o direito à educação, à saúde, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados, vez que necessitam da intervenção estatal para sua efetividade em âmbito material.

A partir de então, a fim de que seja viável a compreensão do tema proposto, indispensável torna-se o conhecimento do que são os direitos fundamentais e quais as diferentes divisões que os compõem.

A princípio os direitos fundamentais podem ser definidos como aqueles que estão, dentro da circunscrição de cada país, percebidos e positivados pela Constituição de determinado Estado (CASTILHO, 2013, p.14).

Nesse seguimento, Pansieri (2012, p.31) entende que os direitos fundamentais são “[...] normas definidoras dos direitos inerentes à pessoa contidas no texto constitucional positivado de um País, [...]”. Explica o autor tratar-se da expressão mais adequada para se referir aos direitos previstos no Título II da Constituição Federal de 1988.

Partindo dessa premissa, nota-se que o termo direito fundamental está arraigado no direito da pessoa nacional, a qual tem prerrogativas estabelecidas na Constituição do Estado que integra.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 “inspirada por ventos democráticos, ampliou os direitos fundamentais” (BREGA FILHO, 2002, p. 39) e, utilizando a expressão Direitos e Garantias Fundamentais, arranhou os

direitos fundamentais, começando pelos direitos e deveres individuais e coletivos, seguido pelos direitos sociais, pela nacionalidade e, ainda, pelos direitos políticos e partidos políticos (PANSIERI, 2012, p.31).

Assim, posiciona-se o direito à moradia no art. 6º da Constituição Federal de 1988 enquanto direito fundamental social.

Dessa forma, para o devido entendimento sobre o que é um direito fundamental social, cabe mencionar que o direito à moradia integra a segunda dimensão dos direitos fundamentais que, por sua vez, tem três divisões principais: direitos de primeira dimensão, também chamados de Direitos Fundamentais de Defesa; direitos de segunda dimensão ditos Direitos Fundamentais Sociais e os direitos de terceira dimensão, denominados Direitos Fundamentais Difusos (PANSIERI, 2012, p.35).

As dimensões dos direitos fundamentais representam uma maneira de se compreender o surgimento de referidos direitos na perspectiva histórica, de forma a ser concebida a razão de sua existência. Ainda, de acordo com Pansieri, (2012, p.35) a utilização do termo dimensão dos direitos fundamentais foi invocada, pois, conforme sustenta a doutrina sobre o assunto, a ideia de dimensão agrega o entendimento de complementaridade, de algo progressivo.

Permite-se, então, uma noção de acréscimo de direitos e não de substituição, o que pode ocorrer com a utilização do termo geração de direitos fundamentais.

Passa-se, então, a uma sucinta análise sobre as já pinceladas dimensões dos direitos fundamentais, para que, adiante, o direito à moradia seja apreciado de forma melhor esclarecida.

Quanto aos direitos de primeira dimensão, Brega Filho (2002, p.22) observa que “dizem respeito ao indivíduo (igualdade, intimidade, honra, vida, propriedade e outros), complementados pela liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de manifestação, de reunião e pelos direitos de participação política”, existindo assim um limite para a atuação estatal, ou seja, um “não fazer” do Estado, resultando em uma conduta negativa por parte do mesmo. Tem-se, aqui, uma preocupação com a atuação desenfreada do Estado em face da liberdade indivíduo.

Já os direitos de segunda dimensão direcionados pelo lema da igualdade, foram reconhecidos “graças às reivindicações dos movimentos socialistas iniciados na primeira metade do século XIX” (CASTILHO, 2013, p.27). Isso porque as liberdades individuais sozinhas, não seriam suficientes para constatar a verdadeira igualdade material a ser buscada, então, a partir da concepção de Estado Social (PANSIERI, 2012, 36).

Desta feita, “foram definidos e assegurados os direitos sociais, econômicos e culturais buscando garantir condições razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais” (BREGA FILHO, 2002, p.36). Enquadra-se nessa dimensão o direito à moradia, de forma a ser entendido como uma condição para a dignidade necessária que desencadeie o exercício e a efetivação de demais direitos. A respeito do surgimento do direito à moradia com referência à segunda dimensão dos direitos fundamentais, eis o que ressalta Flávio Pansieri:

Foram as Constituições Mexicana de 1917 e a de Weimar e 1919, que redefiniram a relação entre Estado e Cidadãos, com objetivo de criar a igualdade real ou material, onde todos poderiam ter a possibilidade de participação e de utilização dos mesmos bens sociais postos à disposição. (...). Nessas constituições é que surgem as primeiras menções à ideia de função social da propriedade que podem ser entendidas como correlatas à moradia. Mas é só em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU que, pela primeira vez, pela ordem internacional é que foram reconhecidos os denominados Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dentre os quais, a Moradia [...]. (2012, p. 36/37).

Dessa maneira, quanto aos direitos fundamentais sociais ou direitos de segunda dimensão, é razoável afirmar que seu certo reconhecimento aconteceu somente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), sendo esta um marco essencial na consolidação e no desenvolvimento dos direitos sociais.

Por fim, os direitos de terceira dimensão são aqueles guiados pelo ideal da fraternidade, como, por exemplo, o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, entre outros (CASTILHO, 2013, p. 32). Percebe-se com isso, que tais direitos têm titularidade coletiva e, segundo Brega Filho (2002, p.23) “alguns direitos são transcendentais, pertencem a todos e por isso surgiu no direito constitucional mundial, os direitos de terceira geração também chamados de direitos de solidariedade”.

Feita essa apresentação, pode-se concluir pelo rápido exposto que os direitos fundamentais, no sentido de acompanhar as necessidades da evolução humana enquanto sociedade, também evoluíram no decorrer da história.

A evolução, então, trouxe para os arcabouços jurídicos inúmeros direitos que visam proteger e preservar a vida do homem em sua plenitude – tanto na esfera individual, com relação a sua autonomia (direitos fundamentais de primeira dimensão), como no âmbito social, no intuito de se assegurar direitos básicos para um mínimo de vida digna (direitos fundamentais de segunda dimensão), bem como no domínio difuso, pelo qual todas as pessoas têm interesse na tutela de um bem em comum, no caso, por exemplo, do meio ambiente (direitos fundamentais de terceira dimensão) – para que, desta forma, as pessoas não padeçam pela arbitrariedade, nem pela falta de assistência e, muito menos, pela destruição do bem comum com vistas à mercancia.

Posto isso, é notório abranger a percepção de que os direitos fundamentais sociais não foram criados para comporem um caderno de recomendações. Existem para serem efetivados e, ainda, não se fala de uma efetivação na medida do possível, mas na efetividade plena, visto que de tão importantes estão disciplinados na Carta Maior do Estado brasileiro, como acontece com o direito à moradia. Sob essa perspectiva, não podem os Poderes ignorar a norma, especialmente no que tange a este estudo, o Poder Judiciário.

2. DO DIREITO À MORADIA

Neste capítulo será abordado o conceito, o alcance e a delimitação do que é moradia, bem como a importância da concretização deste direito diante do exame de dados estatísticos nacionais.

Dessa forma, como análise primeira, a moradia pode ser conceituada no espaço que proporciona ao indivíduo e sua família a proteção que o alivia das intempéries diárias, sendo um ambiente de recolhimento, no qual a pessoa humana descansa e nutre suas necessidades mentais e corporais em clima de bem-estar, resguardado em um local saudável (NOLASCO, 2008, p.88).

Segundo Venosa (2007, p. 197) “assim como a vida da pessoa tem determinado limite de tempo, possui também limite de espaço”. Então, esse limite de espaço encontra sua representação no abrigo que é a moradia.

Neste prisma, veja-se o que registra Odoné Serrano Júnior em contemplação aos ensinamentos de Eliane Maria Barreiros Aina:

A moradia é, ao mesmo tempo, local de refúgio da pessoa humana, como também espaço para sua integração com a família, com a cidade e com o mundo, com as demais pessoas, de forma que o indivíduo possa encontrar condições concretas para exercer suas liberdades, sua cidadania, sua dignidade, enfim, os pressupostos indispensáveis para desenvolver plenamente as potencialidades da sua personalidade (2012, p. 60).

Observa-se, dessa maneira, que a moradia enquanto lugar de desenvolvimento humano está diretamente atrelada ao exercício da cidadania e das liberdades, “conduzindo, conseqüentemente, às pessoas a um “processo de libertação”, reconhecendo-as como cidadãs e como integrantes da democracia direta e participativa” (MADRID, 2012, p.12).

Segundo Silva (2010, p. 188) “se as necessidades humanas básicas não forem atendidas, o indivíduo não tem como desfrutar do *status* de cidadão, pois o exercício da democracia exige certo grau de independência e de segurança para todos”. Corroborando para tal entendimento o quanto os direitos sociais carecem de efetivação no seio da vida em sociedade.

Esse referencial traduz a ideia de que o próprio Estado Democrático de Direito é prejudicado quando não existe a devida efetivação dos direitos básicos da população, ensejando problemas de âmbito educacional, de saúde, de segurança, de política e da democracia.

Há também outro relevante posicionamento sobre a indispensabilidade do direito à moradia ao se correlacionar este com a concretização de outros direitos fundamentais para o desenvolvimento da pessoa humana, nesta razão porque uma pessoa sem moradia ou com moradia inadequada pode desenvolver problemas que afetam toda sua formação enquanto indivíduo, como, por exemplo, na saúde.

Ressalta-se, por sua vez, o ponto de vista de Serrano Júnior (2011, p.60)

ao afirmar que o significado de moradia é extremamente mais abrangente do que condiciona a simples ideia de casa própria e patrimônio.

Ainda sob o olhar que abrange a definição de moradia, esta é interpretada, conforme as colocações de Sérgio Iglesias Nunes de Souza, como um tema de grande conexão com a necessidade e a querência do homem por abrigo, estando pontualmente ligada “com a sua sobrevivência e com seus direitos à privacidade, ao segredo doméstico, à própria liberdade dentro de um espaço – ainda que limitado -, à propriedade privada” (2004, p. 21-22).

Também nesta perspectiva sintetiza-se que o ambiente de moradia pode ser entendido segundo a concepção de posse, na qual, existe o poder sobre determinado espaço em que se fixa a moradia:

O direito de moradia consiste na posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção contra a intempérie e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática de atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão. Trata-se de direito erga omnes. Nesse sentido, moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e os seus; daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção. (NOLASCO, 2008, p. 88).

Por este caminho é oportunamente interessante frisar que a expressão moradia, segundo Serrano Júnior (2012, p.50) envolve o escopo conceitual de uma casa em que exista decência de higiene, tratamento de esgoto e coleta de lixo, em meio a um ambiente livre de conjecturas subumanas, reunido dentro de um todo urbanístico que permita a integração entre moradia e cidade.

Da simples análise anterior é possível perceber que a moradia e, conseqüentemente, o direito à moradia está intrinsecamente ligado com a integridade física do homem e com o direito à saúde, ao passo que um direito não prospera totalmente sem a adequação do outro.

Mediante esses apontamentos conceituais engajados diante da compreensão de cada autor, absorve-se, de plano, que é comum em todas as tentativas de significado a percepção de que a moradia é um espaço que contempla as relações familiares e permite que elas aconteçam em local privativo, que acolhe e protege o ser humano, com a devida segurança da posse.

Submergindo ainda a esses entendimentos, é de salutar alvitre direcionar o conceito de moradia para o campo do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. Isto porque o direito à moradia é creditado também na esfera do direito internacional, sendo assunto discutido e veiculado pelos Estados nacionais.

No entanto, esta pesquisa não pretende abordar todos os documentos

internacionais que prevêm ou estejam conectados com o direito de morar, nem mesmo cuidar de tratados ou convenções, mas somente delinear, em consonância com este capítulo, alguns componentes que fazem parte do conceito de moradia para fins de defini-la.

Por esta conjectura apresenta-se contundente a explicação de Nelson Saule Junior sobre a significação do direito à moradia diante do plano internacional:

O direito à moradia pode ser considerado plenamente satisfeito a partir da existência de três elementos que são: viver com segurança, viver com paz, e viver com dignidade. O núcleo básico do direito à moradia é constituído, portanto, pela segurança, pela paz e pela dignidade. Situações que retratam a violência urbana como as ações das organizações de traficantes e do crime armado, que resultam em fechamentos de territórios, de conflitos armados nos morros e favelas, as invasões de domicílios praticadas pelos agentes de segurança pública, com a polícia civil, são evidentes formas de violação do núcleo básico do direito à moradia da segurança e da paz. Quanto à abrangência do direito à moradia, esta deve ser compreendida com base nos preceitos do direito internacional dos direitos humanos, considerando-o indivisível, interdependente e inter-relacionado com os demais direitos humanos, como direito à vida, direito à igualdade, direito de não sofrer nenhuma forma de discriminação, de liberdade de expressão e associação, direito à inviolabilidade de domicílio, direito à saúde, à segurança e ao meio ambiente saudável (2004, p.133).

Por intermédio desta linha de raciocínio, a amplitude da definição do conceito de moradia é inquestionável. Seguindo essa direção, existe o Comentário Geral nº 4 sobre o Direito à Moradia Adequada do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que interpreta o art. 11, §1º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – ratificado pelo Brasil no ano de 1992 – e que define os componentes da moradia.

Desta maneira, Nelson Saule Junior (2004, p. 103-105) na obra *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares* desenvolve com maestria o estudo dos seis componentes do direito à moradia, sendo estes os seguintes:

- Segurança jurídica da posse: o que constitui dizer que qualquer forma de posse (aluguel, assentamentos informais, pelo proprietário, entre outras) precisa do mínimo de segurança contra o despejo pela força ou por ameaça;
- Disponibilidade dos serviços, materiais, benefícios e

infra-estrutura: ou seja, a moradia adequada se faz pela composição de serviços necessários, como, por exemplo, o acesso à água potável, luz elétrica, instalações sanitárias, entre outras;

- Gastos suportáveis: no sentido de que os custos do indivíduo mais aqueles ligados à moradia não prejudiquem o contentamento de outras necessidades principais.

- Habitabilidade: relacionada ao espaço físico. Deve ser capaz de trazer proteção ao morador, como no caso do frio, por exemplo. Está acoplada à ideia de garantia da integridade física da pessoa.

- Acessibilidade: todos os grupos da sociedade devem ter as condições que forem suficientes para dispor da moradia adequada.

- Localização: este componente atenta para o fato de que a moradia precisa estar inserida dentro do contexto urbano, oferecendo proximidade aos serviços públicos essenciais e proporcionando possibilidades de emprego.

- Adequação cultural: cuida da preservação da cultura, a ser afirmada na construção das moradias.

A partir dessa mostra, nota-se que o direito à moradia não deve ser confundido com a mera projeção de uma casa. Muito mais vasto do que isso, pode-se dizer que a moradia não é composta apenas pelo espaço físico, mas também por outros elementos de ordem econômica e social, o que torna imprescindível a atuação do Estado na sua efetividade.

Neste prospecto surge a importância do assunto em tratamento, vez que o direito à moradia apresenta liame profundo com as carências materiais do homem e, dentro disso, mostra-se o quão vigente se faz a ideia do Estado interventivo que age promovendo a moradia digna no retrato social, ao passo que deve proporcionar às pessoas condições básicas e decentes de sobrevivência.

A intervenção do Estado, dentro desse alcance, parte da noção de que o direito fundamental à moradia – inserido no art. 6º da Constituição Federal por meio da EC nº 26 de 2000 – exige a atuação do Poder Público, dada a sua positividade enquanto lei e sua dimensionalidade prestacional.

Mediante isto, o direito à moradia digna não deve, sob nenhum pretexto, ser tratado como produto de mercado, como objeto de poder aquisitivo, pois que a moradia deve ser considerada integrante do mínimo existencial, indispensável à vida digna de qualquer pessoa.

Entretanto, mesmo com a verificada importância do direito em apreço, a atuação estatal ainda não age de maneira eficiente para que se consiga dar a atenção necessária ao problema que envolve as moradias. O direito social, com isso, resta em última preocupação e com pouca efetividade na realidade brasileira.

Assim, é considerável que os direitos sociais, por mais que representem um discurso já muito propagado, precisam de uma alternativa de efetivação

que garanta o direito e modifique a realidade das pessoas.

Com isso, o aludido estudo busca uma opção para esta problemática que pode ter aplicabilidade no universo jurídico, de tal forma que as decisões judiciais reconheçam a importância do direito social na análise do caso concreto e avaliem o interesse que se mostrar mais necessário na situação a ser tratada, configurando, de igual modo, o papel que o Poder Judiciário pode exercer frente aos direitos fundamentais sociais.

3. DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO GARANTIA DO DIREITO DE MORAR

A princípio é preciso estabelecer algumas considerações acerca da Separação dos Poderes para que se passe aos apontamentos sobre a função jurisdicional como garante do direito à moradia.

Inicialmente, imagina-se o princípio da Separação dos Poderes atrelado apenas à ideia de limite do poder estatal em meio à preservação da autonomia do indivíduo, mediante a existência de uma divisão funcional clássica, conforme apresentada por Montesquieu (PANSIERI, 2012, p.135).

Entretanto, a evolução temporal precisou a integração entre os Poderes clássicos (Legislativo, Executivo e Judiciário), a fim de que o Estado adquirisse eficiência. Então, conforme argumenta Pansieri (2012, p.136), o princípio da Separação dos Poderes não pode ser visto “como um imobilizador da inter-relação entre as funções dos Poderes Estatais”.

Neste diapasão, Edinilson Donisete Machado expõe didaticamente o que se entende pelo princípio da Separação dos Poderes:

A ideia de separação de poderes, em sua acepção, pode levar à compreensão de vários poderes separados. Mas, como se trata de um único poder, não há como compreender esses diferentes poderes, a não ser em sua unidade, nunca na separação.

Não é incorreto dizer que para Montesquieu o importante é que o poder não se concentre em uma única classe social e que sua distribuição tenha a capacidade de barrar a outra, de modo a forçar o consenso, evitando-se o abuso de poder por parte de alguns dos corpos, chegando à liberdade política. [...]

Conclui-se, portanto, que o poder político se manifesta pelos órgãos do Estado, no qual as funções são atribuídas pela Constituição com suas respectivas competências, em que há divisão de funções e não separação ou divisão de um único poder. (2012, p.86/87).

Observa-se, desse modo, que o poder é uno, existindo, na verdade, a separação/divisão das funções exercidas pelo poder único. Toda essa

diferenciação explica a necessidade antiga e sempre presente de equilibrar o poder, de maneira que a própria divisão das funções limite o alcance do poderio da outra.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição Federal de 1988, estabeleceu a Separação dos Poderes como princípio fundamental a título de cláusula pétrea (PANSIERI, 2012, p.137), esculpido no art. 2º ao prelecionar os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como poderes da União, independentes e harmônicos (MACHADO, 2012, p. 91).

Em razão disso, de acordo com Pansieri (2012, p. 138), é que os problemas relacionados à Separação dos Poderes “devem ser entendidos sob a ótica contemporânea que objetiva a realização de um Estado com igualdade material, que se efetiva por intermédio da interconexão entre as funções estatais”.

A partir deste ponto já é possível ser estabelecido um paralelo entre a citação supra e o direito à moradia, eis que este desde que seja realizado contribui para a consolidação de um Estado com igualdade real, em que existe o equilíbrio dos poderes e o conseqüente, Estado Democrático de Direito.

Neste viés, cabe visualizar, ainda que superficialmente, o papel de cada função/poder de acordo com as competências estabelecidas pela Constituição Federal de 1988. Assim, tem-se nesta abertura o desempenho da função legislativa que, por sua vez, vincula-se ao propósito de criar leis em sentido amplo (MACHADO, 2012, p. 100), não podendo desviar sua competência do núcleo fundamental das prerrogativas estabelecidas pela Carta Magna, conforme desponta Pansieri quanto à eficácia e vinculação dos direitos sociais face ao Legislativo (2012, p.145).

Em seguida, a função executiva “exerce a chefia do Estado e a chefia do Governo. Esta última inclui o comando e a fiscalização da Administração Pública e a elaboração de políticas que serão por ela executadas” (MACHADO, 2012, p. 102) e, da mesma forma, vincula-se aos direitos sociais com base no art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 ao estabelecer a aplicabilidade imediata destes (PANSIERI, 2012, p.152).

Continuando essa lógica depara-se com a função jurisdicional, capacitada para aplicar, ou seja, ajustar a lei ao caso concreto, de maneira que utilize os instrumentos previstos no ordenamento jurídico, a fim de providenciar justiça (MACHADO, 2012, p.102) e, igualmente, encontra-se vinculada aos direitos fundamentais sociais “tanto no que se refere a sua função administrativa como órgão do poder público, como propriamente na sua função jurisdicional” (PANSIERI, 2012, p. 164).

Feitas tais exposições denota-se que cada função é complementar à outra e deve coexistir pacificamente, no intuito de melhorar a demanda estatal em meio às prioridades populacionais. No entanto, essa acepção não parece fácil de ser aperfeiçoada na prática do exercício dos Poderes, pois a omissão de algum deles provoca a sobrecarga e o mando maior do outro.

Por vezes, intitula-se ser isso o que acontece com o Poder Judiciário quando este se sobrepõe às lacunas deixadas pelo Legislativo e pelo Executivo e

determina o que deve ser feito na situação concreta trazida à cena judicial. Esta sobreposição, entretanto, nem sempre acontece à luz do vácuo das funções legislativa e executiva, mas é decorrente do próprio emprego dos instrumentos processuais presentes no ordenamento jurídico vigente no país.

É o caso aqui abordado: o papel do Poder Judiciário, por intermédio da decisão judicial, participando da efetividade do direito à moradia pelo simples reconhecer de dispositivos legais que já foram elaborados pelo Legislativo, sancionados e passíveis de políticas públicas pelo Executivo.

Nesse passo, também não há o que dizer quanto à reserva do possível frente aos direitos fundamentais sociais, pois, o reconhecimento de dispositivos legais para concretizar o direito em determinadas situações, não imperam tratativas de barreira orçamentária para o poder público, apenas decisões balizadas pela ponderação dos princípios ou pelo uso de instrumentos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio.

Logo, as decisões judiciais que dão efetividade ao direito à moradia pelos instrumentos jurídicos postos em lei sem precisar “obrigar” os outros Poderes a forçar orçamentos, acabam por encontrar uma saída alternativa que resulte em aplicação prática, haja vista que a reserva do possível tornou-se discurso distorcido que acaba por estancar a concretização dos direitos sociais sempre no estigma do provimento econômico insuficiente:

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais também pode ser comprometida pela aplicação da reserva do possível, que enquanto condição de realidade a impor a observância da disponibilidade de recursos pelo julgador, acabou por ser ideologicamente manipulada, a ponto de legitimar a negligência dos poderes públicos para com a destinação de recursos econômicos. A própria noção de escassez de recursos tem sido apresentada como um dogma insuperável, de modo que a questão referente à disponibilidade muitas vezes não é apreciada em sua concepção original: aquilo que razoavelmente se pode exigir do Estado para a satisfação do direito. (OLSEN, 2010, p. 311/312).

Conclui-se, deste modo, que a moradia muitas vezes pode ser protegida e efetivada sem a necessidade de um Poder suplantar o outro e remeter o caso à reserva do possível que é a insuficiência de recursos financeiros. Como exemplo disto é oportuno considerar algumas decisões judiciais que reconhecem o direito à moradia, fazendo-o proteger e prevalecer e, por conseguinte, efetivá-lo, de acordo com a análise da lide levada ao conhecimento do Poder Judiciário:

TRT-PR-03-08-2012 PENHORA. BEM DE FAMÍLIA E CRÉDITO ALIMENTAR. CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À MORADIA. LEI 8.009/90. EXCEÇÕES À

IMPENHORABILIDADE TAXATIVAMENTE
ELENCADAS. Tanto o direito ao trabalho quanto à moradia são direitos sociais constitucionalmente assegurados. No conflito de princípios constitucionais, necessário realizar uma ponderação dos princípios envolvidos. No caso dos autos, prevalece o princípio constitucional que alberga a entidade familiar, base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado (CF, art. 226). A Lei 8.009/90 dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família e elenca taxativamente as hipóteses de exclusão da proteção legal, entre as quais o crédito trabalhista não se encontra, senão na hipótese do art. 3º, I. Impenhorabilidade do imóvel construído mantida. (TRT-9 44542011661900 PR 4454-2011-661-9-0-0, Relator: ARCHIMEDES CASTRO CAMPOS JÚNIOR, Data de Publicação: 03/08/2012).

Pela análise dessa ementa, percebe-se que foi utilizada para fins de julgamento a ponderação de princípios, ou seja, aferiu-se a razoabilidade no caso concreto entre o direito ao trabalho e o direito à moradia, ambos direitos sociais, para então, prevalecer o direito à moradia com fundamento na lei 8.009/90 que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

CONSTITUCIONAL E CIVIL. USUCAPIÃO PRÓ-MORADIA. TERRENO DE MARINHA. [...]. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 183 DA CARTA MAGNA. 1.Pretensão do Autor, ora Apelado, de que seja declarada a aquisição, por usucapião, do domínio do imóvel situado na Rua Maria Luiza, nº 398, Salgadinho, no Município de Olinda/PE, que é terreno de marinha, ao argumento de que "exerce a posse do bem, ininterruptamente e sem oposição, por período superior a cinco anos, utilizando-o para sua moradia e de sua família; não é proprietário de outro imóvel urbano ou rural, além de não lhe ter sido reconhecido, anteriormente, o direito à usucapião especial urbana, tornando-se assim, hábil para adquirir o domínio da área acima descrita, por haver preenchido os pressupostos do art. 183 da Constituição Federal e da Lei nº 10.257/01" [...]. (TRF-5 - AC: 437513 PE 0020774-65.2004.4.05.8300, Relator: Desembargador Federal Augustino Chaves (Substituto), Data de Julgamento: 19/11/2009, Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 27/11/2009 - Página: 459 - Ano: 2009).

Nesta outra jurisprudência a efetividade do direito à moradia foi reconhecida através do instituto da usucapião urbana que é um dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 10 de julho de 2001).

Também pode ser elencada como exemplo a Apelação Cível nº 917511-7 da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 6ª Vara Cível, na qual a massa falida intentou ação de reintegração de posse em face dos ocupantes de imóvel urbano. Entretanto, restou comprovada a usucapião especial de imóvel urbano às famílias que ali fixavam moradia há mais de cinco anos. Vide o comentário sobre a contestação dos réus feito pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo do Ministério Público do Paraná em sua página on line:

Os réus apresentaram contestação e, em peça apartada, exceção de usucapião especial coletiva de imóvel urbano, na qual afirmaram que: (i) o imóvel encontrava-se inutilizado há mais de 10 anos; (ii) os ocupantes exerciam posse sem oposição, mansa e pacífica, com destinação para moradia há mais de 5 anos; (iii) cada uma das 32 famílias que se encontravam no imóvel exerciam posse sobre uma parcela ideal do terreno, sem ultrapassar 250m², em conformidade com a Lei n. 10.257 de 2001, mais conhecida como Estatuto da Cidade (art. 9) e a Constituição Federal (art. 183); (iv) a Massa Falida parou de pagar os impostos referentes ao bem, incorrendo em abuso de direito; (v) mesmo sem ter sido possível delimitar o espaço ocupado individualmente por cada réu, não restava dúvida quanto à extensão territorial ocupada, o que dispensaria perícia. Requereram, ainda, a improcedência da reintegração de posse e a declaração da prescrição aquisitiva da propriedade em seu favor, nos termos do art. 183 da Constituição e da Lei n. 10.257/01. Posteriormente, a exceção de usucapião foi incorporada à contestação como matéria de defesa, [...] (Direito à Moradia- Jurisprudência Comentada).

Deste modo, as decisões anteriores dão mostra de que a função jurisdicional pode efetivar o direito à moradia limitando-se ao conteúdo normativo e de princípios previsto no ordenamento jurídico.

Consoante leciona Edinilson Donisete Machado (2012, p.114), “Afigura-se-nos que a única forma de evitar que haja efetivamente um desvio na decisão judicial para o campo da política [...], é a observância do ordenamento, por via das regras e dos princípios”. Coaduna para esse entendimento a ideia do presente estudo, ao passo que o direito à moradia parece ser passível de efetividade sem que as decisões judiciais caminhem para as políticas públicas.

Não obstante a todo o exposto, acrescenta-se que “juízes e tribunais

encontram-se vinculados ao Direito à Moradia, devendo zelar, no caso concreto, pela sua máxima eficácia e efetividade”, interpretando as normas ordinárias em plena concordância com as normas de Direitos Fundamentais (PANSIERI, 2012, p.168). Dessa forma, há a possibilidade do direito fundamental social à moradia ser efetivado pela função jurisdicional.

Ainda assim, observe-se o julgado do Superior Tribunal de Justiça que conhece da importância do direito em questão:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. AUMENTO ABUSIVO DO VALOR DAS PRESTAÇÕES. LEGITIMIDADE ATIVADO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO À MORADIA. [...] 3. O direito à moradia contém extraordinário conteúdo social, tanto pela ótica do bem jurídico tutelado - a necessidade humana de um teto capaz de abrigar, com dignidade, a família -, quanto pela situação dos sujeitos tutelados, normalmente os mais miseráveis entre os pobres. [...]. (STJ - REsp: 950473 MG 2007/0107144-3, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 25/08/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2011).

A utilização da expressão “contém extraordinário conteúdo social” imprime o contundente entendimento que se aperfeiçoa em meio ao direito à moradia digna enquanto sua efetividade na realidade social, não sendo percebido como algo relegado das discussões judiciais.

Quanto à efetividade do direito à moradia pelas decisões judiciais, igualmente afirma-se que “ao promover a participação procedimental que deve ser exigida, estarão sendo propiciadas às partes oportunidades iguais, desejadas e garantidas pelo princípio do devido processo legal, com todas as suas implicações” (MACHADO, 2012, p.124) o que representa outro prenúncio legitimador de que pode haver efetividade através do processo judicial que culmine em uma decisão final devida ao caso prático.

Por fim, sob o aspecto crítico da problemática até então exposta, aponta-se que sob nenhum propósito tentou-se elevar o Poder Judiciário ao patamar de herói social. Pelo contrário, a ideia central foi justamente buscar uma saída alternativa que possibilitasse uma aplicação prática diferente aos direitos sociais, sem ofender a competência dos outros Poderes, bem como sem recair no planejamento orçamentário público.

Toda a arguição utilizada com a finalidade de que seja percebida a efetivação do direito social à moradia em decisões judiciais que por vezes só analisam conteúdo objetivo, vem no sentido de se alcançar uma solução a partir do que já existe, tanto com relação ao Direito quanto com relação aos imóveis existentes nas cidades ou em locais rurais e que não exercem a função social da propriedade.

Porém, há que se frisar que de modo algum o Poder Judiciário sempre

deve orquestrar questões sobre os direitos fundamentais sociais, isso porque a própria efetivação dos direitos sociais enseja a formação de uma sociedade ativa e participativa, que reivindica, fiscaliza o poder público e propõe alternativas mediante as necessidades que lhes são necessárias:

Incumbe ao Poder Judiciário, portanto, a heroica tarefa de atender a esses direitos fundamentais no seu núcleo duro, o do mínimo existencial, mas sempre respeitando aos outros Poderes e, por via reflexa, fomentar a responsabilidade da sociedade como participante na atuação dessas instituições. Isso porque, se o Poder Judiciário for alçado a uma posição de quem tudo resolve, além da já referida desestabilização no sistema republicano, também provocará um ciclo vicioso em que a sociedade se posicionará cada vez mais de forma passiva frente aos problemas sociais que se apresentam, pois não agirá na condição de cidadã que lhe compete para decidir sobre questões que lhe afetam (SCHEID, p.1708).

Por fim, salienta-se que a todo o momento o Poder Judiciário não pode esquecer a amplitude dos direitos sobre os quais delibera, pois conforme preleciona Serrano Júnior, “daí a importância de o discurso jurídico fazer essa lembrança: moradia é direito personalíssimo. É direito humano fundamental, acessível e garantida a todos” (2012, p. 61).

Este é o papel do Poder Judiciário na efetividade do direito fundamental social à moradia ao prolatar as decisões judiciais.

CONCLUSÃO

Tendo em vista os argumentos levantados é possível verificar que os direitos fundamentais são imprescindíveis na garantia da dignidade da pessoa humana e que a divisão de tais direitos em dimensões traz a compreensão de que todos são complementares entre si, abrangendo a ideia de que um direito soma-se ao outro.

De igual modo, fez-se observar a presença do direito à moradia na segunda dimensão dos direitos fundamentais, chamados de direitos fundamentais sociais, haja vista que demandam uma atuação positiva do Estado.

Em especial, constata-se que o direito à moradia está diretamente relacionado à integridade física do homem, em ligação próxima com a saúde das pessoas. Também se confirma que a amplitude do direito à moradia é extremamente vasta e que sua significação está composta no plano internacional por seis elementos, voltados tanto para a parte física da moradia, como para a conjectura urbana, social e cultural desta.

Todavia, apesar da importância do direito em exame, os retratos sociais

brasileiros dão mostras de que esse direito não é totalmente efetivado. Isso, por sua vez, denota a atuação do Estado para garantir a moradia digna a toda à população e, então, trata a questão sobre a Separação dos Poderes e a reserva do possível.

Quanto ao princípio da Separação dos Poderes, tem-se que devem atuar em complemento um ao outro, a fim de buscar um Estado mais eficiente. Entretanto, não deve haver a sobreposição de poderes, pois nesse caso, paira a desconformidade com aquilo que foi estatuído na Constituição Federal de 1988.

Desta contribuição, vê-se que o Poder Judiciário, por intermédio das decisões judiciais, é capaz de efetivar o direito à moradia, sem, contudo, ultrapassar o limite de seu poder, desde que se abalize pela utilização de instrumentos processuais já previstos no ordenamento jurídico pátrio, como é o caso, por exemplo, das ações possessórias, de instrumentos previstos no Estatuto da Cidade, entre outros.

Neste aporte, também não se configura a reserva do possível, ao passo que algumas decisões judiciais não afrontam o orçamento público para conseguir a efetivação do direito à moradia.

Portanto, resta nítido que a decisão judicial pode efetivar o direito à moradia e exercer seu papel nos dias atuais de reafirmar a existência de direitos fundamentais tangidos de indispensabilidade que devem e precisam ser garantidos a todas as pessoas, sem que se retire a responsabilidade da população de também reivindicar e fiscalizar o que lhe é de direito.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 jun. 2014.
- _____. Lei 10.257 de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em 29 jun. 2014.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 950473 – MG*. Recurso especial. Processual civil. Ação civil pública. Contrato de compra e venda de imóvel. Aumento abusivo do valor das prestações. Legitimidade ativado ministério público. Direito à moradia. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, DF, 27 de abril de 2011. Disponível em <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19111050/recurso-especial-resp-950473-mg-2007-0107144-3>>. Acesso em 29 jun. 2014.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos Humanos*. 3ª Ed. (Coleção sinopses jurídicas; v. 30). São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACHADO, Edinilson Donisete. *Ativismo judicial: limites institucionais*

democráticos e constitucionais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MADRID, Daniela Martins. Maximização do mínimo existencial: garantia de inclusão social frente à reserva do possível e a limitação orçamentária. Anais do II Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. 2012. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/sid/2012/anais_sid_II.pdf> Acesso em 25 jun. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Centro de Apoio Operacional das promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo, Direito à Moradia – Jurisprudência comentada. Disponível em <http://www.urbanismo.mppr.mp.br/arquivos/File/Apelacao_9175117.pdf>. Acesso em 29 jun. 2014.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental à Moradia*. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 1ª ed, 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

SCHEID, Cintia Maria. A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário: o mínimo existencial como parâmetro. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/anais/36/03_1720.pdf> Acesso em 27 jun. 2014.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. *O direito humano fundamental à moradia digna: exigibilidade, universalização e políticas públicas para o desenvolvimento*. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. 1ª ed. 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. TRF-5 – AC: 437513 PE 0020774-65.2004.4.05.8300. Relator: Desembargador Federal Augustino Chaves (Substituto). Julgado em 19 de novembro de 2009. Terceira Turma. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 27 de novembro de 2009. P. 459. Disponível em <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8354910/apelacao-civel-ac-437513-pe-0020774-6520044058300>>. Acesso em 29 jun. 2014.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. TRT – 9 44542011661900 PR 4454-2011-661-9-0-0. Relator: Archimedes Castro Campos Júnior. Publicado em 03 de agosto de 2012. Disponível em <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22111574/44542011661900-pr-4454-2011-661-9-0-0-trt-9>>. Acesso em 29 jun. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO LIMITE CONSTITUCIONAL AO PODER DE TRIBUTAR

Daniela de Lima Amorim⁷⁵

Resumo:

Nesse estudo pretende-se provocar a reflexão acerca da efetiva aplicação do princípio da capacidade contributiva. Inicialmente serão feitas considerações gerais acerca das limitações ao poder de tributar. Far-se-á uma análise das nuances constitucionais de tal princípio, atrelando-o à efetivação dos direitos fundamentais do contribuinte e aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, erigida sob os pilares do Estado Democrático de Direito, trouxe insculpido em seus dispositivos inúmeros princípios destinados a alicerçar o sistema tributário nacional, preocupando-se não só em dizer a competência tributária de cada ente federativo, como também em impor, através de tais princípios, limites ao poder de tributar dos referidos entes federativos.

Ocorre que, em que pese todo o sistema constitucional tributário trazer limitações cujo objetivo é assegurar os direitos fundamentais dos contribuintes, o que se observa na realidade é o aumento desproporcional dos valores dos tributos que levam a uma flagrante afronta à Constituição Federal, mormente ao princípio da capacidade contributiva que se constitui um dos pilares essenciais ao alcance da justiça e igualdade fiscais.

A observância de uma realidade tributária cada vez mais desigual e desproporcional em relação àqueles com menor capacidade contributiva trouxe à tona inúmeras discussões acerca da necessidade emergencial de uma reforma tributária.

Ocorre que antes de se vislumbrar a necessidade de uma reforma em todo o sistema tributário, deve-se aplicar efetivamente os dispositivos constitucionais que tem o condão de afastar o poderio ilimitado do Estado, bem como a tributação excessiva e desigual.

A percepção dessa realidade tributária alheia à realização dos princípios constitucionais motivou a realização da presente pesquisa que objetiva precipuamente demonstrar o quão imprescindível se faz a observância do princípio da capacidade contributiva quando da criação e majoração dos

⁷⁵ Discente do 5º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. damorim.dla@gmail.com. Orientada por Ana Laura Teixeira Martelli, assessora jurídica do Município de Martinópolis, especialista em direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina, mestranda em direito negocial pela Universidade Estadual de Londrina e professora de direito tributário das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo.

tributos para que o Estado não massacre aqueles contribuintes de menor poder aquisitivo e garanta a justiça fiscal.

Desse modo, seguindo o método explicativo e dedutivo, a presente pesquisa iniciou-se com explanação geral acerca das limitações constitucionais ao poder de tributar. Em um segundo momento, adentrou na discussão acerca da capacidade contributiva e suas nuances constitucionais, analisando-a como limite constitucional ao poder de tributar protetor dos direitos fundamentais do contribuinte. Por fim, demonstrou a atualidade do tema através da explanação acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.927 proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Desvencilhado de qualquer intenção de esgotar o tema, o presente trabalho pretendeu apenas alertar acerca da importância de se observar o princípio da capacidade quando da criação e aplicação da legislação tributária para que, através da equidade e proporcionalidade na tributação, sejam alcançados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil insculpidos no artigo 3º, da Constituição Federal.

1 LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR

Ao longo da evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, os direitos fundamentais nunca foram tratados com o grau de importância devido como ocorreu ao ser promulgada a Constituição Federal de 1988. Conforme afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.63):

De certo modo, é possível afirmar-se que, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância. Além disso, inédita a outorga aos direitos fundamentais, pelo direito constitucional positivo vigente, do *status* jurídico que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução constitucional.

Assim, a Constituição Federal vigente consagrou um extenso rol de direitos fundamentais visando “salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma eventual erosão ou supressão pelos Poderes constituídos” (SARLET, 2012, p. 65).

Com a gama de direitos fundamentais expressamente previstos no artigo 5º da Constituição Federal, tornou-se clara a preocupação em não se permitir o retorno à supressão ilegítima de direitos fundamentais que a pouco havia ocorrido durante o regime militar. Demonstrou-se, inclusive, “certa desconfiança em relação ao legislador infraconstitucional” (SARLET, 2012, p. 65).

Ocorre que o legislador constituinte foi além e permeou a Constituição com tantos outros direitos que, embora não componham o rol do artigo 5º, são considerados direitos fundamentais. Resta evidente, portanto, que existem

vários direitos fundamentais relacionados à atividade tributária do Estado sendo que os princípios constitucionais existem tanto para frear o poderio do Estado quanto para garantir direitos fundamentais do contribuinte.

Assim, nota-se que cumpre aos entes federativos, quando na atuação de sua competência tributária, o respeito aos direitos fundamentais do contribuinte, sob pena de ser considerada inconstitucional e ilegítima sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Em verdade, o Estado enquanto detentor do poder de tributar, que “nada mais é que um aspecto da soberania estatal”, deve conscientizar-se de que a relação que estabelece com os contribuintes é uma relação jurídica e não uma relação de poder (impositiva) e que, portanto, é necessário que sejam os direitos fundamentais (MACHADO, 1997, p. 24-25).

Nesse contexto, surgem as limitações constitucionais ao poder de tributar que se constituem basicamente por regras de competência, regras de imunidades e princípios, cujo condão é demarcar “o campo, o modo, a forma e a intensidade da atuação do poder de tributar” (AMARO, 2006, p.107).

Nas palavras de Aliomar Baleeiro (1997, p. 02):

O sistema tributário movimenta-se sob complexa aparelhagem de freios e amortecedores, que limitam os excessos acaso detrimientosos à economia e à preservação do regime e dos direitos individuais.

De um lado, as regras de competência determinam que o fisco de cada entidade pública só poderá decretar o tributo que lhe for expressamente atribuído, de modo que a violação a tais normas inexoráveis de competência caracterizam inconstitucionalidade pura e simples (BALEEIRO, p. 02). As regras de competência demarcam, no sentido positivo, o campo de atuação de cada ente público no exercício de seu poder de tributar, determinando o que cabe a cada um tributar de forma exclusiva ou concorrente.

De outro, as regras de imunidades, que não são objeto de estudo dessa pesquisa, ajudam a delimitar o campo tributário. “Demarcam (no sentido negativo) as competências tributárias das pessoas políticas”. Em outras palavras, as imunidades “fixam, por assim dizer, a incompetência das entidades tributantes para onerar, com exações, certas pessoas, seja em função da sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos, bens ou situações” (CARRAZZA, 2008, p. 705).

Por fim, há os princípios tributários constitucionais os quais informam e iluminam a compreensão do seguimento normativo tributário. Conforme leciona Paulo de Barros Carvalho (1993, p. 97):

O exercício do poder de tributar, no Brasil, se acha jungido por uma série de máximas constitucionais, especialmente dirigidas a esse setor, São os princípios constitucionais tributários, na maioria explícitos, e que a legislação infraconstitucional deve acatar, em toda a latitude.

Tais princípios serão analisados mais detidamente no tópico seguinte.

1.1 Princípios tributários constitucionais.

Como já mencionado, a relação entre o Estado e o contribuinte é jurídica, justificando a existência de princípios jurídicos da tributação. Para a manutenção de uma relação estabilizada é necessário que o Fisco e o contribuinte permaneçam no sentido harmônico e os princípios tributários conferem justamente as balizes para que se alcance o equilíbrio nessa relação.

Os princípios existem como meio de proteção frente aos abusos estatais, sendo asilo aos contribuintes e conseqüentemente propiciando a devida justiça fiscal.

O artigo 150, da Constituição Federal, ao dispor acerca das limitações constitucionais ao poder de tributar, elenca inúmeros princípios dentre outros gerais constantes do texto constitucional e que se aplicam ao sistema tributário.

Neste tópico, considerando que se visa apenas demonstrar um panorama geral dos princípios constitucionais que limitam o poder de tributar, serão destacados apenas os principais, sendo eles: princípio da legalidade, princípio da vedação ao confisco, princípio da isonomia, e princípio da capacidade contributiva.

Toda criação, majoração e redução de tributos tem como pilar o princípio da legalidade, onde tudo deve ser feito mediante lei, com a vontade do povo. Hugo de Brito Machado já dizia em sua obra que o tributo instituído nada mais é do que o tributo consentido (1997, p. 28). O princípio da legalidade não se restringe a isto:

Mesmo não sendo a lei, em certos casos, uma expressão desse consentimento popular, presta-se o princípio da legalidade para garantir a segurança nas relações do particular (contribuinte) com o Estado (fisco), as quais devem ser inteiramente disciplinadas, em lei, que obriga tanto o sujeito passivo como o sujeito ativo da relação obrigacional tributária (MACHADO, 1997, p.28).

Um segundo princípio igualmente importante e essencial na demarcação da intensidade do poder de tributar é o princípio da vedação ao confisco o qual compreende a ideia de que ao Fisco é defeso efetuar tributação com efeito confiscatório? Mas afinal, o que é o confisco?

Paulo de Barros Carvalho, ao tecer considerações acerca do referido princípio afirma que “a temática sobre as linhas demarcatórias do confisco, em matéria de tributo, decididamente não foi desenvolvida de modo satisfatório” (CARVALHO, 1993, P. 101).

Por outro lado, Ives Gandra Martins (1992, p. 142) arrisca um conceito:

Não é fácil definir o que seja confisco, entendendo eu que sempre que a tributação agregada retirar a capacidade do contribuinte de se sustentar e se desenvolver (ganhos para suas necessidades essenciais e ganhos a mais do que estas necessidades para reinvestir ou se desenvolver), estaremos diante do confisco.

Seguindo a doutrina mais moderna de Roque Antonio Carrazza (2008, p. 101):

O principio da não-confiscatoriedade limita o direito que as pessoas políticas têm de expropriar bens privados. Assim, os impostos devem ser graduados de modo a não incidir sobre as fontes produtoras de riqueza dos contribuintes e, portanto, a não atacar a consistência originária das suas fontes de ganho.

Em outras palavras, o imposto confiscatório é aquele que “ ‘esgota’ a riqueza tributável das pessoas, isto é, não leva em conta suas capacidades contributivas” (CARRAZZA, 2008, p. 101).

Nesse contexto, o princípio da vedação ao confisco deriva do princípio da capacidade contributiva o qual, por sua vez, deriva do princípio da igualdade tributária.

O princípio da igualdade tributária dispõe que perante a legislação tributária todos possuem iguais condições, ou seja, “a lei tributária deve ser igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade” (CARRAZZA, 2008, p. 79).

Melhor expondo, quem está na mesma situação jurídica deve receber o mesmo tratamento tributário. Será inconstitucional – por burla ao princípio republicano e ao princípio da isonomia – a lei tributária que selecione pessoas, para submetê-las a regras peculiares, que não alcançam outras, ocupantes de idênticas posições jurídicas.

O tributo, ainda que instituído por meio de lei, editada pela pessoa política competente, não pode atingir apenas um ou alguns contribuintes, deixando a salvo outros que, comprovadamente, se achem nas mesmas condições (CARRAZZA, 2008, 79).

Sendo assim, o princípio da igualdade tributária exige dos entes públicos que confirmem tratamento isonômico àqueles que estejam na mesma situação jurídica. Logo, àqueles que estiverem em situações jurídicas distintas, o tratamento deve ser distinto, posto que se for igualitário não se efetivará uma igualdade substancial. Parafraseando Aristóteles, igualdade efetiva é tratar os

desiguais na medida de sua desigualdade.

É justamente na busca de efetivar a igualdade substancial que surge o princípio da capacidade contributiva, previsto no artigo 145, parágrafo único, da Constituição Federal. Por força desse princípio,

[...] o legislador tem o dever, enquanto descreve a norma jurídica instituidora dos impostos, não só de escolher fatos que exibam conteúdo econômico, como de atentar para as desigualdades próprias das diferentes categorias de contribuintes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas (CARRAZZA, p. 87).

O princípio da capacidade contributiva traz a ideia de que cada um contribui com aquilo que pode na medida do que tem disponível para contribuir. Isto é, o indivíduo contribui com o patrimônio que excede aquilo que dispense com a sua subsistência e desenvolvimento.

Convém salientar, a exemplo, a possibilidade de cobrança de impostos progressivos os quais são cobrados dos contribuintes com maior capacidade contributiva. Nas palavras de Hugo de Brito Machado, seriam igualmente tributados e na proporcionalidade de sua capacidade contributiva. (1997, p. 30).

Partindo dessa premissa, tem-se que é possível uma espécie de cobrança “regressiva”, no sentido de que se a progressividade traduz a ideia de avanço no patrimônio dos mais bens sucedidos, a regressividade, em contrapartida, propõe que aquele com menor capacidade contributiva possa contribuir dentro de seus limites financeiros, trazendo justa proporcionalidade e conseqüentemente um avanço democrático no sistema fiscal.

O que então se chama de um possível efeito regressivo dos impostos nada mais é do que a aplicação efetiva do princípio da capacidade contributiva.

Assim, observa-se que a ideia de igualdade tributária acarreta irremediavelmente a análise da tributação segundo a capacidade contributiva de cada sujeito passivo da relação jurídica tributária. Nesse sentido afirma Celso Ribeiro Bastos (1994, p.119) que:

[...]em matéria fiscal, a igualdade diante do imposto não deve ser entendida como significado que todos os contribuintes devam ser tratados da mesma maneira. Sua inteligência correta é a seguinte: todos os contribuintes que se encontrem na mesma situação devem ser tratados igualmente.

Construído um panorama geral acerca das limitações ao poder de tributar, bem como em relação aos principais princípios constitucionais tributários, passemos à análise detida do princípio da capacidade contributiva, objeto do presente estudo.

2 PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA.

Os princípios “estabelecem um *estado de coisas* que deve ser promovido sem descrever, diretamente, qual o comportamento devido” (AVILA, 2013, p. 53). Ou seja, os princípios apontam uma finalidade a ser perseguida pelas regras que, ao descreverem comportamentos, deve fazê-lo objetivando a consecução daquele fim. Assim, para que se vislumbre qual o estado ideal de coisas para o qual aponta o princípio da capacidade contributiva, é necessário que se entenda o conceito de capacidade contributiva.

A capacidade contributiva é a possibilidade econômica de pagar tributos, podendo ser classificada em duas formas: subjetiva e objetiva. Será subjetiva quando considerar a pessoa do contribuinte, sua capacidade contributiva real, e objetiva quando levar em conta manifestações objetivas da pessoa, como possuir casa ou carro, por exemplo (BASTOS, 1994, p. 121).

Nesse sentido, o princípio da capacidade contributiva leva o legislador a editar normas que possibilitem a flexibilização prática para se adequar à capacidade contributiva de cada contribuinte.

Aliomar Baleeiro (1997, p. 693), ao discorrer sobre o tema, ensina que do ponto de vista objetivo, o princípio da capacidade contributiva obriga o legislador infraconstitucional a “autorizar todas as despesas operacionais e financeiras necessárias à produção da renda e à conservação do patrimônio, afetado à exploração”. Ainda, esse princípio “constrange a lei a permitir o abatimento dos gastos destinados ao exercício do trabalho, da ocupação profissional como fonte, de onde promanam os rendimentos”.

Já do ponto de vista subjetivo, a capacidade contributiva “corresponde a um conceito de renda ou patrimônio líquido pessoal, livremente disponível para o consumo e, assim, também para o pagamento de tributo”. Ou seja, “os gastos pessoais obrigatórios [...] devem ser cobertos com rendimentos em sentido econômico [...] que não estão disponíveis para o pagamento de impostos” (BALEIRO, 1997, p. 693).

O artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, ao prever o princípio da capacidade contributiva, dispõe da seguinte forma:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A melhor exegese, assentada nos ensinamentos de Hugo de Brito Machado e Aliomar Baleeiro é a de que a cláusula “sempre que possível” não objetiva conferir poder discricionário ao legislador infraconstitucional no que tange à aplicação do princípio. Ao contrário, o advérbio “sempre” reforça a imperatividade do comando constitucional, sendo que a “possibilidade” está

ligada ao caráter pessoal dos impostos, uma vez que em algumas hipóteses não é tecnicamente possível ter o tributo um caráter pessoal (MACHADO, 1997, p. 32 e BALEEIRO, 1997, p. 694).

Tanto é assim, que a inobservância do princípio em tela, como de qualquer outro constitucional, pode ser objeto de controle de constitucionalidade concentrado, bem como por qualquer das ações intentadas ordinariamente que apreciam matéria tributária (MACHADO, 1997, p. 32).

Portanto, o constituinte deixa claro que apenas quando for impossível, é permitido ao legislador não considerar a pessoalidade para graduar os impostos conforme a capacidade econômica do contribuinte (BALEEIRO, 1997, P. 694).

Outro aspecto interessante do texto constitucional do artigo 145, § 1º que merece destaque é a restrição do campo de incidência do princípio da capacidade contributiva, tendo em vista que o dispositivo menciona somente os impostos, excluindo os outros tributos da necessária observância desse comando principiológico.

Embora haja uma aparente limitação, considerando-se que o princípio da capacidade contributiva deriva do princípio da igualdade, ele deve ser aplicado ainda quando não expressamente prevista a sua aplicação. Em outras palavras, a inobservância do princípio da capacidade contributiva em relação aos demais tributos, implicaria afronta ao princípio da igualdade, posto que, conforme já visto, a capacidade contributiva nada mais é que a igualdade substancial tributária.

Assim, a observância da capacidade econômica do contribuinte pelo legislador infraconstitucional não se restringe somente aos impostos, abrangendo também taxas ⁷⁶ e as contribuições de melhoria. Mas por que, então, o constituinte referiu-se somente aos impostos?

O constituinte assim o fez em razão do subprincípio da personificação que só se aplica aos tributos não vinculados, ou seja, só aplica ao tributo que não está vinculado a uma atividade estatal, como os impostos (RIBEIRO, 2010, p. 18). Assim, a verificação do caráter pessoal para aferir-se a capacidade econômica do contribuinte, conforme disposto no artigo 145, § 1º, da CF/88, só será possível em relação aos impostos, já que os demais tributos são vinculados. Isso não impede, contudo, que se observe o princípio da capacidade contributiva aos outros tributos, desconsiderando-se, por óbvio, a pessoalidade descrita no artigo.

Quanto ao destinatário do princípio da capacidade contributiva, cumpre esclarecer que “o destinatário imediato é o legislador ordinário das pessoas políticas. É ele que deve imprimir, aos impostos que cria *in abstracto*, um caráter pessoal, graduando-os conforme a capacidade econômica do contribuinte” (CARRAZZA, 2008, p. 93).

Conforme adverte Roque Antônio Carrazza:

76

STF, Pleno, RE nº 177.835/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 25/05/2001, p 18.

[...]a hipótese de incidência dos impostos deve descrever fatos que façam presumir que quem os pratica, ou por eles é alcançado, possui capacidade econômica, ou seja, os meios financeiros capazes de absorver o impacto desse tipo de tributo.

Assim, o legislador tem o dever, enquanto descreve a *hipótese de incidência* e a *base de cálculo* dos impostos, de escolher fatos que exibam conteúdo econômico.

Por fim, para que se compreenda o princípio da capacidade contributiva é necessário saber que a norma extraída do artigo 145,§1^a, da Constituição Federal, não é diretriz programática, incapaz de produzir efeitos. Ao contrário, são normas programáticas que, conforme a melhor doutrina, não são simples recomendações do constituinte, possuindo natureza obrigatória que vincula órgãos legislativos e judiciais (CARRAZZA, 2008, p. 94).

Encerrada a análise geral dos elementos constitutivos do princípio da capacidade contributiva, adentrar-se-á no tema central do presente estudo: a efetivação dos direitos fundamentais a partir da aplicação do princípio da capacidade contributiva e a consequente imprescindibilidade de sua aplicação para a promoção da justiça fiscal.

2.1 Princípio da capacidade contributiva e a efetivação dos direitos fundamentais.

O Estado de Direito confere aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos e, por conseguinte, de posições jurídicas ativas ocupáveis em eventuais confrontos que venham a ter com as autoridades públicas (CARRAZZA, 2008, p. 395).

Ocorre que para que tais posições jurídicas ativas possam ser efetivamente ocupadas, não basta que a Constituição Federal as preveja como *direitos fundamentais*. É necessário que a própria Carta Maior traga instrumentos de proteção a tais direitos, verdadeiros escudos que os resguardem para que possam ser exercidos em sua totalidade.

Assim, a Constituição Federal, ao atribuir poderes ao Estado, atribui-lhe o dever de exercer tais poderes de modo a realizar a menor intervenção possível na vida dos administrados. Sendo assim, embora os direitos fundamentais não sejam absolutos, devem sofrer a menor restrição possível, devendo ser esta restrição devidamente fundamentada (SILVA, 2011, p. 253).

Visando impor ao Estado um exercício moderado de seus poderes, o constituinte traz limitações a tais poderes como instrumentos de proteção aos direitos fundamentais. No âmbito do direito tributário, tais limitações, conforme visto, estão elencadas no Capítulo I do Título II do texto constitucional. Através de tais proibições, determinou a Constituição o conteúdo possível das leis tributárias.

Em outros termos, a União, os Estados-membros, os

Municípios e o Distrito Federal, ao fazerem uso de suas competências tributárias, são obrigados a respeitar os direitos individuais e suas garantias. O contribuinte tem a faculdade de, mesmo sendo tributado pela pessoa política competente, ver respeitados seus direitos públicos subjetivos, constitucionalmente garantidos (CARRAZZA, 2008, p. 418-419).

A delimitação do campo de atuação dos entes públicos quando do exercício de seu poder de tributar, impede-os de ingressar nas áreas restritas aos direitos à vida, igualdade, liberdade, propriedade e segurança do contribuinte.

Nesse sentido o princípio da capacidade contributiva impõe limitações sem as quais o direito a uma vida digna seria posto em risco pela tendente voracidade da tributação. Isso porque o referido princípio oferece proteção ao *mínimo existencial* o qual, embora não esteja previsto expressamente na Constituição, pode ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana.

Essencialmente, a proteção ao mínimo existencial, no âmbito do direito tributário, significa que da tributação se deve resguardar um mínimo vital, ou seja, o Estado não deve avançar no patrimônio (do contribuinte) que for destinado a sua própria subsistência. Até porque, além do interesse arrecadatório, o Estado tem o dever de preconizar o interesse pela justiça. O Estado, além de tributário, é social e segundo suas finalidades sociais deve promover a justiça fiscal a qual inclui a proteção aos direitos fundamentais do contribuinte. Conforme dispõe Celso Ribeiro de Bastos (1994, p. 120):

Embora não fácil de ser atingida, essa proporcionalidade entre a riqueza de cada um e o seu quantum contributivo, não há dúvida que a sua implementação, ainda que meramente tendencial, sem atingir, portanto, um caráter absoluto, é uma imposição de um Estado moderno e democrático.

A justiça fiscal consiste na aptidão do sistema tributário poder atenuar as desigualdades sociais, alcançando, dessa forma, um dos objetivos da República Federativa do Brasil: reduzir as desigualdades sociais e regionais. Há, portanto, uma intributabilidade do patrimônio mínimo, ou seja, a riqueza tributável é aquela superior ao mínimo necessário para a consecução dos direitos constitucionais básicos, como saúde, educação e moradia.

Luciano Amaro (2006, p. 138) esclarece a relação entre o princípio da capacidade contributiva e o mínimo existencial:

O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo em que terra seca não adianta abrir poço à busca de água. Porém, na formulação

jurídica do princípio, não se quer apenas preservar a eficácia da lei de incidência (no sentido de que esta não caia no vazio, por falta de riqueza que suporte o imposto); além disso, quer-se preservar o contribuinte, buscando evitar que uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência, ou o livre exercício da profissão, ou a livre exploração de sua empresa, ou o exercício de outros direitos fundamentais, já que tudo isso relativiza sua capacidade econômica.

Desse modo, a tributação só será legítima – do ponto de vista democrático – e constitucional, se, em respeito ao princípio da capacidade contributiva, salvaguardar o montante necessário para que o indivíduo viva dignamente.

Por fim, outro aspecto do princípio da capacidade contributiva intimamente relacionado à efetivação dos direitos fundamentais é justamente que, ao prever a observância da capacidade econômica do contribuinte quando da tributação, “permite que os cidadãos cumpram, perante a comunidade, seus deveres de solidariedade política, econômica e social”. Em outros termos, quem tem maior riqueza deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública (CARRAZZA, 2008, p. 87).

Assim, o princípio da capacidade contributiva realiza indiretamente os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição, uma vez que quando o indivíduo que tem mais passa a contribuir mais, além de atenuar as desigualdades sociais, ainda entrega ao Estado um montante maior para que este garanta aos cidadãos os seus direitos sociais.

A garantia dos direitos sociais é uma imposição do Estado Democrático de Direito, sendo que só pode ser efetivada através do dinheiro público obtido por meio da tributação. Assim, uma contribuição dos desiguais na medida de suas desigualdades confere ao erário os subsídios financeiros necessários à do superior interesse do Estado, já que os tributos só podem ser exigidos quando houver razões públicas e os direitos sociais são algumas dessas razões.

Portanto, nota-se claramente que o princípio da capacidade contributiva constitui-se um dos mecanismos mais eficazes ao alcance da justiça fiscal que preconiza a garantia de direitos fundamentais do contribuinte, mormente àqueles concernentes à fruição de uma vida digna.

2.2 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.927

Há pouco mais de um ano, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs a ADI nº 4.927 na qual objetiva invalidar os itens 7, 8 e 9 da alínea “b”, do inciso II, do artigo 8º da Lei 9.250/95 que fixam limitações aos valores dos gastos com educação do contribuinte ou dos seus dependentes que podem ser deduzidos na apuração da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF). Alega o Conselho Federal da OAB,

dentre outros, que tal limitação ofende princípio da capacidade contributiva.

Em suma, o referido artigo estabelece a limitação dos valores gastos com instrução dedutíveis do IRPF, o qual está, atualmente, no patamar de R\$ 3.375,83.

A educação, assim como a saúde e habitação, é uma necessidade vital e o Estado deve garantir sua plena satisfação de modo gratuito. Ocorre que no Brasil se observa claramente a incompetência estatal em garantir a satisfação de tal direito social dos cidadãos, sendo estes obrigados a frequentar estabelecimentos privados de ensino se quiser ter boa instrução e chances reais de competitividade no mercado de trabalho.

Não por outra razão, as pesquisas demonstram que, entre 2010 e 2011, houve acréscimo de 358 mil matrículas na rede privada, totalizando 7.560.382 alunos. Por outro lado, houve moderado declínio no total de matrículas da rede pública, que baixou de 43.989.507 para 43.053.942 no mesmo período⁷⁷.

Conseqüentemente, as famílias aumentam seus gastos com educação. Ainda no período de 2002/2003, havia no Brasil 10.741.499 domicílios nos quais ao menos um morador estava matriculado em algum dos cursos oferecidos pelas instituições privadas de ensino, correspondendo a 22, 13% do total de domicílios brasileiros, sendo que as despesas de consumo dos domicílios usuários da rede privada de ensino é 102, 49% superior à média de todos os domicílios do país.⁷⁸

Observa-se, portanto, que a necessidade vital de educação atrelada à incompetência estatal em prestá-la em boa qualidade obrigam o cidadão a pagar por uma boa instrução, ou seja, a estudar na rede privada de ensino, o que acarreta aumento significativo dos gastos mensais familiares.

A partir da constatação de tal realidade, a lei prevê a dedução dos valores gastos com educação como um mecanismo de efetivação do princípio da capacidade contributiva e do não-confisco, uma vez que a dedução, como parte um mínimo existencial, não pode restar comprometida pela insuportabilidade da carga tributária. Em outras palavras, é proibido ao Estado apropriar-se do patrimônio do contribuinte toda vez que isso lhe acarretar a supressão do mínimo existencial.

Ocorre que, ao mesmo tempo em que a lei prevê, acertadamente, a dedução, limita o patamar dos valores dedutíveis, gerando violação ao princípio da capacidade contributiva e, conseqüentemente, do princípio da isonomia, não-confisco e da razoabilidade.

Ora, de nada adianta a lei prever a dedução de um lado e, de outro, estabelecer limitações que não correspondem à realidade dos valores normalmente gastos com a educação!

Da mesma forma estará tornando a carga tributária insuportável, de modo que muitos contribuintes e/ou dependentes tenham que se privar de uma educação de qualidade, por não conseguirem arcar com tais despesas, em

77 Disponível em: <http://direcionalescolas.com.br/2014/01/09/educacao-privada-cresce-no-pais-dirigente-aponta-aumento-dos-investimentos/>. Acesso em: 10 de junho de 2014.

78 Pesquisa da FENEP. Disponível em: http://www.fenep.org.br/wpcontent/uploads/2012/09/FENEP_Apresentacao_12-12-2007.pdf. Acesso em: 10 de junho de 2014.

razão da excessiva carga tributária.

Conforme decidido pela Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª região:

A imposição de limites ao abatimento das quantias gastas pelos contribuintes com educação resulta na incidência de tributos sobre despesas de natureza essencial à sobrevivência do indivíduo, a teor do art. 7º, IV, da CF, e obstaculiza o exercício desse direito.

(TRF da 3ª Região, Corte Especial, Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0005067-86.2002.4.03.6100/SP, Rel. Des. Federal MAIRAM MAIA, DJe 14.05.2012)

Assim, a limitação desarrazoada dos valores dedutíveis demonstra-se claramente inconstitucional, sobretudo por vulnerar o princípio da capacidade contributiva e o direito público subjetivo à educação, imprescindível ao desenvolvimento completo da pessoa e pressuposto para o exercício de tantos outros direitos fundamentais.

Portanto, a partir da análise dessa atual problemática em torno do artigo 8º, da Lei 9250/95, é possível vislumbrar, claramente, o objetivo do princípio da capacidade contributiva: garantir ao contribuinte o mínimo existencial. A partir de tal princípio, são assegurados ao contribuinte mecanismos de limitação ao poder de tributar do Estado, de modo a assegurar o exercício efetivo dos direitos de liberdade, igualdade e, principalmente, dos direitos sociais, tão caros à sociedade brasileira.

CONCLUSÃO

As limitações constitucionais ao poder de tributar visam coibir eventual prática abusiva dos entes públicos quando no exercício do poder. As regras de competência, de imunidades e os princípios constitucionais tributários formam tal conjunto de limitações que visam, em última análise, resguardar os direitos fundamentais do contribuinte.

O princípio da capacidade contributiva, ao apontar a igualdade substancial como estado ideal de coisas, objetiva impor ao legislador ordinário a observância da capacidade econômica do contribuinte para que possa dosar a tributação de acordo com o patrimônio disponível para pagamento de impostos. Cabe ao legislador ordinário então, no exercício de sua função típica, discriminar na lei um conteúdo econômico atual de modo que cada contribuinte contribua de acordo com seu poder aquisitivo.

Nota-se que a imposição de observância da capacidade econômica do contribuinte, além de realizar o princípio da igualdade, também realiza o princípio da dignidade da pessoa humana e, em última análise, o princípio democrático. Isso porque o princípio da capacidade contributiva, ao almejar a igualdade substância, garante ao contribuinte o mínimo existencial. Garante

que o contribuinte tenha quantia mínima necessária a uma vida digna sem que tema a intervenção fiscal repentina em seu patrimônio já escasso.

Percebe-se que os direitos fundamentais necessários a uma vida digna são protegidos pelo princípio da capacidade contributiva. Sob a égide do Estado Democrático de Direito não se deve admitir que o Fisco retire do indivíduo quantia superior ao que ele tem disponível para contribuir. A observância da capacidade econômica, em síntese, efetiva os direitos fundamentais, escancarando aos entes públicos a imperatividade de tais direitos e a conseqüentemente o dever de respeitá-los, sob pena de inconstitucionalidade.

Referências Bibliográficas

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 1ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 12ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MARTINS, Ives Gandra. *Sistema tributário na Constituição de 1988*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- RIBEIRO, R. L.. O princípio da capacidade contributiva nos impostos, nas taxas e nas contribuições para-fiscais. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, nº 18, 2010. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1371>>. Acesso em: 12 mar. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais.: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO E SUA APLICAÇÃO ÀS MULTAS TRIBUTÁRIAS

Tiago Cappi Janini⁷⁹

Resumo: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é recheada de direitos fundamentais, inclusive possui um vasto rol de garantias destinadas ao contribuinte, evitando excessos e arbitrariedades na cobrança tributária. Dentro dessa lista, destaca-se a vedação que as pessoas políticas têm de instituir tributos com efeito de confisco. Observa-se que é um princípio cujo conteúdo é de difícil delimitação, cabendo à análise do caso concreto identificar se houve ou não o efeito confiscatório. Nesse cenário, surge o debate da extensão de sua aplicação não só aos tributos, mas também às multas tributárias. Destina-se, este estudo, a examinar a aplicação do princípio da vedação de confisco sobre as multas em matéria tributária, bem como delinear os limites em que elas se tornam confiscatórias, principalmente diante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

Dentre os diversos direitos fundamentais positivados no texto constitucional, encontram-se aqueles que se destinam a proteger o contribuinte contra excessos e arbitrariedades do Estado na persecução tributária. O estatuto dos contribuintes contém diversas normas constitucionais que visam assegurar uma justa tributação.

Um princípio essencial que limita consideravelmente o poder de tributar é a vedação de tributos com efeito de confisco. O sistema constitucional tributário garante ao contribuinte que o seu dever de pagar tributos não comprometa consideravelmente sua renda e seu patrimônio. Veda-se a tributação sufocante.

Apesar de expressamente previsto na Constituição de 1988, no art. 150, IV, a legislação tributária infraconstitucional, muitas vezes, não lhe dá a devida atenção, obrigando o contribuinte arcar com tributos excessivamente onerosos, corroendo seu patrimônio. Nessa esteira, com a finalidade de punir os comportamentos ilícitos dos contribuintes, surgem as multas tributárias cujos valores, muitas vezes, atingem níveis elevadíssimos, ultrapassando em duas e até três vezes o tributo.

Para se proteger contra a cobrança de multas desproporcionais, o contribuinte possui um vasto rol de direitos fundamentais. Porém, nesse contexto aparecem diversos problemas. O primeiro consiste em identificar quais os parâmetros ideais para uma sanção justa, que não comprometa a renda e o

⁷⁹ possui graduação em direito pelo Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2001) , especialização em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003) , mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2008) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2014) . Atualmente é Estágio Pós-Doutoral - PNPd CAPES da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Tem experiência na área de Direito , com ênfase em Direito Público. Atuando principalmente nos seguintes temas: dever instrumental, obrigação acessória tributária, Direito virtual, direito eletrônico,, direitos fundamentais do contribuinte.

patrimônio do contribuinte. Em seguida, é necessário identificar o fundamento constitucional para se evitar multas com efeito de confisco, isto é, se se aplica o art. 150, IV da CF, que fala em tributos ou outro dispositivo constitucional. Por fim, reconhecida a inconstitucionalidade de uma lei que estipule uma multa excessiva, o Poder Judiciário pode definir a incidência de um percentual que entenda razoável?

Caso se defenda que o Poder Judiciário deva somente declarar a inconstitucionalidade da multa com efeito de confisco, a conduta ilícita realizada pelo contribuinte ficará sem a incidência de sanção, beneficiando-o. Agora, se permitida a redução pelos juízes pode haver colisão com outro princípio constitucional: o da indelegabilidade dos Poderes.

Eis, portanto, o objeto deste trabalho: analisar a atuação do Poder Judiciário diante das multas tributárias com efeito de confisco. Para isso, far-se-á uma breve incursão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

A evolução do direito constitucional, principalmente com a falência dos regimes autoritários e totalitários pelo mundo, fez com que surgissem Constituições com conteúdo recheado de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos com a finalidade de protegê-los perante os abusos que poderiam ser cometidos pelo Estado. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é um desses tipos de texto prolixo.

Os direitos fundamentais foram evoluindo conforme avançaram as necessidades dos seres humanos diante do Estado. Na segunda metade do século XVIII começam aparecer as primeiras Declarações de Direitos que enunciam direitos fundamentais. No ano de 1776, com a independência dos Estados Unidos da América, proclamou-se o *Bill of Rights* com a consagração de direitos como a liberdade, autonomia, proteção da vida, igualdade e a propriedade. Na França, em 1789, redigiu-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão com o reconhecimento do direito de liberdade, de igualdade, de propriedade (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 26 e seguintes). A partir de então, o conjunto dos direitos fundamentais do homem vem recebendo inúmeras adesões de novas garantias.

Por isso, os direitos fundamentais são estruturados em gerações ou dimensões. Os direitos de primeira geração são oponíveis contra o Estado para garantir a liberdade do indivíduo. A segunda geração trata dos direitos busca assegurar direitos sociais, culturais e econômicos com a finalidade de garantir a igualdade entre todos. Já a terceira geração trata dos problemas para consagrar uma sociedade fraterna, como a preservação ambiental, as garantias dos consumidores, etc. (BONAVIDES, 2011, p. 560 e seguintes). Outros teóricos, como Paulo Bonavides, acrescentam a quarta e a quinta geração que albergam o direito à democracia, à informação e ao pluralismo e o direito à paz, respectivamente (2011, p. 571).

Outra classificação dos direitos fundamentais bastante difundida na doutrina foi apresentada por Jellinek. Têm-se os direitos de *status negativus* ou pretensão de resistência à intervenção que permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado contra atos que afrontem sua liberdade. Os direitos de *status positivus* ou a prestações permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado com a finalidade de melhorar as suas condições de vida. Por fim, os direitos de *status activus* ou de participação garantam a participação dos indivíduos na determinação da política estatal (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 63 e seguintes).

Apesar dessas breves considerações, é possível evidenciar que os direitos fundamentais funcionam como restrições às atuações do Estado em face da liberdade individual, preservando-lhes as mínimas condições para uma existência digna.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRIBUINTES

Debates existem acerca de quais sujeitos se encontram sob a proteção dos direitos fundamentais. Questiona-se se atingem apenas os cidadãos brasileiros ou se são estendidos aos estrangeiros não residentes no nosso país. Albergam apenas as pessoas físicas ou as pessoas jurídicas também estão sob seu abrigo?

No texto constitucional há alguns direitos fundamentais dirigidos especialmente a um determinado grupo de sujeitos, os contribuintes⁸⁰. A partir desse rol se constrói um verdadeiro estatuto constitucional do contribuinte. Segundo Betina Treiger Grupenmacher, “A expressão ‘Estatuto do Contribuinte’ foi criada por Juan Carlos Luqui em 1953 e se refere ao grupo de normas constitucionais que asseguram os direitos fundamentais do cidadão em matéria tributária” (2004, p. 13). *Estatuto do contribuinte* é o nome dado ao conjunto de normas que têm o escopo de proteger os direitos públicos subjetivos do contribuinte; são os direitos fundamentais do contribuinte organizados em um documento normativo.

Humberto Medrano Cornejo esclarece que

No mundo contemporâneo não se discute a prerrogativa que tem o Estado de exigir aos particulares o pagamento de tributos, mas tal atribuição e o correlativo dever dos contribuintes se encontram disciplinados pelo Direito, a fim de impedir – essencialmente através de normas constitucionais – o confisco ou exação arbitrária, mediante a aplicação de determinados princípios que tendem a garantir o que, de maneira sintética, poderia se denominar justiça na tributação (1997, p. 75-6).

⁸⁰ Deve-se esclarecer que o termo *contribuinte* é usado em um sentido amplo que abrange o sujeito passivo da relação tributária, os responsáveis e aqueles obrigados a entregar as obrigações acessórias.

É nesse constante conflito de interesses, entre a cobrança de tributos pelo Estado e a proteção contra abusos e arbitrariedades, que se sobressaem os direitos fundamentais do contribuinte. A desigual força entre Estado e contribuinte na relação jurídica tributária enseja o surgimento de direitos cujo escopo é dar maior segurança aos cidadãos quando estiverem diante de fatos tributários.

São, portanto, direitos fundamentais do contribuinte aqueles previstos no texto constitucional que procuram garantir uma justa tributação, evitando-se cobranças abusivas e ilegais. O contribuinte tem o dever de pagar tributos, porém o deve fazer na forma prevista na Constituição, que lhe assegurou um conjunto de direitos e garantias tais como os princípios da legalidade, da capacidade contributiva, da anterioridade, da irretroatividade, da vedação de confisco.

O poder tributário, não é absoluto e ilimitado. A instituição dos tributos pelas leis, sua cobrança por meio dos atos administrativos bem como a fiscalização tributária encontram restrições nos direitos fundamentais do contribuinte. Pode-se dizer que são formas de limitação impostas ao Estado no exercício do poder de tributar.

Os direitos fundamentais do contribuinte têm como finalidade iluminar a positivação das normas tributárias. Toda e qualquer produção normativa que diga respeito aos tributos só pode desenvolver-se com apoio nos valores positivados na Constituição. Roque Carrazza bem demonstra o que se quer dizer:

(...) parece certo que o Estado, ao exercer a tributação, deve observar os limites que a ordem constitucional lhe impôs, inclusive no que atina com os direitos subjetivos públicos das pessoas.

Com estes preceitos, a Constituição determinou de modo negativo, isto é, através de proibições, o *conteúdo possível* das leis tributárias e, indiretamente, dos regulamentos, das portarias, dos atos administrativos tributários etc.

Em outros termos, a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, ao fazerem uso de suas competências tributárias, são obrigados a respeitar os direitos individuais e suas garantias (2001, p. 363, grifo do original).

Em um Estado Democrático de Direito as atividades de instituição e cobrança dos tributos não podem vilipendiar os direitos subjetivos do contribuinte, mesmo diante de evidentes suspeitas de sonegação fiscal. O sistema jurídico outorgou à administração tributária institutos jurídicos que permitem a fiscalização, porém sem excessos.

Os direitos fundamentais do contribuinte apresentam-se como proibições ao Estado de lesar, por meio de leis, atos administrativos ou decisões

judiciais, os valores prestigiados na Constituição Federal. Logo, são direitos oponíveis ao Estado em seu ato de produção de normas, sejam elas gerais e abstratas ou individuais e concretas. Desse modo, pode-se dizer que pertencem à classe dos direitos de primeira geração, uma vez que representam uma resistência do contribuinte em relação ao Estado.

Em classificação apresentada por Jellinek, os direitos fundamentais do contribuinte são enquadrados como direitos de *status negativo*, que permitem ao contribuinte resistir diante de uma atuação ilícita do Estado, assegurando-lhe sua liberdade. A tributação arbitrária é ilegal, protegida pelos direitos fundamentais do contribuinte. São direitos que impedem o Estado realizar algo; uma verdadeira proibição em intervir na esfera de liberdade do administrado constitucionalmente garantida.

Diante desses direitos e garantias constitucionalmente arrolados, qualquer atividade produtora de normas jurídicas na esfera tributária deve seguir o caminho trilhado pelo texto constitucional. Todos os poderes do Estado, ao aplicarem normas, devem dar atenção aos comandos constitucionais, em especial àqueles que garantem os direitos fundamentais, respeitando a dignidade do contribuinte. Conforme o art. 145, § 1º da CF, ao Estado só é lícito atuar *respeitados os direitos individuais e nos termos da lei*. São, portanto, barreiras intransponíveis que asseguram a justa tributação. Eduardo Arruda Alvim é enfático: “se a Carta Magna arrolou e consagrou uma série de direitos fundamentais, esses devem ser considerados e integralmente observados pelos entes públicos na atividade da tributação” (2004, p. 33).

Muito embora haja diversos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, a legislação tributária nem sempre os obedece rigorosamente. Nesses casos, o Judiciário é chamado para resolver o litígio, determinando o conteúdo dos direitos previstos no estatuto do contribuinte e identificando as situações fácticas que devem ser aplicados.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE COMO LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

O poder de tributar consiste em autorização constitucional para que o legislador infraconstitucional institua tributos; é sinônimo de competência legislativa. Em um sentido mais amplo, entende-se como poder de tributar a permissão para produção de normas tributárias de qualquer espécie, não apenas aquelas que tratam da regra-matriz. Assim, exerce o poder de tributar a Administração Tributária quando produz atos administrativos destinados a cobrança e fiscalização do tributo, o legislador quando exige do contribuinte as obrigações acessórias; enfim, todos os atos de produção de normas destinados a cobrança, a arrecadação e a fiscalização tributária.

Nesse aspecto, o exercício do poder de tributar ou da competência tributária não é livre; deve respeitar a hierarquia das normas, isto é, o aplicador do direito tem de obedecer rigorosamente o disposto na norma superior. Pondera Betina Treiger Grupenmacher que “Os princípios constitucionais tributários e as imunidades são formas de limitações impostas ao Estado no

exercício do poder de tributar, razão pela qual são reconhecidos como direitos individuais da pessoa humana contra a atividade tributária arbitrária do Poder Público” (2004, p. 13). Em outras palavras, o poder de tributar é restringido pelo próprio direito, principalmente pelas normas contidas no texto constitucional, dentre as quais se incluem, especialmente, os direitos fundamentais dos contribuintes, como limitação ao exercício da competência tributária.

Dessa feita, encontra-se no sistema jurídico verdadeiros óbices ao poder de tributar. Esses limites consistem em “freios e amortecedores” que condicionam o exercício da competência tributária. Aliás, é o que ensina Regina Helena Costa: “A expressão *limitações constitucionais ao poder de tributar* é abrangente do conjunto de princípios e demais normas disciplinadoras da *definição e do exercício da competência tributária*” (2009, p. 51). Na verdade, são normas que auxiliam a fixação do campo de competência.

Pode-se afirmar, portanto, que os direitos fundamentais são obstáculos ao poder de tributar. A competência tributária não significa uma autorização plena para os Poderes estatais produzirem as normas como quiserem e com o conteúdo que desejarem, sejam elas de que classe for. Há diversos limites dispostos no sistema jurídico, balizadores da atividade produtora de normas. O legislador não pode instituir tributo, bem com a Administração Pública não pode cobrá-los sem respeitar os direitos fundamentais do contribuinte.

Roque Carrazza, um entusiasta defensor dos direitos e garantias dos contribuintes, demonstra a importância que eles exercem na produção normativa:

As pessoas políticas, enquanto tributam, não podem agir de maneira arbitrária e sem obstáculo algum, diante dos contribuintes. Muito pelo contrário: em suas relações com eles, submetem-se a um rígido regime jurídico. Assim, regem suas condutas de acordo com as regras que veiculam os direitos fundamentais e que colimam, também, limitar o exercício da competência tributária, subordinando-o à ordem jurídica (2001, p. 368-9).

O sistema jurídico autoriza o Estado a elaborar diversos tipos de normas que versam acerca da tributação. O exercício desse poder ou dessa competência, a todo instante, tem de se atentar para as garantias que o estatuto do contribuinte assegura. Nem a produção de uma lei ordinária que institua um tributo, nem a criação de um ato administrativo cujo conteúdo é o pagamento de um tributo podem se afastar dos direitos fundamentais do contribuinte.

É importante consignar que a restrição ao poder de tributar também deve ser estendida à atividade fiscalizatória da Administração. Não é admitido pelo sistema jurídico, que o Fisco concentre poderes ilimitados para investigar a vida dos particulares sem a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

4 A PROIBIÇÃO DE TRIBUTO COM EFEITO DE CONFISCO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DO CONTRIBUINTE

Um dos direitos fundamentais que integram o rol do estatuto dos contribuintes é a proibição de existir no ordenamento jurídico tributo com efeito de confisco. O art. 150, IV da Constituição Federal taxativamente proíbe a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios utilizar o tributo com efeito de confisco.

A palavra *confisco* significa o “ato punitivo em razão de contravenção ou crime praticado por uma pessoa, pelo qual se apreendem e se adjudicam ao fisco seus pertences, através de ato administrativo ou por sentença judiciária fundados em lei”. (HOUAISS, on line). Percebe-se aí que o termo indica uma punição em matéria criminal. No sistema jurídico tributário, *confisco* “é utilizado em sentido restrito, significando, assim, o ato pelo qual o Fisco adjudica bens de contribuinte” (JARDIM, 1996, p. 21).

Assim, a expressão *tributo com efeito de confisco* significa a instituição de um tributo cujo alto valor exigido priva o contribuinte de seu direito de propriedade em relação ao bem onerado.

Nesse sentido, é interessante mencionar trecho da ementa na ADI 2551:

A Constituição da República, ao consagrar o postulado da não-confiscatoriedade, vedou qualquer medida, que, adotada pelo Estado, possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, em função da insuportabilidade da carga tributária, o exercício a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita, ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, p. ex.). (ADI 2551 MC-QO, Relator Ministro Celso de Mello, tribunal pleno, julgado em 02.04.2003, DJ 20.04.2006).

Observa-se que a proibição do confisco determina uma tributação justa que não venha a violar integralmente o direito de propriedade do contribuinte nem absorver todos os seus rendimentos de modo a comprometer sua dignidade. A tributação não pode se tornar insuportável para o contribuinte. Luís Eduardo Schoueri relaciona a não confiscatoriedade com a expressão “imposto sufocante”, advinda da doutrina alemã, já que “denota a situação de desespero daquele que, por conta da tributação excessiva, fica desestimulado de continuar sua atividade produtiva, ou se vê desestruturada sua vida pessoal ou familiar” (2013, p. 344).

A Constituição assegura o direito de propriedade (art. 5º, XXII). Mas, como todo direito fundamental, não é absoluto; em certas medidas admite causas que possibilitem sua perda. Uma das formas de atingir o direito de propriedade é a exigência de tributos. Diante da obrigação de pagar tributos, o contribuinte transfere parcela de seu patrimônio para os cofres públicos. Por tal razão, o valor a ser exigido não pode ser abusivo de tal forma que comprometa a propriedade do contribuinte sobre o bem tributado.

Pode-se dizer que a vedação de tributo com efeito de confisco decorre do reconhecimento constitucional ao direito de propriedade. Conforme Hugo de Brito Machado, a norma que consagra a vedação de tributo com efeito de confisco é meramente explicitante, pois resulta claramente da garantia constitucional da propriedade (2009, p. 135-6). O contribuinte não pode ter seu direito de propriedade tolhido em razão de uma alta carga tributária, que afete onerosamente o seu patrimônio.

Além da correlação com o direito de propriedade, a vedação de tributo confiscatório está atrelada ao princípio da capacidade contributiva. Roque Carrazza explica que “é confiscatório o imposto que, por assim dizer, ‘esgota’ a riqueza tributável das pessoas, isto é, não leva em conta suas capacidades contributivas” (2001, p. 86).

Consoante se consignou linhas acima, os direitos fundamentais do contribuinte funcionam como verdadeiros obstáculos ao exercício do poder de tributar. Ao se produzir uma norma, sempre se deve observar aqueles direitos e garantias previstos no estatuto do contribuinte. Nesse cenário, o princípio da não confiscatoriedade limita a criação e a cobrança de tributos cujos valores vão além das possibilidades dos contribuintes.

Acontece que é difícil traçar limites para a vedação ao tributo com efeito de confisco. Assim, a análise desse princípio apresenta inúmeros problemas. O primeiro deles consiste em identificar qual o valor que torna um tributo confiscatório. Isso porque “aquilo que para alguns tem efeitos confiscatórios, para outros pode perfeitamente apresentar-se como forma lúdica de exigência tributária” (CARVALHO, 2013, p. 171).

Há alguns casos que o confisco é flagrante e outros que facilmente se observa a sua ausência. É notório que a tributação de quase a totalidade de um imóvel constitui confisco, e que uma parcela ínfima não terá tal efeito. O problema está em encontrar um equilíbrio entre o valor que gera o confisco e uma tributação justa.

A dificuldade aumenta quando se deve analisar a tributação em razão de outros princípios existentes no sistema tributário. No caso do IPI e do ICMS, por exemplo, os valores das alíquotas devem ser analisados não só tomando-se como parâmetro o princípio do não confisco, mas também o princípio da seletividade. Tal situação permite a existência de alíquotas excessivamente elevadas que não caracterizam o confisco, como acontece com a tributação de IPI dos cigarros cuja alíquota é de 300%, conforme o art. 14 da Lei 12.546 de 2001.

Diante dessa impossibilidade de identificar um valor que caracterize o tributo como confiscatório, a doutrina transfere essa tarefa para a análise do caso concreto, competindo ao Poder Judiciário traçar os parâmetros para uma tributação não confiscatória (DALLAZEM, 2004, p. 24). Também é assim que pensa o STF, conforme se observa no seguinte julgado:

1. A caracterização do efeito confiscatório pressupõe a análise de dados concretos e de peculiaridades de cada operação ou situação, tomando-se em conta custos, carga

tributária global, margens de lucro e condições pontuais do mercado e de conjuntura social e econômica (art. 150, IV da Constituição). 2. O isolado aumento da alíquota do tributo é insuficiente para comprovar a absorção total ou demasiada do produto econômico da atividade privada, de modo a torná-la inviável ou excessivamente onerosa. (RE 448.432 AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, segunda turma, julgado em 20/04/2010).

Especificar o *quantum* que transforma um tributo em ato confiscatório é trabalho extenuante, que não resulta em consenso. Apenas diante de um caso concreto se consegue identificar com melhor destreza se uma alíquota gera ou não o efeito de confisco. Apenas em uma situação especificamente contextualizada é que se torna mais evidente se houve ou não afronta aos dizeres constitucionais que asseguram garantias para uma justa tributação.

5 ANÁLISE DAS MULTAS TRIBUTÁRIAS COM EFEITO DE CONFISCO

As obrigações tributárias implicam no dever de pagar tributos, no caso da principal, ou nas prestações positivas ou negativas de interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, no caso das acessórias. De acordo com a legislação tributária, o contribuinte encontra-se compelido a pagar tributos ou a elaborar documentos que auxiliam a Administração Tributária na sua atividade arrecadatória e fiscalizatória.

Há, entretanto, a possibilidade de o contribuinte não realizar tais condutas ou realizá-las a destempo. Nessas hipóteses, há a incidência das normas sancionatórias. Conforme já previa Hans Kelsen a sanção atinge a conduta contrária ao direito (1998, p. 38). O seu escopo é motivar os indivíduos a agirem conforme aquilo que o direito prescreve. O ilícito é um fato presente no sistema jurídico e é por ele regulado. Havendo uma conduta ilícita, deve incidir uma norma que impõe uma sanção. É a maneira eleita pelo sistema jurídico para coagir os comportamentos humanos, na tentativa de garantir o cumprimento de suas ordens.

A infração tributária surge com o comportamento ilícito do contribuinte que deixa de cumprir as obrigações a ele impostas pela legislação tributária, seja a principal seja a acessória. Como consequência tem-se a aplicação de uma sanção tributária. No âmbito tributário, a multa pecuniária é o instrumento utilizado para coibir os ilícitos: mora ou não pagamento de tributos ou a não realização das obrigações acessórias.

Sacha Calmon Navarro Coêlho explica que as sanções tributárias têm limites, dividindo-os em qualitativo e quantitativo. Com relação ao limite qualitativo, as sanções só podem ser pecuniárias, isto é, não podem ser privativas da liberdade nem de direitos, uma vez que a Constituição assegura o livre exercício da profissão e protege a propriedade (2001, p. 51-2). Desse modo, são inconstitucionais, por exemplo, as chamadas sanções políticas, isto é,

aquelas exigências feitas ao contribuinte como forma indireta de coibi-lo ao pagamento do tributo, tal como a apreensão de mercadorias.

No aspecto quantitativo as multas não podem chegar ao confisco. Esclarece o professor da UFMG que o confisco é medida vedada pela Constituição, salvo raríssimas hipóteses: (a) no caso de danos ao Erário; (b) quando houver enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na administração pública; ou (c) se utilizar terra própria para o cultivo de ervas alucinógenas. Em seguida conclui que

uma multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores (caracteres punitivo e preventivo da penalidade) caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco. Este só poderá se efetivar se e quando atuante a sua hipótese de incidência e exige todo um *processus*. A aplicação de uma medida de confisco é algo totalmente diferente da aplicação de uma multa (COELHO, 2001, p. 67).

O texto constitucional prevê situações em que se admite o confisco. Porém, não se deve confundir o confisco com a aplicação de multas para os casos de infrações fiscais. Para essas situações fáticas, o sistema jurídico veda o confisco. Assim, o legislador não está autorizado a estabelecer multas fiscais exorbitantes, que venham a consumir o patrimônio e a renda do contribuinte.

A imposição de multas tributárias extorsivas deixam de ser punitivas para se tornarem confiscatórias e são um claro exemplo de burla ao estatuto do contribuinte.

Há doutrinadores que negam a aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias. Hugo de Brito Machado, por exemplo, afirma que essa proibição é atinente apenas ao tributo, não à penalidade pecuniária. Fundamenta sua afirmação no fato de que tributo e multa não se confundem, são regimes distintos. Diferencia-os no plano jurídico, pois na hipótese de incidência da multa a ilicitude é elemento essencial e para o tributo é sempre algo lícito, e no plano finalístico, já que o escopo do tributo é arrecadar dinheiro para as atividades estatais, e a multa tem por finalidade desestimular o comportamento que configura sua hipótese de incidência. Apesar dessas considerações, o autor cearense não admite multas exorbitantes, porém o seu fundamento é o princípio da proporcionalidade que deve haver entre a gravidade do ilícito e a sanção correspondente (2007, p.71-2). Em outras palavras, o art. 150, IV da Constituição veda apenas os tributos com efeitos confiscatórios. As multas confiscatórias também são proibidas, só que em razão do princípio da proporcionalidade.

Igualmente Maria Luiza de Mendonça entende que o art. 150, IV da CF não se aplica no caso das multas tributárias, já que trata especificamente de tributos. Vedam a multa com efeito de confisco o direito de propriedade, a livre iniciativa e o direito ao livre exercício de trabalho, ofício ou profissão.

Entende que o limite máximo da multa tributária decorre da aplicação da proporcionalidade que deve existir entre o ilícito tributário e a sanção prevista em lei (2004, p. 251 e seguintes). Em sentido semelhante, Dalton Dallazem, apoiado nas lições de Estevão Horvath, defende que o fundamento para a proibição de multas com efeito de confisco encontra-se na proteção ao direito de propriedade e o seu princípio informador é o da razoabilidade (2004, p. 25-6).

Já o Supremo Tribunal Federal pensa de forma diferente. No RE 523.471 de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, constata-se a aplicação do princípio da vedação do efeito de confisco às multas (RE 523.471 AgR, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010).

Realmente, o art. 105, IV veda o tributo com efeito de confisco. Como bem se sabe, os tributos são prestações pecuniárias que não decorrem de atos ilícitos. Em outras palavras, a hipótese de incidência que implica no pagamento de um tributo deve ser uma conduta qualificada como lícita pelo ordenamento jurídico. Quando ilícita, a hipótese de incidência enseja outra relação jurídica cujo objeto é uma sanção e não o pagamento de um tributo.

Isso não significa dizer que se admitem multas que aniquilem o patrimônio e a renda dos contribuintes. O texto constitucional positivou diversos direitos fundamentais para evitar a incidência de multas abusivas, que tenham um caráter de confiscar os bens dos contribuintes.

Sucedo que, independentemente da premissa utilizada para reconhecer a inconstitucionalidade das multas tributárias com efeito de confisco, persiste a dificuldade em se mensurar o *quantum* que torna uma multa confiscatória. Mais uma vez, a resposta será atingida com a análise do caso concreto.

Reconhecida a inconstitucionalidade de uma multa por ter efeitos confiscatórios, questiona-se: pode o Poder Judiciário aplicar outro valor que considere justo? Maria Luiza de Mendonça responde que não, pois estaria colocando-se no lugar do legislador (2004, p. 256). Dalton Dallazem tem pensamento semelhante ao consignar que “em função do princípio constitucional da indelegabilidade da função legislativa, entendemos que não lhes é assegurada a prerrogativa de arbitrar um valor, ainda que razoavelmente adequado ao caso concreto sob análise” (2004, p. 24). Nesse caso, declarada a inconstitucionalidade da multa desproporcional, a situação ilícita ficaria sem a correspondente sanção, devendo-se aguardar a iniciativa do legislador para editar uma nova regra aplicável ao caso.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu ora admitindo a possibilidade de redução do valor da multa tributária com efeito de confisco, ora negando-a. Em diversas oportunidades, o tribunal reduziu percentual da multa para patamares que entendesse razoáveis. No RE 81.550 a multa de 100% do valor do imposto devido foi diminuída para 30% (RE 81.550, Relator Ministro Xavier de Albuquerque, segunda turma, julgado em 20/05/1975).

Em seu voto no RE 92.165, o Ministro Décio Miranda defendeu a tese de que o Poder Judiciário não tem competência para estipular um valor que considere a multa como não sendo confiscatória. A multa com efeito de confisco deve ser declarada inconstitucional e sua substituição por outra que se admita razoável afronta a indelegabilidade dos poderes constitucionais. Porém, como

tal princípio não fora prequestionado, ele deixou de ser apreciado (RE 92.165, Relator Ministro Décio Miranda, segunda turma, julgado em 14/03/1980).

Ao se vedar o Poder Judiciário indicar um valor para corrigir a multa com efeitos de confisco para patamares razoáveis faz com o contribuinte fique livre de sua cobrança, uma vez que a lei será declarada inconstitucional. Parece que nessas hipóteses beneficiaria consideravelmente o contribuinte que realizou o ilícito, já que estaria desobrigado de cumprir a conduta sancionatória.

Desse modo, entende-se que o STF não pode simplesmente declarar a inconstitucionalidade da lei que estipula a multa com efeito de confisco, já que possibilitaria ao contribuinte faltoso não ser punido.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal outorgou diversos direitos e garantias fundamentais aos contribuintes, com a finalidade de evitar abusos e arbitrariedades do Estado em seus atos de arrecadação e fiscalização tributárias. São mecanismos jurídicos que permitem uma justa tributação ao contribuinte.

Sucedem que muitas vezes a legislação tributária não obedece a essas diretrizes, violando ostensivamente o estatuto do contribuinte. Um exemplo desses abusos está na estipulação de multas tributárias excessivamente onerosas, com um verdadeiro efeito de confiscar o patrimônio e renda dos contribuintes.

Nesses casos, o contribuinte tolhido deve se socorrer ao Poder Judiciário, requerendo a declaração de inconstitucionalidade das leis que prescrevem essas multas desproporcionais. Apesar de o STF entender que o fundamento para essa inconstitucionalidade é o art. 150, IV da CF, que proíbe a instituição de tributos com efeito de confisco, entende-se que, no caso das multas, sua vedação decorre da proteção constitucional à propriedade e ao livre exercício profissional. Isso porque, multa e tributo não se confundem. A multa decorre de um fato ilícito, enquanto que o tributo tem por hipótese de incidência um fato lícito.

Desse modo, as multas com efeito de confisco não são admitidas no sistema tributário. Porém, identificar o *quantum* que torna uma multa extorsiva é de difícil determinação. Somente diante de um caso concreto é que se pode analisar com destreza se a multa confiscatória ou não.

O Poder Judiciário ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei que tenha instituído uma multa com efeito confiscatório deve, mesmo diante do princípio da indelegabilidade dos poderes constitucionais, aplicar um percentual razoável para o caso concreto. Se apenas declarar a inconstitucionalidade, não haverá a incidência de uma sanção para a conduta ilícita cometida pelo contribuinte, beneficiando-o demasiadamente.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o recurso hierárquico no procedimento administrativo tributário federal. In: FISCHER, Octavio Campos (coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 31-44.

ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e prática das multas tributárias*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CONFISCO. In: Grande dicionário Houaiss da língua portuguesa. Disponível em: <<http://houaiss.uol.com.br/busca?palavra=confisco>>. Acesso em: 25 jun. 2014.

CORNEJO, Humberto Medrano. La tendencia inquisitiva en el derecho tributario. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 74-88.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DALLAZEM, Dalton Luiz. O princípio constitucional tributário do não-confisco e as multas tributárias. In: FISCHER, Octavio Campos (coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 19-30.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação e direitos fundamentais. In: FISCHER, Octavio Campos (coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 09-17.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Dicionário jurídico tributário*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. *Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição*. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *Curso de direito tributário*. 28. ed., rev. atual. ampl., São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. Multas tributárias – efeito confiscatório e desproporcionalidade – tratamento jusfundamental. In: FISCHER, Octavio Campos. *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 241-259.

PEIXOTO, Marcelo Magalhaes; CARDOSO, Lais Vieira. O princípio do não confisco e os limites ao direito de propriedade. In: FISCHER, Octavio Campos (coord.). *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 227-240.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.