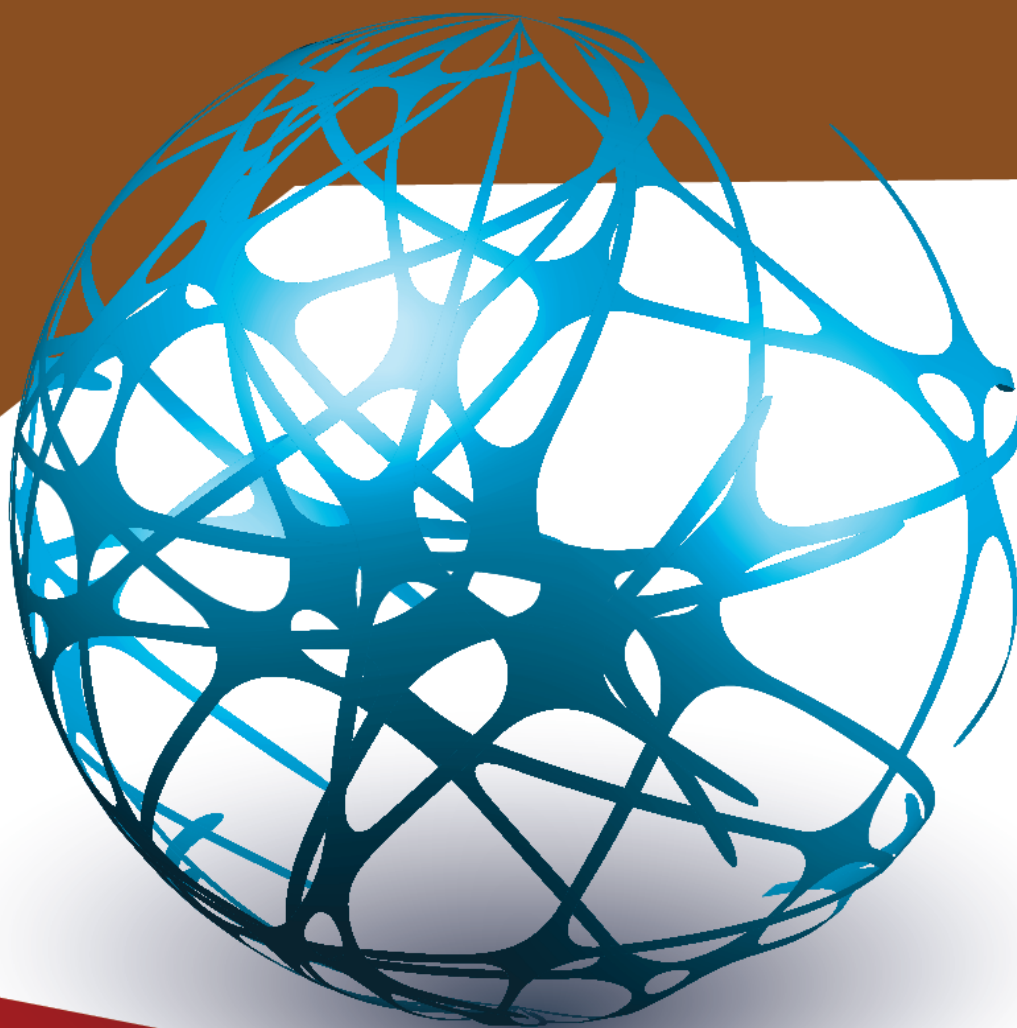


SISTEMA CONSTITUCIONAL DE GARANTIA DE DIREITOS II



V SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO
SIACRID



ORGS.
Fernando de Brito Alves
Edinilson Donisete Machado
Raquel Cristina Ferraroni Sanches

2015 – Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

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

Fernando de Brito Alves; Edinilson Donisete Machado; Raquel Cristina Ferraroni Sanches
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

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

Comissão Científica do V SIACRID

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Sistema Constitucional de Garantia de Direitos II / Fernando de Brito Alves; Edinilson Donisete Machado; Raquel Cristina Ferraroni Sanches, organizadores. –1. ed. – Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2015. (Anais do V Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-23-4

1. Sistema Constitucional de Garantia de Direitos II. Fernando de Brito Alves; Edinilson Donisete Machado; Raquel Cristina Ferraroni Sanches.

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Constitucional.

342

As ideias 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

O DIREITO AO ABORTO PELA MÁ FORMAÇÃO FETAL LETAL Lucas Octávio Noya dos SANTOS Marcelo Agamenos Goes de SOUZA	05
LOGÍSTICA REVERSA E RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA: ANÁLISE DO INSTITUTO ENQUANTO INSTRUMENTO DE GESTÃO NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS Lucyellen Roberta Dias GARCIA Ana Luiza Godoy PULCINELLI	20
O NASCIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO; UM ESCORÇO HISTÓRICO Fernanda de Paula OLIVEIRA	48
O PJE E O JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO: O PROBLEMA DO ACESSO À JUSTIÇA Kelly Aparecida PARIZI	71
O SENTIDO E ALCANCE DO ARTIGO 205 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA Diogo FÉLIX	87
O TRABALHO ESCRAVO COLONIAL E AS NOVAS FORMAS DE TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, UTILIZANDO-SE O CINEMA COMO FORMA DE EXPRESSÃO Fábio Henrique CURAN Sergio Leandro Carmo DOBARRO	106
OS LEGITIMADOS PARA A PROPOSIÇÃO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: PELA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS João Vitor Rigo BONILHA Wilton Boigues Corbalan TEBAR	128
PARA ALÉM DA RETÓRICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: RECONHECIMENTO E EMANCIPAÇÃO Luciano Braz da SILVA	146
PARA ALÉM DO ROL CONSTITUCIONAL: CRITÉRIOS DE FUNDAMENTALIDADE E O RECONHECIMENTO DE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS Ellen Carina Mattias SARTORI Caroline SCHNEIDER	176

PRECEDENTE JUDICIAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA, DO ACESSO À JUSTIÇA E DA ESTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS	204
Thais Estevão SACONATO Everton Balbo dos SANTOS	
PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: POR UMA MELHOR OPERACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA DE CONTENÇÃO DE LITÍGIOS	221
Vanessa Rui FÁVERO Natalia Rui FÁVERO	
PROPRIEDADE INTELECTUAL VERSUS DIREITO À SAÚDE INTELECTUAL PROPERTY VERSUS THE RIGHT TO HEALTH	243
Ana Luisa Moreli PANGONI Aline de Menezes GONÇALVES	
RETROSPECTO SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL E A PROPRIEDADE PRIVADA	261
Leonardo Inácio NUNES	
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CORTE DE PODER POLÍTICO	249
João Francisco Martins dos SANTOS Thaís de Fátima PEREZ	
TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O PAPEL DA SOBERANIA DO ESTADO FRENTE À JUSTIÇA UNIVERSAL E PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS	297
Ligia Maria Lario FRUCTUOZO João Augusto Arfeli PANUCCI	
UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL SOB A ÓTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA	324
Higor Henrique Nogueira GOZZO Luiz Henrique Batista de PEDROZO	
PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E DENSIDADE DO DIREITO À MORADIA A PARTIR DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA”	342
Guilherme Domingos de LUCA Teófilo Marcelo de Arêa Leão JÚNIOR	

O DIREITO AO ABORTO PELA MÁ FORMAÇÃO FETAL LETAL

Lucas Octávio Noya dos SANTOS¹

Marcelo Agamenos Goes de SOUZA²

RESUMO

Recentemente, através de noticiário televisivo, nos deparamos com uma notícia que muitas vezes causa aflições às gestantes. A vida de um filho é algo esperado por toda mulher, ou melhor, toda família, sempre se partindo da premissa de que a criança será perfeita, sem problemas de saúde, seja ele de ordem física ou mental. Com a crescente evolução da medicina, o que envolve os direitos de 5ª dimensão, é certo que, de forma mais embrionária, tem se descoberto novas anomalias que tornarão inviável a vida extrauterina, ou seja, a certeza de que após o parto a criança não evoluirá ou morrerá. Através do noticiário televisivo, constatou-se a ocorrência de uma mãe que gerava gêmeos xifópagos (siameses) por crânio, anomalia esta, que, segundo os médicos que realizaram o pré-natal, tornaria a vida da criança absolutamente inviável. Diante disto, a mãe procurou o judiciário para que pudesse efetuar a interrupção da gestação, popularmente conhecido como aborto, mas, teve seu pedido negado pela juíza monocrática do caso, o que, necessitou desta forma, levar o fato ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, antes de autorizar a interrupção da gestação (aborto) converteu o julgamento em diligência obrigando com que a mãe fosse submetida novamente a um exame para a comprovação da inviabilidade da criança pós-parto, qual seja, o desembargador relator não estava convencido do laudo elaborado pelo médico particular da paciente. Após a conclusão do perito médico da inviabilidade da gestação houve a autorização para a interrupção. Desta forma, com o presente trabalho, se busca analisar a possibilidade de surgirem novos casos de inviabilidade gestacional, a propiciar a possibilidade de interrupção desta gestação de tal modo a respeitar a dignidade e a intimidade da mulher. Não se busca no presente trabalho, como de costume, esgotar o assunto, até mesmo por que é sabido que Direito e ciência médica não andam de mãos atadas, uma vez que o Direito é lento e a ciência médica rápida, ou seja, o Direito não caminha com a mesma velocidade da Medicina.

PALAVRAS-CHAVE: aborto. interrupção de gestação. Doença

ABSTRACT

Recently, through television news, we come across a story that often causes distress to pregnant women. The life of a child is something awaited by every woman, or rather the entire family, always on the premise that the child will be perfect without health problems, whether physical or mental. With the growing evolution of medicine, which involves the

¹ Estudante de Graduação - Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP.

² Estudante de Graduação - Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP.

5th dimension of rights, it is certain that more embryonic form, has discovered new anomalies that become unfeasible to extra-uterine life, that is, rest assured that after birth, the child does not evolve or die. Through the television news, there was the occurrence of a mother who generated xipofagos twins (Siamese) by skull, this anomaly, which, according to doctors who performed prenatal would make the life of the child absolutely unfeasible. Given this, the mother sought the judiciary so that it could make the interruption of pregnancy, popularly known as abortion, but had their request denied by the monocratic judge of the case, which necessitated this way, take the matter to the Court of Justice of the State of Rio de Janeiro that, before authorizing the termination of pregnancy (abortion) converted the trial diligence forcing the mother to be resubmitted to a review for proof of impossibility of postpartum child, that is, the judge rapporteur was not convinced of the report prepared by the personal physician of the patient. Upon completion of doctor of infeasibility of pregnancy expert there was authorization for the interruption. Thus, the present work, we seek to analyze the possibility of additional cases of gestational impossibility, favor the possibility of interruption of pregnancy in such a way to respect the dignity and privacy of women. Do not search in this work, as usual, exhaust the subject, even why it is known that law and medical science does not go hand hands tied, since the law is slow and rapid medical science, the Law doesn't walks as quick as the medicine.

KEYWORDS: abortion. gestation interruption. sickness.

6

INTRODUÇÃO

Desde que o atual Código Penal brasileiro entrou em vigor, via através do Decreto Lei nº 2.848, em 07 de dezembro de 1940, nossa legislação prevê apenas duas situações permissivas de interrupção da gestação, popularmente conhecida por aborto, situações estas previstas em dois incisos do artigo 128 da referida lei, que, textualmente diz que não se pune o aborto praticado por médico quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (I) ou se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Com a evolução da medicina, o Legislador brasileiro se viu diante de situações jurídicas não previstas em Lei, que, segundo a medicina, tornam inviável a vida extrauterina após a gestação, mas, que impedem a interrupção da gestação pelo fato de sempre estarmos diante de um embate jurídico, qual seja, o Direito à Vida.

Para solucionar a questão, bastaria o Legislador, através de um simples projeto de Lei ordinária, ir acrescentando ao ordenamento jurídico novas situações previstas com a evolução da medicina, de forma a autorizar novas formas de interrupção de gestação

quando houver comprovada inviabilidade da continuidade da gestação, por fatos ainda não descritos no artigo 128, ou, simplesmente, acrescentar um terceiro inciso ao artigo 128, qual seja não se punir o aborto quando comprovadamente, por exames clínicos, confiáveis e incontestes, se demonstrar que o feto não poderá sustentar-se após o nascimento, devido à anomalia irreversível.

Ocorre que, diante do negativismo do Legislativo, qual seja, não acrescentar esta nova modalidade de interrupção da gestação no ordenamento jurídico, muitas vezes, era comum as mulheres necessitarem de buscar auxílio ao Judiciário quando comprovadamente se gestava crianças anencéfalas.

Com isto, foi necessário o ativismo do Judiciário que, após muitas discussões e, principalmente, interferências diretas das religiões (em todos os seus seguimentos contrários ao acréscimo de novas formas de interrupção da gestação) acrescentar mais uma modalidade de interrupção de gestação em nosso ordenamento jurídico, qual seja, quando comprovadamente a gestação ocorrer de crianças anencéfalas.

Portanto, no ordenamento jurídico brasileiro, existem três modalidades de interrupção de gestação (aborto), sendo duas de forma legal, quais sejam aquelas descritas no Código Penal ora mencionado, e mais uma por criação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal pela inclusão via ADPF nº 54, o que pedimos *venia* entender ser pouco devido à, como já dito, evolução constante da medicina e o surgimento de novos casos que necessitam e que obrigam a gestante a ter que procurar as vias do Judiciário e, muitas vezes, por questões puramente religiosas (de alguns magistrados), se ver obrigada à contrário gosto ter que gerir um filho com total inviabilidade futura e extrauterina.

Vale ressaltar que o presente trabalho não visa tratar da questão de outros abortos que não o terapêutico relacionado à má formação do feto, cuja viabilidade pós-nascimento esteja devidamente comprovada como inviável.

Por fim, esclarecem os autores que a metodologia utilizada na confecção do presente artigo foi de caráter dedutivo e comparativo, em especial, analisando o ordenamento jurídico brasileiro, frente à novas situações médicas que comprovam a inviabilidade de fetos por má formação, bem como, a análise quanto ao direito comparado.

ABORTO

Objeto de amplo debate, a discussão do tema proposto circunda vários aspectos jurídicos dentre os quais se encontra a aplicação do permissivo legal em face de uma eventual situação não prevista em Lei utilizando-se da interpretação extensiva das normas constitucionais.

Mais especificamente no que concerne ao aborto, a exposição acerca demanda uma conceituação, ainda que básica, para que o instituto do permissivo legal por interpretação constitucional seja aplicado com mais profundidade.

Desta forma, passemos a analisar o aborto em suas formas e características para que, em harmonia com a jurisprudência se abstraia uma ideia uníssona acerca da possibilidade ou não de se aplicar a interpretação extensiva para a permissão do aborto abstrata e/ou concretamente, de tal modo a evitar constrangimentos e violação da dignidade das gestantes.

Não se está discutindo puramente o direito à vida, pois, para muitos e, principalmente quando a questão é objeto de análise via religiosa, que defendem o posicionamento de que referido direito é absoluto, mas sim, o direito de escolha da mãe, independentemente da interferência de terceiro, o que inclui o próprio pai.

CONCEITO

Conceituar algo no ordenamento jurídico é algo de extrema dificuldade, além do que, torna-se algo quase que subjetivo.

Porém, ao pesquisarmos o conceito de aborto encontramos o seguinte.

A palavra “aborto” vem do latim *abortus*, qual seja, por sua vez, deriva do termo *aborior*, palavra esta contrário à *orior*, que significa o contrário de nascer. Com isto, o aborto é a interrupção do desenvolvimento do feto durante a gravidez, desde que a gestação ainda que não tenha chegado às vinte semanas. Ocorrendo fora desse tempo, a interrupção da gravidez antes do seu termo tem o nome de parto prematuro.

Segundo o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, junto ao parecer nº 24.292/00, de lavra do Conselheiro Cristião Fernando Rosas, devidamente aprovado na 2.466ª reunião plenária, realizada em 14.07.2000, e homologado na 2.469ª

reunião plenária, realizada em 18.07.2000, considera-se aborto, para fins médicos a interrupção da gravidez até 20ª ou 22ª semana, ou quando o feto pese até 500 gramas ou ainda, alguns consideram quando o feto mede até 16,5 cm. Segundo o relator do parecer, Este conceito de aborto, na doutrina médica, foi formulado baseado na viabilidade fetal extrauterina e é mundialmente aceito pela literatura médica.

Como já dito anteriormente, ciência médica e ciências jurídicas dificilmente andam de mãos dadas, onde para as ciências jurídicas o aborto é a interrupção da gravidez com intuito de morte do conceito, não fazendo alusão à idade gestacional, ou seja, para a ciência jurídica consuma-se o aborto com a simples interrupção da gravidez e a morte do feto, sendo desnecessária a existência da expulsão fetal. Nas palavras de Damásio Evangelista de Jesus, ***“aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção)”***.

Assim, seja pelo posicionamento jurídico, seja pelo posicionamento médico, é certo que o que há de denominador comum entre o conceito via ciência jurídica e o conceito via ciência médica está no fato de que o aborto leva, consequentemente, à morte do feto.

9

SITUAÇÕES PREVISTAS EM LEI

Como já dito anteriormente, há somente duas hipóteses de previsões legais que permitem o aborto na legislação brasileira, ambas descritas nos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal.

A primeira delas é aquela que prevê o aborto quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, ou resumidamente, quando a gestante corre risco de vida.

Diante da própria evolução da medicina, não é comum a realização deste tipo de aborto nos dias atuais, pois, são raros, senão raríssimos, os casos em que há a necessidade de se interromper a gestação com a morte do feto devido ao fato deste feto estar colocando em risco de vida a própria gestante.

Já a segunda modalidade de aborto permissivo em Lei é aquela gravidez resultante de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Esta segunda modalidade é a mais comum, e ocorre quando a gestante foi vítima de

crime contra à liberdade sexual, e acabou engravidando desta violência sexual.

Em qualquer uma das duas modalidades ora mencionada, não há sequer a necessidade de ordem judicial para que o médico faça o aborto, ou interrupção da gestação, apesar de o Código de Ética Médica lhes facultar o direito de não fazê-lo.

No caso de risco de vida da gestante, basta que seu médico entenda de forma incontestada que há o risco de vida para ela, de modo a poder, de plano, tomar as medidas necessárias para o imediato abortamento.

Nesta modalidade, há que se observar que o médico realiza a medida acobertada por uma excludente de antijuridicidade, qual seja, o estado de necessidade em favor de terceiro.

No que diz respeito ao aborto em consequência de estupro, apesar de não haver a necessidade de autorização judicial, todavia o Conselho Federal de Medicina (CFM) recomenda que os médicos de todo o país exijam o boletim de ocorrência (BO) como "instrumento preliminar" para a realização do aborto legal, nesta modalidade.

Caso se concretizando o aborto e, posteriormente, houver a informação de que realmente o crime de estupro não tenha ocorrido, ainda que elaborado o Boletim de Ocorrência, entendemos que não haverá, por parte do médico, nenhuma prática criminal, pois, na pior das hipóteses, estará ele acobertado por uma excludente de antijuridicidade putativa, sendo que a gestante, esta sim responderá por falsa comunicação de crime em concurso com o crime de aborto.

DECISÕES MANIPULATIVAS DE CARÁTER ADITIVO E ADPF Nº 54

Diante do negativismo do Legislativo, e com a evolução da medicina, concluindo pela inviabilidade das gestações de fetos anencefálicos, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS propôs junto ao Supremo Tribunal Federal, a ADPF nº 54, que, ao final, foi acolhida pelos Ministros daquela Corte, incluindo em nosso ordenamento jurídico mais uma modalidade de aborto, qual seja, quando o feto possua anomalia de anencefalia.

A necessidade da inclusão da anencefalia por determinação do Supremo Tribunal Federal, vale ressaltar, não deveu-se somente pelo negativismo do Legislativo, mas,

também por inúmeras decisões conflitantes entre magistrados e tribunais que colocavam em risco a própria segurança jurídica.

Inúmeras eram as ações que tramitaram nas instâncias inferiores ao Supremo, onde, com a comprovação inequívoca de gestação com fetos anencefálicos, magistrados negavam a possibilidade do aborto ou interrupção da gestação pelo simples argumento de que não havia previsão legal, ou seja, faziam uma interpretação gessada da Lei, isto quando não levavam para os gabinetes suas convicções religiosas, fatos esses que feriam de morte o Direito de Liberdade e o Direito de Intimidade das Gestantes, onde, a gestação que deveria ser um momento de alegria, passava a ser um momento de aflição e tristeza.

Na oportunidade do julgamento da ADPF nº 54, o Ministro Carlos Ayres de Britto, ao votar favorável pela ação, disse que a decisão do Supremo se tratava de uma “decisão Manipulativa de caráter aditivo”.

A chamada decisão manipulativa de caráter ou efeito aditivo é originária do direito italiano, onde o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas à sua apreciação, afim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas, concordante com a constituição.

Pela decisão manipulativa de caráter aditivo, o Judiciário indica que sua decisão é autoaplicativa com caráter imediato, quanto aos seus efeitos, independentemente de qualquer intervenção parlamentar. É o que podemos entender como o Ativismo ou Positivismo Judicial. Em poucas palavras, isto quer dizer, o Judiciário acrescenta, no ordenamento jurídico, algo que, por regra, deveria ter sido feito pelo Legislador, mas, que, por omissões não o faz. Desta forma, o Judiciário inclui no ordenamento jurídico, algo de necessário para a coletividade, algo este que, mesmo sem a previsão da Lei, passa a ter caráter de obrigatoriedade, como se lei o fosse.

Desta forma, quando do julgamento da ADPF nº 54, o Supremo Tribunal Federal fez incluir (manipulação com caráter aditivo) em nosso ordenamento jurídico mais uma situação permissiva de aborto, qual seja, em casos de anencefalia.

Vale observar que, apesar da não necessidade do parlamento tratar da questão, há parlamentares que insistem em caminhar na contramão de direção, como, os projetos de lei nºs 565/2012 de autoria do deputado Marco Feliciano e 566/2012, de autoria dos deputados

Roberto de Lucena, João Campos e Salvador Zimbaldi, buscaram sustar a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental- ADPF 54, além do que o projeto de Lei nº 287/2012, de autoria da Senadora Maria do Carmo Alves, visa criminalizar o aborto em caso de anencefalia.

Após o julgamento da ADPF nº 54, o Conselho Federal de Medicina baixou a Resolução nº 1.989/2012, que dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências.

De plano, percebe-se que o Conselho Federal de Medicina, ao baixar a resolução, procurou seguir os dizeres do próprio Supremo Tribunal Federal ao utilizar o termo antecipação terapêutica de parto.

Para o Conselho Federal de Medicina “(...), ***a interrupção da gravidez, nos casos de anencefalia, antecipa o momento oportuno do parto, referindo-se ao fim natural da gestação e não à sua temporalidade, contada em semanas na data em que ocorrer a interrupção.***”

Pela resolução ora mencionada, em seu artigo 2º, o exame de constatação de anencefalia deverá ocorrer da seguinte forma:

Art. 2º O diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação e deve conter:

I – duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável; II – laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.

Portanto, a questão relacionada à antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia, encontra-se devidamente regulamentada quanto à sua forma de realização através de medida do CFM, bem como, devidamente amparada por decisão do Supremo Tribunal Federal.

OUTROS CASOS PREVISTOS/POSSÍVEIS NA MEDICINA E O DIREITO COMPARADO

Apesar do Supremo Tribunal Federal ter demonstrado a necessidade da inclusão de

uma nova situação permissiva de antecipação terapêutica do parto (popularmente conhecida por aborto), qual seja, as situações de anencefalia, é certo e, neste ponto, pedimos *venia* para discordar dos senhores Ministros, não em relação à autorização da interrupção de gestação nos casos de anencefalias, mas sim, que a decisão deveria ser mais ampla, qual seja, que a autorização da interrupção da gestação deveria e deve ocorrer em toda e qualquer situação clinicamente comprovada de que o feto possui inviabilidade extrauterina, e, repetimos, não apenas no caso de anencefalia.

Em interessante artigo publicado na Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, denominado “Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais”, de autoria de Gláucia Rosana Guerra Benute, Roseli Mieko Yamamoto Nomura, Mara Cristina Souza de Lucia e Marcelo Zugaib, foram descritos outros tipos de malformação fetal letal detectado pelo diagnóstico ultra-sonográfico ou genético, que indicou a solicitação da interrupção da gestação, conforme tabela abaixo trazida do referido trabalho. Vale observar que os casos foram caracterizados conforme a anomalia de maior gravidade, com destaque para o diagnóstico de anencefalia, que chegou ao importe de 71,5%.

13

Tabela 1 - Principais anomalias detectadas nos fetos de 35 gestantes, com diagnóstico de malformação fetal letal, entrevistadas após a interrupção judicial da gravidez

Diagnóstico	Resultados	
Anencefalia	25	71,4%
Malformação nefrourológica	4	11,4%
Sistema nervoso central*	3	8,6%
Síndromes genéticas	2	5,8%
Malformações múltiplas	1	2,9%

*Foram excluídos os casos de anencefalia.

Pelo trabalho ora mencionado, verifica-se que a anencefalia é a maior causa de má formação que pode levar à interrupção terapêutica do parto, mas, não a única, conforme o caso que ocorreu no Rio de Janeiro e que motivou o presente trabalho.

Como já dissemos, com a evolução da Medicina, é possível que outros casos

venham a surgir, demonstrando de forma conclusiva e incontestada a inviabilidade da gestação devido à comprovação de que o feto não terá sobrevivência extrauterina.

No caso do Rio de Janeiro, a anomalia deu-se por gêmeos xifópagos (siameses) por crânio. Segundo os laudos médicos, os gêmeos siameses sofriam de dicefalia, qual seja, enfermidade grave que se caracterizava pela duplicação da coluna vertebral. Os exames também mostravam que eles tinham apenas quatro membros e um único coração, o que os impedirá de viver após o nascimento.

Diante desta anomalia, a mãe promoveu pedido judicial para a interrupção da gestação, o que foi peremptoriamente negado pela Juíza Monocrática sob o argumento de que a paciente não teria demonstrado os riscos a que se sujeitaria a gestação com o prosseguimento da gravidez, tampouco a concreta impossibilidade de os fetos terem vida extrauterina, julgando com base em critérios genéricos, ao mencionar os dados de uma estatística que não se aplicava, especificamente, ao caso em tela, além de não ter se cingido aos documentos que instruíam a inicial e tampouco determinado a realização de perícia médica para dirimir eventuais dúvidas sobre o real estado de saúde dos fetos e suas possibilidades de sobrevivência após o parto.

Com a negativa do Juízo de 1º grau, a gestante impetrou Habeas Corpus ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que reformou a decisão, onde, para os membros da 8ª Câmara Criminal, o caso raro poderia ser comparado a anencefalia, doença que também impede a vida fora do ventre materno.

Pelo que se verifica nos dizeres da 8ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, esta se encontra com um entendimento bem mais aberto do que aquele deferido na ADPF nº 54, pois, engloba situação de estado de gestação absolutamente inviável.

Ampliar a possibilidade de interrupção terapêutica da gestação para outras situações além da anencefalia não é colocar em risco o direito à vida, mas sim, realizar uma ponderação de valores entre o direito à vida, vida esta viável e sustentável apenas intrauterina, em violação ao direito à liberdade, à integridade e à intimidade da mulher, em trazer no ventre uma gestação absolutamente inviável, gestação esta que pode lhe causar males maiores como por exemplo abalos psicológicos.

No caso de se obrigar ou forçar a gestante a manter a gestação de um feto com comprovada inviabilidade extrauterina é puni-la mais severamente dentro da sua intimidade e liberdade do que uma punição criminal, pois, é certo que uma punição criminal tem fim, com o cumprimento da pena, mas, a punição/obrigação psicológica, esta poderá ser perpétua, levando, inclusive, muitas mulheres a se negar a uma nova gestação.

Dentro disto, e dentro de uma ponderação de valores, esta inclusive é uma das formas de interpretação para o inciso II do artigo 128 do Código Penal, pois, como deixar e obrigar uma mulher a trazer no ventre um filho produto de uma violência. Obrigar a mulher a ter um filho resultante de uma violência sexual é uma pena maior do que aquela dada ao próprio violentador, pois, para ele a pena criminal um dia terá fim, mas, para ela (gestante) a marca da violência e o olhar para o filho será uma punição *ad eternum*.

Não se está aqui se comparando um filho com má formação com aquele resultante de uma violência sexual, mas sim, o fim a que levam ambas as gestações praticamente são os mesmos, quais sejam, o abalo psicológico, a violação quanto ao direito de liberdade, a violação quanto ao direito de escolha, a violação quanto ao direito de intimidade, algo neste ponto, exclusivo da mulher.

Diante disto é que haveria a necessidade do omissor legislador incluir no ordenamento jurídico (o que acreditamos não ocorrerá, diante da negativa de inclusão do próprio caso de anencefalia) da possibilidade de interrupção terapêutica da gestação para casos clinicamente comprovados de má formação do feto com resultado conclusivo incontroverso de inviabilidade de vida extrauterina após o parto, ou, que um dos legitimados para a propositura da ADPF (artigo 103 da Constituição Federal) promovam uma nova medida judicial no Supremo Tribunal Federal para ampliar esta situação que, no Supremo, está restrita à anencefalia, pela ADPF nº 54, utilizando o Supremo, mais uma vez, da decisão manipulativa de caráter aditivo.

É o que ocorreu, por exemplo, na Colômbia. O Código Penal colombiano, Lei nº 599/2000, não prevê nenhuma modalidade de aborto, seja por violência sexual, ou mesmo quando há perigo de vida para a mulher, como ocorre na Legislação do Código Penal brasileiro.

Todavia, ao fazer uma interpretação do artigo 122 do Código Penal colombiano,

que trata do crime de aborto, a Corte Constitucional colombiana, no julgamento C-355 de 10 de maio de 2006, condicionou a aplicabilidade do referido artigo a três condições, quais sejam: a) quando a gravidez resultar em perigo de vida para a mulher, devidamente certificada por um médico; b) quando exista grave malformação do feto a inviabilizar sua vida, desde que certificada por um médico e; c) quando a gravidez resultou de crime sexual, abusividade de inseminação artificial ou transferência de óvulo fecundado sem consentimento, ou incesto.

Em Portugal, o Tribunal Constitucional Português, quando do julgamento do Processo nº 38/84, que teve como Relator o Conselheiro Costa Aroso, reconheceu ser constitucional o artigo 1.º do Decreto n.º 41/III, da Assembleia da República, que autoriza a interrupção da gestação quando o feto possui doença grave e incurável (acórdão 25/84).

Notamos que, neste aspecto a decisão da Corte Constitucional colombiana, no julgamento C-355, bem como do Tribunal Constitucional Português no julgamento do Processo nº 38/84, que permitem a interrupção da gestação para todo e qualquer tipo de malformação do feto a inviabilizar a sua vida, encontram-se mais avançadas do que a decisão da ADPF nº 54 do Supremo Tribunal Federal, que somente permite a interrupção no caso de anencefalia.

No Peru, por sua vez, o aborto em casos de malformação fetal é causa de diminuição de pena, ou seja, é proibido, mas, acaba beneficiando a gestante com uma redução da punição, conforme descreve o artigo 120, item nº 2, do Decreto Legislativo nº 635/91, a qual a Legislação peruana denomina de Aborto Eugénésico.

CONCLUSÃO

Concluimos que , apesar da existência da decisão na ADPF nº 54, no Supremo Tribunal Federal, que autorizou a interrupção terapêutica da gestação após a comprovação de feto anencefálico, é certo que esta decisão ainda é muito limitada e restrita para este caso, ou seja, somente gera efeito vinculante para o caso específico de má formação por anencefalia.

Desta forma, há a necessidade de uma revisão desta decisão frente à evolução da medicina, com a possibilidade de diagnósticos de outros casos de má formação que

também, de forma incontestada, demonstrar a inviabilidade da gestação, como a que ocorreu no Rio de Janeiro, dos gêmeos xifópagos (siameses) por crânio.

Com isto, se conclui que a malformação fetal a levar a inviabilidade da gestação é o gênero, da qual a anencefalia é apenas uma de suas espécies, conforme demonstrado na tabela acima.

Portanto, há a necessidade de que a interrupção terapêutica da gestação não fique autorizada apenas em uma de suas espécies, mas sim, no gênero, qual seja, em todas as espécies de anomalia acometida pelo feto, comprovada clinicamente por médico quanto à sua inviabilidade gestacional e vida pós-nascimento, de tal modo a impedir ou fazer cessar situações como a descrita no presente trabalho, fazendo com que a mulher tenha um parto que se torne indesejado e faça do Judiciário uma via sacra na busca do seu direito de liberdade e de intimidade o qual representa uma afronta aos direitos humanos e aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 1 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

BLIACHERIENE, Ana Carla. SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à Vida e à Saúde: Impactos orçamentário e judicial**. 1 ed., São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Debora, RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras

Livres, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=268887>.
<http://conceito.de/aborto#ixzz3eSmkoPIU>, capturado em 29-06-2015.

<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=3405&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%EA3o%20Paulo&numero=24292&situacao=&data=00-00-2000>, capturado em 29-06-2015.
http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf, capturado em 29-06-2015.

http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1795:&catid=3, capturado em 29-06-2015.

http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0100-72032006000100003&script=sci_arttext.
Capturado em 30-06-2015. Também podendo ser encontrado na Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia *On-line version* ISSN 1806-9339

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165

JESUS, Damásio de Jesus. **Direito Penal 2º Volume - Parte Especial**. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTÍNEZ, Stella Mais. **Manipulação Genética e Direito Penal**. 1 ed., São Paulo: IBCCrim, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28ªed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras, Vol. 1, 1824.** Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001

PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional.** 8 ed. Niterói: Impetus, 2006.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Reforma Constitucional.** 1 ed. Niterói: Impetus, 2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

VERDUGO MARINKOVIC, Mario. DEL RÍO, Alberto Naudon. **Constitución Política de La República de Chile anotada y concordada.** 1 ed., Santiago: Thomson Reuters, 2011.

LOGÍSTICA REVERSA E RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA: ANÁLISE DO INSTITUTO ENQUANTO INSTRUMENTO DE GESTÃO NA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Lucyellen Roberta Dias GARCIA³

Ana Luiza Godoy PULCINELLI⁴

RESUMO

Não se pode negar que o meio ambiente trata-se de um direito difuso, alçado à condição de fundamental com o advento da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, direito de todos viverem de forma digna e sadia em um ambiente que promova o bem-estar de quem o habita e que ainda está por vir a ocupar o espaço comum. Não obstante, denota-se que diversos fatores externos, dentre os quais se destaca a intensificação da industrialização global e o excessivo consumo de produtos têm colaborado para o agravamento da degradação ambiental. Para a superação da crise do capital vivenciada neste século, faz-se necessário um corpo normativo que promova o resgate dos valores éticos e culturais da sociedade, na cooperação e solidariedade entre os povos. Neste aspecto, foi elaborada uma Política Nacional de Resíduos Sólidos (12.305/2010), seguida de seu Dec. 7404/2010, vindo a representar um grande avanço ao desenvolvimento sustentável, em especial no que toca à mudança de comportamentos dos diversos responsáveis pelo ciclo de vida do produto. Esta concepção solidária e responsável extraída da Lei que regulamenta os resíduos sólidos utiliza-se do instituto da responsabilidade compartilhada e o mecanismo da logística reversa como meio de efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Palavras-chave: logística reversa; responsabilidade compartilhada; cooperação

ABSTRACT

One can not deny that the environment it is a diffuse right, raised the fundamental condition with the advent of the Federal Constitution of 1988, and is therefore entitled to all live a dignified and healthy way in an environment that promotes good -being of their inhabitants and what is yet to come to occupy the common space. Nevertheless, it denotes that several external factors, among which stands out the intensification of global industrialization and excessive consumption of products have contributed to the worsening environmental degradation. To overcome the crisis of capital experienced in this century, it is necessary a regulatory body that promotes the rescue of ethical and cultural values of society,

³ Universidade Estadual do Norte do Paraná.

⁴ Universidade Estadual do Norte do Paraná.

cooperation and solidarity among peoples. In this regard, a National Policy on Solid Waste (12,305 / 2010) was drawn up, followed by his Decree 7404/2010, come to represent a major advance sustainable development, especially when it comes to changing behavior of the various responsible for cycle product life. This joint design and extracted in charge of the Law that regulates the waste is used the shared responsibility of the institute and the mechanism of reverse logistics as a means of realization of the right to an ecologically balanced environment.

KEYWORDS: reverse logistics; shared responsibility; cooperation

INTRODUÇÃO

Ao se analisar o aumento considerável da demanda em torno da aquisição de produtos no mercado de consumo, os quais se apresentam cada vez mais atraentes e longe de ser considerados vitais ao ser humano, a temática em torno dos resíduos sólidos se torna um dos problemas mais relevantes que permeia o atual contexto socioambiental e econômico em que a sociedade moderna se encontra inserida.

No Brasil, o meio ambiente é protegido constitucionalmente e reconhecido como direito fundamental de terceira dimensão, por se revelar essencial à promoção da dignidade da pessoa humana; ocupa, por conseguinte, o patamar não apenas de direito fundamental, mas também de dever, ético e legal, do Estado e da sociedade, de garantir em favor das presentes e futuras gerações um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentado nos pilares do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme preconizado pelo artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

Atraída por esta motivação e desejo de mudanças consideradas vitais para a própria sobrevivência da humanidade, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, instituiu a Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS), que trata de um conjunto de princípios, objetivos e instrumentos para uma gestão integrada dos resíduos sólidos e, ainda, aponta metas que devem ser seguidas pelos Estados e municípios na elaboração de suas políticas públicas, sob pena de não fazerem jus às benesses previstas pela PNRS.

A necessidade de se estabelecer mecanismos eficientes de proteção ao meio ambiente, que priorizem, inclusive, medidas mitigadoras ao livre e irrestrito acesso aos bens de consumo se justifica pelo fato de que no processo de extração, transformação e consumo, produz-se considerável quantidade de rejeitos considerados maléficos ao meio

ambiente.

Neste contexto, o trabalho assentou-se em um estudo acerca da logística reversa como instrumento da gestão compartilhada na atual Política Nacional de Resíduos Sólidos. Buscou-se retratar, outrossim, de que forma a sociedade deve se adaptar ao novo conceito de sustentabilidade, utilizando-se do instituto da logística reversa.

A temática sob enfoque detém relevante importância que os dois conceitos trazidos, logística reversa e responsabilidade compartilhada guardam em si um inter-relacionamento evidente já que aquele se utiliza deste para exigir a cooperação entre os entes federados do Poder Público, fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes e consumidores, que ficarão corresponsáveis pela entrega e retorno dos resíduos a seus produtores, para que sejam conduzidos ao reaproveitamento ou à reciclagem, mas quando não mais possível ao descarte ambientalmente adequado.

No primeiro capítulo, a autora introduz o leitor na reflexão em torno do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida. Após breve explanação sobre o conteúdo deste direito e sua classificação na terceira dimensão do rol de direitos fundamentais. Na sequência (2º capítulo) inicia-se uma incursão no debate acerca dos objetivos traçados pela PNRS – Política Nacional de Resíduos Sólidos.

No terceiro capítulo discorreu-se acerca do processo histórico de construção da Lei n. 12.305/10, além dos objetivos e diretrizes que devem permear a gestão de resíduos sólidos. Destacou-se, em especial, a busca da novel legislação por uma reestruturação da gestão anterior marcada pelo descompasso entre as ações desenvolvidas pelos agentes públicos e o surgimento de novas demandas que determinam dia a dia o agravamento de uma crise ambiental sem precedentes.

No quarto e último capítulo bem pretende-se retratar a simbiose entre o instituto da logística reversa e o princípio da responsabilidade compartilhada, destacando-se a importância de cada ente corresponsável se assumir como tal na cadeia que envolve o ciclo de vida do produto mantendo-se na condição de cooperado de modo a tornar possível um novo cenário para as presentes e futuras gerações.

Baseado nas diversas concepções que a problemática trazida pela pesquisa impõe, a

metodologia utilizada foi a dedutiva, na medida em que foram exploradas premissas gerais, auto evidentes, calcadas em fatos sociais de relevância para a pesquisa, leis e proposições fenomenológicas para que se pudesse concluir um raciocínio lógico à solução do problema proposto.

Por fim, baseou-se o presente estudo em pesquisas bibliográficas e documentais, buscando explorar ao máximo a doutrina pátria, bem como a legislação brasileira no âmbito do Direito Ambiental, enfatizando a sua correlação com os fatos sociais que imprimem consequências alarmantes no processo de formação da identidade social do ser humano.

O MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA DIMENSÃO

Quaisquer digressões que se possa realizar em torno da temática ambiental requer, necessariamente, uma análise aprofundada acerca da posição ocupada pelo meio ambiente, na qualidade de direito fundamental, bem como os fatores sociais, econômicos e culturais que justificam o seu âmbito de proteção.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é classificado como direito fundamental de terceira dimensão/geração, na medida em que tutela direitos cuja titularidade pertence a pessoas indetermináveis, não sendo, pois, possível individualizar os diversos elementos que compõe o vasto universo que alberga seus destinatários, considerado sob todas as formas: artificial, cultural, natural e laboral.

Não obstante o valor fundamental a eles atribuídos, para a doutrina democrática os direitos de fraternidade não se encontram no mesmo patamar que os direitos de liberdade e igualdade, o que se justifica por conta de sua abstração e falta de clareza com relação ao conjunto de valores tutelados. O sentimentalismo, elemento constante nesta dimensão de direitos fundamentais, acaba por não envolver toda a sociedade e, portanto, não abarcando o âmbito de proteção que se espera de um direito fundamental.

Neste sentido, explica RAWLS (2002, p. 112-113).

Em comparação com a liberdade e igualdade, a fraternidade tem ocupado um lugar menos importante na teoria democrática. Considera-se que ela é um conceito menos especificamente político, que não define em si mesmo

nenhum dos direitos democráticos, mas que em vez disso expressa certas atitudes mentais e formas de conduta sem as quais perderíamos de vistas os valores expressos por esses direitos. [...] Algumas vezes se considera que o ideal de fraternidade envolve laços sentimentais que, entre membros da sociedade mais ampla, não seria realista esperar. E essa é certamente mais uma razão para ele que seja relativamente negligenciado na doutrina democrática.

A relutância da filosofia política em sobrepor os direitos de igualdade e liberdade sobre os de fraternidade não encontra guarida no atual momento vivido pelo Constitucionalismo, em que as regras de direitos humanos assumem especial relevância nos ordenamentos jurídicos em que são recepcionadas no sentido de se alcançar a efetiva liberdade e igualdade entre os povos.

Neste ponto, a fraternidade se mostra fundamental, eis que se faz necessário o reconhecimento de novos direitos e um olhar diferenciado sobre as mazelas sociais que repercutem na sociedade moderna de modo a tutelar os direitos de cada um, sem deixar de observar os acontecimentos externos que circundam o individualismo já rechaçado outrora no período liberal, mas que ainda se mostra tão presente disfarçado em atitudes desumanas.

CUNHA JUNIOR (2007, p. 34) retrata com clareza a essência dos direitos de fraternidade:

[...] enquanto os direitos de primeira dimensão (direitos civis e políticos)- que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais- realçam o princípio da liberdade e os direitos da segunda dimensão (direitos sociais, econômicos e culturais)- que se identificam com as liberdades positivas, reais, materiais ou concretas- enfatizam o princípio da igualdade, os direitos fundamentais- que encerram poderes de titularidade coletiva ou difusa atribuídos genericamente a todas as formações sociais consagram o princípio da solidariedade ou fraternidade e correspondem a um momento de extrema importância no processo do desenvolvimento e afirmação dos direitos fundamentais, notabilizados pelo estigma de sua irrecusável inexauribilidade.

O reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como parte integrante dos direitos fundamentais somente veio a ocorrer com o advento da Constituição Federal de 1988, quando então passou este a ocupar um lugar de destaque na Carta Cidadã, que dedicou um capítulo exclusivo para tratar da temática ambiental, o que jamais se observou nas Constituições anteriores.

Salutar, neste aspecto, os dizeres de SILVA (2000, p. 46):

A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre meio ambiente inserido no título da “Ordem Social” (Capítulo VI do Título VIII). Mas a questão permeia todo o seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional.

A Constituição de 1988 inova ao trazer no *caput* do seu artigo 225 um conceito amplo e inovador de meio ambiente, relacionado com a própria dignidade humana da pessoa e o direito à vida. Assim estabelece: “Todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Importante destacar que a primeira legislação a trazer um conceito sobre meio ambiente, foi a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a qual estabelecia ser este um “conjunto de condições, leis, influencias e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abrigam e regem a vida em todas as suas formas”.

Abarcando o conceito acima trazido, mas ampliando de forma significativa o conceito de meio ambiente, a Constituição de 1988 passou a considerar como parte integrante do meio ambiente, não somente os aspectos físico-naturais privilegiados pela legislação de 1981, mas também os aspectos artificiais (meio ambiente construído pelo homem, como as cidades), culturais (valores históricos, paisagísticos, turísticos, arqueológicos) e laborais (regras que permeiam o ambiente de trabalho das pessoas).

Nesta toada, pode-se afirmar a existência de uma inter-relação entre todos os direitos humanos ambientais e o direito ambiental, visto que o meio ambiente e todas as completudes que o envolve esta correlacionado com todos os aspectos da vida. Se não estiver assegurado o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de nada servirá o desenvolvimento econômico e tecnológico da nação e o próprio reconhecimento de novos direitos os quais não teriam condições de ser implementados.

Segundo CANEPA (2004, p.161):

A proteção ambiental é, pois, instrumento de proteção para a vida e em consequência do direito ao meio ambiente sadio, base do bem-estar e da possibilidade de fruição de todos os direitos inerentes à condição humana, enquadrados num patamar de um princípio constitucional e de um direito fundamental.

Inúmeros fatores ainda se apresentam como obstáculos para a conscientização da responsabilidade intergeracional preconizada pelo artigo 225 da Constituição de 1988, sendo o principal deles o desconhecimento do cidadão acerca do papel garantidor e multiplicador de boas ações que exerce no meio social, o que pode ser explicado pelo surgimento dos novos padrões de consumo impostos pelo sistema capitalista, que formam sociedades descompromissadas com o preceito ético-ambiental, mas engajadas na conquista do lucro a qualquer custo.

Não se pode perder de vista, outrossim, que esses novos padrões de consumo não alcançam, de forma proporcional, todos os grupos que compõe a sociedade, o que demanda necessária cautela, além de incursões em áreas multidisciplinares, tal como a ecologia política.

A concepção do meio ambiente como bem difuso e voltado à satisfação das necessidades das presentes e futuras gerações não é suficiente para garantir, por si só, o acesso igualitário dos recursos e serviços naturais a todas as camadas sociais. Exsurge, por conta de tal paradoxo, inúmeros conflitos ecológicos distributivos, ou conflitos socioambientais, colocando, em relevo, o meio ambiente enquanto categoria social e ensejador de injustiças sociais (e ambientais) que são objetos de estudo pela ecologia política.

A ecologia política estuda conflitos ecológicos distributivos; constitui um campo criado por geógrafos, antropólogos e sociólogos ambientais. Foi introduzida pelo antropólogo Eric Wolf, em 1972, embora já tivesse sido utilizada em 1957 por Bertrand Jouvenel. (MARTINEZ-ALIER, 2007, p. 15)

Os conflitos gerados pela distribuição ecológica estão relacionados ao acesso a recursos e serviços naturais, bem como aos danos causados a determinada parcela da população. As desigualdades decorrentes de processos econômicos e sociais concentram a

principais cargas de poluição e demais efeitos decorrentes do uso inapropriado do bem ambiental sobre as populações mais pobres, discriminadas e excluídas socialmente.

A ecologia política tem se valido das discussões em torno da justiça ambiental para analisar esses conflitos distributivos, de modo a buscar soluções para que nenhum grupo de pessoas suporte uma parcela desproporcional de degradação do espaço coletivo.

ACSELRAD, HERCULANO e PÁDUA (2004, p.9) entendem por injustiça ambiental:

[...], a condição de existência coletiva própria a sociedades desiguais onde operam mecanismos sociopolíticos que destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, seguimentos raciais discriminados, parcelas marginalizadas e mais vulneráveis da cidadania.

Tem crescido no Brasil, embora já disseminado em outros países, movimentos em prol da Justiça Ambiental que lutam pela distribuição igualitária do bem ambiental.

27

POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS: PROCESSO HISTÓRICO DE CONSTRUÇÃO

Após quase 20 anos de tramitação, o Congresso Nacional veio a aprovar a Lei n.º 12.305 de 02 de agosto de 2010, denominada de Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, a qual foi regulamentada pelo Decreto n. 7404 de 23 de dezembro de 2010.

Antes da promulgação da Política Nacional, a temática dos resíduos sólidos já era tratada em legislações esparsas que de forma específica buscavam tutelar determinados bens ambientais. Dentre essas legislações destacam-se a Lei 7.802 de 1989, regulamentando, dentre outros aspectos, a destinação final de resíduos sólidos e embalagens de agrotóxicos; Res. 362 de 2005 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), regulamentando a coleta e destinação final de óleo lubrificante usado; Res. 358 de 2005 do CONAMA, sobre o tratamento e disposição final de resíduos do serviço de saúde; Res. 307 de 2002 do CONAMA, sobre resíduos da construção civil; Res. 401 de 2008 do CONAMA, sobre o gerenciamento final de pilhas e baterias; e, por fim, ressaltamos que o Brasil é signatário da Convenção da Brasília sobre mecanismos de

controle de movimento transfronteiriço de resíduos perigosos e sua destinação, ratificada por meio do Decreto 875/1993.

Verifica-se que não havia uma gestão unificada dos resíduos sólidos, o que determinava a eclosão de consideráveis impactos ambientais difíceis de serem solucionados.

Os dados referentes ao tema dos resíduos sólidos no Brasil são alarmantes e retratam as consequências operadas pela ausência de uma legislação sistematizada sobre um tema de tamanha relevância por tantos anos. Segundo dados publicados pela Associação Brasileira Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais (ABRELPE), em 2010, 33,4% dos municípios detinham sistema de disposição de resíduos sólidos inadequados.

Os baixos índices observados no que se refere à coleta seletiva se devem ao fato de que ela envolve uma série de desafios que dificultam sua implementação, e que se encontram atrelados aos aspectos sanitários, ambientais, ecológicos, demográficos, administrativos, políticos, culturais, sociais e econômicos (OLIVEIRA, 2011).

Os programas de coleta seletiva exigem um complexo planejamento para terem real viabilidade, evitando, desta forma, descontinuidades ou mesmo sua interrupção que interferem de forma negativa no processo de sensibilização ambiental.

Destaca-se, por meio desses dados, que no Brasil um índice muito baixo de materiais são reciclados; alumínio, aço e papel/papelão possuem taxas de reciclagem de acima de 35%; por outro lado, plástico e vidro alcançam valores próximos a 20% (MMA, 2012, p. 12).

O que pese o expressivo alcance econômico obtido com a reciclagem, cuja atividade movimenta cerca de R\$ 12 bilhões por ano, o Brasil ainda perde outros R\$ 8 bilhões por não reaproveitar os resíduos que são destinados aos lixões ou aterros controlados (MMA, online)

Em suma, a Lei 12.305/2010 (PNRS), juntamente com as políticas ambientais delineadas na Política Nacional de do Meio Ambiente, a Política Federal de Saneamento Básico e a Política Nacional de Educação Ambiental⁶⁶, busca uma reestruturação da gestão anterior marcada pelo descompasso entre as ações desenvolvidas pelos agentes

públicos e o surgimento de novas demandas que determinam dia a dia o agravamento de uma crise ambiental sem precedentes.

A PNRS trata-se da primeira legislação a discorrer de forma específica acerca da gestão e disposição de resíduos sólidos no Brasil elencando, pois, os princípios gerais a serem perseguidos pelas normas editadas pelos Estados e Municípios, cada qual no seu âmbito de competência complementar e integradora.

Enquanto não havia lei federal aprovada para dispor acerca dos Resíduos Sólidos, os Municípios se viam obrigados a responsabilizar-se não somente pelos serviços de manejo de limpeza urbana, como também por legislar, de modo absoluto, sobre resíduos sólidos, conforme prerrogativa estabelecida no artigo 30, I, da Constituição, o que ressalta a ausência, também, de um marco legal estadual. (KASSMAYER, 2012, p. 16)

.O grande diferencial da Política Nacional de Resíduos Sólidos é, sem sombra de dúvidas, a função integradora que exerce no seu âmbito de atuação, na medida em que reúne, de forma sistêmica, um conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações a serem adotados pelo Governo Federal, isoladamente ou em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares; busca-se implementar a gestão integrada e o gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

Os mecanismos indutores de desenvolvimento estabelecidos na lei de gerenciamento de resíduos sólidos consideram a problemática do lixo na sociedade contemporânea a partir de variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública.

A presença de variantes envolvidas no objetivo da normativa ambiental sob enfoque retrata o caráter multidisciplinar dos objetivos propostos e o aprofundamento das questões que possam influenciar na proteção do meio ambiente, no desenvolvimento econômico do país e na melhoria de vida da sociedade e da parcela da população que labora diretamente com os resíduos, buscando a sua reutilização.

Ainda que muitas críticas parem acerca da efetividade das normas elaboradas para promover a gestão ambiental dos resíduos sólidos em solo brasileiro, a PNRS inovou ao estabelecer em seu conjunto mais do que tão somente mecanismos de controle e

sancionatórios, passando, pois, a abranger instrumentos econômicos visando promover a parceria entre Poder Público e iniciativa privada para a consecução dos mesmos objetivos: conferir a correta destinação aos resíduos sólidos produzidos.

OBJETIVOS E DIRETRIZES GERAIS DA PNRS

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/2010) apresenta um vasto, amplo campo de aplicação, o que se explica pela complexidade do tema voltado à gestão de resíduos sólidos, exigindo do legislador incursões em diversas áreas de conhecimento, tais como econômica, social, ambiental e cultural.

Encontra-se, pois, a novel legislação alicerçada nos artigos 24, VI e VIII, e 225, ambos da Constituição Federal, apresentando, por intermédio dos seus 57 artigos estabelecer princípios, objetivos, instrumentos e diretrizes para a gestão dos resíduos, a iniciar pela produção da matéria prima, culminando na disposição final do produto.

O objeto da Política Nacional de Resíduos Sólidos encontra-se, neste contexto, inicialmente delineado já no primeiro parágrafo da Lei nº 12.305/2010, *in verbis*:

30

Art. 1º Esta Lei institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, dispondo sobre seus princípios, objetivos e instrumentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos.

O conteúdo do dispositivo inicial é corroborado pelo art. 4º da mesma Lei, ao estabelecer que a PNRS:

[...] reúne o conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes metas e ações adotadas pelo Governo Federal, isoladamente ou em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares, com vistas à gestão integrada e ao gerenciamento ambientalmente adequado dos resíduos sólidos.

Cumprе observar no tocante ao objeto de proteção da lei, que o legislador optou por não incluir no rol de resíduos sólidos regulados pelas novas disposições legais os rejeitos radioativos, os quais são regulamentados por lei própria (Lei N, 10.308/2001) restando,

pois, expressamente excepcionados pelo §2^a, artigo 1º, da Lei nº 12.305/10, in verbis:

[...] para o destino final dos rejeitos radioativos produzidos em território nacional, incluídos a seleção de locais, a construção, o licenciamento, a operação, a fiscalização, os custos, a indenização, a responsabilidade civil e as garantias referentes aos depósitos radioativos. (Art. 1º, caput).

Um dos grandes destaques da Lei nº 12.305/2010 é a previsão da responsabilidade compartilhada entre os atores sociais responsáveis pelo ciclo de vida do produto. Para tanto, restou estabelecido no §1, artigo 1º, da mencionada lei que se encontram sujeitos às normas da PNRS: as “pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, responsáveis, direta ou indiretamente, pela geração de resíduos sólidos”, bem como aquelas que “desenvolvam ações relacionadas à gestão integrada ou ao gerenciamento de resíduos sólidos”.

Consoante já indicado pela PNRS denota-se uma divisão pelo legislador de dois grupos de corresponsáveis no processo de gestão de resíduos sólidos. O primeiro grupo é representado pelas indústrias, comércio, prestadores de serviços, instituições públicas, consumidores etc. O segundo, por toda e qualquer pessoa física ou jurídica que se relacione, de alguma forma, com a gestão de resíduos sólidos, a exemplo do Poder Público Federal, Estadual, Municipal, que ora nos interessa nesta pesquisa científica.

Por se tratar de uma lei ambiental, a PNRS apresenta-se de forma sistêmica no ordenamento jurídico vigente, visando abarcar todos os aspectos ou variáveis que possam influenciar na consecução do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esta perspectiva engloba todos os fatores que possam influenciar no equilíbrio do meio ambiente físico, cultural, laboral e artificial.

É nesta seara que se sustenta a redação do art. 2º da Lei nº 12.305/2010, ao dispor que:

Aplicam-se aos resíduos sólidos, além do disposto nesta Lei, nas Leis nº.s 11.445, de 5 de janeiro de 2007, 9.974, de 6 de junho de 2000, e 9.966, de 28 de abril de 2000, as normas estabelecidas pelos órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), do Sistema Unificado de Atenção à

No mesmo sentido, o artigo 5º da PNRS destaca o caráter multidisciplinar e integrador que deve orientar as ações de controle e planejamento calcadas na lei de gerenciamento de resíduos sólidos.

DA RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA PELO CICLO DE VIDA DO PRODUTO

Entre os princípios específicos da PNRS merece destaque a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos. O princípio em questão se mostra essencial para a efetivação da nova política nacional de resíduos sólidos.

O conceito de ciclo de vida do produto está contido no artigo 3º, IV, da Lei 12.305/2010, o qual estabelece tratar-se de uma série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final.

Outrossim, entende-se por responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, nos termos do disposto no inciso XVII do artigo 3º da Lei n. 12.305/2010, o conjunto de atribuições individualizadas e encadeadas dos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, dos consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, para minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados, bem como para reduzir os impactos causados à saúde humana e à qualidade ambiental decorrentes do ciclo de vida dos produtos.

A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos deverá ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos.

Na mesma linha da Lei n. 12.305/2011, o Decreto n. 7.404/2010, em seu artigo 5º, prevê que os fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos são responsáveis pelo ciclo de vida dos produtos.

Ao se comparar o sistema de gestão tradicional de resíduos sólidos com o gerenciamento integrado de resíduos sólidos, percebe-se que este possui “objetivos bem mais amplos; [...] e valoriza a importância dos diversos atores sociais para tornar aqueles objetivos uma realidade.” (DEMAJOROVIC; LIMA, 2014, p. 61)

No Manual de gerenciamento integrado de resíduos sólidos (MONTEIRO *et al.*, 2001), elaborado pelo Governo Federal, conferiu-se destaque especial a responsabilidade compartilhada e integrada entre os diversos atores sociais responsáveis pelo ciclo de vida do produto. Neste documento, as Prefeituras exsurgem como peça fundamental no processo de articulação de ações voltadas à realização de parcerias e convênios.

No que se refere aos resíduos decorrentes da produção, comercialização, utilização, transporte e destinação de embalagens vazias de agrotóxicos, a questão já era especialmente regulada pelo artigo 14 da Lei n. 7.802/1989.

A gestão dos resíduos sólidos pela ótica da responsabilidade compartilhada tem por objetivo (artigo 30 da Lei 12.305/2010): I - compatibilizar interesses entre os agentes econômicos e sociais e os processos de gestão empresarial e mercadológica com os de gestão ambiental, desenvolvendo estratégias sustentáveis; II - promover o aproveitamento de resíduos sólidos, direcionando-os para a sua cadeia produtiva ou para outras cadeias produtivas; III - reduzir a geração de resíduos sólidos, o desperdício de materiais, a poluição e os danos ambientais; IV - incentivar a utilização de insumos de menor agressividade ao meio ambiente e de maior sustentabilidade; V - estimular o desenvolvimento de mercado, a produção e o consumo de produtos derivados de materiais reciclados e recicláveis; VI - propiciar que as atividades produtivas alcancem eficiência e sustentabilidade; e VII - incentivar as boas práticas de responsabilidade socioambiental.

Considerando a amplitude do comando dogmático, verifica-se que a efetivação do princípio da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos mostra-se essencial para o sucesso da Política Nacional de Resíduos Sólidos, com especial atenção para os distintos destinatários da norma.

Para a aplicação da responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, nos termos do artigo 31 da Lei n. 12.305/2010, deverão realizar investimentos no desenvolvimento, na fabricação e na colocação no

mercado de produtos que sejam aptos, após o uso pelo consumidor, à reutilização, à reciclagem ou a outra forma de destinação ambientalmente adequada e cuja fabricação e uso gerem a menor quantidade de resíduos sólidos possível.

Além disso, deverão divulgar informações relativas às formas de evitar, reciclar e eliminar os resíduos sólidos associados a seus respectivos produtos.

Deverão, ainda, recolher os produtos e os resíduos remanescentes após o uso, assim como promover a sua subsequente destinação final ambientalmente adequada, no caso de produtos objeto de sistema de logística reversa e assumir o compromisso de, quando firmados acordos ou termos de compromisso com o Município, participar das ações previstas no plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, no caso de produtos ainda não inclusos no sistema de logística reversa.

Especificamente, quanto às embalagens, considerar-se-á, para os fins legais, como responsável todo aquele que: I - manufatura embalagens ou fornece materiais para a fabricação de embalagens; II - coloca em circulação embalagens, materiais para a fabricação de embalagens ou produtos embalados, em qualquer fase da cadeia de comércio.

Quanto aos objetivos da PNRS, os mesmos são apresentados no art. 7º da mencionada lei.

No geral, esses objetivos podem ser traduzidos em não-geração, redução, reutilização e tratamento de resíduos sólidos; destinação final ambientalmente adequada dos rejeitos; diminuição do uso dos recursos naturais no processo de produção de novos produtos; intensificação de ações de educação ambiental; aumento da reciclagem no país; promoção da inclusão social; geração de emprego e renda para catadores de materiais recicláveis.

Diversos são os instrumentos trazidos pela PNRS. Eles vão desde elementos de implementação de gestão integrada dos resíduos sólidos até a disponibilidade dos dados.

Como se observa na listagem abaixo do Art. 8, especificamente, esses instrumentos envolvem diagnóstico da situação atual; os diversos planos a serem elaborados pelos órgãos competentes; processo de coleta seletiva, fiscalização; conscientização social, termos de acordos, etc.:

I - os planos de resíduos sólidos;

II - os inventários e o sistema declaratório anual de resíduos sólidos;

III - a coleta seletiva, os sistemas de logística reversa e outras ferramentas relacionadas à implementação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos;

IV - o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis;

V - o monitoramento e a fiscalização ambiental, sanitária e agropecuária;

VI - a cooperação técnica e financeira entre os setores público e privado para o desenvolvimento de pesquisas de novos produtos, métodos, processos e tecnologias de gestão, reciclagem, reutilização, tratamento de resíduos e disposição final ambientalmente adequada de rejeitos;

VII - a pesquisa científica e tecnológica;

VIII - a educação ambiental;

IX - os incentivos fiscais, financeiros e creditícios;

X - o Fundo Nacional do Meio Ambiente e o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico;

XI - o Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (Sinir);

XII - o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico (Sinisa);

XIII - os conselhos de meio ambiente e, no que couber, os de saúde;

XIV - os órgãos colegiados municipais destinados ao controle social dos serviços de RSU;

XV - o Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos;

XVI - os acordos setoriais;

XVII - no que couber, os instrumentos da Política Nacional de Meio Ambiente, entre eles: a) os padrões de qualidade ambiental;

b) o Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais;

c) o Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental;

d) a avaliação de impactos ambientais;

e) o Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente (Sinima);

f) o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;

XVIII - os termos de compromisso e os termos de ajustamento de conduta; XIX - o incentivo à adoção de consórcios ou de outras formas de cooperação entre os entes federados, com vistas à elevação das escalas de aproveitamento e à redução dos custos envolvidos.

Em suma, busca-se através desses instrumentos proporcionar uma gestão ambiental de resíduos sólidos eficiente que atenda às diferentes dimensões que a problemática do lixo atinge.

LOGÍSTICA REVERSA E RESPONSABILIDADE PÓS-CONSUMO

Conforme precisa definição apresentada pela PNRS, logística reversa é identificada como um:

[...] instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada; (Lei nº 12.305/2010, art. 3º, XII).

No mesmo sentido, esclarece o art. 33, *caput*, da Lei nº 12.305/2010 que os sistemas de logística reversa consistem no retorno dos produtos ali listados, “após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes”.

Nos dizeres de LEITE (2003, p. 37):

A logística reversa é a área da logística empresarial que planeja, opera e controla o fluxo e as informações logísticas correspondentes, do retorno dos bens de pós-venda e de pós-consumo ao ciclo dos negócios ou ao ciclo produtivo, por meio dos canais de distribuição reversa, agregando-lhes valor de diversas naturezas: econômico, ecológico, legal, logístico, de imagem corporativa, entre outros.

A expressão ‘logística’, por si só, apresenta a ideia de transporte, ao passo a mesma terminologia acrescentada da fórmula ‘reversa’ revela a ideia de contrariedade, ou seja, devolução. A logística, neste contexto, portanto, importa no dever atribuído ao agente econômico que introduziu o produto no mercado, de engendrar ações no sentido promover o retorno desse mesmo produto, agora sob a feição de resíduo, para que promova, por sua conta, a destinação final ambientalmente adequada.

A responsabilidade pelo ciclo de vida do produto, identificada como compartilhada, envolve consumidores, comerciantes, fabricantes, importadores e distribuidores no processo de devolução e destinação ambientalmente correta do resíduo produzido.

A esse despeito, preconiza a Lei nº 12.305/2010, em seu artigo 33, §§ 4º e 5º, que os consumidores, após o consumo do produto, devem efetuar a devolução dos produtos e

embalagens submetidos a esse sistema aos comerciantes e distribuidores; estes, por sua vez, efetuarão sua devolução aos respectivos fabricantes e importadores, os quais se incumbirão de lhes dar destinação final ambientalmente adequada, ou, não sendo possível, de encaminhar os rejeitos “para a disposição final ambientalmente adequada.

Os custos relacionados à logística reversa não são de responsabilidade do poder público, mas sim dos particulares envolvidos no processo de distribuição do produto (submetidos a esse regime) no mercado até o seu consumo, tais como fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes.

Nos termos do artigo 33, incisos I a VI, da Lei nº 12.305/2010 estão sujeitos ao sistema de logística reversa os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de agrotóxicos (incluindo seus resíduos e embalagens); produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso; pilhas e baterias; pneus; óleos lubrificantes (incluindo seus resíduos e embalagens); lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista; e produtos eletroeletrônicos e seus componentes.

Para produtos como agrotóxicos, pilhas e baterias, pneus, óleo lubrificantes, lâmpadas fluorescentes e resíduos eletroeletrônicos a legislação estabeleceu uma política diferenciada, tornando obrigatória a estruturação e implementação da logística reversa.

Justifica-se a peculiaridade de tratamento haja vista que para esses tipos de resíduos, fica inviável a reciclagem por meio da atuação das cooperativas, que não detém capacitação e conhecimento técnico para promover o retorno do produto ao mercado de consumo, além de representar um sério risco à saúde humana o manuseio irresponsável de tais objetivos dadas as substâncias tóxicas que detém.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente, por meio da Resolução nº 401/2008, em seu artigo 3º, § 3º, já dispunha sobre a adequada forma de disposição dos resíduos de pilhas e baterias:

Art. 3º. Os fabricantes nacionais e os importadores de pilhas e baterias referidas no Art. 1º e dos produtos que as contenham deverão: [...].

§ 3º [...] considerar que as pilhas e baterias a serem recebidas ou coletadas sejam acondicionadas adequadamente e armazenadas de forma segregada, até a destinação ambientalmente adequada, obedecidas as normas ambientais e de saúde pública pertinentes, contemplando a sistemática de recolhimento regional e local.

Embora exista legislação específica sobre o tema, na prática essas ações não tem sido implementadas a contento em face da ausência de políticas públicas voltadas a educação ambiental e sensibilização em torno dos riscos que o contato direto com esse tipo de material tóxico representa para a saúde humana e para o meio ambiente.

O cumprimento da lei também neste ponto é primordial para se alcançar a efetividade dos objetivos e princípios estabelecidos na PNRS. Consoante determinado pela legislação, devem os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes destes produtos estruturar locais de coleta dos resíduos elencados no artigo 33, incisos I a VI, da Lei nº 12.305/2010 de forma a implementar a logística reversa dos mesmos, propiciando condições reais para que o produto utilizado retorne ao consumidor depois de se submeter a um processo de reprocessamento.

Destacam-se, neste contexto, as adequadas e pontuais ações por parte do setor empresarial, que deve envidar esforços no sentido de promover a coleta segregada dos resíduos que produzem, de modo a tornar mais célere o seu retorno para o fabricante que propiciará o início do processo de logística reversa, cumprindo o seu dever perante a sociedade e o meio ambiente.

O sistema de logística reversa retrata a importância de se conferir uma destinação ambientalmente adequada a determinados resíduos que, por sua natureza ou origem, podem representar intensa periculosidade para a vida e saúde daqueles que se expõe ao produto que o vincula.

Dada a importância de tal preceito, é de se observar que anteriormente à vigência da Lei 12.305/10 grande parte dos produtos submetidos à logística reversa já recebiam proteção legal por conta de outras legislações (como no caso dos agrotóxicos, regulamentado pela Lei nº 9.974/2000), ou de resoluções do CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente (como, por exemplo, no caso das pilhas e baterias, a Resolução nº 401/2008; e, no caso dos óleos lubrificantes, a Resolução nº 362/2005).

O critério utilizado para a definição dos resíduos submetidos ao regime especial da logística reversa é “o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados”. É o que se depreende do § 1º do art. 33 desse diploma legal, que apresenta a seguinte redação:

Na forma do disposto em regulamento ou em acordos setoriais e termos de compromisso firmados entre o poder público e o setor empresarial, os sistemas previstos no caput serão estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e aos demais produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados.

A inclusão de novos tipos de resíduos em sistemas de logística reversa é possível desde que utilizados os instrumentos previstos no art. 33, § 2º, da Lei nº 12.305/2010, quais sejam, regulamento, acordos setoriais ou termos de compromisso.

Outrossim, essa mesma possibilidade de inclusão implica ao fabricante e importador responsabilidades pelo cumprimento das regras a ela atinentes, o que poderá vir a ser exigido tanto na esfera administrativa, quanto na judicial.

Necessário registrar, de outro lado, que ausência de determinado produto ou embalagem no sistema da logística reversa não impede o ente municipal de tomar este compromisso com a finalidade de envolver fabricantes e comerciantes para participar de ações previstas no plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, buscando o fortalecimento da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, consoante expressa redação do artigo 31, IV:

Art. 31. Sem prejuízo das obrigações estabelecidas no plano de gerenciamento de resíduos sólidos e com vistas a fortalecer a responsabilidade compartilhada e seus objetivos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes têm responsabilidade que abrange:

I - investimento no desenvolvimento, na fabricação e na colocação no mercado de produtos:

a) que sejam aptos, após o uso pelo consumidor, à reutilização, à reciclagem ou a outra forma de destinação ambientalmente adequada;

b) cuja fabricação e uso gerem a menor quantidade de resíduos sólidos possível;

II - divulgação de informações relativas às formas de evitar, reciclar e eliminar os resíduos sólidos associados a seus respectivos produtos;

III - recolhimento dos produtos e dos resíduos remanescentes após o uso, assim como sua subsequente destinação final ambientalmente adequada, no caso de produtos objeto de sistema de logística reversa na forma do art. 33;

IV - compromisso de, quando firmados acordos ou termos de compromisso com o Município, participar das ações previstas no plano

municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, no caso de produtos ainda não incluídos no sistema de logística reversa. (Grifo nosso)

Neste contexto, ainda que o município não adote integralmente o sistema de logística reversa, estabelecendo a responsabilidade de recolhimento, tratamento e destinação final adequada das embalagens ou produtos fabricados/vendidos, não há óbices para que o mesmo venha a tomar este compromisso para atividades parciais, estabelecendo-se, por exemplo, pontos de coleta e armazenamento de resíduos recicláveis, pontos de recebimento e armazenagem de óleo de cozinha já utilizado, pontos de recolhimento de produtos eletrônicos, dentre outros.

De acordo com o teor do decreto regulamentador da PNRS, a implementação e a operacionalização da logística reversa se dará por três diferentes instrumentos, conforme definido no artigo 15 do Decreto Federal 7404/2010:

Art. 15. Os sistemas de logística reversa serão implementados e operacionalizados por meio dos seguintes instrumentos:

I - acordos setoriais;

II- regulamentos expedidos pelo Poder Público; ou

III- termos de compromisso

40

Entende-se por acordo setorial, nos termos do 3º, I, da Lei nº 12.305/2010, o “ato de natureza contratual firmado entre o poder público e fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, tendo em vista a implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto”.

Os acordos setoriais, por sua relevância, detêm abrangência nacional, regional, estadual ou municipal, prevalecendo os acordos de maior abrangência territorial sobre os demais (art. 34, § 1º, da Lei nº 12.305/2010).

No tocante aos termos de compromisso, embora a Lei nº 12.305/2010 não tenha apresentado uma definição precisa acerca de seu conteúdo, sabe-se que se trata de instrumentos utilizados para a implementação dos sistemas de logística reversa.

Em suma, termos de compromissos revela-se como ajustes formalizados entre órgãos públicos e particulares, visando atender as metas e ações neles estabelecidas. Pela redação do Decreto nº 7.404/2010, infere-se tratar de ajuste destinado à regular casos mais

pontuais, específicos que requer o estabelecimento de regras rígidas e não sejam atendidos pelos acordos setoriais.

Em razão de sua natureza contratual, o que o difere do sistema de logística reversa dotado de natureza legal, os acordos setoriais podem prever estímulos creditícios ou incentivos fiscais para a implantação do sistema de logística reversa.

A possibilidade de participação de cooperativas ou outras formas de associações de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis na logística reversa encontra-se autorizada por meio de acordos setoriais, conforme a redação do artigo 20, *in verbis*:

Art. 20. O procedimento para implantação da logística reversa por meio de acordo setorial poderá ser iniciado pelo Poder Público ou pelos fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes dos produtos e embalagens referidos no art. 18.

(...)

§3º Poderão participar da elaboração dos acordos setoriais representantes do Poder Público, dos fabricantes, importadores, comerciantes e distribuidores dos produtos e embalagens referidos no art. 33 da Lei nº 12.305, de 2010, das cooperativas ou outras formas de associações de catadores de materiais recicláveis ou reutilizáveis, das indústrias e entidades dedicadas à reutilização, ao tratamento e à reciclagem de resíduos sólidos, bem como das entidades de representação dos consumidores, entre outros

41

A natureza jurídica do acordo setorial e do termo de compromisso, ambos previstos como instrumentos para concretização do sistema de logística reversa no âmbito da PNRS é a do Termo de Ajustamento de Conduta, previsto no artigo 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), com a seguinte redação:

Art. 5º. (...);

§6º. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominação, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

O caráter obrigatório impingido aos termos de ajustamento de conduta transfere-se aos termos de compromisso e acordos setoriais de modo a estabelecer a compreensão de que a participação no sistema de logística reversa não se trata absolutamente de uma

faculdade das empresas, comerciantes e consumidores, mas sim uma obrigação, a qual vem delineada na própria PNRS ao dispor sobre a responsabilidade compartilhada pela vida do produto.

Neste sentido, em razão da natureza jurídica de termo de ajustamento de conduta que detêm os termos de compromisso e acordos setoriais, chega-se à conclusão que se trata de documentos reconhecidos como títulos executivos extrajudiciais, servindo ambos como meio coercitivo de implementação da logística reversa.

Por via lógica de consequência, não há quaisquer óbices quanto à imposição das regras atinentes à logística reversa via termos de ajustamento de conduta, inclusive, pelo Ministério Público, o qual se apresenta como co-legitimado para valer-se de tal instrumento.

Pelo o que se infere do formato do sistema de logística reversa, o caráter preventivo encontra-se presente em todas as suas etapas, na medida em que visa, precipuamente, conferir a destinação ambientalmente adequada dos resíduos produzidos pelos fabricantes, convocando todos os responsáveis pelo ciclo de vida do produto distribuído no mercado a cumprir sua parcela de responsabilidade pela efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

RESPONSABILIDADE COMPARTILHADA E LOGÍSTICA REVERSA: PRECEITOS INDISSOCIÁVEIS NO PROCESSO DE COOPERAÇÃO ENTRE OS ENTES RESPONSÁVEIS

A implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos foi fundamentada principalmente no instituto da responsabilidade compartilhada, visto que considerar a necessidade de divisão de responsabilidades entre os agentes responsáveis pelo ciclo de vida do produto colocado no mercado.

O sentido que se atribui à responsabilidade pós consumo, em se tratando de resíduos sólidos, abrange não somente a destinação ambientalmente adequada, mas também o dever conferido aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes na fabricação de produtos aptos a reutilização e reciclagem.

Aos consumidores atribui-se a responsabilidade pela geração de menor quantidade de resíduos, e aos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana o manejo adequado

desses resíduos sólidos, com o objetivo geral de “minimizar o volume de resíduos sólidos e rejeitos gerados”.

De acordo com MOREIRA (2011, p.164):

[...] Considerando o fato de que a cadeia de produção e consumo é composta por uma infinidade de sujeitos - consumidores, comerciantes, distribuidores, produtores – é necessário concentrar a responsabilidade naqueles que ocupam uma posição singular, que detenham poderes diferenciados dos demais quanto ao controle da origem do problema (dos fatores que desencadeiam a poluição), sem prejuízo da possibilidade, sempre presente, de recurso ao instituto da solidariedade.

O autor destaca, ainda, que:

Com efeito, são os produtores (fabricantes ou importadores) de bens geradores de resíduos especiais pós- consumo os que têm a capacidade de “cortar o mal pela raiz”. São eles os que podem – e devem - ser chamados a responder diretamente pela adoção das medidas preventivas e reparatórias relacionadas à gestão desses resíduos. Esta, inclusive, é a melhor forma de se promover a justa e eficaz repartição dos custos entre cada um dos sujeitos integrantes da cadeia de poluição, na medida em que os impactos dessa internalização “na fonte” repercutirão em cada “elo” da corrente econômica de produção e consumo. [...] nesse sentido, pode-se dizer que é o produtor ou importador o “poluidor-que-deve-pagar” na responsabilidade ambiental pós-consumo. É ele o principal responsável pelos impactos ambientais dos produtos que insere no mercado, durante todo o seu ciclo de vida. (MOREIRA, 2011, p.164)

Evidente, neste contexto, que o reconhecimento da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos deve-se à sistemática da logística reversa. Trata-se do princípio vetor que delinea a responsabilidade e a cooperação entre os entes, de modo a viabilizar o retorno dos produtos aos fabricantes e ou importadores.

A importância da logística no processo de gestão de resíduos sólidos se sobressai se considerar, ainda, que a mesma é tida como “instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada” com previsão no art. 3º da Lei 12.305/2010.

Veja-se que segundo a redação do artigo 18 do Decreto/Lei 7404/2010, encontra-se instituída a obrigatoriedade aos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes dos

produtos referidos nos incisos II, III, V e VI, do art.33 da Lei n. 12.305/2010, bem como dos produtos e embalagens referidos nos incisos I e IV no parágrafo 1, do art. 33 daquela Lei, que deverão estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante o retorno dos produtos e embalagens após o uso pelo consumidor.

De acordo com (GONÇALVES e MARINS, apud FERRI, 2011, p.112113), o processo de logística reversa envolve três aspectos relevantes:

Do ponto de vista logístico, o ciclo de vida de um produto não se encerra com a sua entrega ao cliente. Produtos que se tornam obsoletos, danificados ou não funcionam devem retornar ao seu ponto de origem para serem adequadamente descartados, reparados ou reaproveitados. Do ponto de vista financeiro, existe o custo relacionado ao gerenciamento do fluxo reverso, que se soma aos custos de compra de matéria-prima, de armazenagem, transporte e estocagem e de produção, já tradicionalmente considerados na logística. E do ponto de vista ambiental, devem ser considerados e avaliados os impactos do produto sobre o meio ambiente durante toda a sua vida. Este tipo de visão sistêmica é importante para que o planejamento da rede logística envolva todas as etapas do ciclo do produto.

44

A efetiva participação dos fabricantes, distribuidores, importadores e comerciantes, as cooperativas e associações de catadores de materiais recicláveis, Poder Público e consumidores tornarão mais veloz e eficiente o mecanismo da logística reversa.

Dentre as medidas a serem adotadas para este fim, destacam-se: (a) a implantação de procedimento de compra de produtos ou embalagens usados; (b) a disponibilização de postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis; (c) a atuação em parceria com associações de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis.

Aos consumidores é imposta a atribuição de devolver aos comerciantes ou distribuidores os produtos e embalagens objeto de logística reversa, que, então, promoverão a devolução dos resíduos pós-consumo aos fabricantes ou aos importadores.

CONCLUSÃO

Diante do atual contexto socioeconômico, delineado pelas inúmeras mudanças políticas, econômicas, culturais e ambientais decorrentes do processo de industrialização e globalização, a sociedade moderna assumiu uma nova feição quanto aos seus valores e

princípios éticos. Virtudes que antes realçavam o caráter do ser humano, tal como a dignidade e solidariedade tornam-se cada vez mais negligenciados e substituídos pelo anseio de consumo excessivo e desinteresse para com os problemas alheios.

Atualmente, a importância do homem é medida pela lógica do mercado através de sua capacidade de gerar riquezas, relegando ao segundo plano a condição de vida digna do ser humano.

Com isso, o discurso do meio ambiente equilibrado e sustentável, delineado pela Carta Cidadã e defendido pela doutrina ambiental passa a condição de mera utopia e promessas infundadas; os mecanismos de defesa e proteção previstos pelo ordenamento jurídico não encontram a necessária adequação com o novo modelo de sociedade norteador pelo consumismo excessivo e individualismo nas relações humanas.

O Estado de Direito Ambiental que se pretende acolher em substituição ao atual modelo de Estado dotado de características que se enquadram no sistema da globalização e lógica do mercado, requer uma participação mais ativa do cidadão e demais agentes considerados corresponsáveis pelo ciclo de vida dos produtos e correta destinação dos resíduos sólidos e rejeitos, o que deve ser precedido necessariamente pela correta compreensão e sensibilização acerca das intempéries que atingem a sociedade como um todo; o indivíduo deve se enxergar como parte integrante daquela coletividade, e nesta toada agir acobertado pelos ideais da solidariedade humana, cooperativismo e cidadania.

Outrossim, o Poder Público deve se posicionar como ente corresponsável das diretrizes estabelecidas na Política Nacional de Resíduos Sólidos, buscando implementar as políticas públicas inclusivas previstas pelo legislador de modo a resolver não somente a problemática do descarte irresponsável dos resíduos sólidos, como também exigir na forma da lei que todos os agentes que perpassam pelo processo de produção a venda do produto no mercado busquem adotar medidas conscientes e que estejam em consonância a ideia de sustentabilidade ambiental.

Os princípios norteadores do Direito Ambiental, notadamente os da solidariedade, cooperação e cidadania são considerados peças-chave no processo de transformação e mudança de valores e paradigmas que se espera alcançar mediante a execução de uma política pública de educação ambiental eficiente, que sensibilize o cidadão acerca de seu

papel social no meio em que vive, evitando, com isso o temível retrocesso ecológico capaz de colocar em risco o mínimo existencial ambiental das presentes e futuras gerações.

O princípio da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos esclarece a importância da ajuda mútua entre todos os setores envolvidos no mercado do produto, buscando conscientizar de forma honesta sobre a importância de se reutilizar e reciclar produtos, com incentivo do uso de energias limpas que mitigue os efeitos danosos decorrentes do processo industrial de fabricação do produto.

REFERENCIAS

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002

SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Ambiental**. São Paulo: Malheiros, 2007.
CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus PODIVIM, 2007.

CANEPA, Carla. **Educação Ambiental**: Ferramenta para a criação de uma nova consciência planetária. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 12, n. 48, JUL/SET de 2004.

MARTINEZ-ALIER. **O ecologismo dos pobres**: conflitos ambientais e linguagens de valoração. Trad. Maurício Waldmann. São Paulo: Contexto, 2007.

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). **Justiça Ambiental e Cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2004.

MMA/PNUD. **Agenda 21 brasileira**: bases para discussão, Brasília, 2002.

DEMAJOROVIC, Jacques; LIMA, Marcia. **Cadeia de Reciclagem - um olhar para os catadores**. Editora Senac. São Paulo: 2014.

KASSMAYER Karin. **Breves Considerações sobre a Lei 12.305/10 e as Responsabilidades dos municípios**. Revista Digital do TCE-PR, 2012, p.16.

OLIVEIRA, Denise A. M. **Percepção de riscos ocupacionais em catadores de materiais recicláveis**: estudo em uma cooperativa em Salvador - Bahia. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011

MONTEIRO. J. H.P et al. **Manual de Gerenciamento integrado de Resíduos Sólidos**. Rio de Janeiro: Ibam, 2001.

LEITE, Paulo Roberto. **Logística reversa:** meio ambiente e competitividade. São Paulo: Prentice Hall, 2003.

MOREIRA, Danielle de Andrade. **Responsabilidade Ambiental Pós-Consumo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v.63, set./2011.

FERRI, Giovani. **O Princípio do Desenvolvimento Sustentável e a Logística Reversa na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/2010).** São Paulo: Revista dos Tribunais, v.912, out./2011. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

O NASCIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO: UM ESCORÇO HISTÓRICO

Fernanda de Paula OLIVEIRA⁵

RESUMO

O constitucionalismo surgiu ao longo da história e atrelou o seu desenvolvimento à evolução das civilizações. A cada luta da sociedade, no decorrer da história, surgiam novas formas de sedimentar as conquistas sociais, econômicas e políticas que se davam através de normas consuetudinárias, que foram se materializando e evoluindo até tornarem-se normas escritas. Logo após, foram aglutinadas em um código e por fim instituída em uma lei maior. Às constituições é dada tamanha evidência devida a sua capacidade de estruturar o Estado e prover modificações aspiradas pela sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo. Origem da Constituição. Origem da democracia. Evolução do constitucionalismo. Histórico da constituição.

RESUMEN: El constitucionalismo apareció largo de la historia y su desarrollo vinculado a la evolución de las civilizaciones. Toda lucha de la sociedad a lo largo de la historia, apareció nuevas formas de sedimentos los logros sociales, económicos y políticos que se produjeron a través de normas consuetudinarias, que fueron materializando y en evolución para convertirse en normas escritas. Inmediatamente después, se unieron en un conjunto de códigos y, finalmente, en una ley superior. Las constituciones se da tal evidencia debido a su capacidad de estructurar el Estado y proporcionar modificaciones aspirados por la sociedad.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo. Origen de la Constitución. Origen de la democracia. Constitucionalismo Evolution. Historia de la Constitución.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade abordar a questão do nascimento do constitucionalismo, bem como a sua evolução ao longo da história, destacando o desenvolvimento do direito nas principais civilizações, e a influência que cada uma teve na sua construção, assim como a implantação efetiva da democracia, contribuindo não só para a estruturação do Direito Constitucional, como também nas demais áreas do direito como um todo.

⁵

Estudante de Graduação - Centro Universitário Toledo Prudente.

O método utilizado para o desenvolvimento do artigo foi uma pesquisa bibliográfica, que empregou os métodos histórico, dedutivo e intuitivo.

A divisão do artigo foi organizada em basicamente oito partes. Na primeira delas, abordou-se sobre a origem da democracia, e a demonstração histórica, através do povo grego, da necessidade da participação de todos na política. Na segunda parte, discorreu-se sobre a origem primária do constitucionalismo, chamada de fase pré-constitucionalista, onde homem estava a esboçar uma concepção de organização política através do implemento de leis, em sua maioria, ainda consuetudinárias. Trouxe a terceira parte, um apanhado geral sobre as contribuições da civilização grega para o direito, agora não mais com o enfoque nos acontecimento que originaram a democracia, mas sim na sua organização social e na forma como conduziram as primeiras normas consuetudinárias de regramento da sociedade.

Na quarta parte se destacou um passo valoroso do direito na civilização romana e, mais tarde, no império bizantino, onde as normas começaram a ser positivas, aglutinadas e organizadas em códigos, deixando a grande carga consuetudinária que traziam até então.

Houve na quinta parte, a abordagem do constitucionalismo antigo, onde houve o surgimento da primeira Magna Carta, demonstrando através da Revolução Gloriosa, a constituição que estabeleceu direitos políticos básicos, e extinguiu o absolutismo na Inglaterra.

Foi destacado na sexta parte o processo de independência dos Estados Unidos da América, através da instauração da Carta Covenant, conhecida também como Pacto de Mayflower, dando início ao constitucionalismo moderno, onde a forma de estabelecer direitos e garantias fundamentais em uma constituição já se encontravam em situação avançada das demais cartas constitucionais existentes até então.

Na sétima parte, demonstrou-se a situação econômica, política e social que se encontrava a França no final do século XVIII, que deu origem à Revolução Francesa, alicerçada ideologicamente pelo movimento Iluminista, pondo fim ao Estado absolutista através da elaboração da constituição, por meio do qual foi mudada toda a estrutura do governo, através da introdução de um novo plano político que refletiu diretamente na economia e situação social daquela nação.

Por fim, na oitava e última parte estão às conclusões sobre o assunto, entendimentos sobre a importância da tomada de poder pela população, bem como o elevado papel que a constituição tem de controlar excessos governamentais e sanar a insatisfações populares quando é elaborada pela égide democrática voltada a atender os interesses sociais. Além de que demonstrou a atribuição histórica de mudar os rumos de uma nação quando a constituição é bem implantada.

ASPECTOS HISTÓRICOS: ORIGEM DA DEMOCRACIA

A origem da democracia teve seu esboço na Grécia, quando se constituía o que conhecemos hoje por política, no seu sentido mais amplo, a habilidade de governar a “polis”, a cidade-estado (SCHILLING, 2002, s.p).

O termo “polis” refere-se a regiões politicamente independentes, chamadas também de Cidades-estados gregas, que reunidas formavam a Grécia Antiga. Apesar de sua independência possuíam aspectos que as unificavam culturalmente: costumes semelhantes, mesmo idioma e aproximações históricas (MARTINS JÚNIOR, 2015, s.p).

A ideia de democracia que se fazia na Grécia Antiga, ainda que distante dos conceitos atuais, nasceu junto com a compreensão de política (SCHILLING, 2002, s.p).

Depois das guerras pelo poder de governar nas tantas cidades gregas, surgiram as primeiras discussões sobre organização, administração pública, direitos e deveres, e a mais singela ideia de democracia, quando o governo passou a ser exercido diretamente pelo povo (SCHILLING, 2002, s.p).

Ao longo do século IV, a. C., Atenas, a mais desenvolvida cidade-estado da Grécia, foi tomada por um regime tirânico, comandado por Pisístrato, um homem astucioso que de uma forte personalidade, tornou-se líder popular, em 560 a.C. (SCHILLING, 2002, s.p).

A despeito de ter tomado o poder por meio de um golpe e fazer de seu governo uma tirania, não absteve de torna-lo muito próspero ao desenvolvimento da polis.

Pisístrato teve dois filhos, Hípas e Hiparco, que não possuíam o mesmo talento do pai para governar e controlar os ímpetus da antiga população, de acordo com o historiador Voltaire Schilling.

O resultado dessa falta de habilidade dos filhos de Pisístrato ocasionou a queda da

tirania, com o assassinato de Hiparco e a fuga de Hípas, que logo deu ensejo ao surgimento de dois partidos políticos tradicionalista em Atenas: o dos abastados, liderado por Iságoras, e o dos populares, dirigido por Clístenes, que passaram a disputar o governo da cidade-estado (SCHILLING, 2002, s.p).

Ainda segundo Voltaire Schilling, o partido dos ricos era apoiado pelo rei espartano Cleômenes, o que favoreceu a vitória sobre os populares. Contudo os populares tomaram o poder e levaram seu líder ao ápice com plena aceitação da população para elaborar um novo tipo de lei maior, uma espécie de “constituição”, que regula a vida na polis.

É notório que desde os mais remotos tempos há a luta pelo poder e a não aceitação daqueles que são constrangidos a se submeter a situações indigna de vida. A revolta dos oprimidos é sempre a porta inicial que se abre para um novo capítulo da história. A luta de classes, seja ela social ou política, é a forma de ascensão da sociedade, onde os oprimidos que buscam condições melhores de vida, alavancam, ainda que inconscientemente, o progresso da sociedade em que vivem.

A nobreza havia se enfraquecido com a tirania perseguindo os partidários da aristocracia, criando a possibilidade de instauração de um novo regime (SCHILLING, 2002, s.p).

A monarquia já fora abolida há tempos e os títulos de rei eram conservados somente por tradição (SCHILLING, 2002, s.p). Contudo, a tirania de Persítrato fora desalentada pelo regime oligárquico, e a aniquilação dos descendentes do tirano deu origem a uma nova experiência de governo regido diretamente pelo povo, o que veio a se chamar de democracia, como relata Voltaire Schilling.

No entendimento de Marcus Cláudio Acquaviva:

“(...) não indicava uma ideia de denominação necessariamente opressiva, mas a forma de poder exercido por um homem cujo direito de governar era fundado não mais na religião ou na hereditariedade como na antiga monarquia, porém no prestígio pessoal, no apoio dos estamentos inferiores comerciantes e gente humilde. Acrescenta-se a isso um forte aparato militar. Claro houve abusos por parte de inúmeros tiranos; muitos, contudo, criaram constituições democráticas, defendendo os interesses dos menos favorecidos, exercendo uma forma política em muito semelhante á denominada ditadura proletária (...).” (ACQUAVIVA, 2010, p. 152).

Ainda para Marcus Cláudio Acquaviva oligarquia é,

“(...) o governo de poucos em benefício próprio, com amparo da riqueza pecuniária. Em outras palavras, o termo apresenta um conteúdo eticamente negativo ao denominar o governo dos ricos, embora possa indicar também o governo de poucos mantido pela intimidação, como non caso da oligarquia militar. Na distinção aristotélica entre formas de governo puras e impuras, a oligarquia, como governo dos ricos, é a forma impura da aristocracia, que é o governo dos melhores” (ACQUAVIVA, 2010, p. 154 e 155).

A instalação de um tipo de democracia na antiga Grécia se iniciou com Clístenes em 502 a.C., o qual desativou a divisão de tribos sobre a qual Atenas se mantinha e reestruturando a cidade para criar um sistema que obtivesse maior participação de todos, onde a representação popular era feita por meio de sorteio e não por eleição. Este fato gerou muitas críticas e descontentamentos entre os filósofos, principalmente entre Sócrates e Platão, que não concordavam que o governo fosse conduzido aleatoriamente, por propensão do acaso (AMARAL, 2011, s.p).

Para Platão (427-347 a.C.) utilizar este método era o mesmo que realizar um sorteio entre os marinheiros, sobre o mar enfurecido, para apurar qual deles será o piloto que conduzirá o barco à um porto seguro (PLATÃO, 2007, s.p).

Segundo Sahid Maluf,

“Segundo o ideal platônico, incumbe aos sábios reinar, aos guerreiros proteger e às classes obreiras obedecer” (MALUF, 2010, p. 115).

Para eles, era evidente que uma tarefa tão árdua como governar um estado fosse exercida por alguém sábio, e arditosamente habilidoso para tanto, não podendo ser qualquer um do povo, mas um especialista. No entanto, a igualdade de todos os cidadãos é à base da democracia, um governo exercido por todo o povo, onde todos devem ser uma única grande massa, sem que uma distinção entre nobres e plebeus, ricos e pobres pudesse interferir no direito de dirigir o estado.

Ademais, o sistema de sorteio impedia a formação de grupos políticos que agissem de forma isolada, atendendo seus próprios interesses e não a necessidade do povo. Além de que, desta maneira, se permitia que todos se sentissem aptos a tratar dos assuntos governamentais, suprimindo qualquer alienação política dos cidadãos (AMARAL, 2011,

s.p).

A política daquela época era hierarquicamente organizada, sendo a efetiva participação nos debates públicos destinada a um seletivo grupo de indivíduos, cujas prerrogativas estavam baseadas na tradição familiar ou em alegações religiosas (MARTINS JUNIOR, 2015, s.p).

Os debates políticos ocorriam em reuniões organizadas pela ecclêsia, denominação dada à assembleia dos cidadãos em praça pública, chamada de Ágora, onde discutiam questões governamentais e através para decidirem sobre os destinos de sua pólis (LOPES, 2008, p. 18-28).

No entanto, a noção de cidadania que se tinha aquela época era extremamente limitada se comparada ao que vivenciamos atualmente. As mulheres, por exemplo, eram normalmente excluídas dos debates políticos, assim como escravos, estrangeiros e indivíduos não-abastados (MARTINS JUNIOR, 2015, s.p). Dessa maneira era apenas cidadão ateniense o indivíduo do sexo masculino, detentor de propriedade, livre. Evidentemente esses requisitos afastavam a maioria da população das discussões políticas, haja vista que apenas uma minoria se enquadrava nesse biótipo. Além de que essa exclusão da maior parte da população também os afastava do direito à educação.

53

SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

O desenvolvimento de uma nova forma de governar, exercida pelo povo, desencadeou um processo de desenvolvimento das civilizações daquela época e subsequentes, disseminando a democracia da Grécia Antiga para o mundo.

Essa ideia ainda pouco lapidada de democracia proporcionou um marco de evolução das sociedades, onde a partir de então se desenvolveu organizações políticas solidamente democráticas.

No entanto, governantes e governados só vieram a constituir relações baseadas em pactos mais igualitários com o advento da modernidade, quando data o surgimento constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das Treze Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa. (PENNA, 2013, p.7). Contudo, encontramos o esboço do Direito Constitucional em

período preexistente, nas primeiras noções de Estado, em um processo ainda não aperfeiçoado, de integração dos componentes: território, população e governo (MARTINS JUNIOR, 2015, s.p).

Neste contexto histórico, o Estado surgia para ajustar a contubérnio desregulado dos indivíduos que habitavam determinada localidade, estabelecendo regras de convivência, de organização, que mais tarde viriam a originar os Códigos e constituição, mas que porquanto se baseava majoritariamente em direito consuetudinário, baseado meramente nos costumes.

Como bem explica o Professor Wanderley Messias da Costa:

O Estado não é, pois, de modo algum, um poder que se impôs à sociedade de fora para dentro; tampouco é a “realidade da idéia moral” nem a “imagem e a realidade da razão, como afirma Hegel: é antes um é um produto da sociedade, quando essa chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis, que não consegue conjurar [...] faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade [...] Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado (DA COSTA, 1992, p. 258-259)

Todavia, nas localidades onde ideia de democracia estava mais sedimentada serviu de nascedouro para o pré-constitucionalismo, que na sua acepção, é o desenvolvimento histórico do Direito Constitucional, analisado sob a ótica da evolução humana, a partir de sua convivência em sociedade, desde a era primária (PENNA, 2013, p. 3).

Entende-se por pré-constitucionalismo a existência de um Direito Constitucional anterior, nascido de um sistema totalmente rudimentar, onde se delineou as primeiras noções elementares de território, população e governo, sistema este que era orientado por princípios que regulavam a vida de primitivos agrupamentos humanos, compreendendo, desta forma, aspectos jurídicos, políticos, sociais, religiosos e econômicos (AMARAL, 2011, s.p).

Norberto Bobbio ainda o definiu como:

(...) 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. (BOBBIO, 1992, p. 5).

Portanto, o pré-constitucionalismo é o momento de transição em que civilizações primitivas passavam por uma evolução histórica e política, atingindo novas concepções de organização e que suas consequências atingiam principalmente a ciência viva do direito, que neste momento se transformava para atender as necessidades das novas questões sociais que surgiam. As antigas civilizações estavam prestes a inaugurar a era do Constitucionalismo.

AS CONTRIBUIÇÕES DA GRÉCIA

A estruturação do Estado na prática e na teoria política, se deu pioneiramente com o antigo povo grego, que mais se empenharam em desenvolver técnicas no assunto.

Na Grécia, o período compreendido entre 1200 a.C. a 800 a.C., foi marcado pela organização gentílica, onde genos era uma espécie de clã familiar, família coletiva, e cada uma era chefiada pelo mais velho do grupo, o pater, que possuía autoridade militar, religiosa e política (PENNA, 2013, p.8).

A sociedade era igualitária, pois não havia a divisão em classes sociais. O processo de desintegração do genos ocorreu a partir do séc. VIII a.C., pois a população passou a crescer e a produção era deficitária, levando à falta de alimentos (PENNA, 2013, p.8).

A desagregação dos genos ocasionou a formação da polis, que estava intimamente relacionada com o desenvolvimento do comércio, o aparecimento da escravidão, e, por fim, com a expansão colonial. (PENNA, 2013, p.8).

Naquele período, a propriedade privada dos meios de produção era dominante, o que levou ao aparecimento das diferentes camadas sociais, os proprietários e os não proprietários, explorados pelos primeiros e, por fim, o aparecimento do Estado, ou seja, a cidade-estado ou polis (PENNA, 2013, p. 8).

Na concepção de Aristóteles, a polis serve para tornar melhor a vida, pois no pensamento grego generalizado, a polis é percebida como âmbito de realização do ser humano (CARRION, 1997, p. 63).

A institucionalização do poder político se deu efetivamente, no plano histórico, a partir do Estado moderno, pois até então a teoria do Estado e da sociedade não ultrapassava os limites da especulação filosófica, como, por exemplo, em Platão (428-348 a.C.), Aristóteles (384-322 a.C.), Tomás de Aquino (1225-1274) ou Dante (1265-1321), onde o estudo desses assuntos vinculava-se basicamente à moral e constituía-se como teoria de ideais de organização política e social (PENNA, 2013, p. 8).

O período que se estendeu do século VIII a.C. até o século V a.C., foi caracterizado pelas transformações políticas e sociais expressas no surgimento da polis, pois nesse momento, a monarquia foi substituída pela oligarquia. (PENNA, 2013, p.8).

A cidade de Atenas que experimentou várias formas de governo, como o monárquico nos primeiros tempos, passando pela oligarquia, pela tirania, até chegar à democracia (AMARAL, 2011, s.p).

Entende-se por monarquia, na literalidade da palavra, segundo o Dicionário Priberam da Língua Portuguesa: “Regime político no qual o chefe do Estado é um rei ou um imperador, em geral hereditário (por oposição à república)” (PRIBERAM, 2008-2013, s.p).

Do mesmo glossário, extrai-se a acepção de oligarquia: “Estado de uma nação em que a preponderância de alguma família dispõe do governo” (PRIBERAM, 2008-2013, s.p).

Ainda se define por ele o significado de democracia: “Governo em que o povo exerce a soberania, direta ou indiretamente. O povo (em oposição à aristocracia)” (PRIBERAM, 2008-2013, s.p).

Os primeiros esboços de mandamentos constitucionais das civilizações antigas como a dos egípcios, dos sumérios, babilônios, assírios, palestinos, fenícios, persas, assim como as de Creta, Esparta, Atenas, Cartago, Roma, entre outras, não estavam aglutinados em um único documento escrito, mas originaram-se de princípios e normas, incluindo a tradição e os costumes (AMARAL, 2011, p. 21).

Como bem explica Paulino Jacques:

“Eram mais instituições que constituições, documentos escritos, códigos políticos. Não escritos, consuetudinários, e, por ato de modificação. Não

se conheciam, ainda, o ‘poder constituinte’, de onde emanam as Constituições escritas, mas tão-só o ‘poder legiferante ordinário’” (JACQUES, 1957, p. 17).

Segundo o Doutor Sérgio Tibiriçá do Amaral:

“(...) havia, também entre os gregos, outra noção de muita importância: leis não escritas. Podiam designar o costume juridicamente relevante, ora as leis universais, originalmente de cunho religioso, as quais, sendo regras gerais e absolutas, não promulgadas pela Cidade-Estado” (AMARAL, 2011, p. 21).

Neste momento histórico o direito ainda não se encontrava positivado, as normas não eram escritas e nem se possuía ainda códigos e constituições, e quem discutia as leis eram mais importantes que as próprias leis.

Porém, há que se ressaltar que embora a ideologia de se constituir mandamentos fosse muito primária, esta é fase antecedente, onde o homem estava no seu despertar para regular a convivência humana por meio de regras, onde já se percebia a importância de se organizar para atingir o progresso e a paz social.

57

OS ROMANOS E AS CONTRUIÇÕES JURÍDICAS

A República Romana foi marcada pelos conflitos sociais envolvendo a plebe e os patrícios, ocorridos entre os séculos V e III a.C. Esses conflitos tiveram início quando os plebeus formaram um exército próprio e retiraram-se para o Monte Sagrado (o Monte Aventino), a fim de reivindicar direitos políticos. (PENNA, 2013, p. 9).

Os patrícios necessitavam dos plebeus nas atividades econômicas e militares e, por isso, cederam às suas exigências, aceitando que tivessem representação, o tribuno da plebe. Esses tribunos podiam vetar leis que considerassem contrárias aos interesses dos plebeus, onde se percebe grande influência democrática (AMARAL, 2011, s.p).

Mais tarde, por volta de 450 a.C., foram criadas as Leis das XII Tábuas, as primeiras leis comuns a todos, e escritas, o que lhe aproximava do que conhecemos hoje por constitucionalismo. Contudo, continuava a escravidão por dívidas e a proibição de casamento entre patrícios e plebeus (PENNA, 2013, p. 9).

Em 445 a.C., a plebe conseguiu a aprovação da Lei Canuléia, que permitiu o

casamento entre pessoas dessas duas camadas sociais e, pela Lei Licínia (336 a.C.), foi abolida a escravidão por dívidas (PENNA, 2013, p. 9).

Mas as lutas continuaram e os plebeus conquistaram o direito de participar do consulado. A partir daí, havia um cônsul patrício e outro cônsul plebeu (PENNA, 2013, p. 9).

É perceptível o grande passo que a plebe conquistou, podendo agora opinar na política, e decidir os rumos da sociedade, algo inédito até o momento, haja vista que questões políticas eram destinadas apenas aos nobres.

Em 287 a.C. a plebe mais uma vez, retirando-se para o Monte Sagrado, impôs aos patrícios que as leis aprovadas pela Assembleia da Plebe fossem válidas para todo o Estado, esse movimento é denominado de plebiscito ou decisão da plebe (PENNA, 2013, p. 9).

No entanto, o Império Romano foi tomado pelo Império Bizantino, que data sua origem em 395 d.C., quando o Imperador Teodósio dividiu o Império Romano em duas partes. Ao contrário da porção ocidental, o Império Romano do Oriente resistiu aos ataques bárbaros, sobrevivendo como Império independente até 1453, quando caiu sob o domínio dos turcos otomanos (PENNA, 2013 p. 9).

Neste momento fora quebrado o grande domínio do império romano, mas os seus importantes feitos políticos foram mantidos e continuados no império Bizantino, pois o homem como um ser social, percebeu a importância de se regular por meio de normas, de estabelecer mandamentos morais para poder conviver em melhores condições.

Justiniano (527-565) é considerado o mais importante imperador bizantino e em seu governo houve o momento mais expressivo do Direito, pois sua maior realização fora a revisão e codificação do Direito Romano (AMARAL, 2011, s.p).

Sob esse objetivo, foram convocados os principais juristas bizantinos, que, sob a orientação de Triboniano, publicaram o Corpus Júri Civilis - Código de Direito Civil (PENNA, 2013, p. 9).

Houve, então, um grande avanço do direito em normatizar de forma escrita normas que eram antes apenas costumes, e agrupá-las em um código. A partir desse momento na história as leis passaram a ser positivadas, dando à elas uma roupagem mais próxima do

que compreendemos atualmente.

A INGLATERRA DESDE A MAGNA CARTA

Foi na Inglaterra da idade Média que surgiu a primeira constituição, ainda primitiva perto do que conhecemos hoje, mas foi por volta de 1066 que o direito constitucional evoluiu de forma como nunca tenha sido antes (PENNA, 2013, p. 11).

Entre os anos de 1066 a 1087, no reinado de Guilherme I, conhecido como “O Conquistador”, as leis e costumes anglo-saxões em vigor, foram mantidas e concomitantemente foram baixadas novas normas de organização política.

Surge então o Grande Conselho, integrado por barões, bispos e abades, que eram convocados periodicamente para opinar sobre questões de governo (PENNA, 2013, p. 11).

O primeiro documento político escrito da Inglaterra surge no reinado de Henrique I (1100 a 1135), chamado de Pequena Carta, que nada mais era do que a confirmação da Lei de Eduardo, o Confessor (1042-1066). Depois de Henrique I, a Pequena Carta foi colocada em segundo plano e esquecida (AMARAL, 2011, s.p).

Foi no reinado de Henrique II (1154-1189) que aconteceram dois importantes acontecimentos legislativos. O primeiro – as Constituições de Claredon, de 1164, que se colocou como meio de restrição das prerrogativas que o Clero gozava até então. O segundo – o Assize de Claredon, de 1166, que representou o ponto de “transição da monarquia absoluta para a constitucional” (PENNA, 2013, p. 11).

No entanto, o maior passo constitucional se deu com o Rei João Sem Terra (1199-1216), cujo mandato foi marcado por disputas contra o Rei da França, Felipe Augusto, contra o Papa Inocêncio III, e contra os nobres da Inglaterra. Foi derrotado por todos os seus adversários, sendo obrigado a assinar, em 1215, a Magna Carta, onde se comprometia a respeitar os direitos dos nobres e da Igreja, evitar os abusos da administração e da Justiça e não estabelecer impostos sem o prévio consentimento dos seus vassalos (PENNA, 2013, p. 11).

Seu sucessor, Henrique III (1216-1272), pretendeu governar a Inglaterra de modo absoluto e por isso violou algumas disposições da Carta Magna, que gerou uma nova revolta por parte dos nobres que, após vencê-lo, obrigaram-no a assinar os Estatutos de

Oxford, pelos quais o rei se comprometia a governar de acordo com o Conselho dos Barões. Durante seu reinado houve ainda a convocação, pela primeira vez, do Parlamento Inglês, com a participação dos barões, do clero e da nascente burguesia (PENNA, 2013, p. 11).

Ressaltamos a importância de Henrique III para o sistema constitucional inglês, isto porque a Magna Carta foi revista e confirmada, mudando significativamente o Grande Conselho no que tange à sua composição que além dos membros da nobreza e do clero, passou a contar também com dois cavaleiros de cada condado e dois burgueses de cada cidade, tendo como consequência a superação entre os lordes e os comuns. Surge daí o Parlamento Inglês dividido entre as Câmaras dos Lordes e as Câmaras dos Comuns (PENNA, 2013, p. 11).

Teve grande importância para o desenvolvimento do constitucionalismo a Revolução Gloriosa, data de 1688-1689 que extinguiu o absolutismo na Inglaterra e instaurou na a monarquia liberal. Como consequência o rei Guilherme III jurou a Declaração de Direitos (Bill of Rights) em 1689, que limitava definitivamente os poderes do Rei e ampliava os do parlamento, pois ficava sobre o seu cargo a aprovação de tributos a manutenção de um exército permanente, a garantia do exercício da Justiça pública entre outras medidas (PENNA, 2013, p. 12).

A Bill of Rights foi a primeira declaração dos direitos do cidadão, extirpando o absolutismo monárquico na Inglaterra permanentemente.

Em suma, a Revolução Gloriosa foi conduzida pela burguesia e parte da aristocracia rural contra o absolutismo inglês, criando assim uma Monarquia Constitucional e instaurando o primeiro governo burguês da história (PENNA, 2013, p. 12).

Assim como bem expõe Modesto Florenzano:

“(...) a revolução inglesa tornou possível pela primeira vez à sociedade, e dentro dela particularmente aos homens de propriedade, a conquista e o gozo da liberdade civil e política. A garantia desta liberdade (concebida como natural), destes direitos civis e políticos, era agora assegurada pelos próprios indivíduos (transformados em cidadãos) e não mais por uma autoridade monárquica de origem divina ou humana. A teoria da liberdade civil e política foi formulada por J. Locke, o primeiro grande filósofo do liberalismo (FLORENZANO, 1988, p. 116).

Houve, a partir de então a libertação do absolutismo, onde agora a sociedade inglesa poderia florescer sem as parasitárias medidas do monarca no Estado absoluto.

CONSTITUCIONALISMO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

O nascedouro do constitucionalismo nos Estados Unidos se deu quando em 1620 os primeiros colonizadores da Virgínia assinaram o Pacto de Mayflower, uma carta política denominada também de Covenant (PENNA, 2013, p. 12).

Como bem diz Afonso Arinos afirma que “nesse venerável documento se encontra, em germe, o núcleo de idéias que mais tarde se desenvolveram nas instituições de Direito Constitucional” (FRANCO, 1968, p. 50).

A Revolução Inglesa propiciou o surgimento do capitalismo - um novo sistema econômico, social e político que teve seu marco mais tarde, com a Revolução Industrial – a partir do momento que possibilitou o acúmulo de capitais pela burguesia mercantil (PENNA, 2013, p. 12).

Esse fato teve implicações no mundo colonial inglês, pois antes o governo inglês era liberal na Metrópole, mas mantinha um rígido mercantilismo nas Treze Colônias americanas, já que adotou, no final do século XVIII, medidas típicas do Pacto Colonial (AMARAL, 2011, s.p).

A revolta ocorreu por medidas criadas pelo governo inglês que geraram descontentamento nas treze colônias eram basicamente: Lei do Açúcar, de 1764, foi elevado o valor dos tributos sobre o açúcar e derivados da cana que não fossem oriundos das Antilhas Britânicas; Lei do Selo, de 1765, determinava que todos os documentos, jornais, livros, só podiam circular se fossem selados com o timbre do Governo Inglês; Leis Intoleráveis ou Coercitivas, de 1774, que determinava o fechamento do porto de Boston, o pagamento de uma indenização pelo chá e ocupação militar de Massachusetts, seguida da dissolução da Assembleia local e o reforço das tropas oficiais nas colônias (PENNA, 2013, p. 12).

Tais medidas resultaram na realização do Primeiro Congresso Continental da Filadélfia.

O governo inglês não aceitou a Independência dos Estados Unidos, acirrando a luta pela Independência que se iniciara em 1774, e se estendeu até 1783, quando a Inglaterra derrotada pela Colônia foi obrigada a assinar o Tratado de Paris, onde oficialmente foi reconhecida a independência dos Estados Unidos (PENNA, 2013, p. 13).

Esse tratado culminou na criação da federação dos Estados Unidos da América – A Carta Constitucional de 1787, quando os representantes dos Treze Estados reuniram-se, na Filadélfia, para redigir e aprovar a Constituição dos Estados Unidos da América (PENNA, 2013, p. 13).

Evidentemente, instituir uma lei maior, a qual todos devem respeitar é um grande passo no desenvolvimento político e social de uma nação. A elaboração da constituição foi o grande marco para a libertação das Treze colônias, passando a ser agora um país, Estados Unidos da América, proporcionando o seu verdadeiro crescimento, já que antes a colônia era utilizada para fortalecer e enriquecer a Inglaterra, que agora foi obrigada a cortar os seus vínculos parasitários.

Para Canotilho:

“ (...) Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos e dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. (...) É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo” (CANOTILHO, 1999, p. 47).

A partir deste momento o constitucionalismo com um todo deu um grande avanço no seu desenvolvimento, se tornando mais parecido com a concepção que conhecemos hoje e o constitucionalismo Norte-americano, especificadamente, deu início ao ciclo das constituições escritas e rígidas.

CONSTITUCIONALISMO FRANCÊS E ILUMINISMO

Não somente a libertação americana e sua constituição trouxeram avanços no incremento do constitucionalismo, pois a magna carta da França, conseguida penosamente através da Revolução Francesa também foi grande fomentadora de progresso e feitos riquíssimos dentro do campo do direito, pois ambas tornaram-se juntas o símbolo do

constitucionalismo moderno, positivado, escrito e rígido.

Depois de muitos anos de absolutismo, a França começou a gerar ideias de buscar um movimento para a deposição do Antigo Regime, a exemplo do que havia ocorrido nas colônias da América do Norte durante a transição do feudalismo para o capitalismo, entre os séculos XV e XVIII, surgiu o Estado Absolutista, governado por uma elite política recrutada na nobreza (AMARAL, 2011, s.p).

O Absolutismo é caracterizado basicamente pelo regime político monárquico, de centralização do poder, pela burocracia, alta tributação sobre o povo para manter as regalias da nobreza, e unificação territorial. Esses elementos que compõem o absolutismo estavam presentes na nação francesa do século XVIII.

Sobre o Princípio de Nação Bobbio expõe:

“(...) Normalmente a Nação é concebida como um grupo de pessoas unidas por laços naturais e, portanto eternos – ou pelo menos existentes ab immemorabili – e que, por causa destes laços, se torna a base necessária para a organização do poder sob a forma do Estado nacional” (BOBBIO, 1983, p. 796).

63

Os pensadores políticos modernos procuraram justificar as origens e as razões de ser do Estado e dividiram suas opiniões em duas correntes: a contratualista e a divina.

Da origem divina o Estado surge como um mandamento celeste, cujos pensadores influenciados pela mentalidade católico-feudal, enxergavam nos monarcas absolutos a expressão mais perfeita da autoridade delegada por Deus na Terra, ou seja, o direito de governar era dado aos monarcas por ordem divina.

Dentre os autores que defendiam esta teoria podemos citar Jean Bodin que publicou em 1576 seis tomos “Sobre a República”, onde teorizou a autonomia e a soberania do Estado Moderno, no sentido de que o monarca interpretava as leis divinas, obedecia a elas, mas de forma autônoma, visto que não precisava receber do papa a investidura do seu poder (PENNA, 2013, p. 10).

E também se destacava Jacques Bossuet, bispo da corte de Luiz XIV, é autor de “A Política Inspirada na Sagrada Escritura” (1679-1709), onde ele justificava o governo absolutista a partir das Sagradas Escrituras, afirmando que ele era desejado por Deus, já

que garantiria a felicidade dos povos (PENNA, 2013, p. 10).

Na origem contratualista, os pensadores influenciados pelo individualismo e racionalismo do período renascentista procuraram fugir da natureza religiosa do Estado, pois para eles era imprescindível para o Estado o Pacto Social com a sociedade civil, que alienou o poder para um governante em condições de mandar efetivamente na sociedade, cuja habilidade política implicava a manutenção dessa aliança. Caso essa aliança fosse desonrada, a sociedade podia destituir o monarca (AMARAL, 2011, s.p).

Como principais expoentes dessa corrente estão Nicolau Maquiavel, que escreveu “O Príncipe”, por volta de 1513, cuja máxima era: “os fins justificam os meios” e Thomas Hobbes, o autor de “O Leviatã”, de 1654, onde evidencia a origem do Estado contratual, irreversível, resultado da aliança entre a nação e o rei. O pensamento “o homem é o lobo do homem” resumia claramente a necessidade de existência do Estado para atenuar as contradições sociais (PENNA, 2013, p. 10).

A forma contratualista de interpretar a origem do Estado contribuiu à concepção de mundo da burguesia. A noção de Estado como contrato revelava o caráter mercantil e comercial das relações sociais burguesas (AMARAL, 2011, s.p).

No final do século XVIII, enquanto a maior parte dos países europeus e principalmente a Inglaterra já haviam extinguido o Estado Absolutista, adotavam o liberalismo econômico e capitalismo, a França ainda conservava uma estrutura ultrapassada, pois ainda era governada por um poder absoluto e mantinha práticas mercantilistas, que entravavam o desenvolvimento do capitalismo, o que desagradava profundamente a sua burguesia (PENNA, 2013, p. 14).

Além disso, o sistema tributário francês era injusto, já que a nobreza e o clero estavam isentos de vários impostos, sendo sustentados pela burguesia explorada, e por ser a classe que sustentava economicamente o país, aspirava participar do poder político, já que não tinham nenhuma participação (PENNA, 2013, p. 14).

A sociedade Francesa pré-revolucionária era a dividida em três grupos distintos com status jurídico próprio, pois era basicamente estamental: O primeiro estado constituído pelo clero – subdividido em alto e baixo clero - proprietário de 10% das terras da França, não pagava impostos; O segundo estado, era formado por uma nobreza parasitária,

proprietária de 20% das terras, que mantinha as relações servis de produção. Também havia a nobreza de toga, ocupante de cargos oficiais, oriunda da burguesia, que comprava títulos nobiliárquicos; O terceiro estado composto pela burguesia e pela massa de trabalhadores rurais e urbanos (os sans-culottes) (PENNA, 2013, p. 14).

No período de 1786-1788, a França experimentou uma grave crise econômica de subprodução, gerada por uma seca que assolou a região, e falta de alimentos trouxe como resultado a elevação vertiginosa dos preços e a diminuição dos salários (PENNA, 2013, p. 15).

Para garantir os privilégios da Corte, do primeiro e do segundo estados, o governo, sempre intervindo na economia cada vez mais onerava o terceiro estado com tributos. A burguesia, prejudicada com esse quadro caótico aproveitou o momento propício para intensificar os ataques ao absolutismo de Luís XVI (PENNA, 2013, p. 15).

Já é sabido pela análise da história que sempre que uma minoria opressora que se mantém no poder não pode explorar a grande maioria dos oprimidos por muito tempo, sem que contra ele se erga uma revolta, ocasionada principalmente pela insatisfação com um governo que nada faz pelo seu povo. Este era o cenário vivido naquele momento pela França, que em sua grande maioria se encontrava revoltada, já que era constituída de uma burguesia explorada para sustentar os luxos da nobreza e alto clero.

A indecisão de Luís XVI em face de uma colheita desastrosa, sublevações no campo, falência iminente e, acima de tudo, o conflito hostil entre deputados da nobreza e da plebe criou uma lacuna de poder logo preenchida pelos Estados Gerais, agora a autoproclamada Assembleia Nacional (PENNA, 2013, p. 15).

A Assembleia Nacional aboliu os privilégios fiscais e criou um sistema administrativo uniforme com a extinção das antigas províncias e Assembleias locais. O que torna a Revolução Francesa o ponto de partida da autonomia do Direito Administrativo (PENNA, 2013, p. 15).

Desde o início, a Assembleia refletiu os conflitos sociais e políticos da França, pois os estamentos privilegiados defendiam que a votação das matérias deveria ser por estamento, enquanto o terceiro estado reivindicava o voto por pessoa, visto que possuía maioria dos deputados (PENNA, 2013, p. 15).

Se a votação contasse por classes, obviamente a minoria iria ganhar sempre a votação, já que juntas formavam duas classes contra a burguesia que formava apenas uma classe, decidindo sobre o que queriam, prevalecendo sempre seus próprios interesses e nada iria mudar. No entanto a os revoltosos queriaa uma votação por cabeça, um voto para um homem, e isso faria toda diferença, haja vista que os oprimidos eram a maioria na França, e até então, não possuíam participação política apesar de custearem sozinhos o país inteiro.

O terceiro estado separou-se dos outros dois e com o apoio dos deputados do baixo clero, contra a vontade de Luís XVI, proclamou-se em Assembleia Nacional, transformada em Assembleia Nacional Constituinte em Julho de 1789, com o objetivo de elaborar a Magna Carta que acabaria com o Estado absolutismo e a partir daí estava iniciada a Revolução Francesa (PENNA, 2013, p. 15).

Assim como ocorreu na independência americana, a implantação de uma constituição inaugura uma nova fase, dando surgimento à um novo Estado. A Magna Carta era o que traria solução para as aflições de toda aquela nação que não aguentava mais a alta exploração econômica, sem nenhum esforço do governo em retornar-lhes melhores condições de vida, sem poderem opinar na política, pois não tinham voz em um país que era mantido por eles.

O povo teve que passar pela mais ferrenha crise social, econômica e política para poder despertar e enxergar o seu poder de conduzir o país às mudanças que lhe fossem desejadas.

Foi o movimento Iluminista no século XVIII que impulsionou ideologicamente a Revolução Francesa, pois era um projeto de emancipação do homem, que passava a pensar sobre si mesmo e a analisar o governo e pensar sobre as melhores formas de governar.

Os iluministas acreditavam que o Estado Absolutista era responsável pela intolerância política e religiosa, origem de todas as injustiças políticas e sociais. O movimento estimulava a luta da razão contra a autoridade, destruindo a fundamentação do direito divino dos reis, pois adotavam a teoria contratualista, do contrato social da população com o Estado e criaram a teoria do Estado Liberal, tese defendida por Locke e Rousseau, os principais expoentes dessa concepção (PENNA, 2013, p. 13).

Através do pensamento iluminista que alimentava intelectualmente os

revolucionários, o Estado passou a ser compreendido como instituição humana, cuja legitimidade era oriunda da vontade popular, onde o soberano nada mais era do que o mandatário do povo (AMARAL, 2011, s. p).

Para os iluministas, o dever do Estado era garantir os direitos naturais: igualdade, liberdade e propriedade, que foram as características mais marcantes da revolução francesa lembrada na história.

A partir do movimento iluminista que o mundo ocidental passa a refletir sobre a necessidade de se estabelecer critérios de cidadania mais amplos, fundamentados na igualdade jurídica entre os indivíduos, era clara a necessidade da separação entre questões políticas e religiosas, optando pela constituição de governos laicos (MARTINS JUNIOR, 2015, s.p).

Em 13 de Julho, o povo tomou as ruas da capital sobre forma de milícias populares incentivados pelos ideais iluministas e no dia 14 invadiu a Bastilha, prisão do Estado e símbolo do poder absolutista. Esse ocorrido é reconhecido como a conquista da liberdade francesa, tido como um marco do processo revolucionário francês, simbolizando a própria revolução (PENNA, 2013, p. 16).

Finalmente em 1791 foi promulgada a Constituição estabelecendo como forma de governo a Monarquia Constitucional, cujo poder executivo era exercido pelo rei, o poder legislativo, pela Assembleia eleita por voto censitário e o poder judiciário, pelos juízes eleitos da mesma forma que os deputados (AMARAL, 2011, s.p).

A revolução francesa, e as conquistas delas advindas, como a ideia ainda primariamente desenvolvida, mas que foi de grande avanço no constitucionalismo que foi a separação dos três poderes, a reforma política, a instituição da democracia na França e a elaboração de uma Magna Carta, o modelo econômico liberalista adotado, foram um grande marco na história e na evolução do constitucionalismo no mundo, além de que, foi também uma efetiva demonstração da força popular de mudar sua desagradada condição política, econômica e social.

CONCLUSÃO

A constituição é de extrema importância em uma nação, pois através dela se

instituem direitos e garantias fundamentais adquiridas arduamente através de anos lutas sociais e políticas. Muitos desses direitos são estabelecidos como cláusula pétrea, os quais só podem ser modificados apenas para agregar mais benefícios à sociedade e nunca para diminuí-los.

A instituição de uma Magna Carta influencia todo a legislação inferior, anterior e posterior à ela, servindo como um vetor ideológico para a inspiração de novos códigos e leis que viram a regulamentar a convivência em sociedade e os rumos que ela tomará.

Tendo em vista tamanha importância para a estruturação de um Estado, uma constituição geralmente não se estabelece em tempos de paz, como foi bem demonstrado nesse presente artigo, através do histórico do constitucionalismo.

Isso significa que o constitucionalismo nasceu do descontentamento de uma sociedade com o seu respectivo governo, e as demais consequências que dele são derivadas, como a precária condição socioeconômica de um povo, as péssimas condições de vida a que são submetidos e a falta de voz ativa dentro de seu próprio país.

Em toda história a carta constitucional nasceu de uma maioria inconformada, seja por qualquer condição inferior em que se encontre, sempre oprimida pelo poder de uma minoria no governo, do qual foram majoritariamente exploradores e alheios as necessidades de seu povo.

É claramente percebido que a manifestação de um povo insatisfeito com a situação em que permeia e que saí às ruas á procura, veementemente, de melhores condições de vida, sempre consegue, com êxito, modificar a causa do seu desagrado. O marco entre essa nova fase, é sempre uma nova constituição, trazendo novos direitos e proteções, instituindo uma nova forma de pensar e de agir, seja ela no âmbito social, político ou econômico.

Uma constituição sempre está entre o intervalo de duas lutas populares, pois a medida que a sociedade evolui, nascem novas necessidades e por conseguinte, há exigência de uma nova forma de governar, de estabelecer normas que regulem essa nova essencialidade da população. E esta convolutosa constituição, recém-instituída, só durará até a próxima questão relevante apontada pelo povo, que dará ensejo ao nascedouro de outra constituição.

Portanto, o desenvolvimento do constitucionalismo se deu em um lento processo histórico, que advém desde os primórdios das civilizações, quando nos primeiros mandamentos morais, já se insurgia o germe ideológico de uma Lei Maior que lhes assegurassem os direitos e garantias sobre as necessidades mais básicas de uma nação.

Conclui-se com o presente artigo que a Constituição, quando elaborada sobre uma sustentação democrática, com a participação de todos na elaboração de normas que supram os interesses sociais, é capaz de modificar toda a situação social envolvida em uma sociedade, por mais crítica que seja, ela é capaz de sanar as insatisfações e mudar os rumos de uma nação, como foi bem demonstrado ao longo de toda história.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. 3ª ed. Barueri, SP: Monole, 2010.

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Parâmetros constitucionais do Direito à liberdade de expressão na Internet**. Bauru, SP: 2011, 485 p. Tese (Doutorado) - Instituição Toledo de Ensino.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Vol. I 11ª Ed, Brasília: UNB, 1983.

CARRION, Eduardo Kroeft Machado. **Apontamentos de Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da Filosofia: história e grandes temas**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DA COSTA, Wanderley Messias. **Geografia Política e Geopolítica: Discursos sobre o Território e o Poder**. 1ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992.

FERNANDES, Claudio. **História do Mundo: Revolução Francesa**. 2002. Disponível em: <<http://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/revolucao-francesa.htm>> Acesso em: 01 maio 2015.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1957.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na História: lições introdutórias**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS JUNIOR, Leandro Augusto. **Cidadania e democracia na Antiguidade**. 2015. Disponível em: <<http://educacao.globo.com/historia/assunto/antiguidade-e-mundo-medieval/cidadania-e-democracia-na-antiguidade.html>> Acesso em: 01 maio 2015.

PENNA, Maria Cristina Vitoriano Martines. **Constitucionalismo: Origem e Evolução Histórica**. 2013, 30 p. Tese (Especialista) - Curso de Especialização em Direito Constitucional, Pós-Graduação Lato Sensu, Escola Superior de Direito Constitucional.

PLATÃO. **A República**. 1ª ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

SCHILLING, Voltaire. **História por Voltaire Schilling: Política**. 2002. Disponível em: <<http://educaterra.terra.com.br/voltaire/politica/democracia5.htm>> Acesso em: 01 maio 2015.

"democracia", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/democracia> [consultado em 03-05-2015].

"oligarquia", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/oligarquia> [consultado em 03-05-2015].

"monarquia", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013, <http://www.priberam.pt/dlpo/monarquia> [consultado em 03-05-2015].

O PJE E O JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO: O PROBLEMA DO ACESSO À JUSTIÇA

Kelly Aparecida PARIZI⁶

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise da modernização da Justiça, focado na implantação do sistema de peticionamento eletrônico na Justiça do Trabalho, denominado PJe e suas implicações no *Jus Postulandi* e no princípio fundamental de Acesso à Justiça. Aborda que com o advento de novas tecnologias, em especial as referentes à tecnologia de informação, o Judiciário brasileiro começou a se modernizar, buscando atualizar o seu sistema jurisdicional, em busca de uma maior eficiência para prestação jurisdicional. São indiscutíveis os benefícios que as novas técnicas de informática propiciam à celeridade processual. Entretanto, os princípios norteadores do direito, à primeira vista, podem se apresentar como um óbice ao advento de novos ritos e técnicas processuais, sendo discutido no presente trabalho, prioritariamente, o Acesso à Justiça e o *Jus Postulandi* na Justiça do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça. Direito do Trabalho. Justiça do Trabalho. *Jus Postulandi*. PJe.

ABSTRACT

This study analyzes the modernization of Justice System, focused on the implementation of the electronic filing system in Labor Court, known as PJe and its inference in the institute of *Jus postulandi* and in the fundamental right of access to justice. The essay discusses that with the advent of new technologies, especially those relating to information technology, the Brazilian Judiciary is beginning to modernize, seeking to upgrade its judicial system to achieve a more efficient adjudication. It is indisputable the benefits that the new computer techniques can provide to a speedy trial. However, at first sight, the guiding principles of law may appear as an obstacle to the advent of new rules and practice of the legal process, which are discussed in this study, giving priority to Access to Justice and to the *Jus Postulandi* in Labor Court.

KEYWORDS: Access to justice. Labor Law. Labor Court. *Jus Postulandi*. PJe (eletronic filing system in Labor Court).

INTRODUÇÃO

O acesso ao judiciário é o meio de garantir ao cidadão o direito de postular em juízo a solução de seus conflitos, bem como, da realização da justiça, quando o mesmo

busca a proteção jurisdicional do Estado, independentemente de sua condição sócio-econômica, observando-se para tanto alguns, se não os mais importantes princípios constitucionais, o contraditório, ampla defesa e o princípio da igualdade ou isonomia, princípios estes que igualam empregados e empregadores, pobres e ricos, qualquer que seja a sua condição social, raça ou sexo.

O acesso à justiça é um direito expresso na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. O princípio pressupõe a possibilidade de que todos, indistintamente, possam pleitear as suas demandas junto aos Órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas às regras estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito. E no avanço, temos a emenda Constitucional nº 45/04 inseriu no artigo 5º, o inciso LXXVIII, que diz: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

No âmbito da Justiça do Trabalho, as partes, empregados e empregadores, poderão demandar em juízo sem a assistência de advogado, utilizando-se assim do instituto do *Jus Postulandi*, conforme determina o art. 791 da CLT.

O *Jus Postulandi* é o direito de postular, ou seja, pedir judicialmente. Uma particularidade do processo do trabalho, que consiste na faculdade que é atribuída ao trabalhador e ao empregador de reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e de acompanhar as suas demandas até o final, instituto este, como já mencionado acima, previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O processo eletrônico é uma realidade é um caminho sem volta. Ele surge na esteira da influência global, em busca de uma maior eficiência jurisdicional, através do princípio da celeridade processual. Não há como negar que a implantação do PJe na Justiça do Trabalho está trazendo vários benefícios, tais como: redução de gastos com papéis, grampos, carimbos; contribuição significativa para a preservação do meio ambiente, desnecessidade de deslocamento de pilhas de processos, celeridade na tramitação dos mesmos, agilidade na constrição de bens através da penhora on line agilizando as execuções judiciais, enfim, como já dito o processo eletrônico é um caminho sem volta.

Mas, enquanto muitos festejam a implantação do novo sistema eletrônico na Justiça do Trabalho, outros, estão sendo penalizados, não apenas pela ausência de domínio da técnica da informática, mas também pelo fato de que nem todos dispõem de condição econômica para fazer frente aos novos custos para o exercício do acesso a justiça, já que é necessário para postular através do peticionamento eletrônico adquirir uma assinatura eletrônica, bem como obter equipamentos para escanear os documentos necessários para distribuir uma ação.

Essa dificuldade se apresenta para os advogados e operadores do direito e se torna ainda muito maior para aqueles, empregados e empregadores que querem reclamar sozinhos, sem assistência de advogado, utilizando o *Jus Postulandi*, conforme determina o art. 791.

Dessa forma, diante da dificuldade do PJe seria o *Jus Postulandi* letra morta? De que forma então se daria o acesso à justiça que é um direito expresso na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXV. Como já dito o princípio pressupõe a possibilidade de que todos, indistintamente, possam pleitear as suas demandas junto aos órgãos do Poder Judiciário, desde que obedecidas às regras estabelecidas pela legislação processual para o exercício do direito.

Primeiro, o acesso à justiça deve ser acessível a todos; segundo, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Um dos objetivos deste trabalho é trazer a discussão sobre o tema na tentativa de buscar mecanismos e soluções simples e práticas para garantir efetivamente o acesso à justiça daqueles que pretendem ingressar com demandas na justiça do trabalho através do *Jus Postulandi*, sem que o processo judicial eletrônico (PJe) seja óbice para tanto. Outro objetivo deste trabalho é fortalecer o exercício da cidadania, através do *Jus Postulandi* com a valorização da dignidade da pessoa humana.

Para elaboração deste artigo, será utilizado de forma mais ampla o método racional, ou seja, o critério *indutivo*, que utiliza análise de determinados dados para a formulação de um conceito geral, com realização de pesquisas exploratórias que estabelece critérios, métodos e técnicas para a elaboração de uma pesquisa, tendo como objetivo oferecer informações sobre o objeto da pesquisa para orientar a formulação de

hipóteses, bibliográficas e eletrônicas que é a utilização da doutrina levantada como fonte de ideias para o trabalho de investigação, artigos, livros e revistas especializadas, de onde se obterá os elementos para abordar o caso que se coloca em estudo.

Essa metodologia propiciará traçar um perfil do *Jus Postulandi* na Justiça do Trabalho, o problema do acesso à justiça, bem como o Processo Judicial Eletrônico (PJe) abordando de que forma será possível o cidadão (trabalhador) viabilizar a efetiva aproximação à Justiça com os modernos meios e instrumento processuais implantados.

O JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO

O *JusPostulandi* é uma locução latina que indica o direito de falar, em nome das partes, no processo. É a capacidade de postular em juízo, também chamada de capacidade postulatória, que é a capacidade reconhecida pelo ordenamento jurídico para a pessoa praticar, diretamente, os atos processuais.

Pode também ser traduzido como o direito de litigar pessoalmente em juízo sendo detentor de um alto significado social como assegurador da liberdade e de valorização do indivíduo nas suas escolhas.

O *Jus Postulandi* foi previsto com o intuito de facilitar a prestação jurisdicional, principalmente daqueles que possuem maiores dificuldades de acesso à justiça, sendo que Carlos Henrique Bezerra Leite (2008, p. 402) conceitua como “a capacidade conferida por lei às partes, como sujeitos da relação de emprego, para postular diretamente em juízo, sem necessidade de serem representados por advogado”.

A preocupação com a efetividade, a celeridade processual e a melhoria na prestação jurisdicional, têm resultado numa série de reformas processuais que demonstram as tendências do Processo Civil, vindo ao encontro do exercício da cidadania e da liberdade ao acesso à justiça. É na correta utilização dos instrumentos processuais que se pode garantir a efetividade dos resultados, ficando o direito processual com a tarefa de construir os meios indispensáveis para entregar ao cidadão aquilo que teria obtido, caso outrem não tivesse se oposto ao cumprimento de suas obrigações.

O princípio do *Jus Postulandi* se aplica a outros ramos do direito, mas é no Direito Processual do Trabalho que atinge maior alcance e divergência doutrinária.

Conforme Mauro Schiavi,

Sempre foi polêmica a questão do *jus postulandi* da parte na Justiça do Trabalho. Há quem o defenda, argumentando que é uma forma de viabilizar o acesso do trabalhador à Justiça, principalmente aquele que não tem condições de contratar um advogado. Outros defendem sua extinção, argumentando que, diante da complexidade do Direito Material do Trabalho e do Processo do Trabalho, já não é possível à parte postular sem advogado, havendo uma falsa impressão de acesso à justiça deferir à parte a capacidade postulatória (SCHIAVI, 2011, p. 288).

No entendimento de Amauri Mascaro Nascimento,

O fim do direito processual trabalhista e do direito processual é comum. Trata-se de um direito processual social, destinado tanto à tutela jurisdicional de grupos ou coletividades como de trabalhadores. Como consequência, seguem-se as necessidades de um mínimo de formalismos, maior liberdade interpretativa e criativa do juiz, maior celeridade, menor custo, maior distributividade e menor comutatividade nos seus atos (NASCIMENTO, 2012, p.101).

75

Para possibilitar o *Jus Postulandi* das partes foi introduzido na Consolidação das Leis do trabalho o artigo 791 que dispõe que “os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final”.

Desta forma, na Justiça do Trabalho, as partes (tanto empregador como empregado) podem ingressar em juízo independentemente de patrocínio de advogado. Importante mencionar de que o *Jus Postulandi* somente é observado para as relações de emprego e para a pequena empreitada, descrita no artigo 652, III da CLT, sendo que para as demais ações relativas à relação de trabalho, haverá a necessidade de ser representado por advogado.

Neste sentido é o entendimento de Pedro Paulo Teixeira Manus e Carla Tereza Martins Romar (apud SCHIAVI, 2011, p. 291),

Note-se, contudo, que a faculdade legal é restrita a empregados e empregadores o que equivale a dizer que terceiros que ingressem no processo (terceiro embargante, o perito, o litisconsorte e outros que

tenham legítimo interesse), que não sejam empregados e empregadores, não tem capacidade postulatória.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que preceitua em seu art. 133 que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, passou-se a discutir se o art. 791 não havia sido recepcionado pela CF/88.

Sobre o tema, diz Manoel Antonio Teixeira Filho,

O artigo 133 da Constituição Federal de 1988 revogou o artigo 791 da Consolidação das Leis Trabalhistas, que concedia às partes o jus postulandi, e continua, sempre entendemos que o advogado era condição fundamental para o equilíbrio técnico na disputa, para uma solução justa e equilibrada do conflito de interesses. A vida prática demonstrou, num incontável número de ocasiões, que, quando um dos litigantes ia a juízo sem advogado, mas outro, fazia-se acompanhar pôr procurador judicial, o que se presenciava, dramaticamente, não era uma porfia equilibrada, mas um massacre contínuo. Os tempos, contudo, agora são outros. A Constituição Federal vigente declara ser o advogado pessoa indispensável à administração da Justiça (artigo 133). E a Lei no. 8.906,94, não só repete esta regra (artigo 2º, caput), como proclama constituir ato privativo de advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário (artigo 1º inc.1) (TEIXEIRA FILHO, 1997, p.146 e 186).

76

Para Sergio Pinto Martins (2008, p. 183),

Não existe conflito, portanto, entre o art. 791 da CLT e o art. 133 da CF/88, pois este apenas reconhece a função de direito público exercida pelo advogado, não criando qualquer incompatibilidade com as exceções legais que permitem a parte ajuizar, pessoalmente a reclamação trabalhista.

O Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.127-8 decidiu que a capacidade postulatória do advogado não é obrigatória nos Juizados Especiais, na Justiça do Trabalho e na Justiça de Paz, persistindo para estes casos o jus postulandi para as partes, não tendo sido revogado o art. 791 da CLT. Insta mencionar que mesmo vigorando o Ius Postulandi na Justiça do Trabalho esta capacidade postulatória da parte sofre limitações.

Conforme preceitua Amauri Mascaro Nascimento (2002, pag.348/349), no direito de outros países há mais de uma diretriz sobre a capacidade de postular reclamações trabalhistas perante órgãos judiciais, encontrando-se as seguintes orientações:

Desnecessidade de advogados ou “jus postulandi” pleno, como no México, cujo art. 876 da Lei Federal do trabalho declara que as partes comparecerão pessoalmente à Junta, sem advogados; 2) “jus postulandi” restrito, subdividindo-se de acordo com os fatores determinantes da limitação e que podem ser: a) a instância ou grau de jurisdição, facultado na primeira instância e vedado em segundo grau, como no Código do Trabalho da República Árabe Unida, de 1959, na Lei n. 12.948, da Argentina, na Espanha, cuja regra é o jus postulandi, mas dentre as exceções está a atuação perante o Tribunal Supremo; b) o valor da causa, como na República Federal da Alemanha, onde se o pedido é superior a trezentos marcos a nomeação do advogado é facultativa e nas ações de valor inferior é proibida; c) a instância única, como na Colômbia, que permite a atuação direta das partes nos casos da instância única; d) a fase do processo. Como a conciliação, na Colômbia, que prescinde da presença de advogados; 3) a obrigatoriedade da assistência judiciária pelo Ministério Público ou outro órgão, quando a parte não estiver assistida por advogado, como em Portugal, Decreto-Lei n. 272-A/81, art. 8º, segundo o qual os agentes do Ministério Público devem o patrocínio oficioso aos trabalhadores e seus familiares, podendo o Ministério Público recusar o patrocínio quando verificar a possibilidade de o autor recorrer aos serviços do contencioso do organismo sindical que o presente (art. 9º). No Panamá, art. 579 do Código do Trabalho dispõe que, apresentada a demanda pessoalmente pelo trabalhador, o juiz designará um defensor de ofício e que será o assessor jurídico do Ministério do Trabalho e Bem-Estar Social ou os defensores de ofício nas Províncias.

77

A importância social do direito trabalhista para o empregado desmistifica a afirmação de que a presença do advogado é sempre indispensável, diante da relevância do direito em litígio, que não se restringe ao cunho alimentar.

Nesse particular, foi aprovada a Súmula n.º 425 sendo incisiva em nortear que às partes o acesso à integralidade dos órgãos da jurisdição trabalhista não é possível sem o trabalho do advogado. Dispõe referida Súmula:

JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

Portanto, a parte na Justiça do Trabalho - empregado e empregador – não possui amplo acesso ao Poder Judiciário para alcançar o Tribunal Superior do Trabalho sem a utilização de advogado. Se precisar recorrer perante o TST, se almejar impetrar um mandado de segurança ou mesmo ajuizar uma cautelar, terá a parte que se valer de um advogado para tanto. Limitaremos neste trabalho em abordar somente onde se mantém *Jus Postulandi* como direito fundamental de acesso à Justiça.

A MODERNIZAÇÃO E INFORMATIZAÇÃO DO SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO E A IMPLANTAÇÃO DO PJE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A necessidade de se reformar a Justiça para que se obtenha uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz aliada à revolução tecnológica e dos meios de comunicação, unido à ampliação dos conflitos existentes entre as partes são os motivos pelos quais a Justiça busca realizar uma completa reestruturação dos seus meios de funcionamento, passando a priorizar a informatização do sistema judicial e promovendo uma revitalização de todo o Poder Judiciário Brasileiro.

Em 2006 foi promulgada a Lei n.º 11.419, originada do Projeto de Lei 5.828/01, que dispõe sobre a informatização do processo judicial. A Lei citada, chamada de Lei do Processo Eletrônico, determina que os meios eletrônicos sejam adotados para a pacificação dos conflitos, em busca de uma maior celeridade processual, inserindo no ordenamento brasileiro, verdadeiro sistema processual informatizado.

Foi aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça resoluções sobre a modernização e tecnologia do Judiciário, sendo elas a Resolução n. 70, que dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica do Judiciário, tendo como um de seus objetivos estratégicos a infraestrutura e tecnologia, bem como a Resolução n. 90, que versa sobre o planejamento nacional de tecnologia da informação e comunicação do Poder Judiciário.

A informatização da Justiça do Trabalho teve início com a Lei do Processo Eletrônico. A Justiça Trabalhista optou por iniciar a implementação do Processo Eletrônico junto aos processos de competência originária dos tribunais e foi pioneira na adoção do sistema Bacen-Jud, sistema de penhora online dos créditos trabalhistas, agilizando assim as execuções judiciais.

O Conselho Superior da Justiça do Trabalho editou a Resolução Nº 94, de 23 de Março de 2012, que instituiu o Sistema Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho, chamado de PJe - JT, que é o novo sistema de processamento de informações e prática de atos para implantação na JT.

Ainda é um sistema que necessitará de constantes atualizações, já que foi recentemente implantado, de modo a adaptar-se às inovações tecnológicas, e principalmente às questões e peculiaridades que forem surgindo e que somente poderão ser detectadas na prática da rotina processual diária.

O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é um princípio constitucional na nossa Constituição Federal de 1988, que é o marco da redemocratização do Brasil e se concretiza através do conjunto dos princípios fundamentais constantes do art. 5º do texto constitucional, a exemplo dos seguintes incisos:

XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação;

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

O art. 5, inciso XXV da CF/88 garante ao trabalhador que não tenha meios, o poder de reclamar em juízo, o que vem a fortalecer a permanência do *Jus Postulandi* no ordenamento nacional.

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

Não se deve olvidar que uma série de garantias constitucionais, como é o caso da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) viabilizam o acesso ao Judiciário, sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a direito, sem que se possa excluir qualquer direito e, em princípio, qualquer tipo de ameaça de lesão ou lesão.... (SARLET, 2009, p. 247)

O direito de acesso à justiça tem sido reconhecido como de fundamental importância para a sedimentação dos demais direitos e garantias fundamentais previstos no texto constitucional, uma vez que segundo Cappelletti e Garth (1998, pag. 11), “a titularidade de direitos é destituída de sentido, de ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.

Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth, acesso à justiça seria uma expressão ampla, de difícil conceituação.

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos. (CAPPELLETTI, GARTH, 1998, pag.08)

Segundo os citados doutrinadores, em seu sentido mais amplo, o acesso à justiça é utilizado como assistência jurídica, com o entendimento de justiça eficaz, acessível a todos. Dessa forma, “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, pag. 12).

Para Gelson Amaro de Souza,

Conceituar o acesso à justiça não é tarefa fácil, visto que para se chegar a tal desiderado, exige uma caminhada heroica através do processo, procedimento, acesso ao Judiciário, tutela jurisdicional e que nem sempre culmina com o efetivo acesso à justiça, porque o titular do direito nem sempre o recebe na forma que merece segundo as normas de direito material. Haverá acesso à justiça com julgamento de mérito, ainda que o autor saia vencido da demanda. É julgamento de mérito que abre o caminho para o acesso à justiça na busca da efetivação do direito. Só depois desta caminhada e se pode chegar a efetivação do direito de tal forma que o jurisdicionado recebe tudo o que tem direito, aí sim, pode-se dizer que houve acesso à justiça (SOUZA, 2012, p. 232).

Para Almir Galassi (2012, pag. 07), “o acesso à justiça é um direito de todo o

cidadão, ainda mais em se tratando de minorias sociais, que necessitam cada vez mais do amparo do estado para se valer de seus direitos”.

Deve se ter em mente que Acesso à Justiça não é sinônimo de mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo, pois, para que haja o efetivo acesso à justiça, é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar ou a defender-se adequadamente, nos casos de escolha da via judicial, e que haja segurança de suas próprias soluções, nos casos de via extrajudicial.

Interessante trazer a colação a visão de José Roberto dos Santos Bedaque (2003, pag. 71),

Acesso à justiça, ou mais propriamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou, melhor, do devido processo constitucional. É o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo equo, correto, justo.

81

Assevera Kazuo Watanabe (1998, pag. 129) que:

Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da tutela constitucional do processo convergem a essa promessa-síntese que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido.

Pode-se afirmar que o princípio do acesso à justiça apenas irá se realizar em sua completude quando aplicado em consonância com os demais princípios jurídicos, como os da máxima efetividade, da celeridade processual, da adequabilidade, da instrumentalidade das formas, os quais, se somados e empregados harmonicamente, conjugam esforços para a realização da efetiva tutela jurisdicional.

O acesso a Justiça tem estreita relação com o Estado Democrático de Direito e para isso se faz necessária uma nova abordagem, com intuito de assegurar o que Kazuo Watanabe (1998, pag. 128) denomina de acesso à ordem jurídica justa e aponta nos

seguintes termos:

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de apenas possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim viabilizar o acesso à ordem justa. Uma empreitada assim ambiciosa, requer, antes de mais anda, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Capelletti.

O acesso à justiça torna-se cada vez mais relevante porque estamos convivendo numa sociedade cada vez mais competitiva com falta de respeito entre as pessoas, onde há má distribuição de renda e o Estado não se preocupa com as desigualdades sociais existentes, surgindo assim cada vez mais conflitos e a busca pelo judiciário.

O processo judicial deve garantir a todos o acesso à justiça e, é nessa visão, que se verifica a necessidade de desburocratização dos procedimentos na busca da essencialidade dos serviços prestados, para vencer o que Mauro Capelletti (1988, pag.09) chama de "obstáculo processual" ao acesso à justiça. De que forma ter efetivo acesso a justiça e ultrapassar esse obstáculo, através do *Jus Postulandi* com a implantação do PJe na justiça do Trabalho?

82

AS IMPLICAÇÕES DA IMPLANTAÇÃO DO PJE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Resolução 94 do CSJT implantou o uso do PJe como o Sistema através do qual será realizado o trâmite da Justiça Trabalhista.

Art. 1º A tramitação do processo judicial no âmbito da Justiça do Trabalho, a prática de atos processuais e sua representação por meio eletrônico, nos termos da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, serão realizadas exclusivamente por intermédio do Sistema Processo Judicial Eletrônico da Justiça do Trabalho – Pje - JT regulamentado por esta Resolução.

Conforme a redação desse artigo, os processos trabalhistas passarão a ser realizados apenas através do sistema do PJe, sistema de peticionamento eletrônico, que exige que o

advogado adquira um certificado digital para que possa protocolar qualquer petição, permitindo assim a efetiva atuação no processo.

Com relação ao acesso ao sistema eletrônico tem-se a previsão do art. 5º da Resolução 94, que passamos a transcrever abaixo.

Art. 5º. Para acesso ao PJe - JT é obrigatória a utilização de assinatura digital a que se refere o inciso I do artigo 3º desta Resolução. Parágrafo único. No caso de ato urgente em que o usuário externo não possua certificado digital para o peticionamento, ou em se tratando da hipótese prevista no art. 791 da CLT, a prática será viabilizada por intermédio de servidor da unidade judiciária destinatária da petição ou do setor responsável pela redução a termo e digitalização de peças processuais.

Nota-se que nesse artigo há a expressa referência ao *Jus Postulandi*, pois de acordo com a Resolução 94 do CSJT, o *Jus Postulandi* continuaria a vigorar na Justiça Trabalhista, sendo o peticionamento viabilizado “por intermédio de servidor da unidade judiciária destinatária da petição ou do setor responsável pela redução a termo e digitalização e peças processuais”.

Podemos concluir de que somente com a leitura o artigo acima transcrito, é fácil afirmar que o *Jus Postulandi* na Justiça do Trabalho não sofreu alteração com o advento do Sistema PJe. Entretanto, na prática o que já se percebe hoje é a mitigação do princípio, pelas dificuldades de se encontrar um servidor na unidade que seja responsável e tenha disponibilidade para reduzir a termo, o que irá se acentuar pela nova necessidade de digitalizar as peças processuais, considerando a defasagem de servidores nas Varas do Trabalho, bem como a demora e dificuldade para se distribuir uma reclamação trabalhista pelo PJe com as exigências tecnológicas que o sistema determina.

Se para o servidor público já é difícil, imagina para o cidadão comum, principalmente os mais desprovidos de educação, cultura, meios tecnológicos, que não tem qualquer familiaridade com a tecnologia é quase humanamente impossível utilizar sozinho o sistema do PJe –JT para distribuir uma ação trabalhista e desta forma ter o direito de acesso a justiça garantido através do *Jus Postulandi*.

Esse problema poderá ser resolvido se de fato forem implantados locais competentes para tanto, de acordo com o art. 12, § 1º, in verbis:

Art. 12, § 1º. Partes ou terceiros interessados desassistidos de advogados poderão apresentar peças processuais e documentos em papel, segundo as regras ordinárias, nos locais competentes para o recebimento, que serão digitalizados e inseridos no processo pela Unidade Judiciária.

Entretanto, até que ocorra a criação desses locais afetados especialmente para tal destinação, certo é que o acesso à Justiça Trabalhista se encontrará engessado para aqueles não assistidos por advogado, não estando o acesso à justiça e o *Jus Postulandi* em plena efetivação.

A modernização do processo não pode promover a exclusão. Ao contrário, o processo judicial eletrônico deve ser ferramenta para a ampliação do acesso à justiça célere. Sensibilizar-se com as dificuldades reais de acesso a essa modernidade é utilizar a tecnologia em benefício dos indivíduos, escopo maior da jurisdição. Não se pode dar um passo à frente na modernização do processo, com a modalidade eletrônica, a custa de se regredir décadas nos avanços alcançados pelo direito de acesso à justiça.

84

CONCLUSÃO

A existência do Processo Eletrônico é uma tendência de todo o Judiciário Brasileiro e a Justiça do Trabalho não retrocedeu em tal aspecto. As mudanças daí advindas em prazos, atos, intimações e citações desafiam os novos paradigmas processuais e também colocam em xeque instituições e princípios.

O Princípio do *Jus Postulandi* permanece em plena vigência na Lei, ratificado pelo entendimento consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho através da Súmula 425, ao menos em instância ordinária. A ideia de que o PJe - JT beneficia em última análise o jurisdicionado deve ser entendida na figura do cidadão que provocou o Judiciário em um momento inicial e aguardou uma resposta final, um mero expectador que não se preocupa com a efetiva fiscalização e acompanhamento dos autos, salvo por interpostas pessoas, sejam advogados, estagiários ou serventuários da Justiça.

Um modelo “feito por nós e para nós” pressupõe a exclusão do trabalhador que não possui acesso à assinatura digital, não possui softwares nem hardwares para acesso ao

sistema, e, quando muito, possui acesso à Internet. O modelo de política pública adotado pelo Conselho Nacional de Justiça, privilegiando a celeridade processual, foi incorporado pelo Judiciário Trabalhista através da Resolução 94 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, afetando a rotina de trabalho de profissionais da área e excluindo de um debate mais amplo os jurisdicionados, que receberão o impacto de tais medidas.

Note-se que o art. 791 da CLT dispõe não somente da prerrogativa das partes em reclamarem pessoalmente na Justiça do Trabalho sem a presença de advogados, mas também e, sobretudo, a prerrogativa de acompanharem suas decisões até o final. Na sistemática hoje existente, milhares de trabalhadores podem se dirigir às Varas do Trabalho e compulsar os autos de seus processos sem interferência de advogados, estagiários, serventuários ou quem quer que seja.

Podem, igualmente, peticionar ao Juiz na forma com que lhes seja mais acessível, sem a exigência de tecnicismos ou outras formalidades. Não se deve olvidar que o Judiciário Trabalhista é o ramo mais demandado, um contingente expressivo de trabalhadores – não somente autores, mas também testemunhas, terceiros interessados e até mesmo réus - se utilizam de tais prerrogativas legais.

O processo eletrônico pode ser um meio alternativo de processamento do feito e certamente o será mais célere com a depuração do sistema, todavia, estará restrito aos detentores da técnica jurídica e da mídia eletrônica, excluindo a participação dos trabalhadores e aproximando a Justiça do Trabalho dos demais ramos do Judiciário, afastando-a daquilo que justamente a distinguia como ramo do Judiciário mais próximo da sociedade civil e por isso mesmo, o mais demandado.

Se por um lado à utilização de um sistema eletrônico, mais célere, e mais adequado às tecnologias atuais, o ordenamento jurídico não pode engessar a vontade das partes e as soluções de conflitos sociais com a implementação de um sistema eletrônico que, por suas especificidades, termina por obstar o *Jus Postulandi* da parte desassistida por causídico no processo, estando o obstado o amplo acesso à Justiça.

É preciso, sim, dar nova feição ao Judiciário, modernizá-lo, adaptá-lo, enfim, aos novos tempos. Entretanto, não se pode perder de vista a necessidade de se atentar aos princípios que regem as relações jurídicas e sua potencial mitigação pela adoção de novos

sistemas eletrônicos.

Assim, é necessária uma reformulação ou modernização do já moderno sistema eletrônico que hoje vigora da Justiça Trabalhista para que o mesmo efetivamente permita o pleno acesso à Justiça, principalmente no tocante ao *Jus Postulandi*, princípio de suma importância para a prática diária nos litígios trabalhistas.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 13 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2008

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra, **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTR, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: doutrina e prática forense**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do trabalho**. 21 ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos Sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In LEITE, Georg Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional**: Estudos em homenagem a J.J Canotilho. São Paulo:RT, 2009.

SCHIAVI, Mauro. **Manuel de Direito Processual do Trabalho**. 4 ed. São Paulo: Ltr, 2011.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira, OLIVEIRA, Flávio Luiz de. Organizadores. AMARO, Gelson de Souza **Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica**. 1 ed. Birigui –SP: Boreal Editora, 2012.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira, OLIVEIRA, Flávio Luiz de. Organizadores. GALASSI, Almir. **Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica**. 1 ed. Birigui –SP: Boreal Editora, 2012.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Sistemas dos Recursos Trabalhistas**. 9 ed. São

Paulo 1997.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, In: Participação e Processo.** Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1988.

O SENTIDO E ALCANÇE DO ARTIGO 205 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UMA ABORDAGEM FILOSÓFICA

Diogo FÉLIX⁷

RESUMO

Com o Advento da sociedade moderna e a incursão do homem nas diretrizes consumistas, de produção e reprodução, resta, inegavelmente, identificada a disfunção do processo de personificação e humanização. O consumismo aliado à ideia de liquidez faz por deturpar a concepção de liberdade, que passa a ser entendida como meras possibilidades de aquisições de bens materiais. Ao passo que ao homem é dada respectiva concepção negativa, onde ser é ter, perde a consciência de si de do mundo, exercendo (des)valores, corrompendo o sentido ontológico e teleológico de sua existência. Educação é formação de dignidade, tomada de consciência e mudança de atitude que busca o resgate dos valores solidificadores da personificação e dignificação humana. Partindo desta concepção de educação, por conta das generalidades e inconsistências, o artigo 205 da Constituição Federal se mantém ineficaz diante da ausência de sentido e aplicação.

PALAVRAS CHAVES: Homem Líquido; Educação; Artigo 205 da Constituição Federal.

RESUMEN

Con el advenimiento de la sociedad moderna y la incursión del hombre en el consumismo, la producción y reproducción, se identifican sin lugar a dudas la disfunción del proceso de personificación y humanización. La idea del consumismo, junto con la liquidez, lo hace por tergiversar el concepto de libertad, lo que se entiende como meras posibilidades de adquisición de bienes materiales. Mientras que el hombre se da su concepción negativa, que ha de ser, pierde la auto-conciencia del mundo, la realización de (des) valores, corromper el sentido ontológico y teológico de su existencia. La educación es la formación de cambio de la dignidad, la conciencia y la actitud que busca recuperar los valores de la personificación de solidificadores y la dignidad humana. A partir de esta concepción de la educación, debido a las generalidades y las inconsistencias, el artículo 205 de la Constitución sigue siendo ineficaz en ausencia de significado y aplicación.

PALABRAS CLAVE: Líquido Humano, Educación, el Artículo 205 de la Constitución Federal.

⁷

Estudante de Pós-graduação - UNICESUMAR - Centro Universitário de Maringá.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo identificar as mazelas sofridas pelo homem da sociedade de consumo, diga-se, sociedade pós-moderna, as quais tolhem os valores construtores da dignificação da condição humana, e, via de consequência, da própria consciência.

O artigo se propõe a descrever os entraves trazidos pela sociedade de consumo que acabou por conceber um sentido diverso da concepção da liberdade, passando a ser compreendida como ausência de limites e de coação, fazendo por traçar o sentido negativo sob a mesma.

De forma singela apresentar-se-ão aspectos de uma sociedade líquida engendrada pelo consumo, corrompendo com a concepção de liberdade, bem como, com a da existência ontológica do homem, que passa a identificá-la como as possibilidades de aquisições dos bens de consumo.

Deste modo, ao passo que o homem ignora os valores ontológico e teleológicos dignificantes de sua natureza, acaba por gerar processo inverso à sua personificação e conscientização, pondo-o em profunda angústia e tornando sua via anódina.

Uma vez identificados os motes de desvirtuamento da consciência humana, a educação será abordada numa concepção filosófica, passando por uma reformulação sendo, ainda, associada ao contexto de dignidade da vida, tornar-se consciente de que humanização é um processo e pessoa uma construção, sem embargo de que somente pelo conhecimento e formação de valores se permite transformação, bem como da concepção de vida digna.

Seguindo esta linha de raciocínio, buscar-se-á a análise do artigo 205 da Constituição Federal, sob uma abordagem filosófica quanto ao seu sentido e alcance dentro do contexto construído acerca do homem e da sociedade pós-moderna, no que diz respeito à finalidade da educação quanto ao pleno desenvolvimento da pessoa, capacitação para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Ao final do trabalho, há que se analisar, ainda, a (a)sistematização das finalidades propostas pelo artigo 205 da Constituição Federal, bem como de suas generalidades e

inconsistências, acabando por determinar a impossibilidade de construção de um sistema educacional, e, via de consequência, a transformação do homem em pessoa.

A CRISE DO HOMEM NO MUNDO PÓS-MODERNO: IDEIA DE SOCIEDADE LÍQUIDA

O homem desde os tempos mais remotos vem passando por diversas transformações em sua existência a partir do seu processo de personificação enquanto ser imanente de liberdade, consciência e dignidade. Assim, o projeto de transcendência tem sido traçado a partir do binômio ser e dever ser, sendo este entendido como a tomada de consciência entre a relação da própria existência ontológica e o existir teleológico.

Esta transformação passa a ser concebida a partir da compreensão das relações do homem, intrinsecamente liga ao exercício de sua liberdade, onde o projeto de existência no sentido teleológico⁸ inicia sua construção com a conscientização do homem acerca de seu existir ontológico.

Contudo, com o advento da pós-modernidade, ou também chamada modernidade de terceira fase, como difundem os sociólogos e filósofos contemporâneos⁹, a liberdade passou a ser marcada pela consciência que o homem tem de si mesmo, sendo compreendida como ausência de limites e de coação, fazendo por traçar o sentido negativo de liberdade.¹⁰ Ao ser divergido este sentido, a consciência toma proporções também diversas, tendo em vista que é a partir da concepção e exercício da liberdade, que o homem toma consciência de si e do mundo, restando, então, prejudicado o seu processo de personificação.

Segundo as lições de Alessandro S. V. Zenni:

“[...] sendo o homem consciente de si mesmo e livre para agir, pode desempenhar o papel que bem entender, surgindo, por via de consequência, a sociedade complexa e desagregada, funcionalmente diferenciada, imprescindindo de uma organização. [...]”¹¹ Sob a ótica do sociólogo alemão Niklas Luhman, a sociedade pós-moderna rompeu com a ideia de bem referida ao indivíduo, que, apesar de tornar-se dependente da consciência de cada um, o

⁸ Aquilo que o homem almeja concretizar-se ao longo de sua existência.

⁹ ZENNI, Alessandro Severino Vallér. A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris Editor, 2006, p. 13.

¹⁰ Idem, p. 29-30.

¹¹ ZENNI, op. cit., p.30.

subjetivismo da vontade se separa do subjetivismo da razão e da ciência, culminando com um corte entre consciência ética e verdade.¹² Ou seja, o exercício da liberdade será conduzido a partir da tomada de consciência, mas que, separada da verdade e da própria natureza do homem, gera mecanismos capazes de propiciar distúrbios sociais.¹³ Abre-se a problemática da liberdade de consciência, formando as liberdades subjetivas. O filósofo do direito Alessandro S. V. Zenni argumenta que a consciência livre passa a ser vislumbrada em duas esferas, sendo uma psíquica, como conteúdo de consciência, sendo a questão de foro íntimo, e outra no âmbito do dever, como legisladora do homem, relacionada com a liberdade de agir consoante ditames da consciência, sendo livre a ação que reconhece seus limites objetivos.¹⁴ Ao descrever a figura do bom selvagem, Rousseau afirma que o homem naturalmente livre e bom, já encontra ameaçado em sua liberdade, seja pelo dinheiro ou pela ampliação da propriedade, contaminando-se a liberdade de consciência¹⁵, passando a se relacionar com a liberdade no sentido negativo, onde é livre aquele que exerce as possibilidades de aquisições materiais.

Estas possibilidades, engendradas pela sociedade de consumo, corrompe com a concepção de liberdade, bem como, com a da existência ontológica do homem. Ser é ter. A liberdade manifesta-se com a aquisição dos bens de consumo impostos como condição de reconhecimento como ente pertencente ao meio social. A Liberdade passa a ser sinônimo de possibilidade de aquisições materiais.

Ao arquitetar o Manifesto do Partido Comunista, Marx concebe a liberdade, perante o sistema capitalista, como a possibilidade de comprar e vender. Esta liberdade expressa-se a partir do exercício das possibilidades traçadas pela sociedade de consumo, as quais se sucedem continuamente, gerando a ideia de descartável, tanto do que se produz quanto em relação a quem consome, agravando-se pelo fato de que o reconhecimento social

¹² LUHMAN, Niklas. Sociologia do Direito I. [trad. Gustavo Bayer]. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

¹³ ZENNI, op. cit., p.31.

¹⁴ ZENNI, op. cit., p. 32.

¹⁵ Idem.

somente se confere a quem tem capacidade de consumo.¹⁶ Nesta perspectiva, não há limites aos desejos, há a sensação de que tudo lhe é permitido e nada seja obrigado, pendendo a noção completa de limites e nos eventuais conflitos com os outros seres percebe-se a si como único e exclusivo, individualista, detentor de direitos absolutos, sem noção de hierarquia ou superioridade.¹⁷ Alessandro S. V. Zenni descreve que a consequência desta deturpação, é a criação de uma sociedade de massa, onde os diversos seres humanos cedem à aglomeração, passa-se da reprodução à produção, do estatuto ao contrato, da emoção ao cálculo.¹⁸

Esta teia em que modernidade de terceira fase está pontada, gera um sentimento de impotência e perplexidade próprio de um ser nihilista, ilhado, solitário, que procura desfrutar o prazer momentâneo, cultivar os bens externos, diante do fatalismo e incerteza do futuro em um mundo de vida desigual.¹⁹ A sociedade do consumo passa a ser composta por um amontoado de seres individuais, manipulados e uniformizados, que não fruem liberdade, sequer no sentido negativo. O enfoque econômico acerca do homem lhe confere um sentido funcionalista, garantindo a gestão econômica da sociedade complexa, por intermédio de uma visão política, bem como para manter a ordem sistêmica capitalista.²⁰ Tangenciando acerca da liberdade negativa, Tercio Sampaio Ferraz Junior é enfático em afirmar que na sociedade de massa não qualquer impedimento, posto que torna-se cada vez mais uma ilusão. Segundo, ainda, suas declinações, o homem desta sociedade está submetido a um bombardeio diário de informações organizadas, as quais estabelecem um controle, inclusive, sobre a liberdade negativa.²¹ Nesta perspectiva, o ser massificado é informo, não tem personalidade e se mostra indigno. A autonomia da vontade passa a ser utópica, restando neutralizada por completa, uma vez que, ao consumir, o sujeito ocupa seu papel do meio social, reconhecendo e fazendo-se por se reconhecer como membro

¹⁶ BAUMAN. Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 2001, p. 28 e seguintes.

¹⁷ Idem, p. 47

¹⁸ ZENNI, op. cit., p. 47.

¹⁹ Idem, p. 48.

²⁰ NEVES, Castanheira. *O Direito hoje e com Que Sentido. O problema atual da autonomia do direito*. Lisboa. Instituto Piaget, 2002.

²¹ FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito. Reflexões sobre Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. 3ª Ed., São Paulo. Atlas, 2.009, p. 139;140.

pertencente a esse meio.²² A pós-modernidade revela-se pela incursão na esfera individual do homem, tolhendo o sentido e o exercício de sua liberdade e, conseqüentemente, de sua consciência, que passa a ser contemplada por valores periféricos, premida por metas eminentemente egoístas, primando pela satisfação do prazer imediato transvestido da premissa pela vivência do presente e do amor próprio.

Inegavelmente a existência humana busca sentido ao perfazer-se, conclamando os valores ontológico e teleológicos dignificantes de sua natureza, que, uma vez ignorados, conscientemente ou não, acabam por gerar o sentido contrário, ou seja, o desvalor, pondo o homem em profunda angústia e tornando sua via anódina.

Segundo, ainda, as aspirações de Alessandro S. V. Zenni:

O ser mergulhou em crise avassaladora, mormente pelo desprestígio da metafísica, e cotidianamente foge de si em franca de-cadencia. Afigura-se próprio do home o questionar-se acerca do sentido da vida, como indagação fundamental de sua existência, e em modelo neoliberal capitalista de exacerbação consumeirista, busca demasiadamente pela acumulação, informação e comunicação globalizada, o ser humano não cala sua dor, bastando que se observe quanta neurose vem desenvolvendo como mecanismo de defesa para fazer cessar o permanente interrogar-se acerca da felicidade. O sentimento instalado no homem, malgrado a bandeira da modernidade, é de derruição, inquietude e angústia, quando não tédio.²³ Frisa-se que a solução para a imponente questão não está em encontrar o sentido para a existência humana, mas sim em questioná-la, valendo-se da expressão heideggeriana de “o homem não é capaz de descobrir por si só o seu sentido, mas ao não indagá-lo, vive no nada”.²⁴ A humanização se dá por conta da possibilidade de questionamentos constantes acerca da essência do ser do ente que cada homem é.²⁵ Assim, o resgate de sua consciência revela-se como tarefa eminente, ao passo que a partir dela, a concepção ontológica do homem, a partir da experiência, mostra-se possível, almejando, ainda, a consecução do seu existir teleológico.

O SENTIDO E ALCANÇE DO ARTIGO 205 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

²² ZENNI. Op. cit., p. 47 e seguintes.

²³ ZENNI, op. cit., p. 56.

²⁴ Idem.

A análise econômica dos fenômenos que permeiam o homem a partir da modernidade aniquila sua possibilidade de se personificar, tolhendo-lhe o sentido da vida. Logo, o processo transcendência inicia-se a partir da tomada de consciência de si e do outro no mundo (concepção ontológica), ao passo em que o instrumento capaz de galgar a personificação e dignificação, dentro de uma concepção teleológica, está na vereda da educação.

Ao aludir-se à educação, comumente associa-se o tema ao entendimento de redução a um lapso de tempo em que o indivíduo frequenta os bancos escolares e acadêmicos.²⁶ Trata-se de uma definição simplista e superficial deste processo natural e gradual denominado de educação. A proposta desenvolvida no presente trabalho busca, nos postulados filosóficos, a essência do homem em relação si mesmo, bem como com o meio externo em que vive, no intuito de compreendê-los, de forma a poder reagir e modificar este meio, tendo em vista a busca incessante humana pelo melhoramento de sua qualidade de vida, fundamentados na dignidade, tanto enquanto valor, quanto princípio, com o fim de dotá-lo de consciência e personalidade.²⁷ Evidentemente os estudos acadêmicos fazem parte do processo de educação do homem, mas trata-se de um grande equívoco limitar a educação a este pequeno período de estudos. A educação enquanto um processo natural do homem é muito mais do que o período em que o indivíduo passa pelos bancos escolares, mas o processo pelo qual o homem amadurece em decorrência de seus relacionamentos (pessoas e objetos) ao longo de sua vida.²⁸ Na descoberta de que a natureza humana é benfazeja, quando apropria-se de princípios sinderéticos como evitar o mal e fazer o bem, não lesar outrem e dar a cada um segundo um mérito em constante esforço, essa magma e metafísica misteriosa centrada no recôndito de seu ser, permitir-lhe-á expansão e dignidade, mas tal revelação exige a quebra com paradigmas sedimentados por um processo de

²⁵ Idem.

²⁶ ZENNI, A., FÉLIX, D.. Educação Para Construção De Dignidade: Tarefa Eminente Do Direito. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, América do Norte, 11, p. 169-192, mai. 2011. Disponível em: <http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1736>. Acesso em: 02 Mai. 2012.

²⁷ Idem.

²⁸ ZENNI, A., FÉLIX, D, op. cit., p. 169-192.

ideologização cultural que alimenta e hipertrofia o egoísmo.²⁹ Neste aspecto, firme-se ser a educação o processo pelo qual o homem passa de uma mentalidade sensitivamente comum a uma consciente, ou seja, sair de uma concepção fragmentária, incoerente, passiva e simplista, para assumir uma concepção unitária, coerente, articulada, intencional, ativa e cultivada. Educar é evoluir, capacitar à dignidade.³⁰ Rousseau, articulista incansável em prol da educação, advogava a natureza boa do homem e credenciava a espécie a atingir os seus fins mais elevados a partir do agir livre, de ética e justiça, independentemente de dogmas, fossem religiosos, jurídicos ou de qualquer espécie.³¹ Foi com Emílio que o filósofo político propôs um tratado de filosofia educacional partindo do homem natural e de integralidade, vislumbrando-o nas mais ordinárias experiências em relacionamento desde a tenra idade, para que pudesse fazer a passagem à plenitude na formação de homem de bem. Educação seria a mediação existente entre natureza e sociedade permitindo o desenvolvimento de consciência plena no ser do homem de sua natureza e seus fins.³²

É esta consciência que deve ser trabalhada no sentido de conduzir a uma concepção de vida superior. Da mesma forma, deve a consciência do homem ser trabalhada para que o sentido da educação seja sempre mantido, visto como a essência que move sua consciência. Vale trazer à colação afirmação retumbante de Rousseau de que a educação não é viés para transformação do homem às exigências da sociedade, antes, o contrário, um processo pelo qual o forma para ser humano, recobrando boa fé e bom senso.³³ A educação parte de três princípios básicos: a natureza, o homem, e as coisas. Assim, o desenvolvimento interno das faculdades do homem e de seus órgãos é a educação da natureza; o uso que o ensina a fazer desse desenvolvimento é a educação; e a aquisição de conhecimento dos objetos que o impressiona, por experiência própria, é a educação das coisas. Por isso, educação não é somente uma atividade é, acima de tudo, a construção de um saber que ultrapassa o sentido escolar e se torna uma construção permanente na vida do ser humano.³⁴ Inobstante as considerações acerca da educação propriamente dita, restando identificado as

²⁹ ROHDEN, Humberto. *Novos Rumos para a Educação*. 4ª Ed., São Paulo: Martin Claret, 1997, p. 53.

³⁰ ZENNI, A., FÉLIX, D, op. cit., p. 169-172.

³¹ Idem.

³² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio ou da educação*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1.968, p. 48.

³³ ROUSSEAU, op. cit., p. 54.

consequências da otimização da produção, bem como, do consumismo desregrado que tornando o homem anódino, como anteriormente abordado, este homem, depende, eminentemente, da educação para que possa transformar a consciência de si próprio, bem como do mundo que o rodeia, tendo em vista que se trata de um ser para, ou seja, o homem está em constante mudança e relação, e esta mudança dever ser corroborada no sentido de transformá-lo em um ser personificado, ou seja, íntegro em personalidade, humanidade e dignidade.

Educação como processo é capacitar o ser humano a desenvolver-se resistindo às ideologizações, mantendo-se conectado à sua natureza, na construção de sua dignidade enquanto pessoa. O sentido que se procura imprimir ao conceito de educação é de inteligência, caractere recorrente nos estudos atuais de complexidade e da vida.³⁵ Educar é despertar para todas as capacidades humanas e possibilitar a transformação de uma hipótese em caso concreto, fenómeno que corresponderia à transfusão de humano à pessoa, transportando, desta maneira, a educação como algo além do mínimo existencial, posto que o mínimo existencial é a própria consciência do homem de sua dignidade e das condições necessárias a sua preservação, a qual somente é obtida (a consciência) por intermédio da educação.

Maria de Jesus Fonseca³⁶ remonta à Paidéia grega, e ao termo *paidagogos*, período em que é desenvolvida uma filosofia de reflexão vinculada ao ato de educar, cujas matrizes se assentaram, em primeiro instante, na desmistificação dos fenómenos, com significações filosóficas e argumentações mitológicas.

No período socrático, todavia, observa-se salto qualitativo no incremento da educação, quando são desenvolvidos métodos e sistemas propugnando a transformação, por intermédio da educação, de homem a cidadão, estágio final de perfeição enquanto vida é convívio.³⁷ Portanto, está no cerne da educação propiciar métodos segundo os quais o ser humano possa desenvolver-se em suas potencialidades, expandindo-se a partir de centelhas imanentes. Não obstante, com a obliteração e estagnação no processo de educação,

³⁴ Idem, p. 54.

³⁵ ZENNI, A., FÉLIX, D, op. cit. p. 169-192.

³⁶ A Paidéia Grega Revisitada. Revista Milênio On-Line. In http://www.ipv.pt/millennium/Millennium_9.htm acesso em 29.01.2011, às 23:00h.

subsumido à informação e técnica (instrução), o homem moderno (pós-moderno) deixou adormecido o fio condutor do sentido da vida (ausência de valores), e presentemente se põe como ser premido ao nada, coisificado e derrelicto, empanado em ideologia utilitarista e corruptora do verdadeiro significado da vida.³⁸

Inimaginável aperfeiçoar-se o sistema vida humana sem resgatar compromissos com as bases da justiça, porquanto uma idiossincrasia entre o justo e o digno se nota pela uniformidade de seus elementos, ou seja, ao se definir dignidade como a construção de um homem livre que responsabilmente escala em direção do bem, belo e verdadeiro, na relação intersubjetiva, pinçam-se os requisitos da liberdade (devido – responsabilidade), isonomia (distribuição de bens, oportunidades e riquezas no espaço comum) e alteridade (justiça é relação).³⁹ Contudo, há que se estabelecer que o compromisso com a educação necessária à emancipação do homem não está pura e simplesmente relacionada com a educação formal, como abordado anteriormente, pois ao longo de todo o trabalho, restou identificada, a educação, como o processo em que o se passa de uma mentalidade sensitiva a uma consciência.

Veja-se, então, que toda a ideia de educação implica em reconhecimento da própria natureza do homem bem como da vida em seu sentido filosófico, não havendo qualquer possibilidade de falar-se em educação, ignorando tais concepções, sob pena se incorrer em grave equívoco, impulsionando a compreensão e reprodução de maneira errônea acerca da educação, transformando o processo educativo em pura e simplesmente processo instrutivo eivado da ausência dos valores.

Humberto Rohden ao estabelecer a diferença entre educação e instrução, especifica que a instrução tem por fim fornecer ao homem o conhecimento e uso dos objetos necessários para a sua vida, englobando outras áreas da ciência, ao passo que a educação tem por fim despertar e desenvolver no homem os valores da natureza humana, derivados da relação entre a educação e a consciência do sentido da vida como um processo de

³⁷ ZENNI, A., FÉLIX, D, op. cit., p. 169-192.

³⁸ ZENNI, op. cite, p. 52.

³⁹ ZENNI, A., FÉLIX, D, op. cit., p. 169-192.

apropriação e reprodução que tem por finalidade a busca da harmonia do homem com o cosmo⁴⁰, juridicamente falando, a harmonia entre o cidadão com demais e o Estado.

Com a instrução, pura e simplesmente descobrem-se os fatos, enquanto que, com a educação, criam-se os valores, sendo esta a premissa para a afirmação de Humberto Rohden de que a finalidade da educação é “criar” o homem a partir de sua concepção ontológica para uma finalidade teleológica, daí a necessidade de se buscar na filosofia a compreensão deste homem e de sua composição, para que, então, se possa estabelecer as postulados educacionais que o direito deve tutelar, até mesmo como forma de buscar da transformação do homem em pessoa, mantendo-se em harmonia com sua consciência individual e consciência universal⁴¹ (cidadão e Estado), sendo esta a finalidade não só da educação, mas do próprio Direito.

Ao analisar o artigo 205 da Constituição Federal sob o enfoque da construção de valores como finalidade da educação, identifica-se o conflito relacionado com o próprio sentido e alcance imprimido pela norma constitutiva. Frise-se, neste sentido, que a norma constitucional, no que diz respeito à educação, “visa o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205, CF/88).

Importante notar que a Constituição Federal ao estabelecer os parâmetros da “educação”, não abarca as concepções próprias da educação em conformidade com seus postulados filosóficos, capaz de dar-lhe uma consciência que possibilite o reconhecimento dos valores inerentes a vida, tendo em vista, ainda, que a concepção de cidadania (de que trata a Constituição Federal) nada mais é do que o reconhecimento da dignidade humana (valor) em si e no outro em constante relação, mas trata sobre instrução, uma vez que do texto constitucional, bem como da legislação infra (LDB), observa-se a disposição em relação às normas do “ensino”, diga-se, de instrução, informação, não havendo o comprometimento com os valores dos quais o homem necessita à compreensão de si e do outro, menos ainda, da concepção de vida, rompendo com a finalidade estabelecida pela

⁴⁰ ROHDEN, op. cit., p.29.

⁴¹ Idem.

própria Constituição na formação da consciência de cidadania no homem, e, conseqüentemente, de personificação e dignidade.

Imprescindível à alienação, imposta pelo capital, o rompimento com os valores tradicionais. A desvalorização dos valores, como teoria do valor-trabalho-consumo, surge da incompatibilidade entre as ideias tradicionais, que haviam sido utilizadas como unidades transcendentais para identificar e medir pensamentos e ações humanas, e a sociedade moderna, que dissolvera todas essas normas em relacionamentos entre seus membros, estabelecendo-as como valores funcionais.⁴²

Os valores, segundo considerações de Hannah Arendt⁴³:

“São bens sociais que não têm significado autônomo, mas como outras mercadorias, existem somente na sempre fluida relatividade das relações sociais e do comércio. Através dessa relativização, tanto as coisas que o homem produz para o seu uso como padrões conforme os quais ele vive sofrem uma mudança decisiva: torna-se entidades de troca, e portanto de seu “valor” é a sociedade e não o homem que produz, usa e julga. O “bem” perde seu caráter de ideia, padrão pelo qual o bem e o mal poder ser medidos e reconhecidos; torna-se um valor que pode ser trocado por outros valores, tais como eficiência e poder.”

99

A educação formal, assim como os demais “valores” trazidos e fomentados pela sociedade de consumo, passa a ser moeda de troca, na medida em que educar é capacitar para ter. Moral e ética passam a serem valores instituídos pelo meio e não mais pelo homem, sendo, portanto, passíveis de troca, “um valor por outro valor”.

A própria concepção de trabalho, abdicado dos valores tradicionais, torna os homens indiferente uns aos outros, pois suas relações não são mais determinadas pelo conteúdo de sua individualidade pertencente a cada ser humano, mas sim, reduzidas a uma relação mediatizada pelo dinheiro, sendo, por sua vez, nada mais do que a expressão do valor de troca das mercadorias, cuja produção e consumo é a finalidade principal do capitalismo que impera sob sociedade pós moderna.⁴⁴

⁴² ARENDT, Hannah. Entre o Passado e Futuro. 3ª ed. São Paulo. Editora Perspectiva S. A.: 1992. P. 60.

⁴³ Idem.

⁴⁴ DUARTE, Newton. Vigotski e o “aprender a aprender”: críticas às apropriações neoliberais e pós-modernas da teoria vigotskiana. 3 ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2004. P. 149.

Marx⁴⁵ ao explorar a questão do trabalho aliado ao capitalismo revela que:

“O tempo de trabalho determinado é objetivado em uma mercadoria determinada e particular dotada de qualidades particulares e com particulares relações com as necessidades. Porém como valor de troca o tempo de trabalho de ser objetivado em uma mercadoria que expressa somente seu caráter de quota ou sua quantidade, que é indiferente das qualidades naturais, e pode por isso ser metamorfoseada em, ou seja, troca por, qualquer outra mercadoria que seja objetivação de um mesmo tempo de trabalho. Como objeto ele deve possuir este caráter universal que contradiz sua particularidade natural. Esta contradição pode ser resolvida somente objetivando a própria contradição, isto é, se a mercadoria é posta de maneira dupla, uma vez em sua imediata forma natural e logo em forma mediata, ou seja, como dinheiro. Este último é possível somente na medida em que uma mercadoria particular torna-se por assim dizer a substância universal dos valores de troca, ou enquanto o valor de troca das mercadorias é identificado com uma substância particular distinta de todas as outras. Quer dizer que a mercadoria antes de mais nada trocada por uma mercadoria universal, produto simbólico universal e objetivação do tempo de trabalho para ser depois valor de troca intercambiável à vontade e indiferentemente por todas as outras mercadorias e para metamorfosear-se convertendo-se em qualquer uma delas. O dinheiro é o tempo de trabalho como objeto universal, ou a objetivação do tempo de trabalho universal.”

Veja-se, desta maneira, que a própria finalidade da educação formal, como proposta pela Constituição Federal, é corrompida, ao passo em que a qualificação para o trabalho é compreendida como valor de troca para a produção e consumação, aliado a ideia de que esta qualificação é o mote de que o “cidadão” necessita ao exercício de sua liberdade (em sentido negativo), ou seja, aquisição de bens no mercado de consumo como satisfação das pulsões e busca de pertencimento.

Ora, evidentemente que a instrução desvincilhada dos valores tradicionais acerca da concepção do homem e de mundo, faz com que o mesmo mergulhe em profunda angústia e sofrimento, pois os valores, por serem bens sociais relativos, são banalizados e substituídos pelo capitalismo imperialista, que invade a esfera individual e, como já mencionado, tolhe o sentido e o exercício de sua liberdade, escoimado de qualquer consciência, passando a contemplar valores periféricos, impulsionado por metas eminentemente egoístas que buscam a satisfação de suas paixões.

⁴⁵

Apud DUARTE, Newton. Vigotski e o “aprender a aprender”: críticas às apropriações neoliberais e

Nesta esteira, a própria concepção e sentido da educação formal é primazia engendrada pelo próprio capitalismo que, ao arquitetar seus próprios “valores”, utiliza desta educação como instrumento de manipulação do homem.

Ainda, há que se notar que uma das finalidades da educação apontadas pela Carta Constituinte, refere-se ao desenvolvimento da pessoa, sem, no entanto, precisar o sentido de “desenvolvimento”. Contudo, para esta finalidade, há que fazer o resgate na natureza ontológica do ser humano e, a partir desta consciência, utilizando a educação como ferramenta, galgar o sentido teleológico do homem, sendo esta a acepção contrária estabelecida pelo capitalismo, pois lhe o sentido e a consciência.

Para tanto, a educação, uma vez institucionalizada, deve ser posta de modo sistêmico, capaz de revelar um resultado de uma atividade intencional comum, ou seja, induzir a transformação da mentalidade sensitiva em consciência.

Dermeval Saviani, ao lecionar sobre a formação de um sistema educacional, descreve que é fundamental o papel da teoria, e que sem uma teoria educacional será impossível chegar a uma atividade educacional intencional comum.⁴⁶

Importante salientar que esta atividade educacional intencional comum, refere-se à finalidade consciente e comumente almeja à educação.

Assim, para se obter um sistema educacional, segundo as afirmações de Dermeval Saviani⁴⁷:

“É preciso ter consciência dos problemas da situação; conhecimento da realidade; e, formação de uma pedagogia. A consciência dos problemas é o ponto de partida necessário para se passar da atividade assistemática à sistematização; do contrário, aquela satisfaz, não havendo razão para ultrapassá-la. Contudo, captados os problemas, eles exigirão soluções; e como os mesmos resultam das estruturas que envolvem o homem surge a necessidade de conhecê-las do modo mais preciso possível, a fim de mudá-las; para esta análise das estruturas, as ciências serão um instrumento indispensável. A formulação de uma pedagogia (teoria educacional) integrará tantos os problemas com os conhecimentos (ultrapassando-os) na totalidade da práxis histórica onde receberão o seu pleno significado humano. A teoria referida deverá, pois, indicar os objetivos e meios que tornem possível a atividade comum intencional”.

pós-modernas da teoria vigotskiana. 3 ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2004. P. 149-150.

⁴⁶ SAVIANI, Dermeval. Educação Brasileira: estrutura e sistema. 10 ed. Campinas-SP: Autores Associados. 2008. P. 86.

⁴⁷ Idem, p. 87.

Veja-se, então, uma vez institucionalizada a educação como direito fundamental e personalíssimo, sua utilização como ferramenta capaz de proporcionar o desenvolvimento da pessoa, inicia-se a partir da tomada de consciência pelo homem.

Com efeito, o homem comum, imerso em profunda angústia e sofrimento, premido ao nada, é incapaz de transpor a barreira do utilitarismo prático para perceber as implicações e consequências de sua ação. Para ele, a prática (práxis) basta em si mesma, inoperando a atividade teórica, que passa a se tornar inútil, anti prático⁴⁸, impossibilitando, portanto, o exercício das condições básicas a formação de um sistema educacional e, conseqüentemente, do próprio desenvolvimento da pessoa, uma vez que, não há consciência (requisito inicial), nem mesmo a tomada de conhecimento da realidade vivenciada.

Dentro da perspectiva do utilitarismo moderno, as vertentes utilizadas pela Constituição Federal, ao propor a educação como finalidade ao pleno desenvolvimento da pessoa, sua preparação para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, carece de alcance tanto em seu sentido formal quanto no sentido prático, tendo em vista que desenvolver implica no despertar (consciência) para todas as capacidades humanas e possibilitar a transformação de uma hipótese em caso concreto, fenômeno que corresponderia à transfusão de humano à pessoa.

Na mesma medida, premido de consciência e conhecimento, o indivíduo desarrima sua natureza humana, e conseqüentemente do valor dignidade presente em si e no outro, tornando-se indiferente, sendo esta a via oblíqua da concepção de cidadania.

Cedido dos valores naturais e sociais, ao passo em que trabalho é oferta, a qualificação passa a ser mais uma moeda de troca, relação esta mediada pelo consumo, tendo em vista que liberdade é sinônimo de possibilidade de aquisições de bens, nihilificando o indivíduo, bem como suas relações consigo e com o mundo externo.

Esta ausência de consciência do homem de si e do mundo, aliada a deficiência de conhecimento e pedagogias, impede a própria cognição do sentido do artigo 205 do Constituição Federal, e, via de consequência, de seu alcance, impedindo, ainda, a formação de um sistema educacional adequado.

⁴⁸

Idem, p. 86.

Lauro de Oliveira Lima⁴⁹ revela que a partir de uma simples análise superficial da problemática educacional brasileira, é possível identificar algumas omissões da legislação que impede a formação de um sistema educacional:

“Não há, na Lei, uma palavra sobre a formação da mão de obra de que necessita o País para o seu desenvolvimento; não cogita da criação dos quadros de cientista; não há qualquer ênfase aos técnicos de nível médio; o curso secundário (desinteressado e acadêmico) continua a ser o ponto nevralgico das cogitações; não faz referências ao magno e crucial problema do analfabetismo; na área do curso primário, não aflora a questão do preparo para o trabalho; não contém elementos para uma política permanente de investimento educacional, dividindo arbitrariamente as verbas em três parcelas iguais destinadas aos três graus de ensino; não toca no problema das famílias que se desintegram nas áreas altamente industrializadas; não estabelece relações entre o sistema universitário e o sistema de produção; a própria autonomia universitária é desfeita diante do hibridismo dos quadros funcionais controlados de fora.”

Analisando as questões levantadas, há que se notar que as finalidades esculpidas pelas Constituição Federal em seu artigo 205, bem como da legislação infra (LDB) são meras generalidades, vagas e imprecisas, não havendo, sequer, uma concepção de homem que desse conta de sua condição existencial, liberdade e consciência.⁵⁰ Destarte, embora a Constituição Federal tenha mencionado os desígnios da educação, as generalidades e imprecisões, tanto no aspecto formal quanto no material, acabam por indefinir seu sentido e alcance, pois sem a compreensão do sentido da educação, que se faz por intermédio da tomada de consciência e conhecimento acerca de si e do mundo, resta à impossibilidade de se traçar um sistema capaz de realizar transformações substanciais na vida do homem pós-moderno.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Ao se fazer a presente análise da proposta à educação no artigo 205 Constituição Federal de 1988, houve por bem ao iniciar pesquisa, identificar o estereótipo do homem do pós-moderno, a fim de alçar a problemática existencial envolvendo o sentido da vida e as consequências de suas ações.

⁴⁹ Apud SAVIANI, op. cit., p. 102.

⁵⁰ SAVIANI, op. cit., p. 104.

Tais apontamentos revelaram-se necessários a fim de entender as condições cognitivas que homem tem de sua própria natureza e de seu fim, ou seja, a consciência de seu existir ontológico e sua existência teleológica.

Tendo em vista que o homem da modernidade de terceira fase encontra-se fragmentado pelas imposições da sociedade de consumo, a qual lhe retira a concepção de ser provido de consciência, liberdade e dignidade, tolhendo-lhe o processo de personificação e transcendência, o próprio sentido da educação traçada pela norma constitucional, passa a ser empreendido de modo diverso.

Ao passo que o capital manipula a desconstrução dos valores tradicionais, alçando valores periféricos, o ser humano, privado do exercício de sua liberdade, encontra sentido na satisfação do prazer imediato, tornando-se, via de consequência, anódino e inconsciente.

A ausência de consciência faz com que ignore os preceitos fundamentais de sua existência, impedindo, na mesma medida, sua realização e transcendência, por intermédio da cognição dos valores tradicionais que permeiam a natureza humana.

A educação, ferramenta que tem o condão de formação de consciência, passa a ser utilizada como instrumento de alienação do homem, quando empregada de modo diverso de suas concepções tradicionais.

Nesta perspectiva, o ser massificado, desprovido de personalidade, não tem capacidade cognitiva de compreender o sentido metafísico do processo educacional. A conscientização do exercício da liberdade como sujeito de direitos, passa a ser sinônimo do desempenho de meras possibilidades dentro do mercado de consumo.

As relações, que antes eram determinadas pelo conteúdo individual pertencente a cada ser humano, passam a ser conduzidas por interesses egoístas, primando pela consecução de metas capitalistas, rompendo com a concepção de cidadania.

Na medida em que o trabalho é moeda de troca, quanto maior a qualificação, maior será à base de troca, ou seja, geração de lucro, e consequentemente, quanto mais capital, maior será o exercício da liberdade (em sentido negativo), e, portanto, do próprio desenvolvimento. Ser, e se desenvolver, é ter.

Neste prisma, por conta do colapso sofrido pelo homem pós-moderno, o sentido da educação, previsto pela Constituição Federal, torna-se ineficaz, pois ao corromper com sua concepção clássica, eivada dos valores fundamentais acerca da existência e finalidade do ser humano, acaba por distanciá-lo do seu processo de personificação e transcendência.

REREFÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e Futuro**. 3ª ed. São Paulo. Editora Perspectiva S. A.: 1992.

BAUMAN. Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor, 2001.

DUARTE, Newton. **Vigotski e o “aprender a aprender”: críticas às apropriações neoliberais e pós-modernas da teoria vigotskiana**. 3 ed. Campinas, SP: Autores Associados, 2004.

FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**. Reflexões sobre Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. 3ª Ed., São Paulo. Atlas, 2009.

FONSECA, Maria de Jesus. **A Paidéia Grega Revisitada**. Revista Milênio On-Line. In http://www.ipv.pt/millennium/Millennium_9.htm.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 10ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2.001.

LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. [trad. Gustavo Bayer]. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

NEVES, Castanheira. **O Direito hoje e com Que Sentido**. O problema atual da autonomia do direito. Lisboa. Instituto Piaget, 2002.

ROHDEN, Humberto. **Novos Rumos para a Educação**. 4ª Ed., São Paulo: Martin Claret, 1997.

ROUSSEAU, Jean-Jacque. **Emílio ou da educação**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1968.

SAVIANI, Dermeval. **Educação Brasileira: estrutura e sistema**. 10 ed. Campinas-SP: Autores Associados. 2008.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A Crise do Direito Liberal na Pós-Modernidade**. Porto Alegre: **Antonio** Sérgio Fabris Editor, 2006.

ZENNI, A., FÉLIX, D..Educação Para Construção De Dignidade: Tarefa Eminente Do Direito. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, América do Norte, 11, p. 169-192, mai. 2011. Disponível em: <http://http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1736>. Acesso em: 02 Mai. 2012.

O TRABALHO ESCRAVO COLONIAL E AS NOVAS FORMAS DE TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORANEO SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, UTILIZANDO-SE O CINEMA COMO FORMA DE EXPRESSÃO

Fábio Henrique CURAN⁵¹

Sergio Leandro Carmo DOBARRO⁵²

RESUMO

O presente artigo objetiva mostrar a necessidade de uma educação que evolua da visão mecanicista para uma visão holística, gerando uma didática abalizada na reflexão e discussão junto aos discentes. Perante essa perspectiva aborda-se o trabalho escravo colonial brasileiro em paralelo com o atual, tomando por base o filme *Quanto vale ou é por quilo*. A escravidão é algo que nos causa aversão, porém na sociedade hodierna a pessoa humana é escrava de seu trabalho, de seu tempo. O chamado elevado desempenho é presentemente algo não só ordenado de máquinas, mas também de pessoas. Sendo assim, fere a dignidade da pessoa humana, e a pós-modernidade busca demonstrar nossos erros do presente para o aperfeiçoamento de um futuro melhor.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Cinema; Trabalho Escravo; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

The present article has as purpose the necessity to show how an education evolves from the mechanistic view to a holistic view, creating a distinctive didactics in the reflection and discussion with the students. With this perspective the Brazilian colonial slavery it is approached in parallel with the contemporary, having as base the movie "Quanto Vale ou é por quilo?". The slavery is something that causes us aversion, although in the current society the human being is slave to its job and its time. The term high performance it is currently something not only by the ordering of machines, but of people as well. In this way, it hurts the human being's dignity and the post modernity seeks to demonstrate our present mistakes to the improvement of a better future.

KEYWORDS: Keywords: Law; Cinema; Slavery; Human Being's Dignity

⁵¹ Mestre em Direito pelo UNIVEM.

⁵² Mestre em Direito pelo UNIVEM.

INTRODUÇÃO

O hodierno artigo almeja expandir uma vinculação entre o cinema e o Direito, método de ampla serventia na educação jurídica, diante a realidade globalizante e mutante da sociedade contemporânea. Logo, todo o arcabouço do Direito tem por esforço estar atento às modificações que o desenvolvimento veloz faz nascer no mundo atual.

Neste diapasão, o cinema pode ser entendido como uma forma de entendimento entre o mundo real e o ensino jurídico, algo proeminente no intento de analisar até que ponto a incitação à sensibilidade e à visão desta última, se transforma na conexão de um raciocínio jurídico e no aguçar de uma consciência humanística.

Deste modo, o texto inicialmente traz apontamentos sobre o cinema e sua relação com o direito com base na obra cinematografia *Quanto vale ou é por quilo?*, adotando-se o método hipotético-dedutivo, testando a hipótese, mediante os procedimentos técnicos bibliográfico e documental, solidificando o respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Observa-se que a Constituição da República (LGL\1988\3) Federativa do Brasil de 1988 elevou o Estado brasileiro à forma de Estado Democrático, também se preocupou em proteger os direitos sociais das pessoas que nela trabalham e habitam. Porém, continua um vasto abismo entre o que está no texto constitucional e o que verdadeiramente acontece na prática. Cita-se como exemplo o elevado número de trabalhadores laborando em condições análogas à de escravo, desrespeitando de forma incisiva o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, a sociedade contemporânea objetivando um conhecimento científico cada vez mais extenso originou outros problemas sociais, como a ambição descomedida de lucro pelo homem moderno.

De tal modo, chegou-se ao modelo de produção empresarial dos dias atuais, em que o lucro interminável e o homem máquina são suas basilares marcas registradas.

Por derradeiro, ainda aferimos que o mundo corporativo esta alheio aos direitos fundamentais, já que carecemos sustentar seja pela maneira que for nossa sociedade moderna. A partir deste ponto, a pessoa é vítima de uma escravidão encoberta de trabalho remunerado, compondo parte da estrutura da sociedade contemporânea, cujos valores

voltados para o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana se afronta com a descomedida busca pelo poder e riqueza.

Ao término, o presente estudo leva a reflexão sobre o cinema como uma arte que recupera uma sensibilidade até então enfraquecida pelo dia a dia, restituindo a capacidade criativa, uma extraordinária particularidade para o sucesso profissional.

A SÉTIMA ARTE: FORMA DE COMPREENSÃO DO DIREITO

São várias as formas de arte, proporcionando uma ótica extensa e inclusiva do mundo.

Pela arte é plausível desenvolver a percepção e imaginação, aprender a realidade do meio ambiente, desenvolver a capacidade crítica, permitindo ao indivíduo avaliar a realidade percebida e desenvolver a criatividade de maneira a mudar a realidade, que foi considerada. (BARBOSA, 2003, p.23).

Com as manifestações artísticas o indivíduo reflete, sente, cria e modifica a sua realidade. O desígnio da arte atual é de instigar, repreender e raciocinar a realidade humana socialmente.

Atualmente, o grande desafio do ensino da arte, é auxiliar na constituição de uma realidade pela liberdade pessoal, por meio das quais as diferenças culturais sejam avaliadas como recursos que permitam a pessoa ampliar seu oportuno potencial humano e criativo, diminuindo o distanciamento existente entre a vida e a arte (RICHTER, 2003, p. 51).

De início, ao refletir o cinema como forma de expressão, é que este constituiria apenas uma atividade de diversão e prazer.

Entretanto, pode-se ir mais adiante, com a seguinte indagação: a sétima arte não pode igualmente ser um manancial de informação?

Frisa-se a avaliação de Zamboni (2006, p. 22-23):

É comum se ter a ciência como um veículo de conhecimento; já a arte é normalmente descrita de maneira diferente, não é tão habitual pensá-la como expressão ou transmissão do conhecimento humano. Não obstante, é necessário entender que a arte não é apenas conhecimento por si só, mas também pode constituir-se num importante veículo para outros tipos de conhecimento humano, já que extraímos dela uma compreensão da experiência humana e de seus valores. Tanto a arte como a ciência acabam sempre por assumir um certo caráter didático na nossa compreensão de mundo, embora o façam de modo diverso: a arte não contradiz a ciência, todavia nos faz entender certos aspectos que a ciência não consegue fazer.

Desta forma, a arte pode transgredir ou subverter o direito, o que resulta em possibilidades de transformar a previsão de condutas socialmente almejáveis, ajustando-se às demandas sociais que ao lado da reforma legislativa, é a pedra angular do caminho jurídico. Assim, educar deixa de ser a “arte de introduzir ideia na cabeça das pessoas, e mais de fazer brotar ideais [sic]” (WERNER; BOWER, 1984, p. 1-15).

A sétima arte auxilia na expressão da realidade, quando se esta dentro de uma sala escura de projeção, presencia-se uma realidade, por mais extravagante que ela seja no nível físico, já que no momento da relação íntima do expectador com a tela de cinema só há aquela história em todas as suas peculiaridades.

Lacerda (2007, p. 15), defende que a arte cinematográfica é uma respeitável ferramenta na aprendizagem:

a) Sensibilizar os alunos para uma atitude diante da realidade, admitindo-se que ser advogado, antes de ser uma profissão, é uma atitude diante da vida; b) Ajudar os alunos a perceber qual o papel social da profissão que estão começando a aprender. Trata-se de fazê-lo compreender o caráter específico e dual da profissão, trabalhando com a razão e o intelecto em busca da persuasão que envolve igualmente a emoção e que lida com questões para as quais não existem respostas exatas; c) Transmitir, compreender e fixar uma certa dose de informação básica sobre temas jurídicos. O cinema pode funcionar como um instrumento de informação, fazendo com que a aprendizagem torne-se mais fácil e agradável. Os recursos da arte cinematográfica predispõem à absorção do conhecimento; d) Exercitar a capacidade de expressão, poder de síntese e habilidade de argumentação. Levantar e mobilizar os conhecimentos jurídicos para

captar a realidade exige familiaridade com formas criativas de interpretar e de organizar argumentos, por parte do advogado; e) Pensar. As definições mais tradicionais de conhecimento supõem que é possível representar, ver e conhecer o mundo tal como ele é, como se estivesse ancorado num ponto fixo, imutável e construindo-se, em consequência, proposições coercitivas, incondicionadas. Ao invés disso, trata-se de desenvolver uma atitude intelectual adequada ao momento contemporâneo, quando o fundamento tradicional do pensar e do agir perdeu a validade.

Neste deslinde, tanto o cinema internacional ou nacional, aparece despontando como um vasto aliado aos estudantes e profissionais do campo jurídico.

Ratificando esse posicionamento, Lacerda (2007, p. 8-9) expõe que o cinema é Direito também, é material de aula, é utensílio didático:

[...] em primeiro lugar é, pois, convidar o aluno a lançar um olhar jurídico sobre o cinema. Tornar o cinema não só um entretenimento, mas também um foco, uma fonte, uma arena, onde seja possível descobrir, discutir, criticar, se satisfazer e se frustrar com temas, situações profissionais e dilemas do direito e de seu exercício. [...] O cinema é direito também, é material de aula, é instrumento didático.

111

Como instrumento educacional na educação jurídica o cinema é muito útil para a sensibilidade e para a imaginação, já que o mesmo em sua locução audiovisual proporciona o assunto, o tópico, a epístola, a efetivação. Observando o deslumbre diário das pessoas pela imagem, seja da publicidade, da estratégia de mercado, da televisão.

Exalta Cavalcanti (1953, p. 12):

Poderoso instrumento de cultura, cedo transformou-se num meio original e privilegiado de expressão, através do qual as idéias e os sentimentos se externam com uma riqueza de possibilidades que nenhuma outra forma de comunicação humana possui.

Incumbe à instituição de ensino, promover o cinema como componente didático, já que professa um papel emancipador eficaz, proporcionando desta maneira, um capital cultural libertador no espírito dos discentes. E, facultar a familiaridade com os bens culturais que formam a linguagem e o mundo em determinado ofício é algo indispensável.

O cinema é um excelente utensílio na aprendizagem para o desenvolvimento humano, de acordo com Cavalcanti (1953, p. 12):

O que se encerrava potencialmente naquela pequena máquina ninguém podia prever, e só com o passar dos anos é que se viu como se foi impondo à humanidade, não apenas como espetáculo preferido dos povos, ou fonte crescente de interesses econômicos, mas principalmente como veículo incomparável do pensamento. Poderoso instrumento de cultura, cedo transformou-se num meio original e privilegiado de expressão, através do qual as idéias e os sentimentos se externam com uma riqueza de possibilidades que nenhuma outra forma de comunicação humana possui.

112

Adequar a familiaridade com os bens culturais que assentam a linguagem e o planeta em certo ofício é algo indispensável. A instituição de ensino ao trabalhar com o subsídio do cinema detém uma enorme ferramenta para o ensino, reflexões humanas e instrução.

Familiarizar os discentes com o cinema, a partir de um aspecto crítico, é uma missão instigante e recompensadora, já que versa em auxiliar a sua proximidade com a cultura e servir, ao mesmo tempo, como base de um imaginário de caráter.

A sétima arte, como o Direito, é um abundante conjunto de conhecimentos deixado à disposição para que seja decifrado por seus incalculáveis destinatários.

O Relatório Delors (1999, p. 159-157) ilustra sobre o valor de levar os discentes à reflexão:

A forte relação estabelecida entre professor e aluno constitui o cerne do processo pedagógico. O saber pode evidentemente adquirir-se de diversas maneiras e o ensino a distância ou a utilização de novas tecnologias no contexto escolar têm-se revelado eficazes. Mas para quase todos os alunos, em especial para os que não dominam ainda os processos de

reflexão e de aprendizagem, o professor continua indispensável. A perseguição do desenvolvimento individual supõe uma capacidade de aprendizagem e de pesquisa autônomas que só se adquire após determinado tempo de aprendizagem junto de um ou de vários professores. Quem não recorda ainda aquele professor que levava a refletir, que inculcia a vontade de trabalhar as questões um pouco mais profundamente? Quem, ao tomar decisões importantes no decurso da sua vida, não foi influenciado, ao menos em parte, pelo que aprendeu com determinado professor?

O cinema torna possível desenvolver o oportuno conceito, não como uma atividade solitária, mas como um encontro legítimo com apreciações distintas; debater e expandir a mentalidade são imprescindíveis ao sucesso do profissional.

O DIREITO E O CINEMA: “QUANTO VALE OU É POR QUILO?”

O filme “Quanto vale ou é por quilo?” concede um produtivo campo para reflexões. A citada obra é uma livre adaptação do conto “Pai contra mãe” de Machado de Assis, publicado no volume “Relíquias de Casa Velha” em 1906, intercalado com crônicas de Nireu Cavalcanti a respeito da escravidão extraídas dos autos do arquivo nacional do Rio de Janeiro. A obra exhibe, em todos os seus prismas, uma realidade brasileira em consecutiva crise de valores, fazendo uma analogia entre como eram os costumes e os métodos das classes dominantes no período colonial e a exploração das classes menos favorecidas da atualidade, por meio de cenas que despontam os dois períodos de forma rotativa e auxiliam uma comparação entre estes por parte do espectador, focando as semelhanças viventes no contexto social e econômico dos dois períodos.

A história do filme faz uma comparação com a escravidão de outrora e a marginalização atual e exhibe que de certa forma, mesmo que a escravidão tenha sido há tempos abolida, que existem algumas pessoas vivendo, igual ou pior aquela circunstância, sendo tratados como mercadorias.

Constata-se uma analogia entre o antigo comércio de escravos e a moderna exploração da miséria pelo marketing social, que formam uma solidariedade de fachada. A obra relaciona duas temporalidades distintas: uma que se refere ao século XVIII, colocando a história de um capitão-domato que captura uma escrava fugitiva, que está grávida e, logo após entregá-la ao seu dono, ocorre um aborto espontâneo, outras histórias que circundam pela dinâmica escravista são abordadas ao longo do filme. A partir deste ponto, ocorre um corte cronológico, que leva aos dias

contemporâneos, em que uma ONG implanta um projeto de informática na periferia de uma comunidade carente. Determinada pessoa que trabalha no projeto descobre que os computadores adquiridos foram superfaturados, em razão desta descoberta esta pessoa é assassinada por Candinho, um jovem desempregado cuja esposa está grávida, tornando-se matador de aluguel para obter dinheiro para sobreviver.

No Brasil, constata-se que as instituições que financiam o terceiro setor em relação à área social têm muito pouca ação, com isso, gera o nascimento de várias ONG's, que proporcionam como intento acender serviços de caráter público, sem fins lucrativos, contudo, com a falta de fiscalização e a conivência do Estado, elas vão se expandindo com os projetos mais esdrúxulos, com o fim de conseguirem recursos do governo. Utilizando-se de propostas transformadoras, acaba por ser canais onde a corrupção e a fraude é a atividade prioritária.

Neste deslinde, as passagens, retiradas dos autos do arquivo nacional do Rio de Janeiro, propagam uma crítica à beneficência social, às ONG's e ao conceito social das empresas. O filme deixa fulgente que o discurso da participação e da postura politicamente correta, expressa a última palavra em matéria de exploração de mão-de-obra barata e da maior validade. Logo, aparecem as ONG's na disposição de completar a fragilidade do Estado-nação dentro do capitalismo global em âmbito social.

Deste modo, o filme expõe um painel de duas épocas aparentemente distintas, mas diante uma apreciação, parecidas na sustentação de uma perversa dinâmica sócio-econômica, abrangida pela violência, pela apartação social e pela violência. Seu discurso analógico abanca o antigo comércio de escravos e a exploração da miséria pelo marketing social como imagens separadas que se articula em uma montagem para dizer que a mira derradeira é o lucro, tampouco importando se esse é recebido com a venda de um escravo ou com projetos sociais com orçamentos superfaturados.

Assim, conclui-se que a mote em pauta concentra-se na subserviência do homem na sociedade contemporânea, que é demonstrada pelo diretor do filme como uma forma de escravidão moderna, que ainda sobrepuja mulheres e homens à condição de explorados na lógica capitalista.

PONDERAÇÕES A SEREM EXPLANADAS EM TORNO DA OBRA CINEMATOGRAFICA

Não basta ensinar ao homem uma especialidade. Porque se tornará assim uma máquina utilizável, mas não uma personalidade. É necessário que adquira um sentimento, um senso prático daquilo que vale a pena ser empreendido, daquilo que é belo, do que é moralmente correto. A não ser

assim, ele se assemelhará, com seus conhecimentos profissionais, mais a um cão ensinado do que uma criatura harmoniosamente desenvolvida. Deve aprender a compreender as motivações dos homens, suas quimeras e suas angústias para determinar com exatidão seu lugar exato em relação a seus próximos e à comunidade (EINSTEN 1981, p. 16).

O filme “Quanto vale ou é por quilo?”, dispõe de um produtivo campo para reflexões, institui um olhar mais cauteloso sobre os fatos embatidos, durante o filme existem provocações, um intento que pode ser interpretado consoante a circunstâncias diversas. Não há um final, as ocorrências abordadas continuam havendo em nossa sociedade, ao nosso lado, ou até mesmo fazendo parte dela. De tal modo expõe a realidade brasileira, sem pieguices, tão-somente com a imagem do mundo que te cerca.

A obra é uma solicitação ao debate, à reflexão, contribuindo no desenvolvimento crítico das pessoas, difundindo teores empenhados que valorize a diversidade e garanta o respeito aos direitos humanos.

115

Estas reflexões essenciais, comunicadas à jovem geração graças aos contatos vivos com os professores, de forma alguma se encontram escritas nos manuais. É assim que se expressa e se forma de início toda a cultura. Quando aconselho com ardor “As Humanidades”, quero recomendar esta cultura viva, e não um saber fossilizado, sobretudo em história e filosofia (EINSTEN 1981, p. 16).

A construção de uma consciência cidadã é um passo de extrema estimação, bem como o desenvolvimento e refinamento de processos participativos e de aperfeiçoamento coletivo, fazendo com que cada pessoa sinta-se parte integrante na constituição ética e política deste país, objetivando a conquista de uma sociedade totalmente igualitária. E a modificação de mentalidade deve começar na escola. “É preciso aumentar o grau de consciência do povo, dos problemas de seu tempo e de seu espaço. É preciso dar-lhe uma ideologia do desenvolvimento” (FREIRE 1959, p. 28).

De acordo com Lafer (2001, p. 118):

O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiologia encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. E

por essa razão que a análise de ruptura – o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental – passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o “estado totalitário de natureza”. Esse “estado de natureza”, não é um fenômeno externo, mas interno à nossa civilização, geradora de selvageria, que tornou homens sem lugar no mundo. [...]

No mundo contemporâneo continuam a persistir situações sociais, políticas e econômicas que contribuem para tornar os homens supérfluos e, portanto, sem lugar no mundo. Por essa razão, o inter-relacionamento do tema ruptura com o da crise dos direitos humanos continuam na ordem do dia.

Mesmo tendo se modificado durante os séculos, a discussão sobre direitos humanos dirigiu-se paralelamente a sequência de períodos que evidenciaram a desigualdade entre os homens e a exploração de uns por outros, dessa forma, configurou-se um vibrante campo de forças, cuja feracidade foi tematizada pelas mais variadas linguagens artísticas, dentre as quais se destaca o cinema.

Desta forma, a exploração didática e metodológica do filme abre múltiplas probabilidades de envolvimento, empregada como fundamento para uma reflexão crítica sobre o direito, com a edificação da cidadania e a solidificação da democracia, cooperando para que progressivamente as nações tomem medidas que certifiquem o reconhecimento e a observância universal e eficaz dos direitos humanos por todos os povos do mundo. Como efeito, a demanda pelo aumento da participação de docentes e discentes como agentes de transformação.

Neste deslinde, os educandos são acenados a expressar suas realidades, despertando-os por aprender e demonstrar seu comportamento cívico.

A concepção de igualdade de direitos, de humanidade, democracia, o papel da norma jurídica e tantas outras exposições podem ser amplamente discutidos partindo da metáfora mencionada pelo filme, começando pelo sentido instrumental à dignidade da pessoa humana, tema estudado no próximo tópico.

REFLEXÕES A RESPEITO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana está no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, o que avigora em sua diferenciação em relação aos direitos fundamentais, já que foi disposto no texto constitucional como fundamento da República, tendo função de magnitude estruturante do ordenamento jurídico, a ser substancializado pelas garantias fundamentais e direitos.

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2014).

O referido princípio não está sujeito de nenhum episódio concreto, em benefício de ser inerente a toda e qualquer pessoa humana, isto é, todos são iguais em dignidade enquanto reconhecidos como pessoas, mesmo que não tenham modos apropriados com seus semelhantes ou consigo mesmos.

Compreende-se, em última análise, é que onde não existir respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem avalizadas, onde não existir limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem distinguidos e minimamente garantidos, não haverá lugar para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2009, p. 65).

Ressalta-se que há amparo constitucional à própria pessoa humana que vai muito mais à frente da previsão desta enquanto fundamento já que com o estabelecimento dos direitos e garantias fundamentais, além da proteção, houve também a intenção de concretização da dignidade da pessoa humana; desta forma, não é a pessoa que existe a cargo do Estado, mas sim o contrário, sendo o ser humano considerado um fim em si mesmo.

Conquanto que os direitos fundamentais tenham a dignidade da pessoa humana como fundamento justificante do próprio princípio, desdobra-se a outros direitos fundamentais autônomos, aferindo caráter de norma de direito fundamental à dignidade da pessoa humana, a qual, em benefício da sua particularidade de componente intrínseco do ser humano, não poderá ser disponibilizada somente pelo ordenamento jurídico (SARLET, 2009, p. 70-77).

Assim, fica clara a conexão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, uma vez que, mesmo que este princípio tenha sido instituído pela Lei Maior na condição de princípio e valor fundamental estruturante de todo o ordenamento jurídico, apenas ocorrerá sua efetivação quando da garantia dos direitos fundamentais, já que a natureza de tal princípio fundamenta a instituição dessas garantias.

Destacam-se as palavras de Barcellos (2008, p. 121), “o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente”.

A compreensão de dignidade averigua-se ser polissêmico, já que se apercebem abordagens que partem da relação existente entre o ser humano, considerado em si mesmo, dotado de razão e a ideia de dignidade, bem como estudos concentrados em aspectos ligados à história, à filosofia, à política e à cultura.

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana (SARLET, 2009, p. 35).

Na filosofia kantiana, a dignidade humana assenta-se na natureza racional do ser humano, isto é, é um atributo, uma particularidade intrínseca, e não uma permissão estatal.

Este é o entendimento de Sarlet (2009, p. 47): “Vale lembrar que a dignidade não existe exclusivamente onde é reconhecida pelo Direito e na medida em que este a reconhece, já que compõe dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa”.

Na qualidade de componente inerente à pessoa humana, a dignidade mostrar-se como relacionada ao elemento racional do ser humano. Deste modo, como a razão tem no indivíduo a sua morada, são organizados a partir dela limites morais, os quais consolidam a afirmação da dignidade inerente a todos os indivíduos e a precisão de respeito igualitário de direitos. Frisa-se a análise de Vieira (2006, p. 67):

O papel basilar da razão é habituar o ser humano a edificar parâmetros morais, como a compreensão de que as pessoas devem ser tratadas com dignidade pelo simples fato de serem pessoas; de que não podem ser tratadas como meios ou meros utensílios na concretização de nossos desejos, mas que possuem desejos e anseios próprios, que devem ser respeitados.

119

Analisa-se assim, que a dignidade nasce com a pessoa, ou seja, é intrínseca à sua essência, sendo, logo, incondicionada, independentemente de algum assentamento. Com relação ao seu respeito como princípio, e a violação como exceção, tem-se como alicerce o fundamento da ação humana, que é a razão, a qual imbui no íntimo do indivíduo à constatação de que todos os demais são seus iguais e fazem jus ao mesmo tratamento apropriado.

De acordo com Silva (2007, p. 146):

Correlacionados assim os conceitos, vê-se que a dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Assim a dignidade entranha-se e se confunde com a própria natureza do ser humano.

A compreensão de dignidade da pessoa humana conglomerada uma cadeia de apreços de ordem política, histórica, cultural e filosófica. O desígnio contemporâneo é coligar, dentro do possível, todas estas formulações tendo por escopo um sentido que dê eficácia à dignidade.

Nesta conjuntura, habitua-se distinguir corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, ao destaque – e nisto não discrepa de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser avaliada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma significação desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas (SARLET, 2009, p. 46).

Neste deslinde, o sustentáculo ínfimo para entender a dignidade humana pode ser adquirido no pensamento kantiano, que proíbe a coisificação e instrumentalização do ser humano, independentemente de suas características pessoais.

A apreciação em torno de toda e qualquer conceito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana abrange a conjuntura histórico-cultural na qual se insere a pessoa humana, isso não quer dizer que uma conceituação não possa ser alcançada, contudo é indispensável ter consciência de que continuamente será incompleta em virtude das circunstâncias com as quais o direito depara todos os dias e cujo retorno para os problemas tenha que ser rápidos. Assim fica claro que um significado preciso do que seja efetivamente esta dignidade não parece ser plausível, uma vez que se atenta de conceito de contornos vagos e imprecisos. (SARLET, 2009, p. 100).

Na procura de uma mais adequada noção de dignidade humana, é favorável ligar as concepções jusnaturalistas e historicistas em torno da origem e desenvolvimento dos direitos humanos. Do historicismo, nasce a análise de que o entendimento de ser humano é algo modificável nas dimensões espaço-tempo; do jusnaturalismo, o alicerce do ser humano digno por natureza.

Por conseguinte, o mais apropriado parece ser contrabalançar tais entendimentos. Com efeito, não se toma nem o jusnaturalismo, tampouco o historicismo, como ideias absolutas, mas sim harmonizáveis, sendo assim, é apropriado averiguar que o direito peregrina para uma avaliação mínima do que venha a ser dignidade da pessoa humana e desta forma, a demanda problemática não é de conceituação, mas sim da falha consolidação diante o flagrante da violação a este princípio.

O TRABALHO ESCRAVO COLONIAL *VERSUS* O TRABALHO ESCRAVO NA ATUALIDADE

Apesar da abolição da escravatura por meio da assinatura da Lei Áurea pela Princesa Isabel em 1.888, nosso país, ainda é destaque internacional pelo combate a essa prática, já que ainda faz parte na lista dos países que usam de mão de obra escrava. (PALO NETO, 2008, p. 12).

121

Frisa-se que, mesmo se utilizando de um modelo com práticas e mecanismos díspares dos empregados até o século XVIII, o trabalho escravo ainda é recorrente não só no Brasil, como no mundo todo.

Com relação às contendas entre a exploração exercitada tempos atrás e a que ocorre nos dias de hoje no Brasil, Brito Filho (2012, p.4): “Não é na prática da escravidão legalizada no Brasil, então, que se deve buscar elementos para caracterizar o trabalho escravo atual, mas na antiguidade, quando era crime reduzir um homem livre à condição semelhante à de escravo”.

Destaca-se que, mesmo sendo ambas as práticas totalmente reprováveis, a escravidão legitimada no Brasil dos negros, aprovada pelo Direito, dirigia-se a pessoas humanas, mas que não eram livres, sendo consideradas como bens, o que é diverso do período contemporâneo, em que o Direito desaprova a conduta, projetada contra seres humanos livres.

Nota-se, que o procedimento de antigamente, ainda que também reprovável, era permitido pelo ordenamento jurídico vigente à época. Atualmente, contudo, o ordenamento jurídico não mais se harmoniza com tal procedimento.

Justamente por esta causa, e em resposta ao vasto número de denúncias de trabalhadores trabalhando em condição análoga à de escravo em vários países do mundo, a Organização Internacional do Trabalho, já de algum tempo, vem se atentando com ações de combate a este tipo de escravidão contemporânea, o que se averigua por meio da edição de suas Convenções Internacionais, sancionadas por numerosos Estados.

Com efeito, mesmo tendo ratificado todos aqueles instrumentos internacionais, apenas de modo recente, por volta do ano de 1995, é que o nosso país, de fato, deu entrada ao combate ao trabalho análogo ao de escravo, já que, até então, seus desempenhos no sentido de impedir o trabalho realizado em tais condições ocorriam de maneira pontual e desorganizada.

No ano de 1995 que o Brasil reconheceu publicamente a existência de trabalho escravo dentro do seu território e principiou a adotar providências mais ativas ao seu combate. Ressalta-se que foi em virtude de uma denúncia junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apresentada em 22/02/1994, pela Comissão Pastoral da Terra e por determinadas organizações não governamentais, colocando em destaque a omissão do Estado brasileiro em desempenhar com suas obrigações de proteção aos direitos humanos, de proteção judicial e de segurança no trabalho.

Expõem Abramo e Machado (2011, p. 69):

Em setembro de 1989, José Pereira, com 17 anos, e um companheiro de trabalho, apelidado de 'Paraná', tentaram escapar de pistoleiros que impediam a saída de trabalhadores rurais da Fazenda Espírito Santo, cidade de Sapucaia, sul do Pará, Brasil. Na fazenda, eles e outros 60 trabalhadores haviam sido forçados a trabalhar sem remuneração e em condições desumanas e ilegais. Após a fuga, foram emboscados por funcionários da propriedade que, com tiros de fuzil, mataram 'Paraná' e acertaram a mão e o rosto de José Pereira. Caído de bruços e fingindo-se de morto, ele e o corpo do companheiro foram enrolados em uma lona,

jogados atrás de uma caminhonete e abandonados na Rodovia PA-150, a vinte quilômetros da cena do crime. Na fazenda mais próxima, José Pereira pediu ajuda e foi encaminhado a um hospital.

Deste modo, foi em 1995 que o governo brasileiro reconheceu oficialmente a existência, em seu território, dessa forte violação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais do trabalho. Tal ato foi um passo efetivo para o começo da constituição de estruturas institucionais, políticas e programas que comesçassem afrontar efetivamente o tema.

Já em 19/10/2004, foi publicada a Portaria nº. 540 do Ministério do Trabalho e Emprego, estabelecendo o Cadastro de Empregadores que sustentam trabalhadores em condição equivalente à de escravo. Contemplada como um progresso no combate à exploração do trabalho alheio. Tal Portaria, em 12/05/2011, foi trocada pela Portaria Interministerial nº. 2, passando esta a regular o funcionamento do Cadastro de Empregadores Infratores, informalmente chamado como "lista suja".

A partir da compreensão da "lista suja", boas atitudes vêm sendo tomadas contra os empregadores que dela fazem parte, entretanto, em razão da complexidade do seu objeto, que gerou a concepção de muitas frentes de atuação, tendo em vista a necessidade de efetivação de várias diligências e frisando a importância do mapeamento da exploração do trabalho escravo no País, a CPI foi prorrogada por duas vezes, tendo o seu fim sucedido em 16/03/2013. Deste modo, infelizmente, o fim dos trabalhos dirigidos pela "CPI do Trabalho Escravo" se deu por mero decurso de prazo, sem que o empreendimento pudesse obter efeitos mais concretos.

O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A elevada competitividade do mundo contemporâneo acarretou determinados malefícios novos, como a cobrança, por exemplo, ou seja, a ausência de tempo é algo próprio dos tempos atuais da sociedade moderna.

Assim, é exigida do ser humano a mesma produção que se espera de uma máquina, decorrência na premissa de que o erro seja algo irredimível em tempos atuais.

Neste diapasão, o assédio moral passa a ser utilizado como forma "de motivação", fato este se justifica em razão da evolução tecnologia das máquinas, e, com a diminuição de empregos, o empregador passa a incorporar uma figura amedrontadora, já que o mesmo emprega quem quer, pagando o que almejar.

Observa-se uma conjuntura clara de assédio moral, em razão do domínio proposital do empregador sobre o funcionário, pois este com medo de perder o emprego e a consequente dificuldade de recolocação dentro do mercado de trabalho passa a se submeter às certas circunstâncias humilhantes.

A elevada competição em nossa sociedade contemporânea acarreta danos para a condição humana, muitas vezes chegando à dissolução familiar.

Episódio também comum dentro do ambiente de trabalho é o corte de custos, que é efetivado na maioria das vezes demitindo funcionários, e aqueles que continuam em seus cargos se sobrecarregam com os afazeres daqueles que foram demitidos, tornando-se praticamente escravos de seu trabalho, sem tempo para a convivência familiar, momentos de lazer etc.

Neste deslinde, destacam-se os ensinamentos de Bittar (2009, p.638):

A pós-modernidade, por implicar em profundas transformações na vida social, traz consigo uma mudança, senão radical, ao menos paulatina e parcial que se projeta sobre as práticas jurídicas. Afinal, qual é o impacto para as ciências sociais da pós-modernidade? Afetando a lógica moderna, não se afeta toda a estrutura (moderna) do direito, do Estado, da

burocracia, da legalidade, da centralidade das fontes do direito, da tripartição dos poderes etc.? Se a insegurança se torna regra, de alguma forma estão afetando os paradigmas de estabilidade, certeza e segurança jurídica do discurso moderno do Direito. De fato este processo de sucateamento desta forma simétrica e estética de pensar os direitos se dá ao longo dos desgastes trazidos pelo século XX, um conjunto de fatores que produzira o colapso dos paradigmas modernos, dos arquétipos universais, e trará as consequências mais evidentes sobre a vida cotidiana das pessoas.

Analisando-se sob o prisma social e ético, o que está acontecendo atualmente é algo inadmissível, assim, faz-se imperativo edificar uma nova estrutura, reorganizar modo de vida, pois quanto mais pessoas empregadas, menos famintos, menos delituosos e uma divisão de riqueza mais igualitária.

Neste deslinde, vislumbra-se um extenso colapso social, e para uma nova organização de nossa sociedade torna-se preciso ter como baseamento algo irrenunciável e inerente ao ser humano que são os princípios fundamentais.

125

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Objetivou-se com este estudo, uma conexão da realidade hodierna na qual vivemos, e a sétima arte, como ferramenta de entendimento entre o mundo real e o Direito. Proporcionando uma vinculação de um raciocínio jurídico e, sobretudo, no aguçar de uma consciência humanística.

Da obra Quanto vale ou é por quilo? pode-se retirar vários apontamentos, como analisado no desenrolar do artigo, o trabalho escravo contemporâneo lamentavelmente ainda se faz presente. Ainda empregando uma nova roupagem, distinta, por conseguinte, da escravidão de séculos atrás e com outras formas de execução, a moderna forma de escravidão é mais útil para os empresários, sob o enfoque financeiro e operacional.

O filme acerta para abranger assuntos éticos morais fundamentais, pois quando vislumbramos políticas de direitos humanos nos múltiplos seguimentos da sociedade,

muitas vezes nos esquecemos da fidedigna precisão de política deste tipo no ambiente de trabalho.

Nota-se, que sempre as empresas estão a fazer propagandas de práticas sustentáveis, investindo na educação ou retornando certo valor para a sociedade.

Entretanto, adianta ter políticas como estas sem ao menos respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana de um funcionário?

Averigua-se que a sociedade moderna fracassou neste sentido. Ruborizou o tratamento humano, estabelecendo uma escravidão com uma roupagem mais moderna.

Torna-se essencial a procura de políticas globais de direitos fundamentais, voltadas para o social, organizando o mercado de trabalho para que tenha emprego, e, especialmente, respeito, afinal, a pessoa ainda é a engrenagem mais significativa do planeta.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís; MACHADO, Luiz. In: NOCHI, Andrea Saint Pastous; VELLOSO, Gabriel Napoleão; FAVA, Marcos Neves (coords.). ***Trabalho escravo contemporâneo. O desafio de superar a negação***. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2011.

BARBOSA, Ana Mae Tavares Bastos. As mutações do conceito e da prática. In: Barbosa, Ana Mae Tavares Bastos (Org.) ***Inquietações e mudanças no ensino de arte***. São Paulo: Cortez, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. ***A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana***. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. ***Curso de direito constitucional***. São Paulo: Saraiva, 1990.

BITTAR, EDUARDO C. B. ***O direito na pós-modernidade***. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BRASIL. ***Constituição da República Federativa de 1988***. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 05 fev. 2015.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. ***Caracterização jurídica do trabalho escravo por equiparação: análise do art. 149, § 1.º, do Código Penal brasileiro.*** [S.l.], 2012.

CAVALCANTI, Manuel. **O cinema como objeto do direito.** Rio de Janeiro: Congregação da Faculdade Nacional de Direito, 1953.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1999.

DELORS, Jacques. **Educação: um tesouro a descobrir: Relatório para a Unesco da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI.** 2ª ed. São Paulo: Cortez, 1999.

EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo.** Tradução H. P. de Andrade. 11ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

FREIRE, Paulo. **Educação e atualidade brasileira.** Recife: Universidade de Recife, 1959.

LACERDA, Gabriel. **O direito no cinema.** Rio de Janeiro: FGV Editora, 2007.

LAFER, Celso. **Reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2001.

PALO NETO, Vito. **Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo.** São Paulo: Ed. LTr, 2008

QUANTO VALE ou é por quilo? Direção: Sérgio Bianchi. Roteiro: Eduardo Benaim, Newton Cannito e Sergio Bianchi. Rio de Janeiro: Agravo Produções Cinematográficas, Riofilme, 2005. 1 DVD (104 minutos).

RICHTER, Ivone Mendes. **Interculturalidade e estética do cotidiano no ensino das artes visuais.** São Paulo: Mercado de Letras, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais.** Uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

WERNER, David; BOWER, Bill. **Aprendendo e ensinando a cuidar da saúde.** 3ª ed. São Paulo: Paulinas, 1984.

ZAMBONI, Silvio. **A pesquisa em arte:** um paralelo entre arte e ciência. 3ª ed. Campinas: Autores Associados, 2006.

OS LEGITIMADOS PARA A PROPOSIÇÃO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: PELA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS

*João Vitor Rigo BONILHA⁵³
Wilton Boigues Corbalan TEBAR⁵⁴*

RESUMO

O presente artigo se presta a apresentar a Ação Civil Pública, como instrumento de jurisdição constitucional, a partir de uma breve contextualização histórica acerca das condições de seu surgimento às margens da publicação da Constituição Federal de 1988, conceituando os direitos transindividuais, e abordando a competência para julgamento destas demandas e o rol de legitimados para sua propositura. Aqui fica demonstrada a importância do Ministério Público como legitimado, a discussão envolvendo a restrição dos protegidos pela Defensoria Pública, e a escolha do legislador em manter o cidadão de fora da lista de possíveis propositores da ação. O trabalho busca apontar algumas divergências sobre o tema, expondo a opinião do autor, enquanto serve de introdução para futura monografia do mesmo autor, que aborda a aplicação da Ação Civil Pública em causas tributárias.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Civil Pública. Transindividual. Contextualização. Competência. Legitimados.

ABSTRACT

The present paper pretend to show the Public-interest Civil Action (sort of lawsuit), as an instrument of constitutional jurisdiction, starting with a short historical context about the conditions of it appearance on the Federal Constitution of 1988, conceptualizing transindividual rights and approaching the competence do judge this lawsuit and list of legitimate to it proposal in order to satisfaction of this rights by collective sentence. It was demonstrated the importance of Public Ministry as legitimated institution to defend this rights, as so the Public Defenders. The ordinary citizen was held off this legitimation by the legislator. Lastly, the paper intend to show divergences about the theme, exposing the author's opinion, while serving to prologue to a future monograph, which theme is about the application of Public-interest Civil Action in tribute causes.

KEY WORDS: Public-interest Civil Action. Transindividual rights. Historical context. Competence. Legitimated.

INTRODUÇÃO

⁵³

Estudante de Graduação - Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

⁵⁴

Estudante de Graduação - Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente.

A Ação Civil Pública foi criada pela Lei 7.347/85, e trata-se de fruto de um movimento filosófico de coletivização de direitos e legitimidade ativa, significando grande avanço sobre os ideais e fundamentos individualistas que se perpetuavam pela legislação processual nacional.

O presente trabalho científico visa citar de maneira introdutória e sucintamente o contexto filosófico e histórico da norma, enquanto aponta sua competência, legitimados, limites e espécies de direito abrangidos, de modo a realizar um panorama geral acerca dos direitos transindividuais: direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Primeiramente, o trabalho trata da contextualização da legislação frente ao momento histórico e filosófico do país que levou à publicação da lei 7.347/85, apontando a principal obra responsável pela mudança de paradigma envolvendo direitos transindividuais. Em seguida, o texto aponta as diferenças e características das espécies de direitos metaindividuais, falando de cada um individualmente e suas particularidades. Por fim, o autor achou por bem apresentar os aspectos técnicos de aplicação da norma e as divergências doutrinárias e suas opiniões, favoráveis e desfavoráveis, a dos autores consagrados na matéria. Como a competência e a dificuldade de restringi-la frente à abrangente região geográfica por onde se estendem seus efeitos e, finalmente, o rol de legitimados, apresentando o Ministério Público na vanguarda desta posição, sem deixar de citar uma crítica doutrinária em relação a esta dominância, e o julgamento do Supremo Tribunal Federal em relação à constitucionalidade da atuação da Defensoria Pública em feitos desta natureza.

O reconhecimento de direitos que extrapolam a individualidade surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como uma evolução natural da sociedade. Cada vez mais pessoas encontram-se ligadas seja por vínculos jurídicos ou de natureza fática e, portanto são atingidas por problemas de origem comum, que incidem sobre um determinado grupo ou são tão abrangentes que atingem uma população incalculável e indivisível de indivíduos.

O ponto de origem de tal fenômeno social é diverso, são “pontos de origem”, é possível apontar o aumento exponencial da população, a modernização da indústria, a presença de empresas multinacionais de dimensões colossais no dia-a-dia da sociedade

moderna, a globalização, a expansão contínua de novas áreas de trabalho, novos mercados e etc. Os motivos são tão vastos que o trabalho poderia seguir enumerando-os a exaustão.

Estes acontecimentos tiveram como efeito o surgimento de reiteradas ações semelhantes, oriundas de um acontecimento em comum, como por exemplo, uma cláusula abusiva de uma grande empresa de consórcio, que atinge a todos os consorciados, ou um defeito de fábrica em um modelo de veículo de determinada montadora.

O grande volume de ações acerca de um mesmo acontecimento, além de sufocar o poder Judiciário, pode gerar decisões judiciais contrárias, colocando em cheque a credibilidade do sistema e consequentemente, a segurança jurídica garantida pela Carta Magna como um todo.

Sendo assim, a relevância deste trabalho é apontar, pelo método histórico, dialético e dedutivo, a Ação Civil Pública como ferramenta de origem constitucional para a solução de conflitos coletivos, fomentando a celeridade processual e efetividade da Justiça.

CONTEXTUALIZAÇÃO DA NORMA

A ação objeto de estudo deste trabalho nada mais é que uma espécie de ação coletiva, gênero brilhantemente descrito pelo autor Antonio Gidi (2004, p.31) em sua obra publicada pela Universidad Autónoma de México:

Yo ofrezco la siguiente definición: “una acción colectiva es la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”. En consecuencia, los elementos esenciales de una acción colectiva son la existencia de un representante, la protección de um derecho de grupo y el efecto de la cosa juzgada.

Sendo assim, todos os elementos citados de tal ação são encontrados a contento em seu próprio texto normativo.

A Ação Civil Pública, segundo aponta João Batista de Almeida (2001, p.30), é a via processual adequada para impedir a ocorrência ou reprimir danos aos bens coletivamente tutelados. É, portanto, um mecanismo voltado à proteção de Direitos Transindividuais, direitos que obtiveram maior destaque após os estudos da Professora Ada

Pellegrini Grinover, que culminaram em sua obra “Tutela Jurisdicional dos interesses difusos”, publicada em 1979.

O cenário nacional era o de um povo dotado de espírito de mudança, com o período final da Ditadura Militar no Brasil, a população sentia-se cada vez mais unida pelo ideal de democracia e de um Estado reformado, garantidor de seus direitos.

A ação Civil Pública surgiu pouco antes da Constituição Federal de 1988, como um adiantamento do que nossa nova Carta Maior traria em benefício da coletividade. Saciando o anseio popular por garantias constitucionalmente previstas.

A doutrina, como alegado acima, tratou de alavancar a positivação dos direitos, neste sentido traz o Professor João Batista de Almeida (2001, p.32):

Foi a doutrina a grande responsável pelo delineamento conceitual dos tais interesses difusos e coletivos, a partir de 1975, sob o comando de Mauro Cappelletti, na Itália, e Ada Pellegrini Grinover, no Brasil.

A partir de 1990, no entanto, secundando os ensinamentos doutrinários, tais interesses passaram a ser definidos em lei.

Assim, interesses ou direitos difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (CDC, art.81, parágrafo único,I).

132

A partir do início dos anos 90 as leis trouxeram em seu texto a definição específica do que seriam tais direitos transindividuais. Mesmo que a própria LACPD ao tempo de sua publicação, não trouxesse tal definição, a lei 8.078/90, dispõe em seu artigo 81, parágrafo único. Este parágrafo traz em seus incisos a definição específica, delimitada pelo legislador, sobre o que são os direitos transindividuais sob o escopo do ordenamento jurídico pátrio.

E, ainda que não esteja expressamente prevista no texto constitucional pátrio, é tida esta ação como um pertencente ao mecanismo de tutela aos direitos metaindividuais, como bem disserta Fernando Reverendo Vidal Akaoui (2009, p. 26):

A ação civil pública acabou por ganhar contornos constitucionais, quando o artigo 129, inciso III, consignou tratar-se de sua propositura de função institucional do Ministério Público e estendeu essa possibilidade àqueles a quem a lei ordinária conferisse a mesma legitimidade (art. 129, §1º).

A conexão inquebrável entre tal instrumento e o Ministério Público, além de estabelecer o seu patamar classificatório como constitucional, salienta sua importância para a garantia de muitos dos direitos previstos nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal quando envolvidos em uma questão transindividual.

DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

É mister iniciar esta seção secundária à partir da célebre definição do Professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves sobre o que são estes direitos ou interesses metaindividuais (2012, p.12):

Também chamados interesses coletivos, sem sentido amplo, consistem em uma nova categoria que não se enquadre nem como interesse público nem como privado. Não é público porque não tem como titular o Estado, nem se confunde com o bem comum; e não é privado porque não pertence a uma pessoa, isoladamente, mas a um grupo, classe, ou categoria de pessoas. (...)

O interesse transindividual se caracteriza por pertencer a um grupo, categoria ou classe de pessoas que tenham entre si um vínculo, seja de natureza jurídica, seja de natureza fática.

Separados em difusos, coletivos e individuais homogêneos, os direitos transindividuais são tratados pelo Código de Defesa do consumidor no parágrafo único de seu artigo 81:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

O dispositivo em tela permite a seguinte conceituação, os direitos difusos são

aqueles em que não é possível distinguir seus titulares, que estão ligados por uma relação de natureza fática. Os direitos ligados ao meio ambiente são o exemplo clássico, abrangem a coletividade como um todo, não sendo possível especificar os afetados por eventuais danos, advinda a correlação destes de um evento observável no mundo fático: o dano, ou a ameaça ao meio ambiente que os cerca.

Os direitos coletivos, assim como os difusos, são direitos transindividuais de natureza indivisível, no entanto, aqui os titulares são indivíduos ligados por uma relação jurídica base, isto é, o laço que os reúne é jurídico, por exemplo, um contrato de trabalho de um grupo de trabalhadores metalúrgicos. Caso uma cláusula deste contrato seja abusiva, todas as pessoas signatárias deste são afetadas, gerando uma necessidade de tutela coletiva do grupo. A grande diferença do inciso I é que neste tipo de direito há a possibilidade de especificar os indivíduos titulares deste, ou seja, é possível quantificar e individualizar cada um dos tutelados (no exemplo são os signatários do contrato de trabalho). Finalmente, sobre o tema, o autor deste trabalho entende ser cabível nesta classificação os direitos tributários, direitos indivisíveis, originários de uma relação jurídica contribuinte-Estado, que atingem um grupo específico de pessoas, tema de monografia a ser concluída e apresentada futuramente.

E por último, no inciso III, estão os direitos individuais homogêneos, direitos de natureza divisível com titulares identificáveis correlacionados por uma relação de natureza fática. Um bom exemplo é o da relação entre os consumidores de um produto defeituoso e seu fornecedor, como bem explica o Professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2012, p.18), “a origem do problema não foi o contrato, e sim um fato”, no exemplo, um defeito de fábrica.

Ainda, no artigo 1º da Lei 7.347/85 há a delimitação do objeto do instrumento processual tema, seu inciso IV aponta diretamente para os direitos difusos e coletivos. Interesses que até a aurora da última década do século XX encontravam-se sem conceituação positivada até o advindo do CDC. Isso já é prova da forte ligação entre o código de defesa do consumidor e ação civil pública. Aqui está demonstrada a dependência conceitual que a lei tema tem com o códex do consumidor, mas a ligação é um pouco mais profunda como será tratado em outros pontos do presente trabalho.

COMPETÊNCIA

O artigo 2º da Lei 7.347/ 85 coloca-se da seguinte maneira:

Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.

Parágrafo único A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

O texto legal dispõe que o foro competente para a propositura da Ação Civil Pública é o do local do dano, desta premissa conclui-se que a competência da ACP é territorial.

Portanto, pelo critério territorial analisa-se por qual espaço geográfico estendeu-se o dano reportado na ação proposta. O Professor Humberto Theodoro Junior ensina (2014, p.300):

III – critério territorial: que se reporta aos limites territoriais em que cada órgão judicante pode exercer sua atividade jurisdicional. Sua aplicação decorre da necessidade de definir, entre os vários juízes do país, de igual competência em razão da matéria ou em razão do valor, qual o que poderá conhecer de determinada causa. Baseando-se ora no domicílio da parte, ora na situação da coisa, ou ainda no local em que ocorreu o fato jurídico, o legislador atribui a competência da respectiva circunscrição territorial. A competência assim firmada recebe o nome de competência territorial ou do foro.

A problemática pratica do disposto reside no fato de que muitas vezes o dano se estende por diversas comarcas, capitais ou até mesmo estados federativo inteiros, além de muitas dessas causas versarem sobre assunto de competência privativa da União.

Em relação às causas federais, é pacífico que estas deverão ser julgadas pela Justiça Federal do território onde ocorrera o dano em pauta, logo, juízes federais em consonância com o artigo 109 da Constituição Federal de 1988 podem julgar as ações civis públicas que tratem de assuntos previstos como competência destes.

No entanto, isso não resolve a questão sobre causas acerca de danos de elevadas

dimensões territoriais, para tal, a solução que aponta o Professor José dos Santos Carvalho Filho é a seguinte (2009, p.40):

Ocorre, contudo, que a rigidez da regra do foro do local do dano ou da ameaça poderia provocar alguns problemas para a proteção dos interesses coletivos e difusos, um vez que é inegável que algumas situações fáticas podem consumir-se em grandes extensões territoriais. Para sanar o problema, a Lei nº 8.078 (Código de Defesa do Consumidor) aperfeiçoou a regra sobre o foro, estabelecendo foto alternativo nos seguintes termos: Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

Nota-se aqui outro exemplo da forte ligação entre as leis 7.347 e 8.078, cura-se a ausência de uma no corpo da outra. Como prevê o legislador no trecho acima, quando o dano ocorrer em pequena escala geográfica, utiliza-se a foro do âmbito local, quando o dano for de âmbito nacional ou regional a ação deverá ser ajuizada no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal.

O primeiro inciso demonstra obrigatoriedade na escolha do foro, é a interpretação que se dá *prima facie* e esta já é apurada o suficiente, já o segundo inciso enseja uma possibilidade de discricionariedade por parte do autor caso a ação se estenda por mais de um estado ou região do estado. Na opinião do autor deste trabalho e do Professor José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.41) será o foro do juízo em que primeiramente se der a citação válida, sendo então a competência firmada por prevenção, segundo as regras estabelecidas no Código de Processo Civil.

Por fim, é importante ressaltar que caso a Ação Civil Pública se dê por conflito entre Estado e a União, o juízo competente será o STF, por conta do art.102,I,"f", da Constituição Federal.

OS LEGITIMADOS

Se ações coletivas dizem a respeito a direitos compartilhados entre vários

indivíduos, quem seria legitimado para propor ação? Seriam todos ou o primeiro a acionar o judiciário?

Como resposta a este questionamento, os idealizadores do projeto da lei da Ação Civil Pública buscaram inspiração nas Class Actions norte-americanas, que remontam à década de 60, que como aponta o Professor Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p.103), equiparam-se elas às formulações mais avançadas dos diferentes sistemas jurídicos. Isso sem deixar de fixar suas bases em critérios legais, afastando a discricionariedade do magistrado ao negá-lo o dever de reconhecer a representatividade adequada.

Os legitimados para a Ação Civil Pública ficam elencados no artigo 5º da Legislação Ordinária, tratando-se de cinco entes elencados por seus cinco incisos:

- Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
- I - o Ministério Público.
 - II - a Defensoria Pública;
 - III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
 - IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
 - V - a associação que, concomitantemente:
 - a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
 - b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

137

É notável a atuação do legislador no sentido de restringir a legitimidade da ação para grupos específicos com finalidades bem delimitadas como bem introduz Mancuso (2002, p.148):

Possivelmente, a própria exclusão do *cidadão* dentre os co-legitimados à ação civil pública já se prenda a um propósito de possibilitar um melhor controle na propositura das ações civis públicas, a par da circunstância - relembre-se - que o *cidadão-eleitor* já é legitimado para a ação popular, esta também um instrumento de tutela de interesses difusos (...). Como diz Galeano Lacerda: “Se nós abrirmos a legitimação para qualquer um do povo, poderá efetivamente haver o abuso. Então, no momento em que a lei outorga legitimação a associações civis, se presume pelo menos que haja uma maior responsabilidade no ingresso de uma demanda dessa natureza.”

Esta limitação do rol de legitimados serve justamente para garantir que os efeitos da Ação Civil Pública não atinjam não-interessados, ou prejudiquem de alguma forma o cidadão comum, pois há a especificação das finalidades e dos grupos ao mesmo tempo, inclusive no mesmo dispositivo. Impedir que o cidadão, individualmente, promova este tipo de ação não restringe seus direitos, muito pelo contrário, garante sua proteção deixando a lei mais específica e o mecanismo mais simples como um todo.

Nada melhor que dar a legitimação a entidades de características coletivas, tendo em vista que seus objetivos são simétricos à ideia de uma ação conjunto cujo efeito, se de acordo com o pleiteado ao menos em parte, atinja vários indivíduos ao mesmo tempo.

MINISTÉRIO PÚBLICO COMO LEGITIMADO

Logo no primeiro inciso temos o Ministério Público, escolha lógica do legislador por tratar-se de instituição permanente com função estabelecida pela Constituição Federal. O artigo 127 da Carta Maior do Estado brasileiro prevê como incumbência do *Parquet* a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ora, o que seriam os interesses transindividuais senão interesses sociais?

Tão acertada foi a decisão do legislador, que a maioria das Ações Cíveis Públicas propostas no país partiram desta instituição. O Ministério Público pode atuar nestas causas de duas maneiras, como autor ou como fiscal.

Como autor, o promotor pode ingressar com a demanda quando encontrar os requisitos para tal, cabendo-lhe discricionariedade acerca da opção da propositura ou não, desde que não haja dolo. O cenário é parecido com o do magistrado ao deparar-se com um pedido de tutela de urgência, analisam-se as condições e os requisitos e o juiz tem uma margem para decidir se é cabível ou não a decisão especial, a mesma coisa acontece com o membro do MP. Este é o entendimento do Professor Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2012, p.69) e o do autor do seguinte trabalho.

Há controvérsia em relação às causas que versem sobre direitos individuais homogêneos como aponta o artigo 82, c/c o artigo 81, III, no Código de Defesa do consumidor, como pode o *Parquet* se envolver em causas que não interesses à sociedade como um todo e atinjam apenas um grupo restrito e determinado de indivíduos? A resposta

é a que o Professor Marcus Vinícius Rios Gonçalves evidencia (2012, p.69):

No Estado de São Paulo, frequentemente os promotores têm deixado de officiar em ações civis públicas que versam sobre interesses desta natureza, aduzindo que isso fere sua destinação institucional. O Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo editou a Súmula 7, segundo a qual o *Parquet* está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (...) b) nos casos de grande dispersão dos lesados (...) c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômicas, social e tributária.

O Ministério Público só está legitimado para a defesa dos interesses individuais homogêneos, que sejam também indisponíveis ou de tal vulto que interessem a toda a sociedade. Com exceção desses casos, não há motivo para a sua participação, seja como autor, seja como fiscal da lei.

Desta feita, observa-se que quando pertinente ao cumprimento de sua função institucional, pode o promotor de justiça ingressar com ação civil pública, não sendo possível a sua atuação se a causa não diga respeito a um interesse social de grande amplitude.

Como fiscal da lei, o parágrafo 1º do artigo 5º da LACP prevê esta obrigatoriedade, o Ministério Público deve postar-se como fiscal do procedimento como um todo, não precisando agir em favor da parte a todo o momento. Mesmo não sendo o autor da demanda, a instituição deve primar pela aplicação correta de normas, é a sua função como *custos legis*.

Há quem critique a dominante posição de legitimado principal da ação civil pública, como é o caso de Eurico Ferraresi (2007, p. 139):

Neste item, demonstrar-se-á que a atuação do Ministério Público tolheu as iniciativas das associações e do cidadão no ajuizamento da ação popular. Com efeito, como a instituição assumiu de uma forma tão voraz a defesa dos direitos supra-individuais, toda a comunidade permaneceu inerte, fazendo, no máximo, cobrar sua atuação. A situação que deveria ser provisória e excepcional, acabou virando a regra.

O autor aponta que, embora o Ministério Público com o advento da Lei da Ação Civil Pública tenha aprimorado a defesa dos interesses coletivos como um todo, acabou acomodando a população brasileira que com o tempo, a maturidade e melhor educação deveria ter se tornado apta para individualmente figurar como autora no polo de tal ação, o que não ocorreu até hoje.

Tal argumento é válido e levanta questões sobre como a população se apoia em órgãos do Estado para cumprir um papel que muito bem poderia estar sendo cumprido por ela mesma. No entanto, a falta de pressão social e parlamentar neste sentido demonstra que a retirada do Ministério Público deste cenário de maneira súbita nada mais traria do que severos danos à manutenção da proteção à esfera de direitos metaindividuais dos cidadãos. Parece que a evolução prevista ainda deve estar a caminho.

A atuação do Ministério Público será analisada mais a fundo, em capítulo específico do trabalho monografia deste autor.

140

DEFENSORIA PÚBLICA

No segundo inciso do artigo responsável pela disposição dos legitimados à ação tema, está a previsão da atuação da Defensoria Pública. A Defensoria Pública é instituição cuja função é a estabelecida pelo artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, que é prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O órgão é regulado pela lei complementar nº 80 de 1994 e logo no seu artigo 1º já estipula:

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

No texto é perceptível que a função da Defensoria é a proteção dos hipossuficientes, inclusive em seus direitos coletivos. A questão que surge de tal disposição é se seria tal órgão legitimado para propor a Ação Civil Pública na proteção de qualquer direito metaindividual, ou estaria ela restrita à proteção de direitos condizentes apenas aos necessitados?

Este autor entende que a legitimação da Defensoria Pública é limitada à matéria condizente à sua função institucional. Ora, se o órgão criado para prestar assistência judiciária gratuita às classes sociais mais baixas passasse a atender o clamor de toda a coletividade quando achasse condições para tal, não estaria apenas se desviando de seu objetivo, mas negligenciando seu tempo e poder na direção de assuntos concernentes a outro órgão ou grupo de pessoas. Tempo este que deveria ser empregado em sua nobre tarefa de defesa aos hipossuficientes, cumprida a muito custo na realidade atribulada do cenário jurídico nacional.

Esta não é a posição entendida pelo professor Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2012, p.72) que ao mencionar a legitimidade do órgão abordado, citou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.943:

A questão está *sub judice*, pois o CONAMP ajuizou a ADI 3.943, ainda não julgada pelo STF, sustentando a impossibilidade de a Defensoria Pública ajuizar ação civil pública sem restrições, diante da sua função institucional, que exige que os beneficiários sejam identificáveis, para que se verifique se são ou não carentes (...) mas parece que não há inconstitucionalidade na lei, já que os interesses transindividuais, dada a sua natureza, são definidos em conjunto, não sendo necessário nem possível verificar previamente a situação individual de cada potencial beneficiário.

A discrepância de entendimento dentre o disposto pelo autor deste trabalho e o pelo professor supracitado, reside no fato de que o professor entende a impossibilidade de identificar os sujeitos ativos protegidos pela Defensoria Pública como motivo para a permissão de sua atuação como legitimada em todas as hipóteses da LACP, já o aluno que esta escreve a entende como um impedimento para que a instituição assuma tal papel, por todos os motivos escritos nos parágrafos acima.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADI 3.943 datado de 7 de maio de

2015, adotou de maneira unânime o entendimento do autor da obra supracitada em detrimento do defendido por este artigo, como traz a notícia do site Migalhas acerca do voto da ministra Carmen Lúcia:

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia considerou que o aumento de atribuições da instituição amplia o acesso à Justiça e é perfeitamente compatível com a LC 132/09 e com as alterações promovidas pela EC 80/14, que estenderam as atribuições da Defensoria Pública.

Ressaltou que não há qualquer vedação constitucional para a proposição desse tipo de ação pela Defensoria, nem norma que atribua ao MP prerrogativa exclusiva para tanto.

"Inexiste nos autos comprovação de afetar essa legitimação, concorrente e autônoma da Defensoria Pública, às atribuições do Ministério Público, ao qual cabe promover, privativamente, ação penal pública, na forma da lei, mas não se tem esse ditame no que diz respeito à ação civil pública".

A ministra acrescentou que a inclusão da defesa dos direitos coletivos nas atribuições da Defensoria Pública é coerente com as novas tendências e crescentes demandas sociais de se garantir e ampliar os instrumentos de acesso à Justiça. Salientou que não é interesse da sociedade limitar a tutela dos hipossuficientes, e que o STF tem atuado para garantir à Defensoria papel de relevância, como instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado.

Por fim, destacou a importância da ampliação dos legitimados aptos a propor ação para defender a coletividade, pois, "em um país marcado por inegáveis diferenças e por concentração de renda, uma das grandes barreiras para a implementação da democracia e da cidadania ainda é o acesso à Justiça".

Com base no relatado pelo site, a suprema corte parece enxergar que ao permitir a atuação da Defensoria Pública como legitimada está abrindo mais uma via para que o cidadão tenha acesso a este sistema constitucional de tutela de interesses metaindividuais.

No entanto, o voto da ministra em momento algum aborda o desvio de função do órgão e demonstra se apoiar no objetivo de facilitar a vida do cidadão que necessita se utilizar da ação civil pública e não manter o bom funcionamento do mecanismo da instituição como um todo. A Defensoria Pública é um órgão relativamente novo, e que ainda não tem atuação por todo o território nacional, sendo que em alguns estados da federação tal instituição ainda não existe, atribuir nova função a ela parece de certa forma mais prejudicial a esta e aos hipossuficientes envolvidos com outras causas individuais,

devido à sobrecarga, do que o hipotético dano de manter o Ministério Público, que até o momento demonstra competência satisfatória para tanto, figurando como principal legitimado para tal demanda. Sua estrutura é certamente muito mais efetiva e acertada para atingir seus fins pelos meios adequados.

A ânsia maquiavélica em atender a coletividade parece prejudicar o bom atendimento ao cidadão na condição de indivíduo, e isso por si só já basta para justificar o entendimento contrário ao do STF.

ENTES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA E ASSOCIAÇÕES CIVIS

Sobre os incisos III e IV da lei 7.347/85, parece haver a necessidade de pertinência temática para a propositura da ação coletiva, pois estaria o Estado adstrito a justificar a necessidade e a ligação da demanda com as suas funções. Tal convicção é extraída da interpretação teleológica da alínea “b” do inciso V do mesmo dispositivo legal, o que por *de per si* já aponta esta necessidade para as associações.

A obra do professor Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2012, p.72) elucida bem esta ideia:

Quanto ao requisito da pré-constituição, parece-nos que só as associações civis devem preenchê-lo, sendo desnecessário para as entidades da administração direta e indireta. Já o da pertinência temática é exigido também para os órgãos da administração pública indireta. Por força do princípio da especialidade, eles só podem ajuizar ações civis públicas que estejam relacionados com as suas funções. (...) Os entes estatais só podem propor ação que verse sobre danos que lhes digam respeito, sob pena de carecerem de interesse de agir.

Como bem se interpreta do excerto supracitado, o princípio da especialidade é o vetor que aponta para a extensão da alínea “b” do inciso V para os incisos III e IV do artigo 5º da LACP. Não seria concebível o Estado do Rio de Janeiro ajuizar demanda coletiva para a proteção de um direito do Estado do Espírito Santo ou um órgão ligado à segurança pleitear algo relacionado à saúde ou ainda uma associação de defesa ao meio ambiente buscar tutela jurisdicional para uma ação em defesa ao consumidor. Haveria uma quebra da lógica do ordenamento jurídico pátrio como um todo.

Como bem conclui o Doutor Livre Docente da Universidade de São Paulo, Rodolfo de Camargo Mancuso (2002, p.137):

Hoje se admite que as ações coletivas, quando exercitadas por uma associação, que assim se coloca como uma *longa manus* da coletividade interessada, pressupõem uma legitimação que deve ser tida como ordinária. Assim é porque, afinal, como já houvera preconizada Kazuo Watanabe: “Associação que se constitua com o fim institucional de promover a tutela de interesses difusos (meio ambiente, saúde pública, consumidor etc.) ao ingressar em juízo, estará defendendo um interesse próprio, pois os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente atingidas, são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los, como sua própria razão de ser”.

A legitimidade das associações deve ser vista como ordinária, pois esta está agindo em interesse próprio ao cumprir a sua “razão de ser”. Com o advento das alterações na legislação desde a publicação da obra citada acima, que culminou na lei 11.448/2007 e na lei nº 13.004/2014, esta interpretação também se faz para os entes da administração pública direta e indireta.

144

CONCLUSÃO

Conforme exposto por todo o desenvolvimento do presente artigo, a Ação Civil Pública é um mecanismo fruto de um movimento democrático de cunho filosófico que vinha surgindo com as transformações na sociedade.

O surgimento de uma sociedade globalizada e autoconsciente desta característica trouxe intrinsecamente diversas ideias da humanidade como uma coletividade e não mais diferentes indivíduos dominantes lutando por seus interesses próprios. E com ela os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ocuparam os holofotes, sendo a lei 7.346/1985 fruto deste momento em um Brasil que finalmente rompia as garras da ditadura militar. A Lei de Ação Civil Pública traz em seu corpo toda a carga histórica e o espírito garantista presente na própria Constituição Federal de 1988, que entrou em vigor logo após a 7.347/1985.

A competência para julgamento e o rol de legitimados foram traçados, e continuam

sendo atualizados, de maneira a facilitar e desburocratizar a demanda coletiva. Embora não seja de fácil compreensão nem fruto de simples planejamento, toda a delimitação que o legislador traz é colocada para garantir a unicidade de direito enquanto se presa pelo princípio da celeridade processual e do livre acesso à justiça.

Tudo isso trazendo o Ministério Público como principal legitimado à propositura da ação e fiscal dos direitos transindividuais e, conseqüentemente, do instrumento processual tema, colocando este para funcionar conforme sua função institucional abordada no artigo 127 da Constituição, não obstante posicionamento contrário a esta notável dependência popular pela atuação do órgão.

Conclui-se ainda no corpo do trabalho que a legitimação da Defensoria Pública é limitada à matéria condizente à sua função institucional. Tal entendimento é alcançado após a exposta reflexão acerca de sua função institucional de proteção aos hipossuficientes e sua atual deficiência organizacional e de mão-de-obra frente ao MP, ficando explícita a limitação da legitimação desta pela necessidade de adequação dos tutelados aos requisitos dos representados pela instituição.

Ademais, está clara a função da Ação Civil pública e sua importância crescente no ordenamento jurídico pátrio, sempre de mãos-dadas com o bom andamento de uma tutela jurisdicional célere e abrangente. O que seria muito interessante para as causas que versam sobre Direito Tributário.

REFERÊNCIAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. **Jurisdição Constitucional e a Tutela dos Direitos Metaindividuais..** – São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

ALMEIDA, João Batista. **Aspectos Controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência; prefácio J. P. Sepúlveda Pertence.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de Julho 1985.** Brasília: Senado, 1985.

BRASIL. Código do Consumidor (1990). **Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990.**

Brasília: Senado, 1990.

BRASIL. **Lei Complementar nº 80 de 12 de janeiro de 1994**. Brasília: Senado, 1994.
CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação Civil Pública; Comentários por artigo (Lei nº 7.347, de 24/07/85)**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil Un modelo para países de derecho civil**. –México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Tutela de interesses difusos e coletivos**. – São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**. – São Paulo: Revista de Processo, 1979.

FERRARASI, Eurico. **A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva in Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos** (coord. Ada Pellegrini Grinover, Alúcio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe.). -São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. I**. – São Paulo: Editora Forense, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública; Em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores; Lei 7.347/85 e legislação complementar**. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MIGALHAS. **Defensoria Pública tem legitimidade para propor ACP**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI220193,11049-Defensoria+Publica+tem+legitimidade+para+propor+ACP>. Acesso em: 25/06/2015.

PARA ALÉM DA RETÓRICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: RECONHECIMENTO E EMANCIPAÇÃO

*Luciano Braz da SILVA*⁵⁵

RESUMO

O presente artigo direciona sua atenção à problemática central do direito moderno, a saber, a legitimidade do conteúdo normativo, da reconstrução do sistema dos direitos e dos princípios do Estado de Direito. Tensões conflitantes entre o poder social, identidades não reconhecidas e o sistema de direito denunciam a face de um projeto ainda tardio de um Estado que se diz democrático de direito. Nosso artigo se propõe diagnosticar as causas que apontam o déficit teórico às possibilidades de implementação do exercício democrático, bem como, o reconhecimento de identidades. Considerando a relação de completude entre a política e o direito o pensamento de Habermas vê na figura do direito positivo moderno, a possibilidade de assimilar - via ação comunicativa - a tensão entre facticidade e validade do direito e propor novas possibilidades que legitimam o direito, bem como, a ordem normativa.

PALARAS-CHAVE: Dignidade Humana. Luta por Reconhecimento. Emancipação. Estado Democrático de Direito.

147

ABSTRACT

This article directs its attention to the central problem of modern law, namely the legitimacy of normative content, the reconstruction of the system of rights and rule of law principles. Conflicting tensions between social power, not recognized identities and the right system denounce the face of an even late design a state that calls itself democratic rights. Our paper aims to diagnose the causes that link the theoretical deficit to implementation possibilities of democratic exercise, as well as the recognition of identities. Considering the completeness relationship between politics and the right thinking Habermas see in the picture of the modern positive law, the ability to assimilate - via communicative action - the tension between facticity and validity of law and propose new possibilities that legitimate law and as the normative order.

KEY-WORDS: Human Dignity. Struggle for Recognition. Emancipation. Democratic state.

INTRODUÇÃO

Dentre as principais ideias abordadas nas obras de filosofia política e filosofia do direito apresentadas por Habermas, esse artigo selecionou algumas considerações do

filósofo alemão no que diz respeito a temática proposta. Nas primeiras linhas desse artigo, onde trabalhamos a interpretação e a lógica do Estado de Direito procuraremos examinar as figuras do direito e do poder político e, por conseguinte, a interligação complexa que visa a preencher, reciprocamente, as funções que se interligam uma a outra. Destacaremos que a relação entre direito e política diferencia-se da relação entre moral e direito, e a ligação entre a moral e o direito delinea-se numa relação de complementaridade assentada nas esferas de valor que se diferenciam na modernidade. Nesse sentido, identificaremos o aparelho estatal descrito a partir de um sistema organizacional do direito.

Dentre os assuntos abordados no corpo deste artigo, analisamos algumas questões voltadas para as perspectivas normativas de reconstrução do sistema dos direitos e dos princípios do Estado de Direito. Aqui, veremos como Habermas compreende os desafios derivados do poder social e da complexidade das sociedades modernas. Arrostamo-nos, então, com uma tensão externa entre fatos sociais e direito, ou seja, entre autocompreensão normativa do Estado de direito e facticidade social dos processos políticos. O artigo demonstrará a relação de complementaridade entre o direito e a política, bem como, seus pressupostos de validade para regularização da vida social. A questão da legitimação de um poder político estruturado na forma do Estado de direito, pode ser compreendida desde que, mediante a ótica do conceito de autonomia política dos cidadãos, fundamentado na teoria do discurso, se consiga diferenciar as figuras do poder comunicativo, produto do direito legítimo, e aqueles pertencentes ao poder administrativo, responsável pela imposição das leis. Veremos que as formas comunicativas devem interligar e satisfazer, simultaneamente, a diferentes condições de comunicação, uma vez que, se prescindirmos da organização da afluência dessas informações, poderemos nos valer do auto-entendimento ético e da fundamentação moral de regras com a finalidade de estabelecermos o equilíbrio equitativo de interesses.

Destarte, três questões se evidenciarão. A primeira, subjacente à formação do compromisso: *como podemos reconciliar preferências concorrentes entre si?* A segunda tratará de um aspecto de ordem ético-política acerca de nossa identidade pessoal e dos ideais que cultivamos realmente: *quem somos e quem realmente queremos ser?* Já a terceira abordará uma pergunta moral-prática, que nos leva a inquirir sobre o modo de agir de

acordo com os princípios da justiça. Dai, concluir, que discursos ético-políticos devem satisfazer, completamente, as condições comunicativas para um auto-entendimento hermenêutico de coletividade. O presente artigo apontará a perspectiva assumidas por Habermas com relação ao agir comunicativo considerando as possibilidades do dissenso (razão instrumental) e do falibilíssimo inerentes ao mundo da vida. Tal risco se mostra muito evidente, analisando o fato da complexidade que envolve a sociedade moderna multicultural, em que as interações estratégicas são costumeiramente utilizadas pelos sujeitos. Nessa perspectiva, o artigo apontará a função do direito no pensamento de Habermas que passa a ser visto como resposta adequada ao presente questionamento.

HEURÍSTICA DA CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: EMPIRISMO VERSUS NORMATIVISMO

Uma anatomia do Estado de direito demanda, como veremos, uma compreensão do aparelho estatal descrito a partir de um sistema organizacional do direito, do qual, o uso autorizado do poder seja legitimado nos termos do direito legitimamente instituído. Com o sistema dos direitos, defini-se os pressupostos dos quais os membros de uma comunidade jurídica moderna recorrem, exclusivamente, para reclamar autenticidade quando do uso impróprio do poder. No Estado de direito, a comunidade moderna não apelará às ordens metafísicas ou religiosas e sim ao direito reconhecidamente positivado. No modelo discursivo, o direito governa e regulamenta os processos administrativos, concomitantemente ele representa o *médium* que transforma o poder comunicativo em poder administrativo. A partir do modelo discursivo, Habermas (2003, p.169) aponta algumas diferenças que devem ser consideradas do ponto de vista da legitimidade quando tratamos do direito, do conceito de dominação, do processo de normatização e da legitimação do exercício do poder político. Consoante análise, verifica-se que a socialização horizontal dos indivíduos espelha o conteúdo dos direitos fundamentais reconstruídos a partir de um experimento teórico; esses direitos são constitutivos para toda associação de membros jurídicos livres e iguais.

No *discurso filosófico da modernidade*, Habermas (1990, p. 276) aponta que tanto Hegel como Marx desconsideraram a ideia de se voltar a recuperar a intuição da totalidade ética para o horizonte da auto-referência do sujeito cognoscente e ativo, buscou-se,

doravante, explicar segundo o modelo da formação natural da vontade – situada numa comunidade que faz uso da comunicação - estabelecer obrigações em cooperações. O processo de juridificação não deve estar limitado à esfera das liberdades subjetivas de ação das pessoas privadas e às liberdades de comunicação dos indivíduos, pois, se assim o fosse, comprometeria o entrelaçamento jurídico contínuo entre autonomia pública e privada. O processo de juridificação deve estender-se, simultaneamente, ao poder político – convalidado formalmente pelo *médium* do direito – do qual depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito.

O direito em sua função estabilizadora apresenta-se como um sistema de direitos. Dado esse pressuposto, entende-se que os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos a partir de organismos que tomam decisões de caráter obrigatório para toda coletividade. Com isso temos a figura dos direitos fundamentais que trazem em sua essência ameaças e sanções que podem ser usados contra interesses opostos ou transgressões de normas que surripiam o direito a iguais liberdades subjetivas. Esses direitos pressupõem o poder de sanção de um órgão legalmente revestido, o qual dispõe de meios para o emprego legítimo da coerção para impor o acatamento, a submissão às normas jurídicas. O nexo interno do direito com o poder político reflete nas implicações objetivas e jurídicas estampadas na figura do Estado que mantém como reserva um poder militar, a fim de garantir seu poder de comando (HABERMAS: 2003, p. 170). Assim, os direitos fundamentais ratificam a cada cidadão o direito à proteção jurídica individual, de forma que as pretensões a uma justiça independente e imparcial nos julgamentos passam ser corolário do Estado de direito. O direito - como expressão da soberania estatal, tendo nesta seu único foco irradiador, resulta num instrumento de gestão da sociedade que busca dar segurança e garantia aos cidadãos. Com fundamento na soberania estatal é posto um conjunto de normas jurídicas que regulam a efetivação dos direitos e garantias. Esse conjunto é conservado, aplicado e, a todo momento, modificado (POZZOLI, 2001, p. 163). Ora, a instalação de um tribunal organizado politicamente assevera em cada julgamento o poder de sanção do Estado, pretendendo proteger e desenvolver o direito nos casos litigiosos, onde se faz mister uma decisão autoritária aplicada pelo Estado (juiz). A positivação política autônoma do direito, garantida a partir de um direito legitimamente

instituído, concretiza-se em direitos fundamentais dos quais (surgem), asseguram condições para iguais pretensões à participação em processos legislativos democráticos, que demandam o exercício do poder político devidamente (legalmente) instituído. Além disso, o Estado, no seu exercício burocrático de dominação legal, faz valer concretamente a formação da vontade política que se organiza na forma do legislativo e, para tanto, conta diretamente com o poder executivo em condições de realizar e implementar os programas acordados. A presença do Estado no seu caráter de jurisdição – tanto administrativa como judicial – dependem da medida em que a sociedade se vale do *médium* do direito para influir conscientemente em seus processos de reprodução. Com isso, fala-se na dinâmica da auto-influência, acelerada por meio dos direitos de participação que fundamentam pretensões ao preenchimento dos pressupostos sociais, culturais e ecológicos úteis para o aproveitamento simétrico de direitos particulares de liberdade e de participação na vida política. Em síntese,

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direitos necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos (HABERMAS, 2003, p. 171). O poder organizado politicamente não se aproxima do direito como algo que lhe seja externo, pelo contrário, é pressuposto pelo direito; em outras palavras, o poder político organizado se estabelece em formas do direito. Nesse sentido, o poder político só pode desenvolver-se mediante a constituição de um código jurídico institucionalizado em conformidade com os direitos fundamentais. No Estado de direito, as decisões coletivamente obrigatórias são implantadas mediante o poder político organizado que o direito precisa tomar para a realização das suas funções próprias; não se revestem apenas a forma do direito, essas decisões devem – também – ser legitimadas pelo direito corretamente estatuído. As formações discursivas da opinião e da vontade figuram como premissas fundamentais para legitimidade do direito, ou seja, dentro do pensamento pós-tradicional, só vale como legítimo o direito que fora elaborado no interior de uma

comunidade democrática que, utilizando do discurso racional, convencionada, normas reconhecidas reciprocamente pelos sujeitos. Consequentemente, institui-se a incorporação do exercício da autonomia política dos cidadãos em toda esfera do Estado – a legislação é reconhecida como um poder no Estado. A transação dos direitos reciprocamente atribuídos na via da socialização horizontal pelos civis para formas verticais de organização socializadora faz com que a prática de auto-determinação dos civis seja institucionalizada – *como formação informal da opinião na esfera pública política, como participação política no interior e no exterior dos partidos, como participação em votações gerais, na consulta e tomada de decisão de corporações parlamentares, etc* (HABERMAS, 2003, p. 17 - 173). Com efeito, a soberania popular interliga-se internamente com as liberdades subjetivas do civis, a mesma, por seu turno entrelaça-se com o poder politicamente organizado, de modo que o princípio “*todo o poder político emana do povo*”, paulatinamente, concretiza-se por meio de procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação institucionalmente diferenciada da opinião e da vontade.

Nesse sentido, a questão da legitimação de um poder político estruturado na forma do Estado de direito pode ser compreendida desde que, por intermédio da ótica do conceito de autonomia política dos cidadãos, fundamentado na teoria do discurso, se consiga diferenciar as figuras do poder comunicativo, produto do direito legítimo, e a do poder administrativo, responsável por imposições das leis (WERLE, 2008, p. 130 – 131). Para Aluisio Schumacher (2000, p. 245), a contribuição do poder político para a função intrínseca do direito (estabilizar expectativas de comportamento) *consiste na geração de uma certeza jurídica*, que possibilita aos destinatários do direito calcular as consequências de seu comportamento e dos outros (2000, p. 245). As normas jurídicas, em termos gerais, devem regular as circunstâncias, as situações de fato, aplicando a sua subsunção de forma imparcial. Esses requisitos são compreendidos à luz de uma codificação (atividade jurisprudencial), que proporciona normas jurídicas altamente consistentes.

PRETENSÕES TEÓRICAS PARA O RECONHECIMENTO: O DEBATE ENTRE TAYLOR, HONNETH E HABERMAS

As considerações de Amy Gutmann, que nos é apresentada por Habermas, aponta que o reconhecimento público pleno conta com duas formas de respeito, a saber: 1) o

respeito pela identidade individual de cada indivíduo, o que significa dizer que esse respeito independe de sexo, raça ou procedência étnica; e 2) o respeito pelas formas de ação, pelas práticas e visões peculiares de mundo que gozam de prestígio junto aos integrantes de grupos desprivilegiados ou que estão intimamente ligados a essas pessoas. Nessa perspectiva, as exigências que são colocadas, objetivamente, não visam a estabelecer, em primeira linha, um status que asseguraria um padrão isonômico de condições sociais de vida; antes, o que se busca, em primeira mão, seria a defesa da integridade de formas de vida e tradições com as quais os membros de grupos discriminados – de modo próprio – identificam-se. O não reconhecimento de grupos sociais soa como uma dissonância cultural segregativa que marginaliza alguns grupos previamente rotulados; origina-se e mantém-se tão-somente com as condições ingeridas de demérito social, de modo que, o não reconhecimento cultural e o demérito social se fortalecem de maneira cumulativa (HABERMAS, 2007, p. 239).

Charles Taylor considera que, dado o fato de que o asseguramento de identidades coletivas possa concorrer com o direito a liberdades subjetivas iguais – com o direito humano único e original, na concepção kantiana –, o que configuraria uma área de colisão entre ambos, certamente, a partir do caso concreto, dever-se-ia decidir sobre a precedência de um ou outro. A reflexão que segue exposta depõe em favor disso:

(...) já que a exigência 2 exige a consideração de particularidades das quais a exigência 1 parece abstrair, o princípio de tratamento equitativo deve alcançar validação nas políticas concorrentes – em uma política de respeito por todas as diferenças, por um lado, e em uma política de universalização de direitos subjetivos, por outro. Uma política deve compensar as desvantagens do universalismo uniformizante que a outra ocasiona (HABERMAS, 2007, p. 240 - 241).

Em seu ensaio seminal sobre o multiculturalismo, Taylor (1994, p. 26) entende que o reconhecimento não se trata de algo oriundo de uma cortesia, antes de tudo, trata-se da necessidade humana. Portanto, isso significa dizer que, pessoas e grupos podem – de certa forma - sofrerem danos consideráveis se a sociedade os identifica com imagens restritivas e depreciativas. Para Taylor (1997; 1994), por meio das interações intersubjetivas (sejam elas agonísticas ou amistosas) e dialogais os sujeitos passam ser reconhecidos como tais,

destarte, eles podem realizar suas originalidades insitas. A propósito, em um mundo que construiu uma imagem individualizada de identidade, consubstanciada pelo princípio de autonomia, uma vez que eu não sou verdadeiro comigo mesmo, conseqüentemente, eu passo a desconhecer a própria essência da minha identidade (da minha vida); conseqüentemente, eu passo a ignorar o que o ser humano significa para mim (TAYLOR, 1994, p. 30). Essa autonomia só pode ser construída em diálogos – em parte, externos e, em parte, internos – com os outros.

Taylor busca fundamentar seus argumentos teóricos sobre bases histórico-filosóficas, e assim, retoma os alicerces valorativos que delineiam e estruturam a própria existência da sociedade. Desse modo, não seria absurdo pensar, por exemplo, que existem hierarquias valorativas tácitas que transcendem práticas cotidianas e instituições que se apresentam como imparciais, ou neutras, tais como o mercado e o Estado. Ora, vejamos que, a própria configuração dos sujeitos, atrelada às práxis do cotidiano, é regulada por princípios morais, ao que Taylor (1997, p. 35) denomina configurações. Uma "configuração incorpora um conjunto crucial de distinções qualitativas. Pensar, sentir, julgar no âmbito de tal configuração é funcionar com a sensação de que alguma ação ou modo de vida ou modo de sentir é incomparavelmente superior aos outros". Para Souza, Taylor está interessado, antes de tudo, "no componente avaliativo da constituição da identidade humana, na medida em que a auto-interpretação dos sujeitos passa a ser percebida como momento constitutivo para a construção desta" (SOUZA, 2000a, p. 99).

Em uma espécie de arqueologia ligada à concepção de bem, Taylor pretende encontrar a autocompreensão dos atores com vistas a definição moral da época considerando essencialmente a cultura em que esses atores estão inseridos, o substrato das suas identidades (SOUZA, 2000b, p. 137). Nessa perspectiva, na contemporaneidade, talvez o mais urgente e poderoso conjunto de exigências que reconhecemos como morais aponta o respeito à vida, à integridade, o bem-estar e mesmo à prosperidade dos outros (1997, p. 17). Desse modo, a figura da dignidade passa ser compreendida como a sendo a essência mátria do pano de fundo moral que rege as sociedades ocidentais contemporânea, superestimando a capacidade destas de implementar uma universalização de direitos que naturalize o valor da igualdade (MATTOS, 2004, p. 157). Para o filósofo canadense, na

modernidade, houve um declínio da sociedade hierarquicamente predeterminada, o que comprometeu significativamente a honra estamental em direção à dignidade geral. Enquanto a política da dignidade universal rechaçava as formas de discriminação, que eram bastante "cegas" com relação aos modos em que os cidadãos se diferem, a política da diferença, frequentemente, redefine a não-discriminação pretendendo como isso ver nas distinções a base do tratamento diferencial. Para Taylor (1994, p. 39), a busca pelo reconhecimento envolve esses dois tipos de política, buscando no horizonte da consciência da igualdade do valor humano a valorização daquilo que cada um fez a partir dessa igualdade.

Para Habermas, tanto Taylor quanto Walzer contestam a ideia de uma suposta neutralidade ética no direito, resultando daí uma expectativa formada sobre os preceitos do Estado de direito que tem como ideal a fomentação ativa de determinadas concepções do bem viver, caso isso se faça necessário. A partir das suas considerações, Taylor sugere um modelo alternativo que, de acordo com determinadas condições, é possível se pensar em garantias de status restritivas aos direitos fundamentais, desde que essas garantias possam assegurar a sobrevivência de formas de vida cultural, e que assegurem também o exercício de políticas ativamente empenhadas em gerar novos integrantes desses grupos, desde que dedicadas, por exemplo, a que as futuras gerações possam também identificar-se com seus precedentes. Nesse sentido, as compreensões de ordem política que envolvem deliberações, exercício e garantias de direitos fundamentais não estarão preocupadas tão-somente com os direitos inerentes às populações já existentes; antes, as reivindicações alcançarão os direitos das populações futuras. Assim, por meio de lutas simbólicas, os sujeitos negociam identidades, buscam reconhecimento próprio e social. Essas lutas, cada vez mais explícitas, transcendem interesses particulares, seus efeitos, tomam proporções gigantescas por via de protestos públicos que não buscam a simples tolerância ou condescendência, mas o respeito e a valorização do diferente.

Em primeiro lugar, é preciso observar – conforme aponta Habermas – que Taylor torna plausível sua tese da inconciliabilidade ao apresentar sua teoria dos direitos sob um enfoque seletivo de leitura ligado ao liberalismo. A teoria tayloriana, portanto, estabelece seu fundamento sobre o pressuposto de um status equitativo de liberdades de ação

subjetivas, em forma de direitos fundamentais, para todos os jurisconsortes. Na hipótese da existência de casos controversos, o tribunal decidirá quais direitos cabem e a quem; assim, o princípio da equidade de direitos para todos “encontra validação tão-somente sob a forma de uma autonomia juridicamente apoiada, à disposição do uso de qualquer um que pretenda realizar seu projeto de vida pessoal” (HABERMAS, 2007, p. 242). Essa interpretação atribuída ao sistema de direito é fortemente criticada por Habermas, que a caracteriza como sendo:

(...) paternalista, porque corta pela metade o conceito de autonomia. Ela não leva em consideração que os destinatários do direito só podem ganhar autonomia (em sentido kantiano) à medida que eles mesmos possam compreender-se como autores das leis às quais eles mesmos estão submetidos como sujeitos privados do direito. O liberalismo 1 ignora a equiprocendência das autonomias privada e pública. Não se trata aí apenas de uma complementação que permaneça externa à autonomia privada, mas sim de uma concatenação interna, ou seja, conceitualmente necessária (HABERMAS, 2007, p. 242).

156

Habermas (2007, p. 243) entende que, enquanto aos sujeitos não estiverem assegurado o exercício comum e conjunto da sua autonomia enquanto cidadãos do Estado, consequentemente, o desfrute das liberdades subjetivas comuns estará embaraçado, ou seja, impedido. A orientação proposta pelo filósofo alemão vem fundamentada sobre a ideia impreterível de se estabelecer uma concatenação interna entre o Estado de Direito e a Democracia; consequentemente, teremos um sistema de direito que alcançará todos os modos de vida presentes no Estado, desde aquelas vidas circunscritas no centro urbano como aquelas postas à sua margem. Sendo assim, o sistema de direito poderá ouvir as múltiplas diferenças culturais existentes e, como tal, deverá assisti-las em suas diferenças devendo prestar-lhes respostas quando por elas for invocado.

Ao seu modo, Honneth entende que por meio do reconhecimento intersubjetivo os sujeitos podem garantir realização plena das suas capacidades, bem como chegar a uma auto-relação marcada pela integridade. A teoria de Honneth (2003, p. 152) observa também substrato normativo presente nas relações sociais. Sua teoria parte do princípio de que o conflito é intrínseco, portanto necessário, tanto à formação da intersubjetividade como dos próprios sujeitos. Desse modo, conflito não é tomado apenas pela lógica da

autoconservação dos indivíduos, como descrito no estado de natureza de Hobbes. Seu significado tem por preceito a conotação de uma luta moral, entendendo que a organização da sociedade, necessariamente, deve estar pautada por obrigações intersubjetivas. Honneth concatena a idéia hegeliana com a psicologia social de George H. Mead. Este, (1993, p. 97) direciona suas pretensões teóricas a partir de um horizonte intersubjetivista, defendendo a existência de um diálogo interno que toma os impulsos individuais e a cultura internalizada como objeto de pesquisa, e investiga a importância das normas morais nas relações humanas. Mead situa as interações sociais como campo onde ocorrem os conflitos entre o eu, a cultura e os outros. O teórico norte-americano defende a gênese social da identidade e vê a evolução moral da sociedade sempre atrelada à luta por reconhecimento forjada a partir de três tipos de relação: as primárias (reguladas pelo amor), as jurídicas (reconhecidas pela lei) e a esfera do trabalho onde está presente o valor do indivíduo com relação a coletividade.

Honneth (2003, p. 156) sistematiza uma teoria do reconhecimento, descrevendo que são as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa coletiva de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida das sociedades. Honneth entende que o desdém, o desprezo social e político podem tornar impulsos que dinamizam lutas sociais, à medida que torna evidente que outros atores impedem a realização daquilo que se entende por bem viver, ou seja, se por um lado, o rebaixamento e a humilhação ameaçam identidades, por outro, eles estão na própria base da constituição de lutas por reconhecimento. Portanto, isso significa dizer, que toda reação emocional negativa que vai de par com a experiência de um desrespeito de pretensões de reconhecimento contém novamente em si a possibilidade de que a injustiça infligida ao sujeito se lhe revele em termos cognitivos e se torne o motivo da resistência política (HONNETH, 2003, p. 224).

Na concepção de Habermas, essa premissa constitui-se como condição vital *sine qua non* para que uma teoria dos direitos, entendida de maneira correta, venha a exigir, exatamente, e assegurar o direito ao exercício da política de reconhecimento que preserve a individualidade e a integridade do indivíduo até nos contextos vitais que conformam sua

identidade ou a configuram. Nesse sentido, não é preciso que se formule um modelo oposto que corrija o viés individualista do sistema de direitos sob outros pontos de vista normativos; é preciso apenas que ocorra a realização coerente desse viés. Entende Habermas que os movimentos sociais e as lutas políticas são extremamente relevantes para concretização do reconhecimento. O autor compreende ser necessário que se crie e disponibilize competências jurídicas iguais das quais surgem espaços para liberdades de ação que podem ser utilizadas diferenciadamente, ou seja, não se fomenta a ideia de um formalismo irrestrito com vistas a uma igualdade factual de situações de vida ou de poder; antes, o multiculturalismo é visto de forma salutar para a manutenção das identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária ou em meio à comunidade dos povos. Contudo, observa o filósofo que alguns pressupostos factuais devem ser cumpridos para que “competências jurídicas sob condições de igualdade sejam distribuídas com equidade, caso se deseje evitar que o sentido normativo da igualdade de direitos se inverta por completo” (SILVA, 2013, p. 83).

Essa preocupação consiste exatamente em reconstruir a constituição co-origenária entre poder político e o direito, mostrando que, mediante essa relação, resulta um novo nível da tensão entre facticidade e validade, agora situada no próprio poder político. Nesse sentido, a questão da legitimação de um poder político estruturado na forma do Estado de direito pode ser compreendida desde que, por intermédio da ótica do conceito de autonomia política dos cidadãos, fundamentado na teoria do discurso, se consiga diferenciar as figuras do poder comunicativo, produto do direito legítimo, e a do poder administrativo, responsável por imposições das leis (WERLE, 2008, p. 130 - 131). Para Aluisio Schumacher (2000, p. 242), a contribuição do poder político para a função intrínseca do direito (estabilizar expectativas de comportamento) consiste na geração de uma certeza jurídica, que possibilita aos destinatários do direito calcular as consequências de seu comportamento e dos outros. As normas jurídicas, em termos gerais, devem regular as circunstâncias, as situações de fato, aplicando a sua subsunção de forma imparcial. Esses requisitos são compreendidos à luz de uma codificação (atividade jurisprudencial), que proporciona normas jurídicas altamente consistentes. Com relação ao direito, sua contribuição à função intrínseca do poder administrativo (realizar fins coletivos)

evidencia-se, especialmente, no desenvolvimento de normas secundárias, que, segundo Schumacher, não se tratam tão-somente daquelas normas “que conferem poder (e até criam) às instituições governamentais dotando-as de jurisdições especiais, como também normas organizacionais que estabelecem procedimentos para a existência e gestão administrativa ou judicial de programas jurídicos”. (SCHUMACHER, 2000, p. 246).

Numa releitura dos séculos XX e XIX, depreende-se que alguns agentes sociais sobretudo o feminismo, sob fortes oposições, precisaram empreender várias investidas para fazer valer seus objetivos legais e políticos. Inicialmente, a política liberal tencionou desacoplar conquistas de status e identidade de gênero, com seus reclames e protestos – conteúdo de seus ideários: as mulheres passaram a obter igualdades de chances na concorrência por postos de trabalho, prestígio social, nível de educação formal, poder político, etc. A igualdade formal que fora alcançada parcialmente pode agregar tão-somente uma fração da sociedade; com isso, evidenciou-se, ainda mais, as desigualdades de tratamento factual a que as mulheres estavam submetidas. Nesse contexto, políticas socioestatais, voltadas à implementação dos direitos (reconhecimentos) sociais ligados ao trabalho e a família, reagiram com regulamentações especiais; por exemplo, a maternidade e os encargos sociais, em caso de divórcio. Entrementes, a crítica feminista indignou-se contra as exigências liberais não resolvidas bem como contra os programas sociais implementados com êxito que trouxeram consequências ambivalentes, como os riscos de acidentes e infecções patológicas nos ambientes de trabalho, a presença excessiva de mulheres nos cargos de baixíssima remuneração laborativa, o bem-estar infanto-juvenil evidentemente problematizado, a crescente “feminização” da pobreza de modo geral, etc (HABERMAS, 2007, p. 244). Habermas aponta, ainda, um fator preponderante que corroborou diretamente para a implementação dos estereótipos de identidades de gênero: em áreas do direito feminista, o paternalismo socioestatal assume um sentido literal e, nesse sentido, tanto o poder legislativo e a própria jurisdição passam orientar-se conforme os modelos tradicionais de interpretação que existiam. A classificação dos papéis sexuais e das diferenças do gênero compõem as camadas elementares da autocompreensão cultural da sociedade, com isso, considera Habermas que

Só agora o feminismo radical toma consciência do caráter dessa autocompreensão, que se revela falível, profundamente questionável e carente de revisão. Ele insiste, e com razão, em que se devem esclarecer junto à opinião pública de caráter político, ou seja, em um debate público acerca da interpretação adequada das carências, os enfoques sob os quais as diferenças entre experiências e situações de vida de determinados grupos de homens e mulheres se tornam significativos para um uso das liberdades de ação em igualdades de chances (HABERMAS, 2007, p. 245).

A partir dessas considerações, Habermas acredita ser possível demonstrar, de forma clara, a transformação da compreensão paradigmática do direito que se configura ora pelas liberdades subjetivas em prol das concorrências em particular, ora mediante reivindicações de benefícios, ideário do Estado de bem-estar social. Com isso, obtemos uma concepção procedimental do direito, em que o processo democrático, a um só tempo, pode assegurar a autonomia privada e pública. Devemos considerar – a partir dos debates públicos - os aspectos relevantes para o tratamento igualitário ou desigual de casos típicos isolados, caso se queira assegurar às mulheres uma organização particular e autônoma da própria vida condizente com seus direitos subjetivos. O sistema do direito, caso queira-se tornar efetivo por via democrática, deverá considerar, de forma séria, as diferenças sociais e culturais relevantes em cada contexto (HABERMAS, 2007, p. 245).

160

BIOPOLÍTICA, CIDADANIA E RECONHECIMENTO

Os fenômenos sociais que potencializam os sujeitos, as comunidades e as nações a lutarem por um reconhecimento, muito embora, na maioria dos casos, sejam homogêneos e ainda demonstrem características similares, como é o caso do feminismo, o multiculturalismo, o nacionalismo e a luta contra a herança eurocêntrica do colonialismo, ainda que possam demonstrar algumas semelhanças, não podem ser confundidos, dado o fato das peculiaridades essenciais. Vejamos que a semelhança nos parece evidente, pois tanto as mulheres, as minorias étnicas e culturais, assim como também, as nações e culturas, todas se defendem da opressão que é lançada, da marginalização e do desprezo nos quais são encerrados. A defesa desses atores sociais se constrói mediante lutas e manifestos incessantes de reconhecimento de identidades coletivas, seja no contexto de uma cultura majoritária, seja em meio à comunidade dos povos. Esses aguerridos

manifestos sociais são movimentos que buscam sua emancipação própria voltada sempre aos seus ideários políticos coletivos definidos culturalmente (SILVA, 2013, p. 89). Destarte, a questão do reconhecimento não afeta tão-somente questões de ordem diretamente ligadas à dignidade humana, mas também considerações de ordem jurídica que comprometem diretamente carências da vida humana. Em suas palavras, Habermas (2000, p. 246) aponta que:

Embora o feminismo não seja a causa de uma minoria, ele se volta contra uma cultura dominante que interpreta a relação dos gêneros de uma maneira assimétrica e desfavorável à igualdade de direitos. A diferença de situações de vida e experiências peculiares ao gênero não recebe consideração adequada, nem jurídica nem informalmente; tanto a autocompreensão cultural das mulheres quanto a contribuição que elas deram à cultura comum estão igualmente distantes de contar com o devido reconhecimento; e, com as definições vigentes, as carências femininas mal podem ser articuladas de forma satisfatória.

A luta política por reconhecimento centra-se em discursos debatidos nos espaços públicos voltados à interpretação de interesses de realizações peculiares aos diferentes gêneros; à medida que logra êxito, essa luta modifica a identidade coletiva das mulheres e, por conseguinte, acarreta, também, algumas mudanças de relações entre os gêneros, afetando, assim, de forma imediata, a autocompreensão dos homens. Com isso, aqueles valores reconhecidos em escala na sociedade são levados para os debates discursais, de forma que, dado o caráter de relevância desses valores para sociedade, a consequência da problematização desses valores chega até as áreas centrais da vida privada e, portanto, afetam os limites estabelecidos entre as esferas pública e privada, a situação se difere quando se trata da luta das minorias étnicas e culturais pelo reconhecimento de sua identidade coletiva; já que esses movimentos de emancipação visam, também, à superação da divisão (ou separação) ilegítima da sociedade, a autocompreensão da cultura majoritária pode não sair ilesa (SILVA, 2013, p. 90). Nas sociedades multiculturais os movimentos de emancipação não representam, resumidamente, fenômenos unitários. Isso significa dizer que eles se diferenciam de acordo com as diversas situações; por exemplo, as minorias endógenas – considera o autor – *podem tornar-se conscientes de sua identidade* ou, por conta da imigração, poderão surgir novas minorias, e, mesmo assim,

esse fenômeno ocorrerá com as políticas culturais de alguns Estados que se autocompreendem como Estados de migração, cabendo, essa tarefa de emancipação também aos Estados, *cuja autocompreensão nacional* dependa de uma adaptação à integração de culturas estrangeiras (HABERMAS, 2007, p. 247).

Outra distinção abordada na filosofia habermasiana diz respeito novo tipo de nacionalismo que trata daquelas populações que compartilham entre si um destino histórico comum. Essas populações identificam e organizam-se em grupos étnicos linguisticamente homogêneos e, como tal, desejam manter sua identidade não apenas como comunidades ascendentes comuns, mas também sob a forma de um povo que se organiza como Estado, possui autonomia política. Em nível internacional, a luta por reconhecimento surgiu em decorrência do eurocentrismo e do predomínio da cultura ocidental no campo político mundial, ambos vistos por Habermas (2007, p. 249) como condições *essenciais para uma luta por reconhecimento em nível internacional*. O filósofo aponta a Guerra do Golfo como um fato que tornou consciente essa dimensão. A percepção daquilo que ocorrera, os motivos políticos, os interesses camuflados, se deram às “*sombras de uma história colonial ainda presente, a intervenção dos aliados foi vista por massas religiosamente mobilizadas e também por intelectuais secularizados como abuso da identidade e autonomia do mundo árabe-islâmico*”. Os vestígios, as marcas indelévels dessas lutas fracassadas de reconhecimento marcam, até hoje, as relações históricas (a economia, a política, a religião, as relações de direitos humanos, etc.) entre Ocidente e Oriente *e, tanto mais, o relacionamento do Primeiro Mundo com o Terceiro, como antes era chamado*.

No debate sobre *political correctness*, fenômeno que ocasionou, em primeiro lugar, um autoentendimento entre os intelectuais norte-americanos sobre o status da modernidade, o que, para os radicais, significa um avanço entusiasta rumo à pós-modernidade e à remoção de figuras de pensamento totalizadoras, para os tradicionais seria o sinal de uma crise que só poderá ser superada por um persistente regresso às tradições clássicas do ocidente. Num outro plano mais elaborado, situam-se os discursos filosóficos em sentido estrito, que consideram, de sobremodo, os problemas já referidos e os toma como ponto de partida para descrever os problemas de ordem geral. Esses fenômenos prestam-se aos esclarecimentos e às considerações explícitas quanto à dificuldade do acordo mútuo

intercultural; eles esclarecem a relação entre moral e eticidade, ou uma interligação entre significação e validação, e reacendem a velha questão sobre podermos transcender o contexto de nossa respectiva língua e cultura ou, ao contrário, todos os padrões de racionalidade estarão atrelados a determinadas imagens de mundo e determinadas tradições (SILVA, 2013, p. 97). Com suas palavras, Habermas (2007, p. 250) aponta que

As esmagadoras evidências da fragmentação de sociedades multiculturais e da confusão linguística babilônica em meio a uma sociedade mundial mais que complexa parecem compelir-nos a concepção holística de linguagem e a concepção contextualísticas de imagens de mundo que soam céticas em face de tantas reivindicações universalistas, sejam elas de natureza cognitiva ou normativa.

O problema do direito ou direitos de minorias ofendidas e maltratadas passa a ser um problema de ordem jurídica e, como tal, deve ser resolvido. No Estado de direito, decisões políticas não podem infringir normas do direito positivo, ou seja, as decisões políticas, para que sejam validas, deverão se servir das regulamentações do direito positivo para tornarem-se efetivas em sociedades complexas. Dessarte, o *médium* do direito aponta para uma estrutura artificial onde decisões normativas prévias se relacionam. Verificamos, portanto, que o direito moderno em sua estrutura é identificado como formal e *se embasa na premissa de que tudo não seja explicitamente proibido e permitido*. O direito moderno reconhece, individualmente, cada pessoa como sujeito portador de direitos subjetivos; nesse sentido, como titulares de uma categoria de direitos, esses mesmos sujeitos podem – valendo-se desses direitos – tutelar judicialmente, contra particulares ou até mesmo contra o Estado, direitos que lhes subtraíram. Nas palavras de Habermas (2007, p. 250), o direito moderno é identificado como

Um direito *coercivo* porque sanciona de maneira estatal e estende-se apenas ao comportamento legal ou conforme normas – ele pode, por exemplo, tornar livres as religiões, mas não pode prescrever nenhuma consciência moral. É um direito *positivo* porque retroage às decisões – modificáveis – de um legislador político, e é, finalmente, um direito *escrito por via procedimental*, já que legitimado mediante um procedimento democrático.

O direito moderno – positivo – muito embora regule comportamentos legais, ainda assim, para sua validade, deve ser reconhecido como legítimo. Não obstante seu reconhecimento, respeito e obediência por todos, o direito moderno *deve ser reconhecido de maneira que também possa ser cumprido a qualquer momento por seus destinatários, pelo simples respeito à lei*. Para Habermas, uma ordem jurídica é definida como legítima quando assegura, de forma equitativa, a autonomia de todos os cidadãos. Esta autonomia estará concretamente constituída no instante em que destinatários do direito entenderem-se como seus autores e destinatários. Tais autores então, como participantes do processo legislativo, serão livres tão-somente se esse processo estiver regrado por atos de fala discursivos e, necessariamente, democráticos, em que todos possam supor que as regras ora firmadas e, desse modo, mereçam concordância geral sancionada pela razão. Por entendimento, faz-se menção a um processo discursivo racional que leva os sujeitos ao convencimento objetivado entre as partes. Esse processo coordena as ações de fala de todos os participantes por meio da razão que vale como motivação e regularização, sendo que as ações de fala são utilizadas como meio para se chegar ao convencimento e, por conseguinte, ao consenso. Desse modo, entendimento é o “processo de obtenção de um acordo entre sujeitos linguística e inteiramente competentes” (HABERMAS, 1987a, p. 368). No núcleo da linguagem há, algumas estruturas básicas dominadas pelo sujeito em determinados momentos da vida. Enquanto sujeito, no processo de formação do indivíduo, a consciência é um dos atributos que ele recebe, ou seja, a capacidade reflexiva adquirida mediante suas ações no mundo, o que o torna capaz de concebê-lo individualmente ou, em outras palavras, de uma forma peculiar. Logo, por meio da linguagem, sua ação prioriza o discurso racional como condição para se chegar à veracidade da fala de um sujeito e analisar se a fala é coerente ou não com a ação; nesse sentido, poderá convertê-la em normas revalidadas, compreendidas e aceitas por todos. A estrutura básica da ação comunicativa vincula-se, em geral, a três pretensões objetivas pelos integrantes do mundo da vida, a saber: 1) *pretensão de verdade*: que corresponde à pretensão de que o enunciado seja verdadeiro – essa pretensão refere-se a afirmações e acontecimentos oriundos do mundo objetivo; 2) *pretensões de justiça*: os atos de fala, necessariamente, devem estar em sintonia com o contexto normativo vigente – faz-se alusão ao mundo social ou ao mundo

das normas legitimamente reguladas e, 3) *pretensão de veracidade*: ocorre quando a intenção expressa na fala do indivíduo corresponde a seu pensamento – trata-se, especificamente, do mundo subjetivo do indivíduo (PENITENTE, 2008, p. 99).

A partir dessa formulação, o conceito tradicional de razão prática adquire um valor heurístico: ele se torna fio condutor para reconstrução do emaranhado dos discursos; conseqüentemente, a concepção normativa que interpreta o direito, mormente filiado à moral passa a ser recusado na filosofia habermasiana. O processo democrático deve ser institucionalizado juridicamente, o princípio da soberania dos povos exige, o devido respeito a direitos fundamentais sem os quais, simplesmente, não pode haver um direito legítimo. Nesse sentido, Habermas (2007, p. 251) fala, em primeira linha, do direito à liberdades de ações subjetivas iguais que, por sua vez, pressupõem defesas jurídicas individuais e abrangentes. Com a instituição do Estado de direito e o reconhecimento dos direitos subjetivos dos indivíduos, há consequências salutareas para o tratamento do problema da isonomia jurídica e do igual reconhecimento de grupos culturalmente definidos, ou seja, de coletividades que se distinguem de outras – seja pela tradição, forma de vida, proveniência étnica, etc.

165

PARADIGMAS DOS DIREITOS HUMANOS: A DIALÉTICA ENTRE IGUALDADE DE FATO DE DIREITO.

A proposta de Habermas (2001, p. 143 – 144) que busca perquirir a legitimidade do Estado constitucional democrático com base nos direitos humanos visa a estabelecer uma conexão interna entre a democracia e os direitos humanos. Para tanto, Habermas entende ser necessário que se formule um conceito político de legitimação de ordens caracterizadas pela organização do poder estatal, que segue atrelado ao conceito de potência política. Considerando que esse *médium* da potência estatal se constitui sob a forma do direito, as ordens políticas buscam, na legitimidade reivindicada do direito, seu vigor. Portanto, o direito reivindica não apenas aceitação; ele demanda dos seus endereçados não apenas um reconhecimento fático; antes, protesta pelo seu devido reconhecimento. Daí porque todas as instituições públicas, por pertencerem à ordem estatal e, como tal, seguem investidas da legitimidade legal, devem manifestar a base para essas reivindicações.

Assim, não causa espanto que as teorias do direito racional tenham dado uma dupla resposta às questões de legitimação: por um lado, pela alusão ao princípio da soberania popular, e por outro lado, pela referência ao domínio das leis garantido pelos direitos humanos (HABERMAS, 2007, p. 298).

Para o filósofo, esse argumento vale em todas ordens estatais. Os Estados modernos se estruturam a partir do direito positivo, que confere legitimidade à autoridade e ao mando político, ou seja, as regulamentações do Estado que coagem seus transgressores reclamam a legitimidade oriunda do *médium* regulador do direito. As ordens jurídicas modernas conservam-se, essencialmente, daquilo que lhes é posto pelos direitos subjetivos. Com isso, entende-se que à pessoa jurídica individual lhe são asseguradas âmbitos legais para uma ação guiada tão-somente por seus interesses particulares preferências. Dessarte, esses direitos desconectam, de modo claro, as pessoas dos mandamentos morais ou das prescrições de outros gêneros. Sendo assim, dentro das limitações instituídas pela lei, ninguém é juridicamente obrigado a uma justificação pública dos seus atos. Com a implantação de liberdades subjetivas, o direito moderno, diferentemente das ordens jurídicas tradicionais, remonta ao princípio hobbesiano, segundo o qual *é permitido tudo aquilo que não é explicitamente proibido*. Desse modo, ocorre um hiato entre a moral e o direito. Enquanto a moral, a priori, nos diz a que somos obrigados, resulta da estrutura do direito um primado das autorizações àquilo que podemos fazer (HABERMAS, 2001, p. 144). Nesse sentido, os direitos morais são concebidos a partir das obrigações recíprocas, enquanto as obrigações jurídicas o são da delimitação legal das liberdades subjetivas. Como predicado desses conceitos, formula-se a identidade da comunidade jurídica – sempre localizada no espaço e no tempo – que reconhece seus membros como portadores de direitos subjetivos, por conseguinte, a integridade de todos seus membros – que aceitam, reciprocamente, esse *status* – está protegida pelo direito então vigente. Essa estrutura reflete-se no modo característico da validade jurídica que limita a facticidade da execução judicial estatal com a legitimidade de uma positivação jurídica que reivindica o *status* de um procedimento racional (HABERMAS, 2001, p. 144 – 145).

Quando se introduz o direito (em geral) como complemento ao déficit da moral, a facticidade da normatização e do império do direito, bem como a autoaplicação

construtiva do direito, assumem um caráter constitutivo para um determinado tipo de interação destituída de conteúdo moral. Portanto, o *médium* do direito pressupõe uma categoria de direitos (fundamentais) que definem o *status* de pessoas jurídicas como portadoras de direitos em geral. O sistema de direito deve, precisamente, conter os direitos que os cidadãos, de modo recíproco, estão obrigados atribuir uns aos outros, caso queiram regular, legitimamente sua convivência com os meios do direito positivo. As regras do direito positivo não regulam possíveis interações formuladas por sujeitos capazes de falar e de agir; em geral, esses atos são regulados pela regra da moral. As regras do direito regulam as ações interacionais de uma sociedade concreta como corolário do próprio conceito de positividade do direito, ou seja, da facticidade da normatização e da imposição da normatividade do próprio direito (HABERMAS, 2003, p. 153 – 161).

Habermas (2001, p. 145) entende que o direito moderno, com efeito, *deixa seus endereçados livres para observarem as normas apenas como uma restrição fática do seu âmbito de ação* e, a partir daí – diante de uma situação onde há violação às regras impostas pelo direito –, se ajustarem a um relacionamento estratégico, sobrepesando, mensuravelmente, as consequências que poderão advir ou obedecerem à lei tão-somente em obediência a seus ditames. Essa dicotomia remonta ao pensamento kantiano, com seu conceito de legalidade, destacando a ligação entre esses dois momentos sem os quais não se pode exigir obediência jurídica das pessoas moralmente responsáveis. Segundo o filósofo, as normas jurídicas, quando elaboradas, devem ser apresentadas, concomitantemente, sob dois aspectos, a saber: como leis coativas e como leis da liberdade. Portanto, isso significa dizer que, no mínimo as normas jurídicas devem ser respeitadas não somente porque elas coagem, mas sim porque elas são legítimas. Sendo assim, a legitimidade de uma norma jurídica afirma que o poder estatal garante, ao mesmo tempo, positividade jurídica legítima e execução judicial fática.

Com isso, no entanto, a obrigatoriedade das normas jurídicas remonta não apenas a processos de formação de opinião e vontade, mas sim a decisões coletivamente vinculativas, por instâncias que estabelecem e aplicam o direito. Resulta daí, de maneira conceitualmente necessária, uma partilha de papéis entre autores que afirmam (e enunciam) o direito, bom como entre os destinatários que estão submetidos ao direito vigente (HABERMAS, 2007, p. 298).

Com relação à legitimidade da ordem jurídica, Habermas traz uma observação de ordem formal em que considera importante, a saber, a positividade do direito positivado. Essa observação segue atrelada à arguição, formulada pelo filósofo, quanto à legitimidade, e sua fundamentação, de regras que podem ser mudadas a todo momento pelos legisladores políticos. Ora é sabido que também normas constitucionais são alteradas, assim como as normas fundamentais que a própria constituição declara como pétreas, ou seja, inalteráveis; essas normas compartilham com o todo do direito positivado e, assim sendo, podem ser desativadas, por exemplo, após a mudança de um governo.

OPINIÃO PÚBLICA E PODER COMUNICATIVO: A SÍNTESE DOS ELEMENTOS ESFERA PÚBLICA E SOCIEDADE CIVIL

No Estado democrático de direito, o exercício do poder político regula-se a partir de duas codificações. Num primeiro momento, constata-se a necessidade de se entender como se dá o processamento institucionalizado dos problemas cogentes; num segundo instante, como se dá a mediação dos respectivos interesses, regrada segundo procedimentos claros, como efetivação de um sistema de direito. Depreende-se das constituições modernas uma ideia concebida sobre pressupostos do direito racional, do qual os cidadãos, por decisão própria, interligam-se a uma comunidade de jurisconsortes livres e iguais. Ora, a comunidade desses cidadãos, visando à estabilização das suas estruturas e as possíveis manutenções que se mostrarem necessárias, reclama uma constituição que assegure a todos eles um status que os iguale em direitos e garantias fundamentais. Esses direitos, garantidos pelas constituições, são identificados como direitos específicos dos quais os cidadãos, reciprocamente, reconhecem. Sendo assim, as constituições outorgarão a esses direitos - convencionados e instituídos a partir dos diálogos democráticos - o caráter de validade e, conseqüentemente, os convívios dos cidadãos, regulados pelo direito positivo, possuirão legitimidade conferida pela própria constituição. Nesse sentido, não obstante o direito moderno - via sanção estatal - reconheça e fundamente relações de reconhecimento intersubjetivo, esses direitos (*prima facie*) asseguram a integridade dos respectivos sujeitos em particular, potencialmente violáveis. “Em última instância, trata-se da defesa dessas

peças individuais do direito, mesmo quando a integridade do indivíduo – seja no direito, seja na moral – dependa da estrutura intacta das relações de reconhecimento mútuo” (HABERMAS, 2007, p. 237). O filósofo alemão faz uma releitura dos pressupostos de validade do direito, tomando como campo de pesquisa o mundo da vida onde ocorrem os discursos, os diálogos interpelativos, o próprio exercício democrático; entende o filósofo que, dado às novas complexidades que surgiram nesses espaços, o direito reclama outras leituras que considere também novas perspectivas e interesses outrora inexistentes:

Mas, nas arenas políticas, quem se defronta são agentes coletivos, que discutem sobre objetivos coletivos e acerca da distribuição dos bens coletivos. Apenas diante de um tribunal e no âmbito dum discurso jurídico é que se trata imediatamente de direitos individuais cobráveis por meio de ação judicial. Quanto ao direito vigente, também ele precisa ser interpretado de maneira diversa em face de novas necessidades e situações de interesse. Essa disputa acerca da interpretação e imposição de reivindicações historicamente irresolvidas é uma luta por direitos legítimos, nos quais estão implicados agentes coletivos que se defendem contra a desconsideração de sua dignidade. Nessa “luta por reconhecimento”, segundo demonstrou A. Honneth, articulam-se experiências coletivas de integridade ferida (HABERMAS, 2007, p. 238).

169

Assim, os discursos ocorridos nos espaços públicos democráticos podem conduzir à formulação de um sistema de direitos e de uma vontade política racional que se vincula a uma concepção de *solidariedade cívica* ou de *patriotismo constitucional*, que é necessário à implementação de instrumentos que tragam soluções aos emergentes conflitos decorrentes da convivência (interna e externa) nos contextos de diversidades culturais. Ao mesmo tempo, então, em que, os discursos proferidos nos espaços públicos destinados aos atos de fala constituem exercício efetivo da soberania popular, produzirão também concepções intersubjetivas de direitos fundamentais das quais se poderão pensar em condições e possibilidades de reconstruir a legitimidade dos Direitos Humanos com o objetivo de serem afirmados como direitos fundamentais universais (POKER, 2008, p. 65). Vejamos que, em razão das conquistas políticas liberais, bem como da social-democracia oriundas dos movimentos emancipatório e dos trabalhadores europeus, acreditou-se, então, numa teoria do direito que tornasse relevante algumas orientações de ordem individualistas. Essas ocorrências - lutas político-sociais de reconhecimento - objetivavam tão-somente suplantam a privação de direitos de grupos desprivilegiados e com isso, a fragmentação da

sociedade em classes sociais; entretanto, as reivindicações daqueles grupos marginalizados que reclamavam para si *chances iguais de vida no meio social*, paulatinamente, ao se concretizar assumiram característica de universalização socioestatal dos direitos do cidadão. A filosofia de habermasiana aponta que, após a falência do socialismo de Estado, *restou apenas essa perspectiva*. O trabalho assalariado, a segurança, a justiça social e o bem-estar figuraram, *prima facie*, expectativas de direitos que promoveriam, de forma fundamentada, a promoção do *status* social que seria alcançado com o acréscimo desses direitos legalmente compartilhados e com a participação na vida política (SILVA, 2013, p. 67).

No denominado mundo pós-moderno, as comunicações e as decisões que são tomadas, sejam em nível nacional ou internacional, demarcam seções próprias de tempo e espaço. Assuntos de repercussão nacional ou internacional ligados aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, e à escolha de temas e contribuições que são discutidas sob a pressão político-social consomem energias próprias, exigem um investimento particular em termos de organização, implicam, além disso, custos em termos de decisão protelada ou perdida. Afirmo Pozzoli (2001, p. 28) que

Toda trajetória até então tida pela humanidade resultou em ter como princípio o respeito à vida, a continuidade da vida humana. Isto não pode ser negado. Assim, podemos ver o início de uma cultura indicadora do que hoje caracterizamos como dignidade da pessoa humana.

No que diz respeito às políticas de reivindicações, que buscam estabelecer igualdades de direitos, bem como o reconhecimento de identidades coletivas que visem a assegurar formas de vida culturais, por exemplo, feministas, minorias em sociedades multiculturais, povos que lutam por sua independência nacional ou regiões colonizadas no passado e que hoje reivindicam direitos e tratamentos igualitários. No cenário internacional, essas realidades dispare, diagnosticam uma realidade que parece contrariar a autocompreensão do Estado democrático de direito. Quando se discute políticas de reconhecimento de formas de vida e das tradições culturais sempre marginalizadas – ora no contexto de uma cultura majoritária, ora na sociedade mundial dominada por forças eurocêntricas ou do Atlântico Norte – necessariamente, não há que se falar também em

garantias de status ou de sobrevivência? Com isso, não temos que apontar ao menos uma espécie de direitos coletivos dos quais faça romper a autocompreensão do Estado democrático de direito que herdamos moldada segundo direitos subjetivos, e, portanto de caráter liberal? (HABERMAS, 2007, p. 239).

Em primeiro lugar, Habermas (2003, p. 162) considera que só podem ser tomados por legítimos os processos nos quais os sujeitos, livremente, se reúnem em torno de algo para deliberarem. Isso significa dizer que os participantes não serão conduzidos por algo externo ao seu intento, enquanto agentes de atos de fala discursiva racionalmente fundamentada, todavia isso não exclui a possibilidade do falibilismo, pois a busca pela resposta unívoca não garante, por si mesma, um resultado correto. Para o filósofo “somente o caráter discursivo do processo de deliberação é capaz de fundamentar a possibilidade de autocorreções reiteradas e, destarte, a perspectiva de resultados racionalmente aceitáveis”. Em segundo lugar, os participantes devem comprometer-se, por meio de um questionamento específico, e tomar o direito moderno como médium para regular suas convivências. Da legitimação empregada ao consentimento geral obtido sob condições do discurso democrático, vinculado às leis obrigatórias que abrem espaços para iguais liberdades subjetivas, remonta ao conceito kantiano da ideia de autonomia política: “aqui ninguém é livre, enquanto houver um único cidadão impedido de gozar da igual liberdade sob leis que todos os cidadãos se deram a si mesmos, seguindo uma deliberação racional”.

Para uma compreensão válida sobre o sistema dos direitos fundamentais, cumpre analisarmos, de antemão, algumas objeções quanto à tentativa procedimentalista de combinar a ideia dos direitos humanos com o princípio da soberania do povo. Dada a relevância dessas objeções, mister se faz obter clareza sobre as consequências da proposta que busca explicar a forma do Estado de direito democrático sob o viés da institucionalização jurídica de uma ampla rede de discursos. Por uma questão lógica, os discursos públicos passam a ser especificados em detrimento do objeto no qual são formulados e, sendo assim, há que se considerar, também, o tempo e o contexto social, tendo em vista a formação política da opinião e da vontade em espaços públicos e nas corporações legislativas, bem como nos atos jurídicos e administrativos decisórios. Ainda nas considerações observadas por Habermas, a visão de Michelman dirige-se para esta

dimensão da regulação jurídica; por conseguinte, abrange tanto os direitos fundamentais e políticos, passando pelas determinações da parte organizacional da constituição, alcançando os direitos procedimentais e as ordens do dia de corporações. Vê Habermas (2003, p. 165 - 166) que, Michelman aponta para a dimensão do estabelecimento de formas de comunicação, sabendo que a prática constituinte não pode ser reconstruída conforme critérios da teoria do discurso, pois, certamente, chegar-se-ia a um processo circular infundável. Ora, um processo democrático confiável é, necessariamente, um processo continuado e condicionado legalmente por leis que buscam uma representação política por associações civis e familiares, o direito à liberdade de fala, à propriedade, o acesso à mídia. Dessarte, as leis que tratam desses objetos devem ser constituídas por meio de procedimentos válidos, politicamente democráticos, sem distorções, não somente nos ambientes estatais, mas, também, nas redes da sociedade como um todo.

Num primeiro momento, os participantes compreendem que, para realizar seu projeto pelo caminho do direito, há que se criar uma ordem de status, de forma que todo e qualquer cidadão e, até mesmo aqueles que irão engajar-se futuramente ao projeto, serão reconhecidos como portadores de direitos subjetivos. Tal ordem de direito positivo e obrigatório com traços subjetivistas, será concretizada desde que sejam introduzidos os direitos fundamentais de conteúdo concreto variável, (I) que resultam da configuração autônoma do direito e que asseguram as liberdades subjetivas para cada um, (II) que resultam da configuração autônoma do status de membro de uma associação livre de parceiros do direito, (III) que resultam da configuração autônoma do igual direito de proteção individual. Nesse sentido, reflete Habermas que essas três modalidades de direito são fundamentais para a constituição de uma associação de parceiros jurídicos que se reconhecem, reciprocamente, como portadores de direitos subjetivos reclamáveis. Por conseguinte, para sua instituição, ainda se faz necessário que se introduza uma nova categoria de direitos fundamentais: direitos fundamentais (de conteúdo concreto variável) que resultam da configuração autônoma do direito, visando a assegurar uma participação em igualdade de condições na esfera da legislação política (HABERMAS, 2003, p. 168 - 169). Assim, o princípio democrático somente pode ser concretizado no mundo dos fatos desde que haja, efetivamente, o Estado de direito, pois ambos os princípios se locupletam

reciprocamente numa relação de implicações materiais congênicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se quer formular é a tese de que mediante o uso da razão empírica o sujeito passará obter uma compreensão do mundo e de si mesmo. Sendo assim, a compreensão formulada sob a perspectiva empírica do mundo da vida, necessariamente, a igualdade passa ser descrita sob um viés formal, portanto objetiva; os sujeitos são vistos a partir de um *status* comum entre todos, ou seja, todos são iguais. Por essa condição as regras da democracia – apoiada na concorrência – darão como válida aquilo que a maioria decidir dado o fato que todos deliberadamente se prontificaram assentir sobre algo com relação ao mundo da vida. Habermas aponta o paradoxo do entendimento como instrumento de segregação da racionalidade crítica *“como entender por que os cidadãos em geral, e não somente as elites, aceitam uma propaganda pseudo-argumentativa, mesmo após ter tomado a consciência de que aquele argumento não passa de um argumento emotivo”*? Os participantes devem ter bons argumentos para assumir os compromissos elencados no processo político que vem sendo elaborado dentro duma conjuntura política pluralista e social da concorrência. Esse fator deve ser considerado quando se quer pensar um conceito de justiça social que abarque interesses de grupos sociais diversos.

As estruturas pluralistas, predicado da esfera pública, formam-se de *modo mais ou menos espontâneo*, e são garantidas pelos pressupostos dos direitos humanos. No interior do campo das esferas públicas organizam-se movimentos de associações que se comunicam e se estruturam a partir dos fluxos comunicacionais de fala, *em princípio ilimitados*, e conseqüentemente formam os elementos informais da esfera pública em geral. Esses movimentos, considerados em sua totalidade, formam um *complexo “selvagem”* que não se deixa organizar completamente. Isso significa dizer, em outras palavras, que os participantes de uma argumentação partem duma suposição ideal da qual entendem, que no espaço social e no tempo histórico, há uma comunidade comunicacional sem fronteiras, e que, portanto, devem pressupor – ainda que abstratamente - a possibilidade de uma comunidade ideal dentro da real situação social. Ora a comunidade desses cidadãos, visando à estabilização das suas estruturas e as possíveis manutenções que se mostrarem necessárias, reclama uma constituição que assegure a todos os cidadãos um status que os

iguale em direitos e garantias fundamentais.

Em Direito e Democracia, Habermas afirma que a idéia, segundo a qual o poder do Estado pode elevar-se acima das forças sociais como um poder neutro, não passa de uma ideologia. O processo político que resulta da sociedade civil, necessariamente deve adquirir uma parcela de autonomia em relação a potenciais do poder já fixados na estrutura social (poder das associações, modo de financiamento do partido), de modo que, o sistema político não se degrade e, assim, venha a assumir forma de um partido como os demais, seja no papel do poder executivo, seja no poder de sanção. O Estado não pode perder de vista os fins para os quais fora instituído; sua legitimidade deriva do seu real compromisso de se fazer cumprir a justiça política pela implantação de um direito legitimamente normatizado; logo, o Estado deve acautelar-se, de sobremodo, para não comprometer seus fins nos instantes em que participa de arranjos corporativistas. O princípio da separação entre Estado e sociedade tem como lema conservar a ideia duma organização do Estado de direito, pretendendo com isso, fortalecer à auto-organização política autônoma de uma comunidade que se constitui e se mantém, via sistema de direitos, como uma associação de membros livres e iguais do direito. A instituição do Estado de direito deve garantir o exercício efetivo da autonomia política de cada cidadão socialmente autônomo, de forma que o poder comunicativo de uma vontade formada racionalmente possa surgir e sua expressão seja reconhecida em programas legais, alcançando a sociedade na totalidade da sua esfera via aplicação racional da implementação administrativa de programas legais, desenvolvendo plenamente sua força de integração social - com a persecução de seus fins e estabilização de expectativas e da realização dos interesses públicos.

174

REFERÊNCIAS

CHAMON J. Lúcio Antonio. **Filosofia do direito na alta modernidade:** Incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DURÃO, Aylton Barbieri. **A tensão interna entre facticidade e validade no direito segundo Habermas.** (Org), MARTINS, Clélia Aparecida, e POKER, José Geraldo. O pensamento de Habermas em questão. Marília: Oficina Universitária Unesp, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. 3. “ed.”. “Tradução:

Paulo Astor Soethe". São Paulo: Loyola. 2007.

_____. **Mudança estrutural da esfera Pública**. 2. "ed.". "Tradução: Flávio R. Kothe". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. I. 2. "ed.". "Tradução: Flávio Beno Siebeneichler". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

_____. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. II. 2. "ed.". "Tradução: Flávio Beno Siebeneichler". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

_____. **Era das transições**. "Tradução: Flávio Beno Siebeneichler". Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A constelação pós-nacional**: Ensaios políticos. "Tradução: Márcio Seligmann Silva". São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Teoria de la acción comunicativa**. Racionalidad de La acción y racionalización social. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Tomo I. Madrid: Taurus, 1987.

HONNETH, A. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad: Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

MEAD, G. H. **Espiritu, persona y sociedad**. Ciudad de México : Paidós. 1993.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999.

PENITENTE, Luciana Aparecida de Araújo. **Habermas e Mead**: A linguagem como Médium de Socialização. (Orgs). Clélia Aparecida Martins e José Geraldo Poker. O pensamento de Habermas em questão. Marília: Oficina Universitária Unesp, 2008.

PIZZI, Jovino. **Desafios Éticos e Políticos da Cidadania. Ensaios de Ética e Filosofia Política**. Ijuí: Unijuí. 2006.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Loyola. 2001.

POKER, José Geraldo A.B. **A democracia e o problema da racionalidade**. (orgs.) Clélia Aparecida Martins e José Geraldo Poker. O pensamento de Habermas em questão. Marília: Oficina Universitária Unesp. 2008.

SCHUMACHER, Aluisio Almeida. **"Comunicação e democracia: fundamentos pragmático-formais e implicações jurídico-políticas da teoria da ação comunicativa"**. 2000. 245 f. Tese (Doutorado em Ciências Política). Departamento de Ciências Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2000.

SILVA, Luciano Braz. **Considerações de Jürgen Habermas para a filosofia do direito do século XXI**: Os limites e possibilidades da democracia, do Estado Democrático de Direito e, dos Direitos Humanos. Dissertação (Mestrado em Filosofia do Direito). Mestrado em

Direito. Centro Universitário Eurípides de Marília. Marília, 2013.

_____. **Estado democrático de direito, direitos humanos e democracia:** perspectivas racional-discursivas no pensamento de Habermas. Revista Direito Mackenzie, São Paulo, v. 6, n. 2, 2014, pg. 230-250.

_____. **Legitimidade do poder e exercício político:** facticidade e validade do direito. Perspectivas para uma análise normativa e instrumental. EM TEMPO - Marília - v. 12 – 2013, pg. 219-237.

_____. **A função do direito no mundo da vida:** LINGUAGEM, EMANCIPAÇÃO E RECONHECIMENTO. Revista Direito e Liberdade - Santa Catarina - [v. 15, n. 3](#), 2013, pg. 71-95.

_____. **O reconhecimento no Estado Democrático de Direito:** perspectivas da filosofia de Habermas para efetividade da Democracia e dos Direitos Humanos. Revista Direito Práxis, Rio de Janeiro, v.4, n.7, 2013, pg. 122-152.

SOUZA, J. **Charles Taylor e a teoria crítica do reconhecimento.** Brasília: UnB, 2000.

_____. **Uma teoria crítica do reconhecimento.** São Paulo: Lua Nova, 2000.

TAYLOR, C. **The Politics of Recognition.** In : GUTMANN, A. (ed.). Multiculturalism : Examining the Politics of Recognition. Princeton : Princeton University. 1994

_____. **As fontes do self: a construção da identidade moderna.** Tradução de Adail U. Sobral; Dinah de A. Azevedo. São Paulo: Loyola, 1997.

WERLE, Denílson L; SOARES, Mauro V. **Política e direito:** a questão da legitimidade do poder político no Estado Democrático de Direito. (Org.) Marcos Nobre, e Ricardo Terra. Direito e democracia: Um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros. 2008.

PARA ALÉM DO ROL CONSTITUCIONAL: CRITÉRIOS DE FUNDAMENTALIDADE E O RECONHECIMENTO DE NOVOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*Ellen Carina Mattias SARTORI*⁵⁶

*Caroline SCHNEIDER*⁵⁷

RESUMO: Os direitos fundamentais são fruto da evolução histórica, de inúmeras mobilizações sociais e mutações sofridas pela sociedade. Se a sociedade sofre transformações, certamente os direitos fundamentais devem acompanhá-las. Assim, o presente artigo almeja analisar se é possível reconhecer direitos fundamentais novos, que não estejam enumerados no Título II da Constituição Federal de 1988. Além disso, o presente estudo busca ponderar sobre o reconhecimento de novas gerações (ou dimensões), para além da clássica classificação das três gerações de direitos fundamentais. Partindo da premissa de que há uma necessidade de se reconhecer novos direitos fundamentais em decorrência da evolução histórica, mas que um excessivo reconhecimento de direitos como fundamentais poderia gerar a banalização da expressão, o artigo procura examinar alguns critérios pelos quais seria possível aferir a fundamentalidade material desses novos direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Direitos não enumerados. Novas dimensões. Critérios de fundamentalidade.

177

ABSTRACT

The fundamental rights are product of the historical evolution, of several social mobilizations and mutations suffered by society. If the society suffers transformations, certainly the fundamental rights should follow this. Thereby, the present article aims to analyze if it is possible to recognize new fundamental rights, which is none numerated in the Title II of the Brazilian Federal Constitution of 1988. Furthermore, the present study seeks to ponder about the recognition of news generations (or dimensions), beyond the classic classification of the three generations of fundamental rights. Based on the premise that there is a need to recognize new fundamental rights resulting from the historical evolution, but an excessive recognition of fundamental rights could generates the trivialization of the expression, the article searches to examine some standards through which would be possible to measure the material fundamentality of this news rights.

KEYWORDS: Fundamental rights. None numerated rights. New dimensions. Standards of fundamentality.

INTRODUÇÃO

⁵⁶ Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP.

⁵⁷ Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP.

Muito se arrazoa sobre o reconhecimento de novos direitos como fundamentais, que não estão enumerados no rol constitucional, chamados de “*nonenumerated rights*” (FERREIRA FILHO, 2007). Alguns desses direitos são reivindicados há tempos pela sociedade, mas ainda não atingiram um consensual *status* de fundamentalidade. Outros, porém, são provenientes de atuais movimentos sociais, reivindicações e necessidades que ganharam relevo no final do século passado ou nesse início de século. Assim, no presente estudo, chamaremos esses direitos de “novos”, porquanto muitos são vindicações historicamente recentes, e também porque não estão presentes explicitamente no rol constitucional.

Nessa toada, a doutrina especializada controverte sobre o reconhecimento de novas gerações, ou dimensões, de direitos fundamentais, para além das três clássicas gerações originariamente concebidas por Karel Vasak em 1979. Assim, o presente estudo almeja, ainda que brevemente, analisar se é possível estabelecer alguns critérios para se aferir a fundamentalidade de determinado direito, não presente no rol explícito do texto constitucional.

Considerando o objetivo pretendido, primeiramente, imperioso analisar o conceito de direitos fundamentais, sua evolução histórica e a classificação em gerações (ou dimensões) desses direitos. Para uma eficiente compreensão do tema, faz-se também necessária a apreciação do tratamento dado pela Constituição Federal de 1988 aos direitos fundamentais, seu regime jurídico, bem como as características próprias dessa categoria tão peculiar de direitos.

Por fim, o estudo procura ponderar sobre a questão da banalização da expressão “direitos fundamentais”, procurando estabelecer, sem a pretensão de exaurir o tema, alguns critérios que poderão ser usados para determinar o reconhecimento da fundamentalidade material de determinado direito, evitando-se, assim, a vulgarização da expressão e a consequente perda da eficácia dos direitos fundamentais já reconhecidos.

No aspecto metodológico, será utilizado o método de orientação de conhecimento dedutivo, pois, partindo-se das premissas que serão analisadas, chega-se à conclusão do trabalho. Quanto à natureza e ao objetivo, trata-se de uma pesquisa teórica, exploratória e

explicativa, que busca o aprofundamento do conhecimento sobre o tema. Em relação à fonte de dados, pesquisa é bibliográfica, sendo utilizada a documentação indireta, empregando-se obras doutrinárias presentes em livros, artigos em periódicos impressos e no meio eletrônico.

DO CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que a compreensão da temática ora tratada seja perficiente, é salutar tecer algumas considerações, ainda que breves, acerca das terminologias envolvidas, principalmente quanto às expressões “direito do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”; em que pese o posicionamento doutrinário acerca da heterogeneidade, da ambiguidade e da ausência de um consenso entre os conceitos, como bem aponta Sarlet (2010, p. 27), visto que a diversidade semântica está presente, inclusive, na Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, Sarlet (2010, p. 27) esclarece que a expressão “direitos do homem” possui conotação jusnaturalista e precede o reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais nos planos internacional e interno. Assim, direitos do homem seriam aqueles direitos outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana; seriam direitos de ordem pré-estatal e não positivados.

Quanto aos direitos humanos, explica Mengozzi (2010, p. 355):

As exigências apresentadas em todos os tempos e em todos os ambientes sociais pela melhoria da condição do homem terminaram na reivindicação de liberdade e de direitos sinteticamente qualificados de Direitos Humanos. O modo e os limites em que estas reivindicações conseguiram triunfar nas diversas comunidades onde passou a ter lugar a convivência humana estão estreitamente ligados à força e ao conteúdo dos ideais humanitários que nelas entraram, na qualidade de princípios de ação política, e também ao grau e, que as mesmas puderam ou souberam encontrar apoio num conjunto de forças sociais capazes de as promover e de lhes assegurar de fato um respeito normal.

Destarte, os direitos humanos são aqueles garantidos internacionalmente através de declarações de direitos ou de pactos internacionais, baseados num sistema de valores comuns, com ênfase na dignidade do ser humano. Referem-se às exigências apresentadas

pelo ser humano, proveniente de lutas e movimentos sociais que visavam a limitar o poder do Estado. São os valores mais caros ao ser humano, essenciais para que se tenha uma vida digna.

Os direitos fundamentais, por sua vez, possuem o mesmo núcleo dos direitos humanos e, por isso, muitas vezes coincidem e são até mesmo usados como sinônimos. A diferença é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional.

Justamente por isso, Sarlet (2010, p. 51) adverte que, de certa forma, os direitos fundamentais são sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos. O autor (2010, p. 35) atenta ainda para a circunstância de que uma significativa parcela dos direitos fundamentais corresponde aos direitos humanos, no sentido de que sua titularidade não fica reservada aos cidadãos nacionais, estendendo-se também aos estrangeiros.

Os direitos fundamentais, nesse sentido, podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integrados ao texto da Constituição e, portanto, retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como os que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na constituição formal, considerada a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º da Carta vigente, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos ou decorrentes do regime e da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais (SARLET, 2001a, p. 11).

Marmelstein (2009, p. 19), por sua vez, diz que os direitos fundamentais possuem um conteúdo ético (aspecto material) e um conteúdo normativo (aspecto formal). Quanto ao conteúdo ético ou material, seriam os valores básicos para uma vida digna em sociedade, tendo, portanto, íntima ligação com a ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder.

Conceituar dignidade da pessoa humana é uma tarefa árdua, pois existem muitas

discussões na doutrina acerca da definição. Não obstante a importância dessa discussão, tendo em vista o fim do presente estudo, adota-se o conceito desenvolvido por Sarlet (2001b, p.60), segundo o qual dignidade da pessoa humana seria:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Existe também uma grande celeuma na doutrina se a dignidade da pessoa humana seria uma norma, um princípio ou um princípio de valor absoluto (sobreprincípio). Apenas para exemplificar, sem querer ater-se a essa discussão, Sarlet (2001a, p. 72-78) diz que a dignidade da pessoa humana teria uma dupla dimensão, seria uma “norma-princípio”, constituindo um “valor-guia” ou um “valor fundamental geral” não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica, muito embora não possua valor absoluto, já que o reconhecimento de um princípio absoluto contradiz a própria noção de princípios.

Já Rothenburg (2014, p. 43) preconiza que a Constituição Federal de 1988 trata apropriadamente a dignidade da pessoa humana não como um direito fundamental, mas como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III). Desse modo, a dignidade é pressuposto de todo direito fundamental, funcionando como uma espécie de “medida” dos direitos fundamentais. Logo, o conceito de dignidade da pessoa humana não se confunde com o conceito ético dos direitos fundamentais, embora estejam interligados.

Já quanto ao conteúdo normativo (aspecto formal), somente são direitos fundamentais aqueles valores que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedor de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente. De acordo com essa concepção, portanto, não haveria direitos fundamentais decorrentes da lei, mas tão somente da Constituição (MARMELSTEIN, 2009, p. 19-20).

Com base nesses dois conteúdos (aspectos material e formal), Marmelstein (2009, p. 20) diz que os direitos fundamentais são normas jurídicas, fortemente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico. No entanto, o autor (2009, p. 24) adverte que não pretende com esse conceito defender uma noção meramente formal de direitos fundamentais, no sentido de que só é fundamental o direito expresso em norma escrita, reconhecendo a existência de direitos fundamentais positivados implicitamente, já que não se confunde norma positivada com norma escrita.

Assim, a dignidade da pessoa humana é utilizada como critério para a aferição da fundamentalidade de um direito, servindo como diretriz material para que se identifiquem novos direitos fundamentais de forma implícita na Constituição. Desse modo, sempre que se puder identificar uma posição jurídica que esteja diretamente embasada e relacionada (no sentido essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental.

Entretanto, não se pode desconsiderar que a identificação não prescinde do apurado exame de cada caso. Certamente, tal critério não deve ser utilizado isoladamente, devendo ser empregado outros referenciais para que se possa identificar a fundamentalidade de um direito, como se verá ao longo do presente estudo.

BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A formação gradual dos direitos humanos, ou dos direitos fundamentais, considerando as ponderações terminológicas mencionadas, está relacionada com a evolução do Estado constitucional dos tempos modernos, que encontra as suas primeiras configurações por ação da Magna Carta britânica, da Revolução Americana e da Revolução Francesa (Cf. COMPARATO, 2010, p. 13-81).

A doutrina dos direitos fundamentais, conforme ensina Brega Filho (2002, p. 3), surgiu da fusão de várias fontes, mas tem como base o cristianismo, cuja ideia é de que todos são criados à imagem e semelhança de Deus, o direito natural e o constitucionalismo. A evolução histórica dos direitos humanos e fundamentais merece um

longo tratado a respeito, o que não é o objetivo do presente estudo. Buscar-se-á, assim, fazer alguns comentários pontuais quanto a essa evolução, apenas no que interessa aos fins pretendidos.

Na Idade Média, o direito natural contribuiu para o reconhecimento dos direitos fundamentais, na medida em que preconizava a existência de leis fundamentais, naturais, superiores e limitadoras dos poderes dos monarcas, fazendo surgir pactos, forais e cartas de franquia nesse sentido. O mais famoso deles é a Carta inglesa do Rei João Sem Terra, outorgada em 1215, conhecida como “Magna Carta”, resultado de um acordo entre a monarquia e barões ingleses, que lhes garantia alguns direitos como a liberdade da Igreja, a garantia do devido processo legal, a liberdade de locomoção, dentre outros (BREGA FILHO, 2002, p. 6). Apesar de a Magna Carta ter sido um documento em favor de determinadas classes, como a nobreza e o clero, reconhece-se sua importância no sentido de que acenou para o surgimento dos direitos fundamentais, ao limitar os poderes da monarquia, até então ilimitado.

Outro marco histórico registra-se no ano de 1776, com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, datada de 16 de junho de 1776:

O artigo I da Declaração que “o bom povo da Virgínia” tornou pública, em 16 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História. É o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos (COMPARATO, 2010, p. 43).

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, que seguiu à Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 17 de setembro de 1787, também reconhecia uma série de direitos tidos como fundamentais, embora não contivesse, inicialmente, uma declaração de direitos.

Tais declarações influenciaram os revolucionários franceses, que em 26 de agosto de 1789, aprovaram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Essa declaração, em seu primeiro artigo, definia que todos os homens nascem e permanecem livres em direitos. Em dezessete artigos, a Declaração busca seguir o *slogan* da revolução: liberdade, igualdade e fraternidade (CASADO FILHO, 2012, p. 31).

As três declarações acima referidas são apontadas como fonte histórica dos direitos humanos e fundamentais, mas não estavam inseridas nas Constituições. A ideia do constitucionalismo, no entanto, se fortalecia no sentido de reconhecer a necessidade da inclusão de um rol mínimo de direitos fundamentais nas Constituições escritas (BREGA FILHO, 2002, p. 12). A Constituição francesa de 3 de setembro de 1791 trouxe formas de controle de poder estatal, mas coube à Constituição francesa de 26 de abril de 1793 trazer uma melhor regulamentação dos direitos fundamentais, reconhecendo-os no próprio texto constitucional (BREGA FILHO, 2002, p. 12). Outras se seguiram: Constituição Espanhola de 1812, a Constituição Portuguesa de 1822, A Constituição Política do Império do Brasil de 1824, a Constituição Belga de 1831, etc.

“No início do século XX percebeu-se que a garantia dos direitos individuais não bastava. Havia a necessidade de garantir também o seu exercício” (BREGA FILHO, 2002, p. 12). Assim, outras fontes acabaram influenciando a criação dos direitos fundamentais, como o socialismo, que acabou resultando na universalização desses direitos e no reconhecimento dos direitos sociais. Desta fase, destacam-se a Carta do trabalho na Itália de 1897, a Constituição mexicana de 1917, e a Constituição russa de 1918 (“Declaração dos Direitos do Povo Trabalhados e Explorado”), e a Constituição alemã de 1919 (“Constituição de Weimar”).

A Segunda Guerra Mundial, no entanto, fez a humanidade perceber que o próprio homem poderia colocar um fim à existência dos seres humanos. Algo mais necessitava ser feito de forma a assegurar que desrespeitos aos direitos humanos daquela magnitude não se repetissem (CASADO FILHO, 2012, p. 35-36). Fortaleceu-se, então, a ideia de que a proteção aos direitos humanos não deve ficar restrita à competência interna de um Estado, pois a proteção a tais direitos é de interesse transnacional. Inspirada por tais pensamentos surge a “Nações Unidas”, organização internacional criada logo depois do término desse grande conflito; sendo que em 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamou a “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, surgindo o que se chamou de “Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos” (CASADO FILHO, 2012, p. 35-36).

Dessa declaração outras se seguiram. O Sistema Interamericano, por exemplo,

começou formalmente com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em 1948. Como parte desse sistema, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, que foi adotado pela Organização dos Estados Americanos em 1969, entrando em vigor em 1978.

Portanto, a partir do reconhecimento de que assegurar determinados direitos não é uma preocupação apenas interna de determinado povo ou país, mas também de todo o globo, de todos os seres humanos, ocorre um movimento de internacionalização desses direitos, através de declarações e tratados internacionais, dando-lhes eficácia jurídica e fazendo surgir o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

CLASSIFICAÇÕES E ESPÉCIES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde o reconhecimento dos direitos fundamentais nas primeiras Constituições, esses passaram por diversas transformações, tanto no que diz respeito a sua titularidade, quanto a sua eficácia e efetivação. Nesse contexto, marcado pela mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, a doutrina fala na existência de três “gerações” de direitos, havendo, inclusive, quem aponte uma quarta, quinta e até sexta.

Assim, a classificação que se pretende estudar (pois existentes diversas) é a classificação histórica dos direitos fundamentais, feita do ponto de vista das “gerações” ou das “dimensões”. Segundo Sarlet (2010, p. 45), não há como negar que o reconhecimento progressivo dos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, complementar, e não de alternância. De tal modo, o uso da expressão “gerações” não é recomendado, pelo fato de poder ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra. Por conta disso, prefere-se o termo “dimensões” dos direitos fundamentais.

Quanto à origem desta classificação, Marmelstein (2009, p. 41-42) ensina que o jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak, em aula inaugural do Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, no ano de 1979, em Estrasburgo, baseando-se nas cores da bandeira francesa que simbolizam a liberdade, a igualdade e a fraternidade, elaborou uma teoria para, metaforicamente, demonstrar a evolução histórica dos direitos fundamentais, que ficou conhecida como “Teoria das gerações dos direitos”.

Segundo essa teoria formulada por Vasak, as espécies de direitos fundamentais podem ser divididas da seguinte forma: i) primeira geração: seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas; ii) segunda geração: seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados; iii) terceira geração: seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade com a fraternidade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Esta teoria obteve repercussão internacional e tem sido repetida por juristas em todo o mundo, ainda que de forma acrítica.

Conforme essa classificação, portanto, os direitos fundamentais de primeira dimensão seriam os chamados “direitos civis e políticos”, de cunho marcadamente individualista, sendo direitos do indivíduo oponíveis ao Estado. São, assim, direitos de defesa, direitos de resistência ou de oposição. Os direitos de primeira geração orientaram-se pela ideia de liberdade, sendo que a ideologia que os inspirou foi o liberalismo. É exemplo de direitos fundamentais de primeira dimensão o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Já os direitos fundamentais de segunda geração, seriam os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades. Caracterizam-se por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, sendo chamados de “direitos positivos”, pois exigem uma postura ativa, de concretização. Foram introduzidos no constitucionalismo pelas distintas formas de Estado social, inspirados na ideologia antiliberal do século passado, e tiveram sua origem impulsionada pela Revolução Industrial ocorrida nos séculos XVIII e XIX.

Nos direitos de segunda dimensão, o titular não é mais o ser humano individualmente considerado, mas sim grupos ou classes de seres humanos. Não obstante, tal característica não impede que tais direitos sejam também exigidos individualmente. Além disso, são direitos direcionados não só ao Estado, mas também à sociedade, na

medida em que podem ser exigidos dos agentes sociais, como os empregadores, as empresas, etc.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, por sua vez, são denominados de “direitos de fraternidade ou solidariedade”, e se caracterizam pela sua titularidade coletiva ou difusa. Segundo Bonavides (2007, p. 569), o destinatário desses direitos é o gênero humano. Os direitos da terceira dimensão, desse modo, são direitos de implicação universal ou, no mínimo, transindividual. São citados como exemplos de direitos fundamentais dessa dimensão os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e à comunicação. Esses direitos ganharam força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sendo resultantes de novas reivindicações geradas pelo impacto da revolução tecnológica ocorrida no período pós-guerra.

Bonavides (2007, p. 571-572) defende ainda a existência dos direitos de quarta dimensão, sustentando que esta categoria seria resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional. Esses direitos, introduzidos pela globalização política, estariam relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo. Referido autor ainda fala de uma quinta dimensão, na qual é ressaltado o direito fundamental à paz.

Lorenzetti (1998, p. 154), por sua vez, entende que na quarta dimensão estaria o “direito de ser diferente”, classificando, nesta categoria, direitos como à homossexualidade, à troca de sexo, ao aborto, etc.

O reconhecimento dessas dimensões, para além da terceira, não é unânime na doutrina (ROTHENBURG, 2014, p. 68). Nesse sentido, reconhece Sarlet (2010, p. 51) que os direitos de quarta e quinta dimensão poderiam muito bem integrar a designada terceira dimensão, seguindo a concepção de Vasak.

Brega Filho (2002, p. 24-25), nesse sentido, preconiza que, na realidade, esses direitos não passam de uma nova ótica dos direitos tradicionais. Trata-se de uma revitalização de direitos fundamentais tradicionais, por isso, o autor diz que não ousa reconhecer uma nova categoria. “Seriam apenas uma outra faceta, ou mesmo um

aperfeiçoamento de direitos fundamentais (políticos) já reconhecidos”.

Rothenburg (2014, p. 70-73), na mesma entoação, assevera que essas novas dimensões, para além da terceira, não passam de consolidados direitos fundamentais clássicos, abordados, no entanto, à luz de novas preocupações. O autor sustenta que a leitura renovada dos “velhos” direitos fundamentais se impõe para inseri-los no contexto atual e dar-lhes efetividade, porém, o reconhecimento de novas dimensões ainda não se sustenta. Por conta disso, o autor refere-se, metaforicamente, a “reencarnações” ou “novas encarnações” dos direitos fundamentais, pois estes se renovam a cada geração, havendo sempre a possibilidade de releituras de acordo com cada época.

Marmelstein (2009, p. 53-54), por isso, prefere falar em “novas gerações”, mas sem atribuir-lhes o adjetivo numérico. Segundo este autor, a evolução dos direitos fundamentais, obviamente, não parou nos direitos de terceira dimensão ou geração, já que a luta pela dignidade humana é constante, sendo natural que outros valores sejam acrescentados às declarações de direitos, bem como que velhos direitos sejam atualizados para refletirem a mentalidade e as necessidades do presente.

Não seria coerente pensar que a evolução dos direitos fundamentais encerra-se com a terceira dimensão, porquanto novos momentos históricos podem fazer surgir novas categorias de direitos fundamentais. A classificação em “gerações” ou em “dimensões”, originalmente concebida por Vasak, na verdade, não passa de uma concepção acadêmica realizada para facilitar a reconstrução histórica da luta pela concretização dos direitos fundamentais.

Assim, mesmo que se argumente que ainda não há que se falar em novas gerações ou dimensões, isso não importa deixar de reconhecer novos direitos como fundamentais. Se os direitos fundamentais dizem respeito ao ser humano e às condições em que ele vive na sociedade, se a sociedade está constantemente sendo modificada, certamente que novos direitos também deverão surgir e ser reconhecidos como fundamentais, não importando em qual classificação estejam inseridos.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em relação às duas primeiras dimensões dos direitos fundamentais, não há

dificuldade para identificá-las no texto da Constituição vigente, o qual traz um amplo rol no seu Título II. No entanto, a identificação dos direitos fundamentais a partir da terceira dimensão não é tão simples. Por esse motivo, Sarlet (2010, p. 67) adverte que:

Importante é a constatação de que, relativamente à posituação em nível do direito constitucional interno, os direitos das duas últimas dimensões ainda reclamam uma atenção maior, o que não significa que inexistam possibilidades de seu reconhecimento e efetivação, que poderia dar-se também (mas não só) por intermédio da cláusula de abertura propiciada pelo art. 5º, §2º, da CF [...].

Destarte, a “cláusula de abertura” inserta no §2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, permite que outras categorias de direitos fundamentais sejam localizadas para além do Título II. Em razão dessa “cláusula de abertura”, a doutrina fala em fundamentalidade formal dos direitos fundamentais - que se encontra ligada ao direito constitucional positivo -, e em fundamentalidade material, que seriam aqueles direitos fundamentais que podem ser, pela sua substância (conteúdo) e importância (relevância), equiparados aos constantes do catálogo positivo constitucional, por autorização expressa do artigo 5º, §2º, da Constituição.

Assim, pode-se dizer que existem três categorias de direitos fundamentais: i) os expressos, que estão explicitamente enumerados no texto constitucional; ii) os implícitos, que estão subentendidos nas normas constitucionais; iii) os decorrentes do regime, dos princípios adotados pela Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja parte, e que não estejam implícita ou explicitamente enumerados na Constituição.

Tal “cláusula de abertura”, portanto, permite que outros direitos fundamentais sejam reconhecidos, inclusive direitos fundamentais implícitos e decorrentes. Para que um direito seja considerado fundamental, no entanto, deve equivaler aos direitos fundamentais expressos em conteúdo e dignidade.

Sarlet (2010, p. 141-143) pronuncia que os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva, na medida em que podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto como “elementos objetivos fundamentais da comunidade”.

Neste sentido, os direitos fundamentais não seriam apenas garantias negativas dos interesses individuais, mas também constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em relação a todo o ordenamento jurídico, fornecendo diretrizes para órgãos legislativos, judiciários e executivos.

O REGIME JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MÁXIMA EFETIVIDADE

A Constituição de 1988 confere aos direitos fundamentais um especial tratamento, que consiste em um regime jurídico diferenciado em relação às demais normas. Segundo Araújo e Nunes Junior (1998, p. 64), a importância de qualificar direitos como fundamentais consiste justamente no fato desses possuírem um regime jurídico de proteção especial outorgado pela Constituição.

O primeiro aspecto a ser ressaltado, quanto ao regime jurídico dos direitos fundamentais, é justamente a hierarquia normativa superior dessa categoria de direitos, pelo fato de estarem previstos na Constituição, mesmo implicitamente, o que vincularia todo o ordenamento jurídico a sua observância.

Na era pós-positivista e do neoconstitucionalismo, a Constituição assumiu o centro da órbita de um sistema aberto de regras e princípios, admitindo a influência valorativa de ideários, pensamentos e interesses da sociedade, com repercussões no campo da interpretação constitucional, daí a ser considerada uma ordem objetiva de valores, especialmente em relação aos direitos fundamentais. “Percebeu-se que, se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei” (MARMELSTEIN, 2009, p. 11-12).

De tal modo, “[...] trouxeram-se valores, especialmente o valor dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa [...]” (MARMELSTEIN, 2009, p. 12). Assim, o termo “legalidade” não tem mais o mero sentido de literalidade da lei. A legalidade, que é produzida pela Constituição, se convola em legitimidade e em funcionalidade, à medida que garante, efetiva e, portanto, realiza os direitos fundamentais e os valores constitucionais como um todo.

Destarte, essa posição superior da Constituição proporcionou que as regras constitucionais de direitos fundamentais irradiassem por todo o sistema jurídico e, assim,

servissem de parâmetro, na forma de objetivos a serem concretizados. Esta interpretação conforme os direitos fundamentais é uma forma de interpretação conforme a Constituição, “[...] segundo a qual, entre várias interpretações possíveis, merece a preferência aquela que melhor corresponder à Constituição” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 58).

Nesse diapasão, fala-se em supremacia da Constituição e em máxima efetividade das normas constitucionais, sendo que a interpretação constitucional deve atribuir às normas constitucionais a maior efetividade possível. Talvez tenha sido Canotilho (1991, p. 1.149) quem melhor delimitou os contornos da máxima efetividade das normas constitucionais ao afirmar que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Este princípio é hodiernamente invocado no âmbito dos direitos fundamentais: “[...] no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais” (PIOVESAN, 2013, p. 117-118).

Nesse sentido, Rothenburg (2014, p. 34-35) define a maximização ou otimização dos direitos fundamentais da seguinte forma:

Deve-se sempre procurar extrair dos direitos fundamentais o máximo de conteúdo e realização que possam oferecer, de onde uma maximização ou otimização, não apenas em termos teóricos (que devem ultrapassar a linguagem genérica e adotar disposições específicas), mas igualmente de apelo prático, assim que se busque uma real implementação dos direitos fundamentais (efetividade dos direitos fundamentais), a despeito das vicissitudes (como a ausência de regulamentação suficiente ou a não inclusão entre as prioridades políticas de governo).

Conjuntamente à máxima efetividade, a Constituição Federal brasileira determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata no artigo 5º, §1º, determinando que o gozo de um direito fundamental independa de concretização legislativa (SARLET, 2010, p. 28-29). Essa plena vinculatividade implica a possibilidade de impor ao Estado, e ao particular, a realização de determinada prestação de direito fundamental assegurada pela Constituição.

Logo, quando se fala em regime jurídico dos direitos fundamentais, há de ser grifado o comando do artigo 5º, §1º, da Constituição de 1988, que estabelece o princípio da aplicabilidade imediata, porquanto representa um *status* distinto e reforçado para os direitos fundamentais, evitando que esses se tornem letra morta por falta de

regulamentação

Rothenburg (2014, p. 35-36) ainda assevera que a maximização inclui o princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, que é a versão positiva da proporcionalidade, denotando que é inadmissível deixar de implementar adequadamente os direitos fundamentais. A máxima efetividade de um direito fundamental, portanto, impõe uma observância generalizada pelos Poderes Públicos e pela sociedade em geral.

Por último, cumpre salientar que conferir a um direito o *status* de fundamental engloba-o nas chamadas “cláusulas pétreas”, abrigando-o em relação ao poder constituinte reformador, nos termos do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal. Esse ponto, no entanto, possui duas questões não pacificadas na doutrina pátria.

A primeira relaciona-se à indagação que consiste em saber se os direitos assegurados pela petrificação se limitam aos que constam na enunciação expressa do artigo 5º, ou se podem ser encontrados também em outras partes do texto constitucional. Segundo Barroso (2013, p. 242), essa questão já foi respondida pelo próprio Supremo Tribunal Federal: existem direitos protegidos pela cláusula do inciso IV, do § 4º, do artigo 60, que não se encontram expressos no elenco do artigo 5º, inclusive e notadamente por força do § 2º deste dispositivo.

A segunda questão, imersa em controvérsia ainda maior, refere-se à literalidade do inciso IV, que só faz menção a “direitos e garantias individuais”. Parte da doutrina sustenta que a cláusula constitucional somente faz menção aos direitos individuais e que, por se tratar de norma excepcional limitadora dos direitos da maioria política, deve ser interpretada de maneira estrita, e não extensiva. De outro lado, diversos autores sustentam que o constituinte empregou a espécie pelo gênero, de modo que a proteção deve recair sobre todos os direitos fundamentais, e não apenas sobre os individuais. Além disso, sustentam que não se deve fazer distinção entre direitos fundamentais formais e direitos fundamentais materiais. Nesse sentido, Barroso (2013, p. 243) preleciona:

[...] é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima, independentemente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo. Diante disso, a moderna doutrina constitucional, sem desprezar o

aspecto didático da classificação tradicional em gerações ou dimensões de direitos, procura justificar a exigibilidade de determinadas prestações e a intangibilidade de determinados direitos pelo poder reformador *na sua essencialidade para assegurar uma vida digna*. Com base em tal premissa, não são apenas os direitos individuais que constituem cláusulas pétreas, mas também as demais categorias de direitos constitucionais, na medida em que sejam dotados de fundamentalidade material. (grifos do autor).

Não obstante a validade do argumento contrário, prefere-se a posição adotada por Barroso, até porque a Constituição não trata desses conceitos com precisão semântica. Deste modo, a classificação dos direitos fundamentais em dimensões deve ser vista apenas para fins didáticos, sendo certo que todos os direitos fundamentais, a princípio, possuem o mesmo valor e merecem a mesma proteção.

Quando se fala em regime jurídico dos direitos fundamentais, é imprescindível ressaltar também a irretroatividade, decorrente do princípio da proibição de retrocesso, impondo que, uma vez reconhecidos determinados direitos fundamentais, estes não podem ser repudiados ou diminuídos, ou seja, “o desenvolvimento atingido não é passível de retrogradação” (ROTHENBURG, 2014, p. 39).

Por fim, nessa reflexão, ainda deve-se considerar o princípio *pro homine*, característico do sistema internacional de proteção dos direitos humanos e, portanto, característico também do regime jurídico diferenciado aplicável aos direitos fundamentais, que denota que o intérprete deve optar pela norma mais favorável à pessoa protegida (MAZZUOLI, 2011, p. 808-820).

Ante o exposto, percebe-se a importância de se classificar um direito como “fundamental” tendo em vista o regime jurídico diferenciado de proteção que se aplica a essa categoria peculiar de direitos.

CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Existem algumas características básicas que autorizam a falar do gênero “direitos fundamentais”. Far-se-á, assim, de forma breve, menção àquelas relevantes ao presente estudo.

A primeira característica dos direitos fundamentais seria, justamente, a fundamentalidade. É a fundamentalidade que impõe respeito a um conteúdo básico

(mínimo) para cada direito, conteúdo aquém do qual não se toleram restrições (ROTHENBURG, 2014, p. 4).

A universalidade e internacionalização também são apontadas por Rothenburg (2014, p. 5-6) como características dos direitos fundamentais, no sentido de que são universais, pois inerentes à condição humana, são destinados a todas as pessoas. Contudo, essa característica deve ser devidamente compreendida, pois não denota que o significado de um determinado direito fundamental seja o mesmo em diferentes partes do mundo, porque o significado incorporado dependerá do contexto histórico e geográfico (MARTINEZ, 1994, p. 615).

Outra característica dos direitos fundamentais é a autonomia ou autodeterminação, no sentido de que cada direito fundamental deve ser exercitado com plena autonomia pelo seu titular, que tem o livre-arbítrio de exercê-lo ou não.

Quanto à característica da indivisibilidade, esta pode ser compreendida como a unidade incindível do conteúdo de determinado direito fundamental, ou sob a perspectiva de diversos direitos fundamentais, no sentido de que não se podem aplicar apenas alguns dos direitos fundamentais reconhecidos e ignorar outros.

A característica da historicidade ou temporalidade dos direitos fundamentais, por sua vez, significa que esses direitos são um produto da história, pois foram construídos através do tempo e continuam sujeitos a avanços e até mesmo discontinuidades. A consequência desta característica é a continuidade histórica dos direitos fundamentais.

Já a característica da inter-relação indica que tais direitos encontram-se interligados e influenciam-se reciprocamente, podendo haver uma mútua dependência entre os direitos fundamentais porque o conteúdo de alguns deles vincula-se ao de outros, complementando-se e uns mostrando-se desdobramentos de outros (ROTHENBURG, 2014, p. 18).

Há, ainda, o atributo da abertura, relacionado à possibilidade de os direitos fundamentais expandirem-se em número e em conteúdo, possibilitando que sejam reconhecidos outros direitos fundamentais, os quais não constituem um rol taxativo, sendo esta mais uma de suas características: a inexauribilidade.

Os direitos fundamentais ainda possuem como característica o fato de serem harmônicos. Assim, a concorrência ou a colisão de direitos fundamentais não pode

acarretar a prevalência absoluta ou o sacrifício definitivo de algum deles, e são resolvidas, na prática, por meio do critério da proporcionalidade, buscando-se o máximo de aplicação com um mínimo indispensável de prejuízo dos direitos fundamentais envolvidos.

Rothenburg (2014, p. 29) aponta também a restringibilidade excepcional como uma das características, a qual acentua que os direitos fundamentais não podem ser restringidos pela interpretação e nem mesmo pela atividade legislativa infraconstitucional. Apenas haverá possibilidade de restrição se esta decorrer de norma constitucional expressa ou da integração com outros dispositivos constitucionais. Contudo, a restrição jamais poderá atingir o núcleo do próprio direito fundamental.

DIREITOS “NOVOS” E A BANALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CRITÉRIOS DE FUNDAMENTALIDADE

Os direitos fundamentais são fruto de grande evolução histórica e social, de inúmeras mobilizações sociais e mudanças sofridas pela sociedade. Parte-se, então, da premissa de que a sociedade sofre mudanças, assim como suas necessidades, e por certo os direitos fundamentais devem acompanhá-las. Neste contexto, em que a consagração de novas dimensões é tão discutida, mister se faz analisar a questão do reconhecimento de direitos fundamentais “novos”, não explícitos no texto constitucional.

Argumenta-se, no entanto, que estaria havendo uma banalização dos direitos fundamentais, ou seja, muitos direitos estão sendo incluídos nessa categoria sem que mereçam tal reconhecimento. Certamente que não se pode considerar todo o direito como sendo fundamental, sob pena de desmerecermos a proteção e a distinção dada a eles no sistema constitucional, porquanto a multiplicação de direitos fundamentais acabaria por vulgarizar e desvalorizar a ideia, fazendo com que eles percam o seu status jurídico e científico (BREGA FILHO, 2002, p. 28).

O problema da banalização, portanto, é justamente a perda da eficácia dessa categoria tão importante de direitos. Lorenzetti (1998, p. 29), nesse sentido, fala em uma “inflação” de direitos fundamentais, afirmando que, embora seja importante a ampliação desses direitos para que os seres humanos vivam melhor, quanto mais se multiplicam, menos força terão como exigência.

Por conta disso, Brega Filho (2002, p. 29) assevera que, muito mais importante que

o aumento do número de dimensões de direitos fundamentais, é possibilitar o exercício daqueles já garantidos. Conclui o autor pela possibilidade de se reconhecer novas dimensões de direitos fundamentais, porquanto a evolução é uma das marcas desses direitos; contudo, mais importante que esse reconhecimento, é a efetivação dos direitos até aqui assegurados.

Siqueira e Piccirillo (2008), no entanto, advertem que a banalização dos direitos fundamentais não ocorre pelo excesso do número de direitos fundamentais, mas sim em decorrência de decisões tomadas pelos governantes, que em todo momento desrespeitam direitos fundamentais, desprezando-os por meio de atos que afrontam diretamente a Constituição Federal de 1988.

No presente século, certamente que a preocupação deve ser para além do mero reconhecimento formal dos direitos fundamentais. A ordem do dia, quando se fala em direitos humanos ou direitos fundamentais, é buscar concretizar esses direitos, é buscar a maior efetividade possível. Por conseguinte, aqueles já consagrados jamais poderão ser esquecidos, nem mesmo banalizados, devendo-se sempre buscar sua efetivação.

No entanto, também não se pode negar que novas reivindicações surgiram no final do século passado e no decorrer do presente século. Assim, as evoluções sociais e tecnológicas do presente impõem o reconhecimento, de forma autônoma, de direitos humanos e fundamentais “novos” que, muito embora sejam decorrentes dos direitos fundamentais tradicionais, devem ser tratados de forma mais abrangente, evitando-se um tratamento incompleto e lacunoso.

Como visto, uma das características dos direitos fundamentais é o atributo da abertura ou inexauribilidade, relacionada à possibilidade de os direitos fundamentais expandirem-se em número e em conteúdo, possibilitando que sejam reconhecidos outros direitos fundamentais, os quais não constituem um rol taxativo.

Como asseveram Araújo e Nunes Junior (1998, p. 60), a cadeia evolutiva dos direitos fundamentais não teve um epílogo, pois diversas têm sido as manifestações internacionais no sentido de ampliar esse rol de direitos, inclusive com preocupações específicas, como, por exemplo, o meio ambiente. Nesse sentido, também Ferreira Filho (2006, p. 67) aponta que, nas instâncias internacionais, já se reconheceram direitos como

fundamentais que muito longe estão do perfil dos direitos de liberdade, ou dos direitos sociais. É o caso do direito à paz, do direito ao patrimônio comum da humanidade, do direito ao desenvolvimento, etc.

Novas reivindicações, de tal modo, vêm se incorporando à questão dos direitos fundamentais: o direito de acesso à água potável, o direito à proteção do patrimônio genético da pessoa humana, o direito à homossexualidade, o direito à acessibilidade, o direito de acesso à internet, o direito à proteção de dados pessoais, o direito ao sono, o direito a boa administração pública, etc.

Se uso recorrente do termo “fundamentais” enfraquece o que realmente se quer dizer com tal expressão, mas, ao mesmo tempo, não se pode falar em um rol taxativo, questiona-se: como reconhecer novos direitos fundamentais sem correr o risco de banalizar a expressão?

Ferreira Filho (2007), nesse sentido, afirma que somente será possível reconhecer um direito como fundamental, se previamente estiverem estabelecidos os critérios da fundamentalidade, isto é, as notas materiais que o constituem. Propõe-se, então, o presente estudo, a analisar a utilização de alguns critérios constantes na doutrina para que seja preservada a efetiva relevância da expressão, mas sem desprestigiar as reivindicações que efetivamente correspondam a valores fundamentais.

A primeira diretriz a ser utilizada seria a dignidade da pessoa humana, porquanto os direitos fundamentais são, em verdade, concretizações desse princípio. Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material para identificação e reconhecimento de novos direitos fundamentais, para além dos constantes expressamente na Constituição. Desse modo, sempre que se puder identificar que uma posição jurídica está diretamente embasada e relacionada à vida digna, inequivocamente, estaremos diante de um valor fundamental.

Entretanto, não se pode desconsiderar o apurado exame de cada caso. Como dignidade da pessoa humana e vida digna é um conceito amplo, que comporta os mais diversos significados, deve-se ter cautela. Apesar de ser um critério basilar, portanto, não deve ser exclusivo, devendo ser considerado em conjunto com outros parâmetros.

Em um relevante estudo, Alston (1984) estabeleceu alguns requisitos de um direito

fundamental. Para ele, em uma perspectiva internacionalista, somente poderão ser reconhecidos como fundamentais os direitos que: 1) reflitam um importante valor social; 2) sejam relevantes para todos, embora em grau variável, considerando os diferentes sistemas de valor coexistentes no mundo; 3) tenham base em normas provenientes de Declaração da Organização das Nações Unidas, ou em regras jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais de direito; 4) sejam consistentes com o atual sistema de direito internacional, sem serem repetitivos; 5) sejam capazes de alcançar um alto nível de consenso; 6) não sejam incompatíveis com a prática comum dos Estados; e 7) sejam suficientemente precisos para dar lugar a direitos e obrigações identificáveis (FERREIRA FILHO, 2007).

Conjuntamente a esses critérios, há de se considerar outro de ainda maior relevância: para que a um direito seja atribuído o *status* de fundamental, este deverá apresentar fundamentalidade material, o que significa que deve estar implícito ou ser decorrente do texto constitucional. Desse modo, sua substância (conteúdo) e importância (relevância) deve ser equiparada aos constantes do catálogo. “Ambos os critérios (substância e relevância) se encontram agregados entre si e são imprescindíveis para o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais” (SARLET, 2010, p. 92).

Quanto à importância, Sarlet (2010, p. 92) ensina que o constituinte, ao erigir determinada matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico. Tal circunstância será essencial para que determinada posição jurídica possa ser qualificada como fundamental. Logo, na identificação de direitos fundamentais fora do catálogo, inclusive de novos direitos, convém que seja frisado o critério da importância, “[...] atentando-se para a efetiva correspondência com o sentido jurídico dominante, cuja avaliação dependerá, sem dúvida, da sensibilidade do intérprete” (SARLET, 2010, p. 93).

Quanto ao conteúdo, deve-se identificar o que caracteriza a matéria de direitos fundamentais no direito constitucional positivo vigente, lançando o olhar sobre os elementos comuns ao conteúdo de todos os direitos fundamentais. Logo, para ser considerado um direito fundamental, deverá estar de acordo com as posições jurídicas fundamentais contempladas expressamente no catálogo, harmonizando-se com os direitos fundamentais enumerados.

Nos termos estudados no item anterior, existem algumas características básicas que autorizam a falar do gênero “direitos fundamentais”. Destarte, um direito, para ser tido como fundamental, deve possuir similitude em relação a essas características, que, portanto, também poderão ser utilizadas como norte pelo intérprete.

Consequentemente, será reconhecido como fundamental o direito que apresentar a característica da fundamentalidade. Segundo Alexy (1999, p. 61), para que seja considerado fundamental, um direito deve preencher duas condições: i) deve tratar de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito e; ii) que esse o interesse ou carência seja tão fundamental que sua violação ou não satisfação signifique a morte, um sofrimento grave, ou quando tocar no núcleo essencial da autonomia do ser humano.

Além disso, para ser fundamental, um direito deve atender à característica da universalidade, no sentido de ser inerente à condição humana, de concernir a todo e qualquer ser humano (ALEXY, 1999, p. 59).

A característica da historicidade ou temporalidade dos direitos fundamentais também pode ser uma diretriz, pois se os direitos fundamentais são um produto da história, e se determinado direito vem sendo reivindicado através do tempo como essencial a uma vida digna, este deve ser reconhecido como fundamental na Constituição daquele povo.

Os direitos fundamentais ainda têm como característica a indivisibilidade, no sentido de que não existe meio-termo: só há vida verdadeiramente digna se todos os direitos previstos estiverem sendo respeitados (BREGA FILHO, 2002, p. 62). Logo, se determinado direito está ligado à existência uma vida digna, no sentido de que não há que se falar em vida digna sem a concretização daquele direito, estar-se-á diante de um direito fundamental, como já mencionado.

Quanto à característica da inter-relação ou interdependência, que indica que tais direitos encontram-se interligados e influenciam-se reciprocamente, importará analisar se há uma mútua dependência entre os direitos fundamentais constantes no rol da Constituição e aquele que se pretende ver reconhecido como fundamental, porque o conteúdo de alguns se vincula ao de outros. Se certo direito não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de algum outro, estaremos diante de direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais ainda possuem como característica o fato de serem harmônicos. Assim, obviamente que o reconhecimento de um novo direito como fundamental não pode importar o sacrifício definitivo de algum já tratado explicitamente pela Constituição.

Por fim, destaca-se que direitos humanos reconhecidos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil também deverão ter *status* de direito materialmente fundamental por força do §2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 (MAZZUOLI, 2011, p. 847). Cumpre salientar que referimo-nos àqueles tratados internacionais de direitos humanos não aprovados nos termos do §3º, do artigo 5º, pois estes terão *status* de direito material e formalmente fundamental (PIOVESAN, 2013, p. 128). Os direitos humanos conferidos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte, portanto, independentemente do quórum de sua aprovação, sempre deverão ser tratados pelo ordenamento jurídico vigente como direito materialmente fundamental, aplicando-se a esses todo o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.

200

CONCLUSÃO

Como analisado, os direitos fundamentais são os valores básicos para uma vida digna em sociedade, tendo íntima ligação com a ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder. A evolução dos direitos fundamentais, obviamente, não parou nos direitos já reconhecidos e positivados, já que a luta pela dignidade humana é constante, sendo natural que outros valores sejam acrescentados às declarações de direitos, bem como clássicos direitos sejam modernizados para refletirem a mentalidade e as necessidades do presente.

Assim, não seria coerente pensar que a evolução dos direitos fundamentais encerra-se com a terceira dimensão, porquanto novos momentos históricos podem fazer surgir novas categorias de direitos fundamentais. A classificação em “gerações” ou em “dimensões”, na verdade, não passa de uma concepção acadêmica realizada para facilitar a reconstrução histórica da luta pela concretização dos direitos fundamentais. Por conseguinte, mesmo que se argumente que ainda não há que se falar em novas “gerações” ou “dimensões”, isso não importa deixar de reconhecer novos direitos como fundamentais.

Se os direitos fundamentais dizem respeito ao ser humano e às condições em que ele vive na sociedade, se a sociedade está constantemente sendo modificada, certamente que novos direitos também deverão surgir e ser reconhecidos como fundamentais. Justamente por isso, a “cláusula de abertura” inserta no §2º, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988, permite que outras categorias de direitos fundamentais sejam reconhecidas, deixando clara a intenção do constituinte de não estabelecer um rol exaustivo.

Contudo, observa-se uma especial dificuldade em definir quais critérios podem ser utilizados para caracterizar um direito como fundamental. Certamente que o uso recorrente do termo “fundamentais” enfraquece o que realmente se quer dizer com tal expressão, mas, ao mesmo tempo, não se pode falar em um rol taxativo, havendo a necessidade, portanto, de se estabelecer alguns critérios com a finalidade de promover o reconhecimento de novos direitos como fundamentais, evitando-se o risco de banalizar a expressão.

De tal modo, somente será possível reconhecer um direito como fundamental, se previamente estiverem presentes determinados critérios da fundamentalidade, que deverão ser utilizados pelo intérprete para que seja preservada a efetiva relevância da expressão, mas sem desprestigiar as reivindicações que efetivamente correspondam a valores fundamentais.

A diversificação (e complexidade) de alguns direitos justifica seu reconhecimento de forma autônoma. O reconhecimento de um direito como fundamental tem o intento de assegurar a esse uma posição de destaque, superando um tratamento incompleto e teoricamente lacunoso.

Assim, considerando que o Brasil tem uma Constituição com extenso rol de direitos, com significativa abrangência temática, o grande dilema do direito constitucional contemporâneo brasileiro é a efetivação desses direitos, pois, em muitos casos, constituição e leis não passam apenas de mais um texto em papel. No presente século, portanto, a preocupação deve ser para além do mero reconhecimento formal desses direitos. A ordem do dia, quando se fala em direitos humanos ou direitos fundamentais, é buscar concretizar esses direitos, ou seja, é buscar a maior efetividade possível.

Deve-se, então, reconhecer que os direitos fundamentais encontram-se em constante

evolução, alterando-se a cada momento seu alcance, e por certo os bens por eles tutelados. Obviamente que aqueles já consagrados jamais poderão ser olvidados, nem mesmo banalizados, devendo-se sempre buscar sua efetivação. No entanto, também não se pode negar que novos direitos humanos e fundamentais surgiram e continuarão surgindo, decorrentes do desenvolvimento da tecnologia e da sociedade. Tais direitos guardam ligação com os direitos fundamentais tradicionais, porém o reconhecimento de forma autônoma sem dúvida que permite que esses direitos tenham a proteção que merecem.

Desse modo, dizer que é “banalização”, e virar as costas para o reconhecimento de direitos fundamentais “novos”, é fechar os olhos para as novas situações sociais que vêm ocorrendo na sociedade. Poder-se-ia argumentar que reconhecer um direito como fundamental não faz com que um direito efetive-se, mas, não se pode negar, é sempre um primeiro passo rumo a sua concretização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático.** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ALSTON, Philip. **Conjuring up New Human Rights: a proposal for quality control.** *American Journal of Inter-national Law*, Washington DC, v. 78, p. 607 e s, 1984.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, e-book.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988.** Conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 7 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, e-book.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CASADO FILHO, Napoleão. ***Direitos Humanos Fundamentais***. São Paulo: Saraiva, 2012, e-book.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. ***Direitos Humanos Fundamentais***. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro**. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 8, n. 82, dez/jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_82/artigos/ManoelGoncalves_rev82.htm#23>. Acesso em: 26 jun. 2015.

LORENZETTI, Ricardo Luis. ***Fundamentos do Direito Privado***. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARMELSTEIN, George. ***Curso de Direitos Fundamentais***. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. **La Universalidad de los Derechos Humanos**. *Doxa* 15-16, 1994, p. 613-633. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01361620824573839199024/cuadern_o15/volII/doxa15_07.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2014.

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

MENGOZZI, Paolo. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos**. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Monaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 13 ed. 4 reimp. Brasília: UNB, 2010, v. 1.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. ***Direitos Fundamentais***. Tradução de Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, e-book.

PIOVESAN, Flávia. ***Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional***. 14 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. ***Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional***. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, e-book.

ROTHENBURG, Walter Claudius. ***Direitos Fundamentais***. São Paulo: Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano I, v. I, n. I, p. 1-46, abril 2001, p. 11. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em: 20 dez 2012.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: do Estado liberal ao Estado moderno, um enfoque as dimensões dos direitos fundamentais**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: < [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2960&n link=revista artigos leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=2960&n_link=revista_artigos_leitura) >. Acesso em: jun 2015.

PRECEDENTE JUDICIAL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA, DO ACESSO À JUSTIÇA E DA ESTABILIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Thais Estevão SACONATO⁵⁸

Everton Balbo dos SANTOS⁵⁹

RESUMO

Trata-se de trabalho fruto de pesquisa bibliográfica relacionada ao sistema de precedentes no Direito brasileiro, mais especificamente da importância dos precedentes para a garantia da segurança jurídica, do acesso à justiça e da estabilidade das decisões judiciais. Enfoca a existência de dois sistemas jurídicos que podem regulamentar a ordem jurídica de um Estado, quais sejam, *civil law e common law*, a respeito dos quais se faz rápida abordagem histórica e suas diferenças. Na sequência, aborda a aproximação entre os dois sistemas, a valorização dos princípios fundamentais e da jurisprudência como fonte do Direito, e a necessidade da adoção do sistema de precedentes como ferramenta de segurança jurídica na resolução de conflitos no atual cenário jurídico do país, consolidada com o Novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em março de 2016.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes Judiciais. Segurança Jurídica. Acesso à Justiça. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

It's about a work resulted from bibliographic research related to the system of precedents in the Brazilian Law, more specifically to the importance of the precedents for the juridical safety's warranty, of the fundamental beginnings and of the access to the justice. This work focuses the existence of two juridical systems that they can regulate the juridical order of a State, which they're, civil law and common law, regarding which it's made fast historical approach and their differences. In the sequence, approach the rapprochement among the two systems, the valorization of the fundamental principles and of the jurisprudence as source of the Law, and the need of the adoption of the system of precedents as tool of juridical safety in the current juridical scenery of the country, consolidated with the New Code of Civil Process, which will come into effect in March of 2016.

KEYWORDS: Judicial precedents. Juridical safety. Access to justice. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

⁵⁸ Estudante de Pós-graduação - Centro Universitário Eurípides de Marília.

⁵⁹ Estudante de Pós-graduação - Centro Universitário Eurípides de Marília.

O precedente judicial é fruto de uma atividade jurisdicional, cujas decisões produzidas com a possibilidade de se tornarem modelos de solução de conflitos para julgamento de casos futuros se torna inevitável.

Nota-se que no sistema jurídico brasileiro atual há uma crise em função do excessivo número de demandas processuais e os infinitos recursos para os tribunais superiores. Isto tem gerado incerteza no direito, sua imprevisibilidade, causando insegurança jurídica.

Desta forma, é oportuno pensar sobre a importância do aprimoramento das normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro e a vinculação aos precedentes dos Tribunais Superiores, visando a uniformização das decisões judiciais.

A atual ordem constitucional tem dado ênfase aos princípios fundamentais do Direito. A aproximação do sistema *civil law*, de origem romano-germânica, adotado pelo direito brasileiro, ao sistema *common law*, de origem anglo-saxônica, acarretou a valorização da jurisprudência como fonte do Direito.

Apesar de certa contrariedade existente, a utilização dos precedentes judiciais no Brasil tem crescido diariamente, não se podendo mais ignorar tal realidade.

Por isso, mostra-se oportuno compreender o significado do precedente judicial no direito brasileiro, bem como as técnicas de julgamento baseadas na aplicação dos precedentes que estão expressamente previstos no ordenamento jurídico e constitucional.

A garantia do acesso à justiça, da segurança jurídica e da estabilidade das decisões judiciais está diretamente relacionada à importância da efetivação dos precedentes judiciais na construção do Direito.

ASPECTOS GERAIS DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW E A APROXIMAÇÃO DOS SISTEMAS

Na atual conjuntura jurídica mundial estabeleceu-se a existência de dois sistemas jurídicos que podem regulamentar a ordem jurídica de um Estado, quais sejam: *civil law* e *common law*.

A diferença entre os dois sistemas é que o *civil law* é um direito escrito, onde a jurisdição é estruturada preponderantemente com a finalidade de atuação do direito

objetivo. Nesse sistema o juiz é considerado *bouche de la loi* (boca da lei), para justificar a ideia de que seus poderes decorrem da lei, sendo que suas decisões estão sempre subordinadas a algo “maior”, ou seja, a lei. A segurança jurídica está nos textos da lei.

Já o sistema do *common law* adota um direito costumeiro, pautado pela jurisprudência, onde, no modelo de justiça, prepondera a visão de pacificação dos litigantes. Neste sistema há respeito obrigatório aos precedentes.

Na análise e solução de casos concretos, uma relevante diferenciação entre os dois sistemas é o fato de que, na *civil law* parte-se do geral para o particular, ou seja, a premissa maior é a lei, a premissa menor é o caso concreto e a conclusão é a solução almejada. A este fator dá-se o nome de método dedutivo. Já na *common law* parte-se do particular para o geral, ou seja, há a interpretação de um caso concreto e a extração da regra jurídica a ser aplicada, sendo que a decisão será voltada para julgados de casos semelhantes ou análogos – método indutivo.

Para Wambier (2010, p. 33), esta diferença entre os sistemas não existe:

É evidente que o raciocínio jurídico do juiz tem de nascer *do caso*. Há muito tempo já se diz, no âmbito do *civil law*, que o raciocínio do juiz não se identifica com um silogismo, em que o sistema seria a premissa maior; os fatos, a menor; e a conclusão, a decisão propriamente dita. Não há como ser de outro modo. O raciocínio jurídico começa nos fatos, que já são, todavia, *compreendidos* e qualificados à luz do conhecimento que tem o sujeito a respeito do direito.

Oportuno ressaltar que, apesar do *common law* ser avesso ao direito legislado, não se nega, neste sistema, a supremacia formal que a lei possui sobre as decisões do Judiciário.

A criação da tradição romano-germânica originou-se nos séculos XII e XIII, no período do Renascimento da Europa Ocidental. Neste período o estudo do Direito ganhou destaque nas universidades.

Historicamente, no século XIX, com a passagem do poder do monarca para a Nação, simbolizada pela Revolução Francesa, nasceu o raciocínio jurídico do sistema *civil law*:

A ideia de que o poder central era justificado ou legitimado pela vontade do povo, foi uma das principais concepções que inspirou a Revolução Francesa. Consequentemente, os juízes tinham de obedecer à lei, tinham de decidir os casos precisamente de acordo com a lei, sendo, suas decisões sempre fundamentadas, devendo ser feita expressa referência à lei em que se baseavam as decisões. Juízes eram vistos como seres inanimados, agindo como se fossem ‘a boca da lei’. As teorias dedutivas eram capazes de explicar as decisões judiciais com se elas fossem o resultado de um raciocínio absolutamente lógico: Lei + fatos = decisão (WAMBIER, 2009, p. 121).

Ou seja, entendia-se que o juiz não podia interpretar a lei, devendo limitar-se a aplicá-la aos casos, evitando, assim, a distorção dos textos legais. Tais fatos eram indispensáveis à concretização da liberdade, igualdade e certeza jurídica da época.

O princípio da igualdade no sistema *civil law* estava associado à aplicação da letra da lei, o que ocasionou a codificação do direito.

Porém, com o passar do tempo e as mudanças da sociedade moderna, houve alterações no direito e no acesso à justiça:

Este quadro acabou gerando um aumento considerável da complexidade dos casos trazidos ao Judiciário. Este fenômeno fez com que muitos pensadores percebessem que o *texto da lei* tinha se tornado um instrumento insuficiente para resolver todos os problemas levados ao Judiciário, já que as multifacetadas feições das sociedades contemporâneas, somadas ao fato de o Judiciário ter-se tornado mais acessível, acabou por obrigar o juiz dos nossos tempos a decidir de acordo com as particularidades de cada caso. Isto significa que, de algum modo, deve haver flexibilidade. Nesse contexto, as decisões já não mais podem ser vistas como resultado da aplicação automática da lei e o pensamento jurídico tradicional, de natureza lógico-dedutiva, vêm se mostrando impotente para resolver parte expressiva dos conflitos (WAMBIER, 2009, p. 121).

O *common law* formou-se no período entre o ano 1066 até o início da dinastia Tudor, em 1485, ou seja, quando se firma um novo sistema jurídico frente aos costumes locais, na Inglaterra.

Naquela época, o sistema da *common law* era considerado adequado às necessidades e estava bem inserido na realidade social de seu tempo.

A conquista normanda, em meados do século XI, foi fundamental para a história do direito inglês. Os primeiros juízes deste sistema aplicavam regras de origem germânica.

A interpretação da lei não se subordinava a qualquer critério mais rígido, pois o rei era o natural intérprete da lei, cabendo aos juízes a tarefa de procurar a *ratio decidendi* para adaptá-la ao caso concreto, não estando submissos a qualquer texto legal escrito (CRUZ e TUCCI, 2004, p. 152).

“Essa concepção de organização judiciária centralizada, possibilitando a todos os homens livres o acesso à justiça, contribuiu sobremaneira para infundir nos súditos o conhecimento do direito em vigor.” (CRUZ e TUCCI, 2004, p. 152).

Na obra dos primeiros comentadores da *common law* já se manifesta preocupação com o problema de julgamentos contraditórios. (CRUZ e TUCCI, 2004, p. 153).

A ideologia da *common law* favorecia a que, cada vez mais, os operadores do direito invocassem os precedentes judiciais.

Portanto, apesar das transformações e adaptações sofridas ao longo dos séculos, o *common law* manteve intacto seu ponto central, que consiste na utilização de casos concretos como fonte de direito.

Nota-se, portanto, que a jurisdição do *civil law* teve a sua natureza transformada, tendo o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo) inegavelmente aproximado o sistema do *civil law* ao do *common law*.

De acordo com Mancuso (1999, p. 165-166), os sistemas jurídicos que iniciaram em diferentes pontos na história do direito, agora caminham na mesma direção, com objetivos compartilhados.

A aproximação dos dois sistemas no Brasil ocorreu devido à constitucionalização do Direito. A partir de então a teoria dos precedentes ganhou importância para a garantia da segurança jurídica, da previsibilidade e da isonomia.

O fato é que os países de origem *civil law* estão, aos poucos, empregando de diversas maneiras o sistema dos precedentes judiciais em suas jurisdições. Assim, com essa aproximação, o precedente tornou-se uma realidade inerente a qualquer sistema jurídico, seja do *civil law* ou do *common law*, variando, somente, o grau de eficácia que possui.

No Brasil, com sua tradição romano-germânica, sempre vigorou o sistema do *civil law*, já que a lei sempre foi a fonte primária do direito, com fundamento no positivismo jurídico, conforme expressamente disposto no artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal

“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. A partir de tais influências construiu-se um sistema todo escrito.

Ocorre que nos países que empregam o *common law* (Inglaterra e Estados Unidos) foi desenvolvida a doutrina dos precedentes judiciais, que, em regra, possuem força vinculante (*binding authority*). É o *judge-made law*, que se funda no princípio do *stare decisis*, termo da expressão latina “*stare decisis et non quieta movere*”, que significa “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”. Ou seja, no *stare decisis* há a atribuição de força vinculante das decisões proferidas pelos tribunais superiores aos tribunais inferiores quando se tratar de casos análogos.

De acordo com Pavan (2008, p. 459), o *stare decisis* “tem a função de conferir uniformidade às decisões judiciais”.

Os ingleses denominam a parte efetivamente vinculante de uma decisão de *ratio decidendi*, que pode ser considerada o núcleo do precedente, ou seja, a regra.

No sistema *civil law* o precedente judicial, em geral, tem cunho persuasivo, de valor moral (*persuasive authority*). Neste sistema a jurisprudência possui apenas a função de orientar e direcionar a interpretação da lei pelos magistrados, sem, contudo, ser obrigatória.

O *common law* costuma ser visto, em boa parte dos países de *civil law*, como um sistema jurídico diferente, complexo e, sobretudo, completamente desinteressante para os juristas, especialmente para os processualistas. Há, inclusive, no Brasil, certo preconceito em relação a esse sistema, numa tentativa frustrada de colocar a lei e o positivismo jurídico acima de qualquer precedente jurídico ou instituto semelhante, tentando-se negar a importância dos institutos de *common law*.

Apesar disso, com a aproximação do sistema *civil law* ao sistema *common law* houve a valorização da jurisprudência como fonte do direito. Assim, o judiciário brasileiro passou a usar, ainda que de maneira tímida, a figura de precedentes, que são decisões judiciais tomadas à luz de um caso concreto, cuja essência pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.

Os precedentes dotados de força vinculante são fundamentais para a garantia da segurança jurídica e para a proteção dos princípios fundamentais.

A lei e sua visão codificada perdeu sua posição central como fonte do direito e

passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

A função dos juízes também passou por transformações, deixando de apenas declarar a vontade concreta da lei, para atuar ativamente ante as interpretações normativas e as situações omissas da lei.

Atualmente já se fala que a jurisdição é uma atividade criativa da norma jurídica do caso concreto, bem como se cria, muitas vezes, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto.

Deve-se deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto, exercendo a verdadeira arte do direito, consolidando sua verdadeira finalidade.

Assim, constrói-se, por meio de uma atividade criativa, a decisão de acordo com seu convencimento, procurando no legislativo, fundamentos para a mesma.

Em outras palavras, inicialmente o magistrado decide o caso e, em seguida, busca no sistema amparo para motivar sua decisão.

A adoção do sistema de precedentes auxilia na construção do ordenamento jurídico.

Oportuno ressaltar que o sistema brasileiro já adota o precedente vinculante desde 1993, quando fora inserido o § 2.º ao artigo 102 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 3, de 1993 (posteriormente alterado pela Emenda Constitucional n.º 45, de 2004).

A Lei 13.105/15, que traz o texto do novo Código de Processo Civil, que entrará em vigor em 16 de março de 2016, traz institutos que valorizam os precedentes no nosso sistema jurídico brasileiro.

Por conta desses instrumentos do novo Código de Processo Civil há expectativa de que se consiga alcançar o primado constitucional do acesso à Justiça.

A nova roupagem do Código não só assegura o ingresso em juízo como também proporciona maiores garantias quanto à duração razoável do processo, minimizando a insegurança jurídica, através de um processo eficiente.

A TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

De acordo com o entendimento de Rupert Cross e J.W. Harris (apud Wambier, 2009, p. 121), “entende-se que um precedente é um pronunciamento do juiz sobre o direito e que as questões de fato não integram o precedente. Mas é extremamente importante se dizer que as decisões devem ser lidas e compreendidas à luz dos fatos.”

Para Didier Jr., Braga e Oliveira (2009, p. 381), precedente judicial pode ser definido como “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos.”

O significado de precedente é atingido a partir da consideração dos seus conteúdos, especialmente, das partes internas que identificam o que o tribunal realmente pensa acerca de determinada questão jurídica. Precedente não se confunde com decisão judicial. Só se fala em precedente quando se tem uma decisão dotada, basicamente, da potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados (MARINONI, 2013, p. 212).

O precedente constitui decisão acerca de matéria de direito e não de matéria de fato.

Neste sentido:

Para constituir precedente não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. É possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delineia, deixando-a cristalina. (MARINONI, 2013, p. 214).

Logo, os precedentes judiciais estão relacionados aos casos concretos que os originaram, e não podem ser considerados fórmulas abstratas e genéricas.

O processualista Ovídio Baptista da Silva (1999, p. 494), indicou que o precedente é uma decisão que rompe uma circunstância anterior e não é formado por decisões reiteradas sobre determinado assunto.

O precedente não tem a pretensão de engessar as relações sociais. Neste sentido, as

decisões devem acompanhar as transformações sociais e as exigências da sociedade, colaborando para o progresso e modernização do direito.

Por isso o precedente não é eterno, devendo sempre se adequar à realidade da sociedade, quebrando paradigmas.

Nesta esteira, Ovídio Baptista da Silva comenta:

Esse sentido transformador do precedente, através do qual a ordem jurídica se rejuvenesce, para acompanhar as exigências sociais, permite que as cortes supremas contribuam para o progresso e constante modernização do Direito, assegurando-lhe a unidade, função primordial e indispensável a ser exercida pelas supremas cortes e que as nossas dificilmente poderão exercer em sua plenitude, asoberbadas como estão por um volume extraordinário, absolutamente despropositado, de recursos que os torna, por isso mesmo, questões do exclusivo interesse dos respectivos litigantes. (BAPTISTA DA SILVA, 1999, p. 494).

O precedente judicial representa importante ferramenta garantidora da estabilidade e previsibilidade do Direito, e pode ser classificado como declarativo, criativo, vinculante, obstativo de recurso e persuasivo (DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, 2009, p. 387-390).

Declarativo é aquele precedente em que a decisão é fundamentada em um precedente anterior já consolidado. Tem a função de declarar o conteúdo anteriormente definido pelo Tribunal.

Precedente criativo supre a lacuna existente na lei. O magistrado, a partir de sua interpretação da lei, cria e aplica uma norma jurídica. Este precedente é típico do sistema anglo-americano.

O precedente vinculante é fonte do direito, pois obriga os demais julgados de casos semelhantes que vierem posteriormente.

No ordenamento jurídico brasileiro temos alguns exemplos de precedentes com força vinculante, quais sejam: a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, as Súmulas dos Tribunais e as decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de controle difuso de constitucionalidade.

Oportuno observar que os precedentes não podem ser confundidos com os efeitos das Sumulas Vinculantes, pois os precedentes são mais específicos, para casos semelhantes, não podendo ser utilizado de forma genérica.

Precedente obstativo de recurso é aquele que evita revisão de decisão por instância superior. No atual Código de Processo Civil há alguns exemplos deste precedente: artigo 518, § 1.º, artigo 544, §§ 3.º e 4.º e artigo 557.

O precedente persuasivo é utilizado pelos juízes que usam a jurisprudência para fundamentar suas decisões, as quais não possuem força vinculante. As decisões são apenas fonte de orientação.

Conforme já mencionado, o sistema jurídico brasileiro adota a lei como fonte primordial em decisões judiciais. Porém, em um ordenamento no qual a igualdade é direito fundamental, não deve ser admitido que o mesmo tribunal decida de maneira distinta casos iguais.

Assim, os precedentes, se bem empregados, podem solucionar o problema de decisões tão conflitantes em casos tão semelhantes, concretizando-se decisões mais céleres e justas, transformando a jurisdição em uma atividade criativa da norma jurídica do caso concreto.

É importante deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário exerce a função de legislador negativo, pois ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto, exercendo a verdadeira arte do direito, que é a sua evolução construtiva.

Apesar dos precedentes judiciais e da jurisprudência desempenharem papel relevante no nosso ordenamento jurídico, ainda não existem premissas bem definidas na legislação, sendo necessárias alterações para que seja conferido tratamento sistemático e harmônico ao assunto.

A jurisprudência tem funções importantes no ordenamento jurídico brasileiro, dentre as quais interpretar e delimitar o alcance da lei e adequá-la no tempo, de acordo com as necessidades da realidade social no momento de aplicação da lei.

Ela é reflexo do sistema romano-germânico adotado pelo Brasil e, por isso, tem caráter complementar ao direito vigente, diferente do que ocorre em países de tradição anglo-saxônica, onde as decisões são fontes do direito, formando precedentes vinculantes.

A uniformização da jurisprudência pode originar súmulas, que são utilizadas apenas como orientação de interpretação, sem qualquer ligação com os casos e julgamentos que as originaram. Atuam somente como mecanismo de definição e sentido

das leis.

De acordo com Marinoni (2013, p. 215), as súmulas fazem parte de uma linguagem que descreve as decisões. Porém, não possuem as mesmas garantias de um precedente. Para que exista precedente não basta apenas um enunciado acerca de questão jurídica, mas é imprescindível que este enunciado tenha sido elaborado em respeito à adequada participação em contraditório dos litigantes e, assim, tenha surgido como um resultado do processo judicial.

No atual direito brasileiro, a coisa julgada material incide apenas sobre o dispositivo da sentença, não abrangendo os fundamentos. Este limite da coisa julgada material é uma característica do *civil law*, onde os fundamentos tem importância apenas para as partes, ao contrário do que ocorre no *common law*, em que os fundamentos tem importância para os demais jurisdicionados.

A Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 criou as súmulas vinculantes, objetivando garantir a uniformidade da interpretação do texto constitucional ou legal e resolver a questão da insegurança jurídica.

É notório que a jurisprudência tem influenciado os operadores do direito e tem fundamentado sentenças dos magistrados brasileiros, consolidando posicionamentos e entendimentos.

Porém, ela não é uma manifestação da teoria dos precedentes vinculantes, e com eles não pode ser confundida, conforme dispõe o jurista Carlos Maximiliano (1980, p. 187): “Contribui como precedentes legislativos, para o Direito Consuetudinário; porém não se confunde com eles, nem com o uso.”

Frequentemente as súmulas e jurisprudências são utilizadas sem uma análise comparativa dos casos, causando confusão entre o real significado da aplicação da jurisprudência e dos precedentes judiciais. Os trechos de decisões usados fora de contexto, sem qualquer relação com a situação fática originária, demonstra a crise do sistema jurídico atual. Já o precedente judicial está relacionado aos fatos de um determinado caso, o que impossibilita a sua aplicação em casos posteriores a partir da simples verificação da ementa do julgamento, pois se trata de uma questão jurídica, inseparável do caso que lhe deu origem (RAMIRES, 2010, p. 68).

Assim, para que a decisão judicial seja fundamentada em um precedente deve-se analisar se existe analogia entre os casos.

A liberdade de interpretação dos juízes, calcada no princípio do livre convencimento motivado do juiz, não pode desestruturar a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais.

Neste sentido, Kelsen (2006, p. 278) destacou a necessidade de respeito aos precedentes: “A decisão judicial de um caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos pelo fato de a norma individual que ela representa ser generalizada.”

A abordagem sobre o precedente judicial e sua influência no sistema jurídico é tema de grande relevância no direito processual, pois ele constitui uma das fontes do direito, ao lado da lei, do costume, da doutrina e dos princípios gerais.

Como dito anteriormente, o judiciário brasileiro usa, ainda que de maneira tímida, a figura dos precedentes, o que deve mudar com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015).

Apesar de terem sido retirados do texto da nova lei os artigos que falariam especificamente sobre o uso dos precedentes, o instituto se acha presente de forma esparsa no novo Código, e será aplicado em nosso sistema.

Porém, ainda não há uma teoria consolidada sobre o uso deste instituto, o que deve acontecer com o tempo e sua utilização, principalmente para a uniformização das decisões.

É disso que trata o artigo 926, § 2º da nova lei:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos **precedentes** que motivaram sua criação. (grifo nosso)

Além do mais, a decisão de outros magistrados já é utilizada como meio de influenciar decisões em casos idênticos. O Novo Código torna obrigatória decisão igual para casos iguais.

Tal uniformização trará maior segurança jurídica e previsibilidade de resultado,

fazendo com que um dos grandes problemas do judiciário nacional seja sanado, qual seja, o excesso de demandas. Com a uniformização e obrigatoriedade de utilização dos precedentes, será possível prever quais ações não terão êxito e com isso evitar ingresso de ações desnecessárias.

A segurança jurídica é um ponto muito importante quando se fala na aplicação dos precedentes, pois se ela for ofendida, ou mesmo se houver risco de ser, pode ser instaurado incidente de demandas repetitivas.

Para proteger o princípio da segurança jurídica, o Novo Código de Processo Civil traz a possibilidade de se ingressar com Reclamação, e prevê expressamente que um dos motivos do cabimento é garantir a observância de “precedente proferido em julgamento de casos repetitivos”.

O novo diploma legal traz isso em seus artigos 976, I e II; 985, § 1º; e 988, IV:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;

II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Art. 985. § 1.º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

IV - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.

217

O Professor Cruz e Tucci (2015, p. 146) chama a atenção para importância da uniformização da jurisprudência para se garantir a igualdade perante a distribuição da justiça:

Ademais, a jurisprudência consolidada garante a igualdade dos cidadãos perante a distribuição da justiça, porque situações análogas dever ser julgadas do mesmo modo, sobretudo no Brasil, em que há grande número de tribunais. O tratamento desigual é forte indício de injustiça em pelo menos um dos casos.

Os estudos realizados sobre os precedentes no Novo Código asseguram que, pelo

menos a princípio, a aplicação dos precedentes funcionará de forma verticalizada, devendo uniformizar os julgados dos Tribunais Superiores e serem seguidos pelos outros órgãos de julgamento e pelos juristas em geral. Tanto que no § 5º do artigo 927 a nova lei estabelece que os Tribunais “darão publicidade a seus precedentes”.

Assim, é importante compreender o conceito de precedente judicial e as formas de reconhecimento dos precedentes previstas no direito brasileiro, bem como atentar para a necessidade de aperfeiçoamento dos institutos existentes e vinculação aos precedentes dos Tribunais Superiores, visando a necessidade de decisões judiciais mais uniformes e estáveis.

A preocupação do legislador é a de desafogar os tribunais, e a uniformização de entendimentos tem sido visada, mas somente na medida em que contribua para o descongestionamento da carga de trabalho dos tribunais.

Porém, a preocupação primordial deve ser a isonomia e a segurança jurídica, as quais só serão atingidas a partir da efetiva uniformização da jurisprudência e a efetivação dos precedentes.

O Brasil, que sempre sofreu influência do direito romano, nunca ignorou a importância dos precedentes, os quais sempre estiveram em voga entre os juristas.

As influências dos sistemas *civil law* e *common law* no direito brasileiro demonstram que há a necessidade de reflexão sobre o tema e desconstrução de paradigmas.

Por isso, o aperfeiçoamento dos institutos já existentes e a vinculação aos precedentes judiciais é uma urgência do Poder Judiciário, com o intuito de minimizar a crise no sistema jurídico brasileiro.

A garantia do princípio da igualdade na solução de casos concretos e a efetividade da segurança jurídica e do acesso à justiça no cenário nacional só serão concretizadas com a efetivação da teoria dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

Ora, o que se visualiza é que o sistema de precedentes é uma poderosa ferramenta para equalizar a insegurança jurídica que hoje permeia as decisões jurídicas.

A distinção entre os sistemas jurídicos adotados em determinado ordenamento jurídico, *civil law* e *common law*, foi diminuída com a aproximação deles, ocorrida, principalmente, em razão da globalização judicial.

As jurisprudências estão servindo apenas para mostrar o poder que o cargo confere a cada juiz e não para que o direito possa fazer diferença na vida cotidiana de cada indivíduo de maneira igual na medida de suas igualdades e desigual na medida de suas desigualdades, para buscar a equidade e razoabilidade.

Com a aproximação do sistema *civil law* ao sistema *common law* no Brasil houve a valorização da jurisprudência como fonte do direito brasileiro, ocorrendo a adoção de precedentes.

Porém, apesar da jurisprudência e dos precedentes desempenharem papel relevante no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não há proposições bem definidas, carecendo de alterações legislativas para que seja conferido tratamento sistemático e harmônico ao assunto.

É importante salientar que o poder judiciário não existe para satisfazer o ego pessoal de um jurista, mas sua finalidade precípua é fazer o bem social por meio da justiça na medida em que esta deve ser aplicada em cada caso ante as suas particularidades.

Daí a importância do sistema de precedentes, que se bem empregado pode solucionar o problema de decisões tão divergentes em casos tão semelhantes.

Compete ao legislador brasileiro acompanhar a evolução constante da sociedade e proporcionar meios necessários ao acesso à justiça e à isonomia. Compete, também, aos construtores do direito utilizar as ferramentas disponíveis para solucionar a crise de eficácia do direito brasileiro e garantir a valorização dos princípios fundamentais e da segurança jurídica.

Diante dessa nova realidade dos precedentes judiciais, com o advento do Novo Código de Processo Civil, resta uma esperança para ver a justiça sendo efetivada por meio de uma concreta e devida aplicação do direito, com o respeito às decisões já empregadas em casos solucionados, ressaltando a força vinculante destas para os juízes que irão se manifestar em casos semelhantes tendo tais decisões como parâmetros, concretizando-se decisões mais céleres e justas, sem que o Direito deixe de evoluir de modo construtivo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes vinculantes. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 38, n. 215, Jan. 2013, p. 207-248.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A principalização da jurisprudência através da Constituição. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 98, abr/jun 2000, p. 83-89.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente Judicial como fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O regime do precedente judicial no Novo CPC. In: **Revista do Advogado AASP**, v. 126. São Paulo: Associação dos Advogados do Estado de São Paulo, 2015, fls. 146.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. de Hermínio A. Carvalho. 4.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Eficácia do precedente judicial na história do direito brasileiro. **Revista do Advogado**. São Paulo, AASP, n.º 75, abr. 2004, p. 73-77.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, v. 2.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**. n.47, 2008, p. 11-58.

_____. (Org.). **A força dos precedentes**: estudos dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

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

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª ed. Rio de Janeiro:

Forense, 1980.

PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. **A concentração do controle jurisdicional de constitucionalidade: súmula vinculante 10.** In. Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. Coordenação: Ives Gandra Martins e Francisco Rezek. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 10^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os “precedentes” no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. **Revista de Processo.** São Paulo, v. 226, Dez. 2013, p. 349.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A função dos tribunais superiores. **Gênesis:** revista de direito processual civil. Curitiba, n. 13, v. 9, jul/set. 1999, p. 485-498.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 110, v. 28, abr/jun 2003, p. 141-158.

_____. Icebergs do common law e civil law?: macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 181, v. 35, março 2010, p. 167-172.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 893, Mar. 2010, p. 33.

_____. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, v. 172, Jun. 2009, p. 121.

PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: POR UMA MELHOR OPERACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA DE CONTENÇÃO DE LITÍGIOS

*Vanessa Rui FÁVERO*⁶⁰

*Natalia Rui FÁVERO*⁶¹

RESUMO:

O Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário – constitucionalmente consagrado no artigo 5º, inciso XXXV –, mediante a expansão do entendimento constitucional da garantia fundamental de acesso à justiça, visa garantir que todos tenham direito não tão somente de acesso ao Poder Judiciário, mas também a ver seus conflitos solucionados da maneira mais eficaz possível, possibilitando acesso a uma ordem jurídica justa; sendo, dessa forma, necessário que seja proporcionado às partes meios eficientes para a resolução de seus conflitos. Neste contexto, almeja-se a disseminação dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos – ou equivalente jurisdicionais –, como modo de melhor operacionalizar o sistema para o adequado tratamento de conflitos, buscando uma efetiva satisfação para todas as partes de um litígio através do fomento a uma política pública de tratamento adequado de conflitos, concluindo-se, assim, que tais métodos alternativos são, teleologicamente, expressão do acesso à justiça enquanto direito fundamental previsto na Constituição Federal e, portanto, merecedores de aprimoramento em homenagem ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Propõe-se, dessa forma, uma releitura do clássico princípio da inafastabilidade da jurisdição para sua adequação aos escopos do Estado pós-moderno; possibilitando uma efetiva disseminação dos mais variados meios de solução de conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: acesso a justiça; efetividade; política pública de tratamento adequado de conflitos; métodos alternativos de resolução de conflitos; equivalentes jurisdicionais.

ABSTRACT:

The Principle of the Judiciary Inafastabilidade - constitutionally enshrined in Article 5, paragraph XXXV - by expanding the understanding of the fundamental constitutional guarantee of access to justice, aims to ensure that everyone has the right not only as access to the courts, but also the see their conflicts resolved in the most effective way possible, enabling access to a fair legal system; and thus needs to be provided to the parties effective means for the resolution of their conflicts. In this context, aims to spread the alternative mechanisms of conflict resolution - or jurisdictional equivalent - such as how to best operate the system for proper treatment of conflicts, seeking an effective satisfaction for all parties to a dispute by fostering the a public policy suitable conflict treatment, concluding

⁶⁰ Estudante de Pós-graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

⁶¹ Estudante de Pós-graduação - Centro Universitário de Votuporanga.

therefore that such alternative methods are teleologically, expression of access to justice as a fundamental right provided in the Constitution and therefore deserving of improvement in homage to the principle of maximum effectiveness of fundamental rights. It is proposed therefore, a retelling of the classic principle of the jurisdiction inafastabilidade for their suitability to scopes of the postmodern State; enabling effective dissemination of various means of conflict resolution.

KEYWORDS: access to justice; effectiveness; public policy appropriate treatment of conflicts; alternative methods of conflict resolution; jurisdictional equivalents.

INTRODUÇÃO

É tendência contemporânea o empreendimento de estudos relacionados à efetividade da prestação jurisdicional, bem como atualmente também passou-se a trazer a voga debates acerca das formas adequadas de pacificação de conflitos, no intuito de melhor operacionalizar os mecanismos clássicos de ativação da justiça. Assim, temos que o Poder Jurisdicional exerce papel imprescindível na tutela dos direitos fundamentais, no entanto, o monopólio exclusivo da resolução de conflitos pelo Estado, já não mais vem se demonstrando eficiente para uma efetiva pacificação social.

O atual momento aliado à vigente conjuntura fático-social litigiosa no qual se insere o Poder Judiciário brasileiro passa a demonstrar um visível esgotamento pelo qual atravessa nosso sistema jurisdicional, revelando-nos a insuficiência, ineficácia e, por vezes, a insatisfação gerada pela atuação jurisdicional do magistrado, como modelo tradicionalmente adotado para a resolução de conflitos em uma sociedade.

Ressalta-se que o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário tem previsão desde a Constituição Federal de 1946, e hoje, na atual Constituição de 1988 tem previsão legal no artigo 5º, inciso XXXV, de forma que tal princípio possui relação direta com a garantia fundamental de acesso à justiça, que garante que todos tenham direito de ver seus conflitos solucionados da maneira mais eficaz possível.

No entanto, sabe-se que hoje, com a expansão do entendimento constitucional da garantia de acesso à justiça, ingressar nos órgãos do poder judiciário não significa que o poder de mover a máquina jurisdicional tenha se esgotado. Muito pelo contrário, é necessário que seja proporcionado as partes meios eficientes para solucionar seus conflitos.

É com vistas nesse cenário que a proposta deste trabalho se concentra em um

legítimo estudo acerca dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos – ou equivalente jurisdicionais –, como modelos aliados ao Poder Público, especialmente o Judiciário, e aptos a ampliar o acesso à justiça, de forma mais humana, equânime, legítima, e capazes de produzir desfechos idôneos a gerar efetiva satisfação para todas as partes de um litígio através do fomento a uma política pública de tratamento adequado de conflitos, concluindo-se, assim, que tais métodos alternativos são, teleologicamente, expressão do acesso à justiça enquanto direito fundamental previsto na Constituição Federal e, portanto, merecedores de aprimoramento em homenagem ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Dessa forma, temos que embora sejam incontestáveis os benefícios que foram conquistados após o monopólio da justiça pelo Estado, o Poder Judiciário tem se mostrado cada vez mais sobrecarregado e despreparado para solucionar a quantidade exorbitante de conflitos levados aos tribunais diariamente; de forma que, em decorrência disso, os mecanismos alternativos de solução de conflitos mostram-se cada vez mais adequados à realidade jurídica brasileira. Estes vêm com o objetivo de auxiliar na pacificação social, intento principal do Direito; e, se cumprem com este intento principal, não importam se são manejados pelo Estado ou não.

Com evolução do modelo de Estado, defende-se o fim do monopólio da jurisdição pelo Estado-juiz, para que o Judiciário atue subsidiariamente, exercendo sua competência somente quando as partes não observarem um mecanismo mais adequado para a pacificação de seus conflitos, bem como naqueles casos em que é preciso uma proteção imediata desse Poder.

Dessa forma, para que a pesquisa se desenvolvesse de maneira qualitativa, inicialmente traçou-se um esboço do Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário e sua evolução, desde a sedimentação do monopólio da justiça pelo Estado até o sobrepeso que instalou-se sobre ele, justificando a busca por mecanismos alternativos que melhor operacionalizassem o sistema.

Em um segundo momento da pesquisa, dentre as mudanças empreendidas pelo Estado brasileiro que romperam com o conceito clássico de jurisdição, buscou-se trazer a mudança paradigmática encabeçada pela política pública de tratamento de conflito,

estabelecida com Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

Dessa forma, por meio de análises engajadas com a realidade social vigente, buscou-se – através da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo-indutivo –, a apreciação de que o objetivo último de uma amplificação do conceito de acesso a justiça, colabora sobremaneira para a consolidação de tal tendência, e, em ato contínuo, por fim, foram apresentados alguns mecanismos consensuais de resolução de controvérsias, com o fomento dos instrumentos alternativos – e complementares aos jurisdicionais – de solução de conflitos pelo Estado, como uma medida para melhor operacionalização do sistema.

PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO: SEDIMENTAÇÃO DO MONOPÓLIO DA JUSTIÇA PELO ESTADO E SUA EVOLUÇÃO

Muito evoluiu-se ao longo dos tempos. Sabe-se que há muito tempo atrás, em uma época bastante primitiva e sem civilização, não havia uma sociedade organizada como se existe nos dias atuais.

Nessa época existia o que se chama hoje de *autotutela*, que consistia na disputa de bens através do uso da força, em que havia sempre a vitória do mais forte; e isso ocorria devido à ausência de um órgão estatal que chamasse para si a responsabilidade de criar normas garantidoras de direito para todos e que as fizessem valer.

No entanto, com a evolução da sociedade e o início da organização estatal tal instituto foi extinto, vez que era fonte de brutais injustiças. À medida que o Estado foi se consolidando, adquirindo soberania e controle, passou a ter competência para garantir o cumprimento das leis e aplicar sanções pelo seu descumprimento. Saiu-se do campo da justiça particular, em que o mais forte era considerado soberano, e passou-se para o campo da justiça pública, em que um órgão estatal através de juízes, se responsabiliza por solucionar os conflitos da sociedade de forma mais justa, limitando arbitrariedades.

Ada Pellegrini Grinover discorre a respeito da transformação da justiça particular em pública. Como segue:

Só mais tarde, à medida que o Estado foi se firmando e conseguiu impor-se aos particulares, nasceu gradativamente a tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos, passando-se da justiça privada para a justiça pública. E nasceu assim a *jurisdição*, atividade mediante a qual

os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos, substituindo-se à vontade das partes. A jurisdição acabou absorvendo todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas, tornando-se monopólio do Estado. (2007, p. 13).

E devido a essa invocação de responsabilidade, e consequente monopolização estatal é que o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário foi ganhando consistência, e se sedimentando no âmbito jurídico.

Todavia, com a significativa evolução da sociedade, evolui-se também a quantidade de conflitos, bem como a complexidade destes. E sabe-se que hoje, devido a estas dificuldades - e tantas outras já apontadas - o Estado não consegue dirimir de forma eficiente os conflitos que lhes são apresentados.

O Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário tem previsão desde a Constituição Federal de 1946, e hoje, na atual Constituição de 1988 tem previsão legal no artigo 5º, inciso XXXV, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Tal princípio possui relação direta com a garantia fundamental de acesso à justiça, que garante que todos tenham direito de ver seus conflitos solucionados da maneira mais eficaz possível.

Princípios, nas palavras de Humberto Ávila (2005, p.70), são parâmetros de avaliação a serem aplicados para a promoção do fim que se almeja atingir. Vejamos:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção atingido. (ÁVILA, 2005, p. 70)

De uma forma bem breve, princípios seriam ‘deveres de otimização’ aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas; de forma que Alexy, partindo das considerações de Dworkin, precisou ainda mais o conceito de princípios. Para ele os princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas; para que a aplicação dos princípios diante dos casos concretos concretize, da melhor forma possível a melhor forma de pacificação social do

conflito de interesses em voga.

Ao analisar tal princípio ora em pauta, entretanto, pontua-se que hoje, com a expansão do entendimento constitucional da garantia de acesso à justiça, ingressar nos órgãos do poder judiciário não significa que o poder de mover a máquina jurisdicional tenha se esgotado. Muito pelo contrário, é necessário que seja proporcionado as partes meios eficientes para solucionar seus conflitos.

Assim, embora seja incontestável os benefícios que foram conquistados após o monopólio da justiça pelo Estado, também é fato que o Poder Judiciário mostra-se cada vez mais sobrecarregado e despreparado para solucionar a quantidade exorbitante de conflitos levados aos tribunais diariamente.

Em decorrência disso, os mecanismos alternativos de solução de conflitos mostram-se cada vez mais adequados à realidade jurídica brasileira. Vem com o objetivo de auxiliar na pacificação social, intento principal do Direito. E se cumprem o intento principal, não importam se são manejados pelo Estado ou não.

Diante do exposto, Ada Pellegrini Grinover aclara:

Logo se percebeu, porém, que o Estado não seria capaz de dirimir toda a massa de controvérsias levada aos tribunais. E voltou a renascer o interesse para as modalidades não jurisdicionais de solução de conflitos, tratados como meios alternativos de pacificação social. Ganhou corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, se torna irrelevante que a pacificação se faça por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes e justos. (2007, p. 14).

E ainda segue afirmando que “cresceu a percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora, que tenta realizar por meio da jurisdição e através das formas do processo.” (GRINOVER, 2007, p. 14).

Dessa forma, diante da incapacidade do Estado em cumprir seu papel de forma satisfatória, não pode exigir que continue sendo o único órgão responsável por solucionar os conflitos da sociedade. O Poder Judiciário deve apoiar métodos que auxiliem em seu trabalho, e que não ferirão referido princípio. E esses métodos, são os chamados mecanismos alternativos de solução de conflitos.

Os mecanismos alternativos de solução de conflitos podem ser considerados nas palavras de Ada Pellegrini Grinover (2007) como “equivalentes jurisdicionais”, pois são

incentivados e instituídos pelo Conselho Nacional de Justiça, que é um órgão integrante do Poder Judiciário.

Além disto, compreende-se que princípios são conceitos abertos, que possuem aplicabilidade dentro de casos concretos. Diferentemente das leis que são noções fechadas e limitadas, os princípios são as linhas mestras de todo o ordenamento jurídico, e devem evoluir e se adequar a realidade social atual.

Isto posto faz-se necessário a adequação do Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário à realidade jurídica nos dias de hoje. Tal princípio deve se emoldurar as necessidades do Estado e da sociedade, que se encontram a mercê de uma crise cada dia perigosa.

Nesse sentido Larissa Affonso Mayer explica a relação entre os mecanismos alternativos e o Princípio da Inafastabilidade no cenário brasileiro:

É possível concluir, preliminarmente, que o conflito entre os Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos e o princípio da inafastabilidade da jurisdição é aparente, eis que a Justiça não mais se restringe à administração do Estado-juiz. Abrangendo outros meios que possibilitem a resolução de conflitos frente à difícil realidade brasileira. (2011, p. 01).

Não é correto que este princípio limite a coletividade a ter que, obrigatoriamente, solucionar um conflito pela máquina estatal que não consegue dar a prestação jurisdicional adequada dentro de prazos e custos razoáveis. Ao revés, a partir do momento que o Estado não consegue cumprir com sua função, deve disponibilizar meios diversos para que seja suprida essa lacuna na prestação do serviço.

E ainda nota-se que a garantia de acesso à justiça não está sendo respeitada da forma como deveria, sendo assim, deve-se harmonizar este princípio com a garantia fundamental, para que não haja prejuízo para a sociedade. Lembrando que o Poder Judiciário tem como sua função primordial auxiliar a sociedade na solução dos conflitos, e não restringir métodos que possam assessorá-lo nessa função.

Por conseguinte, defende-se a relação pacífica entre os mecanismos alternativos e o Princípio da Inafastabilidade à medida que, como o próprio nome já diz, os mecanismos alternativos são métodos facultativos, ou seja, não obrigam ninguém a aderirem a eles. Optam por sua utilização aqueles que se encontram insatisfeitos com a atuação do Estado.

Pode-se falar em um possível conflito, caso houvesse a obrigatoriedade da

sociedade em se utilizar de tais mecanismos ao invés da máquina estatal, o que não definitivamente não ocorre.

O Princípio da Inafastabilidade não é ferido uma vez que as partes se utilizam de sua autonomia de vontade para aderirem a tais métodos. E a autonomia de vontade é peça fundamental para se buscar qualquer direito.

Posto isto, deve-se aclarar a ideia que de os mecanismos alternativos de solução de conflitos não são um “potencial concorrente” ao Estado, pelo contrário, objetivam auxiliar a máquina estatal para que se proporcione a pacificação social, ideia basilar do Estado Democrático de Direito.

Vislumbramos que as vias alternativas não são antagônicas ao Poder Judiciário, mas sim auxiliares do mesmo, o Direito Contemporâneo, tem cada vez mais atribuído importância e institucionalizado esses meios como forma de pacificação social, e sobretudo, uma maneira de fomentar a dignidade humana em alto grau. (MAYER, 2011, p. 1).

229

No entendimento de Ada Pellegrini Grinover (2007) os mecanismos alternativos se encontram em uma posição diferenciada, entre a justiça pública e a justiça privada, formando uma “nova justiça”. Conforme segue:

Esses meios alternativos de solução das controvérsias podem ser extrajudiciais, mas mesmo assim se inserem no amplo quadro da política judiciária e do acesso à justiça: pode-se falar, portanto, de uma justiça não estatal, mas que também não é totalmente privada. Ou seja, de uma justiça pública não-estatal. (GRINOVER, 2007, p. 15).

Diante de todo exposto, resta demonstrado a possibilidade da existência simultânea e pacífica entre os mecanismos alternativos de solução de conflitos e o Princípio da Inafastabilidade do poder jurisdicional uma vez que resta claro que o poder judiciário encontra-se sobrecarregado com o excesso de demanda, impedindo a eficácia da prestação jurisdicional. Dessa forma, os mecanismos alternativos ganham espaço e importância na busca da efetivação da garantia fundamental de acesso à justiça. Constata-se ainda, que os princípios devem se adequar a realidade social, devendo então, ocorrer uma harmonização do Princípio da Inafastabilidade com tais métodos. E finalmente, ressalta-se a autonomia de

vontade das partes em aderirem aos mecanismos, evitando, dessa forma, o desrespeito a tal princípio, que poderia ser infringido à medida que houvesse a obrigatoriedade de adesão a estes métodos.

RESOLUÇÃO 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS

Inicialmente cabe pontuar que A Resolução nº 125 do CNJ instituiu a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos, destacando entre seus princípios informadores a qualidade dos serviços como garantia de acesso à ordem jurídica justa.

Parte-se, assim, do pressuposto de que os conflitos de interesses são inerentes à natureza humana e os mecanismos jurídicos formais muitas vezes não toleram tais demandas com a brevidade necessária a dissipação dos espaços de litigiosidade.

Nesse contexto temos que a intensidade do conflito como referencial para escolha do método adequado para seu tratamento. Vejamos:

230

A intensidade do conflito é fator decisivo para que ele se transforme numa demanda processual capaz de despertar o interesse dos envolvidos na busca do Poder Judiciário, mesmo diante de todo o custo de tempo e riscos que isso implica; questões criminais mais graves e litígios em direito de propriedade sobre bens de elevado valor, se orientam pela máxima do custo-benefício. (SILVA JÚNIOR, 2014, p.107)

Assim, deve-se levar em consideração que mecanismos de tratamento de delitos como a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios aplicáveis não a todos os casos, e que os programas já implementados no país têm auxiliado a reduzir consideravelmente a judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

Dessa forma, dentre a vantajosidade dos mecanismos alternativos de pacificação de conflitos, um preceito fundamental basilar que se deve ter em mente é que ele se constitui em uma espécie de variação benéfica que transforma as pessoas de “peças de um conflito” em “sujeitos do conflito”; de forma a possibilitar a resolução consensual das relações interpessoais Tal fato acaba por proporcionar o resgate de cada envolvido como alguém

capaz de obter acordos e estabelecer pontes, compreendendo a decisão tomada.

A realidade jurídica vivida pela sociedade brasileira demonstra a insatisfação daqueles que necessitam se socorrerem através do Judiciário, seja pela demora na prestação jurisdicional, seja pelo custo excessivo, ou pelo descontentamento com as soluções dadas. Tal situação gera inúmeros recursos e não propiciam a pacificação social, fazendo com que as partes tornem a propor novas ações.

Ademais, Eduardo Cambi (2011, p.115) traz à baila o combate e a negação de direitos por critérios meramente formais e tece críticas aos métodos de coerção e restrição de direitos, apregoando a valorização do conteúdo em detrimento do apego excessivo a forma.

Diante desse problema, que a cada dia torna-se mais complexo, gerou a necessidade da criação de uma Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, além de outras previsões legislativas esparsas.

Nas palavras de Schroder e Paglione:

Em paralelo às previsões legislativas, atento às deficiências do Poder Judiciário e aos anseios dos cidadãos o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125 de, 29 de novembro de 2010, por meio da qual reforça a necessidade de utilização dos meios alternativos de solução de conflitos e principalmente propõe uma verdadeira mudança de mentalidade nas questões a eles relacionadas. (2012, p. 1).

Tal Política Nacional foi almejada e discutida com a posse do Ministro Cezar Peluso na Suprema Corte, que mostrou-se favorável a inserção dos Mecanismos Alternativos como forma de auxiliar o Poder Judiciário, bem como proporcionar tratamento correto aos conflitos. Alguns meses após sua posse tratou de corporificar a política pública anteriormente discutida. E no seu discurso de posse, disse:

[...] É tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercícios da função constitucional de resolver conflitos. Noutras palavras, é preciso institucionalizar, no plano nacional, esses meios como remédios jurisdicionais facultativos, postos alternativamente

à disposição dos jurisdicionados, e de cuja adoção o desafogo dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos processos, que já serão avanços muito por festejar, representarão mero subproduto de uma transformação social ainda mais importante, a qual está na mudança de mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultado que, pacificando, satisfaça seus interesses. (PELUZO, 2010, p. 24).

A Resolução n. 125/10 do CNJ foi um grande passo dado rumo ao avanço do real sentido da garantia de Acesso à Justiça, uma vez que positivou a importância da mediação e da conciliação no tratamento adequado de resolução do conflito, propiciando a pacificação social, escopo principal do Estado de Direito.

Diante do exposto, Marcelo Malizia Cabral (2012, p. 80) diz que a Resolução “constitui importante avanço no incentivo à resolução de conflitos por meios autocompositivos no âmbito do Poder Judiciário”.

Assim, passa-se a analisar quais foram as principais disposições previstas na Resolução 125/2012 do CNJ.

232

PRINCIPAIS PONTOS DA RESOLUÇÃO

A Resolução n. 125/10 do CNJ é composta por 19 artigos, divididos em 4 capítulos. Os capítulos são divididos da seguinte forma: Da Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses; Das Atribuições do Conselho Nacional de Justiça; Das Atribuições dos Tribunais; Do Portal de Conciliação. E ainda apresenta um Anexo prevendo o Código de ética de Conciliadores e Mediadores.

O primeiro ponto a ser analisado é a evolução do conceito de Acesso à Justiça, que através da Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse, passou a ser expandido. Hoje, não se limita tal garantia a simples prolação de sentença judicial; a resolução teve o cuidado de garantir tratamento adequado a cada conflito em específico, devendo ser analisado as características e particularidades de cada caso concreto para que seja dada a solução mais eficaz, promovendo assim, a justiça de paz.

Dessa forma, preleciona Kazuo Watanabe:

Daí a conclusão de que cabe ao Poder Judiciário, pelo CNJ, organizar os

serviços de tratamentos de conflitos por todos os meios adequados, e não apenas por meio da adjudicação de solução estatal em processos contenciosos, cabendo-lhe em especial institucionalizar, em caráter permanente, os meios consensuais de solução de conflitos de interesses, como a mediação e a conciliação. (2011, p. 01).

Outro ponto importante salientado pela Resolução é a necessidade de profissionalização e constante atualização dos conciliadores e mediadores, bem como estabelecer remuneração para tais profissionais.

E de acordo com Kazuo Watanabe (2011), um dos principais idealizadores e apoiante dos Mecanismos Alternativos, a Resolução determina o compromisso dos Tribunais em criar: Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos; Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) que possibilitam de forma gratuita, a mediação e conciliação antes da existência de um processo judicial; disponibilidade de cursos de treinamento de mediadores e conciliadores; Bancos de Dados para averiguar a atuação e aproveitamento de cada Centro; Cadastros de mediadores e conciliadores atuantes, viabilizando um leque de escolha para aqueles que optarem por tais mecanismos.

Mais um ponto relevante é o papel dos Centros na efetivação da Cidadania. Deve proporcionar informações jurídicas básicas para aqueles que os procurem, instruindo da melhor forma como agir em situações simples.

Esclarece Marcelo Malizia Cabral:

Esses Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania constituirão unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pelas sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação do cidadão. (2012, p. 79).

A Resolução prevê ainda que instituições jurídicas de ensino da área pública e privada insiram em seus ensinamentos a cultura da justiça de paz, a forma consensual de solução de conflitos. Isso é importante, pois auxiliará na mudança da postura dos operadores do direito, amenizando a “cultura da sentença”.

Outro ponto nodal é a colaboração e apoio de órgãos influentes no mundo jurídico

à Política Nacional. Com a cooperação da Ordem dos Advogados do Brasil, as Defensorias Públicas, as Procuradorias, dentre outras, a aceitação e utilização será mais simples e transmitirá uma maior segurança as pessoas que se utilizem dos Mecanismos Alternativos.

A Resolução n. 125/10 do CNJ institui especificamente a mediação e a conciliação como formas de tratamentos adequados de solução de conflitos. Cada mecanismo possui sua peculiaridade e melhor se adéqua a cada caso concreto, como anteriormente especificado.

Há ainda certa resistência a tal Resolução à medida que os índices de acordos são muito baixos devido ao apego das pessoas a cultura adversarial; pela existência de magistrados e advogados que não dispensam sua atuação, não permitindo que conciliadores e mediadores realizem seus trabalhos; pela falta de comparecimento das partes; dentre outros motivos. No entanto, somente com a persistência dos tribunais em incentivar as formas autocompositivas de solução de conflitos é que será possível superar essa “cultura do litígio”, e transformar a realidade atual. (CABRAL, 2012, p. 81).

Por fim, Kazuo Watanabe esclarece que:

Desde que seja adequadamente implementada a Resolução, certamente assistiremos a uma transformação revolucionária, em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, como estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesses e com o maior índice de pacificação das partes em conflitos, e não apenas solução dos conflitos, isso tudo se traduzindo em redução da carga de serviços do nosso Judiciário, que é sabidamente excessiva, e em maior celeridade das prestações jurisdicionais. [...].

E assistiremos, com toda a certeza, à profunda transformação do nosso país, que substituirá a atual “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”, disso nascendo, como produto de suma relevância, a maior coesão social. (2011, p. 1).

Assim, percebe-se que se respeitados devidamente os preceitos da Resolução n. 125/2010 do CNJ haverá uma notável mudança na forma de resolução dos conflitos, valorizando as soluções consensuais, propiciando assim, uma maior pacificação social. E por via reflexa, auxiliará o Judiciário no excesso de serviço, promovendo celeridade aos processos judiciais com uma melhoria significativa na ampliação da garantia fundamental

de acesso a justiça, em se tratando do direito fundamental a uma ordem jurídica justa.

Uma vez que cabe ao Poder Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado aos problemas jurídicos e aos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade – de forma a organizar, em âmbito nacional, os serviços prestados nos processos judiciais –, lhe é cabível também incentivar a solução de conflitos mediante outros mecanismos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação, seja judicial ou extrajudicial; conforme ventilado na Resolução 125 do CNJ, ora em análise.

O NOVO ENFOQUE DO ACESSO A JUSTIÇA E OS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Em conformidade com todo o exposto, atualmente é bastante comum a vertente que assevera um “novo enfoque do acesso a justiça” que demonstra que Acesso à Justiça não se restringe mais apenas aos métodos tradicionais já existentes. Na atualidade, Acesso à Justiça deve ser entendido como uma garantia mais efetiva que busca proporcionar uma solução de fato adequada para o problema proposto, dentro de um prazo considerado razoável, não acirrando os ânimos das partes e com um preço mais acessível para todos.

Assim, a proposta apresentada pela 3ª Onda do Movimento de Acesso à Justiça sugere um novo conceito de Acesso à Justiça, que não se restringe a métodos judiciais de solução de conflitos como forma de pacificação social. Esse enfoque vem com o objetivo de demonstrar que Acesso à Justiça não pode se limitar ao ingresso em Juízo, ou a simples admissão do processo, Acesso à Justiça é muito mais que isso – trata-se de uma garantia fundamental –, é ter de fato acesso a uma ordem jurídica justa. Nesse sentido, nas palavras de Claudio Vianna de Lima:

Ressalvar é preciso, ainda, quanto ao movimento, universal, de acesso à Justiça que a expressão “acesso à justiça” tem uma conotação peculiar e mais abrangente. Não se limita o acesso ao ingresso, no Judiciário, das pretensões de potenciais lesados em seus direitos. Significa a efetiva atuação jurisdicional, com a entrega, real, da justa composição do conflito levado ao Judiciário. (1994, p. 16).

Diante do descontentamento popular com a falta de garantia efetiva deste direito,

faz-se necessário que o Estado promova a ampliação de meios que levem as pessoas a terem verdadeiramente acesso à justiça, e consequentemente pacificação social. E a sugestão proposta é que o Estado invista em Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos, que apresentam um procedimento mais rápido, simples, informal e desburocratizado. Nas palavras do autor:

Muito mais do que prever mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, coloca à disposição de todas as pessoas mecanismo destinado a proporcionar a satisfação do direito. Não basta, pois, assegurar abstratamente o direito de ação a todos aqueles que pretendam valer-se do processo. É necessário garantir o acesso efetivo à tutela jurisdicional, por parte de quem justa significa proporcionar a todos, sem restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do devido processo constitucional. (BEDAQUE, 1999, p. 151, 153, 158).

No mesmo sentido, preleciona Dinamarco (1987, p. 52): “O acesso à justiça representa mais do que o ingresso no processo e o acesso aos meios que ele oferece. O acesso à justiça é o problema ligado à abertura de vias de acesso ao processo, tanto para a postulação de provimentos como para resistência”.

Destarte, conforme exposto acima, tal garantia constitucional deve buscar se adequar a realidade atual e propiciar métodos que efetive tal direito. Uma vez que não adianta haver previsão na Constituição e não possuir aplicabilidade. Então, os Mecanismos Alternativos ganham força para dar eficácia ao Acesso à Justiça.

Insta salientar que, nesse momento faz-se oportuno demonstrar que os Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos é a proposta principal da 3º Onda de Acesso à Justiça, e através destes mecanismos que se tentará garantir, de forma mais efetiva, a garantia fundamental de acesso à Justiça a toda população brasileira.

Os Mecanismos Alternativos de Solução de Conflito são procedimentos extrajudiciais utilizados para solver uma divergência, que utiliza-se de métodos divergentes do procedimento tradicional - o judicial. Tais métodos vêm como uma alternativa à via judicial, vez que está se encontra em uma lamentável crise, não conseguindo sanar de forma efetiva todos os problemas que lhe é imputada. Objetivamente, MARCs são

procedimentos realizados fora do Judiciário.

O direito ao acesso à Justiça, como anteriormente analisado, não está sendo respeitado da forma como merece. Assim os Mecanismos Alternativos surgem como proposta para tentar efetivar referido direito, vez que apresentam uma sistemática mais dinâmica, rápida e eficaz.

Diante do exposto, esclarece Marcelo Mazilia Cabral:

Aponta-se como fator determinante para a crescente utilização desses meios alternativos a ineficiência dos tribunais, que não se estruturam adequadamente para atender a novel demanda por distribuição de justiça, apresentando-se a utilização desses recursos, na atualidade, como tendência mundial. (2012, p. 37).

Analisando tais mecanismos sob o enfoque do acesso à Justiça, como uma ordem jurídica justa, percebe-se que nesse procedimento às partes possuem uma postura mais ativa, sendo protagonistas das próprias decisões, evitando assim que um terceiro, através de uma sentença judicial, imponha uma decisão para o litígio.

Como anteriormente analisado, a sentença judicial nem sempre cumpre com seu objetivo, que é a pacificação social. Dessa forma, os Mecanismos Alternativos proporcionam, nas palavras de Marina Mattos Sillmann (2013, p. 4) “um ganho que muitas sentenças não conseguem: o sentimento de que o conflito acabou de uma forma justa”.

Além de solucionarem a questão de forma muito mais rápida vez que tais procedimentos se caracterizam pela sua informalidade, ainda apresentam um custo bem reduzido com relação ao procedimento judicial.

Nota-se então que, os Mecanismos Alternativos rompem as barreiras que impedem que a garantia ao acesso à Justiça seja efetiva. E pode-se ir além, os Mecanismos Alternativos expandem referida garantia, à medida que asseguram o acesso de pessoas carentes, tanto financeiramente quanto educacionalmente, a solucionarem seus conflitos de forma eficiente. Uma vez que, tais pessoas não adentrariam ao Sistema Judicial, por se sentirem inibidas devido ao excesso de formalidade e custos excessivos.

Nesse sentido, preleciona Mauro Cappelletti e Bryant Garth a respeito dos Mecanismos Alternativos:

O processo como um todo é rápido e barato, e os advogados, embora não seja proibida a sua participação, são raramente utilizados. O relatório canadense observa que o baixo custo e a informalidade encorajam as pessoas, “que normalmente não compareceriam perante um tribunal”, a demandar seus direitos através desse novo processo. (2002, p. 137).

Uma das principais características das MARCs – sigla amplamente utilizada para designar os “Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos” – é a liberdade que as partes possuem de recorrerem a estes mecanismos, bem como a autonomia de solucionarem seus próprios conflitos a maneira que acharem mais justo. E isso é importante, pois sabe-se que diversas vezes os juízes estão mais preocupados em aplicarem as leis de forma automática, do que fato analisar as peculiaridades do caso concreto e darem uma decisão justa, no sentido amplo da palavra.

Importante ainda salientar que, ao término do procedimento alternativo, chegar-se-á a um acordo (mediação e conciliação), hipótese em que reste frutífero, ou a uma sentença arbitral (arbitragem), e esses termos terão legitimidade perante terceiros, assim como uma sentença judicial.

Ou seja, vincula as partes ao efetivo cumprimento do que foi acordado ou estipulado pelo arbitro. E caso a parte descumpra, o prejudicado poderá tomar as medidas necessárias para que haja o cumprimento efetivo de tal decisão, podendo assim, iniciar um procedimento judicial, já na fase de execução, satisfazendo assim a legítima pretensão do avençado.

Ainda que seja necessário adentrar ao Judiciário para executar a decisão, nota-se que já foi excluída a fase de cognição – aquela em que o juiz analisa os fatos, os fundamentos jurídicos e as provas trazidas pelas partes para decidir com quem está o direito. Essa fase já se deu no decorrer do procedimento alternativo, onde as partes ou o arbitro decidiram o que é mais adequado para aquele caso concreto, agora há simplesmente a consumação do que já foi decidido anteriormente fora das vias judiciais.

Os Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos (termo sinônimo de MARCs) vêm proporcionar uma justiça conciliatória e reparadora onde as partes encontram a solução mais adequada ao conflito, pondo fim ao litígio de forma justa e preservando a relação existente entre elas. Busca-se não acirrar os ânimos para que prevaleça a continuidade da convivência pacífica, objetivando-se o fim do litígio, tanto

materialmente, quanto psicologicamente.

Assim, os MARCs são mais propícias e adequadas em situações em que haja uma relação contínua entre os acordantes, pois sua função precípua é solucionar o problema sob todos os aspectos.

Diante do exposto, deslinda Marcelo Malizia Cabral:

Referindo-se aos meios alternativos autocompositivos, a doutrina indica como campos em que a “justiça conciliatória” pode constituir melhor escolha, os conflitos de vizinhança, de família, e ainda os conflitos em que as pessoas vivem em “instituições totais”, como escolas, escritórios, hospitais, bairros urbanos, aldeias, locais onde as pessoas são obrigadas a conviver diariamente. (2012, p. 41).

Deduz-se, dessa forma, que os Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos são procedimentos realizados fora do Judiciário, que objetivam auxiliar a via judiciária na visível crise vivenciada e propiciar um acesso à Justiça mais efetivo a população, vez que são dotados de informalidade, celeridade, custo reduzido, e atentam-se aos ganhos e sentimentos das partes buscando a solução que melhor se adeque a ambas as partes.

Assim explica Larissa Affonso Mayer (2011) sobre a crise vivenciada pelo Poder Judiciário e a importância dos Mecanismos Alternativos como forma de efetivação da garantia de Acesso à Justiça:

O atual momento pelo qual passa o Poder Judiciário brasileiro [...] há muito demonstra o esgotamento pelo qual passa nosso sistema jurisdicional, revelando-nos a insuficiência, ineficácia e, por vezes, a insatisfação gerada pela atuação jurisdicional do magistrado, como modelo tradicionalmente adotado para a resolução de conflitos em uma sociedade. É com vistas nesse cenário que a proposta deste trabalho se ancora no estudo detalhado dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos ou MARCs, como modelos aliados ao Poder Público, especialmente o Judiciário, e aptos a ampliar o acesso à justiça, de forma mais humana, equânime, legítima, e capazes de produzir desfechos idôneos a gerar efetiva satisfação para todas as partes em um litígio, concluindo-se, destarte, que os MARCs são, teleologicamente, expressão do acesso à justiça enquanto direito fundamental previsto na Constituição Federal e, portanto, merecedores de aprimoramento em homenagem ao princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. (MAYER, 2011, p. 1).

Logo, abstrai-se que tais mecanismos não substituem a via judicial, uma vez que solucionam apenas questões relativas a direitos disponíveis, entretanto, por serem métodos simples, desburocratizados, baratos e autocompositivos auxiliam no desafogamento do Poder Judiciário, bem como dão efetividade a nova concepção de Acesso à Justiça, fornecendo a sociedade uma via alternativa de solução de conflitos.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Por todo o exposto, temos que ao olharmos criticamente para o sistema processualístico nacional visando melhor operacionalizá-lo, devemos pensar criticamente não só no processo em si, mas nos mais variados mecanismos de ativação da justiça para a adequada pacificação de controvérsias.

Posto isto, deve-se aclarar a ideia de que os mecanismos alternativos de solução de conflitos não são um “potencial concorrente” ao Estado, pelo contrário, objetivam auxiliar a máquina estatal para que se proporcione a pacificação social, ideia basilar que encontra total respaldo em um Estado Democrático de Direito.

Defende-se com afincos, dessa forma, a possibilidade da existência simultânea e pacífica entre os mecanismos alternativos de solução de conflitos e o Princípio da Inafastabilidade do poder jurisdicional uma vez que resta claro que o poder judiciário encontra-se sobrecarregado com o excesso de demanda, impedindo a eficácia da prestação jurisdicional; de forma que os mecanismos alternativos de pacificação social e resolução de controvérsias devem ganhar cada vez mais espaço e importância na busca da efetivação da garantia fundamental de acesso à justiça.

Constata-se ainda, que os princípios devem se adequar a realidade social, devendo então, ocorrer uma harmonização do Princípio da Inafastabilidade com tais métodos ventilados na pesquisa. E finalmente, ressalta-se a autonomia de vontade das partes em aderirem aos mecanismos, evitando, dessa forma, o desrespeito a tal princípio, que poderia ser infringido à medida que houvesse a obrigatoriedade de adesão a estes métodos.

Uma vez que cabe ao Poder Judiciário estabelecer uma política pública de tratamento adequado aos problemas jurídicos e aos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade – de forma a organizar, em âmbito nacional, os

serviços prestados nos processos judiciais –, lhe é cabível também incentivar a solução de conflitos mediante outros mecanismos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação, seja judicial ou extrajudicial; e é neste contexto que a Resolução 125 do CNJ funciona como pano de fundo para a ventilação dos Mecanismos Alternativos de Resolução Conflitos na realidade social fática brasileira.

Demonstra-se, assim, necessário que haja uma mudança na cultura da sociedade como um todo. A população deve entender que, principalmente com relação a direito disponíveis, os mecanismos alternativos estão à disposição para solucionar o conflito de forma eficiente, muitas vezes até mais que as próprias sentenças judiciais. As pessoas devem se conscientizar de que a “cultura de paz”, na maioria das vezes é muito menos desgastante e mais eficaz que a “cultura da sentença”. Já com relação aos operadores do direito, devem clarificar a ideia de que o Poder Judiciário aliviado do trabalho extra, tornar-se-á um órgão muito mais eficiente, e um local muito melhor para se trabalhar. As ações de competência exclusiva do Judiciário tramitarão de maneira rápida e eficaz.

É preciso que a sociedade como um todo perceba que os benefícios proporcionados pelos Mecanismos Alternativos são relevantes e gerais; eliminando, também, toda e qualquer controvérsia relativa aos mecanismos alternativos e o Princípio da Inafastabilidade do poder judiciário, uma vez que resta demonstrado que ambos podem coexistir pacificamente, elidindo-se, dessa forma, qualquer questionamento contrário a existência, aplicação e utilização de tais mecanismos alternativos que ao serem efetivamente implementados, melhor operacionalizarão toda a sistemática de contenção de conflitos e pacificação social.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo, Malheiros: 2005.

BEDAQUE, José Roberto. Garantia da Amplitude de Produção Probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos:** instrumentos de ampliação do acesso à justiça. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo:** direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução: Ellen Gracie Norhfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Rev. For.**, v.326, n.121, 1994

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e Constituição do Estado de Direito Democrático.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC**, n. 10, p. 13-19, jul./dez. 2007

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Conflitos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LIMA, Claudio Vianna de. **Arbitragem:** A Solução. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MAYER, Larissa Affonso. Métodos alternativos de resolução de conflitos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2997, 15 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19994>>. Acesso em: 3 fev. 2015.

PELUSO, Antonio Cezar. Discurso na sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, em 23 de abril de 2010. In: **Sessão Solene do Plenário do Supremo Tribunal Federal.** Brasília: Diário da Justiça Eletrônico, 23 maio 2010, p. 24 a 27.

SCHRODER, Letícia de Mattos; PAGLIONE, Gabriella Bonini. **Resolução 125 do CNJ e os novos rumos da conciliação e mediação:** será, enfim, a vez da efetividade da prestação jurisdicional? 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=>

[18a411989b47ed75](#)>. Acesso em: 15 dez.2014.

SILLMANN, Marina Matos. **Os meios alternativos de resolução de conflitos e a importância de sua divulgação para a sociedade**. 2013. Disponível em: <**Erro! A referência de hiperlink não é válida.**>. Acesso em: 10 dez. 2014.

SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da **A sociedade em conflito e o Estado jurídico neófobo: Núcleos de Mediação Comunitária** - São José do Rio Preto, SP. Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP, Marília: 2014.

TRISTÃO, Ivan Martins; FACHIN, Zulmar. Acesso à Justiça como direito fundamental e a construção da democracia pelos meios alternativos de solução de conflito. *Scientia Iuris*, Londrina, v.13, p. 47-64, nov. 2009.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e a sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Coord.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. _____ . **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**. In: Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PROPRIEDADE INTELECTUAL VERSUS DIREITO À SAÚDE INTELLECTUAL PROPERTY VERSUS THE RIGHT TO HEALTH

Ana Luisa Moreli PANGONI⁶²

Aline de Menezes GONÇALVES⁶³

RESUMO

Tanto o direito ao desenvolvimento da intelectualidade e a garantia da propriedade intelectual quanto o direito à saúde são direitos da personalidade e, portanto, devem ser protegidos da violação. Este estudo objetiva analisar o papel do Estado brasileiro quando em conflito o direito da propriedade intelectual e o direito ao acesso a medicamentos. As reflexões acerca de qual direito deve prevalecer serão propostas a partir da técnica da ponderação. Além disso, serão apontadas formas de resolução do conflito, como a licença compulsória e a responsabilidade compartilhada das indústrias farmacêuticas e da sociedade em geral. A temática é de fundamental importância para a comunidade jurídica e para a sociedade sob a ótica do direito à vida e do direito ao desenvolvimento do ser humano. Pelo método dialético serão analisadas as faces da controvérsia. Os métodos históricos e análise do direito comparado também serão utilizados, além da investigação bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade intelectual; Direito à saúde; Direitos da Personalidade.

ABSTRACT

Both the right to intellectual development and the guarantee of intellectual property as the right to health are rights of the personality and therefore must be protected from violation. This study aims to analyze the role of Brazilian state when there is a conflict between the right to intellectual property and the right to access to medicines. The reflections about which law must prevail will be proposed from the weighting technique. In addition, forms of conflict resolution will be identified, for example, compulsory licensing and the shared responsibility of pharmaceutical industry and society in general. The topic is of fundamental importance to the legal community and society from the perspective of the right to life and the right to development of the human being. The dialectical method will help to analyze the controversy. The historical and comparative methods will be used, as well as bibliographic and documentary research.

KEYWORDS: Intellectual Property; Right to Health; Personality Rights.

⁶² Estudante de Pós-graduação – UNICESUMAR.

⁶³ Estudante de Pós-graduação – Cesumar.

INTRODUÇÃO

A existência do Direito está condicionada à existência do homem e seu dever fundamental é tutelar a vida deste.

Desde 1809, quando o Brasil ainda não era independente, aos inventores já eram garantida a exclusividade sobre as máquinas e invenções, e desde então existe uma proteção à propriedade intelectual no país, isso porque o incentivo à criação é muito importante para o desenvolvimento da humanidade. Em sentido complementar, o direito à saúde também é muito importante, visto que a debilidade física, mental e social dificultam o desenvolvimento do ser humano.

O problema se verifica quando o direito de exploração exclusiva das patentes de medicamentos entram em conflito com o direito ao acesso a tais remédios para a promoção, recuperação da saúde das pessoas.

É a partir dessa perspectiva que o trabalho pretende sugerir formas de solução do conflito de direitos, em especial dos direitos decorrentes da propriedade intelectual e do acesso à saúde.

A pesquisa, a partir do método dialético, buscou as argumentações que defendem a predominância de um direito sobre o outro para propor algumas reflexões no terceiro capítulo. Os procedimentos histórico e comparativo, e a investigação bibliográfica e documental foram utilizadas para a demonstração do exposto.

O trabalho é de fundamental importância teórica e prática, sendo a primeira para a discussão doutrinária que auxiliará na tomada de decisões e a segunda para a sociedade tanto ter protegido o seu direito de criar e inventar quanto de obter o acesso à medicamentos que pode salvar sua vida.

DIREITO DE DESENVOLVER A PROPRIEDADE INTELECTUAL

A teoria da existência de um direito geral de personalidade foi construída recentemente e ainda é bastante controversa. Não há o consenso acerca da abrangência, da proteção, dos sujeitos e dos objetos. Adriano de Cupis assevera que "a personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas" e "se não se identifica com os direitos e com as

obrigações jurídicas, constitui a precondição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto".

O autor afirma que existem alguns direitos sem os quais a personalidade seria irrealizável, nominando-os de essenciais, que variam de acordo com o comportamento moral de cada sociedade e que por esta razão estariam vinculados ao ordenamento jurídico, e só quando positivados estariam protegidos.

Fernanda Cantali explica que por este pensamento, o Direito passou a ser um sistema fechado e pleno, não admitindo lacunas e, por isso, as pessoas foram consideradas mero elemento das relações jurídicas, provocando uma desumanização do direito.

No mesmo sentido da autora, Amartya Sen defende que os direitos não são "filhos da lei", mas sim "pais da lei" e, portanto, eles motivam a criação das mesmas. É possível que em algum momento os homens, que criam as leis, tenham optado por não tutelar algum direito e isso não significa que ele não exista, que não mereça proteção, ou que não deva ser considerado um direito essencial. Significa apenas que não consta no ordenamento jurídico.

Fernanda Cantali afirma, assim, que a teoria originária da segunda metade do século XIX, de origens germânica e francesa, estabelece que "Os direitos da personalidade são os atinentes à tutela da pessoa humana, os quais são considerados essenciais diante da necessária proteção da dignidade da pessoa humana e da sua integridade psicofísica."

As teorias apresentadas divergem acerca do direito geral de personalidade. A que defende a existência fundamenta que "cada homem possui uma única personalidade e, portanto, somente existe um único e geral direito de personalidade" Os que se posicionam contrários apontam sua demasiada e ampla proteção, o que, inclusive, dificulta a identificação do objeto de proteção.

O que se observou nos séculos XVIII e XIX foi a patrimonialização do direito civil, reconhecendo o dever de proteção pelo Estado apenas da propriedade. O século XX, em especial após a Segunda Guerra, é caracterizado pela reivindicação, pelos indivíduos, da necessidade de proteção do ser humano, enquanto dotado de dignidade.

A valorização da pessoa humana como ser dotado de dignidade recoloca o indivíduo como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica. [...]

Reconhece-se a inexorável repersonalização do Direito Privado, abandonando-se a ideia de simples protetor dos interesses patrimoniais para tutelar o patrimônio apenas como um suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.

Com isso, a discussão girará em torno da proteção da propriedade para a tutela do livre desenvolvimento da pessoa, assim como do direito ao desenvolvimento da personalidade, da integridade psicológica, da inteligência, e da propriedade intelectual. O direito de criar pode ser visto como exercício do direito à liberdade, ou seja, o exercício da liberdade de criar, inventar, produzir.

Adriano de Cupis esclarece que ao direito de autor é atribuído o caráter de essencialidade e, portanto, é considerado um direito da personalidade. Imputa uma diferença entre a criação e o produto da criação, e entre o direito moral e o direito material de autor. Afirma que o direito de autor sobre o produto da criação se configura como um direito patrimonial, e mesmo que se considere como um direito de propriedade intelectual "é indubitável tratar-se de uma propriedade que apresenta características jurídicas especiais, que dependem de ser o seu objeto um objeto especial".

247

Com relação ao direito moral de autor, este se constitui em um "vínculo espiritual indissolúvel entre o autor e sua obra" e sua natureza é não-patrimonial, mas não está desvinculado do patrimonial. De Cupis defende que não é um direito inato, pois só surge a partir de uma criação intelectual, a partir de sua qualidade de autor. O exercício do direito patrimonial de autor compreende, assim, tanto a publicação da obra quanto seu sigilo e isto também decorre da liberdade de decidir publicar.

Os direitos da propriedade intelectual podem ser divididos em dois grandes ramos, sendo eles os direitos autorais e a propriedade industrial. Algumas diferenças relevantes podem ser apontadas, por exemplo com relação a registro que é facultativo no primeiro caso e obrigatório no segundo, para se constituir o direito.

Todavia, é imprescindível, na prática o registro dos programas de computador e das obras literárias, artísticas e científicas, que são objeto dos direitos autorais e das indicações geográficas, em face do benefício de presunção de licitude da titularidade proporcionado a quem registra.

A propriedade industrial regulamenta as patentes que abrangem as invenções e modelos de utilidade, o registro e desenho industrial, as marcas e indicações geográficas.

A proteção da propriedade intelectual no Brasil iniciou antes mesmo da independência do país. D. Manuel já reconhecia a necessidade de se proteger e conferir exclusividade sobre os produtos aos inventores, tanto para estimular as inovações, quanto para o usufruto das mesmas.

Observa-se que as inovações, novas tecnologias, novos produtos, se espalham como o vento, e é necessário proteger os inventores. O Brasil possui diversas normas no âmbito nacional e é signatário de alguns tratados internacionais sobre o tema. A Constituição Federal do Brasil de 1988 inseriu no rol de direitos e garantias fundamentais a proteção da propriedade intelectual:

Art. 5º. [...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Diversas normas infraconstitucionais tratam da propriedade intelectual no Brasil, dentre elas: Lei nº 9.279/1996, sobre a propriedade industrial; Lei nº 16.524/1923 sobre a propriedade industrial; Lei nº 5.648/1970 que criou o Instituto Nacional da Propriedade Intelectual (INPI); Lei nº 5.772/1971 que criou o Código da Propriedade Industrial; Lei 5.988/1973 que regulava os direitos autorais; Lei nº 9.456/1997 sobre a proteção de cultivares; Lei nº 9.609/1998 sobre os direitos de autor e conexos; Lei nº 10.603 sobre informação confidencial; Lei nº 11.484/2007 que institui os Programas de apoio ao

desenvolvimento tecnológico; Decreto que cria o Grupo Interministerial de Propriedade Intelectual na Câmara de Comércio Exterior de 2001; Decreto que regulamenta o Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual de 2004, entre outros. O Código Civil de 2002 e o Código Penal também regulamentam a matéria, este último tipificando condutas violadoras dos direitos da propriedade intelectual.

O Brasil é hoje signatário de vários tratados internacionais relativos à propriedade intelectual, dentre eles, a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial; Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas; Acordo sobre a Classificação Internacional de Patentes; Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes; Convenção Internacional para a Proteção das Obtenções Vegetais; Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Internacional relacionados ao Comércio (TRIPS) da OMC (Organização Mundial do Comércio).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem também defende a pesquisa e o progresso científico ao estabelecer, em seu artigo XXVII que :

249

1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.
2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor.

Além disso, o artigo 15 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotado pelas Nações Unidas determina que:

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem a todos o direito:
 - a) De participar na vida cultural;
 - b) De beneficiar do progresso científico e das suas aplicações;
 - c) De beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais que decorrem de toda a produção científica, literária ou artística de que cada um é autor.
2. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurarem o pleno exercício deste direito deverão compreender as que são necessárias para assegurar a manutenção, o desenvolvimento e a difusão da ciência e da cultura.

Tanto a Declaração quanto o Pacto garantem a todas as pessoas a participação e

proteção do progresso científico, além do usufruto dos benefícios decorrentes desse progresso. Determinam, ainda, a atuação dos Estados para promoção e manutenção do desenvolvimento, do usufruto do progresso científico.

Como salienta Piovesan, para Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão que monitora o Pacto, "os interesses privados do autor não podem impedir que os Estados implementem as obrigações internacionais decorrentes do Pacto em relação aos direitos à alimentação, saúde e educação, bem como aos direitos à cultura e ao desfrute dos progressos científicos, compreendidos sob uma ótica coletivista e de interesse público".

De cupis defende que a exploração econômica decorre do direito de autor. Os prazos para exploração econômica exclusiva dos direitos patrimoniais decorrentes da propriedade intelectual são temporários e variados, dependendo de cada espécie de direitos patrimoniais, e dentro desse período pode ser transmitida ou transferida a exploração para um terceiro.

A questão a ser trabalhada trata do conflito entre a exploração econômica de patentes de medicamentos destinados à cura de doenças e o direito à saúde ou até mesmo à vida, que serão discutidos nos capítulos a seguir.

250

DIREITO À SAÚDE

A personalidade é um atributo do homem, e independe de seu conhecimento ou de sua vontade. O homem é dotado de personalidade mesmo que ele não tenha não consciência da realidade pelo fato de ser pessoa e, de acordo com teoria adotada, pelo simples fato de ter nascido com vida.

Adriano de Cupis afirma que a personalidade é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica, não qualificando a personalidade apenas como um direito ou obrigação, e que os direitos inatos são todos direitos da personalidade, todos tem caráter de essencialidade, "são mais do que um direito, são uma obrigação".

A proteção da dignidade da pessoa humana também está voltada para as crianças e adolescentes, mesmo antes dela estar codificada. No ordenamento jurídico brasileiro há leis constitucionais e infraconstitucionais destinadas a proteger os direitos da personalidade. Na

Constituição Federal de 1988 constam, dentre os direitos sociais, o direito à saúde, devendo este ser assegurado pelo Estado.

Esse direito a ser garantido a todos os cidadãos, inclusive aos estrangeiros, constou no rol de direitos e garantias fundamentais apenas recentemente, na CF de 1988, visto que anteriormente o Estado oferecia atendimento hospitalar apenas aos trabalhadores com carteira de trabalho assinada e à sua família. O restante da população tinha acesso a serviços da saúde como um favor, não como um direito. Além disso, o atendimento aos estrangeiros também era precário.

A Constituição Federal de 1988 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), que é regulamentado pelas Leis n.º 8080/90 e nº 8.142/90, Leis Orgânicas da Saúde. A entidade tem a "finalidade de alterar a situação de desigualdade na assistência à Saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão, sendo proibidas cobranças de dinheiro sob qualquer pretexto".

A cobrança pelos atendimentos é vedada pois esse serviço é financiado pelos impostos pagos pela população e, portanto, um dever do Estado. Por constar no rol dos direitos sociais constitucionalmente previstos, é um direito subjetivo, indisponível e assegurado à todos.

A Constituição Federal, trata dos dispositivos destinados a assegurar a saúde a todas as pessoas nos artigos, 6º, 7º, IV, 23, II, 24, XII, e do 196 a 200. Eles tratam desde a competência para legislar, bem como de quem tem o dever de assegurar a saúde a todo cidadão, por exemplo:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Dessas normas, constata-se que o direito à saúde deve ser garantido por meio de políticas públicas de acesso universal e igualitários a serviços destinados à promoção, recuperação e garantia da saúde das pessoas.

O reconhecimento da saúde como um direito possui duas importantes

repercussões práticas: a responsabilidade ética e legal do poder público de formular e implementar ações que assegurem o acesso da população aos serviços de atenção à saúde; e a possibilidade de o cidadão reivindicar judicialmente, de forma individual ou coletiva, o cumprimento dessa obrigação estatal.

A Lei nº 8.080/1990, que regulamenta o SUS, também estabelece diretrizes e princípios para a saúde de nosso estado, e complementa o disposto na Lei Maior, ao dispor que:

Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

No ordenamento jurídico brasileiro, as patentes de medicamentos estão inseridas na Lei nº 9.279 de 1996. A Medida Provisória nº 2.006/1999 criou a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), cujo papel é proteger e promover a saúde da população a partir da segurança sanitária de produtos e serviços. Essa Agência é também o órgão competente a analisar e autorizar a concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos.

252

Ao analisar a definição de saúde verifica-se que os estudiosos sugerem que este estado é atingido pelo equilíbrio interno do homem com o meio ambiente externo, a busca constante do estado de bem-estar. O direito à saúde possui dois aspectos.

O primeiro aspecto significa a liberdade das pessoas "para escolher o tipo de relação que terão com o meio ambiente, em que cidade e que tipo de vida pretendem viver, suas condições de trabalho e, quando doentes, o recurso médico-sanitário que procurarão, o tipo de tratamento a que se submeterão". O segundo aspecto, de igualdade, significa que

As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar-se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. [...] A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade.

O direito à saúde é empregado no sentido de garantia da reivindicação do estado de

saúde ao governo. Deve ser visto como um direito fundamental social para a preservação da vida, da dignidade da pessoa humana.

No âmbito internacional, a Organização Mundial de Saúde (OMS), criada pela ONU, é a organização responsável por promover a elevação dos padrões internacionais da saúde. A Constituição da OMS estabelece que "saúde é o completo bem estar físico, social e mental, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade".

Esse braço da ONU que cuida das legislações sobre a saúde mundial conceitua e indica as responsabilidades de seus membros, com objetivo de obter um padrão mais elevado de saúde. No preâmbulo da Constituição da OMS está determinado que:

Os Estados Membros desta constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidades dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança; [...]

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social; [...]

Os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.”

Com relação a esta responsabilidade, observa-se, nos últimos anos, o fenômeno da judicialização, especialmente na área da saúde, o que vem impondo ao Estado que forneça medicamentos que não estão na lista daqueles fornecidos pelo SUS. Isso se dá, principalmente, por meio de mandados de segurança. O direito à vida é um direito inseparável do direito à saúde, e torna-se inaceitável a recusa de fornecimento de algum medicamento ou tratamento de pessoas em estado grave ou sem condição de custear os medicamentos, internamentos ou tratamento.

De fato, a falta de acesso a medicamentos essenciais é uma das causas da morte de milhões de pessoas no planeta. Uma das principais causas é o alto custo dos medicamentos, especialmente às parcelas economicamente mais vulneráveis da população. Esse fato

ocorre, geralmente, em razão dos altos investimentos feitos pelas indústrias farmacêuticas em pesquisa para o desenvolvimento de novos produtos.

Outro fator que dificulta o acesso é o período de exploração exclusiva das patentes, que de acordo com o artigo 40 da Lei nº 9.279/96, é de 20(vinte) anos, no caso das invenções, categoria a que pertencem os medicamentos. Esse prazo pode ser considerado demasiadamente extenso, especialmente no que tange a medicamentos essenciais, pois limita o acesso da população à satisfação do direito à saúde.

Com relação ao fornecimento de medicamentos e tratamentos, esta questão se insere no conjunto de proteção da dignidade da pessoa e da saúde, pois é a partir daí que será garantido um dos bens mais preciosos do ser humano, ou seja, a vida, e por isso merece a tutela protetiva do Estado.

Cabe ao Poder Público ofertar à população os medicamentos mais seguros (que sabidamente não provocam danos), eficazes (fazem o que se propõem a fazer), efetivos (fazem o que se propõem a fazer quando utilizados pelas pessoas em condições reais) e custo-efetivos (entre as alternativas disponíveis, fazem o que se propõem a fazer, em condições reais, ao menor custo).

254

Quando da criação do SUS, a instituição foi idealizada para promover e garantir a saúde de todas as pessoas que dela necessitem e, por isso, não pode ser uma promessa inconsequente, pois a norma constitucional deve dar sentido ao compromisso social firmado. O dever do Estado de fornecer medicamentos não oferecidos pelo Sistema deve ir além da judicialização da saúde. É inadmissível exigir da pessoa, geralmente com a saúde debilitada e desprovida de recursos financeiros, exigir que vá até o judiciário obter uma liminar para ter o acesso a um medicamento essencial para a manutenção de sua vida.

Contudo, um dos problemas acerca da ordem judicial de fornecimento de medicamento é que não há uma avaliação contundente se o medicamento solicitado é o melhor para o indivíduo, se pode ser substituído por outro de menor custo disponível nos programas de assistência farmacêutica do SUS e que ofereça os mesmos resultados. Isso sobrecarrega demasiadamente os cofres públicos, até porque a aquisição deste medicamento geralmente não está prevista no orçamento destinado à saúde. Esse entendimento limita, inclusive, a destinação de recursos financeiros à prevenção de

doenças, o que também é uma das funções do SUS.

Além disso, parte da doutrina sugere maior agilidade da ANVISA para a ampliação do rol de remédios a serem fornecidos pelo Estado, ou seja, a liberação do uso de novas drogas. Entretanto, a cautela é medida que se impõe. Para que um novo medicamento seja incluído no rol disponibilizado pela Agência, ele deve antecipadamente comprovar sua eficácia e segurança dos resultados de ensaios clínicos realizados. Como vai ser fornecido a milhões de brasileiros, a responsabilidade do Estado se amplifica, e o Poder Público não pode se aventurar a fornecer medicamentos que não sejam seguros, eficazes, efetivos.

Sendo assim, proceder-se-á à análise do conflito de direitos e à sugestão de reflexões acerca de formas de solução do conflito entre o direito à propriedade intelectual e do direito à saúde.

PROPRIEDADE INTELECTUAL VERSUS SAÚDE

O conflito ora introduzido trata do confronto entre dois direitos da personalidade essenciais ao homem. Tanto a propriedade intelectual quanto a saúde são direitos da personalidade e, portanto, dignos de proteção.

A doutrina diverge quanto à solução deste conflito. Flávia Piovesan defende que a proteção ao direito à propriedade intelectual não pode inviabilizar e comprometer o dever dos Estados de respeitar, proteger e implementar os direitos econômicos, sociais e culturais. Dentre os direitos sociais está compreendido o direito à saúde. A autora justifica que a propriedade intelectual deve ser analisada dentro do contexto dos direitos humanos e que, por ser produto social, apresenta "uma função social".

Segundo a Autora, essa função social: "não pode ser obstada em virtude de uma concepção privatista deste direito que eleja a preponderância incondicional dos direitos do autor em detrimento da implementação dos direitos sociais, como o são, por exemplo, à saúde". Ela ainda aponta que, em regra, "o conflito não envolve os direitos do autor *versus* os direitos sociais de toda uma coletividade; mas, sim, o conflito entre os direitos de exploração comercial (por vezes abusiva) e os direitos sociais da coletividade".

De fato, as empresas farmacêuticas têm investido bilhões em pesquisas de inovação para a busca novos medicamentos e aprimoramento daqueles já existentes no

mercado, para minimizar seus efeitos colaterais, por exemplo. Com isso, os custos de produção são elevados e as empresas são obrigadas a repassar isso para o consumidor. Além disso, por deter a exploração econômica exclusiva durante o período protegido pela patente, algumas empresas podem praticar preços abusivos, conforme anteriormente observado.

O conflito de direitos aqui se traduz na imposição de preços abusivos a medicamentos essenciais à promoção, recuperação e garantia da saúde de qualidade às pessoas, especialmente àquelas que têm menos condições de custear a aquisição de tais remédios. Isso compromete a vida dessas pessoas. Outro fator observado é que as indústrias farmacêuticas são multinacionais e suas sedes geralmente ficam em países desenvolvidos, enquanto a população mais carente de medicamentos essenciais se encontra em países menos desenvolvidos e em desenvolvimento. Esse desequilíbrio econômico também é um obstáculo para que os Estados forneçam tais remédios às pessoas residentes nestes países.

A primeira reflexão a ser incitada trata da ponderação de bens. Nessa análise, é importante lembrar que a pesquisa e o desenvolvimento de inovações precisa de incentivos, inclusive financeiros. O TRIPS, Acordo relacionado aos aspectos dos direitos da propriedade intelectual, pactuado no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), estabelece diretrizes sobre a propriedade intelectual no âmbito internacional. Os artigos 7 e 8 estabelecem os objetivos e princípios, respectivamente:

Artigo 7 Objetivos

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

Artigo 8 Princípios

1. Os Membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento sócio- econômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.
2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser

necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência internacional de tecnologia.

Em outras palavras, os membros devem reformular suas legislações para proteger a saúde pública, além de tomar as medidas necessárias e apropriadas para coibir o abuso dos direitos de propriedade intelectual que limitem de maneira injustificável a transferência de tecnologia. Nesse sentido, tanto os Estados quanto a OMC devem agir, tomando as medidas cabíveis, para diminuir as barreiras impostas por proprietários de patentes (indivíduos ou empresas) ao acesso à medicamentos essenciais pela população mais pobre.

Houve um grande avanço na Declaração de Doha sobre o TRIPS e saúde pública pois reconheceu que o direito da propriedade intelectual não é absoluto, ainda mais quando em conflito com a saúde pública de membros menos desenvolvidos e em desenvolvimento para o controle de doenças como AIDS, tuberculose, malária.

Outra reflexão para uma possível solução do conflito seria a produção desses medicamentos por outras empresas ou Estados, diferente da detentora da patente, por meio da quebra dessas patentes. É importante ressaltar que o Brasil já usou desse artifício para a produção de medicamentos para o tratamento da AIDS. Em 2005, o país declarou que a patente do Kaletra era de interesse público e que a partir de então o produziria em escala nacional para consumo exclusivo do SUS.

Essa quebra de patentes é chamada de licenciamento compulsório. Com fundamento na função social do uso do medicamento, o titular que usar de forma abusiva ou restritiva ao acesso das pessoas, de forma geral, pode ter a patente licenciada compulsoriamente. Com isso, outras empresas poderão fabricar o medicamento registrado na patente licenciada.

O uso desse artifício é autorizado pela Organização, condicionado ao preenchimento de alguns requisitos, que deverão ser informados à OMC através de notificação ao Conselho do TRIPS que:

- ☐ especifique o(s) nome(s) e a(s) quantidade(s) esperada(s) do(s) produto(s) necessário(s);
- ☐ confirme que o membro importador

habilitado em questão, que não seja um país menos desenvolvido, assegure possuir pouca ou nenhuma capacidade de produção no setor farmacêutico para o(s) produto(s) em questão; e

- ☐ confirme que, quando um produto farmacêutico é patenteado em seu território, ele concede ou pretende conceder uma licença compulsória, de acordo com o Artigo 31 do Acordo TRIPS e as disposições desta Decisão.

Além disso, a licença compulsória emitida pelo membro exportador conterá as seguintes condições:

- ☐ Apenas a quantidade necessária para atender às necessidades do membro importador habilitado pode ser fabricada ao abrigo da licença, e a totalidade dessa produção será exportada aos países que tiverem notificado o Conselho do TRIPS a respeito de suas necessidades.

- ☐ Os itens produzidos ao abrigo da licença serão claramente identificados como produzidos em conformidade com o sistema definido nesta Decisão, por meio de etiquetagem ou outra marcação específica. Os fornecedores devem distinguir esses produtos por sua embalagem especial e/ou pela coloração ou formato peculiar, desde que essa distinção seja viável e não tenha impacto significativo sobre o preço.

- ☐ Antes de iniciar o embarque, o licenciado publicará em um *site* na internet o seguinte: (1) quantidades fornecidas a cada destino; e (2) características distintivas do produto.

258

Nesse sentido, observa-se que é possível a ponderação dos direitos para a efetivação dos direitos da personalidade. É importante observar que não se objetiva pôr fim ao direito da propriedade intelectual, nem ao seu desenvolvimento. O que se busca é uma visão mais ética da inovação e da transmissão da tecnologia, especialmente para aqueles que necessitam dessa inovação e têm menos condições de pagar por essa aquisição.

O dever de fornecimento de medicamentos para a efetivação do direito à saúde também deve ser abordado sob a perspectiva da responsabilidade compartilhada com os deveres das empresas farmacêuticas. Na condição de produtores de medicamentos essenciais e de pesquisadores de novos remédios, as indústrias farmacêuticas tem a maior capacidade de contribuir para a efetivação da saúde das pessoas e também a maior capacidade de ser um obstáculo para o acesso à medicamentos tanto pelo Estado quanto pela população.

Diante desse quadro, pode verificar-se a adoção de uma postura ética por algumas

dessas empresas, seja para fazer doações de medicamentos, para promover pesquisas para a cura de doenças regionais negligenciadas, que geralmente se instalam nos países mais pobres, para o oferecimento de sistemas diferenciados de preços, parcerias público-privadas.

É necessário ressaltar que não apenas as indústrias farmacêuticas ou os Estados, mas sim todas as organizações, internacionais, nacionais, não governamentais, empresariais, estatais, tem o dever colaborar e contribuir para o acesso à saúde de toda a população mundial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propriedade intelectual é um direito da personalidade que deve ser garantido a todas as pessoas, tanto o direito de autor quanto o direito de inventor. Além disso, em razão de rapidamente ultrapassar as fronteiras dos Estados, a proteção desses direitos deve ser feita em escala mundial.

A invenção é um acontecimento que pode gerar muitos benefícios. Por exemplo, a invenção de medicamentos que cure doenças ou que amenize a dor, efeitos colaterais e promova um estado de bem-estar para os usuários desse remédio.

Nesse sentido, observa-se que o direito à saúde também é um direito da personalidade que deve ser garantido a todas as pessoas, independentemente de estarem residindo neste ou naquele país. A saúde é um direito e, no caso do Brasil, o Estado se comprometeu a garanti-la para todos.

Essa garantia envolve várias questões, por exemplo, a prevenção de doenças, o Sistema Único de Saúde, a Organização Mundial de Saúde, as decisões judiciais. O fornecimento de medicamentos não disponíveis pelo governo, ou a falta desse acesso, principalmente pela população mais pobre, é tema bastante recorrente na vida das pessoas.

O tema surge pois se confrontam dois direitos da personalidade que devem ser garantidos a todas as pessoas, quais sejam, o direito da propriedade intelectual *versus* o direito à saúde.

O trabalho buscou fomentar algumas reflexões acerca do tema abordado, como a ponderação de bens. O direito à propriedade intelectual inclui o direito de desenvolver, de

criar, de inovar, e no presente caso, de pesquisar e desenvolver novos medicamentos. Como visto, as indústrias farmacêuticas investem bilhões anualmente para promover a pesquisa de novas tecnologias e, sem essas recompensa, ainda que financeira, não haverá incentivo para novas pesquisas. Por outro lado, o direito à saúde deve ser garantido a todas as pessoas, não só porque integra o direito à vida, mas também porque não se vislumbra o desenvolvimento do ser humano com a saúde debilitada, e isso envolve o direito de ter o acesso a medicamentos essenciais que curem, recuperem, promovam a saúde das pessoas.

Além da ponderação de bens, a quebra de patentes por Estados para o fornecimento dos remédios essenciais à população carente é uma opção a ser considerada, desde que o detentor da patente esteja fazendo uso da mesma de forma abusiva, deixando de cumprir sua função social, ocasião em que a licença compulsória será permitida e deferida.

Outra observação apontada tratou da responsabilidade da sociedade em geral, especialmente das indústrias farmacêuticas. Todos têm o dever de colaborar para efetivar o acesso à saúde de todas as pessoas, e no caso das empresas detentoras das patentes dos medicamentos, o cumprimento de sua função social inclui doações, prática de preços diferenciados, parcerias público-privadas.

O que se buscou com esse trabalho foi o fornecimento de diretrizes para o conflito dos direitos à propriedade intelectual e à saúde através do acesso à medicamentos essenciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em 20 jun. 2015.

CANTALI, Fernanda. **Direitos da personalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CORREA, Carlos M. O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. **Sur, Rev. int. direitos humanos**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 26-39, Dec.

2005 . Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452005000200003>>. Acesso em 20 jun. 2015.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo , v. 22, n. 1, p. 57-63, Feb. 1988 . Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008>>. Acesso em 20 jun. 2015.

GIACOIA, Gilberto . Justiça e Dignidade. **Argumenta** (FUNDINOPI), Jacarezinho, v. 2, n.1, p. 11-31, 2002.

HUNT, Paul; KHOSLA, Rajat. **Acesso a medicamentos como um direito humano**. **Sur, Rev. int. direitos humanos**, São Paulo , v. 5, n. 8, p. 100-121, June 2008 . Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452008000100006>> Acesso em 25. jun. 2015.

MACEDO, Eloisa Israel de; LOPES, Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio. **Análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial**. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo , v. 45, n. 4, p. 706-713, Aug. 2011. Disponível em < <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102011005000044>>. Acesso em 24. jun. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Constituição**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%ADe/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em 20 jun. 2015.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito de Propriedade Intelectual e Desenvolvimento: Considerações para o debate**. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 4 n. 7, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Propriedade Intelectual**. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2665/CL01%20-%20Flavia%20Piovesan%20-Direitoshumanosepropriedadeintelectual.pdf?sequence=3>>. Acesso em 20. jun. 2015.

SAÚDE BRASIL. **Sistema Único de Saúde**. Disponível em: <<http://saudebrasilnet.com.br/cidadania/sus-sistema-unico-de-saude/>> Acesso em 20 jun. 2015.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ZIMMERMAN, Patrícia. Folha Online, São Paulo, 24 jun. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u110423.shtml>>. Acesso em 24. jun. 2015.

RETROSPECTO SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL E A PROPRIEDADE PRIVADA

*Leonardo Inácio NUNES*⁶⁴

RESUMO

Considerando a mudança de paradigma proposta pela Constituição da República Federativa do Brasil, simplesmente CF de 1988, para as questões relativas à propriedade privada, o presente artigo visa discutir o retrospecto deste instituto e a interação com a doutrina da função social, que evoluiu em um quadro histórico-filosófico heterogêneo desde o século XVIII. Trabalhar este conceito passa a ser vital diante da necessidade de efetivar as garantias ofertadas pelo legislador, que oportunamente consagrou a função social nos preceitos da propriedade privada. Para tanto, apoiamo-nos na doutrina mais contundente a fim de esclarecer o debate sobre estes princípios elementares ao ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Direito – Propriedade Privada – Função Social

ABSTRACT

Considering the paradigm change proposed by the Constitution of the Federative Republic of Brazil, just CF 1988, for matters relating to private property, this paper discusses the retrospect of the institute and the interaction with the doctrine of social function, which evolved into a heterogeneous historical-philosophical framework since the eighteenth century. Working this concept becomes vital given the need to effect the guarantees offered by the legislature, which in due course consecrated the social function in the precepts of private property. For this, we rely on the most striking doctrine to clarify the debate on these fundamental principles the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Law – Private Property – Social Function

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa, primeiramente, a caracterização do instituto da propriedade ao longo dos tempos. Área relevante para a ciência do Direito, o que diz respeito à propriedade, convém dizer, é fundamental a qualquer ordenamento jurídico da contemporaneidade.

Com o intuito de desvendar os vários aspectos pertinentes ao tema, no primeiro

capítulo, falaremos sobre o histórico da propriedade, que teve como grande reduto o Direito dos romanos, em que foi pela primeira vez detectada e legislada conforme padrões de individualidade próximos dos observados modernamente. Não deixaremos de destacar, durante a evolução, a importância também da Idade Média e da Constituição Francesa de 1804 no processo de formação do conceito presente de propriedade.

O segundo capítulo dedica-se a análise da “função social”, doutrina que afeta diversos institutos do Direito na hodiernamente. Assim, preocupamo-nos em investiga-la separadamente, de forma a alinhar o respectivo fenômeno com passagens históricas, destinando espaço para correlações com a propriedade privada somente no trecho final do destaque. É a tentativa de definir para delimitar, no caso o campo de atuação do direito de propriedade.

Por fim, como derradeiro não deixamos de versar quanto à propriedade no Brasil, especialmente após a Constituição de 1988, que empregou, junto a outros textos legislativos, significado progressista no que tange ao tema. É, portanto, como tentativa de esclarecer e aprofundar aos olhos acadêmicos e leigos, a transformação desencadeada através da inclusão da “função social” como requisito para a propriedade privada.

ORIGEM E HISTÓRICO DA PROPRIEDADE

O PERÍODO ANTERIOR À ÉPOCA ROMANA

À luz das primeiras evidências de vida em grupo não é difícil compreender porque somente há pouco mais dois mil anos é que a propriedade ganhou caráter individualizado. Foi em Roma que a propriedade como um todo, isto é, tanto a de bens móveis como a de imóveis, recebeu pela primeira vez por parte do Direito, um viés privado.

O homem dos primórdios, antes de qualquer determinação sobre a propriedade das coisas, desenvolveu muitas outras questões. A sobrevivência, a alimentação, a comunicação. O desenvolvimento dessas áreas é que permitiu a racionalização do mundo, hoje percebida através do surgimento das ciências e da individualização do ser, este último processo que é notório motivador às privatizações. Antes desse estágio de maior avanço, todavia, vivenciaram a fase comunitária da propriedade, como alerta Antônio Carlos Wolkmer:

A propriedade coletiva das comunidades gentílicas foi a forma de propriedade que predominou nas antigas civilizações. No Egito, Síria e Mesopotâmia, as comunidades gentílicas estavam organizadas basicamente em grupos familiares, clãs e tribos, em que a propriedade coletiva tinha em sua base o entendimento de que a comunidade predominava sobre o indivíduo. O que conta é a comunidade, e, sendo assim, a terra pertence ao grupo todo, tanto aos vivos quanto aos mortos, visto que a crença, nesses tempos, sustentava que os mortos permaneciam de certa forma ligados às condições terrenas. (2006, p. 117)

Como visto, portanto, os povos anteriores aos romanos dispunham quanto à propriedade de terras de modo tanto quanto social. Entende-se que sobre a posse do solo, aliás, sequer havia cogitações. Era de praxe que o solo pertencesse a todos. Tal conhecimento originava-se, possivelmente, dos costumes, das necessidades e da cultura religiosa que cada grupo guardava.

Mesmo antes da concepção de um conceito a propriedade privada, no entanto, inclusive os povos primitivos guardavam alguma regra sobre o que pertencia ou não a alguém. Sobre o tema, Venosa (2004, p. 170) pondera que “somente existia propriedade para as coisas móveis, exclusivamente para objetos de uso pessoal, tais como peça de vestuário, utensílios de caça e pesca.”. Esse tipo de determinação, mesmo que em fase “embrionária”, por assim dizer, é essencial para o desenvolvimento de algumas dessas sociedades antigas, pois estabelece um eixo a cada pessoa participante do grupo social. Essa mesma noção ainda é fundamental para o próprio evoluir do conceito de propriedade, que depois vem a se ampliar consideravelmente.

A ÉPOCA ROMANA

Como dito acima, foi em Roma que a propriedade privada encontrou um terreno fértil para sua individualização. As hipóteses que influenciaram esse processo são várias, mas listando as essências, com certeza pode-se incluir dois fatores: o alto grau de sabedoria do Direito à época, que foi de larga importância no que diz a detecção e adaptação de direitos; a expansão do território romano, pois a ocupação de determinadas áreas exigia forte poder de domínio, sobretudo no sentido da manutenção da posse, algo que diretamente se liga à propriedade privada.

Exatamente com o intento de fortalecer o vínculo do homem com a coisa é que a concepção individual da propriedade reuniu seguidores. Tratava-se de uma concepção atraente aos romanos. Sobretudo no período em que se alcançou a segurança, o ideal do privado se apresentava tentador. Caio Mário da Silva Pereira (2002, p. 60) nos diz que a propriedade era, inicialmente, particular ao cidadão romano, e que só podia se fazer de objeto o solo romano, já que o domínio nacionalizava a terra conquistada.

A essência da propriedade em Roma, no entanto, talvez vá se prender aos costumes adotados. Por isso, é difícil precisar certamente quando e onde é que a propriedade privada foi oficialmente defendida.

A noção de propriedade imobiliária individual, segundo algumas fontes, data da Lei das XII Tábuas. Nesse primeiro período do Direito Romano, o indivíduo recebia uma porção de terra que devia cultivar, mas, uma vez terminada a colheita, a terra voltava a ser coletiva. Paulatinamente, fixa-se o costume de conceder sempre a mesma porção de terra às mesmas pessoas ano após ano. Ali, o *pater famílias* instala-se, constrói sua moradia e vive com sua família e escravos. Nesse sentido, arraiga-se no espírito romano a propriedade individual e perpétua. (VENOSA, 2004, p. 170)

No período romano ainda, a propriedade mantinha proximidade direta com a religião e com a família. Silvio Venosa deixa claro que a propriedade, em seu aspecto místico, ligava-se ao culto dos ancestrais. Daí, posteriormente, a ideia sacra que a casa passou a sustentar, principalmente na civilização ocidental (2004, p. 171). Empregando as palavras de Venosa quanto a questão: “Os deuses pertenciam somente a uma família, assim como o respectivo lar.”.

DURANTE A IDADE MÉDIA

A queda do Império Roma, no que diz respeito à propriedade privada, inicialmente, pode-se dizer, não desencadeou a modificação do em torno e dos meios que a permitiam. Apesar dos povos germanos não guardarem paridade com os romanos quanto à forma de tratar o domínio sobre as coisas, resistiu ainda por algum período a ideia da propriedade romana.

Esse cenário, todavia, não se manteve por tanto tempo, uma vez que em Roma, o

custeio a propriedade ligava-se à segurança. Não fosse a certeza de que aquele domínio seria protegido, certamente não se incorreria o risco de investir e melhorar a coisa. Após a invasão dos bárbaros o que passou a predominar foi justamente a dúvida, a precariedade e volubilidade.

Nesse sentindo, a sociedade que dava mostras de ser tornar concentrada e urbanizada, simplesmente se espalhou. A tensão individualizou a segurança, obrigando cada um a busca-la. A modificação dos valores sugeriu “a idéia [sic] de transferência de terra aos poderosos, com juramento de submissão e vassalagem, em troca de proteção à sua fruição (*beneficium*) e, [...] crescia o conceito de poder político ligado à propriedade imobiliária” (PEREIRA, 2002, p. 61, grifo do nosso).

Além disso, é também neste período que o Direito canônico fez valer seu veredicto. Defendia-se, assim, a propriedade como forma de liberdade individual. A influência de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, entretanto, incutiu a doutrina de uma propriedade privada imanente à natureza humana, que devia ser utilizada com justeza.

266

O RENASCIMENTO E A REVOLUÇÃO FRANCESA

O Renascimento, como costuma ser chamado o período entre o final do século XIV e o início do século XVII, foi igualmente decisivo para a constituição da propriedade naqueles idos. Os questionamentos da academia e de algumas classes da população abriram alas para a discussão da propriedade, e alguns estudiosos se utilizaram do tema para discorrer teorias inteiras sobre a legitimação e a legalidade desse instituto.

Ainda que o momento histórico do Renascimento tenha proporcionado questionamentos de maior profundidade, a concretização do que se especulou vem mesmo a ocorrer na Revolução Francesa (1789). O documento responsável por este novo momento é o **Código de Napoleão**, que recepciona a concepção romana de propriedade de acordo com moldes essencialmente individualistas. Tal conclusão é evidente, conforme análise do que dispunha o art. 544 do mesmo código: “*a propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas do modo mais absoluto, desde que não se faça uso proibido pelas leis ou regulamentos*”. Pontua Silvio Venosa sobre a importância do Código de Napoleão: “[...] Como sabido, esse Código e as idéias [sic] da Revolução repercutiram em todos os

ordenamentos que se moderam no Código Civil francês, incluindo-se a grande maioria dos códigos latino-americanos [...]” (2004, p. 171).

A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RETROSPECTO

O professor Eduardo Tomasevicius Filho atribui a São Tomás de Aquino a formulação do conceito de Função Social, quando este afirmou “que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar” (2005, p. 197). A investigação sobre a questão, todavia, é importante, afinal, a função social é requisito hodiernamente aliado a muitos outros institutos além da propriedade.

Faz-se necessário, dessa forma, ao promover a investigação do tema, levar a cabo as influências de cunho histórico e doutrinário. Assim, é de praxe esclarecer que a ascensão do ideário referente a função social está diretamente ligado as práticas adotadas durante o período da Revolução Industrial, que desencadearam respostas, especialmente no século XVIII.

Naquele momento a excessiva liberdade cultivada nas mais diversas áreas do conhecimento, a destacar o meio econômico, fomentou a expansão de doutrinas de cunho revolucionário, dotadas de viés filosófico e técnico, como por exemplo, a socialista que desempenhou papel singular quando da reclamação de direitos trabalhistas.

Nesse sentido, além das diversas produções acadêmicas sobre a questão, foi de relevante importância a encíclica *Rerum Novarum*, publicada pela Igreja Católica:

O documento mais conhecido nesse sentido foi a encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, escrita em 1891, na qual estão retratadas as condições de miséria e escravidão em que se encontravam os trabalhadores, devido à exploração que sofriam pelos detentores do capital. A idéia central dessa encíclica é que era conveniente promover melhores condições de trabalho, do que correr-se o risco de a classe trabalhadora instituir o socialismo. [...] A importância da encíclica *Rerum Novarum* não está em falar de função social – afinal nenhuma referência a esse termo é feita – mas, sim, de reclamar melhorias nas condições de vida dos trabalhadores com fundamento na dignidade da pessoa humana: “A ninguém está permitido violar impunemente a dignidade humana, da que Deus mesmo dispõe com grande reverência”. (TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 198-199).

A reação às pressões ofertadas é historicamente observada com a modificação da forma de atuação do Estado diante das conjunturas sociais degradantes.

O Estado, antes voltado a conferir eficácia à liberdade econômica, teve de assumir funções de regular as relações subjetivas e passou a intervir no processo econômico para restabelecer relações sociais mais justas, quer de forma indireta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais, quer de forma indireta, através da disciplina das relações privadas relacionadas ao comércio e de outras relações intersubjetivas que antes eram deixadas à livre autonomia privada. Ao contrário da não-intervenção reclamada pelos direitos individuais absolutos consagrados no Estado Liberal, ao Estado Social incumbe atuação pró-ativa no sentido de assegurar a fruição dos direitos individuais e sociais pelos destinatários, diante da qualificação de direitos prestacionais, que exigem, mais que a abstenção necessária ao respeito dos direitos-liberdade, também prestações estatais positivas para sua concretização (JELINEK, 2006, p.5).

É justamente neste cenário de reivindicações que a doutrina da função social escala discussões e obtém espaço em documentos jurídicos na primeira metade do século XX. O cenário acadêmico na área do Direito também é favorável a ação, haja vista uma maior interação entre público e privado, que culmina com a “constitucionalização do Direito Civil” com a adesão cultural a hermenêutica, como a força normativa dos princípios constitucionais, a distinção entre princípios e regras, a interpretação conforme a Constituição, que implica em analisar consequências variáveis. Por isso mesmo, a promotora do MP-RS, Rochelle Jelinek, afirma que “o conceito jurídico de função social revolucionou a exegese jurídica de valores como liberdade e propriedade” (2006, p. 8,10).

268

SIGNIFICAÇÃO DE FUNÇÃO SOCIAL

Em obra sobre a Função Social do Contrato o professor Eduardo Tomasevicius Filho identifica três significados para o termo “função social”. Primeiramente, em sentido amplo, fala-se no significado de “finalidade” ou “papel”. Baseando-se na concepção do marxista, Karl Renner, para o professor a propriedade pode “[...] funcionar como um bem destinado à moradia, ou para a subsistência de quem mora no campo, ou para o exercício de atividade econômica.” (2005, p. 200). Disso conclui-se pela relação dotada de

economicidade, esta que aparece marcada em alguns dos principais dispositivos jurídicos do país – como o art. 187 da Constituição Federal de 1988 e o art. 1.228 do Código Civil de 2002. Reside problemática, neste sentido, ao analisar se, a depender da situação econômica da Economia, o proprietário estaria acobertado pela lógica econômica de não produzir, por exemplo. Parece-nos, todavia, que os dispositivos consolidados, de aplicação imediata, não contemplam o problema econômico.

Seguidamente, em sentido estrito, concebe-se função social como “serviço realizado em benefício de outrem”. Fala-se, assim, de verdadeira relação entre pessoas em função de algo, como uma missão. Completa o ilustre professor:

No caso da função social, o “funcionário” é o titular do direito; o beneficiário da relação funcional é a sociedade. Consiste na exigência de que o exercício de seu direito seja também uma prestação de serviço em benefício da sociedade, ou ainda, consiste na imposição de deveres para quem exerce determinado direito; daí fala-se que a função social é um “poder-dever”. De um lado, o titular do direito subjetivo tem direito – isto é, tem um poder, uma faculdade - em face de uma pessoa, da sociedade ou do próprio Estado. Estes têm a obrigação de sujeitar-se a esse poder, de respeitar esse espaço de liberdade do titular do direito subjetivo. De outro lado, o titular do direito subjetivo também é obrigado cumprir com determinados deveres de ação e abstenção em face de terceiros. Surge, pois, para indivíduo, um feixe de deveres que devem ser observados no exercício de determinado direito. (TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 201)

Enquanto relação, todavia, sobretudo se aplicada as noções de propriedade privada, surge a função social como “solução de compromisso” frente a problemática econômica relacionada a propriedade. Emprestando o conceito de Escassez, a corriqueira insuficiência de bens que atendam os desejos humanos, vislumbra-se a propriedade sob a égide da função social como instrumento “contra-prestativo”, diante da preferência de dispor sobre determinado bem enquanto proprietário. Tem-se, portanto, a “função social” como “compensação, a qual se dá por meio da realização de deveres de ação ou de abstenção por parte do titular de um direito subjetivo” (TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 201).

A despeito deste conceito estrito, restaria discutir se todos os bens teriam função social. O jurista italiano, Stefano Rodotà (apud TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 202), é defensor de que apenas alguns bens guardam função social. Através da distinção feita pelo

Rodotà somente bens de produção – o maquinário de uma indústria – reservariam esta condição, enquanto bens consumo ou de uso pessoal – até mesmo o imóvel destinado à moradia – não teriam função social.

Apesar da exatidão com que o Rodotà presta análise, impende destacar a posição de Rochelle Jelinek, para quem enquanto relação, a propriedade traduziria um direito-meio, não se garantindo em si, e “[...] só se justificando como instrumento de viabilização de valores fundamentais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana” (2006, p.21).

O último dos significados, por sua vez, é de “responsabilidade social”. Trata-se de uma visão direcionada à atuação empresarial, que preconiza deveres não necessariamente relacionados à atividade de empresa, efetivados voluntariamente e destinados ao bem-estar não apenas dos público consumidor daquela empresa.

FUNÇÃO SOCIAL E PROPRIEDADE

Sobre a origem do conceito, academicamente proposto, diga-se, a correlação entre propriedade e função social há debate a respeito de seu primeiro expositor. Conquanto Eros Grau sustente que o conceito foi apresentado por Augusto Comte, em seu “Sistema de Política Positiva”, o constitucionalista Dimas Macedo aponta, em artigo jornalístico que foi Léon Duguit o primeiro jurista a admitir que a função social da propriedade não quer significar que ela “esteja se convertendo em coletiva, mas sim que estamos deixando de concebê-la em termos de direito privado, passando a aceitá-la em termos de Função Social” (2011).

A teoria de Duguit assemelha-se à doutrina que se fundamenta no abuso de direito, mas sua originalidade está na adoção de uma concepção solidarista do Direito, em que o exercício dos direitos deve dirigir-se ao cumprimento de funções impostas pela solidariedade social. (JELINEK, 2006, p.12)

A adaptação do instituto e a socialização da Propriedade Privada acompanha a história dos movimentos constitucionalistas. É particularmente no início do século XX, especificamente em Constituições como a Mexicana (1917), a Constituição Russa (1918) e

a Constituição Alemã, também chamada de Weimar (1919). Nesta última, aliás, é que se origina a função social consagrada na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949.

Artigo 14

[Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação]

A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei.

(1) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum.

(2) Uma expropriação só é lícita quando efetuada para o bem comum.

(3) Pode ser efetuada unicamente por lei ou em virtude de lei que estabeleça o modo e o montante da indenização. A indenização deve ser fixada tendo em justa conta os interesses da comunidade e dos afetados. Quanto ao montante da indenização, em caso de litígio, admite-se o recurso judicial perante os tribunais ordinários. (BUNDESTAG, 2011).

A transformação do direito de propriedade em poder-dever é evidentemente fruto da persuasão da doutrina da função social, que se manifestava no Brasil desde meados da década de 1930, encontrando refugio primário na Constituição de 1946, esta que estatuiu a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante indenização prévia (JELINEK, 2006, p. 17).

Repousa distinção quanto a propriedade de terras, tanto a modalidade rural como a modalidade urbana, bem como sobre outras formas de propriedade, no entanto, é de se notar que na “[...] atual ordem jurídico-constitucional, a função social é parte integrante do conteúdo da propriedade privada” (JELINEK, 2006, p. 21), diga-se, em maior ou menor grau, a depender do ofertado pela legislação.

A PROPRIEDADE NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

DETERMINAÇÕES CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 quanto à propriedade privada foi determinante em vários aspectos para a adaptação de alguns dos sentidos deste nobre instituto. Considerada uma das mais modernas de todo o mundo, a Constituição brasileira optou por uma visão também ligada a função social da propriedade. Esta função, resumidamente, diria respeito ao comprometimento do proprietário em fazer retornar à sociedade algum mínimo, frente

ao que a sua posse está impedindo.

O caráter social exigido, apesar de limitações, é cobrado das diversas formas de propriedade privada. Focando unicamente o relativa a propriedade de terras, esta função é requisito tanto para as áreas rurais, como também para as áreas urbanas, visto que o desenvolvimento cosmopolita também é de importância fundamental. Utilizando-nos de trecho da própria Constituição, em seu art. 186, nota-se a determinação ao cumprimento da função social da propriedade rural:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. (BRASIL, 1988)

272

Vislumbra-se no presente dispositivo de lei, a tentativa de aprimoramento do instituto da propriedade, de modo a torná-lo humanizado, ligando-o a um sentido que beneficie as diversas partes. Ao fim, o que se pretende é o bom convívio, que diste de atitudes severas de um proprietário, as que causam danos a seus vizinhos, e a sociedade civil.

A função social da propriedade e dos contratos constituem limites à autonomia da vontade, na qual se funda a liberdade contratual, que deverá estar voltada à solidariedade (CF, ART. 3º, I), à justiça social (CF, art. 170, caput), à livre iniciativa, ao progresso social, à livre circulação de bens e serviços, à produção de riquezas, ao equilíbrio das prestações, evitando o abuso do poder econômico, a desigualdade entre os contratantes e a desproporcionalidade, aos valores jurídicos, sociais, econômicos e morais, ao respeito à dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III)”. (DINIZ, 2008, p. 25).

E segue em outra obra:

[...] há limitações oriundas da própria natureza do direito de propriedade

ou de imposição legal, p. ex., preservação do meio ambiente (CF, art. 225 e parágrafos), do patrimônio histórico, prevendo-se inclusive o tombamento (CF, art. 216 e parágrafos); proteção de áreas indígenas (CF, art. 237); restrição relativa aos direitos de vizinhança etc., com o escopo de coibir abusos e impedir o exercício do direito de propriedade acarrete prejuízo ao bem-estar social, permitindo desse modo o desempenho da função social da propriedade, preconizado pela nossa CF, arts. 5º, XXIII, 184, 185, parágrafo único, 186, 182, § 2º, e 170 III, e pela lei 10.257/01, arts. 1º a 4º. (DINIZ, 2010, p. 107).

O legislador constitucional decidiu privilegiar, por meio do art. 185, o pequeno proprietário e também o proprietário produtivo, haja vista o cumprimento indiscutível de suas funções sociais. Assim, como prevê o *caput* do artigo, em havendo reforma agrária neste país as propriedades rurais que dispõe desta maneira se veriam livres da desapropriação.

Dentro das expectativas de cumprimento da função social, entretanto, nem apenas o proprietário regularizado foi premiado, como também o possuidor que cumpra os mesmo requisitos. Esta orientação, presente no art. 191 da Constituição, não deixa dúvidas quanto à usucapião que se configurará. Não obstante, para a aquisição da terra o futuro proprietário, a seu tempo, não deve ter posses rurais ou urbanas. O artigo ainda fala em terras inferiores a cinquenta e um hectares, portanto, em geral tratando da pequena propriedade.

Mas até mesmo ao tratar da política urbana o legislador criou exigências. Destaca Silvio Venosa, que:

[...] o legislador constitucional destaca que “a propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor” (art. 182, § 1º) [...] A lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que se auto-rotulou [sic] Estatuto da Cidade, tem por finalidade regulamentar esses artigos constitucionais, estabelecendo diretrizes gerais de política urbana [...] (VENOSA, 2004, p. 174, 176, grifo do autor).

Isso faz perceber o caráter destacado e apoiado pela Constituição. Trata-se, pois, da busca de um sentido social que seja capaz de restituir a sociedade os prejuízos que a propriedade possa causar.

LEIS INFRACONSTITUCIONAIS

A Constituição, como meio maior do ordenamento jurídico, foi capaz de implementar ativamente o sentido do direito do proprietário. Mas ela não foi a primeira determinação legislativa a almejar estes fins. O projeto do Código Civil, que corria desde a década anterior a promulgação da Constituição, bem como constituintes anteriores, conforme visto, e inclusive textos infraconstitucionais já mencionavam política similar.

O Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de dezembro de 1964) e sua regulamentação [...] instituem um complexo de medidas que visam a promover melhor distribuição da terra, a fim de atender aos princípios da justiça social e ao aumento da produtividade. Obviamente, criam limitações ao direito de propriedade e prometem extinguir gradativamente as formas de ocupação e exploração da terra que sejam contrárias à sua função social. (PEREIRA, 2010, p. 75)

274

Como se pode observar pela data de publicação do **Estatuto da Terra**, é bastante anterior a constituinte a preocupação que a propriedade privada despertava nas discussões legislantes. Até mesmo a disposição quanto a função social estava presente no texto daquele Estatuto. Em seu artigo segundo era disposto que “É assegurado a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.” (BRASIL, 1964).

Muito impacto causou, todavia, algumas das reflexões sobre as formas de desincentivo a propriedade rural carente de função social. Apesar da lei, talvez pequeno tenha sido ao longo dos anos a aplicação do art. 47 do Estatuto da Terra, que dispõe o seguinte:

Art. 47. Para incentivar a política de desenvolvimento rural, o Poder Público se utilizará da tributação progressiva da terra, do Imposto de Renda, da colonização pública e particular, da assistência e proteção à economia rural e ao cooperativismo e, finalmente, da regulamentação do uso e posse temporários da terra, objetivando:

I – desestimular os que exercem o direito de propriedade sem observância da função social e econômica da terra;

II – estimular a racionalização da atividade agropecuária dentro dos princípios da conservação dos recursos naturais renováveis; [...]. (BRASIL, 1964)

A função social também foi incluída no Código Civil de 2002, mas não podemos nos esquecer, como já dito, da anterioridade dos trabalhos de confecção do documento.

[...] A propriedade recebe, no novo Código Civil, uma abordagem peculiar, que releva seu sentido no mundo contemporâneo, mantendo sua natureza de direito real (art. 1.225, I) pleno sobre algo, perpétuo e exclusivo (CC, arts. 1228 *caput*, e 1231), porém não ilimitado, por estar seu exercício condicionado ao pressuposto de que deve ser socialmente útil. Reprimido está, juridicamente, o exercício antissocial do direito de propriedade [...] O exercício do domínio deve ser instrumento de cooperação social e de consecução de finalidades públicas. (DINIZ, 2010, p. 108).

E também confirmando disposições da Constituição, o Código Civil traz em seus parágrafos 3º e 4º do art. 1.228, regulamentações sobre a desapropriação e a apropriação de acordo com os fins sociais pretendidos. Mas não apenas da legislação sobre a propriedade rural é que as leis vingaram. Até mesmo a propriedade urbana necessita do cumprimento do requisito igualitário. Através do art. 182 da Constituição, pede-se um plano direto que indique os parâmetros a se adotar diante da propriedade dentro das cidades. O propósito do chamado **Estatuto das Cidades** é definido pelo artigo segundo de seu texto.

A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sócias da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendidos como o direito à terra urbana, à moradia, saneamento ambiental, à infra-estrutura[sic], ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

II – gestão democrática por meio da participação da população [...]

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade [...]

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades [...] de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente.

VII – integração e complementariedade entre as atividades urbanas e rurais, [...] (BRASIL, 2001)

Pode-se notar que as disposições do Legislativo sobre a propriedade privada são no intuito de proporcionar melhorias à sociedade como um todo. Apesar do focado sobre a função social da propriedade, não podemos dizer que agora o proprietário é refém da comunidade, mas que, pelo prolongamento da própria propriedade, é preciso abrir mão de parte relativa do poder. O indivíduo que acate as determinações não terá sua soberania reduzida, mas apenas regularizada. Tomando notas finais, sinteticamente, Silvio de Salvo Venosa foi pontual ao ler o cenário recente do que se relaciona com a propriedade privada. Não passam de medidas “para preservação do meio ambiente, fauna, flora, patrimônio artístico etc” (2004, p. 175).

CONCLUSÃO

O instituto da propriedade, como inicialmente ressaltado, é de relevo notório aos principais ordenamentos jurídicos desde muito. Refeita a trajetória no primeiro capítulo, é de se inferir o destaque jurídico a individualidade, conferido em dois momentos diferentes. Primeiramente em Roma, que culminou com a queda do Império, e o “mergulho” em uma concepção completamente modificada durante a Idade Média. Mais tarde, é através do Código de Napoleão, que retomara no século XIX, a concepção romana.

Neste segundo momento a reação, no entanto, foi motivada por reclames populares e pela ascensão de doutrina contrária. Juntamente com conquistas trabalhistas e de cunho social, observa-se a “função social” reservar espaço nos documentos jurídicos da primeira metade do século XX, consolidando-se posteriormente. León Duguit, Augusto Conte e influenciados por doutrinas marxistas foram responsáveis pela investigação e conceituação da “função social” nos momentos que antecederam a inserção desta em textos jurídicos.

A análise da significação do termo nos leva a compreensão da ampla repercussão de sua influência. No relativo a propriedade privada trazemos a referência a sua necessária relação econômica, bem como a noção de “poder-dever”, anotando também o conceito empresarial de “responsabilidade social”. Conjugando a “função social” como requisito da propriedade é a postura dominante que sofre, no entanto, com a concepção material de alguns bens, estes que, como visto apresentam difícil dosagem sua “função social”. É neste

sentido que, Rochelle Jelinek associa esta, como instrumento de viabilização ao atendimento da dignidade da pessoa humana, apontando para a necessidade de conceber o sistema, e não apenas o direito.

Encerramos nossa análise, por sua vez, trazendo a tona os principais dispositivos jurídicos disponibilizados pelo legislador pátrio. Apesar de não dispender de caráter conclusivo, fazemo-nos com intuito de apresentar a legislação, abrindo alas para a propriedade privada de terras, urbanas e rurais, comparativo breve, mas que demonstra a dificuldade de se prestar análise dos bens, de forma a evidenciar a graduação pretendida pelo legislador.

Reluta-se, assim, quanto a este nobre instituto, que esta não é a única de suas faces. Tão logo possamos concluir pesquisas quanto a análise do princípio da Segurança Jurídica e seus efeitos sobre a propriedade, esperamos também enriquecer esta discussão, operando no sentido do melhor manejo dos dispositivos oferecidos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. _____ *Código Civil, Código de Processo Civil, Código Comercial, Legislação civil, processual civil e empresarial, Constituição Federal*. Organizador Yussef Said Cahali. 10^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964*. Institui um complexo de medidas que visam a melhor distribuição da terra. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4504.htm> Acesso em: 10 nov. 2013.

_____. *Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis-2001/10257.htm> Acesso em: 10 nov. 2013.

DEUTSCHER BUNDESTAG. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Trad: ASSIS MENDONÇA, Aachen. 2011. 142 p. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 25^a ed. São Paulo: Saraiva, v. 4. 2010. 653 p.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24^a Ed. São Paulo, v.3. Saraiva, 2008.

JELINEK, Rochelle. **O Princípio da Função Social da Sociedade e Sua Repercussão Sobre o Sistema do Código Civil**. Porto Alegre. 2006. 41 p. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>> Acesso em: 23 de junho de 2015.

MACEDO, Dimas. **O Princípio da Função Social da Sociedade e Sua Repercussão Sobre o Sistema do Código Civil**. Porto Alegre. 2006. 41 p. Disponível em: <<http://dimasmacedo.blogspot.com.br/2011/01/propriedade-e-sua-funcao-social.html>> Acesso em: 20/06/2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. IV. 2002. 303 p.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Revista de Informação Legislativa. Ano 42. Número 68. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. 316 p. Disp.:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496900/RIL168.pdf?sequence=1>> Acesso em: 16 jun. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. 668p.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de história de direito**. 3ª ed. 2ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 400 p.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: CORTE DE PODER POLÍTICO

*João Francisco Martins dos SANTOS*⁶⁵

*Thaís de Fátima PEREZ*⁶⁶

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo realizar um estudo acerca da influência política na composição dos Ministros do STF. Para tanto, será feita uma análise da PEC 52/2015, a qual pretende alterar a forma de escolha dos Ministros de nossa Corte. O autor da proposta, senador José Antonio Machado Reguffe, defende a realização de concursos públicos para preenchimento das vagas no Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Contas da União e no próprio Supremo Tribunal Federal. Além disso, discorreu-se também sobre a PEC 457/2005, popular PEC da Bengala, que aumenta para setenta e cinco anos a idade de aposentadoria compulsória dos ministros da corte. O artigo se dividiu em três partes. Na primeira, foi feito um estudo sobre a legitimidade do poder judiciário, focando no fato de seus membros não serem eleitos diretamente pelo povo. No capítulo seguinte, foi feita uma análise histórica do STF e de sua atual estrutura. Por fim, discorreu-se sobre as propostas de emenda, apontando os argumentos favoráveis e contrários às suas aprovações.

279

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal. Poder Político. Legitimidade democrática.

ABSTRACT

This work has with the aim to conduct a study on the political influence on the composition of the STF ministers. For this, there will be an analysis of the PEC 52/2015 and its consequences in the choice of components Federal Supreme Court. The author of the proposal, Senator Jose Antonio Machado Reguffe supports the calls for tender to fill the vacancies in the High Court of Justice, Court of Auditors of the Union and the very Supreme Court. In addition, he spoke also about the PEC 457/2005, popular PEC of Bengal, which increases to seventy-five years the mandatory retirement age of court ministers. The article is divided into three parts. At first it was made a study of the legitimacy of the judiciary, focusing on the fact that its members are not elected directly by the people. In the next chapter, it was made a historical analysis of the Supreme Court and its current structure. Finally, he spoke on the proposed amendments, pointing out the arguments for and against their approvals.

KEYWORDS: Federal Supreme Court. Political Power . Democratic legitimacy.

⁶⁵ Estudante de Graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

⁶⁶ Estudante de Graduação - Universidade Estadual do Norte do Paraná.

INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário tem a função primordial de aplicação das normas jurídicas elaboradas pelo legislador aos casos concretos apresentados à sua alçada. Essa tarefa de solução de conflitos é feita em primeiro grau pelos magistrados e, posteriormente, pelos tribunais. A administração da justiça e a solução das avenças que constantemente surgem na sociedade realçam a importante função dos membros desse Poder.

A maneira pela qual seus membros assumem seus postos é, portanto, importantíssima, para que o Judiciário brasileiro seja composto de pessoas qualificadas e preparadas para um bom julgamento de litígios. Hoje, em nosso país, os concursos públicos, a indicação do quinto constitucional e a indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, pelo Presidente da República, são formas de ingresso no Judiciário. A Proposta de Emenda à Constituição 52/2015 pretende alterar a forma de nomeação dos ministros do STF, STJ e TCU, buscando a elaboração de concursos públicos para preenchimento dessas vagas.

Além disso, também é de se destacar a PEC 457/2005, que eleva para 75 (setenta e cinco) anos a idade para a aposentadoria dos ministros da Suprema Corte. A aprovação da proposta altera substancialmente a quantidade de ministros que serão indicados pela atual Presidente da República, influenciando diretamente na composição do órgão.

O tema, portanto, é atual e de grande importância. Sabe-se que a indicação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, por ser feita pelo chefe do executivo nacional, é carregada de um grande viés políticos, que acaba comprometendo a parcialidade do máximo órgão julgador do Brasil.

O estudo foi dividido em três partes. Na primeira, será feita uma análise histórica sobre o Poder Judiciário e sua legitimidade democrática, enfatizando a composição de seus membros, que não se dá por eleição, como na dos Poderes Executivo e Legislativo. No segundo capítulo, buscar-se-á fazer um estudo sobre a estrutura do STF, desde sua criação, até os dias atuais. Por derradeiro, analisou-se as PECs 52/2015 e 457/2005, e seus desdobramentos na formação e aposentadoria dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Como método científico, optou-se pelo uso do dedutivo, partindo de uma idéia

geral sobre o Poder Judiciário e sua legitimidade democrática, até chegar-se a análise específica do Supremo Tribunal Federal e das PECs acima mencionadas. A técnica de pesquisa adotada no trabalho foi a bibliográfica, onde foram coletadas informações sobre o posicionamento de diversos autores, que contribuíram para a consolidação das idéias propostas.

LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO

O presente capítulo tecerá comentários acerca do Poder Judiciário e as razões que o legitimam e justificam sua atuação, principalmente pelo fato de seus membros não serem eleitos diretamente pelo povo.

O Estado brasileiro, assim como a maioria dos Estados modernos, adota a tripartição de poderes, prevista inicialmente por Aristóteles e depois John Locke, mas consagrada por Montesquieu. O primeiro, em sua obra *Política*, vislumbrou a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano: formular normas gerais, as quais deveriam ser observadas por todos; administrá-las de modo que possam ser aplicadas aos casos concretos; e compor os conflitos decorrentes da vigência das normas gerais.

Em contrapartida, Montesquieu, em *O Espírito das Leis*, embasou-se nos ensinamentos aristotélicos, porém, não se estagnou na identificação simplória da divisão de três funções estatais, avançando ao que estas três funções distintas devem ser exercidas por três órgãos distintos, independentes e autônomos entre si, contrapondo-se, assim, ao absolutismo, onde o poder estava unicamente nas mãos do soberano.

A Constituição brasileira dispõe sobre a divisão dos órgãos de Poder da seguinte forma: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Estes órgãos atuam no âmbito de suas competências estabelecidas constitucionalmente e foram alçados à categoria de cláusula pétrea, conforme consigna a Constituição: “Art. 60. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes”.

A separação das funções estatais facilita o cumprimento das obrigações públicas e satisfaz as necessidades sociais. Nesse sentido, Alexandre de Moraes disserta:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de poderes”,

que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgão autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra “Política”, detalhada posteriormente, por John Locke, no Segundo Tratado de Governo Civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O Espírito das Leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º de nossa Constituição Federal.

Destarte, em geral, os poderes mantêm sua individualidade à medida que cada um exerce sua função específica, conforme estipulação constitucional, e no exercício desta, mantêm-se livres e autônomos.

Quanto a essas atribuições desempenhadas por cada órgão, são elas exclusivas, inerentes à sua natureza, ou seja, não podem ser delegadas a outro órgão, exceto quando houver previsão legal por parte do poder constituinte originário, fundando-se, assim, o princípio da indelegabilidade de atribuições.

Cabe ao Judiciário a função de compor os conflitos, dirimir os litígios. E assim faz trazendo para os casos concretos as normas abstratas criadas pelo legislador. Em sua visão clássica, portanto, não inova o ordenamento jurídico, mas traduz a vontade da lei já criada, de acordo com cada conflito apresentado ao seu crivo.

Atualmente, no entanto, os Poderes não convivem de maneira isolada e totalmente desvinculada. Deve existir uma relação de autonomia e não de total independência, para que as instituições democráticas sejam preservadas. Devem trabalhar de maneira harmoniosa e complementar. Nessa esteira, o sistema de freios e contrapesos, o qual é adotado no Brasil, permite que todos convivam e se completem de maneira eficiente. Segundo José Afonso da Silva:

A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema

de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Os Poderes, através de suas funções típicas e atípicas, mutuamente se fiscalizam e permitem que todos continuem tomando suas próprias decisões. Com ela, procura-se minimizar ao máximo a sobreposição de poderes, que, caso ainda existisse, seria um retrocesso para a democracia.

Cada uma dessas três funções estatais ora está mais prestigiada socialmente, ora convive com desconfiças da coletividade. Atualmente, percebe-se que o Poder Judiciário se encontra em uma posição mais confortável em relação aos demais. As críticas e denúncias relacionadas à corrupção e mau uso das funções públicas assolam os membros do Executivo, bem como os parlamentares, porém, atingem os membros do judiciário de uma maneira bem mais sutil.

Em pesquisa do Instituto Datafolha, objetivando ranquear as instituições mais prestigiadas no país, o Poder Judiciário (também incluído o Ministério Público pelo Instituto) foi identificado como entidade de prestígio por 34% (trinta e quatro por cento) dos entrevistados. Bem à frente da Presidência da República, que obteve 21% (vinte e um por cento) e do Congresso Nacional, que alcançou 19% (dezenove por cento).

Entretanto, o Poder Jurisdicional não está totalmente longe de críticas e desconfiças. O principal ponto controverso relacionado aos magistrados brasileiros é a possível falta de legitimidade de suas decisões. Dos três poderes, o Judiciário é o único que não é eleito diretamente pela população. Seus membros são revestidos da função pública através de formas constitucionalmente previstas diversas, quais sejam: concursos públicos de provas e títulos, quinto constitucional nos tribunais e indicação dos membros do Supremo Tribunal Federal pelo Chefe do Executivo.

Em relação à sua legitimidade moral e social, muitas considerações devem ser feitas. Primeiramente, como prestigiar uma decisão judicial e classificá-la como socialmente relevante, se os membros da coletividade não participaram da eleição de seus componentes? Seriam essas normas jurídicas, emanadas desse poder, carentes de força social que as tornem obrigatórias?

Além disso, é nítido que a proximidade da população com os Poderes Legislativo e Executivo é muito maior, o que favorece a sua fiscalização pelo corpo social. Com isso, os julgadores possuem um trabalho bem mais árduo para atender os anseios da coletividade e tornar suas decisões socialmente aceitáveis.

Para a população é mais fácil a cobrança dos prefeitos, governadores, deputados, senadores, vereadores e até presidente. Já em relação ao Judiciário, só cobra quem usa. E sabe-se que grande parte dos conflitos de interesses nem chegam à esfera de atuação dos juízes.

Analisando os questionamentos e apontamentos feitos acima, começa-se afirmando que quem garantiu a legitimidade do Poder Judiciário foi o próprio poder constituinte originário. E este foi sim, escolhido diretamente pela população, que elegeu a Assembleia Nacional Constituinte em 1º de fevereiro de 1987. Da mesma forma, portanto, que o constituinte originário estabeleceu o voto direto para preenchimento das vagas do Executivo e do Legislativo, essa forma não pode ser considerada mais legítima do que a adotada ao Judiciário, pois ambas estão constitucionalmente instituídas.

Outro ponto importante, já alertado anteriormente, é em relação ao prestígio que nossos magistrados têm em relação aos membros da sociedade. Não que tenham uma aceitação excelente, mas com certeza é maior que a de seus outros poderes irmãos. O cidadão de bem acredita mais na canetada de um juiz do que na de um prefeito, por exemplo.

É função jurisdicional primordial a busca da justiça e bem-estar social. Jeremy Waldron, no Livro a Dignidade da Legislação, afirma que a aparente neutralidade, distanciamento e independência política do Judiciário causam essa “fixação” contínua na jurisprudência. Sabe-se, certamente, que essa imparcialidade política não existe. Vide a forma de composição do Supremo Tribunal Federal no Brasil. Entretanto, observa-se que parcela da população tem esse sentimento.

Finalmente, assevera-se que os juízes, mesmo não sendo eleitos diretamente pelo voto popular, tem sim um compromisso constitucional legítimo para com a coletividade. Devem privar pelos ideais do bem maior, efetividade das políticas públicas, justiça social e principalmente na dignidade da pessoa humana. Os magistrados, constitucionalmente

investidos, seja através de concurso público, do quinto constitucional ou da indicação para o Supremo Tribunal Federal, estão democraticamente legitimados a lutar e perquirir a realização desses comandos.

Analisando, então, as formas de ingresso na magistratura, percebe-se que o concurso público de provas e títulos é considerado a maneira mais “justa”. Depreende-se pelo fato de que o candidato assume o cargo por méritos exclusivamente seus. Seu conhecimento, seus estudos, suas publicações, fazem com que se torne apto a concorrer e assumir uma vaga.

O concurso é público e a ele podem-se submeter todos os candidatos que preencham os requisitos mínimos previstos. É um processo realmente exaustivo, passando pelas avaliações escritas, orais e de títulos, para que se possa adentrar na magistratura em primeiro grau. No entanto, para a realidade brasileira, ainda pode ser considerado o modelo ideal. A realização de eleições, como nos Estados Unidos, só acabaria favorecendo os candidatos com capital para financiarem suas campanhas e tornaria o debate eleitoral algo demagogo e longe dos aspectos jurídicos.

Críticas a esse modelo também existem, é claro. Residem principalmente no fato da falta de experiência jurídica dos novos magistrados, que estão ingressando na carreira cada vez mais com idade reduzida. Para isso existem os anos de prática jurídica. Sabe-se, no entanto, que, em muitos casos, o candidato não cumpre verdadeiramente esse período.

Já nos tribunais, é possível o ingresso através da indicação do quinto constitucional, sem a necessidade de realização de concurso público. Em relação ao Supremo Tribunal Federal, a totalidade de seus membros é preenchida desta maneira. Entretanto, como se pretende demonstrar adiante, esse modelo de concursos ainda é mais adequado do que as indicações, muitas vezes fruto de pressões políticas, comprometedoras da imparcialidade dos julgamentos.

SUPREMO TRIBUNAL DE FEDERAL

Discorreremos neste capítulo, especificamente, acerca do Supremo Tribunal Federal, iniciando com um breve relato histórico de sua criação, caminhando pelas principais mudanças ocorridas com o advento de cada nova constituição, e, por fim,

analisando sua atual estrutura.

SURGIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com a chegada da Família Real Portuguesa ao Brasil, em 1808, o príncipe D. João VI, ante a impossibilidade de remeter agravos ordinários e apelações para a Casa da Suplicação em Lisboa, converteu, por meio de um Alvará Régio datado de 10 de maio de 1808, a Relação do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação do Brasil. Esta apresentava-se semelhante à de Lisboa, no mesmo formato e igual competência, sendo que de suas decisões, dadas em última instância, não caberia recurso.

Após o advento da Constituição Imperial de 1824, a Casa da Suplicação foi substituída pelo Supremo Tribunal de Justiça. Sua criação se deu pela Lei Imperial de 18 de setembro 1818, todavia, sua instalação se deu em 9 de janeiro de 1829, na Casa do Ilustríssimo Senado da Câmara, subsistindo até 27 de fevereiro de 1891. O STJ era composto de juízes Letrados tirados das Relações por suas antiguidades, devendo haver o aproveitamento dos juízes da extinta Casa. Entretanto. Este só teve previsão constitucional quando o imperador fez constar na Carta de 1824, em seu artigo 163, o seguinte:

Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Provincias, haverá também um Tribunal com a denominação de - Supremo Tribunal de Justiça - composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir. (sic)

O tribunal contava com 17 membros, dentre os quais 05 (cinco) eram portugueses e 12 (doze) brasileiros natos. Importante salientar que desde o seu surgimento, uma das pretensões era a de tornar o Supremo Tribunal de Justiça semelhante a Corte dos Estados Unidos da América, sendo, assim, a Corte Constitucional brasileira. Acerca disso, ensina Luis Felipe Lopes Bosson:

Nossa primeira Constituição previa, na estrutura judiciária, a existência de um Supremo Tribunal de Justiça. A ideia de transformação desse Supremo Tribunal de Justiça em algo semelhante à Suprema Corte Americana é antiga e veio do Império. Em 1888, D. Pedro II, que já tencionava transferir seu poder moderador a tal Corte, envia dois de seus

conselheiros, um dos quais o famoso Conselheiro Lafaiete, a Washington para estudo daquele Tribunal. A transformação veio com a República, que cometeu, contudo, o erro de aproveitar todos os ministros do antigo Supremo Tribunal de Justiça, que, até por questão de formação e mentalidade, não estavam preparados para o exercício das novas funções que lhe reservava o novo Regime.

Conforme se depreende, foi no período republicano que nasceu o Supremo Tribunal Federal, assim denominado na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e, também, no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal. Consequentemente, a Constituição de 1891, a qual instituiu o controle de constitucionalidade, tratou, em seus artigos 55 a 59, sobre a atuação e formação do STF, composto por quinze juízes nomeados pelo Presidente da República, depois da aprovação do Senado.

No decorrer de sua atuação, o Supremo Tribunal Federal sofreu diversas alterações, como a redução do número de Ministros para onze, pelo Decreto nº 19.656/31; a mudança em sua denominação, que passou a ser “Corte Suprema” com a Constituição de 1934, contudo, retornou ao título anterior em 1937 com o advento da nova Carta; a transferência de local, com a construção da nova capital federal, mudando-se do Rio de Janeiro para Brasília, sediado na Praça do Três Poderes; e, por fim, a Carta Magna ora vigente, destacou a competência precípua do STF como guardião da Constituição.

Destarte, o Supremo Tribunal Federal percorreu a história nacional e ao passo que era influenciado por esta, exercia sua tarefa jurídica precípua, conforme salienta Emilia Viotti da Costa:

Num país onde as sublevações e os golpes de estado se repetem, as constituições se sucedem e o estado de direito tem sido várias vezes interrompido por períodos de exceção; num país em que o Executivo, de tempos em tempos, ignora dispositivos constitucionais, dissolve o Congresso, governa por decreto, cria atos institucionais que contrariam a Constituição, declara estado de sítio durante o qual ficam suspensas as garantias constitucionais, prende e desterra cidadãos sem qualquer processo; num país cujos governantes se recusam às vezes a obedecer às decisões emanadas da mais alta Corte de Justiça, interferindo diretamente nela, negando-se a preencher vagas ou alterando o número de ministros – é de se esperar que esta funcione como uma caixa de ressonância que registra os ritmos agitados da história nacional.

Tem-se, por fim, com a vigência da Constituição de 1988, uma estabilização e valorização da nossa corte, bem como a ampliação de suas atribuições e responsabilidades, tema melhor explorado a seguir.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Conforme se depreende do acima exposto, o Supremo Tribunal Federal nasceu sob a inspiração da Corte Suprema americana, tendo como principal objetivo proteger os direitos fundamentais individuais dos cidadãos brasileiros contra possíveis abusos do Poder Executivo. Deste modo, cabe ao STF atuar na contenção dos excessos empregados pelo Executivo, evidenciando o sistema de freios e contrapesos, além disso, concomitantemente, deve assegurar o respeito ao texto constitucional e de seus fundamentos, princípios e normas.

De fato, a manutenção da nossa democracia passa, necessariamente, por este entrechoque de forças entre Poder Judiciário e Poder Executivo, com o fortalecimento do primeiro através da legitimidade de suas decisões perante a própria sociedade brasileira.

A Constituição Federal assegura: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”, ainda, o parágrafo primeiro desse mesmo artigo, traz a competência para apreciar a arguição de descumprimento de preceito fundamental, tendo-se assim, basicamente, a essência do controle de constitucionalidade concentrado no Brasil.

A partir desse trecho, denota-se que a carta fundamental incumbe ao STF a função de “guardião da Constituição”, mas não se limita a isso. Sua atividade se estende em processar e julgar, além da revisão jurisdicional, visto que lhe incumbe revisar e, até mesmo, anular atos do poder legislativo e do executivo, com o intuito de assegurar a supremacia constitucional, de forma que a Constituição seja a “lei suprema”, e todas as demais leis existam em harmonia e concordância com esta.

Nessa toada, Nelson Jobim, ao analisar estrutura do STF, afirma que:

Supremo Tribunal Federal: órgão exclusivo de manutenção da unidade nacional. Este foi o grande sentido da criação do STF, uma corte da federação para assegurar as leis federais e a constituição federal por sobre as dos eventuais autonomismos estaduais, e assegurar com o perfeito controle de fronteiras, na linguagem de campos Salles, a vigência do direito federal por sobre as autonomias estaduais.

Necessário ressaltar que ao atuar como revisor, o STF, por vezes, acaba por inovar a aplicação da lei, chegando a, de certa maneira, legislar, diante da eficácia erga omnes e efeito vinculante dessas decisões (art. 102, §2º, CF), em um movimento que atualmente se denomina “ativismo judiciário”.

Em relação a sua composição, não há divergência do que já fora estabelecido outrora. Nesse sentido, o seguinte artigo constitucional:

Art. 101 - O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único - Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

289

Os ministros, após serem nomeados pelo presidente da República e aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, exercerão as funções inerentes ao cargo até a sua aposentadoria voluntária, segundo os requisitos constitucionais e legais, ou aposentadoria compulsória, que ocorria aos setenta anos de idade, ou, excepcionalmente, se destituídos do cargo no caso de impeachment, art. 52, II, CF.

Na organização interna do Tribunal, há um presidente, eleito, nos termos do regimento interno, diretamente pelos pares para exercer um mandato de dois anos, sendo vedada a reeleição. De acordo com a tradição, são eleitos presidente e vice-presidente os ministros mais antigos que ainda não tenham ocupado tais cargos.

Como são membros da magistratura, é assegurado aos integrantes do STF a vitaliciedade, adquirida desde que ingressam no Tribunal, sendo que desde então a perda do cargo dependerá de sentença judicial transitada em julgado ou de impeachment; a inamovibilidade, predicado vez que os ministros somente atuam naquela Corte e em nenhum outro lugar; e a irredutibilidade de subsídio.

Embora apenas os poderes legislativo e executivo sejam eleitos pelo povo, e assim são confiados a tomar decisões políticas, há de se considerar que os membros do judiciário são também legitimados, uma vez que é preciso apresentar certos requisitos para compor o STF (ser brasileiro nato; contar com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; ter notável saber jurídico e reputação ilibada) e a partir do momento em que é o representante do executivo quem os nomeia, e a maioria absoluta do senado os aprova, e o povo realmente confia nesses dois poderes, logo vai confiar também naqueles que eles escolherem para compor a suprema corte.

Ao longo da história, observa-se que o fortalecimento intelectual da instituição permitiu ao STF o cumprimento da sua missão de proteger as liberdades individuais sem enfraquecer a unidade nacional. Hoje, o STF assumiu na sociedade uma posição de destaque, o que acarreta grande atenção por parte da mídia, bem como da população em geral, a qual deposita confiança e esperança sobre a corte. Nesse contexto, defende Luiz Roberto Barroso que:

O fortalecimento de uma corte constitucional, que tenha autoridade institucional e saiba utilizá-la na solução de conflitos entre os Poderes ou entre estes e a sociedade (com sensibilidade política, o que pode significar, conforme o caso, prudência ou ousadia), é a salvação da Constituição e o antídoto contra golpes de Estado.

Com o enfraquecimento do Poder Executivo, devido as inúmeras denúncias e condenações por corrupção, a Corte brasileira passa a ser vista como um órgão acima de todo e qualquer negativismo existente na política, sendo-lhe conferido credibilidade e confiança. Todavia, embora as disposições constitucionais visem garantir sua imparcialidade e proíba os Ministros de dedicarem-se à atividade político-partidária, estes, uma vez que foram indicados pelo Presidente da República a este cargo tão prestigiado, estariam isentos para decidirem contra o interesse de quem o investiu no cargo? O Supremo Tribunal Federal está livre de toda e qualquer influência política?

INFLUÊNCIA DO PODER POLÍTICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS ALTERAÇÕES NA ESCOLHA DE SEUS MINISTROS

O presente capítulo fará uma análise das propostas de emenda à Constituição 52/2015 e 457/2005. Ambas influenciam diretamente na composição e formação dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Busca-se demonstrar o viés político presente na atual forma de escolha dos ministros.

A sociedade, segundo as lições de Michael Walzer em *Esferas de Justiça*, é integrada por campos, os quais se tangenciam ou exercem influências entre si, maiores ou menores, de acordo com sua dimensão e poder. Assim, o Poder Judiciário não está imune ao campo da política, mais especificamente, a Corte Suprema brasileira recebe, direta ou indiretamente, repercussões da política nacional. Nesta esteira, explana Luís Roberto Barroso:

Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na idéia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. *Direito não é política*. Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana. Poucas críticas são mais desqualificantes para uma decisão judicial do que a acusação de que é política e não jurídica. Não é possível ignorar, porém, que a linha divisória entre Direito e Política, que existe inegavelmente, nem sempre é nítida e certamente não é fixa.

291

Destarte, quando se analisa o atual sistema de indicação de Ministros do STF, baseado na escolha do Presidente da República, que é aprovada ou não pelo Senado Federal, nota-se que tal linha divisória inexistente e esse sistema está ultrapassado frente a atual situação política brasileira. Em nenhum momento procura-se desmerecer a capacidade ou nomeação de algum ministro, mas os recentes escândalos envolvendo grandes partidos políticos torna duvidosa a atuação de alguns membros do STF, muitos com passado ligado à determinada frente partidária. AIDAR, afirma que:

A luta pela mudança no processo de indicação dos ministros do Supremo guarda, ainda, o temor da consolidação de uma bancada governista no Supremo, vinculando o Poder Judiciário ao Poder Executivo. Teme-se que

ministros do Supremo tenham uma atuação fortemente política ao invés de se deter na observância da regra normativa.

O julgamento da Ação Penal 470, popularmente conhecida como Mensalão, trouxe algumas questões interessantes acerca disso. Houve a divisão dos ministros da corte em alguns pontos e percebeu-se que a mesma refletia as posições políticas do Presidente que os indicou. Repete-se que em nenhum momento a idoneidade dos ministros está sendo colocada de lado. No entanto, não há como mudar o fato de que a corte se viu dividida. Ainda como reforço, as alterações de ministros no desenrolar da Ação Penal trouxeram grandes impactos em algumas decisões, como na absolvição de certos réus do crime de formação de quadrilha, com a entrada do ministro Teori Zavaski.

Ante este quadro, almejando desvincular a Corte de interesses político-partidários, o Senador José Antonio Machado Reguffe criou a PEC 52/2015, defendendo a realização de concursos públicos de provas e títulos para a escolha dos ministros que formam a corte constitucional brasileira, além do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União. O projeto defende, ainda, um mandato de 05 (cinco) anos para os aprovados.

Denota-se, portanto, que essa forma de escolha diminuiria drasticamente a influência política externa no STF. Pessoas desvinculadas do meio político-partidário estão mais aptas e isentas de pressões externas em seus julgamentos, contribuindo para uma maior eficiência e parcialidade das decisões.

Em relação ao mandato de 05 (cinco) anos, alguns críticos argumentam que a mutação de posicionamentos da Suprema Corte seria constante, o que dificultaria a uniformização dos julgados. Entretanto, alega-se que as mudanças de entendimento trariam mais benefícios do que prejuízos para a sociedade. O Direito evolui rapidamente, e a escolha constante de novos ministros contribui para que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal não se torne engessado e retrógrado.

No entanto, ocorre que a PEC 52/2015 ainda está em discussão, vigendo, portanto, o antigo sistema de escolha. Há 13 (treze) anos o Partido dos Trabalhadores se mantém, por meio de dois candidatos sucessivos, na Presidência da República, sendo que Luiz Inácio Lula da Silva indicou, durante seu mandato, 8 (oito) ministros ao STF e, a atual presidente, Dilma Rousseff, mais 5 (cinco). Atentos a tal fato e preocupados com a

politização das indicações, o Congresso Nacional trouxe a baila a PEC 457/2005, cuja autoria é do ex-senador Pedro Simon, que altera o art. 40 da Constituição Federal, relativo ao limite de idade para a aposentadoria compulsória do servidor público em geral, e acrescenta dispositivo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A PEC trata da aposentadoria compulsória aos 75 (setenta e cinco) anos de Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos demais Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União e quanto aos demais servidores deverá ser ampliada por lei complementar.

Em segundo turno, no dia 5 de maio de 2015, esta PEC foi aprovada pelo Plenário da Câmara dos Deputados com 333 votos favoráveis, 144 contrários e 10 abstenções, dando origem a Emenda Constitucional 88/15 promulgada em sessão solene do Congresso Nacional dois dias depois, 07/05/2015. Publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 08/05/2015, a aposentadoria compulsória deixa de ser aos 70 (setenta) anos e passa, então, a ser aos 75 anos.

Uma das justificavas para a mudança ter ocorrido no presente momento é a de que a Presidente Dilma Rousseff até o final de seu mandato, que ocorrerá em 2018, poderia indicar outros 05 (cinco) ministros para compor o STF, vagas que seriam deixadas em virtude da aposentadoria compulsória, visto que os ministros completarão setenta anos. A partir da Emenda 88/2015, eles continuarão a integrar a Corte, evitando, assim, que a representante do Poder Executivo deixasse o governo tendo indicado a maioria dos Ministros do STF.

Em meio a tudo isso, denota-se que o fim último da aprovação da PEC foi por uma questão política, porém, como salientou Luís Roberto Barroso, o “direito *não* é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas”. Também não se pode deixar de levar em consideração que o aumento da idade para a aposentadoria compulsória, interfere na renovação dos componentes dos respectivos Tribunais. Portanto, a necessidade de mudança do processo de formação da cúpula do Supremo Tribunal Federal é imprescindível para assegurar a independência jurídica da Corte Suprema da nação, viabilizando decisões desvinculadas de interesses político-partidários.

CONCLUSÕES

No decorrer da história, desde as inovações trazidas por renomados pensadores, tais como, Aristóteles, John Locke, Montesquieu e tantos outros, acerca da tripartição de poderes, até a democracia vivenciada atualmente, com todas as suas influências e a sobreposição de poderes, *lato sensu*, o ideal de imparcialidade da justiça se mantém intacto.

Símbolo da autoridade judicial do país, o Supremo Tribunal Federal, criado sob a inspiração da Corte americana, tem sua origem cravada na Casa da Suplicação do Brasil, datada de 1808, e ganha a forma atual com a Constituição de 1937, embora tenha sofrido alterações diversas vezes. A atual Carta Magna, 1988, manteve intacta a ideia de que é o Presidente da República quem nomeia o candidato a ministro do STF, o qual, a seguir, deverá ter sua indicação aprovada pelo Senado Federal.

Para tal cargo, é imprescindível o preenchimento de certos requisitos constitucionais, de caráter objetivo e subjetivo, e, uma vez investidos no cargo, os ministros exercem suas funções até a sua aposentadoria voluntária, ou aposentadoria compulsória, a qual, com a aprovação da PEC 457/2005 que deu origem a Emenda Constitucional 88/2015, passa a ser aos setenta e cinco anos de idade.

Este processo de indicação dos ministros do STF, nos últimos anos, se tornou uma prerrogativa de poder, utilizada pelos representantes do Executivo para garantir seus interesses dentro da Corte máxima do judiciário brasileiro, pois, certo de que as últimas treze indicações são provenientes de um único partido político, algumas decisões tornam-se questionáveis, quando tendem a beneficiá-los, fato este evidenciado no julgamento do famoso caso do “mensalão”.

Com vistas a impedir novas nomeações pelo atual governo, a PEC 457/2005 foi votada e aprovada pelo Congresso, sendo que o artigo 40 da CF/88 já sofreu alteração por meio da Emenda 88/2015. Todavia, trata-se de uma medida paliativa, que não contribui com o distanciamento entre o poder político e jurídico, uma vez que a motivação de sua aprovação, dez anos após sua criação, não guarda nenhum valor de neutralidade.

Nesta toada, o presente artigo visou promover uma reflexão acerca da necessidade de mudança do sistema de indicação de Ministros do STF, com o objetivo de resguardá-lo, mantendo-o distante dos interesses políticos de quem quer que se encontre no poder. Para

tanto, apresentou como possível solução a PEC 52/2015, a qual prevê a realização de concursos públicos de provas e títulos para a escolha dos ministros que formam o STF, além do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União. Este projeto defende, também, um mandato de 05 (cinco) anos para os aprovados.

Por fim, observa-se que tal tema não se esgota com esta análise, mas vai além, cabendo considerar novas propostas de mudança, bem como realizar uma comparação com o sistema de composição de outros países. Diante de tudo isso, concluiu-se que é preciso impedir qualquer tipo de sobreposição de poderes que implique no desequilíbrio do Estado democrático de Direito e na harmonia indispensável para ao compromisso social de cada ente federativo.

REFERÊNCIAS

AIDAR, Carlos Miguel. **Democratizando as indicações ao STF**. Gazeta Mercantil, São Paulo, 3 jul.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> . Acesso em 15/06/2015.

BOSSON, Luís Felipe. **História dos conflitos do Supremo Tribunal Federal com os outros Poderes da República**. In: FIÚZA, Cézar (Coord.). Direito processual na história. coord. Cézar Fiúza. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª edição. Livraria Almedina. Coimbra: 2002.

Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 25/07/2013.

DATAFOLHA. **Manifestação na avenida Paulista.** 15/03/15.
<<http://media.folha.uol.com.br/datafolha /2015/03/17/manifestacao-15-03.pdf>> Acesso em:
22/06/15.

FIÚZA, Cézar (Coord.). **Direito processual na história.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 21^a ed., São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 36^a Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL: O PAPEL DA SOBERANIA DO ESTADO FRENTE À JUSTIÇA UNIVERSAL E PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

*Ligia Maria Lario FRUCTUOZO*⁶⁷
*João Augusto Arfeli PANUCCI*⁶⁸

RESUMO

O presente trabalho científico tem o intuito de fazer uma breve análise sobre o processo de criação do Tribunal Penal Internacional, a partir de seus principais antecedentes, o Tribunal de Nuremberg, Tribunal de Tóquio e os tribunais “ad hoc” das Nações Unidas para a antiga Iugoslávia e Ruanda. Abordará qual a competência do Tribunal e como sua jurisdição pode ser acionada, com especial enfoque na possibilidade do Conselho de Segurança das Nações Unidas remeter um caso que esteja sob sua investigação para a instituição. Neste contexto, será examinado como se deu a remessa pelo CSNU da situação de Darfur, no Sudão, um Estado não signatário do Estatuto de Roma, para o TPI, que culminou na expedição de um mandado de prisão contra Hassan Ahmad al-Bashir, Presidente daquele país. Por fim, serão feitos apontamentos sobre o Princípio da Justiça Universal e o caráter complementar do Tribunal Penal Internacional, demonstrando que a soberania dos Estados não é ferida, mas flexibilizada ante a proteção internacional dos direitos humanos.

PALAVRAS CHAVE: Tribunal Penal Internacional. Soberania. Sudão. Justiça Internacional. Direitos Humanos.

ABSTRACT

This scientific work is intended to make a brief analysis of the process of creating the International Criminal Court, from its main background, the Court of Nuremberg, Tokyo Tribunal and the courts "ad hoc" United Nation for the former Yugoslavia and Rwanda. Which address the Court's competence and how their jurisdiction can be triggered, with special focus on the possibility of the UN Security Council refer a case that is under its investigation for the institution. In this context, it will be examined how was the referral by the UNSC of the Darfur situation in Sudan, a State not a signatory of the Rome Statute for the ICC, which culminated in the issue of a warrant of arrest against Hassan Ahmad al-Bashir, President of that country. Finally, appointments will be made on the Universal Principle of Justice and the complementary nature of the International Criminal Court,

⁶⁷ Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

⁶⁸ Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

demonstrating that the sovereignty of states is not injured, but relativized at the international protection of human rights.

KEY WORDS: International Criminal Court. Sovereignty. Sudan. International Justice. Human Rights.

INTRODUÇÃO

As discussões acerca da necessidade e utilidade da constituição de um tribunal internacional para questões criminais não são atuais.

Há muito, parcela da comunidade internacional intensifica a promoção de argumentos favoráveis à consolidação de uma Justiça Penal internacionalmente reconhecida e aplicada de forma igualitária. Neste contexto é aprovado o Estatuto de Roma, o qual cria e institui o Tribunal Penal Internacional.

Entretanto, apesar da criação do Tribunal supracitado, muitas são as divergências resultantes de sua atuação. Ora, a mera existência do Tribunal não supre as necessidades atuais, visto que se faz imprescindível delimitar o âmbito de ação, principalmente quanto aos fatos processados e os Estados submetidos a sua incidência.

De início, o presente trabalho visa relatar sucintamente o plano de atuação do Tribunal Penal Internacional, destacando sua competência em diversas naturezas, sendo de especial enfoque a competência material e territorial, trazendo à baila, inclusive, suas exceções.

Passa-se, pela discussão acerca da suposta ofensa à soberania dos Estados que permitem o processo e julgamento pelo Tribunal em questão, os quais concedem a um instituto internacional o exercício de atividade que, inicialmente, deveria ser realizada por seus próprios órgãos judiciais.

Relata-se, ainda, a proposta de universalização da Justiça Internacional em âmbito criminal, merecendo destaque a clarividente intenção do Direito Internacional na expansão mundial de seus ditames. Isto é, a construção e consolidação de uma jurisdição universalmente reconhecida e aplicada.

Por derradeiro, dá-se atenção peculiar ao caso ocorrido em Darfur, no Sudão, país

que não é signatário do Estatuto de Roma, mas que possui contexto de guerra civil, tendo seus governantes sofrido acusação de autoria de crimes de competência do Tribunal Penal Internacional.

ORIGEM E ATIVIDADE JURISDICIONAL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

A ideia de se criar um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente não é nova, pelo contrário, atende a um pedido antigo da comunidade internacional.

Tem-se notícia que o primeiro tribunal “ad hoc” foi criado em 1474, formado por juízes da Alsácia, Áustria, Alemanha e Suíça, no intuito de julgar Peter de Hagenbach por estupro, assassinato, perjúrio e outras infrações cometidas em violação as “leis de Deus e dos homens”, durante sua ocupação da cidade de Breisach (HALL, 1998, s.p.).

No entanto, foram necessários mais de quatro séculos e muitos episódios sangrentos para que uma proposta séria e efetiva sobre um Tribunal Penal Internacional permanente viesse a ocorrer.

A criação do Direito Humanitário ou Direito de Guerra através da Convenção de Genebra de 1864 foi o primeiro passo para impor limites no que diz respeito à soberania dos Estados, mesmo num conflito armado. Foi responsável pela regulamentação legal quanto ao uso da violência durante uma guerra, no plano internacional, protegendo populações civis e militares fora de combate.

A primeira proposta escrita e que se tentou discutir a respeito do Tribunal ocorreu em 1872, de autoria de Gustave Moynier. Antes de sua sugestão, os crimes perpetrados que infringiam o Direito Internacional Humanitário eram julgados perante tribunais “ad hoc”, criados normalmente pelo país beligerante vencedor, ou um tribunal comum e não por um tribunal internacional (HALL, 1998, s.p.).

Contudo, a iniciativa de Moynier e outras que vieram posteriormente, não avançaram durante o século XIX devido à resistência por parte dos Estados, que ainda não estavam maduros o suficiente para lidar com essas questões.

Em 1915, durante a Primeira Guerra Mundial, a Turquia entrou no conflito ao lado da Alemanha, contra a Grã-Bretanha, França e Rússia e, desde o primeiro momento, mostrou que seus súditos cristãos, principalmente os armênios, seriam perseguidos. O

resultado, o mundo contabilizou alguns meses depois: quase um milhão de armênios foram massacrados pelo Império Turco-Otomano. Em maio daquele ano, os governos dos países aliados (Grã-Bretanha, França e Rússia), emitiram uma declaração advertindo que os membros do governo turco, bem como seus “agentes” seriam “pessoalmente responsáveis” pelas matanças, fazendo menção inédita a “crimes contra a humanidade e a civilização” (GASPARIN JUNIOR, 2009, p. 25). Apesar de ser considerado o primeiro genocídio do século XX e de todo o esforço de parte da comunidade internacional, nenhum julgamento foi realizado. Naquele momento, “a justiça foi sacrificada em favor da política” (MAIA, 2001, p. 47).

Foi somente após a Segunda Guerra Mundial, que a ausência e principalmente a necessidade de se instituir uma justiça internacional penal ficou mais evidente do que nunca e foi se mostrando como a única solução possível e viável para lidar com os violentos acontecimentos. E, desta vez, os Estados, em sua maioria, estavam dispostos a fazer alterações e flexibilizações sobre suas considerações políticas internas.

Com o fim da guerra, na medida em que as tropas aliadas avançavam sobre os territórios ocupados pela Alemanha, é que se (re)conheceu a amplitude dos crimes perpetrados, além de evidenciar que a motivação alemã no conflito não era por disputa territorial, com intenções militares, mas sim baseada na horrenda teoria nazista da “raça dominante”, tudo praticado dentro do regime o 3º Reich, em cumprimento às normas vigentes, impostas pela ordem jurídica soberana do próprio Estado.

Como resposta e em respeito ao princípio da Justiça Universal foi criado o chamado Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, do qual resultaram doze condenações à pena de morte, nove prisões perpétuas e três réus absolvidos.

Na mesma época, também foi criado o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, para julgar os criminosos acusados de cometerem crime de guerra e crimes contra a humanidade, na época do Japão Imperial.

Os tribunais sofreram severas críticas e sua legitimidade foi contestada sob o argumento de que foi realizada a “Justiça dos Vencedores”, indicando certo caráter arbitrário e injusto dos tribunais, posto que nenhum oficial pertencente aos quadros dos países vitoriosos foi julgado pelos crimes perpetrados durante a guerra.

No entanto, dificilmente algum país do mundo pós Segunda Guerra seria, de fato, neutro e toda a articulação diplomática que seria necessária para que muitos países chegassem a um acordo geraria mais atrasos numa realidade que exigia resposta imediata. Apesar da parcela de injustiça, a alternativa seria não haver julgamento algum (EHRENFREUND, 2007, p. 48).

Apesar das críticas, é incontestável que a criação desses tribunais representou um dos acontecimentos mais importantes para a internacionalização dos direitos humanos, bem como a reconstrução do direito internacional penal, impondo limitações ao princípio da soberania dos Estados em favor dos direitos humanos, ao passo que o indivíduo começa a ter direitos reconhecidos e protegidos pelo Direito Internacional.

O período pós guerra representou o resgate da cidadania mundial e a partir deste momento é que foram elaborados os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, com o aval da recém criada Organização das Nações Unidas.

Os primeiros passos haviam sido dados, era necessário apenas que a ideia fosse amadurecida com o tempo e, condições favoráveis surgiram na década de 1990, por conta dos acontecimentos que vieram a ocorrer no cenário internacional após o fim da Guerra Fria, a exemplo do conflito armado na antiga Iugoslávia e o genocídio de Ruanda.

Tais fatos geraram tamanha indignação na comunidade internacional, a ponto de exigir uma resposta imediata, que resultou na criação dos tribunais “ad hoc” das Nações Unidas: Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia e Tribunal Penal Internacional para Ruanda, os quais, apesar de não ficarem imunes a críticas, desempenharam papel importantíssimo e fundamental para o avanço do estabelecimento de um Tribunal permanente, que se materializou de fato somente em 17 de julho de 1998, durante a Conferência de Roma, ao ser aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

O TPI foi o primeiro tribunal genuinamente internacional e, por tal motivo, diferentemente dos tribunais que o antecederam, cujas jurisdições estavam limitadas materialmente no tempo e no espaço, a jurisdição do TPI é permanente, complementar e não retroativa.

A ratificação feita por cada Estado parte implica em uma vinculação completa ao Estatuto de Roma e a todos os seus dispositivos. Não há como um Estado fazer reservas ou

impor condições. Pelo contrário, estes devem cooperar com o TPI de diversas formas, pois o Tribunal não tem qualquer força policial própria que lhe assegure obediência no cumprimento de seus comandos. Esta cooperação dos Estados parte é que garante a efetividade do Tribunal no exercício de sua jurisdição.

De fato, o TPI projeta-se, via de regra, para os crimes internacionais cometidos após o início da efetiva vigência do ER e em cada um dos Estados que, voluntariamente, aderir ao novo sistema jurídico internacional. De qualquer modo, não se trata de uma jurisdição que se coloca prevalentemente sobre as jurisdições nacionais. A bem da verdade, a atuação do TPI fica condicionada ao reconhecimento da omissão dos poderes nacionais ou à demonstração de emprego de subterfúgios processuais por parte das autoridades nacionais que assim atuam como forma de assegurarem a impunidade dos responsáveis. É nesse sentido que se coloca a chamada complementaridade (ZILLI, 2013, p. 166).

Importante observar que, embora o Tribunal tenha um caráter independente e complementar, o que se vislumbra facilmente pelos seus dispositivos de seu Estatuto, sua aplicação universal ainda enfrenta resistência de alguns Estados importantes, como será verificado posteriormente.

O Estatuto de Roma tipifica os delitos sujeitos a sua jurisdição e, para isso, foram utilizadas definições constantes em tratados e convenções (que codificam ou contribuem na formação do direito consuetudinário) ou outras fontes do Direito Internacional.

Com o avanço do processo de internacionalização dos direitos humanos dentro do ramo do Direito Internacional, criou-se um consenso de que os crimes internacionais são aqueles que implicam em: violações às normas costumeiras internacionais, abrangendo também os tratados e convenções; regras que tem como objetivo proteger valores importantes internacionalmente e, por isso, obrigatórias a todos os Estados e indivíduos; existência de um interesse universal na prevenção e repressão destes crimes. Representam, assim, as infrações mais graves, aquelas que violam direitos humanos fundamentais (JANKOV, 2009, p. 57-59).

Assim, o texto final, aprovado na Conferência de Roma, restringiu-se a quatro categorias, denominadas de *core crimes* e representam os delitos mais graves que podem ser cometidos, de transcendência internacional, a saber: crime de genocídio, crimes contra

a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

O crime de genocídio foi um dos pontos que gerou menos problemas, quando da elaboração do Estatuto, pois seu conceito já estava bem definido, foi se reafirmando durante os anos e era considerado crime internacional. Assim, o artigo 6º do Estatuto do TPI tipificou o crime de genocídio de maneira idêntica à apresentada no artigo 2º da Convenção para a Prevenção e Repressão para o Crime de Genocídio, de 1948, bem como nos estatutos dos tribunais penais internacionais para Ruanda (artigo 5º) e para a ex-Iugoslávia (artigo 4º).

O texto do artigo 6º do Estatuto lista os atos criminosos que servem de base à configuração do delito. Trata-se de um crime intencional, portanto, para a configuração do delito não é necessário que o autor alcance o resultado desejado. Basta que pratique algum dos atos enumerados, contra membros de um grupo (nacional, étnico, racial ou religioso), com a intenção de destruí-lo.

Diferentemente do crime de genocídio, embora houvesse um consenso entre os países de que os crimes contra a humanidade deveriam ser inseridos no rol do *core crimes* do Estatuto, estabelecer quais condutas seriam tipificadas e definir o limite e alcance de cada uma delas, foi tarefa bastante complexa.

Ao final, conseguiu-se chegar ao texto do artigo 7º do Estatuto, que passou a definir crimes contra a humanidade.

Os signatários da Conferência, diferentemente dos instrumentos dos tribunais anteriores, acharam por bem exemplificar o significado de cada um dos termos contidos no parágrafo 1º e elaboraram o texto dos parágrafos 2º e 3º do artigo 7º, no intuito de eliminar qualquer dúvida quanto às condutas, facilitar as investigações e produção de provas, os quais não serão reproduzidos, devido à limitação do trabalho.

O fato de os crimes contra a humanidade serem dirigidos contra uma população civil e não a determinado indivíduo, não implica que toda a população de um Estado ou território deva ser afetada pelo ataque. O critério simplesmente enfatiza a natureza coletiva do crime, excluindo ataques assim contra indivíduos e atos isolados de violência [...] Não é necessário, para que fiquem caracterizados crimes contra a humanidade, que a totalidade da população de um território que esteja sofrendo ataque seja alvo desse ataque. Será suficiente demonstrar que número

significativo de pessoas foi vítima de ataques, embora apenas um punhado de indivíduos, aleatoriamente selecionados, não se enquadre no conceito de ‘população civil’ (CRETELLA NETO, 2012, p. 365-367).

Com relação aos crimes de guerra, a expressão sempre foi empregada em diversos contextos e algumas vezes apresenta significado contraditório.

Para alguns, esses crimes fazem parte de uma gama de condutas, a serem praticadas durante conflitos armados, enquanto para outros, essas infrações representam todas as violações ao Direito Internacional Humanitário, independente de serem condutas delituosas. Também é usada a expressão para descrever crimes cometidos em conexão com conflitos armados, sejam estes internacionais ou não, ainda que o caso examinado for de genocídio ou de crime contra a humanidade.

Fato é que os crimes de guerra estão inseridos no direito costumeiro internacional e tem como principais bases de codificação: o “Direito de Haia” (várias convenções e protocolos), que impõe limites às condutas de hostilidade; e, as Convenções de Genebra e seus Protocolos, que diz respeito à proteção das vítimas nos conflitos. O Estatuto de Roma prevê, também, no rol dos crimes de guerra, delitos cometidos em afronta ao direito de guerra contra o pessoal em missão humanitária ou de manutenção da paz das Nações Unidas.

O “*caput*” do artigo 8º limita a competência do Tribunal aos crimes de guerra que tenham sido cometidos como parte de um plano, de uma política ou praticados em larga escala. Significa dizer que a Corte apenas exercerá sua jurisdição em situações que envolvam um certo grau de organização.

O artigo 8º (2) indica, de forma exaustiva, quais delitos são considerados crimes de guerra e os divide em duas categorias dentro de quatro tipos distintos, da seguinte forma: Conflitos armados internacionais, que englobam as graves violações à Convenção de Genebra de 1949 e outras violações graves das leis e costumes aplicados aos conflitos armados internacionais; e, Conflitos armados não internacionais que englobam as graves violações do artigo 3º, comum às quatro Convenções de Genebra e outras sérias violações às leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados não internacionais.

Tendo em vista o extenso conteúdo do artigo 8º, que dispõe sobre as inúmeras

condutas consideradas crimes de guerra, optou-se por não transcrevê-lo na íntegra, dada as limitações do presente trabalho.

Ressalte-se, que o Estatuto falhou ao considerar que todos os fatos incriminados nos conflitos não internacionais também o são nos conflitos internacionais, quando o contrário não se admitiu. Ora, o caráter não internacional de um conflito não faz com que o crime de guerra desapareça (BAZELAIRE e CRETIN, 2004, p. 79).

Por outro lado, o artigo 8º (3) determina que independente do disposto no parágrafo 2º, a responsabilidade do Estado se mantém, pois deve criar leis de proteção para estabelecer a ordem, defender sua unidade e integridade territorial por meios legítimos.

A presença de tais normas no Estatuto representa o desejo da ampla maioria dos Estados em reconhecer a responsabilidade criminal por certos atos mesmo nos casos de situações de conflitos armados ocorridos dentro da soberania de um Estado. Lida em conjunto com o art. 8 (3) para que as delegações alcancem um fino equilíbrio ao reafirmar a responsabilidade e, de fato, o direito dos governos em exercerem a força doméstica nos interesses da segurança nacional, independência política e integridade territorial (SUNGA, 2000, p. 217).

305

O Estatuto prevê a disposição transitória do artigo 124, o qual possibilita um Estado declarar que num período de sete anos, a contar da data da entrada em vigor do Estatuto, não aceitará a competência do Tribunal, quando houver indício que o crime de guerra tenha sido praticado por seus nacionais ou em seu respectivo território.

No que diz respeito ao crime de agressão, sua definição gerou tanta controvérsia durante a Conferência dos Plenipotenciários de Roma, que sua inclusão no Estatuto chegou a ser questionada. No entanto, prevaleceu a visão de que, no mundo contemporâneo, instalar um tribunal internacional, com o único objetivo de julgar casos individuais de crimes de guerra e crimes contra a humanidade, não contemplando a punição da beligerância em larga escala, seria um retrocesso, visto que a maior parte das infrações surge durante a ocorrência de conflitos armados (MAIA, 2001, p. 92).

A solução encontrada foi incluir o delito no *core crimes* artigo 5º do Estatuto, mas fez uma ressalva com relação ao exercício da jurisdição do TPI quanto ao crime de agressão.

Os artigos 121 e 123 preveem que após sete anos da entrada em vigor do Estatuto, qualquer Estado parte poderá propor emendas e que uma Conferência de Revisão seria convocada pelo Secretário Geral das Nações Unidas para examinar qualquer alteração do Estatuto. Esta solução, condicionando o exercício da jurisdição do Tribunal à aprovação de uma emenda ao Estatuto que contenha a definição de agressão, adiou, por alguns anos, a discussão do problema.

No entanto, em 2010 foi realizada a Conferência de Revisão do Estatuto em Campala, Uganda, a qual logrou êxito em aprovar por consenso a definição do crime de agressão, bem como definiu as condições para o procedimento e regras para a atuação do Tribunal Penal Internacional diante dos atos de agressão.

O crime de agressão foi definido como o planejamento, a preparação, o início ou a execução, por pessoa em posição efetiva para exercer controle ou dirigir a ação política ou militar de um Estado, de um ato de agressão o qual, pelo seu caráter, gravidade e escala, constitui violação manifesta da Carta das Nações Unidas (CARDOSO, 2012, p. 149).

306

Com relação à jurisdição do TPI para o crime de agressão, condicionou-se que esta somente poderia ser acionada mediante nova decisão dos Estados parte, prevista para 1º de janeiro de 2017. Assegurou-se que o Tribunal poderá exercer sua jurisdição sobre o crime mesmo na ausência de declaração do Conselho de Segurança sobre a ocorrência da agressão. Assim, a jurisdição do TPI poderá ser acionada para um caso de agressão tanto por um Estado membro, quanto pela Promotoria e não somente pelo CSNU.

No que concerne à jurisdição temporal, o Tribunal Penal Internacional somente poderá atuar nos casos de crimes de agressão ocorridos um ano após a 30ª ratificação da emenda.

Juntamente com a análise das regras de competência material, também se faz necessário analisar os requisitos e condições da competência territorial, pessoal e temporal.

Num primeiro momento, observa-se que diante do caráter universal que se tenciona reconhecer ao Tribunal, não deveria haver uma restrição territorial para a sua atuação.

O artigo 12 do Estatuto prevê que os crimes internacionais, sujeitos à competência do Tribunal, devem ter sido cometidos nos limites territoriais de um Estado parte, ou então

a bordo de um navio ou aeronave de sua respectiva matrícula.

Esta regra parece sujeitar-se à soberania do Estado sobre seu próprio território. No entanto, independente da vinculação ao território de um Estado, o TPI poderá expandir sua jurisdição para outros Estados. Isso porque, nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, o Conselho de Segurança da ONU poderá levar ao conhecimento do TPI os casos relacionados com práticas criminosas, independente da nacionalidade dos perpetradores ou do local onde os fatos tenham sido cometidos (ZILLI, 2013, p. 172). Como verificado, aliás, no caso de Darfur, no Sudão, que será abordado posteriormente.

O Tribunal poderá ampliar, ainda, sua jurisdição se um Estado que não é parte declarar que aceita a competência do TPI em relação a um crime em questão. É um reconhecimento de competência consensual e limitado, que se formalizará com o depósito da respectiva declaração junto ao Secretário (artigo 12 (3) do Estatuto).

Quanto aos criminosos, o TPI terá competência para julgar quem comete, estimula ou ordena os crimes da alçada material do Tribunal, planeja ou prepara sua execução, ou é cúmplice mediante ajuda ou assistência.

Nos termos do artigo 26 do Estatuto, a jurisdição do TPI vale somente para maiores de 18 anos.

O Tribunal tem competência para julgar os crimes que o nacional de um Estado parte tenha cometido, independente do local onde os fatos tenham ocorrido. Portanto, a adesão de um Estado, vincula além de seu território, também os seus nacionais, onde quer que estes se encontrem (artigo 12 (2), b)).

Importante destacar, contudo, que a regra de competência da nacionalidade não tem caráter limitativo. Pelo contrário, ela amplia uma possível restrição feita pela competência territorial, de modo que “os nacionais de um Estado parte estão submetidos ao poder punitivo internacional ainda que os fatos tenham sido praticados no espaço físico de um Estado não parte” (ZILLI, 2013, p. 172). E o inverso também é verdade. Isso porque todos os crimes cometidos no território de um Estado parte estão sujeitos à competência do TPI, mesmo que seu autor não seja nacional deste Estado ou de qualquer outro Estado parte.

A questão da competência temporal da jurisdição do Tribunal não dá margem para muitas discussões devido ao caráter permanente do TPI. No entanto, ela só será

permanente quando começar a funcionar. Desta forma, o artigo 126 do Estatuto de Roma dispõe que o Estatuto entrará em vigor “no primeiro dia do mês seguinte ao sexagésimo dia após a data de consignação do sexagésimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão junto ao Secretário Geral das Nações Unidas”.

Assim, sua entrada em vigor se deu efetivamente no dia 1º de julho de 2002. E, nos casos dos países que ratificarem o Estatuto após essa data, a competência do TPI com relação a estes Estados, somente poderá ser exercida no primeiro dia do mês seguinte ao final de 60 dias após a data de depósito de respectivo instrumento (artigo 126 (2)). Esta regra, no entanto, tem duas exceções, representadas pelos crimes de guerra e crimes de agressão, conforme abordado anteriormente.

A questão da competência temporal do TPI é alvo de críticas porque, se por um lado os crimes da alçada do Tribunal são imprescritíveis (artigo 29), por outro, as disposições do Estatuto a cerca da sua jurisdição criam um parêntese temporal, pois os crimes cometidos antes da sua entrada em vigor lhe escapam totalmente. Assim, os criminosos que cometeram seus delitos de guerra ou contra a humanidade fora do território dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* ou, antes da entrada em vigor do TPI estão a salvo das acusações, como prevê expressamente o artigo 24 (1) do Estatuto.

Após discorrer sobre a competência material do Tribunal, necessário se faz, dentro das limitações do presente trabalho, algumas considerações quanto ao exercício da jurisdição do TPI, quais os requisitos para que o Tribunal atue e como seu mecanismo poderá ser acionado.

De acordo com artigo 12 do Estatuto, as condições para o exercício da jurisdição do Tribunal basicamente são: a aceitação e os vínculos sobre território e/ou nacionalidade que precisam se verificar para que o TPI possa atuar, as quais tem as mesmas restrições da competência territorial, anteriormente apontadas.

Quanto às condições necessárias para o Tribunal dar início às investigações, num caso concreto, o artigo 13 do Estatuto elenca os “gatilhos” para acionar o funcionamento da instituição:

Artigo 13 Exercício da Jurisdição

O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos

crimes a que se refere o artigo 5º, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:

- ☐ Um Estado parte denunciar ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;
- ☐ O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta da Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;
- ☐ O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.

Para que as investigações possam ser iniciadas em casos de denúncia feita pelos Estados parte ou por iniciativa do Procurador, é necessário que um ou mais Estado seja parte do Estatuto ou tenha aceitado voluntariamente a jurisdição do TPI no caso concreto.

A capacidade de iniciativa autônoma do Procurador é vista positivamente, pois a sua ação mais independente é fundamental para garantir que sua atuação não seja afetada por situações políticas, onde nem o Estado nem o Conselho de Segurança se disponham a tomar a iniciativa, mesmo diante da gravidade de determinados casos.

Com relação à iniciativa do Conselho que poderá fazer denúncia ao Procurador, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta da ONU, quando houver casos de ruptura e ameaça à paz e seguranças internacionais, diante de sua capacidade de adotar decisões mandatórias, não serão necessárias as mesmas condições, do artigo 12, exigidas nos demais casos para acionar a jurisdição do TPI, embora seja observado o princípio da complementaridade e regras de admissibilidade.

A atuação do CSNU foi criticada, num primeiro momento, pelo risco de politização e dependência excessiva do Tribunal àquele órgão. No entanto, tal vínculo se faz necessário, pois, como será tratado posteriormente, muitos casos de ocorrências dos graves crimes são verificadas em situações que estão sob o exame do Conselho e o Estado não se mostra interessado e comprometido em punir seus perpetradores, muitas vezes, pelo fato deles próprios estarem envolvidos diretamente no conflito, exercendo um papel parcial nas investigações e punições.

ANÁLISE DA SITUAÇÃO EM DARFUR –SUDÃO

Segundo o site oficial do Tribunal Penal Internacional há, atualmente, vinte e dois casos em andamento no TPI versando acerca de nove situações ocorridas em oito países, quais sejam: Uganda, República Democrática do Congo (RDC), Sudão, Quênia, Líbia, Costa do Marfim (Cotê d'Ivoire), Mali e dois da República Centro Africana (RCA).

Destas situações, quatro foram remetidas ao Tribunal pelos próprios países: Uganda, República Democrática do Congo, República Centro Africana e Mali. As situações atinentes ao Quênia e a Costa do Marfim foram iniciadas *próprio motu* pela Promotoria da Corte e autorizadas pelas Câmeras de Julgamento. As situações da Líbia e de Darfur, no Sudão, foram remetidas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU).

O presente capítulo analisará, dentro das limitações da pesquisa, como se deu a remessa ao TPI, através do Conselho de Segurança, o qual confiou o exame da situação em Darfur, no Sudão, a Corte Judicial em questão.

Utilizando a prerrogativa prevista no artigo 13, “b”, do Estatuto de Roma, o Conselho de Segurança da ONU adotou em 31 de março de 2005, a Resolução nº 1593 e remeteu a situação ao Procurador do Tribunal Penal Internacional. Após análise dos arquivos e relatórios da Comissão Internacional das Nações Unidas, com vasta informação e lista de suspeitos, indicando o cometimento de graves crimes internacionais na região sudanesa, o Procurador abriu oficialmente as investigações sobre os crimes cometidos em Darfur, em junho de 2005.

A violência e conflitos armados no continente africano não é novidade, pois são frutos de um sangrento processo de descolonização, após séculos de dominação estrangeira, a qual não respeitou a diversidade étnica e cultural da população local.

O Sudão é mais um país neste trágico contexto e apresenta um histórico de conflitos conhecidos desde o século VII, com a dominação árabe; posteriormente, a escravidão, imposta pela colonização europeia durante o século XVI; ainda, entre 1820-1822, o território foi unificado pelo Egito e recebeu o imperialismo britânico; revoltas nacionais durante o século XIX e a luta pela conquista da independência em 1956. O Sudão tem um histórico de conflitos entre o norte e o sul do país que resultaram em duas guerras civis sudanesas (1955-1972 e 1983-2005) (GORAIEB, 2012, p. 356).

Tais guerras se devem ao fato de que o processo de descolonização do Sudão, assim como na maioria dos Estados africanos, não se deu de forma pacífica. Ao contrário, os anos de luta e dominação estrangeira tornaram praticamente impossíveis uma convivência harmoniosa entre as diversas tribos que habitam a região.

Assim, durante a década de 1960, ocorre uma sangrenta guerra civil e o governo do Presidente Omar Hasan Ahmad al-Bashir, qualifica sua atitude como *jihad*, ou seja, uma guerra santa contra infiéis. Consequentemente, o país é lavado por uma limpeza étnica, causadas pelo embate entre o governo islâmico e outras parcelas da população de origem cristã, outros grupos não mulçumanos, animistas, além da fome que assola a região (GORAIEB, 2012, p. 356).

Desde 2003, os conflitos no Sudão se concentraram na região de Darfur, oeste sudanês e ocorrem entre o governo da capital, Cartum, e duas milícias rebeldes que atuam na região. Três tribos, em sua maioria negros mulçumanos, são predominantes no território: os *fur*, os *masalit* e os *zaghawa*. O motivo da revolta são as acusações de dois grupos rebeldes (Movimento de Justiça e Igualdade e o Exército de Libertação Sudanesa), os quais alegam que o governo oprime os não árabes do país em favor dos indivíduos de origem árabe e negligencia a região de Darfur.

Em reação, o governo, através das milícias *Janjaweed*, atacou a população civil que habita o território de Darfur, afirmando que esta apoiava as forças rebeldes que o Estado tentava combater. A milícia árabe supracitada é acusada de cometer graves violações aos direitos humanos, como assassinatos em massa, saques e estupros contra mulheres e crianças da população não árabe de Darfur. Foram acusados, ainda, de terem incendiado vilarejos inteiros, obrigando os sobreviventes a fugirem para campos de refugiados no vizinho Chade. A situação gerou preocupação na comunidade internacional que a caracterizou como “crise humanitária”, com um saldo de mais de um milhão de deslocados internos, duzentos mil refugiados no Chade, duzentas mil pessoas afetadas pelo conflito e uma estimativa de quase trezentas mil mortes desde 2003 (CARDOSO, 2012, p. 92).

Diante da grande comoção e ausência de progresso, o Conselho de Segurança da ONU determinou ao governo sudanês que fossem tomadas medidas no intuito de proteger a

população e controlar as milícias, sob pena de sanção. Além disso, estabeleceu uma comissão internacional para investigar as violações de direitos humanos e direito humanitário, ocorridas em Darfur. Após a conclusão destes trabalhos e da constatação da falta de disposição das autoridades sudanesas para investigar e punir os criminosos, a Comissão recomendou que o Conselho de Segurança remetesse o caso de Darfur para o TPI.

A maioria dos membros do Conselho que haviam ratificado o Estatuto de Roma posicionou-se a favor da remessa da situação de Darfur ao TPI. No entanto, esta posição esbarrou na opinião dos Estados Unidos, que não tinham a intenção de contribuir para a legitimação da Corte, argumentando que esta não detinha aceitação universal e, portanto, a jurisdição do TPI não poderia ser exercida sobre o caso de um país não membro, como o Sudão.

Somente após incluírem no projeto de resolução um mecanismo que previa a isenção da jurisdição do TPI sobre os nacionais de Estados não partes, o que não se aplicaria ao Sudão, é que foi possível a votação e aprovação da Resolução nº 1593, com onze votos a favor e quatro abstenções (Argélia, Brasil, China e Estados Unidos).

De acordo com as regras do Estatuto, conforme abordado no capítulo anterior, o Conselho de Segurança da ONU pode acionar a jurisdição do Tribunal para determinados casos, independente da aceitação de sua jurisdição como condição prévia para exercê-la. As normas do Estatuto, como se sabe, não são mundialmente aceitas. A Resolução nº 1593 determinou, ainda, que o governo do Sudão e todas as partes envolvidas no conflito deveriam cooperar com o Tribunal, mas ressaltou que os não membros não estavam obrigados a fazê-lo.

Esse contexto acabou gerando complicações para a atuação do Procurador, mas as investigações foram imediatamente instauradas e após submeter à apreciação do Tribunal as provas colhidas, no início de 2007 o TPI emitiu duas ordens de prisão: contra Ahmad Mohammad Harun, Ministro para assuntos Humanitários do Sudão, e contra Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman (ou Ali Kushayb), ao concluir que existiam elementos suficientes para responsabilizá-los por crimes contra a humanidade e crimes de guerra, cometidos na região de Darfur, entre 2003 e 2004 (GORAIEB, 2012, p. 359).

Tal fato fez com que a cooperação de Cartum com o Tribunal parasse imediatamente. Os diplomatas sudaneses se recusaram a receber documentos emanados do Tribunal e o Presidente do Sudão, não só desconsiderou os mandados de prisão como ainda promoveu um dos indiciados, atribuindo-lhe funções relacionadas às operações de paz da ONU naquele Estado.

O Procurador do TPI solicitou reiteradamente que o CSNU adotasse medidas mandatórias em relação ao Sudão, obrigando-o a cumprir as decisões do TPI. No entanto, o Conselho de Segurança, embora houvesse determinado a remessa do caso ao TPI, dava mostras claras que não estava disposto a adotar tais medidas contra o Sudão, pois a manutenção da paz na região era o principal objetivo das Nações Unidas (CARDOSO, 2012, p. 98-99).

Em julho de 2008, ao apresentar acusação, pedir o indiciamento e ordenar a prisão de Hassan Ahmad al-Bashir, Presidente do Sudão, a questão de cooperação entre CSNU-Tribunal-Estados não membros foi agravada.

De acordo com as investigações do Procurador, cujos relatórios estão disponíveis no próprio site do TPI, havia motivos suficientes para acreditar que o Presidente do Sudão era penalmente responsável por crime de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade cometidos durante os conflitos em Darfur. Al-Bashir foi acusado de, por estar no topo da estrutura hierárquica do país, dirigir pessoalmente e comandar a integração das milícias ao governo. As provas colhidas apontam que o Presidente tinha a intenção de destruir grupos étnicos de *fur*, *masalit* e *zaghawa*, pois teria planejado e ordenado os ataques às cidades e vilarejos, com incêndios, mortes e estupros, além de atos de tortura contra a população civil. Mulheres e crianças foram violentadas sistematicamente pelas milícias *Janjaweed*, Exército e outros agentes do Estado. O plano do Presidente consistia em retirar, pelo uso da força brutal, mais de dois milhões de pessoas das terras onde viviam, por acreditar que aquele território pertencia aos seus ancestrais, que ali viveram durante séculos, o que fez milhares de vítimas fugirem para os países vizinhos.

O governo sudanês emitiu declaração a fim de expressar o seu não reconhecimento ao Tribunal Penal Internacional e, portanto, não acataria nenhuma decisão emanada daquela Corte. Além disso, sinalizou que o processo de paz em Darfur, através das

operações humanitárias da ONU estaria ameaçado, pois o país poderia não mais cooperar.

A capital, Cartum, começou a empreender esforços diplomáticos no sentido de aprovar a suspensão dos procedimentos relacionados ao Presidente Al-Bashir, por um ano, em conformidade com o artigo 16 do Estatuto de Roma. Esta posição foi reiterada pela União Africana (UA). No entanto, o Conselho manteve posição contrária à invocação do artigo e prosseguiu com as investigações. Tal fato, fez com que os países da União Africana também não cooperassem com o TPI ao não cumprirem o mandado de prisão contra o líder do Sudão quando de suas visitas a tais países, como o caso do Quênia e do Chade, os quais alegaram que embora houvessem assumido obrigações advindas do Estatuto de Roma, também tinham obrigações no âmbito da União Africana.

O processo ainda está em andamento no TPI, porém, inconcluso, pois não houve a prisão nem a suspensão do mandado. A União Africana formulou recomendações para lidar com as questões relacionadas ao combate à impunidade e reconciliação em Darfur. Afirmou que embora o Sudão não fosse um Estado membro do TPI, não deveria ignorar os crimes cometidos na região de Darfur e que o sistema judicial sudanês deveria ser fortalecido com o estabelecimento de cortes híbridas para julgar os criminosos e estimulou ações para facilitar o processo de justiça e reconciliação no país. Por outro lado, qualificou como intrusivo e abusivo o papel do TPI, o qual não levou em consideração a condição do Sudão de não membro do Tribunal, que deveria atuar sempre em última instância e estimular, juntamente com as Nações Unidas, ações internas nos territórios de todos os Estados para que consigam lidar com os seus conflitos.

SOBERANIA DO ESTADO FRENTE AO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA UNIVERSAL

O TPI, diferente dos tribunais *ad hoc* – os quais tinham campos geográficos e lapso temporal de atuação estritamente limitados – foi concebido para operar num contexto territorial o mais amplo possível. Desde que o ato em causa fosse agasalhado por sua competência material, independente do território, este deveria ter atuação num campo universal.

Em termos teóricos, o Tribunal Penal Internacional deveria ser uma instituição que se enquadra na categoria de organizações internacionais de alcance universal, que são

representadas por “todas aquelas vocacionadas para acolher o maior número possível de Estados, sem restrição de índole geográfica, cultural, econômica ou outra”, bem como na categoria de instituições de domínio político, “assim vistas aquelas que se enquadram, sobretudo, à preservação da paz e da segurança, embora cuidem, ancilarmente, de outros propósitos” (REZEK, 2008, p. 263).

Por outro lado, em termos práticos, a jurisdição universal do TPI somente se verificaria se houvesse ratificação mundial do Estatuto de Roma. Essa pretensa vocação universal sofre certa limitação, pois o artigo 12 do Estatuto estabelece condições prévias para o exercício da jurisdição do TPI, definindo sua “área de cobertura”.

Ao longo das negociações da Conferência de Roma, o artigo 12 foi objeto de grandes discussões. De um lado, países liderados pela Alemanha, argumentavam que deveria existir uma jurisdição universal para crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, sobre os quais o Tribunal deveria ter competência para atuar sem condições ou exigências, independente da aceitação dos Estados. Outros Estados, liderados pelos Estados Unidos e China, não aceitavam a ideia da universalidade e afirmavam a necessidade do Estado da nacionalidade consentir em todos os casos, excluindo a possibilidade do TPI de exercer sua jurisdição sobre nacionais de Estados não ratificantes. Caso o Estado não fosse signatário do Estatuto, deveria fazer um consentimento *a priori* (BERGSMO, 2000, p. 224-225).

Com relação à possibilidade do Tribunal processar e julgar criminosos, nacionais de um Estado não parte no Estatuto quando cometem crimes no território de um Estado parte, Gilberto Sabóia (s.d., p. 5) observa que:

Essa possibilidade não altera o princípio geral de que o estatuto não obriga a responsabilidade dos estados não parte, em primeiro lugar porque o Estado onde ocorre tal crime tem indiscutivelmente a competência sobre o mesmo, qualquer que seja a nacionalidade do acusado, e esta competência pode transferir-se ao TPI, nas hipóteses previstas no estatuto. Por outro lado, são as pessoas, em sua capacidade individual, e não os estados, que serão julgados por crimes dentro da jurisdição do TPI.

Portanto, a regra constante no Estatuto, a qual permite que o cidadão de um Estado

não parte seja julgado pelo Tribunal, na verdade reproduz o princípio da territorialidade da lei penal, em vigor nos sistemas penais nacionais. Independente da nacionalidade da vítima, cabe ao Estado processar e julgar crimes que ocorram em seu território, podendo transferir para o TPI a competência, nos termos do Estatuto. Assim, o instrumento multilateral não ataca direitos de Estados não parte, pois a jurisdição do TPI exercida sobre o território dos Estados parte, na ocorrência de um crime previsto no Estatuto não é diferente da competência territorial prevista no ordenamento jurídico interno de praticamente todos os países.

Assim, verifica-se que embora o Tribunal seja visto com um caráter universal, num primeiro momento, o regime aprovado no Estatuto, baseia-se na aceitação do Estado em cujo território o crime foi cometido ou do Estado da nacionalidade.

No entanto, a prerrogativa prevista no artigo 13, *b)* permitiu que o Conselho de Segurança da ONU remetesse o caso do Sudão, um Estado não parte, ao Tribunal, para que seus acusados fossem julgados. O que só faz fortalecer a vocação universal do TPI, cujo objetivo maior é punir os perpetradores dos crimes mais graves e atuar a partir do momento em que um Estado demonstre não ter interesse ou condições de julgá-los, protegendo, nesses casos, toda a humanidade.

Outro aspecto extremamente importante do Tribunal foi a consagração do princípio da complementaridade, o qual visa assegurar que o TPI cumpra a sua função, sem interferir indevidamente nos sistemas jurídicos internos dos Estados, que tem em primeiro lugar, competência para investigar e processar os crimes.

A primazia parece melhor adaptada para garantir imparcialidade, que é uma condição indissociável da ideia de justiça. Deixando os protagonistas de um conflito resolverem sozinhos e dentro do(s) país(es) envolvido(s) o desfecho do conflito, garantimos a continuidade delitiva das lutas por processos judiciais interpostos. E nessa hipótese, a vingança toma o lugar da justiça (BAZELAIRE e CRETIN, 2004, p. 96).

Assim, de acordo com as normas do Estatuto, percebe-se que, o Estado tem jurisdição em primeiro plano, quando capaz de investigar e realizar a persecução penal. Se o Tribunal concluir que a jurisdição nacional é confiável, dará preferência a ela. Por outro

lado, será o Tribunal competente para julgar se, verificar que o Estado não está disposto a agir em um determinado caso, seja por falta de vontade ou por impossibilidade. O parágrafo 2º do artigo 17 do Estatuto define critérios que serão utilizados como base para determinar a falta de vontade ou incapacidade de agir em uma determinada situação (GORAIEB, 2012, p. 152).

É também através da complementaridade que o TPI poderá, a longo prazo, dar sua mais importante contribuição, ao incentivar os Estados a dotar seus sistemas judiciais dos instrumentos normativos e processuais capazes de aplicar a justiça, de forma eficaz e equânime, nos casos dos crimes previstos no Estatuto (SABOIA, s.d., p. 3).

Ainda, importante mencionar que, mesmo no caso de um Estado não parte, como o Sudão, o TPI somente irá intervir, nas hipóteses previstas no artigo 13, em especial na letra b), quando o CSNU fizer uma denúncia ao Procurador. Ainda assim, a jurisdição do TPI não deixa de ser complementar, pois, além do Estado estar sob investigação do Conselho, o que se vê na maioria dos casos, como na situação em Darfur, o aparelho estatal se desmantela e torna-se incapaz de realizar justiça e combater a impunidade. Além disso, o governo, assim como as forças armadas, eram parciais e incentivavam a matança generalizada da população.

Assim, embora o TPI tenha sido criado para suprir as deficiências dos sistemas positivos nacionais, o que se espera é que haja convergência entre o Tribunal e os Estados nacionais, na constituição de uma justiça internacional penal, que tem como objetivo um denominador comum representado pela tutela dos bens jurídicos mais caros à humanidade.

Na verdade, não é possível que um único órgão internacional exerça, com exclusividade, a jurisdição frente a todos os crimes internacionais. Se assim o fosse, certamente a efetividade da ordem penal internacional estaria comprometida. Na verdade, o que se pretende é que os Estados aprimorem os seus respectivos sistemas jurídicos, afastando os possíveis entraves à persecução dos crimes internacionais no âmbito de suas próprias jurisdições domésticas. Esse ideal está assentado no próprio preâmbulo do ER ao se reconhecer que a repressão daqueles atos há de ser realizada com adoção de medidas tanto no plano nacional, quanto na esfera internacional (ZILLI, 2013, p. 173).

Neste contexto, a questão da soberania dos Estados vem à tona e tecer algumas considerações sobre este conceito se mostra compatível com a discussão proposta no presente trabalho.

Atualmente, a noção de soberania não consiste mais na liberdade de um Estado agir independente e isoladamente, visando apenas seu interesse próprio e específico. A soberania diz respeito a uma cooperação internacional em benefício de um objetivo comum. Hoje há um novo conceito de soberania, que evidencia a existência de um Estado que não é isolado, mas sim um membro do sistema e da comunidade internacional. Ao participar desta comunidade, o Estado expressa e realiza sua soberania. Fazer parte do sistema internacional é um ato de soberania por excelência (MAZZUOLI, 2004, p. 354).

O conceito atual de soberania foi-se construindo juntamente com o processo de internacionalização dos direitos humanos. A soberania que antes era tida como absoluta foi sofrendo um processo de relativização e flexibilização na nova ordem mundial, onde o indivíduo passa a contar com duplo grau de proteção: um interno, que lhe é garantido pelo Estado ao qual pertence, e outro garantido no âmbito internacional.

Prenuncia-se o fim da era em que a forma pela qual o Estado trata seus nacionais é concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrente de sua soberania. Neste contexto, pode-se afirmar que uma das principais preocupações deste movimento de internacionalização dos Direitos Humanos é justamente convertê-los em tema de legítimo interesse da comunidade internacional (GORAIEB, 2012, p. 154).

A necessidade de uma ação internacional que fosse mais plena e eficaz para a tutela dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos, criando uma sistemática normativa para a proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no âmbito internacional quando as instituições nacionais se mostrarem falhas ou omissas na tarefa de proteger direitos humanos. Assim, este processo de internacionalização dos direitos humanos passa a ser uma importante resposta na busca de um novo paradigma, tendo em vista o repúdio internacional às atrocidades cometidas, pressupondo de delimitação da soberania estatal (PIOVESAN, 2012, 185).

Os direitos humanos fazem parte da chamada agenda global das relações internacionais. O ponto principal aqui é que o sentido de humanidade passa a ser o princípio regulador da comunidade internacional e representa a constituição e institucionalização do bem comum em nível universal, onde se argumenta a legitimidade das condutas internas e internacionais da soberania (GASPARIN JUNIOR, 2009, p. 96).

Atualmente, é impossível sustentar a ideia de que a proteção dos direitos humanos fica sob o domínio exclusivo e reservado dos Estados, como se pensava a cerca de três ou quatro décadas atrás. Hoje, os Estados devem assegurar a proteção dos direitos humanos no âmbito nacional incorporando tratados internacionais de proteção desses direitos aos seus ordenamentos jurídicos.

A soberania de um Estado não é diminuída ao ratificar um tratado que regulamenta a proteção dos direitos humanos. Pelo contrário, ao realizá-lo, pratica verdadeiro ato soberano e é possível fazê-lo de acordo com sua Constituição.

Uma das manifestações que ainda remanesce da noção tradicional de soberania, a da assim chamada ‘competência nacional exclusiva’, encontra-se há mais de duas décadas definitivamente superada pela própria atuação, com aquiescência dos Estados, dos órgãos de supervisão internacionais, inclusive no plano global (Nações Unidas), não ousando nenhum governo, nos nossos dias, de boa-fé levantar a exceção do ‘domínio reservado’ do Estado em detrimento da ação dos órgãos internacionais competentes em matéria de proteção dos direitos humanos, o que estaria certamente fadado ao insucesso (MAZZUOLI, 2004, p. 356).

Assim, os tratados de organismos supranacionais, a exemplo do Tribunal Penal Internacional redefine o conceito de soberania em uma visão de esvaziamento dos parâmetros teóricos dos séculos passados. Hoje, a soberania é vista como mero critério formal na qualificação de um Estado.

O conceito tradicional de soberania e a proteção dos direitos humanos são irreconciliáveis, o que implica no afastamento dessa noção, remodelando o conceito que passa a estar ligado à noção de cooperação internacional dos Estados em prol da proteção dos direitos humanos, como uma finalidade única e comum a todos.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto no presente trabalho, a relevância do Tribunal Penal Internacional para a proteção dos direitos humanos no plano internacional e para a efetivação da justiça internacional penal em nível mundial é notável.

Verificou-se que a ideia de criação de um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente era antiga, mas condições favoráveis para sua instituição só ocorreram na década de 1990, com a consolidação de um ideal comum na busca pelo fim da impunidade dos perpetradores dos crimes mais graves cometidos contra a própria humanidade e proteção dos direitos humanos em nível internacional.

Através da pesquisa realizada observou-se que a permanência é um dos traços marcantes do Tribunal, em contraste com o propósito temporário dos tribunais “ad hoc” criados pelo Conselho de Segurança da ONU.

O caráter da complementaridade é o fundamento do Estatuto de Roma e afirma que os Estados é que tem primazia para processar e julgar crimes sob sua jurisdição. Esta característica, na verdade, muito contribui para que haja um desenvolvimento dos sistemas jurídicos nacionais, que deverão desenvolver mecanismos eficazes para aplicar a justiça em relação aos crimes previstos no Estatuto, que passam a fazer parte do direito interno dos países que o ratificam.

Os crimes previstos no Estatuto de Roma estão intimamente ligados à temática dos direitos humanos. Através do Tribunal reafirma-se a responsabilidade penal internacional individual. Referidos delitos tendem a ser cometidos em situações de guerras e conflitos políticos, em que muitas vezes, a exemplo do caso do Sudão, os criminosos são membros do próprio governo daquele Estado.

O que impede a universalidade do regime do Tribunal são os países que não ratificaram o Estatuto. Referida falta de universalidade faz com que o Conselho de Segurança da ONU remeta casos para o Tribunal que, no entanto, tem representado mais desafios do que oportunidades, conforme se observou pelo estudo.

Portanto, ainda que o Sudão não tenha ratificado o Estatuto de Roma, não significa que os atos criminosos praticados pelas autoridades de seu próprio governo não são passíveis de investigação e punição, posto que ao não respeitarem os direitos humanos de

seus cidadãos, poderão sofrer intervenção de órgãos internacionais como as Nações Unidas, que tem como um dos seus objetivos a proteção integral de referidos direitos.

A conclusão que se chega ao cabo desta pesquisa é que o Tribunal Penal Internacional tem papel importantíssimo e fundamental para o futuro da humanidade. Representa a concretização de um sonho da comunidade internacional, buscando punir e retirar do convívio coletivo mundial os criminosos mais impiedosos, capazes de cometerem os crimes mais bárbaros e em relação aos quais não mais se admite a impunidade.

Atualmente, a posição do ser humano como titular de direitos próprios, oponíveis a todos os Estados, inclusive o de sua nacionalidade ou o Estado em cuja jurisdição se encontre, constitui uma verdade inviolável e demonstra a inovação revolucionária que aconteceu no Direito Internacional no período pós guerra.

O Tribunal Penal Internacional é, contudo, uma obra em construção e muito ainda deve ser feito para que se torne o instrumento que se propôs a operar, através de seus princípios fundantes. O Tribunal tem diversos desafios a enfrentar que trazem implicações para a consolidação da própria instituição. A falta de aceitação universal, como se viu, representa o maior obstáculo para o Tribunal ganhar credibilidade. Credibilidade que dependerá, também, de uma atuação coerente, equilibrada e não politizada, em conformidade com os ideais de justiça, cuja humanidade busca alcançar a séculos e tem pagado um preço muito caro até agora.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai. **Processo Penal Internacional**. Tradução: Marcellus Polastri Lima e Margareth Vetis Zaganelli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro: de Nuremberg a Haia**. Tradução: Luciana Pinto Venâncio. Barueri, SP: Manole, 2004.

BERGSMO, Morten. **O regime jurisdicional da Corte Internacional Criminal**. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

CARDOSO, Elio. **Tribunal penal internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil**. Brasília: Funag, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação história dos direito humanos**. 7 ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional penal**. Ijuí: Unijuí, 2008.

EHRENFREUND, Norbert. **The Nuremberg Legacy**: How the nazi war crime trials changed the course of history. New York: Palgrave Macmillan, 2007.

FERNANDES, Antônio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho (Coord.). **Direito processual penal internacional**. São Paulo: Atlas, 2013.

GASPARIN JUNIOR, Nelson R. **O Tribunal Penal Internacional**: soberania, elementos institucionais e sua implementação no Brasil. 2009. 158 p. **Dissertação (Mestrado)**. Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2009.

GORAIEB, Elizabeth. **Tribunal penal internacional**: trajetórias legais em busca de justiça. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

HALL, Christopher Keith. The first proposal for a permanent international criminal court. **Revista Internacional da Cruz Vermelha**, nº 322. Mar. 1998. Disponível em:< <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jp4m.htm>>. Acesso em 10 jan. 2014.

HEGARTHY, Angela; LEONARD, Siobhan. **Direitos do Homem**: uma agenda para o século XXI. Tradução: João C.S. Duarte. Lisboa, Portugal: Instituto Piaget, 1999.

INTERNATIONAL Criminal Court. Situations and Cases. Disponível em:< http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/Pages/situations%20and%20cases.aspx>. Acesso em 22 jun. 2015.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal**: mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional**: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

POWER, Samantha. **Genocídio**: a retórica americana em questão. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Maria de Fátima; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coords.). **Direito internacional dos direitos humanos**: estudos em homenagem à Prof^a. Flávia Piovesan. Curitiba: Juruá, 2004.

SABÓIA, Gilberto Vergne. **A criação do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/tpi_saboia.html>. Acesso em 03 mai. 2014.

SUNGA, Lyal S. **A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal**: arts. 5 a 10 do Estatuto de Roma. In: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (Org). Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL SOB A ÓTICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA

*Luiz Henrique Batista de PEDROZO⁶⁹
Higor Henrique Nogueira GOZZO⁷⁰*

RESUMO

Tem-se na atualidade uma atuação impositiva do Judiciário com relação à implementação de políticas voltadas à prestação de serviços de saúde, de modo que em alguns casos a intervenção chega a incidir diretamente nos orçamentos públicos, o que de certa forma pode agravar significativamente os efeitos de uma eventual ingerência administrativa. Nesse contexto, pretende-se analisar como o ente público responsável pela implementação da política pública de saúde, com foco constitucional, tem encarado esse fenômeno da judicialização, e como o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado em suas decisões com relação à garantia do direito à saúde e à limitação financeira da Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Políticas Públicas; 2 Direito à saúde; 3. Ativismo judicial

ABSTRACT

Today has an imposed role of the judiciary in relation to the implementation of public policies for the delivery of health services , so that in some cases the intervention directly affects public budgets , which in a way can significantly worsen the effects of any administrative interference . In this context , we intend to analyze how the public entity responsible for the implementation of public health policy, has seen this phenomenon of legalization , and as the Supreme Court has manifested itself in their decisions regarding the guarantee of the right to health and the limitation financial Public Administration.

KEY WORDS: 1. Public Policy; 2 Right to Health ; 3. Judicial Activism

INTRODUÇÃO

O direito à saúde de acordo com a Constituição Federal de 1988 é um direito fundamental social indispensável ao desenvolvimento do cidadão, embasado no princípio da dignidade humana, e que deve ser assegurado de forma ampla e igualitária pelo Poder

⁶⁹ Estudante de Pós-graduação - UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE PIONEIRO.
⁷⁰ Estudante de Pós-graduação - Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

Público.

Assim, tem-se que esse direito social apresenta-se como verdadeiras exigências do cidadão em relação ao Estado, em nome de uma existência digna e da qualidade de vida.

Não por acaso, muitos autores tratam do direito à saúde no rol de “direitos de prestações materiais”, ao levarem em consideração justamente a característica precípua de se buscar a qualidade de vida e a atenuação de desigualdades sociais. O artigo 6º da Constituição Federal assim preceitua “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

A par disso, não se pode negar, que o texto constitucional consagrou a saúde como sendo um dos pilares de sustentação social. De modo que, podemos vislumbrar na redação do artigo 196, que o tratamento dispensado ao direito à saúde é, a bem da verdade, de uma garantia do cidadão, a ser amparada e preservada obrigatoriamente pelo Estado, independente de contraprestação, e que deve ser efetivada por meio de políticas públicas.

Tal regra fez com que surgisse então a imagem do Estado como prestador de serviços, ao impor como seu fim precípua o dever de colocar à disposição das pessoas – individual ou coletivamente consideradas – os serviços referentes à saúde. Desta feita, o Estado que antes se apresentava com uma imagem de Liberal, portanto, de simples garantidor das liberdades individuais, obteve *status* de Estado Social, provedor universal e prestador dos serviços essenciais necessários ao exercício da cidadania.

O problema é que, muito embora a nossa Constituição tenha assegurado o direito à saúde, vê-se de forma pública e notória que esse direito não tem sido efetivamente concretizado em boa parte do país. Muitos são os fatores que contribuem para este panorama, e a grande maioria deles está consubstanciada em problemas que vão desde a precariedade estrutural do sistema, à falta de recursos financeiros e contratação de profissionais capacitados.

Assim, os indivíduos ainda se vêem lesados pelo Poder Público, diante da inércia ou ineficiência no fornecimento das ações de saúde pleiteadas no âmbito administrativo, e os gestores públicos, ainda enxergam a prestação de serviços de saúde no Brasil, como sendo uma das suas maiores dificuldades.

Sob a justificativa de que paga seus impostos a população invoca cada vez mais o direito a ter saúde de qualidade, exige um amparo e uma eficiência maior por parte do Poder Público e faz isso direcionando-se, não raras vezes, a quem mais próximo dela se encontra, no caso, o profissional da área da saúde atuante no hospital público ou UBS. E faz isso, sem se dar conta, na grande maior das vezes, das precárias condições de trabalho que muitos deles se encontram.

Atraídos por bons salários, muitos médicos e enfermeiros assumem a responsabilidade de exercer a medicina e a enfermagem nas regiões mais interioranas do país, longe dos grandes centros, na ilusão de que terão razoáveis condições de trabalho, e acabam se deparando quase sempre, com hospitais dilapidados, com déficit de funcionários, sem equipamentos adequados ou fora de condições de uso, além da falta de medicamentos. Os salários oferecidos pelos Municípios, geralmente não se sustentam por muito tempo, e o médico já envolvido com o serviço público de saúde, passa a viver então em uma espécie de dilema entre a ética profissional e a não percepção do salário.

Porém, ainda é pequena a parcela da população, que efetivamente possui uma visão consciente e coerente da realidade da Saúde no Brasil, de maneira a reconhecer que, não faltam profissionais de saúde no mercado, mas faltam sim, profissionais da saúde devidamente qualificados e dispostos a exercer a profissão em locais onde as condições de trabalho são mínimas ou até mesmo inexistentes.

Ademais, há ainda o fato de que muitos dos profissionais da área médica hesitam em ingressar no serviço público, mesmo quando os salários se mostram atrativos, por temerem uma eventual responsabilização civil pelos danos que um atendimento insuficiente em condições precárias de trabalho possam vir a ocasionar.

É certo que o profissional médico, seja qual for sua condição de trabalho, deve respeitar as normas do Código de Ética Médica (CEM), Resolução nº 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina, órgão que tem, entre outras, a atribuição de criar e alterar o CEM, de acordo com a Lei nº 3.268/57, que criou os Conselhos de Medicina e tornou compulsória a inscrição do profissional nestes.

Por certo, por estarem em contato direto com o usuário do serviço público, esses profissionais passam então a exercer a função de escudo, uma espécie de vidraça da

Administração Pública, à medida que recebem diretamente não só as críticas focadas à deficiência estrutural do sistema público de saúde, mas àquelas atinentes a má gestão dos recursos, fator determinante para que o panorama da má distribuição dos profissionais da saúde, sobretudo médicos, enfermeiros seja flagrantemente gritante em nosso país.

A partir da dimensão coletiva e individual do direito à saúde, o Poder Judiciário tem então tomado a frente da situação em muitas ocasiões, lançando mão de limites técnicos e institucionais para controlar a constitucionalidade e a legalidade dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo e garantir o direito invocado pelo particular.

Nesta mesma esteira, tem se firmado também, tanto na doutrina quanto na jurisprudência a noção de mínimo existencial, como conteúdo exigível do Poder Público independentemente de prévia intermediação legislativa, e o princípio da isonomia, como fundamento para interdição de tratamento arbitrário, se vislumbrada idêntica situação fática –jurídica ou para extensão de prestações sociais já existentes, cujos pressupostos de concessão sejam facilmente identificáveis (direito quota- parte).

327

O DIREITO À SAÚDE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E O SISTEMA NACIONAL DE PROTEÇÃO À SAÚDE

No cenário mundial, há muitos anos o conceito de saúde não equivale à ausência de doença. Na verdade a saúde é considerada como sendo um conjunto de fatores e condições que levam o ser humano a possuir uma melhor qualidade de vida, de forma que possa interagir com o meio em que vive promovendo uma longevidade condizente com os avanços da medicina e os avanços da tecnologia, inclusive.

O conceito de saúde sustentado pela Reforma Sanitária se afina com o de qualidade de vida, entendida como a conquista histórica da capacidade de fruir e criar uma vida que atenda, dentro dos padrões da dignidade humana, as demandas de moradia, trabalho, transporte, lazer e propicie o acesso às ações integrais de saúde, a uma educação de qualidade e a mecanismos de resolução equânime e pacífica dos conflitos. (BRASIL, 2007, p. 09)

Nesta idéia está implícita a relação da saúde com uma vida digna atrelada às benesses do desenvolvimento técnico científico que a sociedade alcançou nas últimas décadas. Segundo MORAES (1996):

... quando se fala em saúde, não se tem em mente a sua relação com a doença e, conseqüentemente, com a morte. Tem-se, uma posição auto reflexiva da saúde relacionada com ela mesma e, assim, à vida e, além disso, não uma vida caracterizada como sobrevivência, mas uma vida qualificada pelo acesso aos benefícios da cidade.

Neste sentido, complementa Tirrel & Carvalho (1993):

"o reconhecimento do direito universal e inalienável, comum a todos os homens; a promoção ativa e permanente de condições que viabilizem a preservação de sua saúde, o reconhecimento do caráter sócio-econômico global dessas condições, emprego, salário, nutrição, saneamento, habitação e preservação de níveis ambientais aceitáveis; o reconhecimento e a responsabilidade parcial, porém intransferível, das ações propriamente ditas, individuais e coletivas, na promoção ativa da saúde da população; o reconhecimento, finalmente, do caráter social desse direito; e também da responsabilidade que cabe à coletividade e ao Estado em sua representação, pela efetiva implementação e resguardo das condições supracitadas".

328

Entretanto, ao se analisar a situação do Brasil, vê-se que todas as Cartas Políticas anteriores à Constituição de 1988 foram omissas com relação ao direito de proteção à saúde. Esta, por sua vez, dispõe em específico nos artigos 196 a 200, que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Tem-se, portanto, que somente após o final do período ditatorial e com a restauração da democracia no país, liberdades políticas heterogêneas antes sufocadas passaram a reivindicar a satisfação de seus anseios, de modo que esse fenômeno culminou com a ascensão dos Direitos Fundamentais na forma de normas jurídicas preceptivas e cogentes, tal qual se vê hoje:

Não obstante a tardia discussão sobre os direitos fundamentais, em seus múltiplos aspectos, no Brasil tenha ganhado impulso com a Constituição da República de 1998, revela-se inevitável a surpresa obtida a partir do vislumbre da omissão existente nas Cartas Políticas que a antecederam quanto ao reconhecimento da relevância do direito de proteção à saúde, fazendo-lhe referência tão somente nas regras relacionadas à distribuição de competência legislativa e gerência de serviços públicos entre os entes da federação (art. 10, II da Constituição Federal de 1934; art. 16, XXVII da Constituição Federal de 1937; art. 5º, XV, da Constituição Federal de

1946; artigo 8º, XIV e XVII, c, da Constituição Federal de 1967). De fato, incluído entre os direitos sociais pelo art. 6º, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição Federal de 1988, o direito de proteção à saúde ganha enunciação mais enfática no art. 196, ao preconizar-se que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (SANTOS OLIVEIRA, 2010, p. 26).

Assim, a partir do momento que a Constituição Federal dispôs claramente que a saúde é um direito de todos e que o Estado tem o dever de assegurá-lo através da implementação de políticas públicas e econômicas que viabilizem a redução do risco de doenças, bem como, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação com qualidade, todo e qualquer cidadão passou a ter o direito de invocar não só a implementação dessas políticas públicas voltadas para o direito social à saúde, mas também, de exigir a otimização dos gastos públicos com tal finalidade.

A Constituição garantiu que o direito à saúde pudesse ser invocado por todo e qualquer cidadão, e com base nessa assertiva, foram desenvolvidas ações públicas direcionadas à densificação material desse direito, motivando-se a criação de um Sistema Único de Saúde para todo o país que por sua vez, deveria ser financiado com recursos orçamentários diversos, em especial da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em 1990 publicou-se então a Lei do Sistema Único de Saúde (SUS), justamente para que a população brasileira tivesse acesso a um atendimento médico-hospitalar de qualidade. Porém, enquanto o SUS não era efetivamente criado, a saúde pública brasileira continuava sob a responsabilidade do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), onde absurdamente imperavam práticas administrativas que segmentavam os atendimentos em três divisões: os que podiam exercer o direito à saúde por contribuírem à previdência social; os que tinham condições financeiras de arcar com os custos dos serviços privados de saúde; e os que não possuíam direito algum por não se encaixarem em nenhuma dessas duas situações.

Mesmo assim, a Constituição Federal de 1988 foi incontestavelmente um divisor de águas na política de saúde pública em específico, porque foi a partir dela que nossos

governantes passaram a perceber a importância e a emergência de se modificar essa conjuntura arcaica da política da saúde no país, reorientando, por consequência, às práticas aplicadas nos serviços de saúde oferecidos ao povo. Por isso, apesar dos pesares, o SUS em seu conjunto de leis, normas, resoluções e diretrizes é considerado também um marco definitivo na garantia do direito a saúde do cidadão brasileiro, e um modelo mundial, por determinar um caráter universal às ações e aos serviços de saúde. (BRASIL,2006,p.5).

O processo constituinte e a promulgação da Constituição de 1988 representaram, no plano jurídico, a promessa de afirmação e extensão dos direitos sociais em nosso país frente à grave crise e às demandas de enfrentamento dos enormes índices de desigualdade social.

A Constituição Federal introduziu avanços que buscaram corrigir as históricas injustiças sociais acumuladas secularmente, no entanto, incapaz de universalizar direitos tendo em vista a longa tradição de privatizar a coisa pública pelas classes dominantes. A Assembléia Constituinte com relação à Saúde transformou-se numa arena política em que os interesses se organizaram em dois blocos: os grupos empresariais, sob a liderança da Federação Brasileira de Hospitais (setor privado) e da Associação de Indústrias Farmacêuticas (Multinacionais), e as forças propugnadoras da Reforma Sanitária, representadas pela Plenária Nacional pela Saúde na Constituinte. (LIMA, SILVA & PEREIRA, 2010)

330

Lamentavelmente, passados muitos anos desde a criação da Lei do Sistema Único de Saúde em 1990, em vez de ações práticas capazes de dar valor positivo às reformas no sistema de saúde, sobram ainda evidências do descaso para com os serviços do setor público de saúde no Brasil (FIGUEIREDO & TANAKA, 1996). Ao passo que pode-se constatar facilmente ao longo dessas duas últimas décadas de implantação e implementação do SUS vários episódios de descaso gritante dos gestores públicos para com a prestação universalizada do serviço público de saúde em todo o país, situação esta que arrasta a política de saúde pública ao mesmo patamar de precariedade e asfixia financeira em que se encontra a política de educação brasileira.

Assim, a consolidação do SUS, como um sistema de atenção e cuidados em saúde, não é suficiente para a efetivação do direito da população à saúde. São claras as evidências que apontam para os limites da atuação de um sistema de assistência. A conquista da saúde precisa estar articulada à ação sistemática e intersetorial do Estado sobre os determinantes sociais de saúde, ou seja, o conjunto dos fatores de ordem econômico-social e

cultural que exercem influência direta ou indireta sobre as condições de saúde da população. (BRASIL, 2007, p.10)

Segundo o Centro Brasileiro de Estudos de Saúde - CEBES (1997), as ações de desmantelamento do sistema público de saúde, somadas ao sufocamento financeiro provocado, mostra que o objetivo do Governo é fazer do SUS apenas um instrumento destinado aos excluídos, que não teriam outra alternativa para sua assistência.

Ademais, inexitem no âmbito da Administração Pública, critérios administrativos capazes de determinar quem efetivamente necessita e quem de fato não precisaria do auxílio do Estado para promover demandas nesta seara, dada a complexidade e mutabilidade da realidade dos casos envolvendo a necessidade de se prestar saúde pública.

Na verdade, o tema “saúde pública” constitui uma das dimensões do mínimo existencial necessário à dignidade da pessoa humana – que é um princípio expresso no artigo 1º, destacado pelo valor pré-constituente e de hierarquia supraconstitucional ((MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 172) - porque funciona como uma espécie de indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial, ao se apresentar como uma das condições indispensáveis à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; necessária à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como, essencial à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção de bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (LEAL, 2005).

E é justo pelo fato de o texto constitucional focar de uma maneira tão condensada este princípio, que, para muito doutrinadores, ele consiste em um vetor que agrega em torno de si a unanimidade dos direitos e garantias fundamentais do homem (BULOS, 2011, p. 502).

Para Canotilho, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana se traduz pela teoria de cinco componentes, a qual sugere uma “integração pragmática” condensada da seguinte forma: “afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável”; “garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade”; “libertação da ‘angústia da existência’ da pessoa mediante mecanismos de sociabilidade, dentre os quais

se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas”; “garantia e defesa da autonomia individual”; “igualdade entre os cidadãos” (CANOTILHO, 2003, p. 363).

Já para Barroso (2010, p. 251), a dignidade da pessoa humana configura o “núcleo essencial” de cada um dos direitos materialmente fundamentais, dentre eles o direito à saúde, como sendo um dos direitos sociais que o Poder Público obrigatoriamente deve prezar, proteger e garantir com qualidade e efetividade.

O fato é que, independentemente da opinião, todos concordam que o constituinte agregou ao direito de proteção à saúde aspectos normativos de fundamentalidade formal e material, fazendo dele um dos direitos sociais que alicerçam o Estado Social previsto na Constituição (SMANIO e BERTOLIN, 2013, p. 250).

Tem-se, portanto, que o mandamento normativo que trata do dever de prestar saúde pública, se dirige a toda a comunidade, e não a uma parcela dela que esteja comprovadamente doente. De maneira que, quando se falar em mecanismos e instrumentos capazes de atender à saúde pública, se visualize necessariamente a demanda social e universal existente, e não somente aquela demanda contingencial, qual seja, aquela submetida à aferição administrativa e jurisdicional. Porque se assim fizer o Poder Público, incorrerá no risco de esvaziar a possibilidade de atender também a todos aqueles que ainda não tomaram a iniciativa de procurar a ajuda do Estado, talvez até por falta de recursos.

Muito embora existam muitas elucubrações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do direito à saúde, a questão pode ser didaticamente sintetizada por Luís Roberto Barroso, a partir de uma decisão do STF no Agravo Regimental nº 271286 do Rio Grande do Sul, conforme transcrito abaixo (SMANIO e BERTOLIN, 2013, p. 250):

a) O direito público à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integralidade deve zelar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

b) O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência social indissociável do direito à vida. O Poder Público qualquer que seja a esfera

institucional de sua atuação no plano de organização administrativa federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento institucional.

c) O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir de maneira ilegítima, o cumprimento de seu dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental.

d) O reconhecimento judicial de validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República e representa, na concreção de seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada tem e nada possuem, a não ser a consciência da própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Tal entendimento, hoje amplamente difundido, vem a confirmar aquilo que já se sabia: o complexo de ações relativas ao sistema de proteção à saúde possui inúmeras variáveis (que vão desde a sua aplicabilidade, justiciabilidade, efetividade a meios disponíveis à sua concretização, recursos disponíveis, rede de ações governamentais que integram os sistemas de serviços, ações e meios de proteção à saúde do cidadão).

Essa forma de sistema jurídico, político e social de proteção ao direito à saúde deve ser garantido justamente mediante políticas públicas, e na busca pela concretização desse direito, tendo em vista o seu caráter eminentemente prestacional, caberia à Administração Pública assimilar tal ideal quando da formulação dessas políticas em todo o país. De modo que, o Estado deve conceber esse sistema de proteção de forma estendida aos demais espaços de decisão usados na formulação de políticas públicas (SMANIO e BERTOLIN, 2013, p. 252).

Justamente por isso, a nosso ver, o direito à proteção à saúde deve ser visto pelo Estado e suas diferentes esferas de poder como algo que requer uma ação conjunta, capaz de trabalhar uma visão ampla, organizada e racional, intersetorial (envolvendo as diferentes secretarias da Administração Pública) com a participação efetiva também do Ministério Público e do Poder Legislativo e não única e tão somente, do Executivo.

A ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO FACE OS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Como já dito em linhas anteriores, o texto constitucional consolidou um rol de direitos fundamentais que deve ser cumprido pelo Estado de forma a garantir a todos os indivíduos o mínimo existencial.

Esse mínimo existencial seria então “as condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público” (BARROSO, 2007, p. 9).

Segundo Ana Paula Barcellos, dispõe acerca da expressão reserva do possível que:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. [...] para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta –, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.

334

A partir do momento que esses direitos fundamentais foram positivados, cada um dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) passou a ter a obrigação de efetivar, a princípio, o mínimo existencial, dentro de suas respectivas funções, justamente para que os preceitos constitucionais pudessem ter a devida eficácia prática e concreta.

Ao Legislativo cabe inicialmente definir as metas consideradas primordiais à implementação das políticas públicas. Ao Executivo, cabe implementar essas políticas públicas e efetivamente executá-las. Restando ao Judiciário, exercer justamente o controle judicial, pelo próprio princípio da universalidade da jurisdição.

Nesse sentido, explica Branco:

Respeita-se, contudo, em princípio, a liberdade de conformação do legislador, a quem se reconhece discricionariedade na opção normativa tida como mais oportuna para a proteção dos direitos fundamentais. Cabe aos órgãos políticos, e não ao Judiciário, indicar qual a medida a ser adotada para proteger os bens jurídicos abrigados pelas normas definidoras de direitos fundamentais. A dimensão objetiva cria um direito a prestação associado a direito de defesa, e esse direito a prestação há de

se sujeitar à liberdade de conformação dos órgãos políticos e ao condicionamento da reserva do possível (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 301)

Acontece que não raras vezes, o Poder Executivo se mostra incapaz de garantir o cumprimento dos respectivos preceitos constitucionais. E os motivos invocados são os mais variados, indo da falta de recursos públicos à ineficiência na prestação dos serviços básicos.

Com o advento da LC nº 141/2012, restou positivada a obrigação dos entes públicos em reservar percentuais mínimos de sua arrecadação em prol da prestação de serviços de saúde. No entanto, a Administração Pública, de um modo geral ainda não é capaz de atender com celeridade e eficiência todas as demandas sociais.

E, por mais que o Poder Executivo cumpra com esse “dever de reserva”, tais percentuais ainda não são suficientes para atender satisfatoriamente todas as demandas, dada a gama de ações individuais ajuizadas em desfavor do Poder Público pleiteando medicamentos e procedimentos cirúrgicos caros.

Assim, ainda que a Administração Pública planeje seus orçamentos no intuito de garantir o chamado mínimo existencial, faltam ainda recursos suficientes para financiar todos os tratamentos de alto custo amparados pela gama de decisões judiciais de caráter mandamental.

Nessas situações, o poder público recorre à cláusula da reserva do possível, a qual se fundamenta na insuficiência de recursos públicos para atender às necessidades sociais, para se justificar da não efetivação de direitos (sejam individuais, sejam sociais) com base num orçamento que se apresenta muito aquém da demanda social (BARROSO, 2007, p. 23).

Ocorre que, a falta de recursos orçamentários para garantir todos os direitos sociais dá origem a diversos outros problemas e a alocação dos recursos pressupõe “a difícil decisão política de ratear os poucos recursos disponíveis de modo a poder dispensar um mínimo de atendimento aos mais necessitados” (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 1420).

Mesmo assim, muitas decisões têm desconsiderado a cláusula da reserva do

possível, e tem determinado o fornecimento de medicamentos e procedimentos cirúrgicos considerados de alto custo, interferindo direta e negativamente no planejamento público, contribuindo para o agravamento da questão atinente aos gastos públicos no país. Com isso, na prática, a Administração, dentro de curto prazo, se vê obrigada a providenciar medicamento e tratamentos que, na maioria das vezes, só poderia providenciar após o procedimento ordinário de licitação e mediante prévia receita orçamentária, e por inércia do poder público, mas sim pela segurança jurídica aplicada para as devidas aquisições.

Porém, tem se firmado o entendimento no sentido de que quando a Administração comprovar devidamente a ausência dos recursos orçamentários para cumprir determinada tutela (o que dificilmente se consegue), o Judiciário, ainda que desconsidere a cláusula da reserva do possível, não poderá adentrar na esfera das políticas públicas, justamente para não violar princípio da separação dos poderes. Poderes estes que deveriam agir como um todo, para a que a manutenção de tal direito não ficasse apenas no âmbito do Executivo.

O PROCESSO DE MUNICIPALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE SAÚDE E A NECESSIDADE DE UMA RELAÇÃO INTERSETORIAL PARA SE PROMOVER A EFETIVAÇÃO DOS SERVIÇOS E AÇÕES

Na boa intenção de organizar o sistema de saúde pública, a CF/88 adotou um processo de descentralização administrativa, atribuindo competência concorrente à União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 23, inciso II).

No entanto, não obstante a previsão de repasses e formalização dos termos de cooperação técnica e firmados com a União e Estados-membro, a mesma Constituição acabou por tender à Municipalização dos serviços, repassando aos entes municipais (que, diga-se de passagem, compõem em sua grande maioria, a parcela mais vulnerável financeiramente da Federação) a maior parcela da responsabilidade no que tange ao atendimento da população local. Talvez por entender o legislador na época, que o ente público municipal por ser a esfera do poder mais próxima do cidadão pudesse atender com maior eficiência e agilidade as necessidades sociais.

Assim, nos dizeres de SMANIO e BERTOLIN (2013, p. 253):

A Constituição e a LOS atribuíram aos Municípios a função principal de atendimento à saúde básica e de pronto atendimento da população, sem

excluir a responsabilidade solidária dos demais entes federados, em busca da máxima efetividade, mediante cooperação integrada de todos os poderes públicos – municípios, estados e União – em todos os níveis de atendimento.

Ocorre que, na prática a descentralização dessa e de outras políticas sociais, que deveria se dar de forma gradual, apoiada em programas de assistência técnica e financeira, com o objetivo inclusive, de se evitar a descontinuidade do serviço e consequentes prejuízos à população, deu-se de forma abrupta, incentivando uma espécie de esvaziamento da participação da União na referida política pública social.

O que se vê então, nas últimas décadas é o desenvolvimento crescente de uma política deliberada por parte do Governo Federal no sentido de incluir dispositivos na Constituição para obrigar os demais entes federados a assumir certas políticas sociais sem qualquer contrapartida federal, vinculando receitas, em que pese a intenção da publicação da Emenda Constitucional nº 29 de 13 de setembro de 2000 tenha sido estabelecer previsões mais estáveis para o financiamento da saúde, por meio de alterações nos arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da inclusão do art. 77 no ato das disposições constitucionais transitórias, tornando mais específicas as obrigações relacionadas ao financiamento da saúde.

Em um país marcado por profundas desigualdades sociais, a promoção da equidade constitui-se em desafio de primeira grandeza, a ser assumido pelas políticas públicas. No campo da Saúde, isso implica o enfrentamento das vulnerabilidades e iniquidades que atingem segmentos específicos, tais como mulheres, idosos, crianças, população negra, grupos de orientação sexual – GLBT –, populações do campo e da floresta e em situação de rua. Significa também avançar na consolidação dos princípios da transversalidade e da intersetorialidade, indispensáveis para reverter as tendências à fragmentação da ação do Estado, tanto no interior do setor Saúde quanto na sua interface com os demais setores. (BRASIL, 2007, p. 17)

Entre os avanços da Emenda 29/00, destaca-se: a possibilidade de fixar recursos constitucionalmente para a saúde, a definição de critérios para tanto; a constitucionalização do fundo de saúde em cada esfera de governo e das atribuições do conselho de saúde para acompanhar e fiscalizar o fundo de saúde; a definição de sanções

para o descumprimento da Emenda e auto-aplicabilidade da norma. Mas justamente como uma das derrotas: os quantitativos definidos às políticas públicas destinadas à saúde (ainda que consideradas melhores, mas ainda insuficientes) e a redução da participação relativa dos recursos da União, com elevação para Municípios e Estados - simulações sobre a evolução do financiamento indicaram que a proposta do governo teria reduzido em mais de 50%, os valores a serem aplicados em saúde pela União, em comparação ao pretendido pela PEC 169/1993 (CARVALHO, 2008).

Tanto isso é verdade que, estudos elaborados desde o ano 2000 já apresentavam indicativos de que os gastos federais em saúde estavam crescendo menos que as receitas correntes federais. Entre 2000 e 2008 representaram uma média de 8,4% da receita corrente bruta; mas entre 2002 e 2009 a média foi ainda mais reduzida: 7,1% (PIOLA, 2010). Sem falar no fato de que em 1995 o gasto federal correspondeu a 9,6% da receita corrente bruta, muito próximo ao critério que é objeto de tanta disputa atualmente.

Ainda, segundo Carvalho, estimativas de 2007 mostram que a União foi responsável por 47% do gasto, os Estados, 26% e os Municípios, 27%; contudo, a União administra 60% da arrecadação pública, os Estados, 24% e os Municípios, 16%. Alguns estudos inclusive destacam que a não regulamentação da Emenda 29/00 está provocando perdas para o SUS, não apenas pela questão da menor contribuição relativa da União (CARVALHO, 2008).

No ano de 2013, se analisamos a participação de cada ente federativo na destinação de verbas públicas para a implementação dos serviços de saúde, reafirmaremos tal tendência, ao constatarmos que a distribuição dos gastos com saúde no Brasil, apresentava os seguintes dados: 21% dos recursos correspondiam aos gastos da União; ao ponto que Estados e Municípios respondiam, cada um, por 11% dos recursos aplicado na Saúde Pública, o que comprova o “sufocamento”, sobretudo, dos Municípios (PIOLA, 2010).

CONCLUSÃO

Visando abordar a garantia constitucional da saúde, o presente trabalho buscou, ainda que em linhas gerais, tratar da possibilidade de se travar uma atuação conjunta entre

diferentes esferas de poder para promover, através de uma relação intersetorial, uma melhor prestação da política social de saúde à população, sobretudo, nos Municípios.

Ao se analisar o processo de regressão das políticas sociais voltadas à saúde e alguns dos problemas enfrentados pelo Estado Brasileiro que levam à má-prestação dos serviços médico-hospitalares na rede pública de saúde em todo o país, buscou-se chamar a atenção para a necessária organização da sociedade civil e dos demais atores sociais no acompanhamento da definição, planejamento, execução e efetivação das políticas de Estado que garantem esses direitos sociais.

Para tanto, parte do pressuposto de que no caso das políticas públicas de saúde, em específico, não se deve pensar prioritariamente em autor ou réu, parte vencida ou vencedora, mas antes de tudo, nos diferentes graus de responsabilidade, considerando que todos são co-obrigados pela efetivação qualitativa da política pública de saúde oferecida ao povo, da Administração Pública ao mais simples cidadão.

Noutro norte, buscou-se demonstrar como a judicialização do direito à saúde pode ser encarada como uma atitude importante e válida tanto à melhora da política pública quanto para a consolidação e discussão do Estado Democrático de Direito, lançando a lume a idéia de que a judicialização não só poder, como de fato merece, ser tratada como uma forma de avaliação da política pública diferenciada daquelas feitas pelas outras esferas de poder, podendo inclusive, ser mais eficaz, já que não se dá de forma isolada ou contratada.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2007
 <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_e_a_judicializacao_excessiva.pdf> Acesso em 04 dez. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 1ª edição. 4ª tiragem. Belo Horizonte: Saraiva, 2010
- BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Coletâneas e normas para o controle social no Sistema único de saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006a.

BRASIL, Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. **Caminhos do direito à saúde no Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa**. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2007. 24 p. – (Série B. Textos Básicos de Saúde)

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev. e atual. de acordo com a emenda constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011

CAMPILLO SÁINZ, José. **Derechos fundamentales de la persona humana: derechos sociales**. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995. p. 47

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993

CEBES (Centro Brasileiro de Estudos em Saúde). **FHC radicaliza sucateamento e investe contra o SUS**. Editorial, **Boletim do Centro Brasileiro de Estudos em Saúde**. Nº 40, Ano 21, maio 1997.

FIGUEIREDO, A.M.A.; TANAKA, O. **A avaliação do SUS como estratégia de reordenação da saúde**. Cadernos Fundap. São Paulo, 19:98-105, 1996.

LEAL, Rogério Gesta; RIBEIRO, Daniela Mengoti. **Artigo: O Direito Fundamental Social à Saúde e a Responsabilidade do Cidadão**. Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais Sociais do Programa de Mestrado em Direito da UNOESC.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Sociedade e Administração Pública: novos paradigmas**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005.

LIBERATTI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 7.

LIMA, Kênia Raisse Borges; SILVA, Juliana Alexandre; PEREIRA, Lucilene Alves. **Uma análise sobre a política pública de saúde no Brasil enfatizando o contexto neoliberal**. I Conferência Nacional de Políticas Públicas Contra a Desigualdade. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Humanas Letras e Artes. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

PIOLA, S F. **Apresentação no Orçamento público e financiamento à saúde do seminário: Caminhos para o Financiamento e o Acesso à Saúde**. Valor Online. São Paulo, 7 de junho

de 2010

SANTOS OLIVEIRA, Fábio César dos. ***Doutrinas Essenciais: Responsabilidade Civil. Volume V. Direito Fundamental à Saúde.*** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 26

SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo.*** 21. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio e BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. ***Os Direitos e as Políticas Públicas no Brasil.*** São Paulo: Editora Atlas, 2013

TIRREL, M.A.R.CARVALHO, V. ***Programas Nacionais de Saúde Materno-Infantil: impacto político social e inserção da Enfermagem.*** Escola de Enfermagem Anna Nery. Universidade Federal do Rio de Janeiro. 1993.

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E DENSIDADE DO DIREITO À MORADIA A PARTIR DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA”

Guilherme Domingos de LUCA
Teófilo Marcelo de Arêa Leão JÚNIOR

CONSTITUTIONAL PROTECTION AND DENSITY OF THE RIGHT TO HOUSING PROGRAM FROM “MINHA CASA, MINHA VIDA”

RESUMO

O presente estudo analisará a proteção constitucional e densidade do direito à moradia a partir do programa habitacional “Minha Casa, Minha Vida”. Com isso, será apontado as ações de Regularização Fundiária no combate ao *déficit* imobiliário, além de analisar as hipóteses de perda do imóvel originado neste programa. O objetivo geral do estudo é compreender se há efetividade no direito à moradia, a partir da vinculação ao Programa “Minha Casa, Minha Vida”. De forma específica, o objetivo será entender o direito do indivíduo em adquirir novo imóvel, mesmo que em determinado momento teve de dispor de outro imóvel adquirido pelo Programa em questão, assim como compreender os limites da densidade. Trata-se de uma pesquisa pautada no método de investigação dedutivo, cujos procedimentos técnicos adotados foram livros, doutrinas, leis e jurisprudência. Trata-se de um estudo bibliográfico e jurídico, para a posterior abordagem do atual contexto legislativo brasileiro mediante a adoção de um ponto de partida constitucional.

Palavras-Chave: Moradia; Políticas Públicas; Regularização Fundiária; Densidade.

ABSTRACT

This study will examine the constitutional protection and density of housing rights from the housing program "Minha Casa, Minha Vida". With this, it will be appointed the actions of Land Regularization to combat housing deficit, in addition to analyzing the cases of property loss originated in this program. The overall objective of the study is to understand whether there is effectiveness in the right to housing, from the link with the "Minha Casa, Minha Vida". Specifically, the aim will be to understand the individual's right to acquire new property, even though at one point had to have another property acquired by the program in question, and understand the limits of density. It is a guided research in deductive research method, whose technical procedures adopted were books, doctrines, laws and jurisprudence. This is a bibliographic and legal study for the posterior approach of the current Brazilian legislative context by adopting a constitutional starting point.

Keywords: House; Public Policy; Regularization; Density.

INTRODUÇÃO

O trabalho em questão busca analisar a proteção constitucional e densidade do direito à moradia a partir do programa habitacional “Minha Casa, Minha Vida”.

O Programa “Minha Casa, Minha Vida, é um grande exemplo de Política Pública que visa combater o efetivar a densidade do direito à moradia e combater o grande *déficit* imobiliário ainda existente no Brasil, atrelada à necessidade de efetivação dos direitos e garantias sociais previstos na redação do Artigo 6º da Constituição Federal Brasileira.

Referido direito à moradia é um direito social dotado de inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade, mas, em decorrência de inúmeras razões, ainda encontra-se distante da plena efetivação.

Diante desse contexto, fazem-se necessárias as ações do Estado na busca pela Regularização Fundiária, em face do interesse social. Ademais, a regularização fundiária está relacionada justamente à atividade a ser executada pelo Poder Público, no combate ao *déficit* imobiliário.

O trabalho compreenderá ainda, as questões que envolvem a densidade do direito à moradia, o Programa Minha Casa, Minha Vida, além de entender as questões que envolvem a carência do imóvel adquirido no “Programa Minha Casa, Minha Vida”.

Serão, portanto, interpretadas as formas de perda do imóvel por descumprimento contratual, seja mediante venda/alienação, seja até mesmo por inadimplemento.

Feitas essas considerações, o trabalho se findará na compreensão acerca do direito de aquisição de um novo imóvel para o titular que em determinado momento dispõe do seu bem, ante as causas anteriormente explanadas, além de destacar as soluções para efetivação do direito à moradia.

O objetivo geral do estudo, é compreender se há efetividade no direito à moradia a partir da vinculação ao Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pelo advento da Lei nº 11.977/09.

De forma específica, o objetivo será analisar o direito do indivíduo em adquirir nova moradia, já que, em determinado momento, por alguma razão, teve de dispor de outro imóvel adquirido por meio do Programa em foco.

Trata-se de uma pesquisa pautada no método de investigação dedutivo, cujos

procedimentos técnicos adotados foram livros, doutrinas, leis e jurisprudência.

Com efeito, parte-se de um estudo bibliográfico e jurídico, para posterior abordagem do atual contexto legislativo brasileiro mediante a adoção de um ponto de partida constitucional.

- **PAPEL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO COMBATE AO DENOMINADO DÉFICIT HABITACIONAL**

Imperioso iniciar a presente análise, compreendendo o direito à moradia à luz do ordenamento jurídico Brasileiro, em especial pelas disposições existentes na redação da atual Constituição Federal. É de se ressaltar que se trata de uma garantia fundamental do ser humano, consagradora do princípio da dignidade da pessoa humana.

Muito além que o direito à moradia, a Constituição consagra o Direito à moradia digna, tendo em vista ser evidente e notória a busca do homem a um lugar para sobreviver, se instalar, poder se deleitar e proclamar possuir uma residência.

A moradia digna que o homem busca a cada dia, é aquela levada em alta conta por ser dotada de proteção; proporcionar a satisfação individual dos moradores, tais como conforto; estar apta para nela sobreviver, não se enquadrando as moradias inadequadas, perigosas, insalubres, etc.; há de ser adequada ao espaço onde o indivíduo mantém suas atividades; além de benéfica para a sua existência e manutenção.

Uma moradia onde o proprietário sequer consegue pagar suas obrigações, não pode ser elevada ao grau de adequada.

Este direito consiste na posse exclusiva, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção, além de resguardo ao direito de intimidade e de práticas essenciais para a vida.

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 a constitucionalidade de sua proteção.

A moradia pode ser entendida como habitação digna que garanta aos moradores

“privacidade, tranquilidade, salubridade, bem como acesso à transporte, aos locais de trabalho e de lazer, aos equipamentos urbanos e comunitários, aos serviços públicos”.

O estudo da redação do artigo 6º da Constituição Federal Brasileira, após alteração originada de duas Emendas Constitucionais de 26, de 14.02.2000, e 64, de 04.02.2010, insere o direito à moradia no rol de direitos sociais:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Por sua vez, o artigo 6º da Constituição Federal, traz em seu bojo inúmeros comandos direcionados ao próprio Estado, visto que cabe a ele a efetivação dos direitos sociais descritos. A moradia, inserida no rol da presente norma, constitui também uma necessidade fundamental do homem, destacando-se como característica a sua inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade, sendo papel do Estado assegurá-la, em razão da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana traz ao homem valores que deverão ser agregados à sua vida, “valores esses instituídos pela sociedade em que vive bem ou por si próprio, que o Estado pode e consegue muitas vezes reconhecer” . Deste modo, urge-se em face do direito à moradia, a ideia de se tratar de um direito social que brota da natureza moral da pessoa humana, sendo um direito simplesmente pelo fato de o homem ser humano.

Cuida-se de um direito de igualdade, importante para a vida, o qual deve ser dotado de plena efetividade.

Para que esteja de forma efetiva amparada pelo artigo 6º da Constituição Federal, no que tange o direito de morar, não basta apenas que o ser humano possua uma moradia dotada de teto e paredes: “A diretiva constitucional determina que seja uma habitação digna, com um mínimo de conforto e salubridade” .

Diante deste cenário, destaca-se que mesmo havendo uma previsão Constitucional assegurando o direito à moradia no Brasil, as políticas públicas abrangidas na temática ainda se mostram ineficazes e também ineficientes.

Mesmo após o advento da Política Pública denominada como “Minha Casa, Minha

Vida”, que será discorrido posteriormente, não satisfaz ao reconhecimento da plena moradia, ora que a redução do *déficit* habitacional, no último ano, foi abaixo do esperado, segundo levantamentos estatísticos.

As políticas públicas estão inseridas no campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas.

Definem-se as políticas públicas como:

Política pública como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.

As políticas públicas visam obrigar o governo a praticar algo em favorecimento da população por ele governada.

Ocorre que os favorecimentos se dão a partir do momento em que o Estado, na figura de seu representante, traduz, de modo geral, suas propostas eleitorais em programas e ações que se almeja resultado na realidade.

Evidente que o denominado programa “Minha Casa, Minha Vida” pode ser considerado um importante exemplo dessas políticas, criado pelo Governo Federal.

O referido programa - assim como tantos outros ao longo da história -, tem por objetivo principal a redução do chamado “*déficit* habitacional”:

O *déficit* habitacional refere-se às moradias que devem ser construídas seja para substituir os domicílios existentes que não apresentam as condições de segurança indispensáveis a seus ocupantes, seja para garantir habitação adequada às famílias que não têm um domicílio de uso privativo.

O *déficit* habitacional está relacionado ao número de moradias que ainda devem ser construídas no Brasil, para que então o “direito constitucional à moradia” seja inserido em todas as camadas sociais.

Segundo dados levantados pela Fundação João Pinheiro, em parceria com o Ministério das Cidades, a partir do censo de 2010 e publicado em novembro de 2013, no Brasil, até então, há um *déficit* de 6940 milhões de unidades, sendo 85% na área urbana.

É evidente que no Brasil o número de pessoas que não possuem uma residência ainda é bastante elevado, mesmo havendo políticas públicas voltadas ao direito de moradia, previsto na Carta Magna.

O *déficit* habitacional é um dos maiores problemas da sociedade, agravado até mesmo pela inexistência de recursos públicos capazes de solucionar o acesso à população de baixa renda.

Frisa-se que alguns fatores são levados em consideração, para calcular o *déficit* habitacional, tais como habitações precárias ou domicílios improvisados, coabitação familiar, ônus excessivo com aluguel, adensamento excessivo nos domicílios alugados e problemas de legalidade fundiária urbana.

Quando tais fatores são evidenciados dentro da sociedade, aponta-se para a extrema necessidade de melhoria na infraestrutura e regularização fundiária, ante ao fato de que a população sequer preenche os requisitos fundamentais para conseguir financiar a casa própria, salvo na possibilidade de se enquadrar dentro de uma política pública capaz de solucionar a controvérsia.

O Estado possui importante papel na efetividade das políticas públicas, visando diminuir o *déficit* habitacional.

A regularização fundiária é um grande instrumento de intervenção dos entes públicos, no resguardo dos direitos de cidadania, das pessoas que vivem em áreas desprotegidas, estando à mercê de inúmeros riscos.

- **REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA COMO INSTRUMENTO DE INTERVENÇÃO PÚBLICA**

O *déficit* habitacional até hoje é uma realidade que persiste na vida das pessoas, tanto no Brasil, como também em diversas outras localidades do mundo.

Diante desta celeuma, a análise da regularização fundiária, que é o “nome dado aos programas de intervenção pública que visam resgatar os direitos de cidadania das

populações residentes em áreas urbanas degradas”, tem se tornado absolutamente importante e necessário.

A regularização fundiária está relacionada à atividade a ser executada pelo Poder Público, sendo um “processo de intervenção pública, regularização jurídica, urbanística, espacial e social”.

Justifica-se em razão da propriedade do solo, na sua maioria, ser de cunho privado, cabendo, por isso, ao Poder Público tutelar o seu uso e apropriação, diante da imposição de limites e regras de cunho privado para o exercício do direito individual da propriedade.

A regulamentação jurídica não deve ser desconsiderada, ora que o morador titular de um terreno, lote ou terra, possui plenamente o exercício e gozo dos seus direitos.

A norma jurídica o protege no sentido de que o possuidor só terá direito pleno se obtido o título de propriedade, o que gera na mente do morador segurança derivada da garantia de que não irá perder sua propriedade por motivo vão, sem força jurídica necessária:

A Regularização Fundiária consiste em conferir o título de propriedade, quem já possui seu bem imóvel. Portanto, terá resguardado todos os seus direitos, exceto se, na conformidade do Direito, demonstre-se que o direito de propriedade tenha sido utilizado de forma contrária à lei.

Percebe-se que Administração Pública exerce importante papel na inserção da Regularização Fundiária no contexto social, em especial na regularização urbanística, do ambiente e na esfera social.

A fundamentação jurídica acerca do conceito de Regularização Fundiária encontra-se respaldada na Lei 10.257/01, conhecido como Estatuto da Cidade, bem como na Lei 11.977/09, que instituiu o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, nos termos dos artigos 2º, XIV, e 46, respectivamente.

Com a referida alteração normativa, houve consecutivamente a regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal Brasileira, estabelecendo diretrizes gerais para a execução de políticas urbana e regularização fundiária dos assentamentos localizados nas áreas urbanas.

Os programas de Regularização Fundiária, de modo geral, apenas remédiam o

problema habitacional que ocorre no Brasil. Seu papel é o de levar a moradia ao maior número de pessoas da sociedade, visando o fim da informalidade e efetivação do objetivo Constitucional.

Buscando compreender a Lei que instituiu o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, percebe-se que houve maior permissão ao Poder Público no estabelecimento de critérios para aprovação de projetos que visassem à referida Regularização Fundiária nos denominados “assentos irregulares”, nas terras públicas ou particulares, para que assim houvesse uma otimização das ações integradas em face da demanda local por moradia, a partir da realidade social. Essa realidade se constata dentro da análise da rua, bairro e município, tudo isso atrelado aos aspectos econômicos.

O Programa “Minha Casa, Minha Vida”, instituído por força da Lei 11.977/2009, é o principal exemplo de Regularização Fundiária, de interesse social, nos dias atuais. Por tais razões, faz-se necessário destacar a importância do Programa no espaço social.

3. DENSIDADE DO DIREITO À MORADIA

349

Evidente que os direitos individuais, assim como os direitos civis e políticos, via de regra, são denominados como direitos negativos.

Diante disso, para que ocorra a sua real efetivação, assim como se cumpram os seus desideratos, não se lhe opõem maiores dificuldades, porquanto basta simplesmente exigir que o Estado se abstenha ou nada faça.

Exigir o não fazer não implica simplesmente na influência exacerbada do sistema econômico, tendo em vista que constantemente, não se reclama em custos ou demandas materiais de difícil ou impossível realização, tais como os direitos ligados à liberdade religiosa e inviolabilidade do domicílio. Basta, portanto, que o Estado se abstenha para a realização de sua positivação jurídica.

Nesta situação, cumpre a sociedade e o direito, de forma comumente, preocupar-se com a garantia e proteção jurídica dos direitos individuais contra os abusos e arbitrariedades que possam ser cometidos, conferindo remédios e instrumentos à tutela.

Portanto, ante a ocorrência e existência de inúmeros direitos sociais, culturais e

econômicos, cuja a extensão abarca o direito à moradia, há também as exigências de ação efetiva do Estado.

Constata-se, inclusive, a inexistência de instrumentos e garantias jurídicas que tutelem e assegurem a proteção, a par da mesma eficácia dos direitos individuais, à estes direitos referente à moradia.

Diferente do que ocorre com os direitos individuais, civis e políticos, estes direitos sociais enquadram-se dentro os princípios fundamentais da pessoa humana, exigindo do Estado, inúmeras prestações positivas, a partir do impacto do sistema econômico.

Nota-se que os direitos sociais reportam-se a obrigação do Estado em possibilitar melhores condições de vida aos mais fracos, tais como aplicação do princípio da igualdade e até mesmo da fraternidade, no sentido material e formal, tornando-se iguais as situações dos desiguais.

Em relação à eficácia, pondera-se que o Direito à moradia possui aplicação imediata, tornando-o de forma plena:

Nas normas definidoras do direito à moradia, a aplicação é imediata o que faz com que sua eficácia seja plena. Isto é, de imediato, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. Essa obrigação não significa, de forma alguma, prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim construir políticas públicas que garantam o acesso de todos ao mercado habitacional, construindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e situação indigna de vida.

Portanto, a densidade do direito à moradia se apresenta de forma plena, sendo que cabe o Estado, por meio das políticas públicas, assegurar a efetivação deste direito, onde todos tenham acesso ao bem tão valioso, provendo a sua residência.

Tais atos podem ser validados por meio de planos e programas habitacionais, advindo de verbas públicas e privadas, tal como ocorre com o Programa Minha Casa, Minha Vida.

3.1 DENSIDADE PLENA DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA A PARTIR DO PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA

O Programa “Minha Casa, Minha Vida”, tornou-se o principal instrumento de Regularização Fundiária de interesse social no Brasil, tendo como finalidade, a partir da redação do artigo 2º, da Lei 11.977/2009, demonstra haver criado mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais pelas famílias com renda mensal de até dez salários mínimos, residentes em todo o território Nacional.

Trata-se de um conjunto de soluções que visam resolver os problemas de déficit habitacional no Brasil, cuja instituição visou abranger o Programa Nacional de Habitação Urbana e o Programa nacional de Habitação Rural.

O objetivo principal, além de pretender diminuir o *déficit* habitacional, é também de implantar subsídios governamentais a serem utilizados pelas famílias de baixa renda, tanto nas áreas urbanas como nas áreas rurais, em todo o território nacional.

Todos os pontos tratados pela Lei 11.977/09 encontram-se fundamentados, principalmente, na questão do *déficit* habitacional, buscando satisfazer a todos quanto ao direito pleno à moradia, regularização da falta de infraestrutura e saneamento básico, aumentando a oferta habitacional e o alcance aos recursos disponíveis, bem como procura eliminar a denominada elitização de financiamentos imobiliários, que até então era tratado como uma inerência aos mais favorecidos.

Este programa trata-se de importante instrumento para uma Regularização Fundiária de Interesse Social, que foi usada tanto para aquecer a economia imobiliária e da construção como também é uma forma de ofertar acesso à moradia às pessoas consideradas de baixa renda, dentro dos critérios legais estipulados.

O objetivo central dessas Políticas Públicas é proporcionar ao cidadão o acesso à moradia, conforme previsão do *caput* do artigo 6º, da Constituição Federal. Portanto, deve ser diferenciado o acesso à moradia do acesso ao título imobiliário.

Para que o cidadão tenha direito de participar do Programa, segundo a lei 11.977/09, deverá se enquadrar dentro de determinadas faixas de rendas previstas, para

investimentos previamente estipulados, sendo que a seleção dos beneficiários será de responsabilidade dos Municípios.

No que dispõe dos recursos, estes são originados dos orçamentos do Ministério das Cidades, repassados para a Caixa Econômica Federal, que atua como agente operacional do programa.

Caso ocorra omissão na sua execução, o Judiciário deve ser provocado, como forma de estabelecer cronogramas e assegurar o direito social à moradia digna. Após a conquista deste direito, cabe ao seu titular adequar-se a todas as exigências legais, desde o de respeitar a função social da propriedade, como também ao cumprimento das obrigações, para assim poder usar, gozar e dispor, corretamente, nos termos do artigo 1.228 do Código Civil. Por outro lado, aquele titular do direito à moradia que não agir de forma adequada, poderá perder seu bem, ou agindo corretamente, poderá dele dispor, conforme pautado na norma Civil.

4 PERDA DO IMÓVEL ADQUIRIDO NO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” E DIREITO DE NOVA AQUISIÇÃO

352

Para fazer *jus* ao benefício do Programa “Minha Casa, Minha Vida”, o titular do imóvel, que terá acesso à moradia, torna-se titular de direitos e deveres.

Com isso, cumprido de forma legal, o imóvel terá titularidade exclusiva, o que assegura ao proprietário todas as proteções previstas pela norma jurídica.

Mas havendo qualquer tipo de descumprimento de regras, tais como inadimplemento, desvio de finalidade do imóvel, bem como a alienação, tratando-se de imóvel já adquirido, surgirá a possibilidade de perda do Direito Constitucional à moradia, sendo um problema que muitas vezes desencadeará no Judiciário.

No Programa Minha Casa, Minha Vida, o imóvel é dado como garantia de pagamento ao financiamento feito junto à instituição financeira.

Portanto, pode o titular do bem morar na casa com a família durante toda a vigência do contrato, mas não pode vender, alugar ou deixar de pagar as prestações ou descumprir as regras, até que o contrato dessa casa termine ou seja pago todo o valor

devido.

No que diz respeito à venda, os beneficiários das denominadas faixas de renda 2 e 3, por serem operações de mercados, nada impede a venda, diferente aos de faixa de renda 1, considerada a classe mais baixa.

Ao Poder Público atribui-se a incumbência de implantar e desenvolver política habitacional e urbana, a fim de remover o quadro de desigualdade social e territorial nas cidades. A esses grupos informais vulneráveis deve-se desenvolver política urbana inclusiva prevista na legislação, no Estatuto da Cidade, em especial no Plano Diretor Municipal.

As ações afirmativas do Estado, as quais visam combater o *déficit* habitacional, não compartilham da ideia de se obter lucros a partir do benefício concedido à população.

Havendo uso indevido deste imóvel, tal como aluguel ou aquisição para venda, não há razão para o beneficiário se manter em condição privilegiada, atendidas pelos critérios da Lei nº 11.977/09, podendo o Estado antecipar a exigência da dívida financiada e impor sanções:

Art. 7º Em casos de utilização dos recursos de que tratam os incisos I, II e III do art. 2º em finalidade diversa da definida nesta Lei, ou em desconformidade ao disposto nos arts. 6º, 6º-A e 6º-B, será exigida a devolução ao erário do valor da subvenção concedida, acrescido de juros e atualização monetária, com base na remuneração dos recursos que serviram de lastro à sua concessão, sem prejuízo das penalidades previstas em lei.

Art. 14. Em casos de utilização dos recursos de que trata o art. 11 em finalidade diversa da definida nesta Lei, ou em desconformidade ao disposto no art. 13, será exigida a devolução ao erário do valor da subvenção concedida, acrescido de juros e atualização monetária, com base na remuneração dos recursos que serviram de lastro à sua concessão, sem prejuízo das penalidades previstas em lei.

A previsão estipulada em lei, por meio dos dispositivos transcritos, evidencia a correta punição para aquele que desvirtua a finalidade do Programa “Minha Casa, Minha Vida”, objetivando a obtenção de lucros. A razão que justifica a quebra contratual, nessa

hipótese, é a aplicação do princípio da “boa-fé”.

Nos contratos, a boa-fé deve ser consagrada, assim como nas demais relações jurídicas, “isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações, da coerência e clarividência dos direitos e deveres” .

Outro meio comum de se perder o imóvel adquirido no referido programa diz respeito ao inadimplemento das obrigações, que pode ocasionar a quebra contratual e exigência antecipada das obrigações, a partir do momento em que o proprietário do imóvel deixa de pagar duas ou mais prestações.

É certo, que segundo a lei, aquele que perdeu o imóvel não poderá adquirir outro imóvel com os descontos e as vantagens ofertadas pelo Programa “Minha Casa, Minha Vida”.

O Estado visa assegurar a regularidade nos contratos firmados a partir do benefício concedido pela Política Pública.

Mas na hipótese do titular dispor do imóvel por culpa do adquirente, este não mais terá direito a novo benefício.

Há evidente rigidez da norma quanto à necessidade de se cumprir o contrato se apresenta em decorrência da urgência em se reduzir o *déficit* habitacional, que, mesmo nos dias atuais, mostra-se elevado.

Muito embora o titular do bem tenha dele disposto, seja pela venda ou em razão da quebra contratual decorrente do inadimplemento das obrigações, o seu direito fundamental à moradia permanece inalienável, irrenunciável e imprescritível, uma vez que se encontra resguardado na redação do artigo 6º, da Constituição Federal.

Mesmo que o titular tenha se desfeito de determinado bem derivado do Programa, o direito à moradia digna se mantém. Portanto, a partir do momento em que a Lei, ao apresentar as diretrizes do Programa, limita o acesso das pessoas, obstando-as a que consigam atingir a finalidade do primeiro contrato, as quais não conseguirão celebrar, portanto, outro contrato, está impedindo o acesso ao direito fundamental de moradia.

Pontua-se que parte da doutrina classifica os direitos sociais como direitos subjetivos. Assim, posto que o direito à moradia é também um direito social e que será considerado como um direito subjetivo.

Canotilho, que, ao discorrer acerca dos direitos sociais em suas dimensões subjetivas e objetivas, entende que eles geram autênticos direitos subjetivos, inerentes ao espaço existencial do cidadão, independente da sua justicialidade e exequibilidade.

Em relação ao direito à moradia, não há na Constituição nenhuma norma que estabeleça como sendo um direito público subjetivo.

Por outro lado, há inúmeras normas de atribuição de competência.

Ainda que se trate de um direito de baixa densidade, as normas previstas nos artigos 21 e 23 da Constituição autorizam que o particular, particulares ou até mesmo os grupos de pessoas lesadas, atuem na proteção do direito à moradia, o que leva à conclusão da existência de um direito subjetivo.

O direito à moradia, embora apresente como direitos objetivos de baixa densidade, por se tratar de garantia fundamental, em caso de violação, emerge ao particular, o direito subjetivo, porquanto lhe é dado o poder de invocar a norma em seu favor.

Os legitimados a determinada tutela em razão da violação do direito à moradia, poderão pleitear perante o próprio transgressor do direito social, seja pela via administrativa, seja pela via judicial.

Diante deste cenário, no que importa o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, nota-se que, mesmo havendo uma previsão legal quanto à Política Pública que nega o acesso a novo benefício para aquele que dispôs do bem em determinado momento, ante seu direito objetivo à moradia, cabe a ele ainda exercer o seu direito subjetivo, que lhe abre a oportunidade de pleitear sua garantia constitucional a esse direito por meio judicial.

Não cabe à Lei Infraconstitucional vedar o acesso à moradia, em decorrência de um descumprimento por parte do proprietário do imóvel. Sabe-se que os contratos celebrados por meio de financiamento imobiliário, em especial pelo Programa “Minha Casa, Minha Vida”, perduram ao longo de inúmeros anos.

Neste período, muitos fatos jurídicos naturais ou fatos jurídicos podem acontecer, tais como a morte, o desemprego, um terremoto, uma enchente, uma revolução, ou qualquer outro tipo de crise econômico-financeira grave, enfim, um ou outro que venha a ensejar o inadimplemento e/ou descumprimento do pacto.

Não se mostra correta, além de exigência antecipada das obrigações do contrato,

consecutiva quebra e perda do bem, com a proibição de o ex-proprietário ter acesso a novo benefício, com evidente violação ao direito social, previsto no artigo 6º, da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à moradia diz respeito à posse, de forma exclusiva, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção, além de resguardo ao direito de intimidade e de práticas essenciais para a vida.

Mesmo havendo uma positivação Constitucional, as estatísticas demonstram que o *déficit* imobiliário ainda é uma realidade persistente no ordenamento jurídico, razão pela qual justifica a inserção de Regularização Fundiária de interesse social, tal como ocorre com o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, inserido a partir do advento da Lei 11.977/2011.

Após a aquisição do imóvel, havendo descumprimento contratual, inadimplência ou até mesmo desvio de finalidade, poderá o proprietário perder o benefício da Política Pública, de modo que se antecipará a cobrança de todo o valor devido no contrato de financiamento, além da perda do subsídio. A Lei 11.977/2011 expõe que aquele que perdeu o imóvel, não poderá adquirir outro imóvel com os descontos e vantagens ofertadas pelo Programa “Minha Casa, Minha Vida”.

Mas esta norma se mostra infringente ao texto Constitucional, já que embora o titular tenha disposto do bem, seja por meio da venda, seja em razão da quebra contratual decorrente do inadimplemento das obrigações, o seu direito fundamental à moradia não pode ser excluído, permanece, pois, com seus atributos: inalienável, irrenunciável e imprescritível.

Quanto ao Programa “Minha Casa, Minha Vida”, mesmo havendo uma previsão legal quanto à Política Pública que nega o acesso ao novo benefício para aquele que dispôs do bem em determinado momento, em razão da exigência de efetivação de um Direito Constitucional, ante ao seu direito objetivo à moradia, cabe a ele exercer a tutela subjetiva, podendo, assim, pleitear suas garantias na seara judicial.

Não cabe à Lei Infraconstitucional vedar o acesso à moradia, diante da ocorrência de um descumprimento por parte do proprietário do imóvel. Sabe-se que os contratos celebrados por meio de financiamento imobiliário, em especial pelo Programa “Minha Casa, Minha Vida”, perduram ao longo de inúmeros anos.

Neste período, variados fatos de efeitos jurídicos podem acontecer, tais como a morte, o desemprego, uma guerra civil, ou qualquer outro tipo de crise econômico-financeira grave, em suma, um ou outro que cause ou motive o inadimplemento e/ou descumprimento do contrato.

Conclui-se que não se mostra correta, além de exigência antecipada das obrigações do contrato, consecutiva quebra e perda do bem, proibir que o ex-proprietário tenha acesso ao novo benefício, sob a manifesta iminência de ocorrer violação ao direito social, previsto no artigo 6º da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

357

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário do bem de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BESSA, Eli Meneses. **Estudos acerca do direito à moradia**: definição e afirmação do seu caráter fundamental. Revista Diálogo Jurídico, a. 4, n. 4, 2001, p. 192.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 jun. 2015.

_____. Lei 11.977 de 07.07.2009. **Institui o Programa Minha Casa, Minha Vida**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>. Acesso em: 10 jun. 2015.

_____. Poder Legislativo. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3.057 de 18 de maio de**

2000. Disponível em:

<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD25MAI2000.pdf#page=89>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Programa Minha Casa Minha Vida**. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/Downloads/Informacoes-importantes.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Deficit Habitacional Municipal no Brasil 2010**. Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/cei/deficit-habitacional/216-deficit-habitacional-municipal-no-brasil-2010/file>. Acesso em: 10 mar. 2015.

GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna: Teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GENEVOIS, Marie Louise Bulhões Pedreira; COSTA, Olavo Viana. **Carência habitacional e deficit de moradias: Questões Metodológicas**. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 15, n.1, p. 73-84, 2001.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. **Acesso à moradia: Políticas Públicas e sentença por etapas**. Curitiba: Juruá, 2014.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Pillares, 2008.

POZZOLI, Lafayette. **Direito como função promocional: da dignidade humana ao direito fraterno**. Revista Faculdade de Direito PUCSP, v. 2, p. 143-153, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à moradia à luz da Gestão Democrática**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

SAULE JÚNIOR, Nelso. **A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares**. Porto Alegre: SAFE, 2004.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: Uma Revisão da Literatura**. Sociologias (UFRGS), Porto Alegre, v. 8, n.16, p. 20-45, 2006.